

Virginia de Carvalho Leal (Ed.)

EL DERECHO Y SUS RAZONES

Aportaciones de Jóvenes
Investigadores



EL DERECHO Y SUS RAZONES
Aportaciones de Jóvenes
Investigadores

Editora:
Virginia de Carvalho Leal

Actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho

Universidad de León (España)

Noviembre de 2013

Coordinadoras: Virginia de Carvalho Leal y Abril Uscanga Barradas

Comité Académico:

Juan Antonio García Amado (*Universidad de León*, España)

Gianfranco Ferrari (*Università Degli Studi di Trento*, Italia)

Mario Alberto Portela (*Universidad de Mar del Plata*, Argentina)

Juan Igartua (*Universidad del País Vasco*, España)

Pablo Raúl Bonorino Ramírez (*Universidad de Vigo*, España)

Financiado por:

XUNTA DE GALICIA

FEDER

Proyectos de Investigación MINECO

DER2013-47662-C2-01/02-R

www.razonamientojuridico.es

© Virginia de Carvalho Leal

© EL DERECHO Y SUS RAZONES

ISBN papel: 978-84-686-6009-7

Impreso en España

Editado por Bubok Publishing S.L.

ÍNDICE

I. CUESTIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA

1. Desigualdad, distribución y socialdemocracia: unas notas breves sobre redistribución y predistribución. **Borja Barragué**.....9
2. La libertad en el neo republicanismo liberal. **Abril Uscanga Barradas**.....21
3. La extensión de la autonomía local en la Constitución española y en la Carta Europea de Autonomía Local de 1985 y la hipotética reserva reglamentaria a favor de los Entes Locales. **Gustavo Manuel Díaz González**27
4. Catalunya y el derecho de autodeterminación. **Lucía Payero López**.....35
5. Por una teoría justificadora de la responsabilidad civil por daños extracontractual. **Virginia de Carvalho Leal**.....45

II. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL

6. La música como posible elemento dopante en el deporte. Análisis desde la perspectiva del código mundial antidopaje. **Javier Díez García**.....57
7. Hacia un acceso global a los medicamentos como cuestión de justicia global. **Iván Vargas-Chaves**.....67
8. Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español. **David Carrizo Aguado**.....77
9. El Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de Las Armas Nucleares – Ámbito, objeto e implicaciones sobre el futuro del régimen nuclear internacional. **Vladmir de Campos Pacheco Pires Ferreira**.....91
10. Los primeros intentos de criminalizar la guerra de agresión. **Gutenberg Alves Fortaleza Teixeira**.....99
11. ¿Es legítimo emplear la tortura en la lucha contra el terrorismo? **José Luis Castro Fírvida**.....107
12. El deber de localizar, identificar y entregar a los familiares los restos de las personas desaparecidas forzosamente. **Carlos Mauricio López Cárdenas**...115

III. CUESTIONES DE DERECHO PENAL

13. Una propuesta de interpretación restrictiva en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **José Manuel Palma Herrera**.....125
14. Ideas preliminares sobre las relaciones entre el injusto penal y la teoría de la intervención delictiva. **Alfredo Alpaca Pérez**.....139
15. La eventual responsabilidad del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria. **Natalia Torres Cadavid**.....149
16. Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal del profesional sanitario. Especial atención al ámbito de la cirugía. **Pablo López Robles**.....157
17. El hecho de conexión del art. 31 bis 1 CP. **Damián Jurado Cabezas**....169
18. Fundamentos, propuestas y desafíos para una nueva política criminal de drogas. **Thereza Cristina Coitinho das Neves**.....179
19. Delitos de cuello blanco y pena privativa de libertad con especial referencia al delito de corrupción en Brasil. **Letícia Vivianne Miranda Cury**.....189
20. La pena de muerte en el cine: Queridísimos verdugos, un enfoque particular. **María Victoria Álvarez Bujá**.....195
21. La acción directa a favor del porteador efectivo. **Raquel Amandi Rendueles**.....205
22. Populismo punitivo y seguridad vial. **Laura Nataly Castillo Garay**.....213

IV. CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL

23. El arbitraje institucional. **Gracia Fernández Caballero**.....221
24. Derecho contra deber. **María Teresa Manga Alonso**.....229
25. Instrumentos de Responsabilidade Civil Ambiental no Direito Brasileiro. **Silvia Regina Siqueira Loureiro Oliveira**.....237

V. CUESTIONES DE DERECHO MERCANTIL

26. Ciudadanía en la empresa, reparación y obligación internacional de garantía de los derechos: asegurar su ejercicio y no compensar por su vulneración. **Daniela Marzi Muñoz**.....245
27. Condiciones para el reconocimiento del derecho de separación por falta de distribución de dividendos en las sociedades de capital. **Miguel Martínez Muñoz**.....261
28. La rotación obligatoria de las firmas auditoras de las entidades de interés público en la reforma comunitaria. **Pablo Sanz Bayón**.....271
29. El derecho de separación del socio minoritario a falta de distribución de dividendos. **Pedro Pablo Pérez Carbó**.....281

I. CUESTIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA

Desigualdad, distribución y socialdemocracia: unas notas breves sobre redistribución y predistribución

Borja Barragué*

Resumen. Uno de los grandes retos a los que se enfrentan las economías de la OCDE es embridar el incremento de las desigualdades que comenzó hace algo más de tres décadas. Antes del estallido de la crisis y durante muchos años la política económica de los gobiernos de los países más desarrollados se ha basado en dos ideas: (i) la muy gráfica de que cuando sube la marea, todos los barcos salen a flote; y (ii) el no tan intuitivo principio (u óptimo) de Kaldor-Hicks, según el cual un resultado es más eficiente que otro si para los que se benefician del cambio es posible, al menos en teoría, compensar a quienes se ven perjudicados con la nueva situación. Hoy sabemos que el segundo teorema de la economía del bienestar asume una serie de circunstancias ideales –completitud de los mercados, información perfecta, etc.- que no se dan en los mercados reales y que los aumentos de los ingresos del percentil 99 desde mediados de la década de los 70 lo han sido a expensas de una reducción de entre dos y tres puntos en la fracción de los quintiles 1-4. Sin duda hay una gran variedad de medidas que un gobierno preocupado por los resultados de la distribución podría adoptar. Pero cabe incluir todas estas medidas en dos grandes estrategias: redistribuir y predistribuir. En este trabajo nos centraremos en esta última.

Introducción. Crisis económica y crisis de la socialdemocracia

Probablemente hoy no es demasiado arriesgado afirmar que la desigualdad se ha convertido en uno de los principales temas económicos en todo el mundo. El papa Francisco, por ejemplo, envió una carta a los presidentes y empresarios que se reunieron diciembre de 2013 en el Foro Económico Mundial de Davos en la que, entre otras cosas, defendía que “el crecimiento de la igualdad requiere

* Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: borja.barrague@uam.es

procesos encaminados a una mejor distribución de la riqueza”. Esto no siempre ha sido así. Robert E. Lucas, premio Nobel de Economía en 1995, sostenía en el Informe Anual del Banco de la Reserva Federal de Minneapolis de 2003 que “[...] de las tendencias que son dañinas para la buena Economía, la más seductora y [...] la más venenosa es centrarse en las cuestiones sobre distribución” (Lucas, 2004).

Aunque podría parecer que la actual crisis financiera estaba diseñada a medida para el descrédito de la teoría económica dominante en Estados Unidos (EEUU) y varios otros países anglosajones desde comienzos de la década de los ochenta, la socialdemocracia europea parece, a juzgar por los resultados de las elecciones, haber digerido tan mal como los partidos conservadores la crisis económica y financiera de 2008. Por supuesto existen importantes contraejemplos, como el de Barack Obama, F. Hollande o Manmohan Singh, Primer Ministro del segundo país más poblado del mundo, la India, y líder del Partido del Congreso indio (considerados de centro izquierda) o una mayoría significativa de gobiernos en América Latina.

Podríamos pensar que los resultados de los partidos socialdemócratas en Europa no tienen nada de particular y que se explican simplemente por referencia a la crisis. Como sostiene convincentemente Larry Bartels en un artículo reciente, lo que podría estar ocurriendo no es que los votantes estén descontentos con los programas socialdemócratas y que, puestos a implantar políticas de austeridad, algunos hayan preferido el original a la copia y por tanto hayan votado por partidos conservadores en las últimas elecciones, sino que sencillamente hayan decidido castigar a los partidos en el gobierno por su insatisfacción ante la gestión de la crisis –y con independencia de que el partido gobernante fuera conservador o socialdemócrata¹-. Y también podríamos pensar que en las derrotas de partidos tan distintos –poco tiene que ver el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) con el Partido Laborista inglés-, con líderes tan diferentes –de nuevo, poco tiene que ver Alfredo P. Rubalcaba con Ed Miliband- y contextos tan dispares –poco tiene que ver la situación de las economías española y alemana-, las variables y factores contingentes a controlar son tantos que intentar una explicación de

¹ Bartels, 2013.

algo así como una supuesta “crisis de la socialdemocracia” sencillamente no procede.

Pero también podemos pensar que el aparentemente inexplicable declive electoral de los partidos socialdemócratas tras la crisis de 2008 en realidad no lo sea tanto. Incluso si se acepta que algunas de las causas de la crisis encuentran su base en ideas como la de que los mercados se regulan a sí mismos, o que existe un *trade-off* entre equidad y eficiencia, de forma que acercarnos más a lo uno (la equidad), implica alejarse necesariamente de lo otro (eficiencia), esto resulta escasamente informativo de la tarea realizada por los partidos socialdemócratas cuando, a lo largo de las últimas cuatro décadas, han ocupado responsabilidades de gobierno. Si atendemos a los datos, los resultados de los notables crecimientos del Producto Interior Bruto (PIB) –como el de la etapa 1995-2007 en España- de las economías de la OCDE se han repartido desde 1980 del siguiente modo:

- En los países anglosajones más ricos, la desigualdad de ingresos, sobre todo en la parte más alta de la distribución, ha aumentado significativamente en las tres últimas décadas. Este incremento se debe en buena medida al incremento de la fracción en los ingresos del percentil 99 de la distribución (Atkinson y Leigh, 2013).

- En los países europeos no se ha producido un proceso de concentración de los ingresos en la parte más alta de la distribución tan agudo como el ocurrido en los países anglosajones. Ahora bien, que la desigualdad en los percentiles superiores de la distribución no se haya disparado como ha ocurrido en EEUU o en el Reino Unido no significa que los mecanismos de redistribución hayan funcionado bien. De acuerdo con datos de Eurostat, cuya serie histórica sobre distribución de ingresos comienza en 1995, si en este año (1995) el quintil superior de la población europea (media UE-15) tenía unos ingresos cinco veces superiores a los del quintil inferior ($S_{20}/S_{80}=5,1$), en 2009, cuando el crecimiento de la zona euro se frenó de golpe, el índice era de 4,9. Durante la larga etapa de bonanza económica anterior a la crisis, la redistribución en los países de la UE-15 dejó, de media, las cosas más o menos tal como estaban en 1995. Y la crisis las ha dejado exactamente donde estaban, porque en tres años

el índice S20/S80 ha aumentado dos décimas, hasta el 5,1 donde estaba hace 18 años².

Quizá estos resultados no son un síntoma del mal funcionamiento de los mecanismos de redistribución en la zona Euro, sino que son lo normal. Es decir, quizá todo lo que razonablemente podemos esperar de los mecanismos de redistribución –*tax-and-transfers*– es que en épocas de importante crecimiento económico logren que las desigualdades no aumenten –a diferencia por ejemplo de lo ocurrido en los países anglosajones más ricos–. Pero esto no era lo que ocurría en la época dorada del bienestar (1945-1975), cuando tasas significativas de crecimiento económico eran compatibles con reducciones también significativas de la desigualdad de ingresos.

Ante esta situación los gobiernos preocupados por (las consecuencias de) las crecientes tasas de desigualdad pueden adoptar muchas estrategias y muy diferentes que al menos a efectos analíticos creo que cabe incluir en dos grandes grupos: (i) la vía distributiva de actuación mediante impuestos y transferencias; y (ii) la vía predistributiva. Las políticas redistribuidoras no requieren demasiada explicación. Son las que los países industrializados han venido empleando y extendiendo desde 1945. La estrategia redistributiva parece asumir al menos dos cosas: (i) un crecimiento económico más o menos elevado tal que permita compensar a los perdedores, redistribuyendo hacia los más pobres³; y (ii) que el mercado es un mecanismo más o menos eficiente de asignación de recursos donde la intervención del Estado ocurre *ex post*, mediante impuestos, servicios y transferencias.

Límites de la redistribución

Sin embargo, desde hace algunos años, la tradicional estrategia de la redistribución se enfrenta con algunos problemas. Dos de ellos

² Vid. gráfico 1, en el Anexo.

³ Aunque obvio, quizá no sea caprichoso recordar, pues cada vez son más las voces que abogan por economías de nulo crecimiento –*Steady-State Economics*– o incluso por el decrecimiento –*degrowth*–, que en un mundo sin crecimiento lo que gana un grupo –digamos la decila más rica de la población– es *necesariamente* lo que pierden otros –digamos los cuatro primeros grupos de la distribución. Un mundo sin crecimiento es un juego de suma cero. No creo que haga falta ser eco-socialista para advertir la importancia de esto.

son de naturaleza estructural, mientras que el tercero sería de tipo más bien coyuntural.

En primer lugar, lo que podríamos denominar cambios en el “sistema económico mundial”. En efecto, desde hace algún tiempo los avances en las tecnologías de la información y la comunicación han permitido a las empresas transnacionales como a los fondos de inversión o de pensiones reducir la carga tributaria mediante complejas estructuras de holding empresarial, de una forma que era impensable hace sólo cincuenta años. Esto ha provocado una carrera a la baja en el impuesto sobre sociedades que, en palabras de JEFFREY SACHS, ha llevado a los países de la OCDE a intentar lo imposible: desarrollar una economía moderna, basada en las tecnologías de la información y la comunicación, sin apenas base fiscal, y ello para satisfacer a las clases altas y las empresas transnacionales⁴.

En segundo término, cambios en lo que llamaremos “sistema ideológico mundial”. Del mismo modo que hay ciclos en la coyuntura económica, también hay ciclos ideológicos que hacen el énfasis en diferentes filosofías de la economía y la política. Desde principios de los ochenta destacan una idea sobre la justicia fiscal: la visión de los impuestos como un mal necesario (la “carga” impositiva), por cuanto significan la apropiación por parte del gobierno de algo que legítimamente es sólo nuestro. Con independencia de lo correcto o lo erróneo de este planteamiento⁵, lo cierto es que ha tenido un eco notable incluso entre quienes promueven la expansión de las instituciones estatales del bienestar.

Por último, están los cambios que ha traído consigo la crisis financiera de 2007-8. Dada la situación actual y las previsiones, al menos para el futuro inmediato, de crecimiento para España y para el conjunto de los países de la periferia de Europa en general, es improbable que en la próxima década los gobiernos de estos países vayan a disponer de los recursos suficientes para dotar presupuestariamente el conjunto de las políticas sociales. Las políticas de consolidación fiscal adoptadas en la mayoría de estos países han

⁴ “The problem is that both the US and UK are aiming to do the impossible: run a modern, high-technology, prosperous 21st-century knowledge economy without the requisite tax base, largely to satisfy the upper classes and multinational companies [...]” (Sachs, 2011).

⁵ Una excelente crítica de esta idea es la de Murpy y Nagel, 2004.

provocado que, en un contexto de elevado desempleo global y sobre todo elevado desempleo de larga duración, el gasto social como porcentaje del PIB desde 2009 no sólo no haya aumentado en el conjunto de países de la OCDE, sino que haya disminuido ligeramente (ver gráfico 2 en el Anexo). En el caso de España el problema es especialmente grave porque (i) tiene una tasa de desempleo de larga duración del 60%⁶ y (ii) en la etapa de crecimiento anterior a la crisis no aprovechó para desarrollar un sistema de garantía de ingresos mínimos que redujera las situaciones de pobreza y exclusión social. Como afirma el servicio de estadísticas sobre gasto social de la OCDE (SOCX) en una nota publicada en noviembre de 2012, el reto ahora es salvaguardar las políticas sociales para las generaciones futuras. ¿Pero cómo? Creo que la vía de la predistribución puede arrojar algo de luz sobre esto.

La vía de la predistribución. Qué es, cómo se hace.

Es en este contexto en el que ED MILIBAND inserta el debate sobre la predistribución en su nueva agenda política “One Nation”. La idea de la predistribución, es decir, la adopción de medidas cuyo objetivo es la reducción de las desigualdades en los ingresos antes de impuestos, no es demasiado novedosa. Ya en la *Crítica al Programa de Gotha* KARL MARX afirmaba que “es equivocado en general tomar como esencial la llamada *distribución* y hacer hincapié en ella, como si fuera lo más importante” (Marx, 1979: 19). En efecto, la restringir las desigualdades en los ingresos obtenidos en el mercado laboral es, precisamente, la razón de ser de la economía social, de los sindicatos y de la inversión pública en educación. De hecho es un concepto anterior al de “redistribución”, que sólo se impondría después de que la teoría económica determinara de modo más o menos convencional que dejar funcionar libremente a los mercados e intervenir después sobre sus resultados era una solución superior, por cuanto generaba

⁶ De acuerdo con la EPA del cuarto trimestre de 2013, la cifra de desempleados totales en España era de 5.896.300, de los cuales 1.280.600 llevan entre uno y dos años buscando empleo y 2.309.500 llevan más de dos años haciéndolo: $1.280.600 + 2.309.500 = 3.590.100 / 5.896.300 = 60\%$ de desempleados de más de 12 meses, que es como la agencia europea de estadísticas (Eurostat) define el paro de larga duración.

una tarta más grande, a interferir en el funcionamiento de los mercados *ex ante*.

Pero si el concepto está más o menos claro, no ocurre lo mismo con lo relativo a cómo se hace operativa la idea. Con respecto al “cómo se hace” la predistribución, buena parte de la aún escasa literatura se ha centrado en estrategias de aumento del capital humano. De acuerdo con el influyente libro de CLAUDIA GOLDIN y LAWRENCE KATZ *The Race Between Education and Technology* publicado en 2010, el (notable) incremento de la desigualdad que se ha verificado en las últimas cuatro décadas es casi enteramente atribuible a que los avances en las tecnologías de la comunicación y la información, fundamentalmente, han avanzado a mayor velocidad a como lo ha hecho la educación. Cuando esto ocurre, esto es, cuando la tecnología “gana la carrera” a la educación, la desigualdad de ingresos aumenta. En las épocas en las que ocurre lo contrario, cuando la educación gana la carrera a la tecnología, la desigualdad tiende a disminuir. Esta es, en trazo grueso, la influyente tesis de GOLDIN y KATZ.

Sin embargo, cabe pensar que la inversión en educación no es la única forma de limitar las desigualdades primarias. Otra forma de hacerlo sería, por ejemplo, instituyendo un techo salarial. Una medida quizá más políticamente viable que aumentar el tipo marginal del IRPF al 75% -la propuesta de HOLLANDE, asesorado por el economista THOMAS PIKETTY- es limitar legalmente los salarios de quienes se sitúan en el extremo superior de la distribución de ingresos, como por ejemplo los altos directivos de las empresas transnacionales. En 2013 los ciudadanos suizos fueron convocados a votar en referéndum la “regla 1:12” de limitación de salarios de los CEOs de empresas cotizadas (concretamente el 24 de noviembre de 2013) y la “Iniciativa Minder” por la cual los accionistas (y no los Consejos de Administración) habrán de aprobar en junta general las remuneraciones de los altos directivos (esta propuesta se votó y aprobó el 3 de marzo de 2013). Con independencia de lo que nos parezcan ambas propuestas –a priori me parece que el mecanismo de la Iniciativa Minder, conocida como “Say on Pay” en la literatura de gobierno corporativo, es una mucho mejor idea que el establecimiento por ley de estrictas restricciones a la política salarial de una empresa-, lo que parece indudable es que ambas están inspiradas por el deseo de

restringir las desigualdades de ingresos primarias, antes de impuestos y transferencias.

Por último, otra medida que, de forma mucho menos obvia que el establecimiento de un techo salarial, podría contribuir a mitigar las desigualdades de ingresos primarias es la implantación de un suelo de ingresos o renta básica. Dicho de forma necesariamente muy apretada, una renta básica es un ingreso absolutamente incondicionado y universal que se otorgaría a todos los miembros de la comunidad política con independencia de sus otras fuentes de ingresos y de su contribución en el mercado laboral (Van Parijs, 2004). Aquí el argumento tomaría más o menos la siguiente forma: desde principios de la década de los ochenta aproximadamente el sistema económico mundial ha experimentado una serie de cambios por los cuales la fuerza del trabajo ha visto enormemente debilitada su posición⁷. Desde esta perspectiva, un suelo de ingresos (una renta básica) podría ser una política que promoviera la igualdad en las relaciones de poder (esto es, como una cuestión de justicia)⁸.

En un sistema democrático, todos los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, así como a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos –como recoge la CE en su art. 23, por ejemplo-. Estar en una situación de riesgo de pobreza o de exclusión social disminuye la efectividad con que los ciudadanos pueden ejercer esas facultades. Un ciudadano cuya principal preocupación todos los días es obtener unos alimentos que le proporcionen unas 2.000 calorías simplemente no tiene el tiempo ni las energías necesarias para participar de los asuntos públicos. Esto es objetable no sólo desde una perspectiva humanitaria, sino también desde un enfoque estrictamente democrático, pues por lo general implica que las preferencias de los colectivos más desfavorecidos sencillamente no son incluidas en los procesos de toma de decisiones políticas.

⁷ Uno de estos cambios es la creciente importancia del sector financiero. Quizá el indicador más fiable a la hora de ponderar la importancia de un sector dentro de una economía es el porcentaje del PIB que representa. En EEUU, el sector financiero ha pasado de representar en torno a dos puntos del PIB en 1940 a algo más del 8% a finales de la década de 2000 (Philippon, 2012: 7).

⁸ Ésta es la justificación de las políticas de garantía de ingresos (i.e., mínimo social) que White denomina “*democratic perspectives*” (vid. White, 2004).

Pero hay muchos otros ámbitos, además del proceso de toma de decisiones políticas, donde se verifican relaciones de poder. El puesto de trabajo y el hogar son ámbitos donde típicamente se dan relaciones de poder. Las desigualdades de poder (el empleador sobre el empleado, el marido sobre la mujer, el rico que tiene el tiempo, el dinero y el capital social para incluir en la agenda política sus preferencias sobre el excluido o el pobre de solemnidad) nos deberían importar porque (i) limitan la libertad de la parte más débil (Pettit, 1997); (ii) exponen al riesgo de explotación a la parte más débil; y (iii) aumentan la probabilidad de que las preferencias de quienes tienen y emplean más recursos en el proceso político resulten sobrerrepresentadas. La implantación de un suelo de ingresos incondicional para todos podría contribuir a mitigar algunas de estas consecuencias.

Bibliografía:

Atkinson, Anthony B. y Leigh, Andrew (2013): “The Distribution of Top Incomes in Five Anglo-Saxon Countries Over the Long-Run”, *Economic Record*, núm. 89 S1, pp. 31-47.

Bartels, Larry M., 2013. “Ideology and Retrospection in Electoral Responses to the Great Recession”, *Center for the Study of Democratic Institutions at Vanderbilt University Working Paper 04-2013*.

Goldin, Claudia y Katz, Lawrence, 2010. *The Race Between Education and Technology*, Cambridge, Harvard University Press.

Lucas, Robert E., 2004. “The Industrial Revolution: Past and Future”, *The Region* (Mayo), Banco de la Reserva Federal de Minneapolis, pp. 5-20. Disponible en: http://www.minneapolisfed.org/publications_papers/pub_display.cfm?id=3333

Murphy, Liam y Nagel, Thomas, 2004. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, Oxford, Oxford University Press.

Marx, Karl, 1979 [1875]. *Crítica del Programa de Gotha*, Moscú, Progreso.

Pettit, Philip, 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press.

Philippon, Thomas, 2012. “Has the US Finance Industry Become Less Efficient? On the Theory and Measurement of Financial Intermediation”, *NBER Working Paper No. 18077*.

Sachs, Jeffrey, 2011. “Stop this race to the bottom on corporate tax”, *Financial Times*, 28 de marzo.

Van Parijs, Philippe, 2004. “Basic Income: A simple and powerful idea for twenty-first century”, *Politics & Society*, núm. 32 (1), pp. 7-39.

White, Stuart, 2004. “Social Minimum”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible enlazando desde: <http://plato.stanford.edu/entries/social-minimum/>

Anexo Tablas y gráficos

Gráfico 1. Evolución desigualdad UE (países seleccionados, 1995-2012)

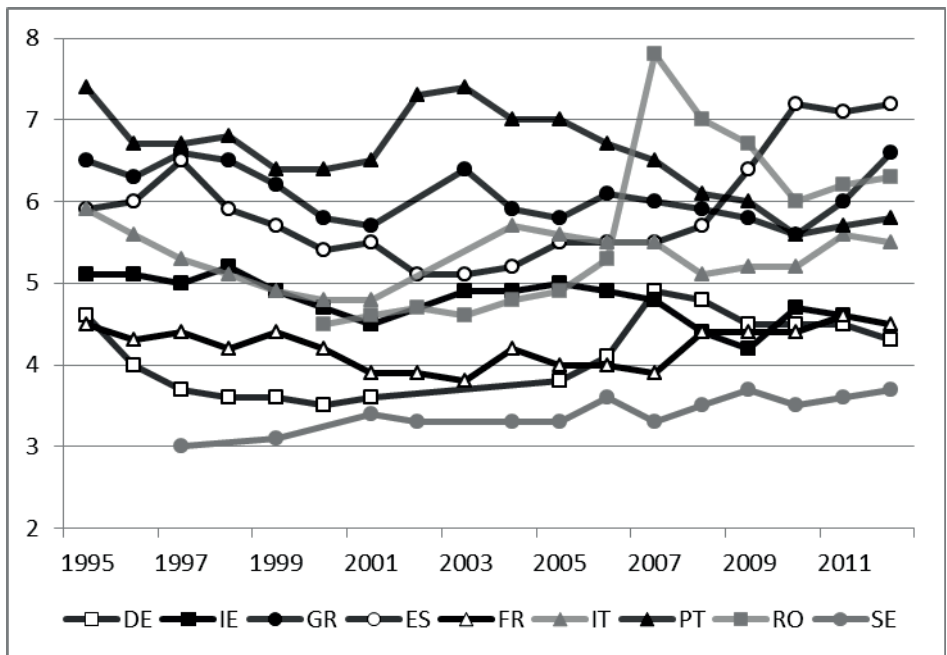
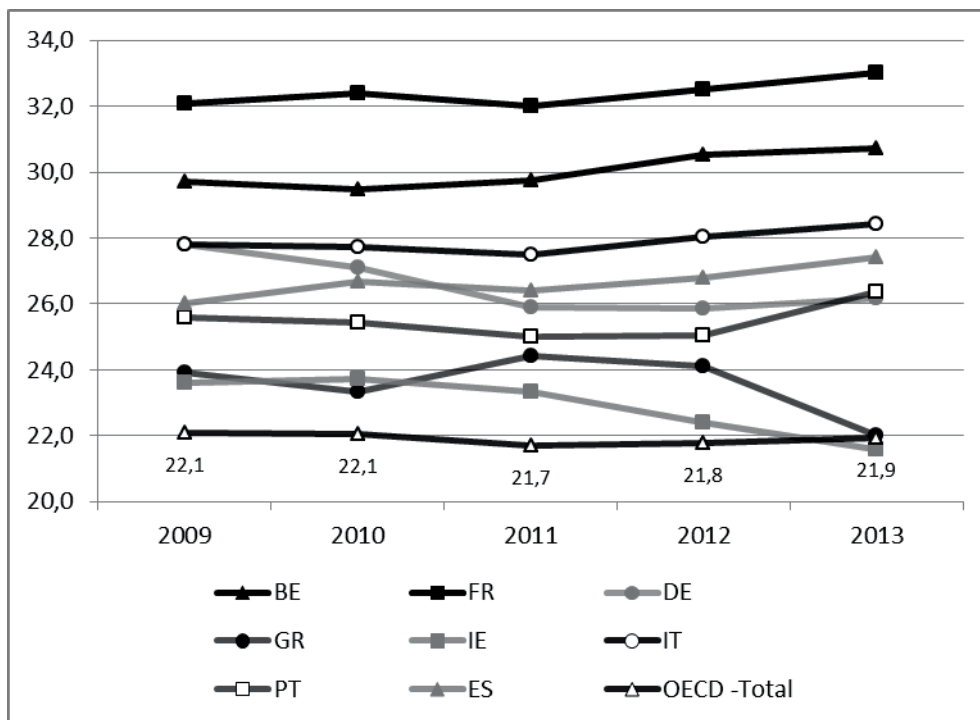


Gráfico 2. Evolución gasto social %PIB UE (países seleccionados, 2009-2013)



La libertad en el neo republicanismo liberal

Abril Uscanga Barradas*

Resumen: El actual trabajo pretende expresar los argumentos que fueron presentados en la comunicación realizada el 29 de noviembre de 2013 en la Universidad de León, España, en donde expuso el tema “La libertad en el neo republicanismo liberal”. Esta comunicación tuvo como objetivo poner en contexto las nuevas teorías de la filosofía política contemporánea, y en especial, el neo republicanismo en la vertiente republicana liberal. En especial, se buscó desarrollar el tema de la libertad en el neo republicanismo liberal como un concepto diferente al establecido por la corriente republicana clásica, pero sobre todo, frente a la corriente liberal imperante. Para lograr este objetivo se presentaron las teorías de dos de los autores más representativos del neo republicanismo liberal, como son: Quentin Skinner y Philip Pettit.

1. El neo republicanismo en la discusión historiográfica

El neo republicanismo, gestó sus bases ideológicas poco antes de la década de 1970, con la publicación de tres obras que retoman la visión republicana dentro de la discusión historiográfica para situarla como una corriente contemporánea alternativa al liberalismo,¹ (Mejía,

* Maestra y Doctoranda en Derecho. Profesora de asignatura de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: auscangab@derecho.unam.mx

¹ En especial al liberalismo de Rawls que constituye el resurgimiento de la filosofía política de la segunda mitad del siglo XX, esto se origina con la publicación del libro *Teoría de la Justicia* en 1971, en donde realiza un proyecto alternativo por fundamentar una nueva concepción de la moral, la política y el derecho que repercutirá en el desarrollo institucional de la democracia, ya que daba cabida a una concepción de justicia como equidad capaz de satisfacer por consenso las expectativas de igual libertad y justicia distributiva de la sociedad.

2010:171) la primera obra fue publicada en 1967 por Bernard Bailyn bajo el título *The Ideological Origins of the American Revolution*, la cual criticaba la visión liberal dominante; el segundo, es el libro de Gordon S. Wood que se titula *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, publicado por primera vez en 1969, en el que se muestra al republicanismo como principio ideológico; y por último, el famoso trabajo realizado por John Pocock quien con su obra *The Machiavellian moment* publicada en 1975, hace una propuesta de relectura del pensamiento político desde una lógica diferente, a partir de una interpretación neo republicana aristotélica.

Desde este momento ya se vislumbraban las diferencias entre las perspectivas republicanas, lo que no impidió que ganara seguidores, sobre todo dentro del ámbito académico, de la filosofía, la ciencia política y el derecho, para iniciar a echar raíces (Rivero, 2005: 6) (Ovejero, 2003: 16-18).

Sin embargo, es hasta la década de 1990 que se presentó con más fuerza el revival republicanismo, respaldado en gran medida por la académica anglo-americana (Andres de, 2007:13). Ahora bien, es de comentar, que si bien el republicanismo se nutrió en un principio indispensablemente de las obras académicas de los historiadores, actualmente se han integrado a las aportaciones filósofos, sociólogos, juristas y politólogos que han entendido al republicanismo como “una tercera vía capaz de superar tanto los excesos del formalismo liberal como la cerrazón sistemática de todo tribalismo comunitario”(Villaverde, 2008: 284).

2. Confusión dentro del republicanismo contemporáneo

Existe un halo de misterio y confusión siempre que se requiere realizar una distinción de esta corriente del pensamiento contemporáneo.

Se ha expresado en obras como “Nuevas ideas republicanas” que autores como Alexander Hamilton y John Adams confesaban el no haber llegado a entender el significado del término “republicanismo”(Gargarella, 1999: 162); parte de esa problemática surge porque cuando hoy se habla de republicanismo autores como Giner (Villaverde, 2008: 283), Sunstein, Gargarella, Villaverde,

Honohan, entre otros, concuerdan en que existe una cierta vaguedad en el uso del concepto.

Considero que esa vaguedad es provocada por varios factores como: los elementos en común entre el liberalismo y el republicanismo que hace difícil que el republicanismo se distinga de la teoría liberal y, la escasez de propuestas coherentes dentro de la teoría que genera una falta de determinación ya que regularmente no se explicita a qué republicanismo se refieren, si hablamos del republicanismo clásico o del neo republicanismo, si es un republicanismo neo ateniense o neo romano.²

Todo lo anterior ha generado diversidad de posturas críticas hacia el neo republicanismo y una cortina de humo que hasta ahora deja grandes dudas en relación a si se debe considerar el republicanismo como una doctrina consolidada (Villaverde, 2008: 163).

Para iniciar el análisis del neo republicanismo como corriente filosófica consolidada dentro de la filosofía política es fundamental delimitar el neo republicanismo desde una postura liberal, para posteriormente proceder a dar claridad a algunos postulados principales de la corriente como es el concepto de libertad.

3. El neo republicanismo liberal

El neo republicanismo liberal forma parte del bloque de republicanismo neo romano, sin embargo, la clasificación neo romana, como se conoce genéricamente aún abarca un amplio margen de pensamiento de autores que van de un extremo al otro, quedando al final un poco confusa, por esta razón, estimamos que servirá realizar un estudio más a fondo de esta corriente para delinear los postulados y dar respuestas coherentes por parte del neo republicanismo a los problemas centrales de la filosofía política, así como para definir si el neo republicanismo liberal nos presenta una visión consolidada y

² Se puede encontrar en diferentes obras la denominación republicanismo para referirse tanto al republicanismo clásico y al neo republicanismo, en la presente investigación se integra inapelablemente el prefijo neo debido a que se considera importante resaltar que hablamos de la nueva corriente del republicanismo y no del republicanismo clásico.

firme para avanzar a los problemas facticos de las sociedades modernas.

Para realizar lo anterior nos ubicaremos en la versión más de derecha de esta corriente, el llamado neo republicanismo liberal, el cual al igual que la mayoría de las demás corrientes insertas en el neo republicanismo, es una clasificación creada por los autores contemporáneos que han visto la necesidad de encasillar a diferentes estudiosos en ciertas categorías para ayudarse a entender la coherencia de sus postulados, a pesar de que los exponentes de las teorías no se han etiquetado expresamente dentro de esas identidades.

La teoría neo republicana liberal la presentaré a partir del pensamiento que abanderan Cass Sunstein, Philip Pettit y Quentin Skinner; sin dejar de olvidar que a pesar de ser teóricos pertenecientes a una misma rama, aún entre ellos existen diferencias en temas fundamentales del republicanismo, como es la libertad

3.1 La libertad en el neo republicanismo liberal

El debate que ha existido con respecto al concepto de libertad es bastante amplio y puede remontarse hasta el pensamiento antiguo, sin embargo, este se entendía desde contextos sociales, jurídicos y políticos diferentes que no se comprendería en nuestras ciudades actuales.

Los modelos neo republicanos de libertad más reconocidos por la ideología neo republicana, son los que exponen autores como Skinner con la interpretación de libertad como no dependencia o Pettit con la libertad como no dominación. Estos autores marcan diferencias determinantes que los separan de la tradición pre-moderna (Pettit, 1999: 136); incluso, se puede decir que el concepto de libertad no fue un punto primordial que haya predominado dentro de la tradición republicana clásica, el creer lo contrario puede llevar a confusiones.

Por lo anteriormente señalado, los postulados de libertad de la tradición republicana antigua no se pueden utilizar para reforzar los fundamentos de libertad modernos, toda vez que, existe una incompatibilidad manifiesta en el contexto histórico.

La noción de libertad en el neo republicanismo liberal respaldada primordialmente por Quentin Skinner (Skinner, 1993: 9) y

Philip Pettit, quienes en la década de los noventa expusieron sus obras: *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, y *Liberty Before Liberalism*, respectivamente.

Estos autores han generado un camino alternativo que hace compatible la libertad con el compromiso público y la participación política sin tener que defender un ideal o fin específico de buena vida y de florecimiento humano para alcanzar la libertad.

Esta versión del republicanismo defiende un nuevo ideal de ciudadanía y rechaza la tesis liberal que postula a la libertad como incompatible con la participación política o con el compromiso con la comunidad (Quiñonez, 2005: 6).

El neo republicanismo liberal intenta reivindicar una idea robusta de la libertad a través de analizar conceptos como interferencia, coerción, dependencia o dominación, en especial, este último concepto es el más famoso por ser el centro de la teoría de la libertad como no dominación establecida por Philip Pettit.

3.2 Libertad como no dominación de Philip Pettit

Philip Pettit se guio para el desarrollo de su teoría neo republicana en los argumentos expuestos en su obra *The Common Mind*, así como, en parte, por el trabajo realizado por Quentin Skinner quien defendió el concepto republicano de la libertad desde un punto de vista que era diferente no sólo de los postulados liberales, sino que se alejaba de la idea preestablecida de que los republicanos estaban anclados en la libertad positiva.

Skinner cambió el foco de interés, hacía un modelo de libertad como no dependencia, que resultó ser la base para el posterior desarrollo de la libertad como no dominación que presenta Philip Pettit (Pettit, 1999: 46 y 47).

La teoría de Pettit difiere de la distinción de libertad, negativa – positiva, que realizó el liberal Berlin. Esta clasificación hecha por Berlin puede causar confusión en el terreno republicano, ya que, existe el peligro de intentar encajar una clasificación estrictamente liberal para un ambiente estrictamente republicano.

Incluso, el mismo Pettit argumenta que el trabajo de Berlin hace creer que sólo existen dos modos de entender la libertad, impiden ver

la validez filosófica y la realidad histórica de un tercer modo de libertad, a partir de un enfoque republicano de no dominación (Pettit, 1999: 37).

Para entender lo que es no dominación, es necesario definir cuando existe dominación, entendiéndose que un agente domina al otro, si y sólo si, tiene cierto poder sobre ese otro y en particular un poder de interferencia (ya sea que exista interferencia real o únicamente una capacidad para la interferencia) o potestad arbitrariamente fundado sobre otro.

Es importante recalcar que la interferencia que se plantea por Pettit es una interferencia arbitraria, el elemento de arbitrariedad es el que distingue más fácilmente esta concepción de la postura liberal. Es también oportuno establecer que tanto la teoría republicana como la teoría liberal pueden existir sin que se presente ninguna intromisión de una sobre la otra, toda vez que, puede existir dominación sin interferencia e interferencia sin dominación.

Bibliografía

Francisco, Andrés de, *Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano*, Madrid, Catarata, 2007.

Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.

Ovejero, Felix, *et al.*, “*La alternativa republicana*”, en Felix Ovejero *et al.* (Comp.), *Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y Libertad*, España, Paidós, 2003.

Pettit Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. Toni Domènech, Paidós, España, 1999.

Villaverde Rico, María José, *La ilusión republicana. Ideales y mitos*, Madrid, Técnos, 2008, Colección Biblioteca de Historia y Pensamiento Político.

Artículos de revistas

Mejía Quintana, Oscar, “Del liberalismo racional al republicanismo razonable”, Colombia, Universidad Nacional, 2010.

Rivero, Angel, “Republicanism y Neo republicanism” *Isegoría*, No. 33, 2005.

La extensión de la autonomía local en la Constitución española y en la Carta Europea de Autonomía Local de 1985 y la hipotética reserva reglamentaria a favor de los Entes Locales

Gustavo Manuel Díaz González*

Resumen: El objetivo de este trabajo es el de contribuir a una clarificación terminológica de la cuestión relativa a la extensión de la potestad reglamentaria local y de las relaciones que entre ésta y la ley, estatal o autonómica, se establecen a la luz de las previsiones constitucionales (fundamentalmente, artículos 9.3, 103.1 y 137 CE) e internacionales (artículo 6.1 de la Carta Europea sobre la Autonomía Local) involucradas. La parcial corrección de los criterios que disciplinan la coexistencia de las normas legales y reglamentarias introducida por la garantía de la autonomía local ha ido acompañada de un análisis doctrinal que ha estado en ocasiones caracterizado por una utilización equívoca de conceptos jurídicos fundamentales, introduciendo, así, elementos de confusión en un ámbito ya de por sí complejo que, entendemos, se deben evitar.

Introducción

Es ya un lugar común en el actual contexto doctrinal la afirmación de la forzosa reconsideración de los principios rectores de las relaciones establecidas entre Ley y Reglamento con base en las exigencias impuestas por el principio de autonomía local¹. Hasta tal punto ello es así que dos de los ámbitos materiales cuyo vínculo con el principio de reserva de ley cuenta con una mayor tradición en los sistemas constitucionales de nuestro entorno, a saber, el sancionador y el tributario, reciben, sin embargo, un tratamiento jurídico caracterizado por una interposición legislativa mínima y una posterior

* Becario predoctoral del programa “Severo Ochoa”. Especialidad: Derecho Administrativo. Universidad: Oviedo. Correo electrónico: diazgustavo.uo@uniovi.es

¹ *Vid.*, por todos, (VELASCO CABALLERO, 2009:241 ss).

intervención del poder normativo local que constituye la auténtica disciplina aplicable a uno y otro sectores del ordenamiento, operaciones cuya validez ha sido avalada por el Tribunal Constitucional².

Ello deriva, claro está, de la necesidad de cohonestar diversos principios constitucionales cuya aplicación no matizada daría lugar a su mutua anulación, esto es, la plena sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE), la jerarquía normativa (artículo 9.3 CE) y la autonomía local (artículo 137 CE). Resulta evidente que este último modula muy significativamente el alcance de los dos primeros, toda vez que una plena toma en consideración de éstos implicaría vaciar de contenido al principio de autonomía local, conclusión contraria a la doctrina de la garantía institucional desarrollada por nuestro Tribunal Constitucional³.

Siendo ello así, la precisión de los límites a los que han de sujetarse, de un lado, las leyes estatales y autonómicas que inciden, de una u otra forma, en ámbitos materiales de interés local, y, de otro, las ordenanzas y demás normas de rango reglamentario aprobadas por los Entes Locales, es sin duda una operación de interpretación jurídica ciertamente compleja que no puede ser abordada sino a través de un riguroso análisis que excede con mucho las pretensiones que inspiran la realización del presente trabajo. De esta manera, nuestro objetivo fundamental es el de poner de manifiesto las incorrecciones terminológicas en las que en algunos casos se ha incurrido al abordar esta cuestión, análisis que permitirá asociar a fenómenos normativos diversos denominaciones no coincidentes, evitando así una confusión que, en nuestra opinión, debería brillar por su ausencia en las contribuciones científicas de cualquier rama del conocimiento, incluida, claro está, la del Derecho.

En este sentido, entendemos que la reformulación doctrinal de los criterios rectores de las relaciones Ley-Reglamento en el ámbito local es *sustancialmente* correcta. La presencia del principio de autonomía local, como acabamos de señalar, obliga a una relativización de la intensidad de la sujeción de la norma local a la legal, que no halla en ésta su fundamento, sino tan sólo un límite (vinculación negativa), toda vez que el Legislador se encuentra

² SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, y 132/2001, de 8 de junio.

³ Entre otras, en la capital STC 214/1989, de 21 de diciembre.

vinculado por el imperativo constitucional de reconocimiento de un margen de actuación a favor del poder normativo local allá donde se vean afectados intereses de esta naturaleza⁴.

Ello no obstante, no es correcto afirmar que una tal transformación de las relaciones establecidas entre las potestades normativas primaria y secundaria de nuestro ordenamiento supone la introducción, sea por imperativo constitucional⁵, sea consecuencia de los compromisos asumidos internacionalmente (artículo 6.1 CEAL⁶), de una reserva reglamentaria a favor de los Entes Locales⁷. En las páginas sucesivas trataremos de aportar elementos de deslinde conceptual del sistema local vigente en España frente a los ordenamientos que conocen el principio de doble reserva (a la ley y al reglamento), pues uno y otro, en suma, no pueden confundirse.

Caracteres generales de los sistemas de reserva reglamentaria y diferenciación frente a la ordenación de las fuentes de Derecho Local en España

El tratamiento de esta cuestión obliga a centrar nuestra atención en el ordenamiento jurídico constitucional francés. La Constitución de 1958 previó una fuente reglamentaria que, además de servir para la ejecución y desarrollo de la norma legal parlamentaria, constituía la única forma jurídica que podía contener la disciplina de los ámbitos materiales no reservados a la Ley, de acuerdo con una interpretación conjunta de los artículos 34 y 37 de la citada Norma Fundamental. Es fácil para el jurista español comprender por qué un tal sistema, en cuanto limitativo de la potencialidad expansiva de la Ley formal,

⁴ En este sentido, *vid.*, especialmente, (PAREJO ALFONSO, 1998: 38) y (EMBRID BRUJO, 2011: 752-753).

⁵ Habla en este sentido (VELASCO CABALLERO, 2009: 246ss).

⁶ La afirmación de la introducción de una reserva reglamentaria a favor de los Entes Locales como consecuencia de la adhesión de España a la Carta Europea de la Autonomía Local se halla en PORRAS RAMÍREZ (2001: 41).

⁷ Forzoso es recordar, en este momento, que nuestro Tribunal Constitucional ha rechazado la existencia de cualquier reserva reglamentaria en nuestro ordenamiento; *vid.*, así, por todas, la STC 5/1981, de 13 de febrero.

servió de base en un primer momento a pronunciamientos doctrinales expresivos de una enorme perplejidad⁸ (DE SOTO, 1959: 278).

La aplicación que de los citados preceptos constitucionales se ha hecho en Francia ha terminado por desvirtuar su espíritu. Consideraciones tales como la influencia del Ejecutivo en la determinación del contenido de la Ley formal como consecuencia de su competencia para la elaboración de los Anteproyectos de Ley y de su consiguiente responsabilidad en relación con la invasión del dominio reglamentario han conducido a una reorientación de la cuestión por parte del Consejo Constitucional⁹, de forma que en la actualidad se afirman sin sonrojo la desaparición de la esfera reglamentaria autónoma y el retorno a la concepción tradicional de las relaciones entre Ley y Reglamento, esto es, a la atribución a éste del carácter secundario o subordinado frente a aquélla. (HAQUET, 2007: 88ss)

Ello no obstante, no deja de ser cierto que una tal mutación constitucional se ha producido como consecuencia del activismo del Consejo Constitucional francés, toda vez que el texto del artículo 37 CFR legitimaría plenamente a la jurisdicción constitucional de aquel país para declarar inconstitucional toda ley estatal que incurriera en invasión del ámbito material reservado a la fuente reglamentaria. Conviene retener, en todo caso, que es éste el elemento esencial de los sistemas de reserva reglamentaria: en ellos, las relaciones entre esta fuente y la legal se articulan con base en un criterio de estricta separación, de forma que una y otra encuentran su fundamento directo y exclusivo en la Constitución, y la regulación por parte de cualquiera de ellas de una materia constitucionalmente reservada a la otra conlleva la forzosa declaración de su carácter contrario a la Norma Fundamental, con las consecuencias jurídicas (nulidad o anulabilidad) que cada sistema prevea al respecto.

Ello no es así en lo que respecta a la disciplina de la potestad reglamentaria local en nuestro sistema. Es cierto que debe partirse de la obligación del Legislador estatal y autonómico de dejar un espacio

⁸ en contra, en cuanto se pronuncia a favor de una relativización de la intensidad de la transformación operada por la Constitución Francesa de 1958 (WALLINE, 1959: 721).

⁹ *Vid.* decisiones de 39 de junio de 1982 y de 21 de abril de 2005.

para la regulación por norma reglamentaria local de aquellas materias que afecten a intereses de estas entidades. Sin embargo, en ningún caso ello supone que la ordenanza y demás fuentes de Derecho Local no se hallen subordinadas a la Ley: la separación de la regulación material no es en estos casos drástica; pervive la vinculación de la norma reglamentaria a la legal, aun debilitada (en tanto restringida a su vertiente negativa)¹⁰. En otras palabras, la posible declaración de inconstitucionalidad de una Ley estatal o autonómica por lesión de la autonomía local *no obsta* en absoluto a la vigencia del criterio jerárquico en la relación existente entre la norma legal y la disposición general de origen local. (EMBRID BRUJO, 2011: 761)

Reflexiones de Derecho comparado a modo de conclusión: el caso italiano.

Como refuerzo de cuanto se ha expuesto hasta este momento, procede ahora hacer una referencia a la cuestión en el ordenamiento jurídico italiano, por cuanto la misma disyuntiva (reconocimiento o no de la existencia de una reserva reglamentaria a favor de los Entes Locales) ha sido analizada doctrinalmente a raíz de la modificación del Título V de la Parte II de la Constitución en el año 2001. La reforma implicó, a los efectos que ahora interesan, la introducción de la previsión contenida en el artículo 117.6 CI, último inciso, según el cual *los Municipios, las Provincias y las Ciudades Metropolitanas disfrutan de potestad reglamentaria en relación con la disciplina de la organización y desarrollo de las funciones que les sean atribuidas*. Una previsión, a la vista está, de contenido similar a las implicaciones extraídas por la doctrina española en relación con las exigencias de respeto a la autonomía normativa local *ex* artículo 137 CE.

El problema ha sido, en primer lugar, analizado por la doctrina italiana desde la perspectiva del principio de reserva de administración. De acuerdo con una aplicación plena de este criterio de distribución del poder, no estaría permitido, en primer lugar, a la Ley formal disciplinar casos singulares que fueran susceptibles de

¹⁰ Es éste el sentido que entendemos se debe dar a la previsión del artículo 55 TRRL, último inciso, según el cual las ordenanzas, reglamentos y bandos locales *no podrán contener preceptos opuestos a las leyes*. *Vid.*, en contra, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011: 230).

resolución mediante acto administrativo, en la medida en que ello podría implicar la privación al administrado de los mecanismos de reacción que se le reconocen frente a las diversas formas de actuación administrativa, dadas las diferencias de funcionamiento de las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa¹¹. La segunda vertiente del principio estaría identificada, por su parte, con el principio de reserva reglamentaria: en este sentido, se ha negado la existencia de una reserva de administración oponible por los Entes Locales frente a la Ley en defensa de su autonomía y se ha preferido hablar, en cambio, de *límites oponibles a la función legislativa en razón de las directrices a las cuales la misma se halla sujeta*. (RINALDI, 2008: 298)

Desde otra perspectiva, aun exagerando, en ocasiones, la *portata innovativa* de la reforma constitucional, de la que se derivaría, por ejemplo, el reconocimiento a favor de los Entes Locales de una autonomía similar cualitativamente a la característica de las Regiones¹², se ha negado nuevamente el carácter de reserva reglamentaria de la disciplina introducida *ex* artículo 117.6 CI. La toma en consideración del principio de legalidad de la Administración, en este sentido, no ha permitido a los autores que han prestado atención a este problema entender que la potestad reglamentaria local se encuentra absolutamente desvinculada de las normas de rango legal, aun cuando éstas deban autolimitarse a favor de aquélla¹³. Es ésta, en definitiva, la nota esencial de diferenciación de las relaciones Ley-Reglamento local en nuestro sistema de las propias de los ordenamientos que conocen la (auténtica) reserva reglamentaria.

Bibliografía

CAMERLENGO, Q.: “Art. 118”, EN BIFULCO, R.; CELOTTO, A., Y OLIVETTI, M. (COORDS.), *Commentario ALLA Costituzione*, Iii, Utet Giuridica, Torino, 2006, PP. 2.333-2.357.

CARETTI. P.: “Fonti statali e fonti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione”, *Le Regioni*, 2002, pp. 951-956.

¹¹ Véanse, en este sentido, VAIANO (1996: 69-70; 80ss) y RINALDI (2008: 87ss).

¹² En estos términos se expresa DEMURO (2006): 2.174.

¹³ *Vid.*, por todos, en este sentido, TARLI BARBIERI y MILAZZO (2006: 2.296); PIZZETTI (2005: 82), y CARETTI (2002: 954).

DE SOTO, J.: “La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1959, pp. 240-297.

DEMURO, G.: “Art. 114”, en BIFULCO, R.; CELOTTO, A., y OLIVETTI, M. (coords.), *Commentario alla Costituzione*, III, UTET Giuridica, Torino, 2006, pp. 2.165-2.176.

EMBRID BRUJO, A.: “Ordenanzas y Reglamentos municipales”, en MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, Madrid, 3ª edición, 2011, pp. 717-778.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 15ª edición, 2011.

HAQUET, M.: *La loi et le règlement*, LGDJ, Paris, 2007.

PAREJO ALFONSO, L.: *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

PIZZETTI, F.: “Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)”, *Le Regioni*, 2005, pp. 49-102.

PORRAS RAMÍREZ, J. M.: *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001.

RINALDI, E.: *Legge ed autonomia locale*, Jovene Editore, Napoli, 2008.

TARLI BARBIERI, G., y MILAZZO, P.: “Art. 117, 6º co.”, en BIFULCO, R.; CELOTTO, A., y OLIVETTI, M. (coords.), *Commentario alla Costituzione*, III, UTET Giuridica, Torino, 2006, pp. 2.276-2.300.

VAIANO, D.: *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.

VELASCO CABALLERO, F.: *Derecho Local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

WALLINE, M.: “Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958”, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1959, pp. 699-717.

Catalunya y el derecho de autodeterminación

Lucía Payero López*

Resumen: Este artículo tratará de establecer si Catalunya, una nación situada en el seno de un Estado democrático, es una candidata adecuada para ostentar la titularidad del derecho de autodeterminación. Se analizará la cuestión desde una perspectiva moral y iuspositivista, distinguiendo entre los ordenamientos internacional e interno. El estudio revelará que desde un punto de vista moral y jurídico-internacional Catalunya tiene derecho a autodeterminarse, pero que la Constitución española prohíbe tal derecho. Ello deja a los nacionalistas catalanes dos opciones para introducir el derecho de autodeterminación en el sistema español: la reforma de la Constitución o la vía fáctica. Razones de seguridad jurídica avalan la primera y razones de eficacia aconsejan el uso de la segunda. Este artículo tratará de argumentar la mayor conveniencia de la vía jurídica.

Mi propósito al escribir este artículo es tratar de ofrecer una respuesta satisfactoria a la siguiente pregunta: ¿tiene Catalunya derecho a autodeterminarse políticamente? Pero antes de abordar esta cuestión, me gustaría establecer tres precisiones conceptuales.

En primer lugar, quisiera delimitar el concepto de autodeterminación que manejo. De acuerdo con De Obieta (1985), entiendo la autodeterminación como la capacidad que tiene un pueblo o nación para determinar el sistema de gobierno que desea darse (vertiente interna), así como las relaciones que quiere mantener con otros grupos semejantes (vertiente externa).

* Doctora por la Universidad de Oviedo, España. Correo electrónico: payerolucia@uniovi.es

En segundo lugar, me gustaría poner de relieve que autodeterminación y secesión no son términos sinónimos, aunque tampoco se excluyen. A la hora de ejercer la autodeterminación, el pueblo puede optar por la independencia, pero caben otras opciones¹: libre asociación, federación, autonomía, centralización, etcétera. A este respecto, resultan sumamente ilustrativas las siguientes palabras de Villoro: “la autonomía de las comunidades culturales minoritarias que forman parte de un país no implica, necesariamente, su independencia política, no equivale a soberanía estatal, pero sí a la capacidad de elegir libremente su propia situación dentro del Estado. Su elección puede desembocar en una decisión de segregación del Estado, pero también en su integración a la nación, o en la reivindicación de formas de autonomía restringida dentro del mismo Estado; en cualquier caso, esa elección no debe obedecer a ninguna coacción por parte del Estado, pues cada pueblo tiene el derecho fundamental de determinar por sí mismo su propia suerte” (1995: 17-18).

En tercer lugar, parto de la consideración de que Catalunya es un pueblo o nación en atención a que una gran parte de sus integrantes así lo piensa y esa creencia colectiva les motiva a la acción política. Como bien ha señalado MacCormick, “las naciones existen en cualquier lugar en el que un buen número de individuos comparte en algún grado una conciencia común de este tipo” (1996: 44). Catalunya sería entonces una “comunidad imaginada” (Anderson, 1993), un “hecho institucional”² (Searle, 1997). En este sentido, recorro a una

¹ La doctrina tiende frecuentemente a identificar autodeterminación e independencia: de ahí el sentido de nuestra aclaración. Por ejemplo, escribía hace poco De Carreras: “los nacionalistas (...) siempre aspiran a un Estado propio y consideran a la autonomía como un nuevo peldaño para acceder a él” (2013). Pues bien, no es cierto. La aspiración de los nacionalistas es la autodeterminación, que no equivale a la búsqueda del Estado propio. En este sentido, y como decía Moore, “no todas las naciones persiguen la independencia total –especialmente, en aquellos casos donde los miembros del grupo tienen identidades nacionales ambivalentes o superpuestas [como ocurre en Catalunya]–” (2001: 200).

² Los *hechos institucionales* “dependen del acuerdo humano” y su existencia requiere de instituciones humanas (Searle, 1997: 21). Las instituciones son “sistemas de reglas constitutivas” (1980: 60), es decir, reglas que “no sólo regulan, sino que crean la posibilidad misma de ciertas actividades” (1997: 45), como las que rigen el juego del ajedrez. A los hechos institucionales Searle opone los *hechos brutos*, que son independientes de las preferencias, valoraciones, actitudes morales y opiniones de las personas (1997: 21) y se conocen a través de la “observación empírica que

definición subjetiva del término nación, puesto que considero que lo relevante para hablar de una nación es la voluntad de sus miembros de formar parte de ella, al margen de que compartan uno o varios elementos objetivos que diferencien a su nación de otras (lengua, tradición, historia, religión, etcétera). La nación no sería, así, un concepto científico, sino una “categorización social (hecha por los actores sociales) de una realidad colectiva” (Pérez-Agote, 1993: 7). Además, y como ha señalado Moore, el empleo de un concepto subjetivo de nación ayuda a establecer el área territorial en el que el referéndum de autodeterminación ha de celebrarse, aspecto sumamente relevante en el caso catalán: “al igual que resulta inaceptable que una nación determine si otro grupo constituye de hecho una nación, también lo es que una nación considere que una tierra en la que viven personas que no se consideran a sí mismas como miembros de esa nación representa una parte esencial de su territorio” (1997: 906). Ello implica la posibilidad de que se lleven a cabo autodeterminaciones recurrentes (*recursive*): una vez que se autodetermine el pueblo catalán, pongamos por caso, sería posible que el pueblo aranés también decidiese ejercer la autodeterminación.

Tras este breve excurso, retomo la cuestión que planteaba al comienzo: la nación catalana, ¿goza de un derecho de autodeterminación? La respuesta puede abordarse desde dos perspectivas diferentes: moral y iuspositivista.

Desde un punto de vista moral –entendiendo por moral la moral crítica³–, es posible contestar a la pregunta de manera afirmativa. Catalunya tiene un derecho moral a la autodeterminación política,

registra experiencias sensoriales” (1980: 59). El modelo de conocimiento de los hechos brutos es el de las ciencias naturales. Un ejemplo del propio Searle ilustra magníficamente la oposición conceptual anterior (1997: 21): un billete de cien euros (hecho institucional) tiene tamaño valor porque existe la institución del dinero; de lo contrario, únicamente hablaríamos de un pedazo de papel (hecho bruto).

³ La moral crítica está formada por el conjunto de “principios morales que se consideran justificados y que cabe utilizar para la crítica de las instituciones sociales vigentes, incluida la moral positiva” (Atienza, 2003: 67). Por su parte, la moral positiva o moral social, se compone de las “normas morales vigentes en un determinado grupo y en un momento histórico concreto” (2003: 67).

teniendo en cuenta el fundamento que la autodeterminación encuentra en los principios de libertad y democracia⁴.

El régimen que intenta maximizar la libertad de la que disfrutaban los individuos es el liberalismo. Como forma de dar efectividad a dicha libertad, se reconoce a los individuos la capacidad de efectuar elecciones y, en su caso, de modificarlas. Ello entraña la suposición de que los individuos mayores de edad son seres racionales y, en ese sentido, pueden justificar sus decisiones y responsabilizarse de sus acciones. En consecuencia, en una sociedad liberal las relaciones privadas entre adultos se rigen por el principio de voluntariedad. Pero la voluntad no entra en juego únicamente a la hora de entablar las relaciones, sino también en el momento de su finalización: los vínculos personales no son irrevocables. Si ningún contrato vincula a perpetuidad, tampoco el contrato social, por lo que los ciudadanos deben contar con la posibilidad de retirar su consentimiento en cualquier momento. Pese a que dicho consentimiento no se haya prestado nunca de manera real, presumiéndose el mismo con carácter general, su revocación sí deberá adoptar una forma expresa. Aplicado lo anterior a la unidad del Estado y sus fronteras, parece lógico afirmar la posibilidad de que, desde parámetros liberales, se cuestionen los límites territoriales y la pertenencia nacional⁵. En este caso, el liberalismo debe renunciar a cierta dosis de individualismo para reconocer que ha de ser un conjunto suficientemente amplio de ciudadanos concentrado en un territorio y que, invariablemente, se identifica como nación el que efectúe la revocación del consentimiento.

Los principios de autodeterminación y democracia se hallan ligados mediante el concepto de autonomía, el cual presenta una doble dimensión, individual y colectiva, encontrándose ambas mutuamente implicadas. La autonomía del colectivo, contra la opinión de Berlin (1988: 234), no supone necesariamente un peligro para la autonomía de los individuos, sino que más bien constituye un requisito imprescindible para que sus miembros sean autónomos. Autonomía

⁴ La conexión que presenta el derecho de autodeterminación con los principios de libertad y democracia ha sido señalada, entre otros, por Heller (1930), Villanueva (1991), Lacasta-Zabalza (1991; 2002), MacCormick (1994), Bastida (2002; 2007) y Coello (2003).

⁵ Podemos hallar esta opinión, con diversos matices, en Beran (1984), Moore (2003) y Buchanan (2013).

significa darse normas a uno mismo y, en consecuencia, también requiere que sea uno mismo el que se imponga límites. Una de las consecuencias que entraña la aplicación de este concepto sobre la comunidad política es el reconocimiento de que es a ella a quien le corresponde su propia demarcación, lo cual nos sitúa en el marco del paradigma subjetivo de construcción nacional. De esta manera se soluciona el famoso problema planteado por Jennings: “el pueblo no puede decidir hasta que alguien decide quién es el pueblo” (1956: 56). Pero incluso aunque se argumente la incompatibilidad entre autodeterminación y democracia, es posible sostener que un Estado democrático que se enfrenta a demandas secesionistas en su territorio se halla obligado a negociar de buena fe un nuevo estatus político para la minoría nacional insatisfecha. La razón es que el principio democrático requiere que el gobierno cuente con la aquiescencia de los gobernados.

Un análisis iuspositivista revela que el ordenamiento jurídico internacional es prácticamente el único que ha procedido a positivizar la autodeterminación, con la salvedad de algunos escasos ejemplos de ordenamientos estatales (Constituciones de Saint Kitts y Nevis y Etiopía, por ejemplo). No obstante, la doctrina internacionalista mayoritaria tiende a efectuar una interpretación restrictiva del alcance de este derecho: el principio de integridad territorial de los Estados ya sancionados goza de prioridad absoluta, cediendo únicamente cuando el Estado vulnera de forma flagrante derechos básicos de naciones minoritarias. Es en esos casos en los que se concedería a las víctimas un derecho de autodeterminación como modo de compensar su sufrimiento. Por tanto, además de los Estados ya consagrados, sólo las colonias y las minorías que padezcan graves violaciones de derechos humanos serían acreedoras de un derecho de autodeterminación que permitiese su secesión. Sin embargo, un sector minoritario, al que me adhiero, estima que del tenor literal del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, ambos de 1966, se puede concluir que *todos* los pueblos son titulares del derecho de autodeterminación, también Catalunya.

Por lo que se refiere al Derecho estatal, la Constitución española de 1978 no reconoce la plurinacionalidad del Estado, sino que establece la unidad indisoluble de la nación española —que, ésa sí, se ha autodeterminado —, prohibiéndose, en consecuencia, la autodeterminación de las denominadas naciones periféricas, entre ellas

Catalunya. Más aún, el fundamento mismo de la Constitución radica en esa unidad eterna e indestructible de la nación española, y no al revés, extendiéndose los confines de la nación española hasta hacerla coincidir con las fronteras del Estado español. De este modo, se pretende operar una homogeneización nacional al estilo jacobino para que, de acuerdo con el viejo principio de las nacionalidades, a cada nación le corresponda un Estado y sólo exista una nación en cada Estado.

Ante este panorama que niega la diversidad nacional del Estado español, ¿qué opciones tiene el pueblo catalán para ejercer el derecho de autodeterminación del que, tanto desde un punto de vista moral como jurídico-internacional, es titular? En mi opinión, las opciones se reducen a dos –otras posibilidades que se han sugerido, en último término, se reconducen a una de éstas–: la reforma de la Constitución española o el recurso a vías de hecho.

La reforma de la Constitución es posible desde un punto de vista formal, puesto que no existen límites de intangibilidad explícitos en nuestra Carta Magna. No obstante, desde el punto de vista práctico, considero que la viabilidad de la reforma es muy escasa, por no decir nula. La revisión debiera conducirse por los cauces del artículo 168, puesto que afectaría al Título Preliminar (artículos 1 y 2) y, en dicho precepto, se contienen unos requisitos tan estrictos (doble mayoría de dos tercios en ambas Cámaras, disolución de las Cortes, referéndum en todo el Estado) que con razón se ha dicho del mecanismo allí establecido que, más que permitir la reforma constitucional, lo que hace es impedirla (Ruipérez, 1995). Algunos autores (Requejo Pagés, 1998; Laporta, 2004) han sugerido una posibilidad adicional para eludir los rígidos condicionamientos fácticos del artículo 168, consistente en efectuar una doble reforma empleando el mecanismo de revisión contenido en el artículo 167, más liviano: primero se reformaría el artículo 168, puesto que entre los contenidos protegidos por este precepto no se encuentra él mismo, para a continuación modificar los artículos 1 y 2 en un sentido favorable a la autodeterminación de las naciones periféricas. Sin embargo, aunque se recurriese al artículo 167, si la decisión final recae en los órganos políticos y judiciales del Estado español, Catalunya se encontrará en minoría y, casi con total seguridad, perderá la votación.

Siendo esto así, parece que la única solución viable es el recurso a la vía de hecho, es decir, el ejercicio fáctico del derecho de autodeterminación obviando ciertos procedimientos legales. En Catalunya ya se empleó esta vía cuando entre 2009 y 2011 diversas localidades celebraron referendos autodeterministas y, en mi opinión, muchas de las iniciativas que vienen desarrollando las autoridades catalanas desde el inicio de la presente legislatura con el objetivo de ejercer la autodeterminación también se inscriben en este apartado, puesto que vulneran la Constitución. Para cumplir con la legalidad sería necesario reformar esta norma, pero a las dificultades prácticas mencionadas se une la rotunda negativa del ejecutivo español para que ni siquiera un referéndum consultivo tenga lugar.

Por ello, creo que desde un punto de vista práctico la opción más factible para que los catalanes se autodeterminen pasa por recurrir a la vía de hecho: celebrar el referéndum aunque Madrid se oponga y, si los resultados son favorables a la independencia o a un cambio de relaciones con el Estado español, tratar de negociar con él, por un lado, y recabar apoyos internacionales, por otro. Una clara mayoría a favor de la independencia seguramente llevaría a otros países a reconocer a Catalunya su condición estatal y, quizás entonces, el ejecutivo español se vería forzado a sentarse frente a frente con los representantes del pueblo catalán para intentar llegar a un acuerdo satisfactorio para ambos.

Ahora bien, desde una perspectiva teórica, y pese al éxito que la vía fáctica ha tenido en otros casos (*vide* Bangladesh, Kosovo, Quebec), creo que debe procederse a la constitucionalización del derecho de autodeterminación para que todas las naciones que lo deseen puedan ejercerlo sin vulnerar el ordenamiento jurídico estatal⁶. Razones de seguridad jurídica avalan esta opción: en caso contrario, únicamente aquellas naciones que cuenten con la suficiente ayuda exterior podrán autodeterminarse tras una guerra civil en la que venzan al Estado que las alberga.

⁶ La admisión de la vía fáctica resulta frecuente incluso en autores que mantienen una concepción restringida del sujeto titular y del contenido del derecho de autodeterminación, los cuales alaban las ventajas que presenta el *fait accompli* frente a la regulación minuciosa, tanto internacional como estatal, de la autodeterminación. Como ejemplo de esta postura, se pueden citar los trabajos de Gros Espiell (1985), Mariño Menéndez (1996) y Ruiz Rodríguez (1998).

Bibliografía

Anderson, B. (1993): *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Atienza, M. (2003): *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel (2ª ed.).

Bastida, X. (2002): “La Identidad Nacional y los Derechos Humanos”, en M. Calvo (coord.) *Identidades culturales y Derechos Humanos*, Madrid: Dykinson.

---- (2007): “La senda constitucional. La nación española y la Constitución”, en C. Taibo (dir.) *Nacionalismo español. Esencias, memorias e instituciones*, Madrid: Los Libros de la Catarata.

Beran, H. (1984): “A Liberal Theory of Secession”, *Political Studies* 32 (1).

Berlin, I. (1988): “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid: Alianza.

Buchanan, A.E. (2013): *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona: Ariel.

Carreras, F. de (2013): “Catalunya: la espiral del silencio”, *El País* 30 de diciembre.

Coello, C. (2003): “La propuesta del Presidente Ibarretxe: ¿del etnos al demos? Hacia un nacionalismo performativo”, en VVAA *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñati: IVAP.

Gros Espiell, H. (1985): “A manera de presentación”, en Colectivo Herria 2000 Eliza (ed.) *Autodeterminación de los pueblos: un reto para Euskadi y Europa (tomo I)*, Bilbao: Herria 2000 Eliza.

Heller, H. (1930): *Las ideas políticas contemporáneas*, Barcelona: Labor.

Jennings, I. (1956): *The Approach to Self-Government*, Cambridge: Cambridge University Press.

Lacasta-Zabalza, J.I. (1991): “Prólogo”, en J. Villanueva *Diccionario crítico de la autodeterminación. Pensamiento europeo (1750-1919)*, Donostia: Tercera Prensa.

---- (2002): “Desde Yo hasta Nosotros: identidades y autodeterminaciones”, en M. Calvo (coord.) *Identidades culturales y Derechos Humanos*, Madrid: Dykinson.

- Laporta, F. (2004): “Las dos vías para la reforma de la Constitución”, *Claves de Razón Práctica* 145.
- MacCormick, N. (1994): “¿Es filosóficamente creíble el nacionalismo?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 31.
- (1996): “Libertad, igualdad y nacionalismo”, *Sistema* 130.
- Mariño Menéndez, F.M. (1996): “Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación”, en F.M. Mariño (ed.) *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid: Universidad Carlos III.
- Moore, M. (1997): “On National Self-Determination”, *Political Studies* 45 (5).
- (2001): *The Ethics of Nationalism*, Oxford: Oxford University Press.
- (2003): “Conclusion and Overview”, en A. Buchanan y M. Moore (eds.) *States, Nations, and Borders. The Ethics of Making Boundaries*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Obieta, J.A. de (1985): *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Madrid: Tecnos.
- Pérez-Agote, A. (1993): “Las paradojas de la nación”, *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 61.
- Requejo Pagés, J.L. (1998): *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruipérez, J. (1995): *Constitución y autodeterminación*, Madrid: Tecnos.
- Ruiz Rodríguez, S. (1998): *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Searle, J.R. (1980): *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid: Cátedra.
- (1997): *La construcción de la realidad social*, Barcelona: Paidós.
- Villanueva, J. (1991): *Diccionario crítico de la autodeterminación. Pensamiento europeo (1750-1919)*, Donostia: Tercera Prensa.
- Villoro, L. (1995): “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos”, *Isonomía* 3.

Por una teoría justificadora de la responsabilidad civil por daños extracontractual

Virginia de Carvalho Leal*

Resumen: En el mundo anglosajón, desde los años 60 del siglo pasado que se percibe una tradición de pensar filosóficamente la responsabilidad extracontractual y que a partir de ese período la literatura sobre la responsabilidad extracontractual y el derecho de daños se ha dividido en dos grandes corrientes: de un lado, la visión económica que sostiene la responsabilidad extracontractual como un instrumento para la maximización de la riqueza social y con base en el principio de la eficiencia; de otro lado, los que sostienen que la responsabilidad extracontractual no es más que la realización institucionalizada de la justicia correctiva y que enfatiza la importancia de los conceptos morales que exigen rectificar las interacciones injustas a través del deber de compensar los daños ocasionados y el correlativo deber de la víctima de ser indemnizada.

Innegable la importancia y atención que vino ganando el Derecho de la responsabilidad por daño extracontractual en los últimos 50 años, sobre todo entre los países del *Common Law*. Desde el inicio de los años sesenta que muchos filósofos y teóricos del derecho se han dedicado al análisis y a la búsqueda del fundamento filosófico del Derecho de Daños (a lo que correspondería genéricamente al *Tort Law*) o más específicamente el Derecho de la responsabilidad civil por daños extracontractual.

El debate ha surgido y ganado fuerza casi exclusivamente en los países del *Common Law* (Gran Bretaña, EEUU, Canadá, Australia) y desde allí más recientemente viene repercutiendo y siendo importado a las discusiones continentales. Tiene, entre sus abundantes peculiaridades, la de haberse convertido de estos años para acá en objeto de fuerte debate doctrinal, y en especial también sobre sus fundamentos últimos, tanto conceptuales (cuáles son las categorías propias e ineludibles que lo definen) como morales o de justicia.

No obstante, la discusión filosófica sobre los fundamentos del derecho de daños o de la obligación de reparar surge aún en los escritos de Aristóteles y distinción entre la justicia correctiva y la justicia distributiva. Tras más de dos mil años Aristóteles es la referencia originaria de la que se debe partir cuando se decide hablar de justicia, de corrección o de responsabilidad. Al fin y al cabo todos los caminos llevan a Aristóteles, y es innegable el alcance y la importancia de la doctrina aristotélica - ampliamente debatida y difundida -, y su contribución para la formación de la teoría de la responsabilidad jurídica.

Las ideas de Aristóteles sobre la justicia correctiva, relatadas en su *Ética a Nicómaco*, han sido el punto de partida para muchos de aquellos que han buscado una explicación filosófica al Derecho de daños. (Gordley, 1997) Según James Gordely, Aristóteles ha logrado ofrecer mejor bases al derecho de la responsabilidad civil extracontractual que los teóricos contemporáneos han conseguido nunca. Así, muchos de los análisis actuales de Derecho de daños al final se valen de las teorías de la justicia y más específicamente de la concepción de justicia correctiva como base de justificación de la responsabilidad extracontractual.

Aunque diversas hayan sido las interpretaciones y debates sobre esa doctrina hasta la modernidad, se computa un lapso temporal de letargia intelectual hasta aproximadamente la década de los 50's. Es a partir de ese período que en el mundo anglosajón se percibe un resurgir de la vitalidad de los debates filosóficos, pero que el sistema continental no ha podido recuperar tras el fuerte movimiento codificador del siglo XIX, que de cierta manera quitó el aliento a la discusión filosófica del derecho de daños¹ (en aquella época

*Universidad de León. Personal Investigador en Prácticas (PFI). Correo electrónico: vcarl@unileon.es. El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación DER2010-19897C02 "Modelos de Razonamiento, tipos de argumentos, estructuras argumentativas en la decisión judicial" (Ministerio de Ciencia e Innovación), del que el Prof. Dr. Juan Antonio García Amado es el investigador principal, y de cuyo equipo de investigación forma parte la autora como becaria.

¹ Oliver Wendell Holmes ha sido citado como el que permitió cierto nivel de sistematización filosófica en el *common law* y los daños entre particulares, considerado por J.C P. Goldberg como el "abuelo" de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. Cf. (Zamora, 2013: 25)

prevaleció el formalismo exacerbado y el realismo que fueran dominantes hasta finales del siglo XIX e inicio del siglo XX.²

El interés es volver a ese final del siglo XIX como una especie de “puente” para llegar a las teorías que se dedicaron a explicar, justificar y entender el papel de la responsabilidad civil extracontractual o derecho de daños³, de manera apenas casi prácticamente enumerativa, por el reducido espacio de tiempo.

No es el objetivo estudiar toda la teoría de la justicia en su profundidad, desde los clásicos hasta la modernidad, sino que acercarnos a las concepciones y partes de la teoría de la justicia clásica, partiendo de Aristóteles - con especial atención a las ideas de justicia distributiva y de justicia correctiva - para, a partir de este enfoque, trabajar igualmente otros fundamentos de la responsabilidad.

No va interesar tampoco volver a la discutidísima cuestión de ¿qué es justicia?, debatida a lo largo de siglos, de Platón a Kant. Tampoco nos va importar la descripción pormenorizada de todos los detalles de la doctrina iusfilosófica de la justicia de Aristóteles y clásicos, sino subrayar sus principales aportaciones a lo que hoy se discute sobre las teorías de la justicia distributiva y justicia correctiva y sus implicaciones al Derecho de daños.

Aristóteles y la justicia correctiva

² Para una visión más completa de la historia de la filosofía de la responsabilidad extracontractual y su evolución, sugerimos como lectura a ENGLARD, *Philosophy of Tort Law* (1993) y *Corrective and Distributive justice* (2009); OWEN, *Why Philosophy Matters to Tort Law* (1995); GOLDBERG, *Twentieth Century Tort Theory* (2002).

³ la doctrina anglosajona tiene especial importancia en esa discusión y los institutos y nomenclaturas allí utilizadas muchas veces no coinciden exactamente con los del sistema continental. Un ejemplo claro es la expresión comúnmente utilizada “*Tort Law*”, que no tiene propiamente una traducción literal y unívoca en español, pero que la mayoría de los autores hispanohablantes la traducen por lo que en el sistema continental entendemos como “responsabilidad extracontractual”; “responsabilidad civil extracontractual”, o (y la que más nos gusta) “responsabilidad por daños extracontractuales” o aún “derecho de daños”, aunque derecho de daños tiene quizás un ámbito más amplio por normalmente también incluir también en el sistema continental los daños contractuales (que en inglés sería *contract law*) además de los extracontractuales. Aquí utilizaremos indistintamente los términos “derecho de daños” y “responsabilidad por daño extracontractual” (en adelante RDE) cuando queramos referirnos al correspondiente “*Tort Law*” del *common law*.

Con existencia de más de veinticinco siglos, su obra sigue siendo leída, ampliamente estudiada y comentada hasta los días actuales. Aristóteles trata de la justicia como la más perfecta de las virtudes, por la que se predica lo justo y por la que hace al hombre justo. (Aristóteles, EN – V, 1129 a7-9)

Para Aristóteles, la justicia como virtud total es por él llamada legal o universal y tiene por objeto el bien de la comunidad política; mientras que la justicia como virtud parcial la denominó justicia particular y su razón última es, dentro de los bienes comunes, aquello que pertenece privativamente a alguien. Dentro de esta noción de justicia particular está la distinción fundamental que trajo Aristóteles entre justicia distributiva y justicia correctiva, a la que volveremos enseguida.

Siguiendo en su *Ética* a Nicómaco, Aristóteles introduce una modificación en su tradicional tesis que identificaba lo legal a lo justo, pasando a afirmar entonces que la conformidad con la ley es justa, pero en cierto modo solamente: “puesto que el transgresor de la ley era injusto y el legal justo, es evidente que todo lo legal es, *en cierto modo*, justo, pues lo establecido por la legislación es legal y cada una de las disposiciones decimos que es justa” (subrayado no consta en el original – Aristóteles, EN, V, 1129 a, 12-15)

En cuanto a lo justo, añade Aristóteles que “si lo injusto es desigual, lo justo es igual, cosa que sin necesidad de razonamiento, todos admiten. Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio. (...)Necesariamente, por tanto, lo justo será un término medio e igual, relativamente a algo y a algunos.” (Aristóteles, EN, V, 1131 a, 13-20)

Después de explicar lo justo y lo injusto, Aristóteles establece una división de la justicia particular en distributiva y correctiva, donde en la distribución uno puede tener una parte igual o no a la de otro, mientras que la otra, la correctiva, es la que “regula o corrige los modos de trato” en la relaciones entre individuos, sean voluntarios o involuntarios.

La idea de Aristóteles es que, si hay dos tipos diferentes de situaciones, cada una de ellas va a requerir un tipo diferente de justicia. En una de ellas la justicia se orienta hacia de creación de un nuevo estado de cosas (que sería la justicia distributiva), mientras que el objeto de la otra es restablecer un cierto equilibrio entre las partes (justicia correctiva). Para el autor, ambas ideas de justicia igualmente

implementan la aplicación de la idea de igualdad restricta, bien como son igualmente apropiadas para lograr la justicia, aunque cada una de una manera diferente según se requiera por situación básica diferente.

La justicia distributiva sería, pues, el término medio, entre lo más y lo menos, y lo igual según su proporción, que será distribuido de acuerdo con la forma o régimen de distribución establecido. Aristóteles sugiere que el mérito debe ser la base para la distribución, y una vez que la proporción se haya establecido, lo “justo” será exactamente la distribución de acuerdo a lo establecido en esta proporción. En resumen, lo justo será lo “proporcional”.

Al tratar sobre la justicia correctiva, Aristóteles destaca que es una forma de justicia distinta de la anterior, y que tiene lugar en los modos de trato, sean estos voluntarios o involuntarios. Si en la justicia distributiva lo justo era lo proporcional y lo injusto lo que va contra esta proporción, la justicia en los modos de trato – o justicia correctiva - es una igualdad. (Aristóteles, EN,1131 b 32)

En resumen, lo justo sería una igualdad, mientras que lo injusto sería, pues, una desigualdad, una desigualdad aritmética. Se trata de no tener nada más ni nada menos de lo que tenía cada una de las partes antes de ocasionado el daño, sino “lo mismo” que se tenía antes del fallo. Así, sería el término medio entre la pérdida y la ganancia.

El principio aristotélico de justicia correctiva se reduce, así, a que nadie debe ganar a través de la pérdida de otro. Este principio puede servir de base general para explicar la responsabilidad por daños causados.

Este famoso análisis de Aristóteles sobre la noción de justicia que acabamos de ver sigue siendo insuperable. Ha ejercido una enorme influencia a través de los siglos y todavía es motivo y objeto de mucho debate, con su innegable relevancia para los días actuales.

En inicio del siglo XX se han notado que diversos factores - entre los cuales el acelerado desarrollo y la modernización, combinados a una progresiva interferencia del Estado en la economía – han generado directa o indirectamente importantes mudanzas en el paradigma filosófico de la teoría tradicional de la responsabilidad por daños extracontractuales (en adelante, RDE), apoyadas en las condiciones intelectuales cambiantes que venían surgiendo desde finales del siglo XIX. La sociedad liberal clásica ha sido puesta en jaque juntamente con su concepción de “coherencia” interna y la

filosofía analítica pasa a predominar como escuela de pensamiento. (Fletcher, 1972: 540)

La modernidad, su rápido desarrollo de la economía industrial y los accidentes relacionados con productos y vehículos que protagonizaban problemas a los que la perspectiva tradicional de la dogmática formalista y sus conceptos estancos (como la causalidad y culpa) no llegaban a dar respuestas, han contribuido a que esa teoría tradicional de la responsabilidad extracontractual pareciera fuera del foco y acabara por agotarse en sí misma.

También la sensibilidad política y la actuación de los jueces del *common law*, a mediados y finales del siglo XIX, antes inclinados a la amplia libertad de contrato y en contra a la regulación estatal, pasan a ser más receptivos a imponer deberes de responsabilidad que antes parecerían excesivamente gravosos sobre la libertad de los actores y empresas, reflejado sobre todo en las reglas de la responsabilidad por productos defectuosos, aunque abiertos también a la culpa concurrente y a la responsabilidad de las víctimas⁴.

De los cambios más expresivos en el traje típico del derecho de daños tradicional, han sido cuanto a las partes de la relación. Pasa de ser una relación primordialmente entre personas naturales a corporaciones, aseguradoras o a que las personas responsables sean los accionistas de las empresas, y/o que tengan que responder por los

⁴ Una imprescindible obra que representa un marco en la discusión y evolución de la teoría de la responsabilidad extracontractual es “*Twentieth Century Tort Law*”(Goldberg, 2002) que hace un ejercicio de reconstrucción analítica por cinco teorías del derecho de daños que representan el enfoque dominante de la responsabilidad en el siglo XX y se centra en los académicos de EE.UU. y Canadá en gran parte debido a la teorización sobre responsabilidad civil ser más una preocupación entre ellos que sus homólogos en otros países. Se dispone a identificar y analizar algunas de las controversias más modernas que se han discutido en el ámbito de la responsabilidad civil intentando aislar puntos genuinos de desacuerdo entre esas teorías del siglo pasado para fomentar la claridad en el Derecho de daños del nuevo siglo. Aunque competidoras, cada una de esas teorías se inicia a partir de la premisa de que la teoría tradicional de daños se vino abajo en el cambio del siglo XX. Son teorías que no están herméticamente cerradas con respecto una a la otra, sino que son categorías provisionales que buscan aclarar las disputas sobre el derecho de daños, ya que han sido teorías creadas para llenar el vacío percibido por la ruptura en la teoría tradicional a finales del siglo XIX, aunque la teoría tradicional sigue teniendo a sus seguidores y sigue influenciando en las decisiones de los Tribunales.

actos de aquellos.⁵ En esos casos en que hay una sustitución, la emisión del fallo casi pierde total importancia para el actor o la persona que verdaderamente lo emitió, ya que la responsabilidad recaería sobre la aseguradora, por ejemplo. Además, esa sustitución va en contra a la teoría de la compensación disuasoria.

A la vez a que ya no se encontraban respuestas a todos esos cambios, emerge la teoría de la disuasión económica en respuesta a los defectos percibidos en la teoría tradicional de la responsabilidad y de la mencionada teoría de la compensación disuasoria. El análisis económico pasa a interpretar y analizar el derecho de daños y tiene como objetivo primordial, promover el bienestar social general a través de la evitación de accidentes futuros.⁶

Como teoría de facciones instrumentalistas, parte del supuesto de que las características centrales de un determinado cuerpo de derecho se justifican o se explican si buscan alcanzar un propósito, o remediar un determinado problema social. La responsabilidad extracontractual buscaría pues alcanzar la maximización de la riqueza y la eficiencia o la minimización de los accidentes.⁷ Las teorías analíticas pierden todavía más voz y espacio, con la llegada y consolidación del movimiento denominado *análisis económico del derecho*.

⁵ Ese cambio es especialmente observado hoy día en el ámbito de la responsabilidad ambiental de la empresa.

⁶ Para Calabresi, el análisis económico del derecho de daños serviría para rescatar algunos principios de la teoría de la responsabilidad de la empresa: “Most but not all. Calabresi’s project was to enlist economics to rescue some of the tenets of enterprise liability theory, a project more recently undertaken by Professors Croley and Hanson. See Neil Duxbury, *Law and Economics, Science and Politics*, 15 L. & HIST. REV. 323, 326 (1997) (noting the difference between Calabresi’s project from those of Coase and Posner); Steven P. Croley & Jon D. Hanson, *Rescuing the Revolution: The Revived Case for Enterprise Liability*, 91 MICH. L. REV. 683, 767- 86 (1993)”. Cf. (Goldberg, 2002: 40)

⁷ O aun disuadir posibles daños que puedan ser causados o que buscan proporcionar una compensación adecuada a la parte que sufrió la pérdida. Los no-instrumentalistas, de otro lado, no aceptan que la definición de determinadas instituciones se mezclen con la determinación de sus funciones. Los defienden como dos cosas distintas, y buscan justificar el Derecho y su estructura en sí mismos, independientemente de si esa estructura cumple o no determinado fin. Es el caso de teóricos como E. WEINRIB, que defiende que el derecho de la responsabilidad y el derecho privado se justifican por sí mismos. Cf. (Weinrib, 1995).

El análisis económico del derecho de daños

Las teorías analíticas (o conceptuales) buscan responder a preguntas como “qué es responsabilidad extracontractual” o “en qué o cómo se diferencia de otras instituciones”, y reconocer las condiciones necesarias y suficientes de la existencia misma de la institución en cuestión. De otro lado, las teorías instrumentales parten del supuesto de que las características centrales de un determinado cuerpo de derecho se justificarían o se explicarían si buscara alcanzar un propósito, o remediar un determinado problema social.

La visión del AEDD sobre la responsabilidad extracontractual para intentar explicarla y justificarla no respeta ni tampoco observa, según la mayoría de los críticos, que esa posee una estructura propia, una estructura que se basa eminentemente en la relación bilateral entre el causante del daño y la víctima del mismo daño, una relación posada en la correlatividad entre los derechos y deberes de estas dos partes, y que de ninguna manera puede ser obviada en razón de un objetivo o una finalidad extraña a esa relación.

Los economistas defienden que no hay una estructura fija de litigio de responsabilidad extracontractual, sino que ese puede tomar muchas formas, en la que víctima y demandado apenas poseen importancia secundaria.

A la crítica sobre la justificación de la estructura de la relación de responsabilidad, los economistas primeramente niegan que esa relación bipolar víctima-demandado sea la estructura central de la responsabilidad extracontractual, a la vez que aceptan que exista pero que proporcionan una explicación económica tanto para el término víctima como para el causante o demandado, distinta obviamente a la concepción tradicional bipolar. En la concepción del AEDD la víctima tiene muchas veces un papel tan activo cuanto el demandante, ya que incluirla entre los posibles responsables es hacerla igualmente tomar medidas óptimas de precaución.

Los que defienden la concepción formalista del derecho y del derecho de daños en particular (Weinrib, Coleman, etc) defienden que tanto la estructura de la responsabilidad como los conceptos propios de esa relación - causalidad, culpa, daño, etc, - tienen una lógica interna, y que esos mismo conceptos especifican límites a su utilización que se asocian al concepto formal de justicia correctiva. Además, esa lógica está asociada al esquema de responsabilidad “case-by-case”, es decir, caso a caso en una determinada relación, con

su bipolaridad establecida entre víctima y causante, como ningún análisis económico ha llegado a permitir.

Bibliografía

Calabresi, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. Yale University Press, New Haven and London, (1970)

Coleman, Jules L.. *The Economic Structure of Tort Law*. Faculty Scholarship Series. Paper 4196. (1988). http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4196

_____. *Riesgos y Daños*, Marcial Pons. Trad. Diego M. Papayannis. Madrid, 2010

Englard, Izhak. *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth Publishing. Company Limited, (1993)

_____. *Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times*. Oxford: Oxford University Press. (2009)

Fletcher, George P. *Fairness and Utility in Tort Theory*. Harvard Law Review January, (1972)

Goldberg, John C. P., *Twentieth Century Tort Theory*. Georgetown Law Journal, Vol. 90, (2002). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=347340>

Gordley, James. *Tort Law in the Aristotelian Tradition*," in David Owen (org.), *Philosophical Foundations of Tort Law: A Collection of Essays*. Oxford: Clarendon Press, (1995).

Posner, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México: (1998)

Weinrib, Ernest. *The Idea of Private Law*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts; London, England (1995)

_____. *Corrective Justice*. Oxford University Press. Oxford, (2012.)

_____. *Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva*. En: *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Pulido, C.B y Zamora, J. F. Editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. (2013).

Zamora, J. Fabra. *Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual*. En: *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Pulido, C.B y Zamora, J. F. Editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. (2013).

Zipursky, Benjamin.C. La Filosofía de la responsabilidad extracontractual: entre lo esotérico y lo banal. En: La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Pulido, C.B y Zamora, J. F. Editores. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. (2013).

II. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL

La música como posible elemento dopante en el deporte. Análisis desde la perspectiva del código mundial antidopaje

Javier Díez García*

Resumen: La lucha contra el dopaje en el deporte ha estado presidida por la adopción de una línea conjunta de actuación internacional. Se han celebrado convenciones y elaborado códigos con el objetivo de armonizar las diferentes normativas estatales y fijar una serie de instrumentos comunes a la hora de combatir y erradicar el dopaje. Sin embargo, de manera muy reciente, ha aparecido en escena un nuevo comportamiento en el mundo del doping deportivo que ha suscitado ciertas dudas en torno a la legalidad de sus propiedades motivantes y que no es otro que el hecho de escuchar música. Es así que el escrito que se presenta a continuación trata de realizar un estudio aproximativo a dicha cuestión desde la perspectiva de las previsiones contenidas en el principal elemento de lucha contra el dopaje: el Código Mundial Antidopaje.

Estudio de las previsiones del código mundial antidopaje en relación a los efectos motivantes de la música en el deporte.

El dopaje en el deporte es un fenómeno que ha acaparado un gran interés por parte de los diferentes sectores de la sociedad; haciendo de él una auténtica cuestión de Estado en multitud de países.

En este sentido, se puede recordar el hecho de que una de las cuestiones principales sobre la que giró el debate en torno a la posible elección o no de la ciudad de Madrid como urbe candidata para la organización y celebración de los Juegos Olímpicos (JJOO) de 2020 fue, precisamente, la preocupación por el tratamiento y sanción del dopaje deportivo en España; y es que, acontecimientos como la popularmente denominada “Operación Puerto” en la que se vieron implicados deportistas de toda índole; abarcando desde ciclistas, a futbolistas, boxeadores y atletas, pareció crear una cierta apariencia

internacional de permisividad respecto a conductas poco éticas acontecidas en el deporte español.

Sin embargo, el dopaje en el deporte no es algo que, como digo, solamente se reduzca al territorio español. Así, la extensión e importancia de una cuestión como es esta ha requerido la adopción de una línea común a la hora de abordar el dopaje.

Ese camino conjunto a la hora de tratar este tema ha sido construido a partir, esencialmente, de dos instrumentos como son, en primer lugar, la Convención Internacional de la UNESCO contra el Dopaje en el Deporte de octubre de 2005 y, en segundo lugar, el Código Mundial Antidopaje elaborado por la Agencia Mundial Antidopaje.

Por lo que respecta a la citada Convención de la UNESCO, hay que decir que a raíz de ella se da lugar a la creación de un marco conjunto internacional en lo referente a la *“prevención del dopaje en el deporte y la lucha contra éste, con miras a su eliminación”* –como así se prevé en el art.1 del texto de dicha Convención-. Para que este propósito de actuación cooperativa entre países se pudiese llevar a efecto, la propia Convención se ocupó de fijar aspectos tales como definiciones unitarias de cuestiones que rodean al ámbito del dopaje deportivo; al mismo tiempo que, también, insta a las diferentes naciones parte en la Convención a seguir una conducta de coordinación entre ellas¹.

Por otra parte, dicha Convención cimenta la instauración del segundo de los instrumentos antes señalados; esto es, el Código Mundial Antidopaje –en adelante CMA- como elemento básico a la hora de tratar el dopaje en el deporte. Así, se ocupa de remarcar la necesidad e idoneidad de este Código adoptado por la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) dos años antes de la celebración de dicha reunión internacional.

Siendo esto así, este escrito está orientado al tratamiento del dopaje en el deporte desde la perspectiva del CMA en tanto es, como

*Doctor en Derecho por la Universidad de León. Correo electrónico: javidiez4@hotmail.com

¹ Véase el Apartado III (Cooperación internacional) del texto de la mencionada Convención (arts.13 a 18).

digo, el texto principal que configura los mecanismos pertinentes en la prevención, lucha y eliminación del dopaje.

Las múltiples posibilidades que pueden existir a la hora de que los deportistas lleven a cabo conductas dopantes ha parecido encontrar, desde hace un tiempo y no sin polémica, una posible nueva vía de, por decirlo así, entender el *doping*; y es que se está empezando a valorar el uso de la música en las competiciones deportivas como una especie de elemento dopante que, en ocasiones, ha dado lugar al establecimiento de normas que han propiciado la descalificación de deportistas respecto a su participación en diferentes competiciones o torneos.

Así, se pueden citar a título de ejemplo las descalificaciones de la atleta estadounidense Jennifer Goebel durante el Maratón de Wisconsin del año 2009 –el cual por cierto había ganado–; así como también la de 25 corredores en la prueba Forli-Ravenna por utilizar dispositivos reproductores de música durante el desarrollo de las pruebas.

La implantación de esas prohibiciones en dichas competiciones tiene un trasfondo común como es la consideración de la música como un factor motivante extra; haciendo que, a primera vista, las descalificaciones estén asentadas en la vulneración de las normas específicas establecidas para cada evento pero que, analizando la cuestión más en profundidad, desvela la presencia de una concepción de la música como eventual instrumento dopante.

Así ocurre también, desde hace algunos años, en la popular Maratón de Nueva York; cuya organización ha establecido entre sus reglas la prohibición del uso de cualquier dispositivo electrónico para escuchar música por parte de los atletas durante la competición, al considerar esta práctica como “*doping psicológico*”; aunque lo cierto es que, hasta el momento, esta norma no ha sido aplicada en la ciudad de los rascacielos.

Estos acontecimientos que, al menos a mí, me resultan tremendamente llamativos parecen tener una explicación o justificación científica –por así decirlo–, pues son varios los estudios que apuntan al hecho de que la utilización de música durante o, incluso antes, de la disputa de una competición, produce unos efectos en el deportista que podrían llegar a ser comparables a los generados

con la consumición o uso de sustancias consideradas en la actualidad como ilegales.

Esta postura ha sido refrendada, por ejemplo, por el Dr. Costas Karageorghis de la Universidad Brunel (Londres, Reino Unido) quien sostiene que el empleo de música por parte de los deportistas les proporciona un aumento en su rendimiento que puede llegar a alcanzar una cifra del 15% de mejoría (Karageorghis, 2011).

Del mismo modo se pronuncia el Dr. Alexei Koudinov -editor de la *Israel-based Doping Journal Web site*- al afirmar que, efectivamente, la música genera una serie de efectos en el rendimiento del deportista que según su opinión pueden llegar a ser catalogados como “*doping*”².

Llegados a este punto, la pregunta que habría que plantearse es ¿realmente esto es así? es decir, ¿debemos considerar como efectos dopantes y, por lo tanto, prohibidos los producidos a raíz de escuchar música?

Para responder a esta cuestión acudiré a las previsiones más importantes o destacadas recogidas en el Código Mundial Antidopaje (CMA) en relación a lo que se debe considerar por dopaje; en la medida en que este es un breve escrito y por tanto, quiero hacer referencia únicamente a los aspectos más notorios del CMA para no extenderme demasiado en un tema como es este del análisis del dopaje en el deporte que, indudablemente, es muy complejo y podría dar lugar –como de hecho así ha ocurrido- a monografías específicamente dedicadas a este ámbito.

En este sentido, comenzaré diciendo que el CMA establece en sus arts. 1 y 2 que “*el dopaje se define como la comisión de una o varias infracciones de las normas antidopaje*” contenidas en el propio Código; las cuales darían lugar a varias posibilidades –concretamente ocho- a la hora de entender que existe ese tipo de infracción³ pero de

² El Dr. Koudinov explica que “*la música puede tener influencia en la cadencia respiratoria que puede alterar los niveles de oxígeno en la sangre o tener efectos relajantes*” causando así una “*mejor saturación [o concentración] de hemoglobina y oxígeno [...] indicando una mejora en la circulación del oxígeno*”. Dato disponible en <http://blogs.saschina.org/pudongtok/2008/08/27/music-doping/>

³ Concretamente da lugar a las siguientes posibilidades:

1. La presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista. (art.2.1 CMA).

las cuales, como digo, y debido a la brevedad de esta presentación que pretende ser un acercamiento al estudio del dopaje, solo me centraré en las dos primeras listadas por el Código ya que creo que su análisis es el que proporciona más respuestas y resulta más interesante en el tema que me ocupa.

La primera de las infracciones listadas por el CMA y que es constitutiva de infracción de las normas antidopaje es *“la presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista”*. Esto se traduce en la consecuencia de que el deportista será responsable e incurrirá en la citada infracción siempre que se encuentre una sustancia prohibida en una muestra de ese deportista.

Pues bien, en el tema presentado y que es el referente al empleo de la música durante las competiciones deportivas como posible elemento, por decirlo así, dopante; esta previsión del CMA se hace tremendamente difícil de demostrar a la hora de poder corroborar que, efectivamente, la música ha influido en el rendimiento del deportista en tanto en cuanto habría que preguntarse ¿cómo sería posible determinar la presencia de la música en la muestra de un deportista?

Por otra parte, la segunda de las infracciones antidopaje contenidas en el CMA es *“el uso o intento de uso por parte de un deportista de una sustancia prohibida o de un método prohibido”*. Esta previsión hace que vistas las descalificaciones de deportistas, tal vez, podamos pensar que el empleo de la música por parte de los aquellos pueda ser considerado no como sustancia prohibida –porque la música no es una sustancia-, pero sí quizás como método prohibido

-
2. El uso o intento de uso por parte de un deportista de una sustancia prohibida o de un método prohibido. (art.2.2 CMA).
 3. La negativa o resistencia, sin justificación válida, a una recogida de muestras tras una notificación hecha conforme a las normas antidopaje aplicables, o evitar de cualquier otra forma la recogida de muestras. (art.2.3 CMA).
 4. La vulneración de los requisitos sobre la disponibilidad del deportista para la realización de controles fuera de competición. (art.2.4 CMA).
 5. La falsificación o intento de falsificación de cualquier parte del procedimiento de control del dopaje. (art.2.5 CMA).
 6. La posesión de sustancias prohibidas y métodos prohibidos. (art.2.6 CMA).
 7. El tráfico o intento de tráfico de cualquier sustancia prohibida o método prohibido. (art.2.7 CMA).
 8. Administración o intento de administración a un deportista durante la competición de una sustancia o método prohibido. (art.2.8 CMA).

dados sus efectos motivantes; aunque para poder afirmar esto, lo que se debe hacer es acudir al art.4.3 del propio CMA, y ver que establece que para calificar a un método como prohibido se deben cumplir cumulativamente dos de tres criterios que vendrían a ser, de forma resumida, los siguientes:

1. Prueba médica o científica que demuestre el potencial de mejora que produce el método en cuestión en el rendimiento deportivo.

Este punto existiría en el tema analizado ya que, como se mencionó con anterioridad, existen estudios que indican una posibilidad de mejora de hasta un 15%.

2. Prueba médica o científica que demuestre que el método plantea un riesgo real o potencial para la salud del deportista.

Tal aspecto no se da en el supuesto de escuchar música; con lo que este criterio sería desestimado.

3. Determinación por parte de la Agencia Mundial Antidopaje –que es quien elabora el CMA- de que el método vulnera el espíritu del deporte descrito en el Código y que estaría centrado en la consecución del deporte limpio.

Esta cuestión creo que podría dar lugar a largas horas de debate, pues podría considerarse que, si la música produce una mejora del rendimiento en el deportista; existiría una diferencia entre aquél que la escucha antes o durante una competición y aquél otro que no lo hace; generando, en consecuencia, una desigualdad que, y aquí lanzo una pregunta, ¿podría calificarse como vulneración del “*fair play*”? Pues bien, en mi opinión no; ya que desde el momento en que la AMA no califica ese comportamiento como utilización de método prohibido, todos los deportistas estarían habilitados para hacer uso de la música dando lugar, en último término, a una facultad de elección a aquellos respecto de la utilización o no de esa estimulación.

En todo caso, el cumplimiento de uno solo de esos tres criterios no es requisito suficiente para considerar una sustancia o método como prohibido haciendo que, por tanto y basándonos en estas pautas, el hecho de escuchar música no contaría con esa adjetivación.

Junto a todo esto, también habría que hacer referencia a otro punto que encierra un notable interés; y es que como establece el

Código en su art.4.3.2, una sustancia o método será igualmente catalogado como prohibido cuando se determine conforme a prueba médica o científica que tiene el potencial de enmascarar el uso de otras sustancias o métodos prohibidos.

Aquí puede surgir una nueva duda ya que, si la música puede producir un efecto de mejora de hasta el 15%, ¿ese aumento de rendimiento podría ocultar el consumo o utilización de ciertas sustancias o procedimientos?

A mi parecer, la respuesta debería ser nuevamente negativa ya que considero que no se puede detectar la presencia de la música dentro del cuerpo humano; con lo que siendo esto así, si el deportista hiciese uso de una sustancia prohibida, la música no podría encubrir el consumo de dicha sustancia en tanto los niveles que se obtendrán tras las correspondientes pruebas médicas revelarán como resultado final la efectiva toma o no de tal o cual sustancia.

Por otra parte, habría que tener en cuenta otro elemento básico a la hora de estudiar un tema como es el que nos ocupa y que no es otro que la denominada lista de sustancias y métodos prohibidos.

En este sentido, el CMA establece tanto en su art.4.2.1 como en su Comentario 4.3.3; que *“la lista de sustancias y métodos prohibidos identificará aquellas sustancias y métodos prohibidos en todo momento (tanto en competición como fuera de competición) debido a su potencial de mejora de rendimiento en las competiciones futuras o debido a su potencial efecto enmascarante”* y establece que *“el dopaje se produce cuando una sustancia de la lista de sustancias y métodos prohibidos se encuentra en una muestra de un deportista”* respectivamente.

Pues bien, la lista de sustancias y métodos prohibidos se publica todos los años independientemente de que se hayan producido cambios o no en ese listado; significando, por tanto, que dicho texto se encuentre muy actualizado.

En este sentido, si vemos la lista de sustancias prohibidas correspondiente a este año 2014, se podrá observar en todo momento que el escuchar música no se encuentra clasificado dentro de ese

catálogo de prohibiciones⁴. Es así que, si la música no cumple los requisitos –como así he venido sosteniendo- para poder ser considerada un posible y futurible elemento dopante y, del mismo modo, el CMA no hace referencia a ella como posible método prohibido, nos encontramos en última instancia con la conclusión de que escuchar música tanto antes como durante una competición deportiva puede producir efectos estimulantes en el cuerpo humano pero, sin embargo, la propia condición de la música –que no perjudica la salud- hace que esa motivación *per se* y de forma aislada no pueda dar lugar a la clasificación y concepción de la música en el deporte como una sustancia o método prohibido.

Así pues, y para terminar ya, me gustaría hacer una reflexión final o plantear una pregunta que, quizás, pueda arrojar aún más luz a un tema tan novedoso y, creo, problemático, como es toda esta cuestión; y es que si en algunas competiciones se ha llegado al punto de considerar la música como un elemento estimulante para el deportista y, por ende, prohibirla; ¿se deberían prohibir de igual forma otros aspectos presentes en el deporte con efectos motivantes como sería, sin ir más lejos, la presencia de espectadores?.

El público cuenta con un importante papel en el deporte; de tal forma que tanto los ánimos como las críticas emitidas por ese colectivo es algo que también produce ese efecto de aumento de rendimiento en el deportista. Así ha sido reconocido, precisamente, por varios deportistas de distintas índoles quienes han llegado a afirmar que las críticas y abucheos del público les generan una motivación añadida; así como también reconocen la importancia de los espectadores como elemento motivante aludiendo a la notable diferencia que existe entre aquellas competiciones en las que el público es escaso en comparación con aquellas otras en las que el número de espectadores es elevado.

Esa importancia del “factor público” –por llamarlo así-, ha sido resaltada de igual forma en alguna obra dedicada al ámbito de la psicología en el deporte, aludiendo a circunstancias tales como que los jugadores de los clubes recién llegados o fichados “*encuentran en el*

⁴ La lista del 2013: <http://list.wada-ama.org/es/prohibited-in-particular-sports/prohibited-substances/>

Las previsiones del 2014: http://www.wada-ama.org/Documents/World_Anti-Doping_Program/WADP-Prohibited-list/2014/WADA-prohibited-list-2014-ES.pdf

reconocimiento social una fuente impulsora muy elevada para su nivel motivacional, que frecuentemente actúa como feedback, ya que estimula al deportista el cual desarrolla buenas actuaciones y por consiguiente es recompensado” (Vasalo, 2013); haciendo por tanto, de una cuestión como son los espectadores o seguidores, un elemento de notable importancia a la hora de analizar el comportamiento y rendimiento de los deportistas.

Así pues, en resumen, la presencia de público en las competiciones también produce efectos motivantes en el deportista como podría hacerlo el hecho de escuchar música; haciendo que se retome la pregunta planteada algunas líneas arriba: ¿se debería prohibir la presencia de público debido a la repercusión en el rendimiento de los deportistas? En mi opinión, y como he explicado a lo largo de este breve escrito, la respuesta debe ser un contundente no; ya que una cosa es motivar sin producir un efecto dañino en la salud – como es el caso de la música o de los espectadores-, y otra muy diferente es considerar que todo factor motivante implica dopaje.

De este modo, la conclusión final a la que llego después de toda esta explicación y análisis de un hecho como es el de escuchar música antes y/o durante la competición deportiva, es que dicha conducta no podría ser considerada como un elemento dopante.

Bibliografía

Ballesteros moffa, I. A., (2007), *la intervención administrativa en materia de dopaje deportivo a la luz de la ley orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte*, revista de administración pública, nº 173, centro de estudios políticos y sociales, madrid.

- (2008). *Reforma de la organización administrativa en materia de salud y dopaje deportivo*, revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música, nº 22, aranzadi, navarra.

Bosch capdevila, e. Y franquet sugrañes, m. T., (2007), *dopaje, fraude y abuso en el deporte*, bosch, barcelona.

Espartero casado, j., (2009), *introducción al derecho del deporte*, dykinson, madrid.

Ferreiro vega, j. M., (2012), *dopaje: ¿un negocio de lujo?*, formación alcalá, jaén.

Karageorghis, c., (2011), *inside sport psychology*, human kinetics, massachusetts.

Millán garrido, a., (2004), *legislación sobre dopaje*, consejería de turismo, comercio y deporte, sevilla.

- (2005). *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, bosch, barcelona.

- (2007). *Comentarios a la ley orgánica de protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte*, colección derecho y deporte, bosch, barcelona.

Palomar olmeda, a., (1999), *el dopaje en el ámbito del deporte: análisis de una problemática*, aranzadi, pamplona.

- (2013). *El dopaje en el deporte: comentarios a la ley orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, dykinson, madrid.

Pérez gonzález, c., (2009), *las obligaciones de los estados en materia de prevención, control y sanción del dopaje en el deporte*, aranzadi, pamplona.

Ramos gordillo, a., (2000), *dopaje y deporte: antecedentes y evolución*, universidad de las palmas de gran canaria, las palmas.

Rodríguez bueno, c., (1992), *dopaje*, mcgraw-hill, madrid.

Vasalo, c., (2013), *la motivación en el fútbol profesional*, publice lite.

Hacia un acceso global a los medicamentos como cuestión de justicia global

Iván Vargas-Chaves*

Al igual que AMARTYA SEN, creemos que es más convincente medir el progreso de una nación por la reducción de sus privaciones, que por el florecimiento y crecimiento de sus opulencias (2000: 40), pues de ninguna manera es posible diseñar unos planes para futuro a partir de unos cimientos sólidos, sin previamente haber diseñado estrategias para reducir cualquier brecha existente entre sus ciudadanos. Respecto al bienestar y a unas condiciones mínimas de vida, la pobreza es la principal brecha que existe en nuestra sociedad, aunque no únicamente ésta sea una brecha en estricto sentido económica.

Hay en realidad varios tipos de pobreza, como lo son la carencia de libertades, la corrupción, el analfabetismo, y en general cualquier causa de desigualdad¹. La imposibilidad en el acceso a los medicamentos, es también un tipo de pobreza que recae en cientos de

* Licenciado en Derecho por la Universidad del Rosario y Doctorando en Derecho por la Universidad de Barcelona. Máster en Derecho, Universidad de Génova. Máster en Derecho Privado, Universidades de Salamanca, Pública de Navarra y de Venecia Ca' Foscari. Correo electrónico: ivan@vargas.com.co

¹ SEN plantea algunos ejemplos para ilustrar otros tipos de pobreza: “la privación de los ciudadanos de regímenes autoritarios, desde Sudán a Corea del Norte, a los que se niegan la libertad política y los derechos civiles. (...) las tribulaciones de las mujeres que se ocupan de las tareas domésticas en las sociedades dominadas por los hombres, comunes en Asia y África, que llevan una vida de docilidad no cuestionada; de los niños analfabetos a los que no se les ofrece oportunidad de ir a la escuela; de los grupos minoritarios que tienen que acallar su voz por temor a la tiranía de la mayoría.”. SEN, Amartya (2000). *Las distintas caras de la pobreza*, en Revista Unión No. 197, pág. 40

millones de personas alrededor del mundo, convirtiéndose en un privilegio para quienes cuentan con los recursos, o viven en ciudades donde las condiciones son favorables para acceder, continuar y finalizar sus tratamientos o curas prescritas para las afecciones que les aquejan.

En el caso de los países en vías desarrollo y en situación de pobreza o extrema pobreza, la situación es más que evidente. Sus habitantes no sólo no podrán aspirar a terminar un tratamiento, sino que en la gran mayoría de casos, ni siquiera tan sólo podrán acceder al mismo. Por otra parte, si analizásemos a profundidad lo que acontece en un país desarrollado o en vías de desarrollo, en el que el Estado no asume el costo de los medicamentos, nos encontraríamos con una realidad muy similar, explicable en la siguiente radiografía:

(i) A priori podría creerse que los habitantes de estos países, con o sin poder adquisitivo tienen suerte, pues tienen volcada en ellos a la gran industria farmacéutica que constantemente desarrolla nuevas líneas de fármacos para sus enfermedades propias, pues ello le resulta rentable.

(ii) De tal manera que aquellos sin los suficientes recursos siempre tendrán la posibilidad de acceder a algún préstamo, o de acudir a algún mecanismo judicial para hacer valer su derecho a la salud, y por consiguiente a la vida, e ir después a cualquier farmacia muy cerca de su residencia y adquirir el medicamento.

(iii) No obstante la realidad nos demuestra que en no todos los países existen vías judiciales para exigir esos derechos; o bien tampoco habrán bancos interesados en realizar ese tipo de préstamos dadas las condiciones actuales de muchas economías locales, o, quizás tampoco se cuenta con la suerte de vivir en una ciudad altamente poblada en donde hay un amplio inventario de medicamentos. O incluso, a pesar de no cumplirse con ninguna de las circunstancias antes descritas, las farmacias locales reciban, sin notarlo, medicamentos adulterados o inadecuadamente conservados y por tanto inservibles.

Así, en un primer escenario reflexivo, podemos explicar cómo el acceso a los medicamentos no necesariamente es un fenómeno necesariamente ligado a los países pobres; ni tampoco es sólo un problema que recae en pacientes sin recursos. Son múltiples las

circunstancias que dejan a una persona sin su derecho a acceder a medicamentos de manera regular², para tratar o curar sus enfermedades, y gozar de esta manera con plenitud de un derecho a la salud y conexamente a la vida.

Haciendo alusión al caso *Association for Molecular Pathology, et al. v. Myriad Genetics, Inc., et al.*, destacaba JOSEPH STIGLITZ, premio Nobel de Economía, en una columna titulada *How Intellectual Property Reinforces Inequality*³, que Estados Unidos y a su vez las grandes corporaciones han tratado de imponer un régimen propio de propiedad intelectual en el panorama mundial, inicialmente a través de la Organización Mundial del Comercio, pasando por los regímenes comerciales bilaterales y multilaterales, y más recientemente con el Acuerdo de Asociación Transpacífico, o TPP.

Señalaba además que aunque se supone que los acuerdos de este tipo deben responder a una mayor integración y como instrumento de la diplomacia, han sido utilizados para persuadir a los demás países, para que propugnen por unos mayores beneficios corporativos, en vez de salvar vidas humanas. Concluía en este sentido que el poder económico suele tener mayor voz, que los valores morales, generándose así una desigualdad a costas de la propiedad intelectual.

² Cuando hablamos de acceso y lo asociamos al término “regular”, lo hacemos refiriéndonos a la accesibilidad por sí misma, y de cualquier tipo, bien sea geográfica, económica, temporal, adecuada, constante o de calidad; apartamos de la noción de un mero acceso, o acceso esencial, pues aunque éste también podría estar catalogado como una forma de pobreza, suele ser mitigado por gobiernos y organizaciones internacionales, quienes de manera loable, aunque poco frecuente, llevan a cabo campañas de suministro inmediato de medicamentos a poblaciones en situación de extrema pobreza, expuestas a graves afecciones como la tuberculosis, la malaria o el VIH. Para entender cuál es la gravedad del no-acceso regular, bastaría con ver la resistencia a los principios activos que se generan en el organismo de aquellos pacientes que interrumpen un tratamiento, y que les impediría posteriormente curar la afección tratada ante una nueva recaída.

³ STIGLITZ, Joseph (2013, 14 de julio). *How Intellectual Property Reinforces Inequality*, en: The New York Times. En esta columna, la solicitud de patente de Myriad Genetics, Inc. fue calificada como una de “las peores manifestaciones de la desigualdad en el acceso a la salud”, y una de “las peores manifestaciones de la desigualdad económica” en la historia de los Estados Unidos. Así, la decisión judicial lo que hizo, además de defender los derechos y valores preciados de los ciudadanos, fue erigirse como una victoria en la STIGLITZ denominó la “lucha más grande” en pro de una sociedad más igualitaria.

En efecto, razón no le falta a STIGLITZ al hacer tales aseveraciones, pues al día de hoy son millones los pacientes provenientes de países pobres quienes mueren como consecuencia de la falta aquellos medicamentos que los podrían tratar o curar, y que en otros países resultan accesibles para quienes cuentan con los suficientes recursos.⁴ Sin embargo, también les asiste la razón a quienes están al otro lado del ruedo y creen firmemente que la inversión materializada en una innovación, debe ser protegida a toda costa, ya que gracias a ello es que se salvarán más vidas en un futuro⁵.

En cualquiera de los dos casos, no debemos apartarnos de la reputación que le precede a la patente como un mecanismo constructivo en un mundo en constante desarrollo. Y es que los sistemas jurídicos de protección de las invenciones bajo esta figura, más allá de motivar la innovación⁶, se convierten por si mismas en un vehículo de canalización de la inversión extranjera y en un

⁴ Esta paradoja ha sido estudiada, entre otros por: POGGE, Thomas. (2010) *The Health Impact Fund*, en: POGGE, Thomas., RIMMER, Matthew., RUBENSTEIN, Kim (Editores). *Incentives for Global Public Health*. Cambridge: Cambridge University Press, pág. 135 y siguientes; SHADLEN, Kenneth., et al. (2011) *Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health: Access to Drugs in Developing Countries*. Northampton: Edward Elgar Publishing; KUANPOTH, Jakkrit (2010). *Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future*. Northampton: Edward Elgar Publishing, pág. 163 y siguientes.

⁵ Se trata un argumento que en palabras del propio STIGLITZ es un razonamiento de compromiso, o más bien "(...) it's a trade-off: the lives of a relatively few poor women today, versus the lives of many more women sometime in the future." STIGLITZ, Joseph (2013, 14 de julio). *How Intellectual Property Reinforces Inequality*. Ob. Cit., aplicando el caso, claro está, a la situación en la que se encontrarían muchas mujeres frente a la patentabilidad de los genes BRCA1 y BRCA2 y que en todo caso, considera un razonamiento erróneo en muchos aspectos, por ejemplo en la desigualdad social generada al hacer depender el derecho a la vida de la capacidad de pago, o por la manipulación que las grandes industrias hacen de las condiciones sociales y políticas, para así conseguir una mayor participación en el pastel económico, en lugar justamente de aumentar el tamaño de dicho pastel. Véase. *Ídem*.

⁶ Teniendo presente que los conceptos innovación-patentamiento no siempre han estado muy de la mano, pues para algunos investigadores las patentes en el ámbito médico suelen impedir la investigación en nuevos tratamientos y medicamentos, a través del desarrollo de nuevas y mejores pruebas, implicando necesariamente un bloqueo a la innovación, e interfiriendo con el avance de la ciencia, o lo que es lo mismo, todo nuevo conocimiento se basa en un conocimiento previo, y al restringir dicho conocimiento previo, la innovación materializada en nuevos conocimientos lo estará también.

instrumento para fortalecer las relaciones comerciales entre varios países, así como sus procesos de industrialización.

Consideramos, entonces, que el punto de partida yace en que la imposibilidad misma de acceso a los medicamentos es, ante todo, una cuestión de acceso a la justicia, entendida ésta como igualdad, y que por lo tanto merece estar en el foco atención como cualquier otro problema global. Tan solo para ilustrar lo anterior, si nos remitimos a la proporción de medicamentos patentados de la lista de medicamentos catalogados como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, en total 306, nos encontraríamos con que es extremadamente baja, toda vez que sólo 10 son los que están sujetos a patente en los países industrializados⁷, llegando a ser incluso aún menor esta proporción en los países en desarrollo.

No debemos olvidar tampoco que el concepto de la igualdad en toda su amplitud, no exige, en aras de una distribución equitativa de oportunidades, que todo seamos iguales, demanda más bien, según DANIELS, que las oportunidades se presenten como iguales para aquellos que posean habilidades similares, de tal suerte que la igualdad se materializa justamente igualando a los menos, con los más aventajados. Dicho lo anterior, este concepto encuentra su razón de ser en la compensación de aquellos que la necesitan (2008: 33), estandarizando el acceso a los medicamentos a favor de quienes tienen restringida esta oportunidad para sobrevivir, la cual hasta ahora está reservada para los nacionales de los países ricos.

No obstante lo anterior, no debe desconocerse que las ganancias reportadas por las industrias farmacéuticas suelen depender de unos cuantos medicamentos, dirigidos casi todos a las afecciones características de los países desarrollados o países del norte⁸. Mientras tanto, en aquellos países en vías de desarrollo o en situación de extrema pobreza, sus habitantes día a día se enfrentan o bien a la disponibilidad de los medicamentos, o bien a su alto coste, lo que

⁷ En este sentido, ESTEVE, Emilio (2001). *Propiedad intelectual, patentes y acceso a los medicamentos en los países en desarrollo*, en: Gaceta Sanitaria. Número. 15 (6), pág. 548, quien adicionalmente señala que los pacientes de los países en vías de desarrollo o en extrema pobreza no reciben ni si quiera estos medicamentos esenciales fuera de patente en la medida necesaria.

⁸ Véase, BARRUTIA, Xavier., ZABALO, Patxi. (2004). *Sector farmacéutico, patentes y acceso a medicamentos en el sur*, en: Revista Cidob d'Afers Internacionales. Número. 64, pág. 5 y siguientes.

conlleva situaciones tales como el drástico aumento de la tasa de morbimortalidad en diversos grupos poblacionales⁹, poniéndose así de relieve una notable desigualdad en niveles de calidad de vida y salud.

Esta desigualdad, es el reflejo de un desequilibrio entre desarrollo económico y atención sanitaria en detrimento de los derechos del ser humano, quien se convierte en víctima de un mal que aqueja a la concepción de sociedad justa, siguiendo en este sentido el término adoptado por SANDEL¹⁰, quien además propone un alcance de justicia no bajo la concepción romana de dar a cada cual lo que le corresponde¹¹, sino de debida distribución acerca de lo que puede repartirse. Y es claro que no hay una debida distribución cuando se toman decisiones en detrimento de los sistemas de salud pública y seguridad social, como la baja inversión en servicios sanitarios en comparación con los gastos en defensa, como por ejemplo ocurre en Sudáfrica¹².

⁹ Particularmente en el África sub-sahariana, Asia e Iberoamérica como consecuencia del VIH. De otro lado, aunque en algunos países -con economías de mercado bien asentadas- los sistemas de salud cuentan con los respectivos tratamientos, esta enfermedad no deja de ser a menudo una “sentencia de muerte” en los países en extrema pobreza, ya que sus enfermos, o son tratados deficientemente, o no son tratados, al no contar en el momento con las dosis requeridas. Cfr. ESTEVE, Emilio (2001). *Propiedad intelectual, patentes y acceso a los medicamentos en los países en desarrollo*, Ob. Cit., pág. 547.

¹⁰ En este sentido véase, GARCÍA, David (2012) *Recensión: Sandel, Michael (2010), Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, en: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Número 3, pág. 282. SANDEL en la búsqueda de la respuesta que representa una Sociedad Justa para todos los males que nos aquejan la sociedad, escudriña en diversos teóricos, incluyendo al mismo RAWLS, y en sus obras plantea varias reflexiones al respecto. que suelen ser recogidas en recensiones como la acá citada.

¹¹ Ciertamente en la antigua Roma prevalecía una concepción de la justicia más individualista, y prueba de ello es la definición que se encuentra en el Digesto de Justiniano: “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi” Digesto 1, 1, 10. Se trata de una concepción que hacía prevalecer el derecho de propiedad ante cualquier otro, llegando incluso a limitar la *potestas* del Estado frente a situaciones en las que el lujo y la corrupción estaban inmersas. Cfr. NELSON, Eric (2004), *The Greek Tradition in Republican Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, pág. 199.

¹² Sobre estas medidas, ESTEVE añade la deficiente o nula empleabilidad de fondos sanitarios disponibles por trabas burocráticas, las dudosas opciones de política económica, p.ej. “proteccionismo, mala protección de la propiedad intelectual que lleva a arriesgados medicamentos falsificados o de baja calidad” o, malos gobiernos

Por todo ello, posiblemente una ruta válida para abordar la justicia e igualdad en el acceso a los medicamentos, la podemos trazar desde la ética de SEN y la política del reconocimiento de TAYLOR, apoyada a su vez en el humanitarismo de POGGE. Tres enfoques estructurados para replantear esquemas socioeconómicos¹³ y que nos pueden ayudar a cimentar las bases de la discusión, previa aclaración de la complejidad misma que representa abordar simultáneamente la política del reconocimiento y el acceso a los medicamentos, en tanto en cuanto esta teoría erigida por TAYLOR¹⁴ suele ser más aplicable a asuntos multiculturales (1992: 147 y siguientes) en donde se presentan conflictos étnicos, religiosos e incluso políticos, que a contextos socio-económicos.

No está de más reseñar que para DANIELS el acceso a los servicios sanitarios es un bien por sí mismo, que ayuda a la obtención de una efectiva igualdad de oportunidades en un estado de justicia global (2008: 17), en el cual los Estados y organismos internacionales

que generan inestabilidad política y son permisivos con la corrupción”. ESTEVE, Emilio (2001). *Propiedad intelectual, patentes y acceso a los medicamentos en los países en desarrollo*. Ob. Cit., pág. 548.

¹³ Por ejemplo la economía del bienestar que según SEN, puede llegar a enriquecerse sustancialmente, siempre y cuando se le preste mayor atención a la ética, y a un modelo que logre relacionarla intrínsecamente con la economía. Es, en cualquier caso, un pensamiento de avanzada que desde la ética aboga por la justicia social y por unas políticas activas de redistribución a través de la intervención del estado Cfr. SEN, Amartya. (1989). *Sobre ética y economía*. México: Alianza Editorial, pág. 105., véase además, ROQUE GONZÁLEZ, Sergio (2002). *La teoría de la justicia de Amartya Sen* [CD-ROM], en: GUTIÉRREZ-JUNQUERA, Pablo., IGLESIAS-FERNÁNDEZ, José. *Actas de las VIII Jornadas de economía crítica sobre la globalización, regulación pública y desigualdades*. Valladolid: Universidad de Valladolid, pág. 2.

¹⁴ Sobre la política del reconocimiento en sí, y sobre la cuestión planteada por este TAYLOR, cabe aclarar que para nosotros ésta encuentra su fundamento en los escenarios multiculturales, y en los distintos significados que se le puedan asignar al concepto de reconocimiento en contextos de identidad. De otro lado, en la práctica, esta política puede ser utilizada para plantear y resolver controversias, que a pesar de tener en principio un trasfondo político relativo al respeto de la condición de “diferente”, y a las relaciones entre diversas comunidades, termina por encontrar su colofón en dichos escenarios, en donde suelen haber tensiones por asuntos relacionados a la procedencia, la raza, el lenguaje o el estatus entre muchos otros asuntos, de donde prima la concepción de identidad de una comunidad frente a otra. Con todo y lo anterior, la política de reconocimiento de lo que se encarga es de analizar las interpretaciones de esta concepción entre comunidades, enfocándolas en pro de un reconocimiento mutuo.

deben trabajar fuertemente para velar por su cumplimiento, a través de su deber de proveer a nacionales, y no nacionales, de servicios médicos enfocados a las necesidades, y no a la capacidad de pago de éstos.

Por lo demás, este ideal es homologable con el abastecimiento de medicamentos esenciales, no sin antes precisar que todos los individuos deben de igual manera ser responsables al acudir ante los servicios sanitarios para satisfacer sus demandas en condiciones justas, pues a efectos de cumplir con el propósito que lleva consigo la equidad en el acceso, se presentarían injusticias al satisfacer p.ej. preferencias extravagantes (Daniels, 2008: 64). Desde luego esto es una antítesis de la justicia global, y consecuentemente no es por tanto una obligación de los Estados.

Bibliografía

Barrutia, Xavier., Zabalo, Patxi. (2004). *Sector farmacéutico, patentes y acceso a medicamentos en el sur*, en: Revista Cidob d'Afers Internacionales. Número. 64

Daniels, Norman (2008). *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press

Esteve, Emilio (2001). *Propiedad intelectual, patentes y acceso a los medicamentos en los países en desarrollo*, en: Gaceta Sanitaria. Número. 15 (6)

García, David (2012) *Recensión: Sandel, Michael (2010), Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, en: Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Número 3

Kuanpoth, Jakkrit (2010). *Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future*. Northampton: Edward Elgar Publishing

Nelson, Eric (2004), *The Greek Tradition in Republican Thought*. Cambridge: Cambridge University Press

Pogge, Thomas. (2010) *The Health Impact Fund*, en: Pogge, Thomas., Rimmer, Matthew., Rubenstein, Kim (Editores). *Incentives for Global Public Health*. Cambridge: Cambridge University Press

Roque González, Sergio (2002). *La teoría de la justicia de Amartya Sen* [CD-ROM], en: Gutiérrez-Junquera, Pablo., Iglesias-Fernández, José. *Actas de las VIII Jornadas de economía crítica sobre*

la globalización, regulación pública y desigualdades. Valladolid: Universidad de Valladolid

Sen, Amartya (2000). *Las distintas caras de la pobreza*, en Revista Unión No. 197

Shadlen, Kenneth., et al. (2011) *Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health: Access to Drugs in Developing Countries*. Northampton: Edward Elgar Publishing;

Stiglitz, Joseph (2013, 14 de julio). *How Intellectual Property Reinforces Inequality*, en: The New York Times.

Sen, Amartya. (1989). *Sobre ética y economía*. México: Alianza Editorial

Taylor, Charles (1992) *The Politics of Recognition*, en: Gutmann, Amy. *Multiculturalism and the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press

Galimatías en torno a la maternidad subrogada en el Derecho español

David Carrizo Aguado*

Resumen: En el ordenamiento jurídico español, es nulo de pleno derecho el convenio derivado de gestación por sustitución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA). Dada esta prohibición, los ciudadanos españoles han acudido a otros ordenamientos jurídicos extranjeros, que admiten la posibilidad de convertirse en padres de un niño nacido de una mujer con la que se suscribe un contrato de “vientre de alquiler”. El problema más evidente surge en torno al reconocimiento de una situación consolidada en el extranjero y darle estabilidad en el ordenamiento interno español, con la correspondiente inscripción del menor en el Registro civil, a favor de los comitentes, quienes son reconocidos como padres por un ordenamiento jurídico extranjero.

I. Análisis normativo y referencia al Derecho Comparado

La gestación por sustitución o maternidad subrogada es un supuesto de reproducción humana asistida, mediante el cual, una mujer se compromete a gestar un bebe concebido a través de técnicas de reproducción asistida, para que otra u otras personas puedan ser padres (de este concepto y de su naturaleza se ocupan: VELA, 2012: 13-14; DÍAZ, 2010: 1).

El convenio de gestación por sustitución puede deberse a muchas circunstancias, como puede ser la incapacidad de gestar de una mujer (infertilidad, edad...), o bien porque no se desee ser madre gestante, como en el supuesto de la existencia de enfermedades de carácter genético de la madre, o incluso el deseo de ser padres las parejas homosexuales de hombres.

* Doctorando y Profesor Asociado de Derecho internacional privado de la Universidad de León. Correo electrónico: dcara@unileon.es

En los últimos años, dado el creciente número de personas que acuden a la contratación de “vientres de alquiler”, y los efectos derivados de esta técnica de reproducción, podemos afirmar que está llamada a ser un nuevo tópico en el marco internacional privado moderno (ÁLVAREZ, 2013: 77-78). Ello es debido a que esta técnica es aceptada en unos países y rechazada en otros.

La legislación española coincide en la prohibición de la maternidad subrogada con la de países vecinos tales como la francesa, italiana, alemana, holandesa y sueca. El derecho francés es contrario a la gestación por sustitución; en el artículo 16.7 del Código Civil francés, se dispone que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse por aplicación del artículo 16.9 del mismo Código, que tal nulidad es de orden público. En la legislación italiana, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40, que dispone que será penado con reclusión de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a un millón de euros, quien de cualquier modo realiza, organiza o publicita la subrogación de maternidad. También en Alemania se sanciona la utilización abusiva de las técnicas de reproducción y constituye pena de privación de libertad de hasta tres años. En Holanda el contrato de gestación por sustitución se considera nulo por devenir en causa ilícita, y ser contrario a la moral y al orden público, y en Suecia, de la misma manera se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada pero únicamente cuando existe remuneración. Algunos de los países en donde sí se admite, siempre que no sean con fines comerciales, son Reino Unido, Australia, Canadá, Grecia, Brasil, México Tabasco, Israel y Sudáfrica. En cambio en otros Estados, como Rusia, Ucrania, India esta técnica es admitida incluso con fines lucrativos (LAMM, 2013:118-181; ABELLÁN/SÁNCHEZ- CARO, 2009: 213-215).

Por ende, los países que no admiten el contrato gestacional, se están enfrentado a decidir si aceptan los efectos derivados de esta situación consolidada en el extranjero, de la cual se deriva efectos en la filiación de sus nacionales que *a priori* son extraños en los países de recepción e incluso parecen contradecir ciertos principios básicos, como puede ser el orden público (FERNÁNDEZ-SANCHO, 2011: 10, estima que “no sería cierto que la inscripción en nuestro Registro civil de hijos naturales por gestación de sustitución no sea contraria a

nuestro orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconoce a la mujer. Es contraria a los principios básicos de nuestro Derecho”). Una preocupación inminente que plantea el tema de la maternidad subrogada, es determinar que *status* jurídico es aplicable a los menores concebidos a través de una gestación por sustitución, que están al cuidado de personas que son padres de sus hijos con arreglo a las leyes extranjeras.

Interesante es anotar, la aportación que encontramos en el Informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya (*Preliminary Document Núm. 10 of March, 2012*), acerca de los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional puesto que en él se recoge el diverso tratamiento que esta forma de maternidad recibe en los diferentes Estados miembros de la Conferencia. Pero, sobre todo, interesa su propuesta de adopción de un instrumento internacional que permita, no tanto la armonización de las normas de Derecho internacional privado relativas al establecimiento de la filiación en aquellos casos en los que media un contrato de gestación por sustitución, sino el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades, que favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en España (artículo 10.1 LTRHA). En este ámbito del reconocimiento, el documento reseñado propone asumir la doctrina del orden público atenuado para aquellas situaciones legalmente creadas en el extranjero (ÁLVAREZ, 2013: 85-86), permitiéndose reconocer los efectos jurídicos derivados de la gestación por sustitución realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica esté prohibida en el Estado en el que se pretende dicho reconocimiento.

II. Pronunciamientos dispares en la jurisprudencia española ante un mismo supuesto de hecho

1. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Los casos de filiación que derivan de maternidad subrogada llevados a cabo en el extranjero, se topan con la problemática de la inscripción de los nacidos en los correspondientes registros civiles

españoles. Hasta la fecha el Centro Directivo tan solo ha estado obligado a pronunciarse acerca de situaciones en las que la relación de filiación ya había sido establecida en el extranjero por autoridades locales y que con posterioridad se presente su inscripción en el Registro civil español mediante la presentación de título acreditativo de dicha filiación (HEREDIA, 2013: 693).

El caso más conocido en nuestro país es el derivado de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (en lo sucesivo RDGRN) de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735), en el que se dirimía la pretensión de inscripción de dos menores nacidos de una madre subrogada en California; los menores eran hijos de dos varones españoles casados que contrataron un vientre para gestar a sus hijos, a partir del material genético de uno de los comitentes; el matrimonio aporta el certificado de nacimiento expedido por las autoridades californianas en el que constaba la paternidad de los varones integrantes del matrimonio respecto de dichos menores. El encargado del Registro Consular español en Los Ángeles, denegó la inscripción solicitada, argumentado que dichos hijos habían sido concebidos a través de la técnica de reproducción de gestación por sustitución, la cual está prohibida por la legislación española. Considera a la gestante como a la madre legal del niño, como así se contiene en el art. 10.2 LTHRA; por ello con arreglo a dicha ley, la mujer que da a luz (VELA, 2013: 2; como indica el autor, la nulidad enunciada del convenio gestacional, se justifica en virtud del principio básico de derecho civil, *mater semper certa est*, es decir, la maternidad queda supeditada al parto) debe ser considerada como madre legal de los nacidos, y los cónyuges españoles no deben ser considerados como padres de tales nacidos.

Pues bien, la cuestión controvertida no era de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera”, es decir, de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”. Por tanto, para decidir en torno al eventual acceso de la decisión registral californiana al Registro civil español, las autoridades registrales españolas, no debieron aplicar las normas de conflicto, ni tampoco la ley sustantiva designada por tales normas de conflicto, esto es la LTRHA (ÁLVAREZ, 2010: 347-354. CALVO/CARRASCOSA, 2009: 297-299).

Ante este escenario, los cónyuges deciden recurrir la denegación de inscripción ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). El Centro Directivo ordenó la inscripción registral de los menores con idéntica filiación a la que constaba en los Registros civiles californianos, por ende, los nacidos en California son hijos naturales de los cónyuges varones españoles. Esta resolución constituye una decisión pionera en relación con este tema delicado y complejo, ofreciendo una solución legal vanguardista no dada hasta el momento.

Dicha resolución aplica el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (RRC), el cual considera como título para la inscripción, el “documento auténtico extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados Internacionales”. Básicamente se limita a un control de legalidad basado en requisitos de forma, consistente en comprobar que se trataba de un documento público autorizado por una autoridad registral extranjera, que desempeñara funciones equivalentes a las españolas (BARBER, 2013: 2908-2918. MORENO, 2012: 1365-1368).

Ante este atribulado, el Ministerio Fiscal interpuso recurso contra dicha Resolución y todo ello es afrontado en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia núm. 15, de 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/1707).

2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011

La sentencia de Instancia, sitúa la cuestión evidenciando que los artículos 81 y 85 RRC no podían ser aplicados porque se pierde lo dispuesto en el artículo 23 Ley del Registro Civil cuyo tenor literal advierte que “también podrán practicarse sin necesidad de previo expediente por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”; esto implica en opinión del juez, un control no solo formal sino también material, es decir, un control de la realidad del hecho inscrito en el Registro extranjero. La conclusión de ésta fue que la certificación no se ajustaba a la ley material española pues contravenía el artículo 10 LTHRA, manteniendo ésta que existen importantes obstáculos a la

inscripción en el Registro civil, radicados esencialmente en la infracción que supone la certificación registral californiana al orden público internacional español (BERCOVITZ, 2009: 1-2). La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que a efectos legales haya que considerar siempre como madre a la gestante y no a la biológica en el caso de que ésta sea distinta de aquella.

En este contexto, los cónyuges deciden recurrir tal decisión, y ello es ventilado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011\1561), que nuevamente rechaza la inscripción en el Registro civil, argumentando que el principio fundamental de protección del “interés superior del menor” no puede servir de coartada para dar cabida, en nuestro ordenamiento jurídico, a la inscripción de una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que es nulo (MORENO, 2014: 2-4).

3. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Pues bien, en este itinerario procesal de resoluciones, el matrimonio de varones españoles, formula recurso de casación (núm. 245/2012) ante el Tribunal Supremo (TS) contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Con fecha 6 de febrero de 2014 (JUR 2014\41333), el Alto Tribunal, se pronuncia al respecto, rechazando el acceso al Registro civil, basado esencialmente en cuestiones de mantenimiento del orden público español, la protección de las mujeres gestantes y de los menores que se han convertido en mercancía de compraventa, y además señala que esta práctica solo es alcanzable para aquellos que tienen elevados recursos económicos y asienta criterios discriminatorios para aquel sector de la población que tiene vedado el acceso a este tipo de técnicas de reproducción (a *sensu contrario* VELA, a), 2013: 1-16, aboga por la admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional bajo postulados de índole económico; ello supondría la eliminación de elevados costes para los ciudadanos españoles que en la actualidad no tienen más remedio que acudir a otros estados para llevar a cabo la puesta en marcha de la contratación de un vientre, y además ante una aceptación conllevaría una importante inyección económica en España, dado el número tan elevado de potenciales usuarios de este tipo de técnica de

reproducción, sin olvidar el efecto llamada respecto de los ciudadanos de otros Estados de nuestro entorno).

Por contra, los cuatro magistrados discrepantes han formulado un voto particular, basándose en la prevalencia del interés de los menores y en la necesidad de reconocimiento jurídico de esta realidad social.

Consideramos, que desde la óptica del Derecho internacional privado, el acceso de las calificaciones registrales extranjeras al Registro civil español deben valorarse no a través de la aplicación del derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro civil español. Por tanto se excluye la aplicación del artículo 9.4 Código Civil y tampoco será aplicable la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto conduce, que es la LTRHA (en contrario, CAMARERO, 2012: 7).

4. Reseña a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la concreción del interés del menor

A los pocos días después de la anulación de la RDGRN de 18 de febrero de 2009 por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, la DGRN se pronuncia acerca de la calificación registral del certificado de nacimiento extranjero otorgado por autoridad pública extranjera y de la posible compatibilidad de una resolución extranjera con los principios básicos del ordenamiento jurídico español, y es a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (BOE 243 de 7 de octubre de 2010), con la que pretende determinar dicha situación.

Asienta sus razonamientos a través de dieciséis directrices con la finalidad de dotar de protección jurídica el interés superior del menor, estableciendo esencialmente tres criterios: en primer lugar, cuales son los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al RC español, cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento extraterritorial de decisiones extranjeras; en segundo lugar, la inscripción registral nunca puede permitir que con la misma, se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores y en último término,

que en ningún caso se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico, conforme a lo expresado en el artículo 7.1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y lo contenido en el artículo 12, de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Junto a estos, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de maternidad subrogada, tales como la protección de las mujeres gestantes, la capacidad y consentimiento de las partes intervinientes y la irrevocabilidad del consentimiento prestado (VELA, 2011: 7-15).

Uno de los parámetros en los que más se centra la Instrucción, es la compatibilidad entre orden público e interés del menor. En primer lugar, es necesario conceptualizar la noción de orden público en materia de filiación; por su propia naturaleza, se presenta cambiante y flexible en relación a las circunstancias y realidades de un momento concreto que reflejan los valores y principios de una sociedad. Por ello, es consecuencia lógica, analizar la resolución extranjera de manera individualizada y comprobar si atenta o no, contra los principios fundamentales del foro (CALVO/CARRASCOSA, 2011: 253-254). A juicio de la Dirección General, la certificación extranjera que cumpla con los requisitos y condicionamientos establecidos en la Instrucción, dicha certificación debe desplegar todos sus efectos en España, con independencia que desde el punto de vista sustantivo, el contrato gestacional esté completamente prohibido. Por ello, se presume que los interesados, siempre y cuando al menos uno de los comitentes sea español y aporte el material genético, no incurrirá en fraude de ley ni en *fórum shopping*. En cambio un sector de la doctrina (DE VERDA, 2010: 1520), estima que la solución propuesta por la Instrucción no es correcta porque está prestando cobertura al turismo reproductivo, el cual trata de eludir la aplicación de lo contenido en el artículo 10 de la LTRHA, en el que claramente se declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución. En la misma línea de pensamiento, (QUINONES, 2009: 39-40), se opina que el interés del “niño”, puede alojar situaciones que no protegen dicho interés superior del menor, pues los efectos perversos de la mercantilización de esta práctica médica, puede provocar situaciones de explotación, principalmente en la mujer gestante. Incluso, hay autores que van más allá y califican la Instrucción como una representación de ofrecimiento de soluciones de compromiso, es decir,

que en la práctica se legalizan los contratos de gestación por sustitución realizados en un país extranjero y se condiciona a resolución judicial en país de origen, los realizados en países con menos garantías jurídicas respecto al respeto de los derechos subjetivos en la realización de este tipo de contratos (ALBERT, 2012:7).

Teniendo en cuenta lo anterior, para salvar el obstáculo del comercio realizado sobre el cuerpo humano, algunos proponen dotar de similitud a la adopción y a la gestación por sustitución (SÁNCHEZ, 2010: 28-30), y evitar la nulidad del contrato de gestación subrogada. Pero si bien es cierto, hay voces muy contrarias a esta equiparación entre ambas figuras legales (GUZMÁN, 2010: 742), puesto que ello provocaría dificultad para encontrar mujeres que estén dispuestas a quedarse embarazadas y a entregar al hijo de modo totalmente desinteresado (CORRAL, 2013: 62-63; dicho autor razona que no está justificado “crear” una nueva criatura para satisfacer el deseo de paternidad o maternidad, frente al hecho de que ya existen niños que están desamparados necesitando un entorno familiar donde crecer y educarse). Incluso el acuerdo por subrogación puede constituir fuente de conflictos de intereses entre los comitentes, la madre sustituta y el hijo (DE BARRÓN, 2009: 40-41).

III. Conclusiones

El reconocimiento y ejecución de una determinada resolución extranjera, en la que se proclama que son padres de un niño personas que encargaron dicha gestación, presenta complicaciones que a nadie se le ocultan. En la correspondiente resolución se debe hacer mención a los datos personales de la madre gestante que ha alumbrado al menor, indicándose que la verdadera filiación pertenece a los comitentes que solicitaron la subrogación gestacional y no a la madre biológica.

Una vez que los comitentes regresan a territorio español, es necesario inscribir la filiación en el Registro civil para así fijar legalmente todos los efectos que se derivan de la situación familiar reconocida por la autoridad extranjera.

En estas circunstancias y teniendo en cuenta los valores superiores presentes en la maternidad subrogada, se precisaría una

modificación del Derecho sustantivo, con una coherente regulación del reconocimiento de las situaciones de gestación por sustitución provenientes del extranjero, ya que a pesar de la existencia de la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, ésta se ha hecho insuficiente.

Con el recientísimo pronunciamiento del TS, en su sentencia de 6 de febrero de 2014, observamos que para el Alto Tribunal no es admisible el argumento del “interés superior del menor” como “válvula de escape” para conseguir resultados contrarios a la ley. En cambio el voto particular, redactado por el magistrado Seijas Quintana, analiza la cuestión desde un punto de vista más flexible, fundamentando su razonamiento en los principios de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. Los cuatro magistrados que lo formulan, concluyen que la aplicación del principio del orden público perjudica a los menores privándoles de su identidad y de su núcleo familiar.

Con este esperado pronunciamiento del TS, la brecha del dilema jurídico de la gestación por sustitución aún no queda cerrada, y consideramos que debe ser afrontado a través de una revisión legislativa. La radical prohibición de la maternidad subrogada puede presentarse como un problema, ya que no puede quedar supeditada una situación de tantísima importancia a la legislación registral española, y que sea ésta la que marque los límites del Derecho.

Debemos pensar que en un mundo sin fronteras y en un contexto de sociedad pluralista y abierta, al Derecho internacional privado le incumbe también determinar que límites y medidas se han de adoptar ante la institución del Derecho de Familia, como es la gestación por sustitución. Se ha de evitar condicionantes tales como el “orden público internacional”, el “principio del *favor filii*” y el “interés del menor”, para otorgar validez o no, a situaciones nacidas en otros países en donde son perfectamente legales; encajar en la *praxis* estos postulados de interpretación tan subjetiva, puede conllevar a un futuro incierto desde que se da por finalizada la relación contractual entre los comitentes y la gestante, desplegando así verdaderas situaciones de vulneración de derechos, esencialmente en los menores objeto de la subrogación maternal.

Bibliografía

ABELLÁN, F. / SÁNCHEZ-CARO, J.: *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Comares, Granada, 2009.

ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y las nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, Sección Doctrina, 2012.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

--:“Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, Iprolex, 2010.

BARBER CÁRCAMO, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.: “Hijos "made in" California”, *Aranzadi Civil*, núm. 3/2009 (Tribuna), 2009.

CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, 2011.

--:“Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.1, núm. 2, 2009.

CAMARERO GONZÁLEZ, G.J.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7910, Sección Tribuna, 2012.

CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38, enero-junio 2013, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, 2013.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La posibilidad de inscribir en el Registro civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 31, julio-diciembre 2009, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, 2009.

DE VERDA Y BEHAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante la gestación por sustitución. A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 2010.

DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 2010.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, Iprolex, 2010.

HEREDIA CERVANTES, I.: “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, fascículo II, 2013.

QUÍÑONES ESCÁMEZ, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, 2009.

LAMN, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona, 2013.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014.

--: “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 2012.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Humanitas*, núm. 49, abril 2010.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “El interés del menor como fundamento de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, Sección Doctrina, 2013.

a)--: “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho”, *Diario La Ley*, núm. 8055, Sección Doctrina, 2013.

--: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.

--: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 2011.

El artículo VI del Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares – ámbito, objeto e implicaciones sobre el futuro del régimen nuclear internacional

Vladmir de Campos Pacheco Pires Ferreira*

Resumen: Aunque se caracterice por consolidar un *status quo* internacional injusto y desigual, segregando sus signatarios entre los que están y los que no están habilitados a poseer armas nucleares, el Tratado Sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares dispone de los medios necesarios para que esta situación de desigualdad sea pasajera o transitoria. Entre estos medios destacase la obligación contenida en su artículo VI, que impone sobre las Partes nuclearmente armadas el deber de “*celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas [...] al desarme nuclear*”. Considerando que los Estados sujetos a esta obligación no se han todavía deshecho de sus armas nucleares buscamos, sucintamente, analizar el objeto y el ámbito del compromiso contenido en la dicha norma para, a final, verificar su observancia e implicaciones sobre la viabilidad futura del régimen jurídico internacional nuclear.

Introducción

El Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares (TNP) es generalmente descrito como la “piedra angular” de todo el régimen jurídico-internacional en materia nuclear. De hecho, este instrumento jurídico-internacional armoniza los diferentes aspectos de la energía atómica y relaciona otros tratados y organizaciones internacionales de manera a lograr los objetivos de la *no proliferación* y del *desarme*

* Doctorando en la Universidad de Lisboa. Correo electrónico:vladmirferreira@gmail.com

nuclear, al mismo tiempo en que asegura el *derecho universal al uso pacífico de la energía nuclear*¹.

Al contrario de la mayoría de los grandes tratados y convenciones internacionales, el TNP no posee un carácter legislativo, sino presenta una naturaleza contractual que, separando sus signatarios en dos clases distintas – Estados poseedores y Estados no poseedores de armas nucleares –, los vincula a la realización de prestaciones diferentes pero, sin embargo, sinalagmáticas o *quid pro quo*. (JOYNER, 2012: pp. 9-11) El Tratado contempla, por lo tanto, un pacto por el cual los Estados que no poseen armas nucleares se comprometen a no adquirirlas a cambio de la asistencia internacional para la producción de energía nuclear y, especialmente, del compromiso de los Estados nuclearmente armados de – “*en fecha cercana*” – echar estas armas de mano.

Las obligaciones impostas a los Estados no nuclearmente armados se presentan de manera muy clara y precisa en el TNP. Así, mientras los artículos I y II prohíben la transferencia, la recepción y producción de armas nucleares; el artículo III, por su vez, establece un sistema de control internacional sobre toda la actividad nuclear pacífica por ellos desarrollada.

Pero lo mismo no puede ser dicho acerca de la norma que regula las obligaciones de los Estados nucleares en el tratado, especialmente aquellas relacionadas al desarme nuclear.

El artículo VI del TNP: ámbito y objeto

Las obligaciones relativas al desarme nuclear están previstas en el artículo VI del Tratado que, de manera confusa, establece:

Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear [...].

Desde la primera lectura es fácil percibir que esta norma tiene dos importantes fallos formales o procedimentales. En primer lugar, ella no establece ningún plazo para alcanzar los objetivos que pretende lograr – dice, solamente, que ellos deben ser realizados “*en fecha*

¹ SIMPSON, 2009: p. 46; SHAKER, 2007: p. 51; entre otros.

cercana” – y tampoco indica cuales son las medidas específicas que deberán ser adoptadas en el sentido del cese de la carrera de armamentos y del desarme nuclear.

Aunque sea fatal en termos formales, el artículo VI consigue ser aún peor en un análisis material. De hecho, esta norma no habla de un indudable deber de desarme por los Estados poseedores de armas nucleares, pero les dice para “*celebrar negociaciones*” sobre medidas eficaces a este fin. De hecho, el alto grado de subjetividad de esta expresión – que se revela sin cualquier contenido y, por esto, pasible de abarcar toda y cualquiera conducta – no permite la verificación del cumplimiento o incumplimiento del objeto obligacional impuesto por dicha norma.

Además, notamos que el deber de conducta contenido en el artículo VI puede, sorprendentemente, cambiar según el idioma de traducción del Tratado. Así, mientras las versiones en lengua española, italiana e portuguesa hablan, de manera general, en un compromiso de ‘*celebrar negociaciones*’, las versiones en inglés, francés y ruso hacen referencia a ‘*busca por negociaciones*’.

Todos estos fallos resultan en interpretaciones muy distintas del contenido de esta norma por la doctrina internacionalista. Así, autores que parten de las mismas premisas, afirmando la inexistencia de una obligación de *concluir* acuerdos, llegan a conclusiones diferentes acerca del objeto jurídico del artículo VI. Por ejemplo, mientras Mohammed I. Shaker argumenta que el deber de ‘*celebrar negociaciones*’ presupone el compromiso de, por lo menos, iniciar o establecer negociaciones (SHAKER, 2007: 144), Christopher A. Ford, proponiendo una interpretación estrictamente literal de aquello precepto (en su versión en lengua inglesa), sostiene que la ‘*busca por negociaciones*’ siquiera impone la obligación de iniciar negociaciones. (FORD, 2007: 403)

Pero en una comprensión tan estricta, da igual se la letra del artículo VI dice “*buscar*” o “*celebrar*”. Una vez que tal interpretación reduce el objeto de la obligación al mero hecho de ‘negociar’ o de ‘desear negociar’ se saca todo sentido y utilidad jurídica de la norma. Así, la celebración o la busca por negociaciones no puede jamás ser considerada un fin en sí misma. Al revés, debe ser comprendida como el medio elegido por los signatarios para, de manera más temprana posible, alcanzar resultados concretos relativos

al desarme nuclear. Esta fue la interpretación adoptada por el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) que, en su Opinión Consultiva sobre la *Legalidad de La Amenaza o El Empleo de Armas Nucleares*, de 1996, afirmó (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTÍCIA, 1996):

[...] la obligación impuesta por el artículo VI es más que un sencillo deber de conducta, pero impone un compromiso de conseguir un resultado específico – el desarme nuclear – por medio de la adopción de una determinada conducta, nómadamente, la celebración de negociaciones de buena fe.

Y, de manera unánime, concluyó:

Existe la obligación de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un estricto y eficaz control internacional.

Quedase claro, por lo tanto, que la obligación contenida en el artículo VI no se limita a la busca o el establecimiento de negociaciones, pero impone el claro deber de las Partes en el TNP de negociar y acordar sobre la tomada de medidas específicas que tornen posible el desarme nuclear.

Establecido el objeto de la obligación de “celebrar negociaciones”, importa ahora saber cuáles son las ‘medidas eficaces’ que, resultando de dichas negociaciones, deberán ser adoptadas de manera a garantizar la realización de los objetivos perseguidos.

La Conferencia de Revisión del Tratado ocurrida en 2000, desarrollando los *Principios y Objetivos para la No Proliferación y Desarmamiento* contenidos en el documento final de la anterior Conferencia de Revisión, hecha en 1995, vendría a prestar una relevante contribución a este debate, esclareciendo, en definitivo, esta cuestión. Tales conferencias ocurren a cada cinco años y aunque sus documentos finales no sean jurídicamente vinculantes, constituyen un importante factor para su interpretación, en la medida que expresan las comprensiones comunes de las Partes sobre las obligaciones que el Tratado les impone. (CARNAHAN *apud* JOYNER, 2012: 59)

Así, el documento final de la Conferencia de 2000, establecería de manera muy sencilla lo que se hizo conocido por los *13 Pasos Prácticos Para la Implementación del Artículo VI*. Para allá de destacar la necesidad de ratificación del Tratado sobre Prohibición Completa de los Testes Nucleares (CTBT) y de la elaboración de un

tratado que prohíba la producción de material fisible para armas nucleares, este documento estableció una serie de iniciativas igualmente relevantes para fomentar el desarme nuclear y el control de armas, de entre los cuales destacase o establecimiento de un *principio de irreversibilidad* y la exigencia de que los Estados nucleares comprométanse a la “*eliminación completa de sus arsenales nucleares[...]*”².

Así, si puede decir que el artículo VI obliga las Partes en el Tratado al desarme nuclear, por medio de la adopción de una serie de medidas claras y precisas que expuestas en los documentos finales de las Conferencias de 1995 y 2000 ya son, sin embargo, hace mucho conocidas por toda la Comunidad Internacional. De hecho, los Estados llamados *no alineados* y países observadores ya exigían en la mitad de los años 60 la adopción por los Estados nucleares de todas aquellas acciones.

Sea como sea, aunque tenga sido hecho algún progreso en materia de control de armas (que es un punto importante para la “cesación de la carrera de armamentos nucleares”) la obligación principal del artículo VI no fue, todavía, realizada. El Tratado sobre la Prohibición Completa de Testes Nucleares sigue sin ser ratificado por países claves y el tratado sobre el cese de la producción del material fisible ni, siquiera, existe. Aunque los Estados nucleares partes en el Tratado tengan reducido sus arsenales, ellos continúan lejos del desarme nuclear y siguen desarrollando tecnológicamente a sus arsenales nucleares.

Implicaciones sobre el Régimen Jurídico Nuclear

Si los Estados poseedores de armas nucleares no se han todavía desarmado y se rehúsan a realizar aquellos pasos que son considerados esenciales para el desarme nuclear, no hay dudas de que están incumpliendo las obligaciones impuestas por el artículo VI del TNP. No se puede decir que los Estados nucleares están intentando de buena fe echar de mano sus armas nucleares cuando, después de todos estos años, nada se ha hecho hacia este sentido. Esta situación, sin

² REVIEW CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE TREATY ON THE NON-PROLIFERATION OF NUCLEAR WEAPONS, 2000: 14-15. Traducción libre.

embargo, tiene implicaciones muy serias sobre todo el régimen jurídico internacional en materia nuclear.

Una vez que el TNP posee una naturaleza contractual, que impone obligaciones sinalagmáticas, se toda una clase de Estados signatarios se encuentra en incumplimiento de las prestaciones debidas, no se puede exigir que la otra parte siga cumpliendo sus obligaciones no proliferativas. La completa inobservancia de las obligaciones pendientes sobre toda una clase de Estados signatarios puede traer consecuencias fatales para todo el sistema jurídico internacional de prohibición de armas nucleares. En la mejor de las hipótesis, esta situación genera el desgaste del TNP y, por lo tanto, en todo régimen jurídico internacional en materia nuclear; na peor de las hipótesis, dicho comportamiento é una invitación a los Estados no poseedores de armas nucleares que denuncien al tratado y vuelvan a desarrollar sus respectivos programas nucleares con fines militares.

Conclusión

Teniendo en consideración estos riesgos y las frustraciones de las demás Partes en el tratado, las Potencias nucleares señalaron, durante la última Conferencia de Revisión, en 2010, que una vez más se encuentran dispuestas a considerar la ratificación del El Tratado sobre la Prohibición Completa de Testes Nucleares y la conclusión del tratado sobre el cese de la producción del material fisible. Además, hicieron diversas declaraciones unilaterales acerca de la adopción de medidas hacia la reducción de sus arsenales. Por último, reconocieran sin embargo sin admitir su situación de incumplimiento, la existencia de un “deber inequívoco de, en conformidad con el principio de la irreversibilidad, eliminar totalmente sus arsenales nucleares de manera a alcanzar el desarme nuclear”.

Pero si estas declaraciones son hechas de *buena fe* o si son apenas más de la misma y vieja y repetitiva retórica, solamente lo sabremos en la próxima conferencia de revisión, que ocurrirá en 2015. Es de nuestra expectativa que cuando ella se realice, medidas concretas sean adoptadas o anunciadas. Creemos que una manera de garantizar que los Estados nuclearmente armados dejen la retórica de lado y empiecen a realizar las prestaciones debidas pasa por el reconocimiento de su actual incumplimiento. A lo mejor sea tiempo de la Asamblea General de las Naciones Unidas requerir una nueva

consulta al Tribunal Internacional de Justicia que, deberá, entonces, manifestarse de manera directa sobre la observancia o inobservancia, por los Estados nucleares, de sus obligaciones junto al Tratado.

Bibliografía

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTÍCIA. *Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. De 8 de Julio de 1996. Disponible en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_1996-07-08.pdf>. Acceso en: Enero de 2014.

FORD, Christopher A. Debating Disarmament: Interpreting Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. *In The Nonproliferation Review*. Vol. 14, n° 3 (2007).

JOYNER, Daniel H. **International Law and The Proliferation of Weapons of Mass Destruction**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

NACIONES UNIDAS. *Tratado sobre la No Proliferación de Las Armas Nucleares* de 1 de Julio de 1968 (en vigor a partir de 5 de Marzo de 1970). Disponible en español, inglés, francés y ruso en: <<http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/NPT.shtml>>. Las versiones en portugués e italiano poden ser consultadas en: <http://www.abacc.org.br/wp-content/uploads/1968/07/tnp_portugues.pdf> y <http://unipd-centrodirittiumani.it/it/strumenti_internazionali/Trattato-di-non-proliferazione-nucleare-1968/128>. Acceso en: Enero de 2014.

REVIEW CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE TREATY ON THE NON-PROLIFERATION OF NUCLEAR WEAPONS. *Article VI and eighth to twelfth preambular paragraphs*. Documento Final, 2000. Disponible en: <<http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/pdf/finaldocs/2000%20-%20NY%20-%20NPT%20Review%20Conference%20-%20Final%20Document%20Parts%20I%20and%20II.pdf>>. Acceso en: Octubre de 2013.

SHAKER, M. I. The Evolving International Regime of Nuclear Non-Proliferation. *In Académie de Droit International. Recueil Des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Tome 321, 2006. pp. 21-202

SIMPSON, John. The Future of the NPT. *In* **Combating Weapons of Mass Destruction**. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 2009. Cap. 3.

Los primeros intentos de criminalizar la guerra de agresión

Gutenberg Alves Fortaleza Teixeira*

Resumen: La I Guerra Mundial, generó un cambio en el escenario jurídico internacional gracias a la tragedia humanitaria que había creado. Los abusos contra civiles y los crímenes de guerra fueron el catalizador para el clamor en contra de la guerra de agresión y ya que el Derecho reconocía la existencia de la guerra, el paso lógico era limitarla y se posible prohibirla. Así que en su intento de prohibir la guerra de agresión entre las naciones el Derecho internacional tenía como gran desafío criminalizar la agresión internacional.

Introducción

Las consecuencias de la I Guerra ayudaron en la concepción de que la guerra era una negación del derecho y por lo tanto el Derecho internacional debería negar a la guerra (ZOLO, 2006:115). Cuando hablamos de guerra, en esto caso, estamos hablando de la guerra de agresión, la guerra en que Estados se elevan contra otros para imponer su voluntad por medio de la fuerza armada para lograr objetivos económicos, políticos y militares. Los jefes de Estado se convencieron de la necesidad de imponer límites legales a la agresión (BYERS, 2007:73) y los vencedores del conflicto mundial, planearon criminalizar la guerra y juzgar como responsables del crimen a individuos (ZOLO, 2006:43). Sin embargo, en el informe presentado en la Conferencia Preliminar de la Paz de 1919, la *Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Imposición de*

* Doctorando en la Universidad de León. Correo electrónico: galvft@unileon.es

Castigos aconsejaba que los actos que provocaron la guerra no fuesen imputados a sus autores y que estos no deberían ser sometidos a un juicio (KELSEN, 2003:104-105). No obstante, el art. 227 del Tratado de Versalles acusó al Emperador Guillermo II por las ofensas cometidas contra la moral internacional y la ruptura de los tratados. Quizá por quebrar el orden establecido en Westfalia, e instituyó un tribunal con el objetivo de juzgarle (ESCUADERO ESPINOSA, 2004:35). Dicho juicio jamás llegó a existir para juzgar la conducta del Emperador de empezar una guerra de agresión (PASTOR, 2006:38). De modo que, aunque la conducta fue tajada de criminal no se logró imponer sanciones efectivas (BOLLO AROCENA, 2004:273). Una de las razones para el consejo negativo de la Comisión de Responsabilidades era que para ella, una guerra de agresión no podría ser considerada como un acto contrario al derecho positivo, o que pudiera ser llevado ante un tribunal (KELSEN, 2003:105). Sin embargo la concepción de que la guerra agresiva era amoral y criminal logró apoyo de los pueblos (TUNKIN, 1981:180). Esta nueva concepción se expresó a través de la calificación de la guerra de agresión como un crimen internacional imputable a los Estados y introdujo también la posibilidad de imputar este y otros crímenes internacionales a los individuos (ZOLO, 2006:42).

Intentando limitar la guerra y criminalizar la agresión

Agregado al Tratado de Versalles fue creada la Sociedad de Naciones (SDN), la primera a pretender la unión de todos sus miembros contra una eventual agresión (ÁLVAREZ LONDOÑO, 2000:133). En el Pacto de la SDN los Estados aceptaron una limitación de su competencia de hacer la guerra. Entonces ciertas guerras fueron consideradas ilícitas y otras lícitas (QUOC DINH, *et al*, 2003: 954-955). Cuanto a la guerra ilícita la hipótesis principal era la de guerra de agresión en virtud del art. 10 del Pacto. En el Pacto las guerras estaban divididas en: *justas, legales o defensivas, e injustas, ilegales o agresivas*. En la primera clase estaban incluidas las guerras hechas después de agotados los procedimientos pacíficos establecidos por el Pacto y en la segunda clase las guerras iniciadas con violación de tales procedimientos (ALFARO, 1951:371). Llama la atención el hecho que los artículos 10 y 11 del Pacto trataban la agresión externa y la guerra

respectivamente pero en ninguno de los dos artículos se encontraba una definición de agresión (BLANCO GASPAS, 1973:11).

La concepción del carácter criminal de *las guerras agresivas* figuraba en el Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua de 1923, en el Protocolo de Ginebra de 1924 sobre el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales y en la Declaración sobre las Guerras de Agresión, aprobada por la Asamblea de la SDN en 1927. La Declaración fue aprobada porque desde 1925 la SDN había empezado a tratar con mayor interés la idea de criminalizar la guerra. Una propuesta española aclaraba el carácter criminal de la guerra de agresión. Sin embargo, Bélgica declaró su rechazo a la proposición española pues consideraba que no podía decirse que la guerra de agresión constituyera un crimen internacional. Sin embargo, la SDN adoptó la Declaración sobre las Guerras de Agresión en que la guerra de agresión estaba prohibida y la misma se quedaba calificada como un *crimen internacional* (BOLLO AROCENA, 2004:268). No obstante, la Declaración no tenía poder de efecto vinculante. Aunque los dos primeros instrumentos jurídicos no entraron en vigor, junto con la Declaración marcaron en el desarrollo *del principio internacional de la criminalidad de las guerras agresivas*, expresado en la VI Conferencia Americana, celebrada en La Habana en 1928 (TUNKIN, 1981:212-213). Para la SDN y su nueva doctrina, el agresor ya no era un *justus hostis*, sino un *criminal* en el pleno sentido penalista del término, un *outlaw* (ZOLO, 2006:25). El Protocolo de Ginebra para el arreglo pacífico de las controversias señalaba en su Preámbulo que una guerra de agresión constituía una violación de la solidaridad y un crimen internacional (BOLLO AROCENA, 2004:268). Su artículo más importante era el art. 2º en que las partes acordaban en *no recurrir a la guerra* en ninguna hipótesis excepto en caso de resistencia contra una agresión o un permiso del Consejo o de la Asamblea de la SDN. El art. 2º tenía el objetivo de abolir el derecho de ir a la guerra. Sin embargo como el Protocolo permaneció sin efecto la guerra no se tornó ilegal (DINSTEIN, 2004:115). En su art. 10 daba una definición de agresor: “*Agresor es el Estado que primero recurre a la guerra en contra de los compromisos contenidos en el Pacto y en el Protocolo*”. Había también la enumeración de casos concretos de agresión. El Protocolo fue el esfuerzo más inteligente para fortalecer la SDN. En su lugar, los acuerdos de Locarno hicieron distinción entre la agresión y la agresión

flagrante dejando su significado tan incierto como siempre (BLANCO GASPAR, 1973:12).

Gracias a los debates en torno del Protocolo de Ginebra de 2 de octubre de 1924 y a ciertas interpretaciones del *Pacto Briand-Kellogg* de 27 de agosto de 1928 hubo el desarrollo intensificado del concepto de tratar la guerra de agresión como un crimen internacional (SCHIMITT, 2006:29), y se empezó una nueva era en la legislación del uso de la fuerza cuando el Tratado General para la Renuncia de la Guerra como Instrumento de Política Nacional, conocido como Pacto Briand-Kellogg fue firmado en París. Hasta el inicio de la II Guerra Mundial el Pacto tuvo 63 Estados que ratificaron o adhirieron, un número récord para aquella época (DINSTEIN, 2004:117). El Pacto Briand-Kellogg fue el primer tratado internacional multilateral que incluía la prohibición de la guerra de agresión (TUNKIN, 1981:180). Su art. 1º *condenaba* a la guerra y establecía la *renuncia* de los Estados a ella en sus relaciones internacionales. El art. 2º establecía el compromiso de resolver los conflictos por medios pacíficos (BOLLO AROCENA, 2004:268-269). Por lo tanto, condenó la guerra de agresión pero permitió la guerra en legítima defensa. Se puede decir que esa disposición expresa una norma de Derecho internacional penal que protege la orden pública y el interés general cuya violación es considerada un crimen internacional (FLORENTINO FERNANDEZ JANKOV, 2009:14). Con el Pacto, el Derecho internacional progresó del *jus ad bellum* para el *jus contra bellum* (DINSTEIN, 2004:118). Por su formulación general y por su aplicabilidad casi universal este instrumento internacional puso, de manera más aceptable de que el Pacto de la SDN, fin a la regla de la competencia estatal de la guerra (QUOC DINH, *et al*, 2003:956). Mismo que en el Pacto no figuraban el término *crimen internacional*, la condena a la guerra y la renuncia a ella significaban que toda guerra de agresión estaba fuera de la ley y constituía un crimen. Esta fue la interpretación que se dio en sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg donde se subrayaba que *recurrir a la guerra de agresión, además de ilegal, es criminal* (TUNKIN, 1981:213). La guerra estaba prohibida en los casos donde el arreglo pacífico estaba previsto (art.15). El Pacto Briand-Kellogg se extendió a todas las guerras de agresión fuera del marco de la SDN (ÁLVAREZ LONDOÑO, 2000:134). Mismo con la brevedad y sencillez de su redacción el Pacto *Briand-Kellogg* presentó algunos problemas interpretativos. Intentando circunvalar la prohibición del uso

de la fuerza varios Estados justificaron que sus acciones armadas no eran una violación del Pacto ya que no habían declarado previamente la guerra como ocurrió por ejemplo en la *guerra de Manchuria*, 1931-1937, entre China y Japón, donde ambos seguían manteniendo relaciones diplomáticas (REMIRO BROTONS, *et al*, 2007:1056). El Pacto *Briand-Kellogg* claramente condenó el recurso a la fuerza, sin embargo no trató de establecer las circunstancias que se debían dar para señalar a un Estado de agresor (BLANCO GASPAS, 1973:12). La limitación del Pacto en relación a la renuncia de la *guerra* provocó muchas críticas en la literatura jurídica internacional. El término *guerra* en el Pacto parecía ambiguo para algunos estudiosos y la principal controversia se basaba en la facultad de cada Estado poder hacer uso de la fuerza (DINSTEIN, 2004:120).

En el Pacto de la SDN y en el Pacto *Briand-Kellogg* no existían sanciones penales para los infractores de sus disposiciones. En el Pacto de la SDN había solamente un sistema de sanciones de tipo económico por intermedio de un procedimiento no centralizado (BOLLO AROCENA, 2004:269). De hecho el Pacto *Briand-Kellogg* tuvo cuatro fallas: la cuestión a cerca de la legítima defensa no fue claramente referida en el texto; ningún consenso en relación a límites fue establecido sobre la legalidad de la guerra como instrumento de política internacional; la prohibición de la guerra no llevó en cuenta toda la Comunidad internacional y medidas de fuerza con característica breve fueron eliminadas de las disposiciones (DINSTEIN, 2004:120). Sin embargo, es posible decir que los Estados miembros del Pacto *Briand-Kellogg* lograron obligarse por algo más superior que un tratado. Su significado como principio de Derecho internacional fue inmenso, sobre todo por responder su espíritu a un pensamiento y sentido colectivo reinante y cristalizado en el año anterior en la resolución de la Asamblea de la SDN que declarara a la guerra de agresión un *crimen internacional* (BOLLO AROCENA, 2004:269). Su influencia se manifestó en diversos tratados concluidos antes de la II Guerra Mundial. Entre ellos, hay que destacar el *Tratado interamericano de no-agresión y mediación* (Tratado Saavedra Lamas) pactado en Rio de Janeiro el 10 de octubre de 1933. Mediante este tratado se extendía el compromiso a aquellos países sudamericanos que, en su día, no adhirieron al Pacto *Briand-Kellogg*. En el Tratado se condenaban las guerras de agresión y se establecía la obligación de solucionar las controversias internacionales por medios pacíficos

(ESCUADERO ESPINOSA, 2002:68). El Tratado recibió una interesante aportación: la doctrina *Stimson*, apellido del Secretario de Estado estadounidense que la propuso el 7 de enero de 1932 en ocasión del conflicto armado entre China y Japón. Según la doctrina, los EE.UU. no reconocían situaciones, tratados o convenciones que fueran contrarios al Pacto de la SDN y al Pacto *Briand-Kellogg* (TRUYOL y SERRA, 1998:135). Sin embargo, no se logró impedir la invasión de Etiopía por Italia en 1935 y la II Guerra Mundial en 1939 (REMIRO BROTONS, *et al*, 2007:1056).

En la fallida Conferencia Internacional de Desarme (1932-1934) se extendieron y profundizaron los debates sobre la definición de agresión y agresor (SHMITT, 2006:100). Durante la Conferencia, el Ministro de Relaciones Exteriores de la URSS, Maxim Litvinov, formuló sus propuestas sobre la definición del agresor, que fueron objeto de un informe del representante griego Nicolás Politis. Las fórmulas del informe fueron incorporadas más tarde al Convenio sobre Definición del Agresor firmado en Londres el 3 de junio de 1933 (ALFARO, 1951:364). En la VII Conferencia Panamericana, celebrada en Montevideo en 1933, México presentó un Proyecto de Código de la Paz (ALFARO, 1951:366). Las condiciones estaban directamente influenciadas por el Convenio de Londres de 1933. La influencia de la formula Litvinov-Politis era evidente.

La SDN nunca tuvo la capacidad de oponerse a las agresiones de Japón contra China en 1931 y de Italia contra Etiopía en 1935 (ÁLVAREZ LONDOÑO, 2000:141). Por lo menos se puede decir que entre la I y II Guerra Mundial surgieron nuevas normas de Derecho internacional donde la guerra de agresión fue tajada de crimen internacional y que generaba responsabilidad internacional (TUNKIN, 1981:223). Gracias a eso, con el objetivo de evitar la agresión y la guerra de agresión la Carta que crea la ONU obligó a sus miembros a buscar la solución de sus conflictos por medios pacíficos. El 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General de la ONU, por medio de su Resolución 3314, obtuvo el consenso necesario para definir la agresión que se encontraba relacionada con lo previsto en el art. 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas (HELLMAN, 2013:90) y en 1998 la Conferencia de Roma otorgó competencia a la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión en el Estatuto de Roma. Sin embargo todavía no se había logrado llegar a un consenso sobre la definición del crimen y las condiciones para el ejercicio de la

competencia lo que solo fue logrado el 11 de junio de 2010 en la Conferencia Revisora del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Kampala, Uganda. Para que la definición y las condiciones de la competencia puedan ser aplicadas, es necesario que los cambios en el Estatuto entren en vigor. La CPI podrá ejercer su competencia sobre el crimen de agresión únicamente si éste se comete un año después de la ratificación o aceptación de los cambios por 30 Estados partes y siempre que una decisión se haya adoptado después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados partes (dos tercios de ellos) que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto (SALMÓN/ BAZAY, 2011:56). Al parecer la odisea del crimen de agresión todavía no ha terminado. Ojalá que en 2017 todo se arregle y la CPI pueda finalmente tener plena competencia sobre este crimen.

Bibliografía

ALFARO, Ricardo J.: *La cuestión de la definición de la agresión*. Revista de Derecho Internacional, Instituto Americano de Derecho Internacional, Habana, 1951.

ÁLVAREZ LONDOÑO, Luís Fernando: *Historia del Derecho Internacional Público*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000.

BLANCO GASPAR, Vicente: *La agresión internacional, intentos de definición*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1973.

BOLLO AROCENA, M.^a Dolores: *Derecho Internacional Penal: Estudio de los crímenes internacionales y las técnicas para su represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.

BYERS, Michael: *A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado*, Record, Rio de Janeiro, 2007.

DINSTEIN, Yoram: *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*, 3ed, Manole, Barueri, 2004.

ESCUADERO ESPINOSA, Juan Francisco: *La corte penal internacional y el consejo de seguridad*, Diles, Madrid, 2004.

FLORENTINO FERNANDEZ JANKOV, Fernanda: *Direito Internacional Penal: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional*, Saraiva, São Paulo, 2009.

HELLMAN, Jacqueline: *Jurisdicción universal sobre crímenes internacionales. Su aplicación en España*, Editorial Comares, Granada, 2013.

KELSEN, Hans: *La paz por medio del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

PASTOR, Daniel R.: *El poder penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006.

QUOC DINH, Nguyen/ DAILLIER, Patrick/ PELLET, Alain: *Direito Internacional Público*, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.

REMIRO BROTONS, Antonio/ RIQUELME CORTADO, Rosa/ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza/ DIEZ-HOCHLEITNER, Javier/ PERÉZ-PRAT DURBÁN Luis: *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

SALMÓN, Elizabeth/ BAZAY, Lorena: *El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI), Lima, 2011.

SCHIMITT, Carl: *El crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio <<nullum crimen, nulla poena sine lege>>* Hammurabi, 1ª ed., Buenos Aires, 2006.

TUNKIN, G. I., *Curso de Derecho Internacional*, Editorial Progreso, Moscú, 1980.

ZOLO, Danilo: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

¿Es legítimo emplear la tortura en la lucha contra el terrorismo?

José Luis Castro Fírvida*

Resumen: El presente estudio pretende analizar y evaluar los argumentos producidos en el reciente debate sobre la legitimación de la tortura en la lucha contra el terrorismo en los estados democráticos. El problema es de máxima actualidad desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, principalmente en EEUU, aunque es una cuestión que afecta a todos los países –incluyendo a España–. En la primera línea del debate se encuentra la “eterna” discusión sobre el contenido del término “tortura”. Los que abogan por tales prácticas intentan excluirlas del alcance del término para así justificarlas. El texto propone una definición de “tortura”, que intenta abarcar el mayor número de supuestos para impedir esta línea de defensa. Prosigue –partiendo de la definición estipulada– evaluando los argumentos a favor y en contra de su legitimación en la lucha antiterrorista.

1. Introducción

11 de septiembre de 2001, Al Qaeda estrella cuatro aviones en suelo estadounidense causando un total de 2.992 muertos. El momento consternó al mundo, sobre todo a EEUU país al que nunca en su historia habían atacado en su territorio de esa manera.

La respuesta norteamericana fue inmediata: invasión de Afganistán e Irak, sanción de leyes restrictivas de derechos individuales para aumentar la seguridad interior, apertura del campo de detención de Guantánamo y la utilización de la tortura –de forma declarada– entre sus prácticas contrainsurgentes. Es en este contexto en el que surge un gran interrogante: ¿Puede ser la tortura un método legítimo, en una sociedad democrática, para garantizar la seguridad de sus ciudadanos frente a las acciones de este tipo de grupos extremistas? Una cuestión moral y política que parecía resuelta de

forma clara y contundente no hace muchos años, ha vuelto a la primera línea del debate contemporáneo.

La importancia del tema es innegable. Desde el 11-S Al Qaeda y su líder, Osama Bin Laden, eran el objetivo número uno de los cuerpos y fuerzas del orden estadounidenses, el número uno aunque no el único. El objetivo; “darle caza”. Para tal fin, los métodos de investigación habituales y todos los recursos de las agencias de inteligencia de EEUU y de sus aliados, parecían carecer de eficacia. Por ello, se comenzó una serie de interrogatorios basados en la tortura que tuvieron lugar a lo largo y ancho del globo.

Los sucesos del penal de Abu Ghraib, o los de Guantánamo, en la base militar que EEUU tiene en la bahía cubana del mismo nombre, han puesto, de nuevo, el tema en la primera línea de la política actual. Tales prácticas de tormento realizadas por los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad estadounidenses, no son –en contra de lo que piensa la opinión pública– los únicos ni mucho menos. Los casos de Abu Ghraib o Guantánamo son los pocos que conocemos abiertamente. No obstante, podemos encontrarnos con esta problemática de la tortura en numerosos países del globo –incluyendo España– independientemente de su régimen político. Diversos informes de Amnistía Internacional denuncian las prácticas de tortura a lo largo del globo. Sin duda el estado más criticado es EEUU, pero podemos encontrarnos con Iraq, Afganistán, Lituania, Turquía o Túnez, entre otros. (AMNISTÍA, 2011)

España, por desgracia, no es una excepción. Amnistía Internacional denuncia casos de tortura y malos tratos a los mismos durante la detención y el proceso de expulsión. (AMNISTÍA, 2002) Todo encubierto por el aparato administrativo Español. En un informe de 2002, la organización denuncia todas estas prácticas por parte de nuestro estado. Cabe resaltar el caso de Antonio Fonseca (AMNISTÍA, 2002: 34-38), inmigrante en Lanzarote, que muere en circunstancias poco conclusas tras una detención en su lugar de residencia. Como estos, otros informes (CASTRO, 2013: 60-62) en los que España es criticada por la práctica de torturas y malos tratos. Todo ello, demuestra la suma importancia de la problemática en la política actual. De esta forma no es acertado sostener que se trata de un problema exclusivamente norteamericano sino que se trata de un problema de envergadura global.

2. La legitimidad de la tortura

En lo primero en que debemos detenernos a la hora de realizar este análisis, es el concepto de “tortura”. No es una cuestión superflua, pues muchos de los autores que abogan por la legitimación de lo que denominan “interrogatorios reforzados”, basan su argumentación en la exclusión de ciertos actos del amparo del término “tortura”. Teniendo en cuenta diferentes fuentes consultadas –normativas y doctrinales– adoptaremos la siguiente definición de “tortura” en la que se incorporan aspectos de todas ellas: “Acción u omisión de menoscabar la integridad física o moral de una persona produciéndole grave dolor físico o psíquico de manera intencionada, sin que esto sea consecuencia de un acto legítimo y sin que en ningún caso llegare a causarle la muerte”. (CASTRO, 2013: 67)

No se pretende defender esta propuesta como una definición lexicográfica verdadera, sino como una estipulación del significado con el que utilizaremos el término “tortura” en el análisis que realizaremos a continuación. Debemos considerar que de entre sus ventajas se encuentra la de evitar restringir tanto el sujeto activo que practica la tortura –pudiendo ser cualquier persona, incluso un particular–, como el sujeto pasivo –no ciñéndose a sospechosos o personas discriminadas–. Por otra parte, al referirse a cualquier acción u omisión, no admite discusión sobre si un método en concreto se puede considerar tortura o no – pensando en la privación de agua, alimento o sueño, por ejemplo–. Al eliminar cualquier mención a la finalidad que se pretende conseguir con ella podremos dar cuenta de aquellos casos en los que el torturador actúa por sadismo o crueldad, casos que no deberían ser excluidos de la definición de “tortura” en el terreno ético y político. Es importante hacer referencia a la salvedad de que no sea consecuencia de un acto legítimo –excepción presente también en nuestras normas penales e internacionales–. En ocasiones se menoscaba la integridad física o moral de una persona produciéndole grave dolor físico o psíquico de manera intencionada pero dichos actos son la consecuencia de actos legítimos –imposición de penas privativas de libertad–.

Partiendo de esta definición del término “tortura” entramos ahora en el debate sobre su posible legitimación como método de investigación en el marco de la lucha antiterrorista. Para ello vamos a analizar la nueva ideología liberal de la tortura, que se ha cristalizado

en un experimento mental paradigmático: el caso de la bomba de relojería –*Ticking Bomb Scenario* (TBS)–.

2.1 La tortura y el escenario de la bomba de relojería (TBS)

El experimento mental del TBS es muy simple. Imagínese que en la ciudad en la que usted vive un peligroso grupo terrorista ha colocado un artefacto en una concurrida escuela primaria y que han capturado a un sospechoso que puede decir dónde está la bomba para poder desactivar el artefacto a tiempo –o evacuar la escuela– pero que se niega a revelar dicha información: ¿es moralmente legítimo torturar al sospechoso si con ello se pueden salvar cientos de vidas inocentes?

La respuesta razonable que se espera del interlocutor es la aceptación de la corrección moral de la tortura en estos casos excepcionales. Siguiendo la propuesta de Bonorino, el argumento que se pretende derivar del experimento mental del TBS es el siguiente; «Está justificado moralmente utilizar la tortura para lograr que la persona detenida brinde la información que permita salvar la vida de miles de inocentes.» (BONORINO, 2011: 112-113) Este argumento es el que han utilizado la mayoría de los que, sin renegar de sus credenciales democráticas y sin abandonar su rechazo general a la tortura, han intentado justificar moralmente las torturas en interrogatorios realizadas por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo después de los atentados del 11-S.

En el TBS nos encontramos con una confrontación de dos males, de dos bienes jurídicos protegidos. De un lado, la integridad física y moral del individuo que pretendemos torturar, del otro la vida de las personas que se encuentran en el radio de explosión de la bomba. No se trata de una figura nueva en el mundo jurídico, pues tenemos otras instituciones que funcionan con el mismo principio. Así, encontramos la legítima defensa (LUZÓN, 2007: 583-615) donde un individuo puede dañar a otro con el fin de protegerse a sí mismo o a un tercero. Se puede hablar, entonces, de equiparar la legitimación de la tortura, en este supuesto, a los supuestos de legítima defensa.

En la legítima defensa, el menoscabo del bien jurídico ha de ser la única forma posible de evitar el daño al bien jurídico protegido. En el TBS, la necesidad de información y la rapidez con la que se necesita suponen que los métodos convencionales de investigación no surtan efecto, por lo que el obtener información del sospechoso viene a ser la única forma efectiva. Por su parte, el fanatismo de los que

habitualmente colocan este tipo de artefactos hace prácticamente imposible llegar a un acuerdo con ellos por los métodos convencionales de reducción de condena, o incluso absolución. Su negativa a colaborar, o a negociar con los agentes, hace que la tortura sea el único medio eficiente para sonsacar información.

También el estado de necesidad es otra institución equiparable a este supuesto, en el que se permite el daño de un bien jurídico protegido con el fin de salvaguardar otro (LUZÓN, 2007: 617-633). En el estado de necesidad, según Silva Sánchez, se trata de «solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del ‘statu quo’, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél» (SILVA, 1982: 665). En este caso, la tortura del sospechoso, sería la menor perturbación de las condiciones preexistentes en la sociedad, dado que la tortura de un individuo impide la muerte de un elevado número de personas.

Aquí, Dershowitz, hace referencia a la teoría del mal menor (DERSHOWITZ, 2004: 155-191). La disyuntiva de escoger entre dos males sin posibilidad de una tercera opción. Hemos de entender “el mal menor” tal y como lo define Ignatieff (IGNATIEFF, 2005: 15-44), la confrontación de dos hechos dañosos, en la cual el menor de ellos – o mal menor– será el que beneficie a la ciudadanía. En este supuesto nos encontramos de una parte, permitir que la bomba estalle, de otra, torturar al sospechoso de haberla conectado. Según Dershowitz, nuestro deber moral, es analizar ambos males, y decantarnos por el menor de ellos, siendo, en su opinión, la tortura del sospechoso la mejor elección del supuesto.

Caso distinto es el de las torturas sistemáticas realizadas por los EEUU en Guantánamo o en Abu Ghraib, donde bastaba el ser miembro de una etnia para ser torturado, sin la necesidad de ninguna amenaza inmediata. La tortura como método de investigación no puede ser aceptada desde esta perspectiva de método sistemático de interrogación. Solo es admisible en la inmediata probabilidad de un TBS (CASTRO, 2013: 59-82). Al igual que la legítima defensa (LUZÓN, 2007: 583-615) o el estado de necesidad (LUZÓN, 2007: 617-633), la legitimación del uso de las prácticas de tormento solo puede ser aceptada en el escenario de la bomba de relojería –o situación asimilable– donde la amenaza es real e inminente. De esta forma no se pueden utilizar los argumentos expuestos para avalar las prácticas de tormento en situaciones distintas –por ejemplo en delitos

consumados— o de forma sistemática, pues como ya hemos dejado patente, el uso de la tortura debe ser la última opción en casos tasados como el TBS.

2.2 El TBS como ejemplo de incorrección moral

Otros autores consideran que el TBS es en realidad un contraejemplo para la teoría moral presupuesta en su premisa normativa: el utilitarismo. En este sentido, Sandel, dentro de su crítica al utilitarismo moral de Bentham (SANDEL, 2011: 48-53), realiza una crítica a la práctica de la tortura en un TBS. Sandel critica el utilitarismo que se encuentra detrás de las prácticas de tormento en el escenario de la bomba de relojería incidiendo en los pocos resultados que se conseguirían.

Para Sandel, la información conseguida mediante prácticas de tormento pocas veces es fiable, por lo que el utilitarismo en el que Dershowitz pretende apoyar el uso de la tortura en un TBS (DERSHOWITZ, 2004: 155-191), podría verse menoscabado. El utilitarismo moral busca el bien de los individuos en conjunto, las ideas de Bentham hablan de la felicidad de la comunidad. En nuestro supuesto hablamos de salvaguardar la vida de un elevado número de personas.

Sandel habla del cálculo utilitario al comparar los dos bienes jurídicos lesionados, la integridad física y moral del sospechoso y la vida de los individuos que se encuentren en el radio de explosión del artefacto, y lo apoya aun no estando de acuerdo con las prácticas de tormento. Afirma que desde ese punto de vista cuantitativo es difícil desvirtuar el uso de la tortura en un TBS pero lo desvirtúa por su grado de eficacia (SANDEL, 2011: 49-50). Nosotros debemos ir un poco más allá. Pongamos que efectivamente como dice Sandel, la tortura en raras ocasiones consigue resultados favorables —algo que debería ser objeto de estudio— pongamos que de cada diez artefactos solo conseguimos desactivar uno, que en los otros nueve han muerto un total de novecientas mil personas —cien mil en cada uno—, nosotros hemos torturado a diez sospechosos y hemos conseguido salvar cien mil vidas en el décimo atentado. Observamos que, de nuevo podemos ampararnos en el cálculo utilitario que el propio Sandel apoya. Si no hubiésemos torturado a los diez sospechosos hubiesen muerto un millón de personas y por el contrario le hemos salvado la vida a cien mil. Estaríamos entonces ante un muy bajo nivel de eficacia —en

nuestro ejemplo solo un diez por ciento– pero el resultado de salvar una elevada cantidad de vidas por el hecho de torturar –que no asesinar– a un mínimo número de individuos justifica moralmente el uso de la tortura en un TBS. El propio Sandel lo apoya, al estar de acuerdo con el cálculo utilitario de Bentham, aunque no ha profundizado como nosotros. Vemos como al contrarrestar el argumento de Sandel también pierde eficacia el de Beccaria «la tortura carece de legitimación si se practica a un inocente» (BECCARIA, 1987: 77-95), puesto que en el hipotético caso de que los otros nueve torturados fuesen nueve inocentes –caso de una elevada improbabilidad– el cálculo utilitario seguiría siendo favorable a la legitimación de la tortura.

Por todo lo expuesto hasta ahora, parece que una parte importante de la sociedad actual aceptaría –moralmente– la elección del mal menor del que habla Dershowitz (DERSHOWITZ, 2004: 155-191) en el trascurso de un TBS. Así parecen demostrarlo a través de los medios de difusión masiva, como la televisión o el cine. Tal y como refleja Bonorino en uno de sus ensayos (BONORINO, 2011: 109-125), una parte importante de la sociedad aplaude al héroe que tortura para salvar vidas, así se ve en la ficción, donde son alabados en series como “Alias” o “24”, o en películas como “La noche más oscura” de Kathryn Bigelow ganadora de un Oscar en 2012. Un gran número de espectadores parece aceptar la legitimación de la tortura cuando el protagonista no tiene otra opción para salvar la vida de los inocentes. La legitimación moral que se refleja en la ficción podría indicar que una parte importante de la sociedad se encuentra moralmente a favor de la legitimación de la tortura en un TBS o en un supuesto asimilable.

3. Conclusiones

Pese a que la tortura está prohibida en los ordenamientos jurídicos actuales, queda patente que su uso como método de investigación para salvar vidas en un TBS abre una puerta a su posible legitimación (CASTRO, 2013: 59-82). Las sociedades democráticas actuales deben velar por la salvaguarda de las vidas sus ciudadanos, justificando así el empleo de la tortura en unos pocos individuos. Tal y como apoya Dershowitz (DERSHOWITZ, 2004: 155-191), en la elección del mal menor, o Silva Sánchez (SILVA, 1982: 665) que exige la mínima perturbación del “status quo”, el uso de la tortura sería la solución idónea para la resolución con éxito del TBS. Si bien no es un

método inequívoco y a veces podrá no dar un resultado moralmente aceptable, pero tenemos el deber de intentar salvaguardar ese bien jurídico protegido por todo los medios a nuestro alcance aun cuando conlleve el daño de otro que objetivamente tiene un menor valor. Así, las situaciones que conduzcan a un resultado inaceptable moralmente, deben valorarse en el conjunto con las demás, prevaleciendo la generalidad sobre pequeños casos aislados. Debemos hacer un cálculo utilitario de la práctica de la tortura y observar que los beneficios son superiores a los costes. De esta forma, siguiendo los argumentos expuestos, debemos considerar la legitimidad del uso de la tortura -como método de investigación- en la lucha antiterrorista.

Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2002. *“España: Crisis de identidad; Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del estado”*. Madrid, AI.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2004. *“España: Acabar con la doble injusticia: Víctimas de tortura y malos tratos sin reparación”*, Madrid, AI.

BECCARIA, Cesare. 1987. *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Hyspamerica. Edición original 1774.

BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. 2011. “El retorno de la tortura”, *Revista Académica*, 51, pp. 109-125.

CASTRO FÍRVIDA, José Luis. 2013. “¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo?”, en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. ISSN: 1132-9947. Vol. 22, Núm. 2, Santiago de Compostela, USC, pp. 59-82.

DERSHOWITZ, Alan M. 2004. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, Encuentro.

IGNATIEFF, M. 2005. *El mal menor; ética y política de una era de terror*. Taurus. Madrid. pp 15-44.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. 2007. *Curso de Derecho Penal*. Madrid, Universitas. Edición original 1996.

SANDEL, Michael J. 2011. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona, Debate.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. 1982. “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, pp. 663-691.

El deber de localizar, identificar y entregar a los familiares los restos de las personas desaparecidas forzosamente

Carlos Mauricio López Cárdenas*

Resumen: El presente artículo pretende explicar el deber de investigar y localizar el destino o paradero de una víctima de desaparición forzada de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Así mismo, hace referencia a los deberes estatales de identificación y entrega de los restos óseos de los desaparecidos según las tradiciones y costumbres de sus familiares.

Introducción

La desaparición forzada como violación múltiple y continua a los derechos humanos¹, impone varias obligaciones internacionales a los Estados; entre estas se encuentran la garantía de investigar,

* Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá D.C. - Colombia), Magister en Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid (Madrid -España), en donde actualmente es estudiante de doctorado en Derecho. Abogado. Profesor de carrera académica e investigador del Grupo de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá D.C. - Colombia). Correo electrónico: carlosm.lopez@urosario.edu.co.

¹ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 170; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 60; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 81 y 87, y *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 155.

perseguir, sancionar a los responsables y determinar el paradero de la víctima.

Esta última obligación fue codificada en el párrafo 3 del artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas que señala que “(c)ada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos”².

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha señalado que los Estados se encuentran obligados a realizar todos los esfuerzos necesarios para determinar el paradero de las víctimas, lo cual implica que deben emplear todos los mecanismos judiciales y administrativos para localizar, exhumar, identificar y entregar los restos de las personas desaparecidas.

De este modo, el derecho internacional de los derechos humanos no sólo ha centrado sus esfuerzos en la forma como los Estados deben investigar los casos de desaparición forzada, sino que ha venido construyendo una serie de criterios dirigidos específicamente a respetar y garantizar los derechos de las víctimas y sus familiares.

Este marco conceptual que aún continúa en desarrollo y adaptación debe comenzar a ser sistematizado con el propósito de concretar los deberes de los Estados durante todo el procedimiento de búsqueda, identificación y entrega de los restos óseos de las personas desaparecidas forzosamente.

El deber de investigar y localizar el paradero de la víctima

De conformidad con jurisprudencia internacional, en aquellas situaciones relacionadas con desapariciones forzadas, el derecho de acceso a la justicia no sólo implica la determinación de los hechos que se investigan, sino la realización de todas las acciones necesarias para conocer la suerte, el destino o el paradero de la víctima³.

² Naciones Unidas. *Resolución 61/177 aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006*, U.N. Doc. A/RES/61/177 de 12 de enero de 2007.

³ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. *Supra* nota 1, párr. 179; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. *Supra* nota 1, párr. 152; y *Caso*

Este deber estatal si bien se configura como una obligación de medios, no de resultado⁴, adquiere un papel instrumental fundamental para cesar el ilícito internacional, toda vez que sólo con la localización de la persona desaparecida se podrá dar por terminada la violación (Vermeulen, 2012: 318).

En consecuencia, la jurisprudencia internacional ha señalado que en aquellas situaciones en las cuales se tengan indicios de que una persona ha sido desaparecida, las autoridades del Estado se encuentran en la obligación de iniciar la respectiva investigación⁵. Esta debe realizarse *ex officio* de una manera seria, imparcial y efectiva, así no medie una denuncia penal o la víctima y sus familiares no aporten elementos probatorios⁶. La investigación respecto de la suerte del desaparecido, por lo tanto, podrá darse por concluida bajo estas circunstancias: i) se encuentre el lugar en donde se halla secuestrada la víctima; ii) se localice el lugar exacto en donde se encuentran sus restos; o iii) se conozca el destino final del desaparecido.

Por último, se ha establecido que es un derecho de los familiares conocer el paradero de su ser querido (Ott, 2011: 271), el cual representa una “justa expectativa” que el Estado debe satisfacer en

Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 80.

⁴ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 192; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 144; y *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.* *Supra* nota 1, párr. 177

⁵ Corte EDH. *Case of Baysayeva v. Russia.* App. No. 74237/01. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (First Section). 2007, párr. 147; *Case of Bazorkina v. Russia.* App. No. 69481/01. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (First Section). 2006, párr. 148; y *Case of Sangariyeva and others v. Russia.* App. No. 1839/04. Judgment (Merits and Just Satisfaction). Court (First Section). 2008, párr. 79. Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia.* *Supra* nota 3, párr. 80; y *Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párr. 134.

⁶ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú.* *Supra* nota 1, párr. 178; *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr. 241; y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia.* *Supra* nota 1, párr. 155 y 65.

aquellos casos en los cuales aún se ignora la suerte o destino de la víctima⁷.

El deber de identificar los restos óseos de los desaparecidos

La obligación de investigar los casos de desaparición forzada, no sólo se limita a establecer lo sucedido, sancionar a los responsables o determinar el paradero de la víctima, todo lo contrario, en aquellas situaciones en las cuales son encontrados los restos óseos del desaparecido, surgen obligaciones correlativas para los Estados⁸, en especial, aquella relacionada con la identificación fehaciente de los restos.

En este sentido, el derecho de acceso a la justicia no se cumple con el mero hecho de encontrar los restos óseos del desaparecido, sino que requiere la realización de pruebas y análisis de carácter científico –antropológico y genético- con el fin de comprobar fehacientemente la identidad del individuo al que pertenecen los restos encontrados⁹. Para llevar a cabo esta tarea, las autoridades judiciales deben tener en consideración lo siguiente:

En primer lugar, una vez que se conoce la posible ubicación del lugar en donde se localizan los restos óseos del desaparecido, las autoridades judiciales deben proceder a su pronta exhumación con el propósito de evitar el deterioro y facilitar la tarea de identificación¹⁰.

En segundo lugar, el procedimiento de exhumación debe ser respetuoso con la cultura y creencias de los familiares del desaparecido. Adicionalmente, el profesional que realice la tarea debe proteger la integridad de los restos, con el propósito de establecer las circunstancias que rodearon su muerte, la fecha probable de su inhumación, así como posibles lesiones que permitan establecer si la víctima fue sometida a tortura¹¹.

⁷ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. *Supra* nota 1, párr. 179; y *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*. *Supra* nota 5, párr. 134.

⁸ Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. *Supra* nota 1, párr. 215.

⁹ *Ibidem*, párr. 82.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 219.

¹¹ Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. *Supra* nota 1, párr. 82; *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de

Por último, una vez que los restos óseos se encuentren bajo la custodia de las autoridades estatales, estas deberán realizar la respectiva comprobación de identidad, sin costo alguno para los familiares, para lo cual deberán emplear la mejor técnica científica que permita determinar de la manera más fehaciente la identidad de los restos¹².

De manera excepcional, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos se ha reconocido que en aquellas situaciones en las que las desapariciones forzadas obedecieron a patrones sistemáticos, los Estados deben “adoptar todas las medidas necesarias para crear un sistema de información genética que permita obtener y conservar datos genéticos que coadyuven a la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños (y adultos) desaparecidos y sus familiares y su identificación”¹³.

El deber de entregar de los restos óseos de los desaparecidos según las tradiciones culturales de los familiares.

Una vez que han sido identificados los restos óseos del desaparecido y se ha realizado el correspondiente proceso de comprobación genético de filiación, las autoridades estatales deberán asegurar la entrega de los restos a sus familiares.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la entrega del cuerpo de una “persona desaparecida forzosamente es de suma importancia para sus familiares, ya que les permite sepultarlo de acuerdo a sus creencias, así como cerrar el proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de estos años”.¹⁴

noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 114; y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. *Supra* nota 4, párr. 34.

¹² Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. *Supra* nota 1, párr. 252; y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. *Supra* nota 1, párr. 241.

¹³ Corte IDH. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 193; y *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 91.b.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 245; y *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala*. *Supra* nota 6, párr. 333.

Debido a lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que la ceremonia de entrega y sepultura de los restos, debe ser realizada de conformidad con las tradiciones culturales de los familiares, lo cual implica el respeto de los usos y costumbres de la comunidad de la que hacía parte¹⁵. De esta forma, se protege el derecho de los familiares de celebrar libremente ceremonias, ritos u otras manifestaciones tradicionales que le permitan superar el dolor por la pérdida de su ser querido (López, 2013: 7; Pérez, 2006:164-165).

De manera adicional, la jurisprudencia ha señalado que los costos relacionados con el transporte, entrega y sepultura de los restos óseos deben correr por cuenta del Estado y que es a los familiares a quienes les corresponde seleccionar el lugar en el cual desean que sean depositados los restos de su familiar¹⁶.

Por último, se ha señalado que en aquellos casos en los cuales los restos óseos no son reclamados por ningún familiar, el Estado debe proceder a inhumarlos, identificarlos correctamente, respetar el lugar de la sepultura y correr con todos los gastos relacionados con el proceso de inhumación y conservación del lugar en donde se depositaron los restos¹⁷. En todo caso, es lógico pensar que en aquellos casos en los cuales los familiares tengan noticia acerca de la identificación de su ser querido luego del proceso de inhumación, el Estado proceda a exhumar los cuerpos y realizar la entrega de acuerdo a los deseos de sus familiares.

Conclusión

En el derecho internacional de los derechos humanos el derecho de acceso a la justicia en los casos de desaparición forzada de personas no sólo implica la determinación de los hechos que se investigan, sino la realización de todas las acciones necesarias para conocer la suerte, el destino o el paradero de la víctima.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párrs. 81 y 82; *Caso La Cantuta Vs. Perú. Supra* nota 11, párr. 235; y *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 185.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Corte IDH. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Supra* nota 14, párr. 248.

De esta forma, la jurisprudencia internacional ha venido construyendo una serie de criterios relacionados con las obligaciones del Estado de localizar al desaparecido y, en caso de que haya fallecido, identificarlo y entregarlo a sus familiares de conformidad con sus usos, tradiciones y costumbres.

Específicamente, se ha señalado que el deber de investigar y localizar el paradero de la víctima es un derecho para sus familiares, motivo por el cual, cuando el Estado tiene noticia de una situación de desaparición forzada se encuentra en la obligación de iniciar de manera diligente y oportuna una investigación de oficio, seria e imparcial que permita determinar el paradero de la víctima.

Adicional a lo anterior, si como resultado de la investigación se encuentra que el desaparecido ha fallecido, es deber del Estado exhumar su cuerpo, mantenerlo en cadena de custodia e identificarlo a partir de pruebas de carácter técnico-científicas. Una vez realizada la respectiva comprobación de filiación, el Estado debe entregarlo a sus familiares, para que estos sin asumir los costos del traslado e inhumación, puedan sepultarlo según sus ritos y tradiciones.

En definitiva, el deber de investigar los casos de desaparición forzada ha sufrido una evolución sustancial por parte de la jurisprudencia internacional, la cual ha señalado los criterios que deben tener en consideración los Estados a partir de la perspectiva de quienes sufren la situación de la desaparición, es decir, la víctima directa y sus familiares.

Bibliografía

López Cárdenas, Carlos Mauricio y Uscanga Barradas, Abril. "Las Víctimas De Desaparición Forzada: Perspectiva Desde La Jurisprudencia Del Sistema Interamericano De Protección De Derechos Humanos." *Revista Amicus Curiae* 2, no. 2 (2013): 1-13.

Ott, Lisa. *Enforced Disappearance in International Law*. Cambridge: Intersentia, 2011.

Pérez Solla, María Fernanda. *Enforced Disappearances in International Human Rights*. Jefferson (North Carolina): McFarland & Company, 2006.

Vermeulen, Marthe Lot. *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility Under the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*. School of Human Rights Research Series V. 51. Cambridge: Intersentia, 2012.

III. CUESTIONES DE DERECHO PENAL

Una propuesta de interpretación restrictiva en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas

José Manuel Palma Herrera^{*}

Resumen: El artículo 31 bis del Código Penal establece para las personas jurídicas un sistema vicarial o de responsabilidad penal transferida por el hecho de otro. Un sistema que plantea dudas dogmáticas y de respeto a distintos principios limitadores del *ius puniendi*, y que teóricamente se traduce en un limitadísimo efecto de los modelos de control o *compliance* en el proceso de transferencia de la responsabilidad penal al ente. Reconociendo que este modelo violenta derechos de los que también la persona jurídica es titular, se propone interpretar restrictivamente los hechos de conexión del 31 bis 1 del Código Penal con el fin de limitar en la mayor medida posible la responsabilidad penal en aquellos casos en los que exista una actitud firme contra el delito manifestada en la adopción e implementación previa de programas de cumplimiento.

Tanto en la doctrina como en el legislador ha calado la opinión de que para hacer frente a la delincuencia económica es absolutamente necesario un régimen de responsabilidad penal para la persona jurídica. Se argumenta que los entes colectivos se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos (DÍEZ, 2012:2); que hoy por hoy, casi en un 80 % de la delincuencia económica intervienen empresas (ACHENBACH, 1995:381); que el crimen

^{*} Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Córdoba, España. Correo electrónico: jmpalma@uco.es. La presente comunicación ha sido elaborada y presentada en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-16569 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y que lleva por título PROCEDIMIENTOS OPERATIVOS ESTANDARIZADOS Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.

organizado se sirve de la mayor parte de las instituciones de la vida económica, entre ellas sociedades (TIEDEMANN, 1997:28), o que la mera existencia de las sociedades y su reconocimiento jurídico implica la necesidad de su tratamiento en régimen de igualdad con el resto de los sujetos sometidos al Derecho (CARBONELL, 2009:3), también al Derecho penal, por tanto.

Esta opinión se ha visto alimentada, en cierto modo, por la labor que durante los últimos años han venido llevando a cabo, asimismo, distintas instancias internacionales insistiendo en la necesidad de adopción de medidas dirigidas a exigir responsabilidad a las personas jurídicas también desde el convencimiento de que una lucha eficaz contra determinadas formas de criminalidad (tráfico de drogas, terrorismo, blanqueo de capitales, corrupción en general, etc.) pasaba, necesariamente, por ir más allá de la responsabilidad de la persona física, cuya persecución y castigo encontraba frecuentemente la dificultad añadida que supone la pantalla en que acaba convirtiéndose la persona jurídica utilizada instrumentalmente para el delito.

Para ser justos con estos instrumentos internacionales, lo cierto es que los mismos no han reclamado expresamente a los distintos Estados la adopción de medidas dirigidas a exigir responsabilidad penal a los entes morales, sino que, respetuosos con las tradiciones jurídicas de cada país, se han pronunciado siempre en términos de exigencia de responsabilidad a título genérico. Ello abría diferentes vías en las legislaciones nacionales, que pasaban por exigir responsabilidad de naturaleza penal a la persona jurídica como forma de evitar futuros comportamientos delictivos en su seno, o por rechazar tal planteamiento, previendo medidas distintas a la pena (normalmente de carácter administrativo sancionador).

Expuesto muy sucintamente cuál era el panorama, después de años de discusión y algún intento fallido por parte del legislador en 2003 (PALMA, 2005:967,ss), hoy la exigencia de responsabilidad penal para la persona jurídica es una realidad en el ordenamiento jurídico español tras la reforma llevada a cabo por la L.O. 5/2010.

Nuestro legislador, deslumbrado por las construcciones sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas del mundo anglosajón, y pese a no estar obligado, ha acabado adoptando sobre este particular una política de máximos en lo que yo creo que es una nueva manifestación de ese complejo de inferioridad jurídica del que siempre hemos adolecido, que parecía superado ya tras alcanzar un

nivel de refinamiento dogmático a la altura de las siempre admiradas doctrina alemana o italiana, pero que rebrota con el peligro añadido de que lo que ahora se incorporan no son planteamientos alemanes o italianos, sino anglosajones. Esto es, de sistemas jurídicos con los que poco o nada hemos compartido (hasta ahora).

De entrada, y es mi modesta opinión, pese a los argumentos doctrinales a favor, pese a los textos internacionales, y pese a lo que pueda manifestar nuestro legislador en las exposiciones de motivos, no existía una necesidad real de hacer responder penalmente a estos entes como forma de combatir la delincuencia económica.

Y no existía tal necesidad, en primer lugar, porque no nos encontrábamos en esta materia en la misma situación en la que sí se encuentran el Derecho civil o mercantil. En estas ramas del ordenamiento, la persona jurídica es un instrumento creado, precisamente, para limitar la responsabilidad patrimonial de la persona individual, razón que justifica, más que sobradamente, que ese mismo ordenamiento articule formas de respuesta contundentes que lleven al ente a asumir sus responsabilidades como si de una persona física se tratase.

Sin embargo en el terreno penal, el punto de partida es sustancialmente distinto en aquellos casos en los que una persona física se oculta tras el manto protector de una persona jurídica para delinquir. En el orden penal, la persona física sí responde directa y personalmente por el hecho delictivo cometido, por lo que la necesidad de articular esa respuesta penal también para la persona jurídica se relativiza. O al menos, se relativiza en la medida en que dicha respuesta sea concebida al modo y forma en la que lo es la responsabilidad que se le va a exigir a la persona física (a través de una pena).

Por otro lado, teniendo en cuenta que las sanciones penales que se han acabado previendo para las personas jurídicas son sustancialmente idénticas a las sanciones que se les podrían haber impuesto (que de hecho se les imponen) en vía administrativa, e incluso sustancialmente idénticas a las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal, y a las que antes hacía referencia, la necesidad de una respuesta de naturaleza penal resulta más que discutible desde la perspectiva de un principio, como es el de intervención mínima, que aunque se encuentre en manifiesta crisis, al

menos formalmente sigue limitando a día de hoy el *ius puniendi* del Estado.

Por si lo anterior no fuese suficiente, tampoco encontramos una necesidad político-criminal que justifique una reforma del calado de la introducida. Es una realidad que los instrumentos de que disponíamos en el terreno del Derecho penal económico han estado funcionando relativamente bien (SILVA, 2013:18); y allí donde no se han mostrado todo lo operativos que deberían, desde luego el motivo no parece que haya que buscarlo en el hecho de no se exigiese responsabilidad penal a las personas jurídicas, sino en otro tipo de razones. Es cierto que, sobre todo con la crisis económica de los últimos años, ha calado en la sociedad una sensación de impunidad en torno a la delincuencia empresarial, pero la respuesta que demanda esa sociedad no parece ir, precisamente, por la senda de hacer responsables a las personas jurídicas, sino de que respondan realmente las personas físicas. Por otro lado, la causa de esa sensación de impunidad, que en ocasiones se corresponde con la realidad, se encuentra más en la falta de medios materiales y humanos de una Administración de Justicia del siglo XIX, que en las lagunas del sistema de responsabilidad penal previsto para la persona física.

Pero dejando ya el terreno del deber ser y pasando al del ser, nos encontramos con una realidad evidente, y es que, hoy por hoy, nuestro Código Penal contempla un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas en su artículo 31 bis. El legislador español, una vez más, ha buscado una respuesta rápida, barata y errónea, en vez de una solución real y efectiva a los problemas que plantea la delincuencia económica. En vez de acometer una profunda reforma de la justicia penal que la dote de medios y, sobre todo, de especialistas en el ámbito de la delincuencia empresarial capaces de levantar el velo societario y de dirigir el procedimiento contra los verdaderos responsables del hecho delictivo, siguiendo lo que es una constante en otras tradiciones jurídicas de corte anglosajón, ha optado por delegar en los propios entes la gestión del riesgo de comisión delictiva haciéndolos directamente responsables de aquello que ocurra en su seno y obligándolos así, por la vía intimidatoria del Código Penal, a adoptar programas de cumplimiento. Estos programas, conocidos también como *compliance programs*, vienen a ser instrumentos normativos internos de las personas jurídicas, que articulan procedimientos operativos y órganos de control a partir de un mapa de

riesgos de comisión delictiva previamente trazado, y que no persiguen sino evitar la comisión de delitos en el seno del ente que los adopta.

Entrando en lo que es la regulación propiamente dicha del régimen de responsabilidad introducido en el artículo 31 bis del Código Penal, ha sido interpretado desde tres prismas distintos: el de quienes afirman que recoge un modelo de culpabilidad de empresa en el que la persona jurídica responde por el hecho propio (MORILLAS, 2011:27-28); el de quienes sostienen que en realidad nos encontramos ante un sistema vicarial o de heterorresponsabilidad que trasladaría a la persona jurídica las consecuencias del hecho de la persona física haciéndola responder de manera automática por este hecho delictivo ajeno (DEL ROSAL, 2011:52); y finalmente, el de quienes defienden encontrarnos ante un modelo mixto (URRUELA, 2012:423-424), de corte vicarial en el caso de los delitos cometidos por representantes legales y administradores de hecho o de derecho, y de autorresponsabilidad (culpabilidad de empresa) cuando se trate de delitos cometidos por otros sujetos sometidos a la autoridad de los anteriores.

A) Un modelo de autorresponsabilidad o de culpabilidad de empresa se construye sobre el hecho propio de la persona jurídica, a la que se reconoce capacidad de acción (de injusto, en definitiva) y de culpabilidad. Por lo que respecta a esta última, es entendida de formas muy diversas, habiendo calado en nuestra doctrina la posición defendida por GÓMEZ-JARA DÍEZ (2005:261, ss.) que la concibe en términos de cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad.

El núcleo de este tipo de planteamientos gira en torno a la idea de autoorganización o autorregulación, esgrimiéndose que el grado de complejidad de la sociedad actual determina que haya que atribuir a las personas jurídicas libertad para autorregularse, si bien, se concluye, esa libertad supone, como contrapartida, el deber de organizarse de tal forma que la actividad de la propia persona jurídica no incremente los niveles de riesgo de comisión delictiva ya de por sí elevados en el tipo de sociedad en la que nos desenvolvemos. Este planteamiento supone una auténtica delegación, por parte del Estado, de su papel protagonista en la gestión de riesgos, papel que acaban asumiendo las propias personas jurídicas ante la amenaza de una pena que vendría a sancionar un injusto propio entendido mayoritariamente

en términos de incumplimiento de ese deber de auto-organizarse de manera correcta.

En un modelo de culpabilidad de empresa en el que la persona responde por un injusto propio y a partir de una culpabilidad propia, los programas de cumplimiento son mayoritariamente considerados circunstancias exonerantes de la responsabilidad penal. El argumento es que si lo que se castiga es no haber adoptado medidas dirigidas a evitar la comisión delictiva en el seno del ente (éste sería el injusto) por participar de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad (entendiendo la culpabilidad en estos términos), allí donde ese ente sí haya adoptado modelos de gestión y control eficaces no podrá decirse que ha realizado injusto penal alguno o que ha actuado de manera culpable.

Estos modelos de culpabilidad de empresa nos aproximan a un Derecho penal de autor que plantea dudas de constitucionalidad desde la perspectiva del principio de culpabilidad, pues no se castiga tanto el hecho delictivo cometido en el seno de la persona jurídica -la estafa, el blanqueo, el delito medioambiental...-, como el no estar correctamente organizado, lo que no deja de ser castigar una disposición "personal" ante el delito.

B) Frente al anterior, un modelo vicarial, de heterorresponsabilidad o de transferencia de responsabilidad, parte del presupuesto de que sólo las personas físicas reúnen las condiciones necesarias para poder cometer un delito, de manera que, en última instancia, son siempre éstas las que delinquen, y no las personas jurídicas, que carecen de capacidad de acción, de capacidad de culpabilidad, o de ambas. En la exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica no concurre un injusto y/o una culpabilidad propia del ente, por lo que si se hace responder a éste será siempre por hechos llevados a cabo por la persona física; por el delito de la persona física, en definitiva. Ello convierte a estos modelos en contrarios al principio de personalidad de las penas como manifestación del principio de culpabilidad.

En este modelo, en el que la persona jurídica responde por el hecho ajeno, en principio no puede atribuirse a esos programas de cumplimiento un efecto similar al que ya hemos visto son capaces de desplegar en un modelo de culpabilidad de empresa. O dicho de otra forma: el ente responde porque una persona física ha cometido un delito, y a esos efectos, es indiferente que esa persona jurídica se

hubiese organizado o no a través de un programa de cumplimiento, pues el déficit organizativo y de control que se trata de evitar mediante esos programas no constituye fundamento dogmático alguno de una responsabilidad penal que el ente recibe de forma automática, por derivación, del delito de la persona física.

C) En la letra del Código Penal existen argumentos que permiten sostener tanto un modelo como otro. Quizás por ello, un grupo de autores acaban por defender que el modelo establecido por el 31 bis es un modelo mixto en virtud del cual, cuando el delito lo comete una persona física actuando como administradora o representante de la persona jurídica, ésta responde necesariamente por el delito cometido por esa persona física (desde esta perspectiva sería vicarial), mientras que si lo comete un empleado al servicio de la persona jurídica, ésta responde sólo en la medida en que no haya ejercido sobre ese empleado el debido control (desde esta perspectiva es de autorresponsabilidad, pues responde por el hecho propio, que sería no haber adoptado los necesarios mecanismos de control).

Precisamente porque el Código Penal ofrece argumentos tanto a favor de un modelo como de otro, la conclusión a la que debemos llegar es que en esta materia de la responsabilidad penal de la persona jurídica el debate sigue estando en buena medida donde siempre se encontró: en la capacidad de acción y de culpabilidad (más que en la de pena). Que lo único que ha cambiado (que no es poco, todo hay que reconocerlo) es que ya no tiene sentido discutir sobre si la persona jurídica responde o no, pues es evidente que lo hace en virtud del 31 bis del Código Penal, pasando así el núcleo de la discusión a si lo hace por el hecho propio o por el hecho ajeno.

A este respecto, tan respetable y defendible como la posición de quienes sostienen que la persona jurídica tiene capacidad de acción a través de la capacidad de acción de las personas físicas que la gobiernan, debe considerarse la de quienes entendemos que, siendo la persona jurídica una construcción absolutamente normativizada, una entelequia sin base natural, su capacidad de intervenir en el mundo a través de comportamientos es igualmente ajena a cualquier realidad ontológica, de manera que esa capacidad de actuación no sería susceptible de desplegar efectos penales al configurarse el concepto de acción penal –que es el pilar sobre el que se construye el tipo de injusto– como comportamiento humano controlado por la voluntad del sujeto y encuadrable en un tipo penal.

Qué duda cabe que la persona jurídica “realiza” actos con proyección jurídica, contrae obligaciones, incumple obligaciones, comete hechos antijurídicos susceptibles de ser sancionados civil, mercantil, laboral o administrativamente, etc. Y todo ello lo lleva a cabo a través de personas físicas que actúan siendo la propia persona jurídica, y no ya representándola. Es decir, no se trata de negar capacidad de acción a la persona jurídica, cosa que a estas alturas no parece tener ningún sentido, pero sí de afirmar que se trata de una peculiar capacidad de acción que no es válida como punto de partida a la hora de exigirle una eventual responsabilidad penal. En este sentido, MIR PUIG (2004: 01:8) dio la pauta a seguir afirmando que no se trata de que la persona jurídica no sea capaz de acción en otros ámbitos jurídicos, sino que el Código Penal se refiere sólo a acciones humanas.

Así, en la medida en que se parta de un concepto de delito que se construya sobre un comportamiento humano que infringe una norma lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, y a su vez ese comportamiento gire en torno a un movimiento corporal dirigido por la voluntad del sujeto, o dirigido por la voluntad del sujeto a la consecución de un determinado fin, o socialmente desvalorado mediante su inclusión en un tipo penal, etc., la existencia de ese comportamiento ya no podrá predicarse cuando de una persona jurídica se trate, debiendo poner la atención única y exclusivamente en el comportamiento de las personas físicas que han actuado en nombre o por cuenta del ente jurídico.

A partir de aquí, tratar de extrapolar a la persona jurídica el modelo de imputación concebido para la persona física cuando el punto de partida sobre el que se vertebra todo modelo, que es el concepto de acción u omisión base del comportamiento típico, no es coincidente, resulta, cuanto menos, complicado, pues aun siendo cierto que estos modelos son normativos por definición y que podemos construirlos con más o menos libertad, también lo es que, al menos en lo que hace a la persona física, no operan de espaldas a la realidad ontológica de las cosas. Es decir, negando la capacidad de acción a la persona jurídica, la consecuencia necesaria debe ser negar, igualmente, la capacidad de injusto típico y la capacidad de culpabilidad. O lo que es lo mismo: la persona jurídica no puede realizar un injusto típico ni puede actuar de manera culpable porque, simplemente, no tiene capacidad de acción penal, de manera que si responde penalmente, será siempre por el hecho de otro. De este

modo, llegamos a la conclusión de que nuestro Código Penal lo que recoge en un modelo vicarial.

¿Qué consecuencias se derivan de la anterior conclusión en relación con los programas de cumplimiento?

En principio, en un modelo vicarial los programas de cumplimiento no están llamados a desempeñar papel alguno o, como mucho, tienen reservado un mero papel atenuador de la responsabilidad penal, que es el que les señala nuestro Código Penal en su artículo 31 bis 4 d) cuando el ente hubiere adoptado medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Este efecto atenuador queda condicionado, además, a que tales medidas se adopten tras la comisión del hecho delictivo, pero antes del comienzo del juicio oral, lo que *a priori* excluye cualquier efecto, incluso atenuador, para las medidas que se hubieren adoptado antes de la comisión del propio delito objeto de enjuiciamiento.

La previsión que hace el artículo 31 bis 4 d) de nuestro Código Penal es utilizada por los defensores del modelo vicarial para sostener que es éste, precisamente, el que recoge nuestro texto punitivo; posición rechazada por quienes se decantan por un modelo de culpabilidad de empresa afirmando que esta previsión atenuadora está prevista sólo para los casos en los que las medidas se implementen tras la comisión del delito, pero que nada impide que desplieguen un efecto eximente si las medidas existían ya antes de la comisión del propio delito.

El problema es que desde un modelo vicarial, negar que los programas de cumplimiento sean capaces de impedir la transferencia de responsabilidad al ente puede conducir en ocasiones a situaciones indeseables por absurdas. Piénsese, por ejemplo, en sectores de actividad para los que exista una normativa administrativa de prevención, como ocurre en materia de blanqueo de capitales, que una empresa haya hecho suya a través de un programa de cumplimiento para evitar este tipo de delitos en el marco de su actividad. Tal y como está configurada esa normativa, podría llegar a ocurrir que en el seno de esa empresa que hubiese asumido escrupulosamente lo dispuesto por la Ley 10/2010 elaborando y ejecutando un programa de cumplimiento, un administrador cometiese actos dirigidos a blanquear capitales, actos que no alcanzasen el grado de consumación precisamente porque el programa de cumplimiento hubiese permitido

detectar la naturaleza delictiva de la operación en cuestión, bloqueándola. Pues bien, en la medida en que la persona física, con lo realizado, sí respondería ya por tentativa de blanqueo del 301.2 (cuando no por blanqueo consumado, dependiendo de cómo se interpretase el artículo 301.1 del Código Penal), la persona jurídica sería condenada también por ello pese a no haber cometido infracción administrativa alguna –hemos partido del cumplimiento de las previsiones de la Ley de prevención– y pese a contar con un programa de cumplimiento que fue, precisamente, lo que impidió que el delito de blanqueo alcanzase el grado de consumación (o el agotamiento delictivo si calificamos finalmente la conducta de la persona física como delito de blanqueo consumado del 301.1).

Un planteamiento semejante conduce, como puede fácilmente colegirse, al absurdo. Por ello, ¿debe admitirse sin más dicha responsabilidad pese a la existencia de programas de cumplimiento eficaces, o cabe hacer algún tipo de interpretación restrictiva de los presupuestos de partida del artículo 31 bis 1), es decir, de lo que se conocen como “hechos de conexión”, con el fin de conseguir un efecto similar al que permitiría la previsión expresa de una circunstancia eximente de la responsabilidad penal para la persona jurídica, de manera que lo que sólo debe ser responsabilidad objetiva o por el hecho ajeno -propia de un sistema vicarial- no acabe convirtiéndose más bien en una suerte de responsabilidad automática y universal?

Creo que la clave nos la dan los términos en los que está redactado el párrafo segundo del 31 bis 1), el segundo hecho de conexión, cuando nos dice que para que la responsabilidad penal del empleado que comete un delito se transfiera a la persona jurídica, es preciso que ese delito se haya podido cometer porque no se ha ejercido sobre él el debido control. *Ergo*, si ese debido control se ha ejercido, la responsabilidad penal no debería transferirse de la persona física a la persona jurídica.

Los programas de cumplimiento son instrumentos dirigidos a evitar una determinada actividad delictiva en el seno de una persona jurídica, luego su existencia y correcta implementación, ya sea directamente a través de órganos de administración o representación, o indirectamente a través de delegación en órganos intermedios, constituye, en principio, una forma de ejercer el debido control cuya

ausencia determina la transferencia de responsabilidad penal desde la persona física hasta la persona jurídica.

Desde este planteamiento, automáticamente surge una pregunta: ¿cómo puede afirmarse que la adopción y ejecución de un programa de cumplimiento supone ejercer un “debido control” y va a actuar como cortafuegos para la empresa cuando no ha impedido la comisión de un delito en su seno? Es una pregunta lógica, pues al fin y al cabo nos estamos planteando atribuir eficacia a un instrumento que, por definición, parece haber fallado en sus objetivos.

La pregunta se responde:

1) Siendo consciente de que no cabe la prevención absoluta frente al delito en el seno de la persona jurídica por muchos mecanismos de prevención que se adopten, y

2) recurriendo al concepto de riesgo permitido: es ilusorio pretender que el fin de los programas de cumplimiento es blindar a la persona jurídica de manera que resulte total y absolutamente imposible la comisión de un delito. El fin de estos programas es reducir el riesgo de comisión delictiva manteniéndolo en unos niveles razonables; en unos niveles permitidos. De este modo, no tiene por qué ser contradictorio hablar de un programa de cumplimiento eficaz y, al mismo tiempo, de comisión de un delito en el seno de la persona jurídica, debiendo estar a las circunstancias del caso y a la valoración que en cada supuesto se haga de los obstáculos reales que el programa ha supuesto para el delito cometido; de los obstáculos que la persona física responsable de ese delito haya tenido que sortear, y de cómo los ha acabado sorteando.

Esta es la línea en la que se mueve el Proyecto de reforma de Código Penal actualmente en tramitación en las Cortes, que permitirá en estos casos que la persona jurídica quede sin responsabilidad por el delito cometido en su seno probando que contaba con un modelo de organización y control que incluía medidas eficaces contra el delito que la persona física ha eludido de manera fraudulenta.

Vista cuál es la solución interpretativa en el caso de los delitos cometidos por el empleado al servicio de la persona jurídica, ¿cabe reproducir los argumentos cuando el delito lo ha cometido un administrador o representante del ente?

Sobre este particular, lo primero que hay que señalar es que el Código Penal, a diferencia de lo que ocurre cuando el delito lo comete un empleado, guarda silencio en aquellos casos en los que ese mismo

delito lo comete quien es administrador o representante de la persona jurídica. Es verdad que este silencio puede ser interpretado en el sentido de que, aun habiendo un debido control, se transferiría la responsabilidad penal al ente, de manera que los programas de cumplimiento no desplegarían eficacia alguna.

Pero también puede ser interpretado en otro sentido a partir de la naturaleza del “debido control” cuya ausencia fundamenta en el párrafo segundo del 31 bis 1) la transferencia de responsabilidad penal desde la persona física a la jurídica: desde el punto y hora en que partimos del presupuesto de que la persona jurídica, por su incapacidad de acción penal, no responde por el hecho propio sino por el ajeno, un programa de cumplimiento que permita ejercer un debido control no constituye para el ente, dogmáticamente hablando, ni una causa de atipicidad ni una eximente de la responsabilidad criminal fundamentada en razones de injusto o de culpabilidad, aunque por vía interpretativa del hecho de conexión acaba por desplegar efectos similares desde el punto de vista práctico: la ausencia de pena.

La exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica, lo dijimos más arriba, encierra una delegación, por parte del Estado, de la función de prevenir la comisión de hechos delictivos; de gestionar el riesgo de comisión delictiva, de manera que el propio ente asume tanto el deber de controlar lo que suceda en su seno, como la responsabilidad penal en la que pueda incurrir la propia persona física en caso de no haber ejercido ese debido control. De este modo, si nos preguntamos por qué se transfiere al ente la responsabilidad de la persona física, la respuesta será que por no haberse organizado debidamente para evitar comportamientos delictivos en su seno, y con el fin de que lo haga.

En definitiva, el debido control, o mejor dicho, su ausencia, se configura como el presupuesto político-criminal para la transferencia de responsabilidad penal desde la persona física a la persona jurídica, función que en el sistema de heterorresponsabilidad que recoge nuestro Código Penal como consecuencia de la incapacidad de acción de que adolece la persona jurídica, no queda circunscrita única y exclusivamente a los casos de delito cometido por el empleado o dependiente, encontrándose también detrás de la transferencia de responsabilidad que se produce en aquellos casos en los que el delito lo cometa un administrador o representante.

En contra del presente razonamiento, cabría pensar -con razón- que no tiene ningún sentido una propuesta interpretativa que pretende no transferir al ente la responsabilidad penal en la que incurre un administrador o representante cuando ha habido un control que se supone ha debido ejercer ese mismo administrador o representante. Este planteamiento, es cierto, parece incurrir en una contradicción en sí mismo. Pero, en realidad, es que en estos casos no podrá defenderse que el control ha sido el debido, por lo que sí habrá transferencia de responsabilidad (no puede pretenderse que quienes cometen el delito sean los mismos que formalmente ejercen el debido control, y calificar encima ese control como debido a efectos de excluir la transferencia de responsabilidad al ente).

La clave está, por ello, en que si la persona jurídica quiere “blindarse” ante la actuación delictiva de administradores o representantes, tendrá que ir más allá de dejar ese control en manos de estas personas u órganos (algo que supondría tanto como “poner al zorro a cuidar de las gallinas”, si se me permite la expresión); tendrá que delegarlo en órganos independientes de los que ejerzan la administración o representación de la persona jurídica, tal y como parece sugerir el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013, que prevé la exención de responsabilidad penal para estos entes cuando la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control (Proyecto de nuevo art. 31 bis 2, 2ª), y siempre que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte de dicho órgano (Proyecto de nuevo art. 31 bis 2, 4ª). Sólo en estos casos podremos empezar a considerar “debido” el control ejercido sobre tales sujetos pese al delito cometido, y sólo así podremos acabar reconociendo eficacia a los programas de cumplimiento en un modelo de responsabilidad vicarial de la persona jurídica.

Bibliografía:

ACHENBACH, H. (1995). Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúen en su nombre en el Derecho alemán. En AAVV / SILVA SÁNCHEZ / SCHÜNEMANN / FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

CARBONELL MATEU, J. C. (2009). Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Tirant on Line*, TOL1.568.028.

DEL ROSAL BLASCO, B. (2011). La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código Penal. *Cuadernos de Política Criminal*, 103, pp. 41-94.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2012). La responsabilidad penal de la persona jurídica. Regulación española. *In Dret. Revista para el análisis del Derecho*, 1/2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.

MIR PUIG, S. (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-01.

MORILLAS CUEVA, L. (2011). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anales de Derecho*, 29.

PALMA HERRERA, J. M. (2005). ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas y otros entes organizativos tras la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal? En AAVV, *Personalidad y capacidad jurídicas. Tomo II*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español. En AAVV / SILVA SÁNCHEZ / MONTANER FERNÁNDEZ, *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier.

TIEDEMANN, K. (1997). Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado. En AAVV / GÓMEZ COLOMER / GONZÁLEZ CUSSAC (Coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Castellón de la Plana: Biblioteca de la Universidad Jaime I.

URRUELA MORA, A. (2012). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la lo 5/2010: perspectiva de *lege lata*. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXII, pp. 413-468.

Ideas preliminares sobre las relaciones entre el injusto penal y la teoría de la intervención delictiva

Alfredo Alpaca Pérez*

Dada la situación aún inicial y embrionaria de mi investigación, en esta breve comunicación me limitaré únicamente a esbozar algunas reflexiones preliminares, aún muy básicas, pero esenciales para el desarrollo de la tesis doctoral. Estas reflexiones –que aquí he denominado como «ideas nucleares»– son: primero, que la norma jurídico-penal, si quiere cumplir la función imperativo-instrumental que generalmente se le atribuye, solo puede entenderse como norma de determinación, por lo que, a diferencia de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, pienso que la denominada «norma de valoración» no podría ser entendida como una norma; segundo, que, a diferencia de lo sostenido por la doctrina mayoritaria, en la investigación se defiende la idea de que la teoría del delito debe edificarse sobre la base de una necesaria distinción entre antijuridicidad y antinormatividad, pues de lo contrario el resultado no podría integrar el injusto penal y el conocimiento de la norma sería un presupuesto para la antijuridicidad; tercero, que la teoría de los elementos negativos del tipo, si bien necesita ser repensada en términos normativos, constituye la mejor alternativa dogmática para la comprensión de la relación entre las circunstancias fundamentadoras y las circunstancias excluyentes de la lesividad, generando resultados satisfactorios en términos normológicos, valorativos, sistemáticos y prácticos; y, cuarto, que la teoría de la intervención delictiva y los

* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho penal por la Universidad de León (España).

necesarios presupuestos sobre los que se sostiene (a saber, el concepto restrictivo de autor y el principio de accesoriedad de la participación), deben ser entendidas bajo un concepto de injusto penal coherente con la idea de la norma jurídico-penal como norma de determinación.

I

Con respecto al primer asunto, la doctrina mayoritaria admite la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad –una distinción considerada como esencial e irrenunciable¹– y considera que, en la base del primero de aquellos elementos, se erige tanto una norma de valoración como una norma de determinación². Esto se encuentra estrechamente vinculado a la idea de que el injusto penal debe ser entendido desde una perspectiva dualista, esto es, que debe estar edificado sobre la base de los conceptos de «desvalor de acción» y «desvalor del resultado»³. Siendo esto así, mientras la norma de determinación resultaría de utilidad para fundamentar la inclusión del dolo en el tipo de injusto (ya que la norma de determinación se dirige a la voluntad humana, diciéndole al sujeto lo que debe y no debe hacer), la norma de valoración ostentaría una función relevante para la comprensión de la lesividad del hecho (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). Sin embargo, considero que la idea de la existencia de una «norma de valoración» no es correcta, ya que si por norma se entiende un instrumento de carácter prescriptivo, orientado a la dirección de conductas de los individuos, entonces una «norma» no podría limitarse únicamente a valorar, ya que valorar no es todavía normar. Con esto, sin embargo, debe quedar claro que no desconozco la existencia de una valoración como proceso previo y necesario para

¹ Esta es la opinión mayoritaria en la ciencia penal alemana. Véase, por ejemplo, SCHÜNEMANN, Bernd, «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Edición española); Bernd SCHÜNEMANN y Jorge DE FIGUEIREDO DIAS (Coordinadores), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: José María Bosch, 1995, p. 205.

² Al respecto, entre otros, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducción de la 2ª Edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 323.

³ Véase, entre otros, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 182 y ss.

la consolidación del injusto: evidentemente el legislador debe valorar una determinada situación como positiva y a partir de ello emitir un mensaje prescriptivo dirigido a las personas, a efectos de que estas, con sus conductas en sociedad, mantengan ese estado de cosas valorado positivamente. Pero aquello está lejos de ser una norma. Si hasta el día de hoy se mantiene la idea de la norma de valoración como una norma, no es por su valor como teoría de la norma, sino porque aparentemente permite mantener algo que sí está justificado: la distinción entre el desvalor material del hecho y el reproche al autor por la infracción de la norma de deber que se le impone, esto es, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, y con ello, la posibilidad de imponer consecuencias jurídicas sobre hechos antijurídicos (las causas de justificación, la intervención delictiva o la responsabilidad civil)⁴.

II

Con respecto al segundo asunto, considero que si se estima como necesario distinguir conceptualmente entre antijuridicidad y culpabilidad en la teoría del delito, resulta congruente con tal decisión el desligar la antijuridicidad de la antinormatividad⁵. Aquí solo expondré dos razones que, evidentemente, necesitan una mayor profundización. Primero, que si se mantiene la equiparación entre antijuridicidad y antinormatividad, la efectiva producción del resultado –lesión o puesta en peligro del bien jurídico– no podría integrar el injusto penal (bajo la forma del desvalor del resultado). En efecto, si la norma de determinación se dirige a los ciudadanos a efectos de influir en su comportamiento, entonces lo único que la

⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona: José María Bosch, 2001, pp. 81 y ss.

⁵ Esta es la postura adoptada por BINDING en sus últimos trabajos y por MIR PUIG a partir del giro dado a su obra (a partir de la 4ª Edición de su Manual). La distinción entre antijuridicidad y antinormatividad, desde mi punto de vista, representa la alternativa más factible para salvaguardar el concepto de antijuridicidad no culpable y, por ende, para mantener la distinción entre las categorías dogmáticas de la antijuridicidad y culpabilidad. Sobre la evolución del pensamiento de BINDING, puede revisarse MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, pp. 245 – 258 y pp. 301 – 312. Para un análisis profundo sobre la evolución de la concepción del injusto penal en MIR PUIG, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Un sistema de Derecho penal en evolución», en: *RDPC*, 2ª Época, Nº 2, 1998, pp. 381 – 438.

referida norma podrá prohibir serían, precisamente, comportamientos. Entonces, si lo antijurídico es lo prohibido por la norma de determinación, sólo podrán ser antijurídicas las conductas pero no los resultados producidos por ellas. Esto, consecuentemente, debería conducir a la aceptación de una concepción monista del injusto penal (basada únicamente en el desvalor de acción), que no considero aceptable. Segundo, si se mantiene la equiparación entre antijuridicidad y antinormatividad, habría que exigir, como condición de la antijuridicidad, la posibilidad de conocimiento de la norma por parte del individuo; en ese sentido, solo podrían cometer hechos antijurídicos aquellos que puedan conocer la norma. Este argumento parte de la idea de que la norma de determinación, al expresar un mensaje prescriptivo, solo podría dirigirse a individuos que puedan recibirlo –por ello, carecería de sentido que la norma se dirija a quienes no cumplan con tales características, como aquellos incapaces de recibir un mensaje prescriptivo en absoluto (como los niños y los oligofrénicos profundos) así como aquellos que actúan en error de prohibición invencible⁶. Como es claro, aquí emerge el debate, desarrollado desde prácticamente el inicio de la dogmática penal moderna, referido a si la norma solo se dirige a quienes pueden motivarse por ella o se dirige a todos⁷.

⁶ Sobre estas cuestiones, con mayor amplitud, MIR PUIG, Santiago, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, Carlos María ROMEO CASABONA, Luis GARCIA MARTÍN, y Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 85 y ss.; EL MISMO, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos, Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE, Antonio CUERDA RIEZU, Margarita MARTINEZ ESCAMILLA y Rafael ALCÁZER GIRAÓ (Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1307 y ss.

⁷ Los argumentos de MERKEL (esencialmente, los expuestos en su obra *«Kriminalistische Abhandlungen»* de 1867), defensor de una concepción subjetiva de la antijuridicidad (en la que se afirmaba la inescindibilidad del injusto y la culpabilidad) fueron rebatidos por JHERING (*«Das Schuldmoment in römischen Privatrecht»*, del mismo año), defensor de una concepción objetiva de la antijuridicidad en el Derecho civil (que posteriormente fue introducida por VON LISZT en el Derecho penal, originándose así el concepto clásico de delito a inicios del siglo XX). De aquella polémica emanó la discusión posterior sobre el injusto que en un primer momento dio la razón a JHERING, hasta el punto de que el injusto objetivo dominó la ciencia penal durante años; aunque, posteriormente, se fue

III

Con respecto al tercer asunto, en la investigación se asumirán los postulados de la teoría de los elementos negativos del tipo. Al respecto, es preciso decir que el ámbito de análisis de esta teoría es bastante incierto hasta el día de hoy. No en vano, un autor tan importante como Arthur KAUFMANN señaló en su momento que la teoría de los elementos negativos del tipo era una de aquellas teorías que estaban destinadas a ser incomprendidas para siempre⁸. Lo cierto es que el desarrollo histórico-dogmático de la teoría de los elementos negativos del tipo ha sido muy accidentado y no ha estado exento de diversos avatares; y esto es precisamente lo que podría explicar que esta teoría se trate de una construcción doctrinal con muchas aristas, lo que consecuentemente dificulta una delimitación clara de sus contornos. Así, cuando se habla de esta teoría se puede hablar de un asunto sustancial como lo es el concepto de delito; de cuestiones metodológicas como la relación entre tipo y antijuridicidad; de cuestiones formales generales como la relación entre las normas permisivas y las normas prohibitivas o de mandato; de teoría general del derecho como la deliberación entre la forma de mayor corrección para la resolución de los conflictos entre normas; y sobre todo un asunto dogmático-estructural como es lo referido al contenido del dolo y el error, lo cual supone concretar una idea sobre el tratamiento del error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación (como error⁹ de tipo o como error de prohibición)⁹. Sobre todos estos asuntos me pronunciaré extensamente en el desarrollo de la tesis doctoral.

Aquí solo puedo limitarme a decir que, a mi juicio, la teoría de los elementos negativos del tipo constituye la mejor alternativa

apartando de esta solución (sin aceptar expresamente la tesis de MERKEL, pero sí reconociendo de manera implícita el fondo de su argumentación). Una interesantísima exposición histórica puede encontrarse en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad*, pp. 117 y ss.

⁸ KAUFMANN, Arthur, «Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen», en: *JZ* 1954, P. 653.

⁹ Al respecto, WILENMANN, Javier, «Injusto, justificación e imputación. La teoría de la antijuridicidad en la dogmática penal», en: MAÑALICH, Juan Pablo (Coordinador), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo: B de F, 2013, pp. 99 y ss.

dogmática para la comprensión de la relación entre las circunstancias fundamentadoras y las circunstancias excluyentes de la lesividad, generando resultados satisfactorios en términos normológicos, valorativos, sistemáticos y prácticos. En términos normológicos, porque la teoría de los elementos negativos del tipo es la que mejor se vincula con la concepción de la norma como norma de determinación que se defenderá en la investigación. En términos valorativos, pues desde mi punto de vista no hay diferencia alguna en que un hecho no lesione bienes jurídicos o que los lesione para preservar otros de mayor importancia. En términos sistemáticos, pues con la teoría de los elementos negativos del tipo se puede superar la confusa exposición tripartita, en la que se concluye que un mismo hecho puede estar prohibido y a la vez permitido. En términos prácticos, pues el error sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación es esencialmente igual a cualquier error sobre elementos fundamentadores de la lesividad¹⁰.

IV

Con respecto al último asunto, la teoría de la intervención delictiva es un tema que se encuentra estrechamente asociado con lo referido a la determinación del injusto penal. Así, la distinción entre autores y partícipes supone, como contrapartida, el establecimiento de los fundamentos materiales de la responsabilidad penal de cada uno de ellos por lo que cada uno de ellos haya hecho. Desde la perspectiva mayoritaria de la concepción de antijuridicidad como antinormatividad, a mi juicio, se tiene el siguiente escenario: si el autor con su hecho infringe la norma y otros sólo le inducen (instigador) o le ayudan (cooperador necesario, cómplice), y estos otros también son sancionados penalmente —es decir, su contribución fundamenta un injusto, su propio injusto—, debería haber también una norma infringida por cada uno que solo participa. Analizar la certeza de esta afirmación y, sobre todo, verificar cómo podría reformarse si se tiene como punto de partida la distinción entre antijuridicidad y antinormatividad, será algo que analizaré en la tesis doctoral. En la investigación asumiré como punto de partida la fundamentación material de la autoría desarrollada por LUZÓN PEÑA y por DÍAZ Y

¹⁰ Sobre estos asuntos, con amplitud, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, p. 663, nota 95.

GARCÍA CONLLEDO¹¹, de la que surgen interesantes cuestiones afines al tema de la investigación. Primero, se analizará si existen dos distintas normas tomando en cuenta a quienes se dirigen: una norma dirigida al autor (subyacente a los tipos de autoría) y una norma dirigida a los partícipes (subyacente a los tipos de participación y que fundamenta la antes mencionada extensión de la punibilidad)¹². En caso esta inquietud sea respondida de manera afirmativa, entiendo que aquellas normas deben ostentar las características que hasta este momento he intentado reconocer: que son normas de determinación, dirigidas a los ciudadanos para regular sus conductas. En vinculación a ello, y esto en segundo lugar, intuitivamente podría señalar que el reconocimiento de un determinado grado de «perentoriedad» o «urgencia» en la prohibición –ideas emanadas de la fundamentación material de la autoría de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO– tiene como contrapartida, a mi juicio, una valoración de la lesividad que entraña cada una de las conductas delictivas (mayor gravedad en la autoría, menor gravedad en la participación); esto puede resultar interesante pues se tendría que determinar criterios cualitativos para realizar estos distintos grados de valoración.

Por otro lado, la adopción de un concepto restrictivo de autor – que es el que se asume en la tesis doctoral– permite, a primera vista, considerar que los partícipes serán aquellos que no realizan el hecho típico (el que puede ser cometido solo por los autores). Así, se puede decir que hay una suerte de «definición negativa» de la participación con respecto a la autoría, siendo aquella (la participación) una extensión de la punibilidad¹³. Ahora bien, a pesar de todo esto, aún no

¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona: PPU, 1991, pp. 407 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá de Henares*, año 1998 – 1999, Vol. VIII, pp. 53 y ss.

¹² Este asunto fue planteado por SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y desvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 652.

¹³ Entre otros, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 329 y ss; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer delito*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 41 y ss; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Madrid: Akal, 1996, pp. 107 y ss.

se ha dicho nada con respecto al fundamento de la punición del partícipe, esto es, no se ha respondido a la pregunta *¿por qué se debe sancionar a quien, sin ostentar la calidad de autor, contribuye a la realización del hecho punible?* Como es claro, el fundamento del injusto del autor es distinto al fundamento del injusto del partícipe, por lo que resulta necesario determinar el contenido de éste último (la necesaria identificación de las razones materiales con las cuales justificar tal extensión de punibilidad). La búsqueda del fundamento del injusto del partícipe se encuentra en relación con los alcances del castigo de aquellas conductas que, sin entenderse como realizadoras de un respectivo tipo penal, se encuentran en la periferia del mismo. En otras palabras, si bien es cierto existe una serie de conductas sobre las cuales se puede reconocer indudablemente un carácter delictivo (otorgar un arma para que otro cause la muerte de la víctima, por ejemplo) –a las que ROBLES PLANAS las denomina «núcleo duro» de las conductas de participación–, existen muchas inquietudes con respecto a aquellas manifestaciones que progresivamente se alejan de tal ámbito, al presentarse como conductas que, en principio, se entienden como «estandarizadas» (pago de una deuda, asesoramiento profesional, entre otras)¹⁴. En ese sentido, el fundamento del injusto del partícipe (o, en otras palabras, las razones por las cuales se legitima la ampliación de la punibilidad que supone la participación) determina, de manera proporcional, los límites de la imputación que sobre aquél recae. Estas cuestiones también serán abordadas en el desarrollo de la tesis doctoral.

Finalmente, si hay normas que se dirigen con mayor perentoriedad al autor que al partícipe –como proponen LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO–, resultaría interesante examinar los supuestos en los que el autor directo es un inimputable o se halla en error invencible de tipo o de prohibición y los partícipes actúan en condiciones de normalidad. En estos casos, si como he señalado al inicio, la norma de determinación no se dirigiría a quien actúa en error de prohibición invencible o al inimputable, entonces, a pesar de que estos puedan realizar una conducta antijurídica, sería interesante analizar si resulta posible mantener la idea de que la norma se dirige a ellos con mayor perentoriedad.

¹⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 119.

Soy consciente de que existen una serie de temas que no han sido mencionados (por ejemplo, la existencia o no de normas permisivas y si estas se encuentran sobre la base de las causas de justificación, o si es posible argumentar el nacimiento de deberes de tolerancia por parte del afectado por una conducta necesaria para la justificación). Pero estos temas y otros muy vinculados serán abordados en el desarrollo de la tesis doctoral.

La eventual responsabilidad del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria

Natalia Torres Cadavid*

Resumen: En la presente comunicación se exponen de manera sucinta las líneas básicas del trabajo de investigación doctoral que realizo bajo la dirección del Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo, catedrático de derecho penal de la universidad de león. El trabajo tiene como objeto la responsabilidad penal del asesor fiscal, tema relativamente poco estudiado en concreto en España y en otros países europeos y prácticamente inédito en mi país, Colombia, para el cual creo que mi tesis doctoral puede resultar también beneficiosa. Una vez adoptada una posición sobre los principales problemas del delito de defraudación tributaria (art. 305 CP), se profundiza e intenta dar solución a las más importantes cuestiones que la atribución de responsabilidad penal al asesor fiscal plantea y que se centran básicamente, aunque no sólo, en complejos problemas de autoría y participación (con especial relevancia de la figura del actuar por otro) y de error (de tipo y de prohibición), que además se relacionan entre sí y que en las siguientes líneas sólo pueden esbozarse. En cuanto a la metodología del trabajo, se intenta combinar el riguroso manejo de la dogmática jurídico-penal con continuas consideraciones de política criminal.

La investigación que propongo como tesis doctoral consiste en el análisis de las hipótesis de responsabilidad penal en las que puede incurrir el asesor jurídico tributario en el contexto de los problemas del delito de defraudación a la hacienda pública. Este delito está previsto en el artículo 305 del título xiv del libro ii del vigente código

*Doctoranda en Derecho en la Universidad de León. Correo electrónico: ntorrescadavid@gmail.com

penal, que agrupa los tipos penales contra la hacienda pública. Para la realización de los estudios de doctorado en la universidad de león me fue concedida una ayuda de formación de personal investigador (FPI) -que he disfrutado por 23 meses hasta ahora y que pronto se convertirá en contrato- por el ministerio de ciencia e innovación (hoy de economía y competitividad) español, con referencia BES-2011-047988, que se encuentra vinculada al proyecto de investigación “repensando el derecho penal: complejidad social y seguridad como retos de un derecho penal a la vez garantista y eficaz” del departamento de derecho público de la universidad de león también hoy financiado por el ministerio de economía y competitividad y con referencia DER2010-16558, del cual es investigador principal el director de mi tesis y tutor de la beca, Profesor Dr. Miguel Díaz y García Conlledo.

en las décadas recientes ha sido creciente el interés de la doctrina por el derecho penal económico y de empresa, lo cual se explica, al menos, por tres razones interconectadas: a) los rápidos y constantes cambios que se han producido en el entorno económico, que han propiciado, a su vez, b) la aparición de nuevas formas de criminalidad; y entonces, c) la inevitable respuesta del estado con la previsión de nuevas figuras delictivas y el ajuste de las reglas para la persecución. Como consecuencia de ello han surgido nuevos problemas asociados a la interpretación y aplicación de los delitos económicos que, muchas veces, implican el cuestionamiento de la eficacia de las categorías dogmáticas tradicionales (esto ocurre por ejemplo en relación con las dificultades de imputación de responsabilidad en el seno de estructuras jerarquizadas y con división funcional del trabajo, como es el caso de las organizaciones empresariales, para lo que aquí importa, pero también en las administraciones públicas y en los partidos políticos) y con ello, además, la amenaza, casi vulneración, de garantías penales básicas como los principios de responsabilidad personal y subjetiva (por ejemplo en el tema de la responsabilidad penal de personas jurídicas), de intervención mínima (con la criminalización de injustos de otros órdenes), de proporcionalidad y lesividad (acudiendo al aumento de penas como mecanismo por excelencia para la prevención, por ejemplo en materia de corrupción), de igualdad o proporcionalidad (por ejemplo cuando se busca simplificar la solución de problemas complejos, al buscar castigos indiferenciados de cuantos intervienen

en un crimen de empresa, desechando las construcciones más clásicas, pero más precisas sobre autoría y participación).

El delito fiscal forma parte del género del derecho penal económico, pero posee ciertas características particulares en razón de las complejas relaciones entre la administración tributaria y la jurisdicción penal, las cuáles no han encontrado una solución legislativa satisfactoria desde la introducción de esta figura delictiva (por la ley 50/1977, de 14 de noviembre, de medidas urgentes para la reforma fiscal, y a pesar de las múltiples reformas), pero que, al contrario, sí han suscitado interesantísimas discusiones científicas sobre diversos aspectos técnicos del tipo penal relacionados con la parte general del derecho penal, como la delimitación del bien jurídico, la posibilidad de la defraudación por omisión, la naturaleza dogmática del límite cuantitativo, el error, la diferencia entre la prescripción de la obligación tributaria y del delito, las etapas de ejecución y la delimitación del momento consumativo, el arrepentimiento activo y los problemas de autoría y participación, entre otros.

En este contexto, la tesis doctoral pretende aportar elementos de análisis y discusión de la parte especial del derecho penal, como resultado en concreto, de un examen crítico del delito fiscal; la intención es plantear nuevas preguntas y tratar de ofrecer alguna nueva perspectiva de análisis. Un estudio de estas características, además, proporciona la posibilidad de aplicar los conceptos y abordar los problemas de la teoría general del delito en un específico campo delimitado por la regulación jurídico-positiva y el principio de legalidad; todo esto con la idea de contribuir a un derecho penal más controlado, responsable de las garantías personales y respetuoso de los principios democráticos y liberales. Finalmente, me gustaría mencionar además que este trabajo puede tener cierta importancia adicional en el contexto colombiano, donde los desarrollos doctrinales en este ámbito son muy escasos, de manera que, además de contribuir a la discusión general sobre el tema, podría ofrecer una aportación relevante a mi país.

En cuanto al método científico utilizo principalmente el método dogmático, no obstante, intento equilibrar las consideraciones de la dogmática penal con otras de naturaleza político-criminal según los principios y garantías que considero no sólo deseables sino plenamente acordes con un estado de derecho como el español. Esta combinación permite realizar un estudio en el que se precisen las posibles interpretaciones de los preceptos atinentes al delito de defraudación tributaria y los supuestos de responsabilidad penal asociados a este, así como la comprobación de las consecuencias a las que se llega desde las distintas concepciones dogmáticas, teniendo como límite el principio de legalidad.

Con fundamento en lo mencionado, estoy trabajando de acuerdo con una metodología concreta o plan de trabajo diseñado en conjunto con mi director el Profesor Díaz Y García Conlledo (por supuesto provisional, siempre cambiable, bajo revisión y reformulación permanente) y al que me referiré muy brevemente.

En un momento inicial y a propósito del trabajo de fin de máster realicé 3 tareas: 1) la selección del tema y del problema de investigación, 2) la lectura de cierta bibliografía específica de los delitos contra la hacienda pública (se trabajó bastante bibliografía, en especial la más representativa en la materia), del derecho penal económico, además de los apartes de las obras generales de derecho penal -de parte especial y general-, 3) la identificación y el estudio preliminar de los problemas relativos a los delitos contra la hacienda pública y en particular de la responsabilidad penal del asesor fiscal (proceso que inició en febrero del 2012, momento en el que llegué a España y comencé el máster en asesoría jurídica de empresas de esta universidad). Esta primera etapa del doctorado fue muy interesante porque me permitió realizar un diagnóstico inicial del estado dogmático de la cuestión, hacerme una idea de la vasta bibliografía disponible en la materia y conseguir el acotamiento de los problemas de investigación que son presupuesto o están conexos a la responsabilidad penal del asesor fiscal.

Una vez defendido el trabajo de fin de máster en diciembre de 2012 y durante el transcurso de este año, he desarrollado 2 tareas principales: 1) la lectura de los manuales de parte general de autores como Luzón Peña, Jescheck, Welzel, Roxin, Mir Puig, Cerezo Mir Y Jakobs, y 2) el rastreo exhaustivo, recopilación y reseña de la

normatividad y bibliografía existente relacionada con el objeto de estudio, doctrina como jurisprudencia, tanto en el contexto jurídico-penal italiano (tarea que tuve la oportunidad de realizar durante una estancia de investigación de 3 meses en la Università Degli Studi Di Modena e Reggio Emilia, Italia, con los profesores Luigi Foffani y Massimo Donini) como español. Existe una pretensión de completitud en esta tarea de compilación bibliográfica, aunque soy consciente de los obstáculos que pueden presentarse especialmente en un tema del que se ha escrito tanto desde siempre y del que constantemente se publican artículos y monografías. De lo compilado he podido leer y resumir una buena parte. Es bueno señalar que el material bibliográfico correspondiente a la doctrina y jurisprudencia alemana comenzaré a recogerlo el próximo año, antes y durante una estancia de investigación programada de 4 meses en la Ludwig-Maximilians-Universität München, Alemania, con el profesor Bernd Schünemann. La doctrina y jurisprudencia extranjeras, con especial relevancia la italiana y alemana, se han ocupado de este tema de manera profunda y detallada, razón por la cual las referencias a ellas serán de indudable ayuda para la tesis doctoral, no sólo desde el punto de vista de un estudio de derecho comparado, sino también en el tratamiento de los diferentes tópicos que se abordarán.

En este momento me encuentro en un punto de transición. Con base en la bibliografía compilada y conforme a la estructura propuesta, también provisional, de la tesis, estoy trabajando en la elaboración de un plan detallado de estudio para los próximos años, que incluya un programa de lecturas, de escritura, revisión, corrección e imprevistos, conforme a los tres ejes principales de la tesis: 1) la justificación de la criminalización del delito fiscal y su correlación con los demás delitos de la llamada criminalidad económica; 2) los problemas de los delitos contra la hacienda pública; y finalmente 3) la responsabilidad, en particular, del asesor fiscal.

III

El objetivo principal del trabajo consiste en indagar los supuestos en los que el asesor jurídico tributario podría eventualmente responder por el delito de defraudación tributaria como consecuencia

de la actividad de asesoramiento que preste, principalmente, a una empresa, ya sea por conductas que perjudiquen a la empresa o por medio de otras que le resulten favorables a esta. Por razones de tiempo trataré de explicar brevemente algunos de los principales supuestos de cada caso.

El asesoramiento jurídico puede llevar a perjudicar a una empresa, y en especial, a su representante, al provocar en este un error que lo lleve a realizar el acto delictivo. El error podría ser de tipo, cuando la asesoría jurídica le impide al asesorado conocer algún elemento fáctico o normativo del tipo o le hace creer equivocadamente que en su actuar concurren los presupuestos de una causa de atipicidad o de justificación. Esto ocurriría, por ejemplo, en el caso en que el representante asesorado le haya entendido a su asesor que determinado contrato no genera tributación y por lo tanto no tiene una deuda con la hacienda, error que de ser objetivamente invencible excluiría el dolo y la imprudencia en la actuación de cualquier representante de empresa cuidadoso y diligente que no esté frente a ningún motivo objetivo para sospechar acerca de la veracidad de la información fáctica o jurídica que le ha dado el asesor; o que sólo excluiría el dolo, y no la imprudencia, de ser vencible, es decir en caso de que existieran datos sospechosos en las circunstancias que deberían impulsar a un representante de empresa cuidadoso y precavido a comprobar la veracidad de la información recibida del asesor (artículo 14.1 del código penal). Es preciso advertir que el delito de defraudación tributaria sólo puede cometerse dolosamente razón por la cual el asesorado que incurre en un error de tipo vencible no sería tampoco responsable penalmente.

El error en el que actúa el representante de la empresa podría ser también de prohibición, cuando la asesoría jurídica le hace creer equivocadamente que la conducta tributaria es lícita. En la mayoría de las ocasiones se trataría de un error subjetivamente invencible debido a que el representante no experto que ha sido asesorado por el profesional del derecho no podrá juzgar la claridad de la situación jurídica o la competencia del abogado, ni tiene por qué siquiera intuir que la información es falsa o al menos errónea. En estos casos, entonces, el error invencible excluiría la culpabilidad y el representante quedaría exento de la pena (artículo 14.3, inciso primero del código penal). No obstante, eventualmente, el error podrá ser vencible en los casos en que el representante de la empresa se

encuentre en alguno de los motivos que pueden fundamentar la necesidad de informarse más para aclarar la situación jurídica (no es posible realizar aquí una explicación pormenorizada de los problemas, discusiones y alternativas a propósito de este tema) y no lo haga suficientemente, pueda sospechar, de alguna manera, que la información recibida no es correcta, y entonces, como efecto, se atenúe la pena (atenuación obligatoria, pena inferior en uno a dos grados conforme el inciso segundo del artículo 14.3 del código penal).

Ahora bien, el error en el asesoramiento (de tipo o de prohibición) podría ser, primero, consecuencia de una información equivocada recibida del asesor con dolo de provocar precisamente el error en el representante. Caso en el cual el asesor podría responder en calidad de partícipe o de autor mediato (debiendo acudir a la figura del actuar por otro) por el delito de defraudación tributaria, y en concurso, en calidad de autor, del delito de deslealtad profesional dolosa del artículo 467.2 del código penal.

No obstante, el error en el asesoramiento podría provenir también del error en el mismo asesor. Este supuesto ocurriría cuando sea, por ejemplo, un asesor inexperto el que da el consejo, aunque podría decirse que este caso sería en principio algo improbable debido precisamente a la condición de profesional en la asesoría tributaria del asesor. Sin embargo, de ocurrir esta hipótesis, no habrá responsabilidad penal (no entro en si de otro orden) del asesor, sobre todo porque no se castiga en ningún caso la comisión imprudente del delito del artículo 305 del código penal.

Tercero, una información recibida bajo la advertencia que la conducta es dudosa pero que, en opinión del asesor, es lícita, pero que luego conlleva la comisión de la defraudación típica por la ejecución defectuosa del representante. Hipótesis que podría ocurrir fácilmente de acuerdo a la complejidad propia del derecho fiscal y a las distintas interpretaciones que pueden hacerse de él, todo lo cual podría simplemente crear un estado de error en el asesoramiento. En este caso, entonces, se entiende que el asesoramiento no induce a error al cliente si este ha recibido todas las posibilidades interpretativas en la teoría y en la práctica de una cuestión controvertida e interpretable; razón por la cual el asesor sería objetivamente diligente y no se generaría ninguna responsabilidad penal para él.

Otro supuesto en el que el asesor jurídico puede ser responsable del delito de defraudación tributaria es cuando, al realizar el asesoramiento, ejecuta alguna conducta dirigida al favorecimiento de la comisión del delito de la empresa. Este supuesto ocurriría en el caso, por ejemplo, en el que el asesor suministra información al cliente sobre aspectos técnicos de su declaración y sobre las consecuencias desfavorables que pueden acarrear ciertas imprecisiones en la misma, pero con el conocimiento de que dicha información proporcionada, aunque objetivamente pueda considerarse dentro del ámbito de las facultades propias del ejercicio legítimo de la profesión, y por tanto neutral –porque simplemente consiste en una explicación de la normativa tributaria-, será utilizada por el obligado tributario para defraudar a la hacienda pública. Así, en este caso, el asesor jurídico tributario podría responder, dependiendo del grado de participación, como inductor, cooperador necesario o cómplice.

Esto es todo, muchas gracias.

Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal del profesional sanitario. Especial atención al ámbito de la cirugía

Pablo López Robles*

Resumen: La pretensión de esta investigación es analizar la responsabilidad y circunstancias jurídicas con relevancia penal que pueden afectar al profesional de la sanidad en el desarrollo de su actividad. El estudio parte del presupuesto consistente en que la actividad del profesional sanitario se desenvuelve en el ámbito de un centro u organización público y/o privado y que la relevancia penal de su actividad se ve influida por aspectos tales como la distribución del trabajo en equipo y el principio de confianza entre profesionales. Doctrina y jurisprudencia se cuestionan también la repercusión de las normas deontológicas, científicas (protocolos) y organizativas en la determinación de la responsabilidad penal del profesional sanitario. Se abordan cuestiones como el consentimiento informado mediante el cual el paciente acepta su sometimiento a un tratamiento, el trabajo en equipo, el principio de confianza y la imprudencia penal, incidiendo todas ellas en la determinación del grado de la responsabilidad del profesional médico-quirúrgico.

I. Cuestiones introductorias

El ejercicio de la profesión sanitaria no es un servicio monopolístico en manos del sector público, sino que también es, y cada vez más, ejercida por el sector privado, fundamentándose en dos principios constitucionales básicos, el de participación y el derecho a la libertad de empresa. Existen para ello, dos modelos de participación

* Estudiante de postgrado en la Universidad de León. Correo electrónico: pabroleon89@hotmail.com

privada en la prestación de este servicio: aquél en que el sector privado desarrolla funciones en el sector público y aquél que deriva de la propia iniciativa privada. Nos encontramos con un sistema mixto de participación privada cuando, a través del sistema de concesiones de la Administración Pública, se da una relación de trabajo del sector privado en el organigrama del sector público dando lugar a ciertas instituciones como pueden ser las llamadas fundaciones. Este modelo de iniciativa privada, en el desarrollo de la actividad sanitaria, supone la creación de centros hospitalarios que siguen en muchas ocasiones la estructura de empresas. Una vez delimitado el espacio de trabajo de estos profesionales donde llevan a cabo sus funciones, cabe hacer referencia al primer aspecto que incide en la determinación de su posible responsabilidad penal.

II.- El consentimiento informado

El origen de la regulación de los derechos del paciente y dentro de ellos, el consentimiento informado, se sitúa en la década de los cuarenta del pasado siglo y responde a la necesidad de impedir que se pudieran repetir los abusos cometidos durante la II Guerra Mundial respecto a la experimentación en seres humanos (TARODO, 2005: 97). La regulación en el derecho continental de los derechos del usuario de los servicios sanitarios ha sido mucho más lenta y tardía que el desarrollo angloamericano de la doctrina jurisprudencial del “*informed consent*” (TARODO, 2006). En derecho español, no existen normas con rango de ley que hayan regulado específicamente los derechos del usuario de los servicios sanitarios sino que todas las normas al respecto son posteriores a la Constitución de 1978. Esta ausencia de normas con rango de ley se debe fundamentalmente a dos motivos: en primer lugar, la idea de autosuficiencia del individuo para atender sus problemas de salud quedando la intervención pública limitada a aquellos aspectos sanitarios que pudieran afectar a la colectividad considerada como conjunto y, en segundo lugar, la absoluta primacía del principio de beneficencia en las relaciones entre médico y paciente (TARODO, 2005: 104-109).

Con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa del Convenio de Oviedo firmado el 4 de abril de 1997 y la Ley 41/2002 básica reguladora de los derechos del paciente, amparado en el modelo de beneficencia, muy arraigado en nuestro país, usualmente era el

médico el que tomaba la decisión de qué tratamiento se iba a seguir durante la curación del enfermo de tal manera que él era el único responsable de los resultados de dicho tratamiento. Pero tras la entrada en vigor de dicha normativa, es el paciente el que pasa a decidir entre los distintos tratamientos disponibles, y ello conlleva una consecuencia importante: la responsabilidad pasa a ser compartida, es decir, ya no recaerá exclusivamente sobre el médico, salvo que éste actúe dolosa o negligentemente. No significa esto que la responsabilidad del profesional de la sanidad sea menor, sino que surgen otro tipo de deberes para el médico como es el deber de informar al paciente de forma clara, sencilla y adecuada a su capacidad de comprensión. De ahí la expresión de “consentimiento informado”. El médico deberá respetar el consentimiento y la voluntad del paciente, incurriendo en caso contrario en los delitos de lesiones y coacciones. Ya con anterioridad existían construcciones penalistas que apuntaban en esta dirección, pero no cabe duda, que la entrada en vigor de la nueva normativa, ha tenido repercusión -en unos casos matizando, en otros desplazando- en la responsabilidad del profesional de la sanidad.

Al médico le corresponde suministrar al paciente la información adecuada sobre su estado para que éste pueda tomar sus decisiones con libertad en el ámbito de su propia salud y pueda actuar conscientemente aceptando o rechazando las diferentes opciones terapéuticas que le son ofrecidas por los profesionales sanitarios, que no pueden interferir en los planes de vida del paciente ni, mucho menos, en su escala de preferencias valorativas, ya que éstas constituyen el núcleo de su libertad de actuar y de su autonomía, reconocida incluso como derecho fundamental (GUÉREZ, 2012:158). Debe de quedar bien delimitada una función informadora a los pacientes, de tal forma que no se vulnere ningún derecho fundamental y se les ofrezcan todas las opciones posibles a la hora de llevar a cabo el tratamiento curativo a seguir. De igual manera deben prestar atención a los elementos que delimitan este consentimiento, como por ejemplo, el momento en que ha de prestarse el consentimiento o cómo ha de prestarse.

La persona que debe consentir es el paciente, teniendo en cuenta que sólo aquel es titular de ese derecho. La validez del consentimiento estará condicionada a que el enfermo tenga capacidad natural de juicio y de discernimiento que le permita conocer el alcance del tratamiento

médico-quirúrgico al que se va a someter y, por lo tanto, a que pueda decidir consecuentemente (JORGE, 1990: 84). En caso de que el paciente sea menor de edad o padezca una anomalía psíquica, se permite el consentimiento por representación.

Por lo que se refiere a la capacidad para consentir en relación con una intervención médica quirúrgica, se ha constatado la aparición de un criterio general para la determinación de la capacidad que no está vinculado a la edad biológica, sino que lo decisivo es la capacidad de autodeterminación, lo que presupone una comprensión suficiente del significado de la intervención: el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente (JORGE, 1990: 84).

El consentimiento del paciente debe ser otorgado antes del tratamiento médico-quirúrgico y ha de subsistir cuando éste se lleve a cabo, es decir, ha de existir en el momento de realizarse la intervención quirúrgica. El consentimiento del paciente es temporal y revocable. Así, de acuerdo con el artículo 8.5 de la Ley 41/2002 básica reguladora de los derechos del paciente, todo paciente puede en cualquier momento revocar por escrito su consentimiento dado su carácter personalísimo. En mi opinión, un problema podría surgir si, por ejemplo, una vez que un paciente ha prestado su consentimiento para una intervención quirúrgica revoca su consentimiento una vez iniciada ésta. Si el médico no puede interrumpirla sin que comporte un daño para la salud del paciente, en estos casos el cirujano debería estar legitimado para concluir la operación y su comportamiento no podría calificarse de ilegítimo por estar amparado en un estado de necesidad no conllevando, por tanto, responsabilidad penal alguna.

Los elementos, presupuestos y límites del consentimiento plantean en la doctrina penal algunas cuestiones fundamentales como aquella del consentimiento y su posible relevancia en el delito de lesiones. Cabe destacar que, en las intervenciones quirúrgicas donde el paciente puede sufrir riesgos para su vida o menoscabos físicos, no es suficiente con un consentimiento con conocimiento mínimo, sino que

es necesario algo más, es decir, un consentimiento informado. Este consentimiento informado es indispensable para que opere a través de la eximente del artículo 20.7º del Código Penal (LUZÓN, 2012: 379): “están exentos de responsabilidad criminal: el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. Si en el supuesto concreto, además de actuarse sin el consentimiento del paciente, se causa un resultado lesivo, podemos encontrarnos ante dos delitos: uno contra la libertad, al no haber respetado el consentimiento del paciente, y otro contra la salud física o psíquica, al producirse un resultado lesivo, o de homicidio si lo que se produce es la muerte, conductas éstas que serán normalmente imprudentes (DURÁN, 2012: 58). A mi juicio, en ciertos casos el médico sí va a poder actuar sin el consentimiento del paciente sin que se derive ningún tipo de responsabilidad para éste, esto es, ante casos de riesgo inmediato para la salud física o psíquica del paciente, o ante la existencia de riesgo para la salud pública. Se trata de una cuestión muy controvertida, puesto que debemos atender al caso concreto, ya que si el médico actúa omitiendo el consentimiento del paciente y le causare alguna lesión, va a ser responsable tanto civil como penalmente de todas las lesiones causadas.

III. Trabajo en equipo y división del trabajo

El trabajo en equipo es un elemento determinante a la hora de calificar la responsabilidad médica, puesto que, la mayoría de las actividades llevadas a cabo tienen lugar fruto de un trabajo conjunto. Por ende, es importante destacar las distintas modalidades de trabajo que pueden surgir en el desarrollo de la *praxis* sanitaria y así poder delimitar la responsabilidad jurídica del profesional médico. El concepto de división del trabajo está referido a la actividad colectiva en la que varias personas colaboran para conseguir un objetivo común. En el campo sanitario, la realización de las actividades profesionales exige, por diversas razones, la participación conjunta de varios profesionales con un reparto de tareas, de manera que cada uno de los sujetos intervinientes tiene encomendada una función, es decir, un sector en el que centrar toda su atención (RODRÍGUEZ, 2012: 183). La plasmación legal del trabajo en equipo se encuentra en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, estableciendo en su artículo 9.1 que: “La atención sanitaria

integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas”.

La realización del trabajo en equipo es diversa según se contemple en dirección horizontal o vertical. Tanto una como otra se refiere el artículo 9.3 de la Ley 44/2003: “Cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de sus miembros, y de los principios de accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas”.

La división horizontal de funciones se refiere a supuestos en que la actuación de los distintos intervinientes tiene lugar en un plano de igualdad, siendo el modelo paradigmático el que media en las relaciones anestesista-cirujano (JORGE, 1990: 117, DEL CASTILLO, EN: GALLARDO, 2011: 269, entre otros). Cada uno de los intervinientes va a tener que confiar en la correcta realización de las funciones que desarrollan el resto de sujetos, por ello, el principio de confianza se configura como una regla básica. Si éste se admite es porque se trata de una exigencia mínima para permitir el correcto desarrollo de la división de funciones (GÓMEZ, 2008: 415). En las relaciones horizontales el cirujano, como regla general, no va a ser responsable por las negligencias cometidas por otro profesional (como por ejemplo un anestesista), pero ello no quiere decir que siempre vaya a estar exento de responsabilidad. Hay supuestos en los que sí puede responder tal y como refleja la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre, de 1990, en la cual se condena a un cirujano por acudir a una persona que solo tenía el título de Practicante y Ayudante Sanitario para que anestesiará al paciente.

Esto se materializa en la práctica en los centros sanitarios privados, en los que el cirujano es libre de elegir a los profesionales de su equipo. También podrá responder por las negligencias causadas por él mismo y no por actos del personal a su cargo cuando utilice, a modo de ejemplo, una técnica inadecuada y cause un daño.

La división vertical de funciones, en cambio, se refiere a una

relación jerárquica entre el personal sanitario interviniente y se caracteriza porque entre tal personal existe una relación de supra y subordinación. En este tipo de división, el modelo paradigmático de las relaciones de trabajo es el que surge entre el cirujano y el auxiliar técnico sanitario (ATS). Aquí, la responsabilidad del superior por las negligencias del otro participante es considerablemente más amplia que en los supuestos de relaciones horizontales. El superior debe cumplir con una serie de deberes: por un lado, deber de supervisión e instrucción y por otro, deber de vigilancia (JORGE, 1990: 162). Si el superior designa su colaborador va a responder por el nombramiento de una persona no cualificada. Si no designa su colaborador, lo esencial será informar y dar instrucciones al resto del personal puesto que ha de existir una presunción basada en el principio de confianza sin que tenga por ello que cerciorarse de las cualidades del personal denominado ATS. La posición de garantía del superior respecto al éxito del resultado determina que responda por las negligencias cometidas por éste a causa de una omisión de instrucción. Respecto al deber de vigilancia, baste decir que el alcance de este deber guarda una relación inversa con el principio de confianza; cuanto mayor sea la confianza que se deposita en el ayudante, menos será el deber de vigilancia que deberá desplegarse respecto a su actividad. Por tanto, el superior responderá por la omisión de su labor de vigilancia respecto a sus colaboradores inferiores a su cargo si éste sospecha acerca de la eventual incorrección de la actuación del inferior (GÓMEZ, EN: CAMAS, 2013: 59 Y 61).

IV. El principio de confianza

En toda actuación sanitaria, tanto en las relaciones de trabajo horizontales como en las verticales ya explicadas, está presente dicho principio que a su vez nos sirve para delimitar la responsabilidad penal del citado personal sanitario. El principio de confianza es enunciado por la doctrina penal de la siguiente forma: cada participante en una actividad puede y tiene que confiar en que la actuación del resto de los intervinientes será correcta. Sólo cuando existan motivos fundados para desconfiar de la actuación de terceros, deberá dejar de invocarse dicha presunción por el resto de los intervinientes (RODRÍGUEZ, 2012: 216).

Haciendo referencia al origen, el principio de confianza nace en

el ámbito del Derecho Penal de la circulación. En relación con la actividad médico-quirúrgica, implica que el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores (anestesiastas, ayudantes, ATS) se comportarán diligentemente, en tanto no concurren en el caso concreto circunstancias especiales, reconocibles, que le hagan pensar lo contrario (RODRÍGUEZ, 2012: 217, MARAVER, 2009: 38 SS.).

Este principio tiene importancia y sentido en la actividad médico-quirúrgica en cuanto evita la sobrecarga de trabajo del médico jefe del equipo; hace posible una mayor concentración en su contenido (empleo de la adecuada técnica quirúrgica) y proporciona la necesaria seguridad en la eficacia del trabajo en equipo. El médico tiene que poder confiar en la colaboración correcta de terceras personas. El mencionado principio, dentro de la actividad médico-quirúrgica tendrá un alcance condicionado por la modalidad de la división de trabajo (JORGE, 1990: 120). En la división horizontal no existe, en principio, un deber de vigilancia o control de un sujeto sobre otro, por ello, el principio de confianza despliega aquí toda su eficacia, exonerando de responsabilidad penal a un sujeto por la conducta de terceros, pero dicho valor, que en principio, dado el tipo de relación de trabajo que en este modelo se diseña, podría pensarse que es absoluto y no lo es. Su vigencia se mantiene hasta un límite (RODRÍGUEZ, 2012: 159 s.). En la división vertical, el cirujano no estará actuando en contra del deber de cuidado cuando confíe en que el personal sanitario auxiliar cumpla correctamente con las funciones para las que ha sido formado y oficialmente habilitado, salvo que circunstancias especiales del caso concreto le hagan poner en duda su calificación o capacidad, y permitan esperar una conducta incorrecta del auxiliar sanitario. Sólo cuando existan motivos fundados que le hagan dudar sobre el personal subordinado a él, el médico está obligado a cumplir con los correspondientes deberes de diligencia secundarios (de control, instrucción y vigilancia del personal sanitario auxiliar), pues de lo contrario el cirujano puede incurrir en responsabilidad penal por la conducta incorrecta de sus colaboradores (JORGE, 1990: 155, VILLACAMPA, 2003: 154, MARAVER, 2009: 105).

V. La imprudencia: infracción del deber de cuidado

La importancia que tiene la imprudencia en el ámbito sanitario se debe a que, el médico, actuando en el ejercicio de sus funciones

rara vez va a cometer un delito de forma dolosa sino que, generalmente, este tipo de delitos se cometen de forma imprudente y por ello, se hace necesario su análisis. A pesar de que exista esta imprudencia en la comisión de un delito por parte del cirujano, este no va a quedar impune salvo que esté amparado por una causa de justificación.

La imprudencia consiste en la producción de un resultado como consecuencia de la infracción del deber de cuidado exigible (DOMÍNGUEZ, EN: GALLARDO, 2011: 190). Conviene señalar en cuanto a la regulación en el Código Penal de la imprudencia, que éste sigue el sistema de *numerus clausus*, de manera que no existe un único artículo con las previsiones de la imprudencia sino que hay que ver en cada figura si está tipificada la modalidad comisiva imprudente, ya sea en su modalidad grave o leve. Relacionando la imprudencia grave con la imprudencia profesional, se puede decir que esta última está cualificada además por la ignorancia, la inhabilidad, la torpeza o la palmaria vulneración de las normas de la *lex artis*. Si el daño no se debe a ese desconocimiento profesional estaremos ante una imprudencia grave no profesional, sin imposición de la pena de inhabilitación especial (GRACIA/LABORDA, EN: DE LORENZO, 2000: 215).

Cuando hablamos del deber de cuidado en el campo de la Medicina, hacemos referencia a las reglas de cuidado que son conocidas generalmente como *lex artis*, que presentan características propias y peculiares debido al especial sector que regulan. La *lex artis* médica se define como el conjunto de reglas técnicas de cuidado de carácter general aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad médico-sanitaria (CORCOY, EN: ROMEO, 2012: 1042). En otras ocasiones se utiliza para referirse a reglas no escritas, fruto de la común experiencia. En mi opinión deberían diferenciarse dos planos: por un lado el descriptivo y por otro el penal. En el primero las normas éticas sí podrían formar parte de la *lex artis* pero de tal manera que nunca pudieran ser empleadas en el ámbito penal, ya que éstas no deberían servir para la imputación de una persona puesto que podría suponer, por ejemplo, una pena privativa de libertad únicamente teniendo en cuenta normas que no están tipificadas en ninguna normativa. Por ello, tras sopesar la valoración de la doctrina sobre este asunto, mi posición ha sido la de considerar que, en el plano penal, sólo deberían incluirse dentro del contenido de la *lex artis* las

llamadas reglas técnicas.

Estos han sido, por tanto, los cuatro aspectos jurídicos objeto de estudio que se han tenido en cuenta en relación con la responsabilidad penal del profesional sanitario, aunque, si bien es cierto, existen otros muchos que pueden influir a la hora de determinar dicha responsabilidad no siendo tratados en esta comunicación y que serán objeto de análisis en ulteriores publicaciones.

Bibliografía

Corcoy Bidasolo M., en: *Enciclopedia de Bioerecho y Bioética*, Romeo Casabona C. (dir), Comares, Granada, 2012.

Del Castillo Codes E., “La responsabilidad penal derivada del trabajo médico en equipo”, en: Gallardo Castillo M. (dir.), *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011.

Domínguez Izquierdo E., “La imprudencia médica y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión”, en: Gallardo Castillo M. (dir.), *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, 2011.

Durán Seco I. “La responsabilidad penal del profesional de la sanidad. Especial atención a matronas, ginecólogos y anestelistas en el ámbito del parto”, en: González De Zárate J./Álvarez Colomo C./De Los Ángeles De Dios M. (ed.), *Estrategia para implantación del parto normal. Cursos para matronas obstetras y anestesiólogos*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2012.

Gómez Rivero M., *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

Gómez Rivero M., “La responsabilidad penal del médico”, en: Camas Jimena M. (coord.), *Responsabilidad médica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

Guérez Tricarico P., *El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento el paciente*, Civitas, Pamplona, 2012.

Gracia González S./Laborda Calvo E., “Responsabilidad”, en: De Lorenzo Y Montero R. (coord.), *Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario*, Edicomplet, Madrid, 2000.

Jorge Barreiro A. *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990.

Luzón Peña D-M., *Lecciones de Derecho Penal parte general*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

Maraver Gómez M., *El principio de confianza en Derecho Penal*, Civitas, Pamplona, 2009.

Rodríguez Vázquez V., *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Tarodo Soria S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005.

-: “La doctrina del Consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, en *Revista Derecho y Salud*, vol.14, 2006, pp. 127-148.

Villacampa Estiarte C., *Responsabilidad Penal del Personal Sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2003.

El hecho de conexión del art. 31 bis 1 CP

Damián Jurado Cabezas*

Resumen: El autor analiza brevemente el hecho de conexión, previsto en el art. 31 bis 1 CP, el cual conforma el presupuesto, pero no el fundamento, de una eventual responsabilidad penal de la persona jurídica. Según la Exposición de Motivos de la LO 5/210, de 22 de junio, “*para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía*”. Concretamente, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 bis 1 CP la personas jurídicas podrán ser penalmente responsables en dos supuestos diferenciados: cuando sus administradores o representantes legales cometan uno de los hechos delictivos para los que se prevé la responsabilidad penal de la personas jurídica (párrafo primero), o cuando las personas sometidas a la autoridad de los anteriores cometan alguno de esos mismos delitos por no haber ejercido aquéllos el debido control sobre éstos (párrafo segundo).

La responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos cometidos por los administradores (primer párrafo del art. 31 bis CP).

Según la letra del precepto, dos cuestiones han de dilucidarse: quiénes son los sujetos activos de este primer hecho de conexión y cuáles son los requisitos que ha de reunir la conducta realizada por aquéllos.

Los sujetos activos de este primer hecho de conexión son los representantes legales y los administradores. A este respecto, hay que

* Becario de Colaboración/Master en Sistema Penal; Universidad de Cádiz; Correo electrónico: damien.jurado@uca.es

objetar, en primer lugar, la terminología empleada por el legislador. (Del Rosal Blasco, 2011:54)

En cuanto a la representación podemos definirla como aquella institución jurídica, por medio de la cual una persona –el representante– actúa en nombre de otra –el representado– de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último, nunca del representante. (Díez-Picazo y Ponce De León; Gullón Ballesteros, 2012:474) En el Derecho civil el concepto de representante legal invoca a aquella representación que se produce por mandato de la ley para suplir la falta o la limitación de la capacidad de obrar del sujeto: el defensor judicial de los bienes del desaparecido (art. 181 CC), el representante legal del declarado ausente (art. 184 CC), los padres que ejercen la patria potestad de los hijos (art. 154.2 CC), el tutor del menor o incapacitado (267 CC), etc. Y esta representación legal se contrapone a la llamada representación voluntaria que es la que se debe a la existencia de un previo poder de representación –apoderamiento– o a una posterior ratificación por parte del *dominus* (Díez-Picazo y Ponce De León; Gullón Ballesteros, 2012:474ss), esto es, es el propio interesado quien designa o acepta libremente a otra persona para que actúe como representante suyo.

En relación con las personas jurídicas y, en particular, en el ámbito de las sociedades mercantiles, se distingue también entre representación voluntaria y representación legal siendo ésta calificada como representación orgánica por corresponder a los miembros de los órganos de administración de la persona jurídica. Ciertamente, “*las sociedades mercantiles necesitan valerse de órganos con distintas esferas de competencia*”, entre los que se encuentra el órgano de administración de la sociedad, correspondiendo la facultad de representación de la misma a este órgano o a algunos de sus miembros si bien debe, en todo caso, tenerse en cuenta que “*la condición de administrador no comporta necesariamente la facultad de representar a la sociedad: pueden existir administradores con poder de representación y administradores que carezcan de él*”¹².

¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, 2011: 189ss

² Prueba de ello son, por ejemplo, el art. 129 Cco que dentro del articulado dedicado a las sociedades colectivas, establece que a falta de acuerdo la administración corresponderá a todos los socios; y el art. 233 LSC que establece que la

Por tanto, si con representación legal se quiere hacer referencia a aquella que es impuesta en virtud de disposición legal y ésta, en el caso de las sociedades mercantiles, hace referencia a los administradores a los que según la ley corresponda tal función, pudiera parecer que carece de sentido la expresa referencia al representante legal al quedar adsorbida por la de administrador que a continuación de aquélla se menciona.

Para evitar que esta previsión quede vacía de contenido, entiende DEL ROSAL BLASCO y, a riesgo de incurrir en una interpretación extensiva prohibida por el art. 4 CP, que “*cuando el Código Penal se refiere, en dicho precepto, a los representantes legales del ente colectivo, se está, en realidad, refiriendo a los representantes voluntarios que (...) también representan, dentro del ámbito del poder o de las facultades de representación que se les ha conferido, a la persona jurídica*”,³ a lo que debe añadirse que no sólo se está haciendo mención a dichos representantes voluntarios, sino también a aquellas personas que tengan atribuida la representación de las personas jurídicas que no revisten forma societaria o que, a pesar de ostentarla, no reciben el nombre de administradores “*evitándose así lagunas punitivas*”.⁴

Dicho lo cual, el concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas, debiendo entenderse por tal a “*quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo con las normas generales que rigen la respectiva modalidad societaria*” [STS 59/2007, de 26 de enero (RJ\2007\1587)], es decir, aquel que cumpliendo los requisitos exigidos por la correspondiente regulación de la forma que adopte la persona jurídica, forme parte de los órganos de administración de la misma. En igual sentido la STS 816/2006 de 26 de julio (RJ\2006\7317), reiterada en la más reciente STS 480/2009 de 22 de mayo (RJ\2010\662).

Se apunta por cierta doctrina, la posibilidad, de que tal representante legal o administrador de derecho sea otra persona

representación corresponde a los administradores en la forma prevista en los estatutos sin perjuicio de las reglas contenidas en dicho precepto.

³ DEL ROSAL BLASCO, 2001:55 y 56.

⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, 2011: 95.

jurídica (Fernández Teruelo, 2011:33)⁵. A este respecto, ha de traerse a colación el art. 143 del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (Fernández Teruelo, 2011:33) a cuyo tenor “*en caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo*”, siendo entonces esta persona física en la cual habrán de concurrir los requisitos exigidos por el art. 31 bis CP y sin que ello suponga la irresponsabilidad penal de la persona jurídica administrada si se dieran las condiciones requeridas para ello (Feijóo Sánchez, 2011:97; Bacigalupo Sagesse, 2011).

Mayores dificultades plantea el concepto de administrador de hecho que doctrina y jurisprudencia ya han tenido ocasión de desarrollar con motivo de la cláusula de transferencia de la responsabilidad del art. 31 CP y los delitos societarios. Así, la STS 59/2007 de 26 de enero (RJ\2007\1587), considera como administrador de hecho no sólo a “*aquél que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil*” sino también a “*quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y, concretando en él los poderes de un administrador de derecho*”, es decir, “*la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador*”⁶, siempre y cuando todo ello se lleve a cabo, “***de forma permanente y no sujeto a esferas superiores de aprobación o decisión***”. Los términos empleados por la STS 480/2009 de 22 de mayo (RJ\2010\662) para referirse al administrador de hecho son los de

⁵ quien sostiene que en los supuestos en los que el administrador sea otra sociedad, las exigencias legales habrá que entenderlas referidas a la persona del representante. En igual sentido, Feijóo Sánchez, 2011: 97.

⁶ Así, por ejemplo, en la STS 1027/2003 de 14 de julio (RJ\2003\6033) se considera coautores de un mismo delito contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social al administrador de hecho y de derecho.

“*quien de hecho manda o gobierna desde la sombra*”. En igual sentido, pero aún más ilustrativa si cabe, la STS 606/2010 de 25 de junio (RJ\2010\7169) en la que se sostiene que “*ni basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad*” y “*ni siquiera es necesario ser formalmente administrador para poder recibirla*”, lo que implica que “*también puede devenir intranets (sic), quien sea administrador de hecho*” al objeto de “*evitar la impunidad de quienes, eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo éstos, influyen decisivamente sobre los mismos*”. Se insiste también en esta última en la autonomía o independencia como condición *sine qua non* para recibir aquella consideración.

La actuación “*en nombre o por cuenta*” de la persona jurídica se refiere a la vinculación o relación con la actividad de la persona jurídica –giro o tráfico de la empresa– siendo, por tanto, necesario que el representante legal o administrador actúe en el marco de sus competencias. Quiero ello decir que tan sólo son susceptibles de generar responsabilidad penal los supuestos de *extralimitación material* que son aquellos en los que representantes o administradores cometen el delito en el ámbito de sus competencias o con ocasión del ejercicio de las mismas⁷ si bien vulnerando, en todo caso, el orden jurídico-penal pues, obviamente, “*la comisión de delitos no integra el ejercicio legítimo de ninguna función empresarial*”.⁸ Se trata, en definitiva, de que el representante o administrador de derecho, actuando como tal dentro de las funciones que le fueron otorgadas, dé lugar a alguno de los hechos en los que cabe la responsabilidad penal del ente. Ello implica la exclusión de aquellos supuestos en los que el representante o administrador comete un ilícito penal consecuencia de una actuación que no queda dentro del marco de sus competencias –*extralimitación formal*–, en cuyo caso tendrá lugar la irresponsabilidad de la persona jurídica sin perjuicio de la responsabilidad penal individual de la persona física infractora a la que pudiera haber lugar. Y ello porque, como señala Zugaldía Espinar

⁷ Feijóo Sánchez, 2011:98; De La Cuesta Arzamendi, 2011; Del Rosal Blasco, 2011:85ss; Dopico Gómez-Aller, 2010: 17-18; Gómez-Jara Díez, 2011:40.

⁸ Dopico Gómez-Aller, 2010: 18.

(2010:8), una acción de exceso no puede considerarse expresión del poder de la persona jurídica.

Por último, el término “*provecho*” ha de interpretarse en el sentido de que la persona física actúe en beneficio o utilidad de la persona jurídica, lo que excluye las actuaciones que supongan un perjuicio para la organización. Aquel beneficio o utilidad ha de ser entendido como “*una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho que conlleva la constatación de la idoneidad ex ante de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquélla*” lo que incluye tanto el beneficio actual o inmediato como el beneficio potencial y ello aunque, finalmente, no se produzca⁹. Por otra parte, no tiene por qué traducirse exclusivamente en la obtención de un beneficio económico o financiero que incremente las cuentas de la entidad sino que ha de ser interpretado de modo amplio, comprendiéndose también en el mismo una evitación o reducción de costes e, incluso, la obtención de cualquier otra circunstancia beneficiosa para la entidad (por ejemplo, evitar una inspección mediante un soborno); en puridad, cualquier circunstancia que facilite de algún modo el funcionamiento de la persona jurídica o la consecución de su objeto social. (Zugaldía Espinar, 2010:9) En todo caso, ese beneficio o utilidad que se reporta a la persona jurídica es compatible con el provecho propio que pudiera tener la persona física actuante siempre y cuando pudiera tener también reflejo en la persona jurídica. No se exige en este caso que el provecho esté funcionalmente relacionado con el giro de la empresa.

Por lo demás, cualquier modalidad delictiva de la persona física es relevante para generar la responsabilidad penal. Se incluyen, por tanto, las conductas de autoría –autoría directa, autoría mediata y coautoría– y también las de participación –inducción, cooperación necesaria y complicidad– así como los delitos consumados o en grado de tentativa. (Feijóo Sánchez, 2011: 91) Además, resulta evidente que no sólo cabe la comisión por acción sino también por omisión (Del Rosal Blasco, 2011: 65- 66), como evidente resulta también la admisión de la comisión dolosa o imprudente. Los actos preparatorios previstos en los arts. 17 y 18 CP –conspiración, proposición y

⁹ Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, de la Fiscalía General del Estado, ob. cit., página 43.

provocación— han de ser admitidos de igual modo (Gascón Inchausti, 2011: 91), siempre que sea posible en virtud de previsión expresa.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por hechos cometidos por los subordinados (según párrafo del 31 bis 1 CP).

En cuanto al concepto de sujeto activo, se acepta mayoritariamente una concepción amplia del mismo que comprenda a todo aquel que actúe bajo la dirección de los administradores y representantes de la persona jurídica y no sólo al que lo haga en virtud de un contrato laboral o mercantil (Dopico Gómez-Aller, 2010:19ss).

Por lo que hace a los requisitos de la conducta de estos subordinados, el precepto recoge algunas exigencias de análogo tenor a las del párrafo primero: “*en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas*”. No obstante, se contempla una exigencia *ex novo* consistente en que se haya cometido el delito “*por no haberse ejercido (...) el debido control*” por parte de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior (representantes y administradores) debiendo valorarse a tal efecto “*las concretas circunstancias del caso*”. Señálese tan sólo que este debido control se convierte en pieza fundamental del sistema (Dopico Gómez-Aller, 2010:20), ya que puede ser entendido como el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica siempre y cuando sea considerado como “*una conducta social de defecto de control u organización*” y no como “*omisión individual del deber de control por parte de las personas físicas correspondientes*”¹⁰. No obstante, pese a lo acertada que resulta esta consideración, se sostiene aquí que en lo que respecta a este segundo hecho de conexión ese debido control no se exige a la organización sino a las personas físicas de los representantes y/o administradores (Del Rosal Blasco, 2011: 90) a tenor de la propia letra del precepto.

En cuanto a qué queda incluido en este segundo hecho de conexión, ha de acudir de nuevo a Del Rosal Blasco, quien propone una interpretación por exclusión en tanto en cuanto no pueden quedar incluidos en este supuesto aquellas infracciones del deber de cuidado

¹⁰ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 26 de febrero de 2009, página 9.

que correspondan al administrador o representante porque esta situación ya queda integrada en el hecho de conexión del primer párrafo del art. 31 bis 1 CP –comisión por omisión–. (Del Rosal Blasco, 2011: 91) Siendo ello de este modo, considera este autor que se produce la infracción de ese deber de control por parte del administrador o representante “*cuando éste hubiera conocido los hechos (esto es, el riesgo o la certeza de comisión de un delito por parte del empleado o dependiente) y los hubiera podido remediar, sin necesidad de que las medidas correctoras fueran de la propia competencia*”. (Del Rosal Blasco, 2011: 91-92) Todo ello, se entiende, sin perjuicio, de la responsabilidad penal individual del ejecutor material del delito de que se trate (así, por ejemplo, STS 1538/2000 de 9 de octubre –RJ\2000\9958–)¹¹. Ese debido control habrá de valorarse teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso lo que exige considerar tanto las características de la persona jurídica (su tamaño o actividad, por ejemplo) como el delito concreto de que se trate (Feijóo Sánchez, 2011: 102) (así existe, en ciertos casos, normativa que pueden servir de guía como por ejemplo la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; en otro caso deberán servir de referencia las mejores prácticas existentes en el mercado). (Dopico Gómez-Aller, 2010: 20)

Sobre las demás circunstancias de la conducta delictiva, son de aplicación las mismas consideraciones efectuadas con motivo del análisis del primer hecho de conexión.

Bibliografía

Bacigalupo Sagesse, Silvina, “*Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)*”, Diario La Ley, n.º 7541, 5 de enero de 2011, año XXXII.

¹¹ Se quiere indicar con ello que, como señala Fernández Teruelo (2011:34), puede ocurrir que un mismo hecho pueda dar lugar a tres tipos de responsabilidades: la del subordinado que comete el hecho típico; la del representante o administrador que no lo ha controlado, pudiendo y debiendo hacerlo y la de la persona jurídica que será responsable por la falta de control sobre el aquel representante o administrador.

Del Rosal Blasco, Bernardo, “*La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, N° 1, del Código Penal*”, Cuadernos de Política Criminal, 2ª época, I, número 103, 2011.

De La Cuesta Arzamendi, José Luis, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español*”, Revue électronique de l’AIDP, 2011.

Díez-Picazo y Ponce De León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, en “*Sistema de Derecho Civil. Volumen I*”, Madrid, Tecnos, 2012.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo, “*Responsabilidad de personas jurídicas*”, en Ortiz De Urbina Gimeno, Iñigo, “*Reforma Penal 2010*”, Madrid, Memento Experto Francis Lefebvre, 2010.

Menéndez Menéndez, Aurelio y Rojo Fernández-Rio, Ángel (directores), “*Lecciones de Derecho Mercantil*”, Pamplona, Civitas, 2011.

Feijóo Sánchez, Bernardo, “*La responsabilidad penal de las personas Jurídicas*”, en

Díaz Maroto y Villarejo, Julio, “*Estudios sobre las reformas del Código Penal Operadas por la LO 5/2010 y la LO 3/2011*”, Cizur Menor (Navarra), Civitas Ediciones, 2011.

Fernández Teruelo, Javier, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español (una visión crítica)*”, Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 25, septiembre 2011.

Gascón Inchausti, Fernando, Ragués I Ballés, Ramón y Ortiz De Urbina Gimeno, Iñigo, “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en Ortiz De Urbina Gimeno, Iñigo (coordinador), “*Penal económico y de la Empresa*”, Madrid, Memento Práctico Francis Lefebvre, 2011.

Gómez-Jara Díez, Carlos, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*”, en La Ley 14962/2010.

Zugaldía Espinar, José Miguel, “*Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)*”, La Ley Penal, número 76, año VII, noviembre 2010.

Fundamentos, propuestas y desafíos para una nueva política criminal de drogas

Thereza Cristina Coitinho das Neves*

Resumen: Desde tiempos muy remotos, la sociedad se utiliza de las drogas, para los más diversos fines. Actualmente, existe en todo el mundo una gran problemática social alrededor de las drogas, en que pese algunas de ellas sean objeto de un control penal bastante estricto, por no decir bélico. En la medida en que las sustancias tachadas de ilícitas pasaron a ser no sólo un problema de salud pública, pero también – y principalmente – un “problema de derecho penal”, fueron creados, junto con la política prohibicionista, impactos sociales verdaderamente dañinos, a ejemplo de la corrupción política y policial, blanqueo de capitales, inestabilidad institucional, sobrecarga del sistema de justicia criminal, marginalización de los usuarios, bien como falta de incentivos públicos a políticas públicas de salud. El presente *paper* tratará de abordar, sucintamente, los motivos de ese fracaso, bien como las posibles alternativas vislumbradas como legítimas y eficaces en el control de la problemática de las drogas. Finalmente, se expondrá los desafíos que existen y continuarán a existir para la implementación de una nueva política y legislación en ese ámbito.

Introducción

La comunicación “Fundamentos, Propuestas y Desafíos para una nueva Política Criminal de Drogas”, presentada en el I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho, ocurrido en León-ES, en 29 de noviembre de 2013, es fruto de una tesis doctoral en andamio de la presente autora, que la desarrolla bajo la dirección de Fernando Pérez Álvarez, en la Universidad de Salamanca.

La investigación se justifica principalmente por la relevancia social del tema, una vez que el tráfico de estupefacientes es uno de los delitos más cometidos en el mundo, siendo responsable por aproximadamente un cuarto de la población carcelaria de diversos

* Universidad de Salamanca. Correo electrónico: teka248@hotmail.com

países. Además, dicha criminalidad trae con ella inúmeros costes sociales, siendo muy clara la tensión que existe entre el gobierno y los narcotraficantes, especialmente en los países latinoamericanos, donde muchas vidas se están exterminando en razón de una guerra fallida contra las drogas.

El sistema dominante actual de represión a las sustancias psicoactivas es, por lo tanto, ineficaz y verdaderamente dañino a la sociedad, violándose de forma rutinera derechos fundamentales. Surge, entonces, un interés de investigar cuáles son los equívocos de la política prohibicionista y de qué maneras se podría construir una política criminal verdaderamente eficaz y más legítima, esta última en el sentido de contemplar los derechos humanos envueltos en la problemática.

Las Drogas y el surgimiento del Prohibicionismo en cuanto mecanismo dominante de control

Como se sabe, el uso de drogas es una práctica social que existe “desde que el mundo es mundo”. Desde hace millares de años, el ser humano demanda por un consumo de diferentes sustancias, y eso para diferentes fines, sea en razón de tradiciones, como rituales culturales; para un uso medicinal; recreacional; para aumentar capacidades físicas; o, incluso, para sustentar una previa adicción.

Es importante decir, aún, que cada individuo tiene una relación única con cada droga, y que no todo uso puede ser considerado abuso (Olievenstein, 1985: 20). Sin embargo, sin llevar en cuenta toda la complejidad de la cuestión, a principios del siglo XX, los Estados Unidos empiezan a poner en práctica una política criminal con base en la prohibición penal de la producción, comercio y consumo de algunas sustancias psicoactivas, elegidas estrictamente según criterios de conveniencia política y económica (Olmo, 1989). A partir de la década de 60, fueron firmadas 3 convenciones internacionales en el seno de las naciones unidas, a través de las cuales la mayoría de los países se han obligado a combatir la problemática de las drogas a través del control penal.

En vista de eso, fueron creadas listas que determinaron las drogas que serían consideradas ilícitas y en los años 70, con los movimientos de contra cultura, y el uso abierto de diversas sustancias psicoactivas, el gobierno Nixon declara una verdadera “guerra a las drogas”, incentivando el uso de estrategias bélicas y mayor rigor

penal. En 88, entra en vigor la Convención de Viena, que reconoce el problema del tráfico de drogas como una delincuencia transnacional, viendo al traficante como un “enemigo global” (Olmo, 1981), para el cual habría que direccionarse una mayor cooperación internacional entre los países signatarios, previendo, aún, medidas procesales como el decomiso, y obligando a cada país la tipificación penal de determinadas conductas correlacionadas (Guzmán; Uprimny, 2010: 7).

Diez años después, en 1998, los países signatarios fueron convocados para un período especial de sesiones sobre el problema mundial de las drogas de la asamblea general de las Naciones Unidas (Barriuso, 2000: 139). En ese tiempo, la ONU ha presentado un plan que establecía la meta de diez años para lograrse “un mundo libre de drogas”, eliminándose la oferta y reduciéndose significativamente el uso de sustancias psicoactivas.

El fracaso del Prohibicionismo y los Costes Sociales

Ocurre que, como todos sabemos, de ese tiempo en adelante las drogas pasaron a ser cada vez más abundantes en nuestra sociedad, siendo el tráfico de drogas uno de los delitos más cometidos de la actualidad. La población carcelaria por delitos de drogas ha aumentado vertiginosamente, como podemos ver según los datos de Estados Unidos, Brasil y España. Los EUA, país de mayor población carcelaria del mundo, tienen un cuarto de ese montante representado por infractores de delitos de drogas (Drug War Facts, 2012). En España, más de la mitad de los presos están privados de libertad por delitos relacionados directa o indirectamente con drogas (Fundación Atenea, 2009). Y por último, Brasil, que tiene la cuarta mayor población carcelaria del mundo, posee casi un cuarto de infractores de delitos de drogas, figurando tales delitos como los más practicados después de los crímenes contra el patrimonio (Ministério da Justiça do Brasil, 2011).

En que pese esa altísima tasa de encarcelamiento, eso no quiere decir que la política actual es está siendo eficaz y la ley cumplida. Lo que ocurre es que los traficantes presos son fácilmente reemplazados por otros, seducidos por el dinero fácil y cierto proveniente del mercado negro de la droga (De Choiseul-Praslin, 1994: 33). Por otro lado, los usuarios no han dejado de demandar un producto que siempre ha sido consumido.

Además, ha habido una densificación en el ciclo de violencia con la producción de fuerte criminalidad subsidiaria; por ejemplo: comercio de armas, corrupción de agentes estatales, conflicto entre grupos (Carvalho, 2010: 56); y se generó un costo social, a saber, la victimización de grupos vulnerables, entre ellos consumidores, dependientes y vivientes en áreas de riesgo, bien como ha faltado incentivos económicos a políticas públicas de salud.

Siendo así, constatada la total falencia de la política prohibicionista, se pasa a buscar alternativas, y para eso hay que llevar en cuenta los errores de la estrategia todavía dominante en el mundo de la prohibición penal de las drogas, a fin de reducir los daños causados, y contemplar, además, los derechos humanos aquí violados.

Estrategias propuestas para una Nueva Política Criminal de Drogas

Se entiende que el primer paso que hay que tomar es la descriminalización del uso de drogas por muchos países, que aún consideran la conducta de posesión de drogas para consumo propio como delito, a ejemplo de Brasil. Los argumentos para ello son largamente conocidos, y no es por menos que España ya lo haya hecho desde hace más de veinte años – en 1992.

Según un Derecho Penal Mínimo, adecuado a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, es inadmisibles criminalizar una conducta que no tiene la debida lesividad a cualquier bien jurídico, no siendo la salud individual un bien legítimo, una vez que en el uso de drogas existe el consentimiento de lesión por el propio agente (Acale, 2002: 27). Tratase de conducta que permea meramente el ámbito de la moral, que no afecta directamente a terceros, habiendo que prevalecer la intimidad y vida privada del individuo (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2008). Está más que demostrado que la política direccionada a los usuarios debe limitarse al ámbito de la salud, y en el caso de su deterioro, el Estado tiene que ofrecer buenas políticas públicas de salud, eso para los que sean verdaderamente drogodependientes y busquen ayuda. Portugal es un buen ejemplo de país que ha descriminalizado hace 10 años el uso de todas las drogas y hoy cuenta con tratamientos eficaces, una vez que el usuario ha salido de la zona de marginalización y ha empezado a buscar ayuda. En ese país hay un sistema dentro del ámbito administrativo de encaminamiento a tratamiento de estos dependientes, y las drogas ya

no están entre los principales problemas del país según una encuesta respondida en 2010 por la sociedad portuguesa (Greenwald, 2009).

Pero descriminalizando el uso de drogas y ofertando políticas públicas de salud, todavía queda el gran problema del tráfico y todos los impactos negativos de un mercado negro de la droga, que, como vimos, no son pocos. ¿Cómo se puede, entonces, combatir el tráfico de estupefacientes? Se entiende que, como es verdaderamente imposible vivir en un mundo libre de drogas, una vez que estas hacen parte de la historia y cultura humana, la única respuesta que parece tener algún sentido consiste en admitir su comercio y regularlo, pero no exclusivamente en el ámbito penal, como ya vimos que no funciona. Siendo así, el segundo paso para una política criminal de drogas sería proceder a un modelo de legalización regulada; es decir, el estado podría ofrecer el producto a los consumidores, según reglas y fiscalización rígidas, sacando de las manos de los traficantes el negocio considerado por muchos como “el más rentable del siglo” (Uprimny, 2006: 35). Tratase de una lógica sobretodo económica – de que vale combatir la demanda, sin enfrentar la oferta? Una política de drogas que planea ser realmente eficaz tiene que llevar en cuenta estas dos vías de la cuestión.

La legalización regulada, en contrario a lo que muchos piensan, no consiste en liberalizar la droga, sino en normalizar una situación de verdadero caos creada por el prohibicionismo, que se ha utilizado de criterios moralistas conforme sus intereses político-económicos (Caballero, 2000). Es necesario que la legislación de drogas lleve en cuenta el potencial daño a la salud de cada sustancia psicoactiva, según criterios estrictamente científicos. De esa manera, se podría diseñar una política criminal realmente coherente y legítima en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Hoy ya tenemos algunas investigaciones científicas que traen a la luz algunas ideas de cómo regular dichas sustancias, pero todavía hay mucho que ser hecho, una vez que el prohibicionismo también ha impedido durante algunos años la posibilidad de investigar sobre las drogas consideradas ilícitas (Scientific American, 2014). Siendo así, todavía no puedo aquí decir cuáles son las sustancias que entiendo que deban ser comercializadas por el estado y cuáles serían las reglas para su acceso. Unas permitirían el uso recreativo, otras serían

exclusivamente para uso medicinal, o por ejemplo para tratamientos de reducción de daños para drogodependientes.

El sistema de legalización regulada propuesto tomaría por base el modelo uruguayo y de algunos estados de Estados Unidos, que están legalizando la marihuana, para uso medicinal y recreativo. La idea es que los usuarios puedan acceder a las sustancias a través de una tarjeta de identificación vinculada al Ministerio de la Salud, según la cantidad permitida por ley, y por un precio ponderado, que no imposibilite y tampoco incentive al uso de la droga.

De esa manera, en general, se libraría de la represión penal todas las fases de la economía de la droga – producción, uso y comercio – que pasan a ser reguladas a través de la vía administrativa y tributaria. El derecho penal sería periférico, sólo actuando en la medida de su real necesidad (Díez, 1993: 608), es decir, en el caso de puesta en peligro de bienes jurídicos relevantes, a saber: a) distribución de drogas por fuera de los canales legalizados; b) conductas en que el uso de las drogas podría ser nocivo a terceros, por ejemplo la conducción de automóviles bajo el efecto de sustancias psicoactivas; y c) la inducción o distribución de la droga a personas con la capacidad disminuida o inexistente, como los menores de edad o los toxicómanos en tratamiento.

Se cree que, poco a poco, se puede ir viendo en la práctica los defectos del modelo, para procederse a los debidos ajustes, a fin de lograr un mejor funcionamiento del sistema. Además, se entiende que la legalización debe ocurrir de forma escalonada (Manjón-Cabeza, 2012: 272), es decir, de sustancia a sustancia, empezando por la marihuana, como se probará ahora, por ejemplo. Eso no sólo por la debida cautela que se debe tener en relación a las consecuencias de la política, pero también, y principalmente, en razón de la barrera cultural que todavía existe alrededor del tema.

Algunos desafíos vislumbrados

Hacer con que la sociedad comprenda las premisas legalizadoras de forma racional y sin prejuicio, evitándose los extremos de la idolatría y de la demonización de la droga, constituye el primer desafío vislumbrado para la implementación de una nueva política criminal de drogas, basada en la legalización regulada. Eso queda todavía más difícil, llevándose en cuenta en papel moralista que el Prohibicionismo ha tenido, haciendo con que el tema de la droga sea

un verdadero tabú (Olmo, 1989) y que la gran mayoría de la sociedad esté en contra a la legalización. En Uruguay, sólo un 26% de la población se ha manifestado a favor de ese modelo (El País, 2012).

Otra cuestión bastante relevante a ser enfrentada tiene que ver con la internacionalización del control penal prohibicionista, lo que implica la previa denuncia de los tratados y convenciones internacionales a respecto del tema (Díez, 1993: 608). Inevitablemente, surge la pregunta: ¿cómo hacerlo dentro de tiempos en qué caminamos hacia una internacionalización del control penal y armonización legislativa?

Aún, hay quien hable de la falta de preparación y estructura para la implementación de un modelo como este, especialmente en los países latinoamericanos.

También es un reto la promoción de una buena educación, que sin duda es el punto clave para el desmantelamiento de la estrategia prohibicionista y para que la sociedad sepa lidiar con un nuevo paradigma.

Todo eso y además los cambios dogmáticos que serían engendrados con los tipos penales correlacionados, como por ejemplo la causa atenuante española del uso de drogas; de qué forma se aplicaría la retroactividad favorable; las repercusiones en el sistema penitenciario, la reincidencia internacional y una serie de otros retos que serán vislumbrados conforme el desarrollo de la investigación, todavía son cuestiones latentes, que exclaman con urgencia por respuestas, a fin de lograrse un total cambio de paradigma en el control de drogas.

Siendo así, se intentará, a través de la tesis en desarrollo, ofrecer sugerencias estratégicas para la aplicación de la legalización regulada, como una nueva política criminal de drogas, bien como contestar a posibles preguntas que surgirán a partir de la aplicación del modelo. De esa manera, se quiere reforzar el movimiento en pro de la legalización, el cual se trata, antes de todo, de una lucha por derechos humanos (Baratta, 1993: 35), mereciendo, por lo tanto, la debida atención y prioridad por parte de los gobiernos, en el siglo XXI.

Bibliografía

Acale Sánchez, María. *Salud Pública y Drogas Tóxicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

Baratta, Alessandro. “Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas” In Díez Ripollés, José Luís; Laurenzo Capello, Patricia (Coords.). *La actual política criminal de drogas: Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993.

Barriuso, Martín. “Las Naciones Unidas y la Política Internacional de Control de Drogas”. In Arana, Xabier; Márkez, Iñaki; Vega, Amando. *Drogas: Cambios sociales y legales ante el tercer milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.

Caballero, Francis; Bisiou, Yann. *Droit de la Drogue*. Paris: Dalloz, 2000.

Carvalho, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

De Choiseul-Praslin, Charles-Henri. “La microeconomía de la droga”. In Labrousse, Alain; Wallon, Alain (Dir.). *El planeta de las drogas*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1994.

Díez Ripollés, José Luís. “Alternativas A La Actual Legislación Sobre Drogas” In Díez Ripollés, José Luís; Laurenzo Capello, Patricia (Coords.). *La actual política criminal de drogas: Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993.

Drug War Facts. Disponible en: <http://www.drugwarfacts.org/cms/Prisons_and_Drugs#Federal-State>. Acceso en: 05/08/2012.

El País. *Cifra: el 64% están en contra de legalizar la marihuana*. Disponible en: <<http://historico.elpais.com.uy/121218/pnacio-682703/nacional/cifra-el-64-esta-en-contra-de-legalizar-la-marihuana/>>. Acceso: 13/05/2013.

Fundación Atenea. *Más de la mitad de los presos, en la cárcel por delitos relacionados con drogas*. Disponible en: <http://www.ateneagrupo.org/archivos/NdP_día_%20Merced_2009.pdf>. Acceso en: 08/08/2012.

Greenwald, Gleen. *Drug Decriminalization in Portugal: lessons for creating fair and successful drug policies*. Washington: Cato Institute, 2009.

Guzmán, Diana Esther; Uprimny Yepes, Rodrigo. “Políticas de Drogas y situación carcelaria en Colombia”. In *Sistemas sobrecargados – leyes de drogas y cárceles en América Latina*, Bogotá, 2010.

Manjón-Cabeza, Araceli. *La Solución*. Barcelona: Debate, 2012.

Ministério Da Justiça Do Brasil – Departamento Penitenciario Nacional. *Relatório de número de presos, dez 2011*. Disponible en: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acceso en: 08/08/2012.

Olievenstein, Claude. *La toxicomanía*. Madrid; Editorial Fundamentos, 1985.

Olmo, Rosa del. *América Latina y su Criminología*. México, D.F.: siglo XXI editores, 1981.

_____. *Drogas: distorsiones y realidades*. Buenos Aires: Revista Nueva Sociedad n. 102, ISSN: 0251-3552, 1989.

Scientific American. *End the ban on Psychoactive Drug Research*. Disponible en: <http://www.scientificamerican.com/article/end-the-ban-on-psychoactive-drug-research/?page=1>. Acceso en: 27/01/2014.

Tribunal De Justiça De São Paulo. Disponible en: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2712055&v1Captcha=qHvCq>. Acceso en: 30/01/2012.

Uprimny, Rodrigo. “Drogas, Derecho Y Democracia”. In Rujana Quintero, Miguel (comp.). *El fracaso de la política criminal oficial*, 2006.

Delitos de cuello blanco y pena privativa de libertad con especial referencia al delito de corrupción en Brasil

Letícia Vivianne Miranda Cury*

Resumen: El objetivo en este artículo es tratar brevemente qué entendemos por delitos de cuello blanco y las penas privativas de libertad que se les aplica, especialmente a una de las especies de delitos de cuello blanco más conocida : la corrupción. El estudio es parte de una investigación de doctorado que se realiza en la Universidad de Salamanca, en la cual se utilizan los estudios de la delincuencia de cuello blanco para delinear una política criminal de lucha contra la corrupción que una los controles formales e informales de la sociedad, que respete los límites y garantías de un Estado Democrático de Derecho, pero que no conceda a estos delincuentes singulares, por su posición y cargos de poder ocupados, ningún tipo de *benesse*.

Qué se entiende por delitos de cuello blanco y las características criminológicas de su autor

Muchos son los entendimientos a respecto de los delitos de cuello blanco. Lo cierto es que fue Sutherland, en 1939, quien utilizó la expresión por primera vez en una Conferencia de la Sociedad Americana de Sociología. La denominación fue construida bajo una perspectiva sociológica, pero luego se convirtió en referencia en el medio criminológico, hasta merecer la atención y el respeto de la comunidad jurídica internacional. Cuando hablamos en delitos de

* Máster en Corrupción y Estado de Derecho y en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Doctoranda por la misma Universidad. Correo electrónico: leticiavivianne@yahoo.com.br

cuello blanco, nos referimos a los delitos cometidos por personas de respeto y estatus social elevado en el ejercicio de sus funciones (SUTHERLAND, 2009:7). Este concepto cargado de ideología lo que quiero es denunciar que aunque muchos factores, entre ellos los medios de comunicación, nos quieran hacer creer que la delincuencia proviene de las clases sociales bajas, esto no es verdad. Y es más: la delincuencia cometida por altos funcionarios públicos, de entidades privadas, políticos y empresarios, es capaz de causar más daños que la conocida y estigmatizada delincuencia callejera, pues tiene sus víctimas diluidas en toda la sociedad y sus efectos son globales.

Lejos de querer hacer un análisis neolombrosiano, buscamos entender el perfil de los delincuentes de cuello blanco, utilizando estudios de la criminología, a fin de entender en qué ambiente esta delincuencia se desarrolla, qué medidas pueden ser tomadas a fin de, si no erradicar estas conductas, al menos ir haciéndolas desaparecer paulatinamente de nuestras sociedades. En este sentido, autores como Bajo y Bacigalupo, tomando por base los estudios de Mergen, explican que en este tipo de delincuencia se notan el materialismo, el egocentrismo y narcisismo, el dinamismo y la audacia, una peligrosidad acentuada, por no reconocer límites éticos y principalmente la falta de consciencia de culpabilidad.(BAJO Y BACIGALUPO, 2001:33-35). Esto pone en evidencia algo que nos interesa al momento de estudiar las penas u el difícil reto de crear una política criminal eficiente de combate a los delitos de corrupción: estos delincuentes tienen un estilo de vida privilegiado, no les falta nada, sus actuación es fruto de una avaricia desmedida y una total falta de consciencia de culpabilidad, ya que ven este tipo de comportamiento siendo cultivado en distintos nichos sociales: escuelas, empresas, administración pública en general, etc. Es decir, los delincuentes de cuello blanco, en la mayoría de las veces no son vistos como criminales, bien como tampoco se ven como tales, lo que dificulta todavía más políticas públicas de mejor percepción y reacción a este tipo de criminalidad.

Política criminal de control de la corrupción en Brasil

Brasil viene desempeñando un papel importante junto a la economía global, lo que le ha rendido mayor evidencia en el escenario mundial. Es innegable la mejoría de vida de sus ciudadanos, lo que no nos impide de decir que falta mucho para que podamos afirmar que el

país es de hecho una futura potencia, pues sectores como la salud y la educación todavía son su talón de Aquiles, y en gran parte, esto se debe a la gran cantidad de dinero que deja de ser invertida adecuadamente en estos ramos, por la corrupción.

Así, en un intento de frenar este fenómeno capaz de impedir y retardar el crecimiento de la nación, Brasil combate la corrupción desde diversos frentes: el administrativo, el civil y el penal. En la esfera civil y administrativa, tenemos la ley nº8.429/92 (Ley de Improbidad administrativa) que dispone sobre las sanciones aplicables a los agentes públicos en casos de enriquecimiento ilícito, de perjuicio causado a los cofres públicos o de atentado contra los principios vigentes en la Administración Pública. En el mismo sentido, está también la ley nº8.112/90 (Ley del servidor público), que existe como especie de normas de disciplina que rigen a los funcionarios públicos. La novedad en esa esfera, fue la Ley nº.12.846/2013 (Ley anticorrupción o de la Probidad empresarial). Esta ley fue un marco en la legislación del país, atendiendo a las exigencias de combate a la corrupción de la OCDE, pues prevé la responsabilidad civil y administrativa de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública nacional o extranjera. Aquí se llama la atención para la pena que se aplicará en caso de su incidencia: multa en el valor de un décimo por ciento, hasta el 20% de la ganancia bruta del último ejercicio, además de la publicación extraordinaria de la decisión condenatoria en los medios de comunicación.

En la esfera penal, en Brasil la sanción de los delitos contra la administración pública es muy amplia (art.312- 359-H del Código Penal), además de leyes esparcidas, como la Ley nº.9.613/1998 (Ley de Lavado de dinero). En este terreno, no podemos dejar de hablar del proyecto de ley recién aprobado el año de 2013, como fruto de los manifiestos populares que denunciaban a la corrupción que llegaba a niveles inadmisibles en el país, en el mes de junio. Hablamos del proyecto de ley nº.6.616/2009. Este proyecto recién aprobado y que entrará en vigor el año de 2014, transforma en atroces los delitos de corrupción, aumentándoles las penas y otorgándoles un tratamiento más riguroso, como la dificultad para progresión de régimen, imposibilidad de indulto, gracia o amnistía, bien como pagamiento de fianza, etc. Es decir: representó un cambio paradigmático en la manera de percibir y tratar el fenómeno de la corrupción en el país. Salimos de

una situación de casi apatía generalizada para un combate duro y riguroso.

Penas aplicadas a los delitos de corrupción en Brasil

En general los delitos de corrupción son punidos con penas de multa, inhabilitación profesional y penas privativas de libertad, que varían de dos a doce años. Las penas de multa son vistas por algunos como las mejores para estos casos de delincuencia, pues atinge el patrimonio del autor de los delitos. Para nosotros tal medida no debe ser aplicada jamás aisladamente, pues podría tornarse una especie de coste beneficio del negocio delictivo, lo que es inadmisiblesi lo que se quiere es frenar esta conducta. Además, pensamos que el valor a ser impuesto no debe ser fijo, sino conforme el margen de lucro auferido en la transacción ilegal, a fin de ser justo y prevenir próximas actitudes ilícitas. La pena de inhabilitación profesional también es vista por algunos autores como la más eficaz, por retirar del escenario del crimen al autor, impidiéndolo de continuar cometiendo el delito. Ocorre que para eludir esta penalidad existen los famosos testa hierro, con lo cual, esta no nos parece ser la pena más adecuada. Ahora bien, llegamos a la pena privativa de libertad. Ni todos están de acuerdo con su aplicación para los casos de cuello blanco, sea por juzgar que la misma no es necesaria para estos casos, porque los delitos de corrupción no contienen violencia, por ejemplo. Sea por la afirmación de que existirían otras ramas del Derecho capaces de punir estas conductas, como el Derecho Administrativo o sea por el hecho de que la prisión no resocializa.

Somos partidarios de un Derecho penal de ultima ratio, pero es innegable que si a los días de hoy existe una criminalidad que reclama la mano firme del Estado, esta es la criminalidad de cuello blanco, que alcanza los delitos económicos y la corrupción política, entre otros. Debemos, por lo tanto, cambiar el prisma de la cuestión, en vez de preguntarnos ¿Por qué aplicarles penas privativas de libertad?, la indagación debe ser: ¿Por qué no aplicarles las penas privativas de libertad?

Y antes de que este análisis pueda parecer un discurso retributivo, debemos aclarar ciertos puntos. En primer lugar, cuanto a la creencia de que estos casos son exentos de violencia. A que violencia nos referimos? No podemos pensar apenas en la física, ya que los corruptos son capaces de provocar un daño a la sociedad

superior a cualquier otra conducta del código penal, por impedir a millares de ciudadanos de tener una vida digna, con una educación adecuada, servicios de salud apropiados y un trabajo que posibilite vivir sin necesitar constantemente las ayudas del Gobierno, que lógicamente, también se ven obstaculizadas por las manos invisibles del sistema corrompido.

En lo que se refiere a la existencia de otras ramas del Derecho capaces de frenar la corrupción con mayor eficiencia, podemos decir que esto no quedó comprobado hasta el momento, ya que muchas son las leyes que regulan a través de las esferas administrativas y civiles la cuestión, pero ninguna logró éxito. Obviamente no podemos imaginar que la solución vendrá únicamente de la aplicación de penas privativas de libertad, pues estaríamos delegando al Derecho penal una función que no le corresponde: que es la de educar y concienciar a los ciudadanos. Por esa razón, creemos que un control efectivo vendrá entrelazado por la actuación conjunta de todas las esferas del Derecho, unido a la intervención de los medios de comunicación en la mejoría de la percepción de la corrupción por la sociedad. A esto le debemos agregar una sociedad más activa, que exija más transparencia a sus instituciones, que eduque en los núcleos familiares, en las escuelas, que no predique una exaltación sin límites al enriquecimiento por el mismo, sin preocupaciones sociales.

Volviendo a la aplicación de las penas privativas de libertad, a los que afirman que la pena de prisión no resocializa, les recordamos que no resocializa a nadie, y ni por eso la hemos extinguido de nuestros ordenamientos jurídicos. Es más, hay que ampliar el concepto de resocialización en estos casos: la resocialización para los delincuentes de cuello blanco, en nuestro punto de vista, significa que los delincuentes de cuello blanco se vean como tales, es decir, que dejen de verse como personas distintas a los ciudadanos de a pie. Que se concienticen que la ley está hecha para todos, razón por la cual, sus poses y poder no los librarán de la pena más dura del Código.

Conclusión

Es difícil tratar los delitos de corrupción como especie de delitos de cuello blanco, cuando no queda claro aún siquiera a que se refieren estas conductas. Por ese motivo, se debe invertir en investigaciones que busquen aclarar conceptos y permitir que la sociedad se informe mejor y sin mitos sobre este tipo de delincuencia capaz de quitar

legitimidad a un Estado, debilitar la democracia, lesionar a millares de ciudadanos que pierden la oportunidad de tener un trabajo digno, una escuela de calidad para sus hijos, unos hospitales en condiciones y tantos otros servicios esenciales que le son negados por la actuación nefasta de unos individuos que lesionan no solamente la Administración Pública en sí, sino la dignidad de los seres humanos que se ven desamparados, como fruto de estas conductas criminales.

Así, defendemos la actuación multidisciplinar de las esferas Civil, Administrativa y Penal del Derecho en la construcción de una política criminal eficiente de lucha contra la corrupción. Sin menospreciar el papel fundamental del control informal ejercido por las escuelas, familias y locales de trabajo. Sólo cuando seamos capaces de percibir la corrupción como un fenómeno que alcanza a todos y nos sintamos responsables por la protección del buen funcionamiento de la Administración Pública, podremos decir que estamos en el camino correcto hacia la erradicación de este mal que se tornó una epidemia. Es por esa razón, que defendemos la aplicación de las penas privativas de libertad conminadas con las de multa e inhabilitación profesional para este tipo de delincuencia, pues juzgamos que esta pena tiene buenos resultados tanto a nivel de prevención general, demostrando que el Estado está presente en la prevención y represión de todo tipo de delito, no sólo el cometido por los más desfavorecidos, como a nivel de prevención especial, concienciando a los delincuentes de cuello blanco que ellos no se diferencian a nadie, son iguales frente a la ley y en caso del cometimiento de crímenes de tamaña gravedad por sus efectos, serán punidos con los rigores de la ley.

Bibliografía

Sutherland, Edwin, H. *El delito de cuello blanco: versión completa*, B de F, Montevideo, 2009.

Bajo Fernández, Miguel; Bacigalupo, Silvina, *Derecho Penal Económico*, Centro de Estudios Ramón Araces, Madrid, 2001.

La pena de muerte en el cine: *Queridísimos verdugos*, un enfoque particular

María Victoria Álvarez Bujá*

Resumen: Existen muchos tópicos en torno a la temática de la pena de muerte en el cine. La mayoría de las películas abordan la pena de muerte desde la misma perspectiva (el error judicial, el castigo, la letal maquinaria o el papel eficaz o ineficaz de los abogados en la defensa del caso), sin embargo, *Queridísimos verdugos* resulta revolucionaria en este sentido, toda vez que se centra en la figura del verdugo, personaje frecuentemente olvidado. Ésta es la razón por la cual en el presente trabajo se intentan analizar no sólo la figura de tan controvertido personaje, sino también las singulares estrategias empleadas por el autor para mostrarnos la realidad social de la época del franquismo.

Introducción

Desde el nacimiento del cine hasta nuestra actualidad, el argumento de la pena de muerte ha sido una constante, tratándose desde distintas perspectivas y en distintos géneros y ello quizá, debido a la elevada carga de dramatismo que contiene este tema y a las candentes críticas sociales que ha suscitado desde siempre. Podríamos citar numerosas películas cuyo *leitmotiv* es la pena de muerte, destacando entre otras: *¡Quiero vivir!*, *El joven Lincoln*, *Sacco e Vanzetti* o la más reciente y española *Salvador Puig Antich*. Con todo, existe otra línea cinematográfica que tampoco podemos obviar, y es aquella en la que la pena de muerte no es el motivo central de la película, sino un elemento secundario de la misma, como sucede en *Testigo de cargo*. Asimismo, es harto frecuente que el argumento de las películas que comprenden esta temática pivoten alrededor de

* Alumna de Postgrado. Universidad de Vigo. Correo electrónico: viki_alv@hotmail.com

tópicos o clichés como: el error judicial, el fin retributivo entendido como una vuelta a la ley del talión o una defensa brillante o ineficaz, según los casos (Rivaya 2003: 11-16).

En este contexto, es donde se halla enmarcado *Queridísimos Verdugos*, film que va a configurar nuestro objeto de estudio, una de las obras maestras del cineasta Basilio Martín Patino, que pretende mostrarnos una realidad dura y desconocida perteneciente a la España del Franquismo, motivo por el cual, no sólo tuvo que ser rodada en la clandestinidad gracias a la ayuda de un equipo portugués, sino que también fue censurada desde 1973 (fecha en la que estaba previsto su estreno) hasta 1977 (dos años después de la muerte del dictador, Francisco Franco). Su particularidad radica en que si bien, a priori, podríamos considerar que la pena de muerte y lo que su existencia simboliza en el Régimen son el busilis de todo el documental, a posteriori, podemos percatarnos de que el nudo gordiano de la obra no es sino la perspectiva desde la que se enfoca el tratamiento de la pena capital, ya que en vez de utilizar los tópicos habituales, el director da un giro, situando como protagonistas a los sujetos más ignorados de todo el entramado que conlleva la instauración de la pena de muerte en un Estado, los verdugos.

Estructura de *Queridísimos verdugos*.

La estructura de la obra podría dividirse, a grosso modo, en cuatro partes fundamentales. La primera de ellas, se referiría a la vida y biografía de los tres verdugos protagonistas: Antonio López, Bernardo Bascuñana y Vicente Copete, contada por ellos mismos desde el prisma subjetivo de sus vivencias como tal. La segunda, sería aquella en la que se explica la historia, origen y funcionamiento del garrote, de la mano de los verdugos, el narrador y otros personajes. La tercera, se correspondería con la narración de los crímenes cometidos por los sujetos ajusticiados mediante garrote vil por nuestros tres protagonistas, entre los que destacan “La envenenadora de Valencia”, “Jarabo”, o “El Mosco”, entre otros. Esta parte se configura fundamentalmente a través de los duros testimonios de los verdugos y del resto de personajes entrevistados. La cuarta y última parte, sería la conformada por todas las entrevistas realizadas a distintos expertos (psiquiatras, jueces, abogados, funcionarios de prisiones, vecinos, etc.), que comentan sus experiencias y puntos de vista acerca de los casos de los ajusticiados y del sistema del garrote vil.

Estas partes no se perciben como tal y de forma separada en el documental, sino que el mismo se halla confeccionado por un conjunto de escenas y secuencias, todas ellas, encuadrables dentro de alguna de las partes señaladas. En definitiva, el director contrapuntea la historia de los verdugos con la historia de los condenados a muerte, permitiéndonos con ello, analizar la realidad del momento desde una óptica social y jurídica. Además, los pilares del documental no se sustentan solamente sobre estas partes, sino que hay dos elementos que tienen una relevancia primordial: de un lado, la voz *en off*, presente desde el inicio, cuyo papel radica en proporcionar una cierta ironía o inclusive, un tono de picaresca a la historia; y de otro lado, el conjunto de imágenes y dibujos escabrosos y sangrientos que se proyectan de manera intercalada y que denotan la existencia en la sociedad de crímenes atroces, junto con distintos recortes de prensa en los que aparecen primero, las noticias de la comisión de graves delitos y después, las noticias de la ejecución de sus autores. En suma, la obra en su conjunto viene a mostrar la dura y cruel realidad de una época que forma parte de nuestra historia y que durante mucho tiempo permaneció oculta.

La figura del verdugo. Similitudes y diferencias entre los verdugos de *El Verdugo* y *Queridísimos Verdugos*.

Los verdugos suelen aparecer como personajes secundarios que lo único que inspiran es desprecio, al ser tenidos por la ciudadanía en general como individuos despreciables y siniestros, lo que les convierte en los seres más olvidados de todo el entramado de la pena de muerte, razón por la cual, no suelen aparecer como personajes principales de la gran pantalla. Empero, la realidad dista mucho de esta concepción, pues al fin, los verdugos son una víctima más del sistema, instrumentalizados y manipulados por éste, clave que advierten Berlanga y Patino al situarlos como protagonistas de sus respectivas obras: *El verdugo* y *Queridísimos verdugos*, de las cuales haré, a continuación, una breve comparativa.

El Verdugo, obra realizada en 1963 y dirigida por Luis García Berlanga, trata la situación social existente en la época del franquismo desde una perspectiva crítica y con un ápice de ironía, propia de su realizador, quien pone el acento sobre el funcionamiento y las consecuencias de la pena capital a través de la frustración padecida por el protagonista, José Luis, un verdugo renegado de su profesión.

Aunque si bien, podemos observar similitudes entre los protagonistas de las dos obras, tales como su situación de pobreza y su humilde origen social, los cuales, no hacen sino confirmar el hecho de que el oficio de verdugo *“tenía una lacra social negativa. Los que lo solicitaban, salvo algún caso aislado, lo hacían más bien por necesidades económicas perentorias que por vocación”*(Ruiz Sanz, 2003: 22), a su vez, podemos contemplar claras diferencias entre los personajes de uno y otro film, siendo la más reseñable, el fenómeno de aceptación y resignación por parte de los protagonistas de *Queridísimos Verdugos* en lo que concierne a su profesión, dado que asumen su oficio como un modo de vida, incluso digno; mientras que José Luis, lo repudia y lo desprecia. Únicamente acepta ese cargo con la finalidad de mantener a su familia, renunciando así, a su libertad individual y personal y traicionando sus principios éticos y morales. En efecto, *“la conversión de José Luis en verdugo representa el fracaso absoluto del individuo frente a un sistema en el que de un modo u otro se insertan los demás personajes del filme”* (Maroto Laviada, 2003: 132).

Por su parte, el maestro Berlanga nos muestra unos personajes más entrañables y más románticos que Martín Patino. Los protagonistas de *Queridísimos Verdugos* son seres desarraigados, producto de una sociedad curtida en la pobreza y en la miseria, que vienen a reflejar con su testimonio e incluso con su propia apariencia, la sordidez de la realidad del momento. No obstante, el personaje más singular es Bernardo, verdugo de la Audiencia de Sevilla; pues mientras Antonio y Vicente, verdugos de la Audiencia de Madrid y de Barcelona respectivamente, son más vulgares y brutos, el primero es un hombre más elegante y refinado, mucho más culto que sus compañeros, de profundas creencias religiosas y que se encuentra envuelto por un gran misticismo.

En esta línea, Jorge Gracia Ibáñez compara las dos grandes obras con espejos, explicando que mientras uno sería el espejo deformante, el otro, sería el espejo a lo largo del camino. Así, nos dice que *“La ficción tragicómica que es “El verdugo” deforma la verdad y, al tiempo, la muestra en su esencia a través del filtro de lo berlanguiano que es una forma de esperpento genuinamente hispánica. El tratamiento documental de Queridísimos Verdugos, sin embargo, se dirige a la captación de una realidad en sí misma grotesca”* (Gracia Ibáñez, 2013: 136-137).

La forma de ser de todos y cada uno de los personajes de ambas obras obedece a la frustración que les produce su profesión, frustración que viene supremamente vinculada a la necesidad de los verdugos de aceptar su puesto como medio de vida, al suponer éste un salario y ciertos privilegios, como por ejemplo, poder acceder a un patronato de viviendas sociales, privilegios que ponen de relieve la instrumentalización a la que los verdugos se ven sometidos por parte del sistema¹. Al fin y a la postre, alguien debe ejecutar las sentencias de los jueces y magistrados, más al tratarse éste, de un oficio repugnante, sólo los ciudadanos más pobres y necesitados que carecen de recursos y oportunidades, aceptan desempeñarlo a cambio de conseguir una estabilidad para sí mismos y su familia. En este contexto, resulta curioso, como en *Queridísimos Verdugos*, el perfil de los condenados a muerte y el de los ejecutores de sentencias no difiere mucho. La propia voz *en off* nos dice que la historia de los verdugos es la de la marginación y la pobreza, historia que claramente puede intercalarse con la de sus víctimas, porque tanto unos como otros, pertenecen a bajos estratos sociales y cuentan con un grado de cultura ínfimo, prácticamente de analfabetismo.

Las desventajas y la instrumentalización de la profesión se perciben esencialmente en la actitud de los verdugos. En el caso de *El Verdugo*, José Luis vive amargado y sumido en la frustración; y en el caso de *Queridísimos Verdugos*, aún a pesar de que nuestros protagonistas parecen asumir su profesión, lo cierto es que aparecen continuamente rodeados de alcohol y tabaco y acostumbran a emborracharse antes de cada ejecución, lo que revela la tortura interior y personal que sufren.

Lamentablemente, todo lo que internamente les ocurre a nuestros verdugos no es sólo consecuencia de su oficio, sino también de haber ejercido el mismo en una época anterior y en el marco de un sistema dictatorial, en el que amén de existir la pena de muerte, ésta se hallaba configurada de un modo grotesco y decimonónico, sobre todo, al emplear como maquinaria letal, el garrote vil².

¹ En relación a los privilegios económicos que el Sistema les ofrecía a los verdugos, Mario Ruiz Sanz (2003:22-23) analiza la orden de 29 de septiembre de 1948 del Ministerio de Justicia.

² Pese a que los verdugos protagonistas de nuestro film intentan convencerse a sí mismos de que el garrote vil es un mecanismo más rápido y menos cruel para el reo, en realidad, estamos ante un método frío y bárbaro, dado que en la mayoría de las

El género cinematográfico de *Queridísimos Verdugos* y las estrategias empleadas por su director, Basilio Martín Patino.

Por lo que respecta al género al que pertenece *Queridísimos verdugos* y a las estrategias que su director utiliza, debemos añadir que, si bien en un primer momento, podríamos pensar que esta obra es un documental de corte realista, una vez que profundizamos en sus elementos, su pertenencia a esta categoría ya no está clara, visto que el realizador en el montaje de la película no sólo se limita a representar la mera realidad, sino que se sirve de distintos elementos (como recortes de prensa, imágenes de crímenes sangrientos o la banda sonora y la voz *en off*) al objeto de evocar determinadas sensaciones en el espectador, induciéndolo así, a percibir la realidad que subyace en el film, de una forma especialmente sórdida y grotesca.

El falso documental se suele presentar como una filmación de la vida real, aunque en realidad se trata de una ficción, de documentar por tanto, una mentira. Ésta es la razón por la que es habitual ver en las obras de Martín Patino la participación de célebres actores y personajes, en vez de personajes de la vida cotidiana, como ocurre en *La seducción del caos*, o en *El jardín de los poetas*. Es precisamente esta combinación de soporte documental y de elementos ficticios, lo que otorga la base de verosimilitud a la obra. El realizador salmantino pone así a prueba, la capacidad intelectual del espectador, al plantearle la realidad de la España de la época en un tono de ironía, incluso de picaresca, empleando para ello, no sólo los recursos antes mencionados, sino también algunos iconos propios de la cultura popular española, como son el flamenco o los toros.

Ahora bien, la pregunta que nos corresponde realizar entonces, es si *Queridísimos Verdugos*, encaja dentro de este género. Ciertamente es que una de las características propias del realizador Martín Patino es la de emplear en sus películas, fotografías, recortes de prensa, imágenes. Así, en *Queridísimos Verdugos*, utiliza recursos tan conocidos como la entrevista (eje central del film) además de otras técnicas propias del *cinema vérité* (la realización de planos detallados de objetos o documentos históricos, entre otras), para centrar el argumento

ocasiones, la rapidez y precisión de la ejecución dependen de la pericia y decisión del verdugo al girar la manivela, por lo que puede resultar un instrumento lento en exceso, alargando la agonía del condenado a muerte. Para más información acerca del garrote vil, *vid.* Sueiro (1971).

principal del film, alrededor del cual, va a oscilar todo el entramado de la obra. Pero en contraposición, emplea, a la par, otra serie de recursos en el montaje que lejos de reflejar la realidad de modo objetivo, como es propio de los documentales de corte realista, sirven de contrapunto irónico y conducen a la reflexión, particularmente, a la reflexión social y política en relación con el régimen del franquista (tema muy recurrido por el realizador). De esta manera, en *Queridísimos Verdugos*, a través del conjunto de recursos y técnicas empleadas en el montaje, se nos proporciona un retrato escabroso de la sociedad española del momento, de los verdugos y de su conversión en peones del sistema³.

Dentro de estos últimos elementos, resalta el carácter explicativo de la voz *en off* que arroja una serie de secuencias con un humor negro o satírico, denominado por el propio Patino como el “de la picaresca”⁴, junto con la música de la banda sonora que cumple una función sensibilizadora.

En conclusión, debido al complejo engranaje que Martín Patino utiliza en sus producciones, se nos antoja complicado catalogarlas dentro de un género. *Queridísimos Verdugos* resulta ambiguo en este sentido, no es en sí mismo un documental de corte realista, una obra de no ficción (porque se hace eco de un tono de picaresca sugerido por la voz en off, la banda sonora y los iconos populares), pero tampoco es un falso documental (primordialmente, porque los personajes que aparecen en el mismo, son reales (incluso se muestra la cédula de identidad de alguno de ellos). *Queridísimos Verdugos* es, en último lugar, un híbrido que aúna las características de uno y otro género, y se encuentra impregnado del estilo propio del cineasta Martín Patino. No se trata aquí de documentar una mentira, misión clave del falso documental, sino de documentar una realidad, pero con ciertos matices reflexivos y satíricos, a fin de mostrar la pena de muerte como un elemento inherente al régimen, que produce dos tipos de víctimas, los ejecutores, peones del sistema y los ajusticiados, autores de sangrientos crímenes que se muestran de un modo sensacionalista, para poner de manifiesto, con ello, que las causas de la delincuencia

³ Para un estudio a mayor abundamiento acerca de las estrategias y recursos empleados por Martín Patino, *vid.* Martín Morán (2005).

⁴ Ver Mesa redonda sobre el cine español. Instituto Cervantes New York. Diciembre 2011 [ref. de 30 marzo 2013] Disponible en web: <http://www.youtube.com/watch?v=R9k1AZ2dKww>

existente en la sociedad española del momento no eran otras más que la ignorancia, la marginación y la miseria.

Conclusiones

Queridísimos Verdugos y su género de híbrido, fruto de las singulares estrategias y recursos que emplea Martín Patino, rompe los moldes al situar a los verdugos como los protagonistas de todo el entramado y al simbolizar a través de ellos la pobreza de la sociedad española, la crudeza del régimen franquista y la instrumentalización a la que estos funcionarios eran sometidos como consecuencia de la hipocresía del sistema.

Al margen de los puntos tratados en este sucinto trabajo, *Queridísimos Verdugos* engloba un amplio abanico de problemas que podrían ser objeto de un futuro trabajo y que por el momento no hemos podido incluir, puesto que ello supondría extendernos en demasía. Una de las líneas de investigación que podrían resultar de interés para abordar el film sería la relación de la pena de muerte con la discriminación de género evidenciando, entre otras cuestiones, el hecho de que la mayoría de los condenados a pena de muerte, así como la práctica totalidad de los verdugos, sean hombres, y la posible relación de estos fenómenos con el rol que tradicionalmente le viene atribuido a la mujer⁵.

Bibliografía

García, Salgado, M. J. 2003. “¡Quiero vivir! Realidad construida, construcción “procesada”: género, prensa y trampas policiales en la determinación del castigo penal”, en RIVAYA, B. (Coord.), *Cine y pena de muerte*. Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 97-124.

Gracia Ibáñez, J. 2013. “Dos espejos enfrentados: El verdugo y Queridísimos Verdugos. Franquismo y pena de muerte a través del cine”, *Intersecciones: Revista de Producción Mestiza*, 4: 123-143.

Maroto Laviada, R. 2003. “El verdugo. Escenas sombrías de una España reciente”, en RIVAYA, B. (Coord.) *Cine y pena de muerte*. Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 125-141.

Martín Morán, A. 2005. “La inocencia subversiva. Pistas falsas y alguna certeza sobre la producción audiovisual de Basilio Martín Patino”, en Ortega, M.L. *Nada es lo que parece: falsos documentales, hibridaciones y mestizajes del documental en España*. Madrid, Ocho y medio, pp. 47-82.

⁵ En relación a este punto, *vid.* García Salgado (2003: 97-105).

Rivaya, B. (Coord.). 2003. *Cine y pena de muerte*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Ruiz Sanz, M. 2003. *El Verdugo: Un retrato satírico del asesino legal*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Sueiro, D. 1971. *Los verdugos españoles. Historia y actualidad del garrote vil*, Madrid, Alfaguara.

Filmografía

El Verdugo (García Berlanga, 1963)

<http://www.youtube.com/watch?v=R9k1AZ2dKww>. Acceso 30 de marzo 2013.

Queridísimos Verdugos (Martín Patino, 1973)

La acción directa a favor del porteador efectivo

Raquel Amandi Rendueles*

Resumen: El presente trabajo se ocupa de la acción directa a favor del porteador efectivo, recientemente incorporada a nuestro ordenamiento por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, y de los problemas que genera su regulación en una Ley extravagante. Esta acción protege al porteador efectivo ante impago del precio del transporte, legitimándole para dirigirse frente a todos los cargadores (ya sean principales o contractuales) que participen en la cadena de subcontratación en los supuestos de subtransporte. No se trata de ninguna nueva vía procesal sino de una ampliación, dentro de los cauces ya existentes, de la legitimación pasiva con el fin de reforzar la posición del porteador como acreedor del precio del transporte.

1. Punto de partida: la subcontratación en el transporte

Las obligaciones principales de las partes en el contrato de transporte terrestre de mercancías son, el transporte y la entrega de las mercancías al destinatario y, como contraprestación, el pago del precio de dicho transporte.

De acuerdo con el principio general de relatividad de los contratos, establecido por el Código Civil, los mismos sólo obligan a las partes contratantes y a sus causahabientes (art. 1257 CC). Aplicado esto al contrato de transporte, la obligación de pago del precio del transporte compete al cargador o al destinatario, según los casos (art. 37 LCTTM) y quien se halla legitimado para reclamar su cumplimiento es el porteador.

* Becaria FPU. Área de Derecho Mercantil. Universidad de Oviedo. Correo electrónico: amandiraquel@uniovi.es El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “El nuevo Derecho de la contratación de los transportes terrestres y la reforma de la legislación en materia de seguro” (Ref. DER 2011-28894), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

En la actualidad, la complejidad de muchas operaciones de transporte hace necesario el recurso a la colaboración de terceros mediante la subcontratación, dando lugar al encadenamiento de contratos dirigidos a la ejecución de la prestación. De este modo, el porteador del primer contrato de transporte recurre a la subcontratación total o parcial de la ejecución de su obligación de transportar. En este segundo contrato (de transporte), el primer porteador va a ocupar la posición de cargador respecto al porteador subcontratado (art. 6 LCTTM) y así sucesivamente.

Como consecuencia, existirán varios contratos superpuestos para la ejecución de una misma operación de transporte – subtransporte [Piloñeta, 2006] –. Ello es posible porque a lo que se obliga contractualmente el porteador es a llevar a cabo las operaciones necesarias para la realización del transporte y no a ejecutarlo con sus propios medios. El resultado será una cadena de subcontratación con varios cargadores y porteadores contractuales, por lo que no sólo habrá diversos obligados a transportar la mercancía, en todo o en parte, sino también distintos obligados al pago del precio, cada uno en virtud de su respectivo contrato (que obviamente podrán contener estipulaciones diferentes sobre la determinación del precio).

La aplicación del principio de relatividad de los contratos hace que, en caso de impago, el porteador que efectivamente se hubiera encargado de la ejecución del transporte [Pulido, 2012 y Emparanza, 2010:99] sólo pueda exigir el pago del precio al cargador o al destinatario que aparezcan como deudores en el contrato del que uno y otros son parte. Pero no podría, en principio, dirigirse contra los sujetos que ocupan en la cadena de subcontratación la posición de cargador y que vendrían obligados al pago del precio en sus respectivos contratos, de los que el porteador efectivo no es parte.

No obstante, la consideración del contrato de transporte como una modalidad especial de contrato de obra, permitiría extender la aplicación al mismo de la regla del Código Civil (art. 1597) que autoriza a “quienes ponen su trabajo y materiales en una obra” a dirigirse contra el “dueño de la obra” por la cantidad que éste adeude al “contratista”.

En línea con la regulación tradicional del contrato de obra y confirmando su aplicación al contrato de transporte, el sector ha venido demandando el reconocimiento expreso de una acción directa a

favor del porteador que le permita dirigirse contra todos los obligados al pago del precio en la cadena de subcontratación.

En respuesta a ello, la Ley 9/2013, de 4 de julio (BOE de 5 de julio de 2013) incorpora a nuestro ordenamiento en su Disposición Adicional sexta (pero sin incluirla en ninguna otra Ley) la llamada “*Acción directa contra el cargador principal en los supuestos de intermediación* “. Esta Disposición establece que:

“En los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa por la parte impagada, contra el cargador principal y todos los que, en su caso, le hayan precedido en la cadena de subcontratación, en caso de impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado, salvo en el supuesto previsto en el artículo 227.8 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.”

2. Legitimación activa y pasiva

1. La legitimación activa en la acción directa le corresponde en exclusiva al porteador efectivo, en la medida en que es él quien ha ejecutado la prestación de transportar, incurriendo en los gastos correspondientes.

Una de las demandas del sector y aspectos criticables de la redacción de la Disposición Adicional es precisamente la exclusión de los porteadores intermedios. Aquí la Ley está pensando únicamente en un subtransporte en el que sólo se encadenan dos contratos. Se deja de esta manera indefensos a porteadores contractuales intermedios, especialmente si tenemos en cuenta que ellos sí van a ser sujetos pasivos frente al porteador efectivo, tanto si han celebrado el contrato directamente con él, como si se dirige frente a ellos en ejercicio de la acción directa.

Esto es, si un cargador contractual (o porteador contractual según se tenga en cuenta el primer o el segundo contrato) no paga el precio del transporte porque previamente no se lo han pagado a él, nada impide que se le pueda exigir el pago en ejercicio de la acción directa, pero él a su vez no podrá dirigirse más que frente al sujeto que ocupa la posición de cargador en el contrato en el que él es parte.

De hecho, algunas de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley proponían incorporar una subrogación automática del cargador que pagase en los mismos derechos y acciones conferidos al porteador efectivo, opción que a mi modo de ver es mucho más acertada y protege a todos los acreedores del precio del transporte.

2. Por lo que respecta a la legitimación pasiva, la acción podrá dirigirse frente a cualquier cargador (principal o meramente contractual) que intervenga en la cadena de subcontratación.

La redacción de este aspecto en el Proyecto de Ley fue muy controvertida, pues sólo incluía al cargador principal, de ahí su denominación (“*Acción directa contra el cargador principal en los supuestos de intermediación*”), que obviamente queda desvirtuada y no se corresponde con el contenido de la acción de acuerdo con el texto finalmente promulgado. De esta manera la acción no podía ejercitarse contra el resto de cargadores intermedios, por lo que si el deudor no era ni el cargador principal, ni el cargador en el contrato en el que era parte el porteador efectivo, el porteador seguiría sin tener ningún tipo de acción contra él. Finalmente en fase de tramitación parlamentaria se modificó la redacción del Proyecto para ampliar la legitimación pasiva a todo cargador interviniente en la cadena de subtransporte.

Otra de las demandas del sector, tomando como referencia la regulación francesa, era extender la legitimación pasiva también al destinatario del transporte aun cuando éste no fuese el obligado al pago. Esta opción fue rechazada, pues mientras en el ordenamiento francés el destinatario es garante del pago del precio del transporte junto con el cargador y cualquier intermediario (obligados solidarios)¹, no ocurre lo mismo en España. De hecho cuando se elaboró la reciente Ley 15/2009 se optó por considerar únicamente al cargador como obligado al pago del precio (incluso subsidiariamente cuando no sea el obligado principal), de manera que el destinatario sólo será deudor del precio cuando el transporte se haya pactado a

¹ La llamada “acción en garantía del pago del precio”, incorporada por la llamada “Ley Gaysot” en el año 1998, está regulada en el artículo L. 132-8 del *Code de Commerce* francés en los siguientes términos: “*La carta de porte conforma un contrato entre el expedidor, el porteador y el destinatario o entre el expedidor, el destinatario, el comisionista y el porteador. El porteador tiene así una acción directa en pago de su prestación en contra del expedidor y el destinatario, los cuales son garantes del pago del precio del transporte. Toda cláusula en contrario se reputará no escrita*”.

portes debidos y una vez éste haya aceptado las mercancías (art. 37 LCTTM) [Emparanza, 2010:468-472].

3. Requisitos de ejercicio de la acción

1. Para que esta acción pueda ser ejercitada por el porteador efectivo contra cualquiera de los porteadores intervinientes en la cadena de subtransporte es necesario además que el obligado al pago del precio del transporte conforme al contrato celebrado por el porteador efectivo (obligado principal) incumpla su obligación.

Cabe por lo tanto afirmar que el cargador principal y los demás cargadores meramente contractuales serán obligados subsidiarios. La subsidiariedad se entiende partiendo de que finalidad de este tipo de acciones directas que rompen con el principio de relatividad de los contratos es proteger al acreedor aportándole mayores garantías de cobro y facilitar y agilizar las posibles reclamaciones en caso de incumplimiento.

Otro tema es el momento a partir del cual puede ejercitarse la acción. La Disposición Adicional nos habla del “impago del precio del transporte”, que se producirá a partir del incumplimiento del plazo establecido legal (contra la entrega de las mercancías – art. 39 LCTTM –) o contractualmente (con las limitaciones en su caso de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales).

2. Ahora bien, para que el porteador efectivo pueda exigirles el pago del precio (previo incumplimiento del obligado principal) es además necesario que dichos obligados subsidiarios sean a su vez incumplidores en el contrato en el que ellos sí sean parte. Estando además obligados al pago pero con el límite de la cantidad adeudada.

Esta opción es defendible en cuanto trata de proteger al cargador que ha cumplido con sus obligaciones. Pero al excluir a los sujetos que ya han pagado complica y ralentiza la reclamación del porteador efectivo. Para evitar este inconveniente varias de las enmiendas propuestas al Proyecto de Ley proponían excluir esta limitación, de manera que fuese posible dirigirse contra cualquier sujeto de la cadena de subtransporte aunque ya hubiese pagado, y concediéndole a este la subrogación automática en la posición del porteador efectivo para reclamar contra el resto de deudores por la cantidad que se hubiese visto obligado a pagar indebidamente.

3. Por lo que respecta a los cauces procesales de ejercicio de la acción la Disposición Adicional no especifica nada, por lo que entiendo que, al igual que cualquier otra reclamación relacionada con un contrato de transporte, podrá plantearse tanto ante los Tribunales ordinarios como ante la Junta Arbitral de Transporte correspondiente. No se trata por tanto de ninguna nueva vía procesal sino de una ampliación, dentro de los cauces ya existentes, de la legitimación pasiva con el fin de reforzar la posición del porteador como acreedor del precio del transporte.

La competencia de las Juntas Arbitrales de Transporte en materia de pago del precio del transporte se encuentra subsumida dentro de su competencia general sobre *“controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre”* (art. 38.1 LOTT). Ahora bien, para que esto ocurra ambas partes deben estar de acuerdo en la intervención de la Junta Arbitral. Aunque cabe matizar que desde la última reforma de la LOTT por la Ley 9/2013 se presumirá *“que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratado”* (art. 38.1. 3 LOTT).

4. Problemática

Además de los ya apuntados, el principal problema que suscita la regulación de la acción directa a favor del porteador efectivo no es su contenido, sino la forma que el legislador ha utilizado para incorporarla a nuestro ordenamiento.

En primer lugar, lo hace nuevamente bajo el error de introducir una norma de contenido netamente contractual en una Ley de ordenación de los mercados, en vez de recurrir a una modificación de la Ley de contrato de transporte, como de hecho fue sugerido en varias enmiendas al Proyecto de Ley durante su tramitación parlamentaria.

Pero además, la Ley que la regula (cuyo contenido es modificar la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea) ni siquiera incorpora la acción directa a ninguna otra Ley, de manera que queda aislada en una Disposición Adicional.

Esta regulación en una Ley extravagante plantea fundamentalmente dos problemas: en primer lugar, el ámbito de aplicación de dicha acción directa y, en segundo lugar, la determinación de la normativa aplicable en lo no regulado expresamente por la DA.

En cuanto al ámbito de aplicación material, la DA se refiere únicamente a “*los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres*”. Esta escasa definición del ámbito material va a tener dos consecuencias, de un lado que incluya a los transportes ferroviarios y por carretera, por otro lado opción coherente con el ámbito de aplicación de la LCTTM; pero además al no especificar si se trata de transportes de mercancías o de pasajeros, cabría entender que mientras el transporte sea terrestre la acción directa sería aplicable también a estos últimos.

Es cierto que en la definición de la acción la DA se refiere al cargador principal, lo que podría dar a entender que se refiere sólo al transporte de mercancías. Pero, ante la falta de regulación de los contratos de transporte de viajeros y, con ello, la ausencia de una definición de los sujetos intervinientes en estos contratos, cabría extender la mención del cargador al contratante, en términos generales, del transporte frente al porteador. En este caso, también sería posible recurrir a la acción directa en los contratos de transporte terrestre de personas – lo cual sería coherente con la regulación del contrato de obra que permite dirigirse contra el contratista, pues los contratos de transporte de personas son contratos de obra al igual que los de transporte de mercancías –.

El siguiente problema que implica la regulación en una Ley extravagante es determinar cuál es la normativa de aplicación supletoria. En este sentido, existiendo como existe una Ley de contrato de transporte terrestre de mercancías, en la que de hecho se regulan los sujetos obligados al pago del precio (lugar, por cierto, donde debería haberse incorporado la acción directa), será esta la normativa aplicable.

En concreto será necesario recurrir a la Ley 15/2009 para establecer los plazos de prescripción de la acción. En este sentido, la Ley, con carácter imperativo, establece que las acciones derivadas de las obligaciones reguladas en ella (y la acción directa lo es pues su finalidad es exigir el cumplimiento de la obligación de pago del precio del transporte) prescribirán en el plazo de un año. Con la excepción de

que se deriven de una “*actuación dolosa o una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción*”, en cuyo caso prescribirán en el plazo de dos años (art. 79.1 LCTTM).

La Ley establece, en concreto para las reclamaciones del precio del transporte (entre las que cabe incluir ahora la acción directa), que los plazos de prescripción antes mencionados se comenzarán a computar “*transcurridos tres meses a partir de la celebración del contrato de transporte o desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, si fuera posterior*” (art. 79.2.c LCTTM).

También regula un régimen especial de interrupción y suspensión de la prescripción para todas las acciones a las que pueda dar lugar el contrato de transporte y por lo tanto aplicable a la acción directa. Conforme a este régimen, además de las reglas generales del Código de Comercio sobre interrupción, el plazo de prescripción se suspenderá con la reclamación por escrito, en este caso del porteador efectivo. El cómputo se reanudará “*a partir del momento en que el reclamado rechace la reclamación por escrito y devuelva los documentos que, en su caso, acompañaron a la reclamación*”, sin que una reclamación posterior con el mismo objeto pueda suspender nuevamente la prescripción. Y en caso de aceptación parcial de la reclamación, la prescripción se reanudará sólo respecto de la parte aún en litigio (art. 79.3 LCTTM).

Bibliografía

Emparanza Sobejano, A. (2010), “Artículo 6: Responsabilidad de los porteadores efectivos”, pp. 99-112 y “Artículo 37: Pago del precio del transporte”, pp. 465-473, ambos en Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre (Dir. J.F. Duque Domínguez Y F. Martínez Sanz), Aranzadi, Navarra.

Piloñeta Alonso, L.M. (2006), “El subtransporte: análisis crítico y teórico de un concepto práctico”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 262, octubre-diciembre, 2006, pp. 1414 y ss.

Pulido Begines, J.L. (2012), *El concepto de porteador efectivo en el Derecho uniforme del transporte*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

Populismo punitivo y seguridad vial

Laura Nataly Castillo Garay*

A continuación, se pretende, en un primer momento, identificar los rasgos más generales del llamado ‘populismo punitivo’, adelantando una definición del mismo e indicando, tanto sus características fundamentales, como sus efectos más relevantes; luego, en un segundo momento, se mostrará cómo todo ello se materializa en Colombia, a propósito de la Seguridad Vial.

Hoy por hoy, es recurrente que algunas problemáticas sociales sean sobredimensionadas o, incluso, creadas, por los formadores de opinión (sobre todo, los medios de comunicación y algunos legisladores) y que, a causa de ello, la comunidad se una en torno una especie de paranoia colectiva de inseguridad que sólo puede ser –y suele serlo– atendida mediante el recurso a las sanciones penales.

Esto responde, en gran medida, al denominado por algunos ‘populismo punitivo’, cuyo origen puede fecharse en los años 80’s del siglo pasado y que supone un giro en la orientación de la Política Criminal de los Estados (Fernández & Tarancón, 2010, p. 2) y de su legislación penal, las cuales dejan de ser el producto de una reflexión orientada al bien común, para convertirse en el resultado de intereses

* Miembro del Grupo de Estudios ‘Problemas Actuales del Derecho Penal’, adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’. Monitora del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Esta ponencia se enmarca dentro del Proyecto de Investigación Derecho Penal, Parte Especial y legislaciones complementarias, liderado por el Prof. Fernando Velásquez Velásquez, en la Universidad Sergio Arboleda. La autora agradece la colaboración de los Profs. Fernando Velásquez Velásquez y Renato Vargas Lozano en su confección, pues sus observaciones y comentarios enriquecieron el texto.

oportunistas, casi siempre asistemáticos e inconexos, enarbolados por quienes saben que ‘endurecer el Sistema Penal’ es la mejor forma de atender esa demanda colectiva de mayor seguridad y, por dicha vía, obtener réditos electorales (Muñoz Tejada, 2009).

En cuanto a las características, pueden señalarse, de manera general, cuatro rasgos fundamentales que se encuentran estrechamente relacionados entre sí, en tanto cada uno de ellos resulta ser la causa o el efecto de otro. Empero, no pueden realizarse divisiones estrictas entre ellas y, por ello, la segmentación indicada a continuación tiene fines sólo explicativos.

El primero, dice relación con la idea según la cual el problema es de todos (Muñoz Tejada, 2009, p. 30). A tal estado de cosas se llega, por un lado, a la simplificación del lenguaje usado para describir la problemática social concreta, haciéndola asequible a todos los miembros de la comunidad y, por otro, difundiéndola a través de los medios de comunicación que la convierten en el tema de moda, acompañando sus informes con titulares e imágenes de gran impacto que, en veces, no acaban de ser fieles a la realidad y dan lugar a una falsa conciencia colectiva de inseguridad, sobre la que se afinca el temor de la sociedad y las consiguientes demandas de mayor seguridad y de una intervención estatal más severa.

Una segunda particularidad tiene que ver con la falsa existencia del riesgo de victimización y del déficit de control (Martínez, 2008, p. 190). Por cuanto mira con lo primero, la sensación colectiva de inseguridad se explica por la idea de vivir en una sociedad vulnerable, donde los ciudadanos temen convertirse en las víctimas de la violencia de turno; todos los miembros de la comunidad son, pues, víctimas potenciales. En lo atinente a lo segundo, la demanda de intervención no es otra cosa que el efecto propio del contexto de inseguridad aludido, donde la problemática respectiva no recibe, al menos eso se sugiere, una atención adecuada por parte de las autoridades, bien porque no existe respuesta alguna o, bien, porque las soluciones ofrecidas son insuficientes.

La tercera nota tiene que ver con presentar al Derecho Penal como la solución al problema, bajo el entendido que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad (Larrauri, 2006). El comentado es, seguramente, el más importante de todos los rasgos asociados al populismo punitivo, en tanto éste se conlleva el uso de las

políticas penales para resolver problemas sociales. (Peluffo, 2012, p. 3), lo cual va en contravía del carácter de *ultima ratio* reconocido al Derecho Penal, así como de sus notas de fragmentariedad y subsidiariedad.

Por último, cabe hacer referencia a la finalidad que anima a algunos de sus propulsores, en el sentido de obtener ganancias o réditos electorales, materializada en votos o en el aumento de los índices de popularidad, gracias a la instrumentalización del sistema penal (Larrauri, 2006, p. 15). Modificar la ley penal es bastante más barato que poner en marcha políticas educativas o preventivas y responder duramente a las causas de la alarma social produce un golpe de efecto positivo entre los votantes, quienes verán a políticos y gobernantes comprometidos con la resolución de sus necesidades (Borja Jiménez, 2011, p. 110).

Ahora bien, tratándose de los efectos del populismo punitivo, los autores coinciden en que ellos son negativos, en tanto aquél se funda en el miedo social y se alimenta de una realidad distorsionada (porque se crean problemáticas sociales que realmente no existen o, bien, porque las existentes son sobredimensionadas). El énfasis en la respuesta meramente penal exonera de responsabilidad a otros actores y gestores de las políticas públicas, además de provocar la desarticulación de la política criminal legislativa, la proliferación y abuso de leyes especiales o un déficit de seguridad jurídica y de calidad en la técnica legislativa (Diez Ripollés, 2008, p. 1), así como la referida instrumentalización política del Derecho Penal.

Igualmente, los resultados de la generalización del fenómeno aludido son bastante preocupantes para el Estado de Derecho y sus instituciones, no sólo porque reniegan de los fundamentos llamados a orientar la política en materia criminal de un Estado respetuoso de la dignidad y de la libertad de las personas (lo ocurrido con los principios de legalidad o proporcionalidad ejemplifica lo dicho), sino, además, porque convierte al Derecho Penal en *prima ratio* de la gestión pública, olvidando el papel que le corresponde a las instancias de control no penales, sobredimensionando el poder motivador de las penas y su capacidad en clave educativa o preventiva, olvidando, en ocasiones, deliberadamente, las dificultades para su aplicación efectiva.

Tratándose del caso colombiano, el fenómeno descrito puede ilustrarse con plurales ejemplos que se refieren a un número igual de ‘problemáticas sociales’, pero últimamente esto se ha manifestado con particular fuerza en el ámbito de la seguridad vial y, en especial, en lo atinente a los conductores en estado de embriaguez.

En Colombia, la apuntada es, sin duda, una problemática seria, cuya dimensión puede perfilarse con ayuda de las estadísticas existentes sobre el particular. No obstante, las diferentes instituciones y autoridades suministran datos dispares y, en realidad, las cifras publicadas están lejos de servir para precisar los contornos reales de la cuestión y, mucho menos, para articular las políticas públicas, no sólo la criminal, sobre el asunto.

Así, mientras las notas de prensa advierten sobre la gravedad de un hecho u otro, haciendo referencia al gran número, desde luego preocupante, de muertos y heridos en incidentes de tránsito hasta la fecha o a la cantidad, también escandalosa, de conductores sorprendidos conduciendo ebrios cada fin de semana, los estudios realizados por el Fondo de Prevención Vial sugieren que los muertos por cada 10 mil vehículos se han reducido significativamente, pasando de 10,4 en 2007 a 6,8 en 2012 (Fondo de Prevención Vial, 2013). Otro trabajo de la misma entidad con la Universidad de Los Andes, habla de un descenso de las muertes en este ámbito durante los años 2003 y 2010 (Fondo Nacional de Prevención Vial; Universidad de Los Andes, 2010, pág. 20 ss.) y el Plan Nacional de Seguridad Vial revela que las muertes en accidentes de tránsito estuvieron bajo control y, de hecho, se estancaron, en el periodo 2003-2010.

Ciertamente, los números de muertos y heridos a causa de la siniestralidad vial son alarmantes, pero no deja de llamar la atención que: (i) en los análisis poco –más bien nada– se diga sobre los datos apuntados recién, (ii) la atención se centre de modo exclusivo en los conductores ebrios, cuando éstos no son la única causa que contribuye a engrosar las cifras de víctimas y (iii) la –única– solución exigida sea la de una mayor severidad de la sanción penal. Lo expuesto hasta ahora deja entrever los rasgos del populismo punitivo, pero conviene desarrollar el tema algo más para exponerlos con total claridad.

En efecto, respecto a la idea de que el problema es de todos, ésta se difunde fácilmente a través de los medios de comunicación que publican, casi a diario, notas sobre el tema y en ellas advierten de, p.

ej., la muerte de un peatón cada 6 horas¹, la existencia de una víctima de carros fantasmas cada 9 horas² o que la capital se mueve a 6 ‘choques’ por hora³. Como es natural, esta información viene acompañada de imágenes impactantes de los accidentes y de expresiones mediante las cuales se identifica a los conductores ebrios con ‘bestias al volante’ o, directamente, se los tilda de ‘borrachos asesinos’⁴.

Si se repara en los ejemplos citados, resulta natural que todos los colombianos sintamos el temor de ser víctimas de uno de estos conductores y la necesidad de una mayor seguridad, al fin y al cabo, cada 6 horas muere uno de nosotros; en esto consiste, justamente, el riesgo de victimización. A ello se une la idea de un déficit de control, acorde con el cual los mecanismos administrativos se revelan ineficaces (aunque no sin razón: la mitad de los vehículos evaden la revisión técnico mecánica⁵ o la cantidad de personas a quienes no les cabe una multa más y siguen conduciendo vehículos de servicio público⁶) y las normas penales son benevolentes con quienes demuestran tal desdén por las normas de tráfico y por la integridad de los demás usuarios de las vías⁷.

La solución al problema no podría ser otra que una mayor y mejor intervención del Derecho Penal, entendido como el mecanismo más idóneo para enfrentar la inseguridad vial, sin reparar en que mejorar el estado de las vías y su señalización o exigir mayores controles administrativos, contribuirían mucho más a reducir la cantidad de víctimas. De la ‘preferencia’ por el Derecho Penal da cuenta el frenesí legislativo que ha tenido lugar entre los años 2007 y 2013 en Colombia, que arroja un saldo de más de 12 Proyectos de Ley sobre el tema carentes de una orientación político criminal clara: unos,

¹http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10951301.html

²http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12555050.html

³ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12612326>

⁴ <http://www.elespectador.com/opinion/columna-365226-los-borrachos-asesinos>

⁵ <http://www.elespectador.com/noticias/economia/articulo-383113-tres-millones-de-autos-evaden-revision-tecnicomecanica>

⁶ <http://m.eltiempo.com/colombia/bogota/estos-son-los-diez-choferes-de-buses-con-mas-multas-/12385907/1/home>

⁷http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12338894.html

proponen crear nuevos delitos o contravenciones penales; otros, agravar las penas para los delitos ya existentes de homicidio y lesiones culposos y, los restantes, ‘endurecer’ las condiciones procesales y penitenciarias de quienes son procesados o condenados por hechos acaecidos en el marco del tráfico rodado. La falta de claridad en la materia es, huelga decirlo, absoluta.

Naturalmente, asumir como propia la bandera de las víctimas reales o potenciales en temas como este, genera empatía entre los dirigentes y la comunidad; en realidad, ¿quién no estaría de acuerdo con castigar a los conductores ebrios y, mucho más cuando causan la muerte de alguien por conducir en ese estado? Tanto los réditos electorales como el efecto de popularidad inherentes a ponerse del lado de las víctimas –que somos todos– y mostrarse favorable a sancionar –más– severamente a los victimarios, parecen evidentes.

Sin embargo, ha de desconfiarse profundamente de quien instrumentaliza el Derecho Penal de esta manera, porque, en realidad, sus miras son a corto plazo, está obviando la discusión seria del asunto y reduciendo la acción pública al ámbito de la política criminal, tal vez la más facilista y económica de todas, en detrimento de la educación y de la prevención que generarían, qué duda cabe, mejores resultados a largo plazo.

IV. CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL

El arbitraje institucional

Gracia Fernández Caballero*

Resumen: El arbitraje institucional es aquel en el que por voluntad de las partes se encomienda a una institución especializada la administración del arbitraje. En este sentido, en contraposición al arbitraje ad hoc, en el que se nombran árbitros por las partes determinados para cada caso, el arbitraje institucional se caracteriza por la intervención de una Institución especializada de carácter permanente a la que las partes voluntariamente acuden encomendando la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje. Normativamente hablando, la Ley de Arbitraje de 1988 ya dio un paso hacia delante con la configuración del arbitraje institucional, pero ha sido la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la que apuesta más fuerte por este tipo de arbitrajes administrados. Interés que se ha visto afianzado con la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Introducción.

El arbitraje en general, y el arbitraje institucional en particular es un tema de absoluta actualidad que contribuye a dar respuesta al colapso de nuestros órganos judiciales, y a las actuales dificultades que pueden encontrar los ciudadanos para acceder a los Tribunales.

En este sentido, es de sobra conocido el atasco que sufren nuestros órganos judiciales y que ralentiza la respuesta que los mismos deben dar a los ciudadanos que acuden a los mismos para solucionar sus controversias. A este problema de la lentitud de nuestra Justicia, podemos añadir en la actualidad el causado por la imposición

* Doctoranda en la Universidad de León. Correo electrónico: graciafdzcaballero@gmail.com

de las tasas judiciales, que encarecen el proceso ante la Jurisdicción, en muchos casos hasta el punto de entorpecer el acceso a la Justicia. Todo ello puede llegar en muchas ocasiones a vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución Española.

En conclusión, de lo expuesto anteriormente de manera breve, se extrae que son necesarios otros métodos de resolver los conflictos entre las personas, que respondan a los principios de rapidez y economía, pero que a su vez ofrezcan las garantías de imparcialidad, calidad y eficacia. Lo que podríamos llamar una desjudicialización de la resolución de conflictos.

El arbitraje.

Es aquí donde entra el arbitraje, como método de resolución de conflictos, alternativo a la Jurisdicción. Como definición se puede decir que es un *método heterocompositivo de solución de conflictos al que, previo convenio se someten las partes voluntariamente, en el que un tercero imparcial designado por los litigantes, pone fin a la controversia de manera definitiva e irrevocable, siempre que la materia sea de libre disposición conforme a derecho*¹ (Moreno, 2012:311).

En cuanto a su naturaleza jurídica, es obvio que el arbitraje comparte similitudes con la Jurisdicción, en cuanto es un método heterocompositivo, así, es un tercero el que resuelve; pero tiene diferencias sustanciales, como el hecho de que quien resuelve es un particular y no un Juez que forma parte de la organización del Estado y tiene el poder que le otorga la “soberanía popular” (Gimeno Sendra, 2010: 665), por el contrario el árbitro tiene poder sobre las partes porque las mismas se lo han dado. No obstante, las resoluciones arbitrales, o laudos, gozan, por imperativo legal, de la misma eficacia que una sentencia y son ejecutables, eso sí, ante la Jurisdicción que es la que tiene poder para ello.

Finalmente, en España se regula actualmente mediante la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, debiendo mencionar asimismo su reciente e importante reforma por medio de la Ley

11/2011 de 20 de mayo. La Ley de Arbitraje de 2003, vigente, sustituyó a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, y se inspira en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL).

El arbitraje institucional

Sentando el razonamiento sobre la importancia actual de este tema, y definido lo que es el arbitraje en sí, debemos analizar lo que es el Arbitraje Institucional.

El arbitraje institucional es aquél que, como se desprende de su nombre, es administrado por una Institución. En el mismo, por voluntad de las partes, se encomienda a una institución especializada, de naturaleza corporativa, profesional o sectorial la administración del arbitraje.

Para entenderlo mejor, debemos hablar de su opuesto, el arbitraje ad hoc, que es aquél en el que las partes nombran árbitros determinados para cada caso.

De este modo, podemos afirmar que el arbitraje institucional se caracteriza por la intervención de una Institución especializada de carácter permanente a la que las partes voluntariamente acuden encomendando la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje. Por ejemplo: las instituciones arbitrales se encargan de poner a disposición de las partes los árbitros especializados que resolverán su controversia y contarán con un reglamento propio en el que quedará regulado el procedimiento arbitral a seguir, liberando a las partes de tener que ocuparse de esa materia, y siendo más completos normalmente que la Ley de Arbitraje que rige siempre de manera supletoria. Velando en todo caso por la capacidad e independencia de los árbitros designados (ex. Art. 14.3 Ley 60/2003).

Al hablar de arbitraje no podemos obviar tratar la esencial intervención de la voluntad de las partes. Como se desprende de la definición que hemos expuesto anteriormente, las partes sólo pueden someter su controversia a arbitraje si previamente lo han pactado de mutuo acuerdo. De este modo, pueden pactar someter sus futuros problemas, o bien la concreta controversia que surja en el momento del pacto de sometimiento a arbitraje, que sus conflictos se diriman

por una institución arbitral. Como se desprende de la propia Ley de Arbitraje, las mismas pueden decidir la mayoría de aspectos sobre el procedimiento, desde el procedimiento para recusar a los árbitros, hasta decidir si éstos pueden adoptar medidas cautelares.

Con el arbitraje institucional se dota de seguridad al procedimiento arbitral, al contar estas Instituciones con reglamentos que quedan automáticamente incorporados al convenio arbitral al pactar las partes someterse al arbitraje de determinada Institución (ex. art. 4 Ley 60/2003).

En cuanto al uso de este tipo de arbitraje, es cierto que el arbitraje institucional es en la actualidad más frecuente en otros países. En España, la Ley de 1988 dio un paso hacia delante con la configuración del arbitraje institucional. Sin embargo, ha sido la Ley 60/2003 la que de forma expansiva a lo largo de todo su articulado hace patente su apuesta legal por este tipo de arbitrajes administrados y, más en concreto, este interés por consolidar el Arbitraje Institucional se produce a través de la reforma de 2011 de nuestra Ley de Arbitraje, que modificó el art. 14 en el que se contemplan el Arbitraje Institucional. Esta reforma incorpora, junto a las Corporaciones de Derecho Público, las Entidades Públicas y se suprime la referencia específica al Tribunal de Defensa de la Competencia (Merino Merchán, 2011).

De este modo, como dice la Ley, en España las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:

- Corporaciones de derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
- Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

Asimismo, esta reforma refuerza el papel de las instituciones arbitrales en el control de la capacidad de los árbitros y en la necesidad de garantizar la transparencia en su designación, así como su independencia. En este sentido, establece en el párrafo tercero del artículo 14 un plus de garantías para los ciudadanos que sometan sus controversias a Arbitraje Institucional y es que, como ya hemos referido anteriormente, se contempla expresamente que las

instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

Como hemos expuesto, lo cierto es que el Arbitraje Institucional ha sido fortalecido normativamente, pero en la realidad practica aún queda mucho por hacer para la verdadera implantación de Instituciones Arbitrales en España —si bien ya existen unas cuantas— en las que los ciudadanos confíen y a las cuales decidan someter sus disputas en lugar de acudir a la Jurisdicción.

Ventajas del arbitraje institucional

Finalmente, para conseguir esta acogida del Arbitraje Institucional por la sociedad española en general, es necesario que se comprendan las ventajas del mismo y los beneficios que ofrece frente a la Jurisdicción y frente al arbitraje ad hoc. Podemos, en este sentido, mencionar aquí algunas de estas ventajas:

1. **Garantía de calidad:** el arbitraje institucional otorga mayor fiabilidad al arbitraje, al tratarse de un proceso supervisado y en el que se designa a un árbitro experto en la materia.

2. **Rapidez:** En relación con la Jurisdicción, se puede afirmar que el procedimiento arbitral se lleva a cabo en menos tiempo que uno judicial, pues hay una clara simplificación de trámites y los árbitros son requeribles en función de los asuntos que haya, lo que se traduce en que no existen atascos de casos para los árbitros como sí sucede en los Juzgados. A lo que se debe sumar que los árbitros deben cumplir con los plazos que se fijan por la Institución, so pena de incurrir en responsabilidad.

3. **Eficacia de la resolución:** las resoluciones arbitrales, los laudos, son obligatorias para las partes y sus causas de impugnación están limitadas por la ley. Asimismo, tienen la misma fuerza ejecutiva que una sentencia judicial y pueden ser ejecutadas judicialmente.

4. **Imparcialidad e independencia de los árbitros:** los árbitros que actúan al amparo de una institución arbitral deben ser siempre imparciales y por ello velará la propia Institución como se desprende del art.14 LA.

5. **Facilidad y garantía en la designación de los árbitros.** (Íscar De Hoyos, 2013: 5) Cuando las partes no han previsto la forma de designación de árbitros o no se ponen de acuerdo, en el arbitraje ad hoc se debe acudir a los tribunales para que procedan a dicho nombramiento; en el arbitraje institucional son las propias Instituciones las que disponen de un órgano que se encarga de nombrar al árbitro o árbitros para el proceso, garantizando su imparcialidad.

6. **Economización y certidumbre del coste:** de conformidad con diversos estudios realizados sobre el coste actual de un proceso judicial, y vistos los costes de la mayoría de Instituciones arbitrales en funcionamiento, se puede asegurar que el arbitraje es en la mayoría de los casos un modo más económico de solucionar los conflictos. Entraría aquí de nuevo el problema de las tasas judiciales que sin duda encarece de manera alarmante el acceso a la Justicia, y que no se aplican en el arbitraje. Además, en el arbitraje Institucional los honorarios vienen ya regulados, por tanto antes de iniciar el mismo se sabe con certeza su coste; en contra de lo que sucede en el ad hoc, en el que las partes deben pactarlo con el árbitro a que se sometan (Íscar De Hoyos, 2013: 5).

7. **Confidencial:** No se proporciona publicidad sobre los asuntos que se someten al arbitraje de una institución.

8. **Obligatoriedad del sometimiento a arbitraje tras el acuerdo:** Una vez que las partes han sometido válidamente la controversia a arbitraje, ninguna puede retirarse de manera unilateral del proceso; queda vedada la vía judicial para esa controversia, pudiendo oponerse esta excepción en caso de que la otra parte inicie un procedimiento judicial.

9. **Simplificación de la redacción de la cláusula/convenio arbitral:** las instituciones arbitrales dictan reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados con la experiencia, que como ya hemos dicho se incorporan a la cláusula arbitral conforme al art. 4 LA y evitan que los particulares al pactar su convenio arbitral tengan que pactar todas las precisiones necesarias que el mismo debe contener (forma de designación de los árbitros, plazos para las alegaciones y pruebas, arbitraje de derecho o de equidad, y otras serán difíciles de prever al redactar la cláusula arbitral). (Íscar De Hoyos, 2013: 4)

10. **Asistencia Administrativa:** Las instituciones arbitrales prestan servicios administrativos e incluso de secretaría a los árbitros, tales como recibir los escritos de demanda y las contestaciones de las partes, fijar plazos para el procedimiento arbitral, conceder un plazo para dictar el laudo, etc.

11. **Asistencia logística a las partes y a los árbitros:** Las instituciones arbitrales suelen poner a disposición de los árbitros y de las partes locales apropiados, medios audiovisuales y de reproducción de documentos y personal auxiliar profesionalizado para las audiencias y para la práctica de pruebas.

12. **Asesoría y supervisión de los árbitros:** Las instituciones arbitrales pueden participar activamente en la supervisión del arbitraje y de su buen funcionamiento, de gran ayuda para las partes y en especial para los árbitros (Íscar De Hoyos, 2013: 5).

Bibliografía

Roca Martínez, José María, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

Munné Catarina, Frederic, *La Administración del Arbitraje. Instituciones Arbitrales y Procedimiento Arbitral*, Aranzadi, Navarra, 2002.

Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Civil II Procesos Especiales*, Colex, Madrid, 2010.

Damián Moreno, Juan (Dir.) *La Reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, La Ley, Madrid, 2011.

Moreno Catena, Víctor, (Con Cortés Domínguez, Valentín) *Derecho Procesal Civil, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 311.

Merino Merchán, José Fernando, “Comentarios a la Ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, Noticias Jurídicas, 2011.

Íscar De Hoyos, Javier, “El Arbitraje Institucional”, Revista Jurídica de Castilla y León, Nº 29, enero 2013.

Derecho contra deber

María Teresa Manga Alonso*

Resumen: El presente trabajo trata de dar respuesta a diversos interrogantes: ¿Cabe la desigualdad en una sociedad democrática? ¿Justifica el ejercicio de una función pública un trato diferenciado? ¿Tiene o no una persona virtualidad para dejar de cumplir los deberes funcionariales que recaen sobre la misma por motivos religiosos o ideológicos? Tales cuestiones se conectan con una de las normas más polémicas de los últimos años, la Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del Código Civil, que previó la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo. Tomando como hilo conductor la Sentencia del Tribunal Supremo 1068/2012, de 20 de febrero, se expondrán las particularidades de aquellos que intervienen en la tramitación y en la celebración de los citados enlaces.

Somos una sociedad democrática.

Ante este aserto pocas voces en contra se levantarían. Empero en el presente trabajo se trata no de negar la mayor, si no de dejar constancia de la desnaturalización que el término viene sufriendo si atendemos a las relaciones especiales de sujeción de determinado grupo de ciudadanos, los funcionarios en concreto, el cual tiene reconocidos tanto derechos como deberes especiales frente al Estado.

La isegoría y la isonomía, considerados ya por los griegos elementos inseparables de su democracia, son también hoy entendidos consustanciales a todo ordenamiento jurídico democrático. (Tarodo Soria, 2012:17). Tal esencia no obstante es fácilmente matizable respecto de aquellos que ejercen una función pública.

Así, el más célebre filósofo prusiano de la Ilustración, Immanuel Kant, en el texto *¿Qué es la Ilustración?* diferencia entre un uso público de la propia razón y un uso privado, de modo que el primero es el que uno hace, en cuanto docto, y ante la totalidad del público,

* Doctoranda en Derecho en la Universidad de León. Correo electrónico: t1r2s@hotmail.com

mientras que el segundo no es sino el permitido en el puesto civil o en la función que se nos confía, entendiendo en este caso necesarios la existencia de ciertos mecanismos por medio de los cuales estas personas han de comportarse de un modo meramente pasivo, para que, mediante cierta uniformidad artificial, dice el docto filósofo, el gobierno los dirija hacia fines públicos.

Son esos fines públicos, esos intereses generales, los que justifican el trato diferenciado a algunos dados, el cual conlleva a la vez derechos y deberes específicos. Los mismos encuentran sustento en el propio texto constitucional; así el artículo 25.2 limita algunos derechos fundamentales de los presos, en concreto los que se vean afectados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria, para otorgarles otros, el resto de los previstos en el Capítulo II del Título I de la Constitución. También los artículos 28.1, 29.2, 103.3, 127.1 y 159.4 son ejemplo de ello. Así pues, los colectivos citados, a los que la Constitución limita ciertos derechos fundamentales, se incluyen entre los que clásicamente han estado sometidos a relaciones especiales de sujeción.

Como hemos visto las citadas relaciones tienen reconocimiento constitucional; y ello, ha de llevarnos a precisar la naturaleza de las mismas vistos los principios también reconocidos por el legislador constituyente. De nuevo volvemos al Estado social y también al principio de legalidad, el cual, este último, nos permitirá ya situarnos en el punto de partida concreto para abordar el fondo del presente trabajo.

El artículo 1.1 de nuestra Constitución define a España como un estado social y democrático de derecho. Este entroncamiento entre democracia y legalidad nos servirá de inicio para entrar en el fondo de la cuestión que planteamos. ¿Mina el sometimiento a la legalidad la igualdad, y, por ende, la democracia?

El artículo 14 de la Constitución de 1978, sin otro antecedente en el constitucionalismo español que el ofrecen los artículos 2 y 25 de la Constitución de 1931, es, sin embargo, un precepto muy frecuente en el ámbito del Derecho Constitucional Comparado, tanto histórico como actual. Los referentes más claros son la Constitución francesa de 1958 (artículo 2.1º), la Constitución italiana de 1947 (artículo 3) y la Constitución alemana de 1949 (artículo 3). La concreta redacción dada al precepto impide un desarrollo legislativo unitario y global del precepto, por lo que han sido las normas individuales dictadas en los

más variados ámbitos las que han plasmado este principio. Y, especialmente llamativo resulta, el tratamiento que el legislador ha dado al mismo en ámbitos diversos, como la sindicación o la huelga, y, por lo que ahora nos interesa especialmente, en el derecho a la objeción de conciencia.

Reconocida en el artículo 30.2 de la Constitución, el legislador la circunscribe a un ámbito muy preciso, al señalar que la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

Tal previsión legal ha sido objeto de una interpretación restrictiva por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, de modo que son diversos los ámbitos en los que pretendido el reconocimiento del derecho invocado, las voces más prestigiosas se han levantado en contra, de igual modo que el Alto Tribunal; así, y a título de meros ejemplos, en el ámbito médico son relevantes las SSTS 147/1998 y 338/1998, en el farmacéutico las SSTS 5248/2001 y 2505/2005, o educativo por mor de la asignatura de “Educación para la ciudadanía” con numerosas recientes resoluciones como las SSTS 3837/12, 4132/12 y 7975/12, todas las cuales comparten el fundamento de la conocida sentencia de 11 de febrero de 2009, la cual razonó para rechazar pretensiones idénticas, que “el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2; así, la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado, y añade que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo. Aunque, efectivamente, nada impide al legislador ordinario reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos, pero se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo y no constitucional”.

Y así, en este negativo panorama llegamos a plantearnos si puede ser la objeción un derecho reconocible a jueces y magistrados.

En nuestra doctrina no puede decirse que haya existido hasta época reciente una preocupación por la cuestión que nos atañe; la

colisión entre legalidad y el hecho de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con la propia conciencia o convicciones del juzgador, no han sido objeto de un debate generalizado, más allá de las interesantes aportaciones efectuadas por Pérez del Valle y Ferrer Barquero, ambos favorables al reconocimiento de la objeción. (Perez Del Valle, 2006: 7-11).

El interés de los autores en la última década sin duda vino motivado por novedades legislativas de calado que dieron paso a un encendido debate social, especialmente la Ley de 1 de julio de 2005 de reforma del Código Civil, que previó la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo al reformar el artículo 44.2 del Código Civil. Y será una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la 1068/2012, de 20 de febrero la que nos servirá de hilo conductor para exponer las motivaciones jurisprudenciales que dan respuesta a la cuestión de fondo que nos ocupa. Sentencia que comparte las motivaciones ya expuestas por el Tribunal citado en otras dos resoluciones anteriores, las SSTS de 11 de febrero de 2.009 y 11 de mayo de 2.009.

Pongámonos en antecedentes.

Una Secretaria Judicial de Colmenar Viejo (Madrid) en cuyo juzgado se están tramitando dos expedientes de matrimonio entre personas del mismo sexo, solicita al Secretario de Gobierno del TSJ de Madrid ser apartada en ejercicio de su derecho a la objeción. El Secretario lo deniega señalando, por un lado, que no concurre causa establecida para abstenerse y, por otro, que su cargo de Secretario de Gobierno no le confiere facultades para intervenir en el procedimiento legalmente previsto para plantear y resolver la abstención.

Presentado recurso de alzada ante la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y de los Registros y del Notariado, fue desestimado el recurso en base a dos argumentos; que la Ley Orgánica del Poder Judicial, marco legal en el que los secretarios judiciales han de desarrollar sus funciones, no admite otros supuestos para "apartarse" un secretario judicial del cumplimiento de sus obligaciones que la abstención y / o la sustitución, no siendo la objeción de conciencia causa, de las reguladas en dicha norma orgánica, que justifique la abstención o la sustitución, y, con cita de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que la mera invocación a motivos de índole moral o religiosa, o la hipotética

inconstitucionalidad, no puede servir para admitir sin más la exención de sus obligaciones legales.

Interpuesto recurso, éste será resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Para este Tribunal, la cuestión a resolver sería “sintéticamente, si tiene o no virtualidad para dejar de cumplir los deberes funcionariales que recaen sobre la recurrente, como secretaria judicial del Juzgado de Primera Instancia de Colmenar Viejo que, además, realiza las funciones de Registro Civil, en la tramitación de dos expedientes de matrimonio entre personas del mismo sexo, por su convicción de rechazo a dicha institución por motivos religiosos, sobre la base del derecho fundamental contenido en el artículo 16 de la Constitución española”. En el criterio del Tribunal “los actos profesionales de un Secretario Judicial, en la tramitación de un expediente de matrimonio entre personas del mismo sexo, no guardan relación alguna con la dimensión interna de su derecho constitucional a la libertad religiosa; y si se admitiese la posibilidad de eximirse del cumplimiento de sus obligaciones, peligraría la posibilidad de aplicación de una institución, la del matrimonio entre personas del mismo sexo, plena y legítimamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, para quien voluntariamente lo quiera, aunque otros ideológicamente (por convicciones religiosas, etc.) lo rechacen”.

Contra dicha decisión acude en casación al Tribunal Supremo. Éste, aunque inadmite el recurso por defecto de forma (no se identificaron los motivos casacionales, de los que enuncia el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, ignorándose totalmente por la actora las exigencias formales del recurso de casación), denegó a la Secretaria Judicial el apartamiento de la tramitación, y por ende el derecho de objeción de conciencia invocado. Tres fueron los argumentos:

1º.- Que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2 de la Constitución y constatan que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado (sentencia 53/1985). En otro caso se vería vulnerado el orden público.

2º.- No acepta el Tribunal que de la Constitución surja un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. En particular, rechaza que derive del artículo 16. Es decir, que la libertad religiosa e ideológica garantice, no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias.

3º.- El Pleno de la Sala tampoco encuentra fundamento en la jurisprudencia Constitucional base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución, indican que el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone: "Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio". Advirtiendo que el artículo 10.2 de la Carta requiere expresamente una interpositio legislatoris para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.

Analizada la sentencia, vamos a ir un paso más allá para no sólo centrarnos en la figura del secretario judicial, sino también en aquellos otros operadores, jurídicos o no, que intervienen en la celebración propiamente del acto del matrimonio.

- El problema de la objeción de conciencia de los jueces se conecta irremediablemente con la facultad de alegar causa de abstención por tener interés directo o indirecto en el asunto que deben resolver, lo que les haría perder imparcialidad. Otra posibilidad sería de existir varios jueces encargados del Registro que se alcanzasen acuerdos privados que eximieran de la celebración a aquellos que moralmente lo consideren reprochable.

Deseable hubiera sido que finalmente el legislador hubiera introducido alguna fórmula de exención para aquellos funcionarios a los que sus propias convicciones personales les enfrentan al cumplimiento de la Ley.

- Respecto a los alcaldes o concejales la situación no es estrictamente la misma, pues no son funcionarios, sino cargos políticos a los que o bien cuando no hay en el municipio juez encargado del registro civil o cuando los mismos contrayentes los eligen, deben proceder a la celebración del matrimonio. Siendo

imposible a los mismos abstenerse, no obstante entiendo también podrían oponerse a la celebración alegando razones de conciencia, pues en el caso del alcalde cualquier otro concejal, y en el de los concejales, bien el alcalde u otro concejal, pudieran celebrarlo sin mayores problemas.

Así las cosas, la actual negación a los servidores públicos del derecho a la objeción de conciencia en los supuestos en este trabajo analizados, puede llevar a preguntarnos si no contradice el artículo 14 de la Constitución Española. Para dar respuesta a esta pregunta, antes entiendo hemos de formularnos un nuevo interrogante: ¿Tiene o no una persona virtualidad para dejar de cumplir los deberes funcionariales que recaen sobre la misma, por motivos religiosos, sobre la base del derecho fundamental contenido en el artículo 16 de la Constitución española?

Mi respuesta es “depende”.

Y depende simplemente de quien sea esa persona, y ello aunque irremediamente la desigualdad exista. Me explico. No encuentro gran dificultad en reconocer el derecho a la objeción de conciencia en el caso que venimos analizando a alcaldes y concejales, si bien considero que un procedimiento judicial al efecto puede resultar “exagerado” dada la posibilidad de sustitución sin más entre todos los autorizados para ello. Ahora bien, irremediamente no todos somos iguales, pues no todos ejercen la función pública. Y en ella radica la respuesta que quizá sorprenda, pues aquellos que la ejercen considero deben verse sometidos al principio de legalidad sin fisuras.

Asumidos por el juez deberes constitucionales entiendo los mismos no deben verse afectados por la conciencia moral de cada sujeto, pues el servicio público ha de ser prestado a la sociedad. Conforme al artículo 117 de la Constitución Española, los jueces se encuentran sometidos únicamente al imperio de la ley, circunstancia ésta de por sí entiendo sirve para vedarles el reconocimiento de la objeción de conciencia; pues, en otro caso, fácilmente los principios de independencia, imparcialidad y responsabilidad podrían verse cuestionados. Y en el caso de los Secretarios Judiciales, comparto los argumentos dados por el Tribunal Supremo para negar el derecho de objeción a este Cuerpo.

Dividida la doctrina entre defensores a ultranza del derecho fundamental para cualquier ciudadano con independencia del cargo o

función que desempeñe, como el profesor Rafael Navarro Valls (2005), y opositores a esta generalización por entender debe primar el principio de legalidad y la función pública encomendada, entre los que se adscribe el profesor García Amado (2011), siendo controvertida y discutida la cuestión planteada, me adscribo a ésta última aún con el sacrificio que su defensa conlleva para el principio de igualdad pero como mejor postura en salvaguarda de la seguridad jurídica, baluarte ésta de la democracia.

Webgrafía:

- http://ipes.anep.edu.uy/documentos/curso_dir_07/materiales/kant_ilu.pdf
- <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2> (fecha de consulta el 14 de agosto de 2013).
- <http://garciamado.blogspot.com.es/2011/07/objecion-de-conciencia-de-los-jueces.html>

Bibliografía:

- Camps Cervera, V., “Los fundamentos éticos de la objeción de conciencia”, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, N° 5/2010.
- Gascón Abellán, M., “El Estatuto jurídico de la objeción de conciencia y los problemas que plantea”, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, N° 5/2005.
- Navarro Valls, R., “La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo”, Universitas Navarrensis, 2005.
- Pérez Del Valle, C.J., “Prevaricación judicial y objeción de conciencia”, Estudios de Derecho Judicial, 89/2006.
- Tarodo Soria, S., “Libertad de expresión y sentimientos religiosos”, Editorial Juruá, 2012.

Título: Instrumentos de Responsabilidade Civil Ambiental no Direito Brasileiro

Silvia Regina Siqueira Loureiro Oliveira*

Resumo: Instrumentos de responsabilização ambiental na legislação brasileira e sua importância na preservação do meio para a perpetuação dos seres vivos. A preocupação de salvuardarmos o meio em que vivemos para termos um futuro com qualidade de vida para as gerações futuras. A Ação Civil Pública, como um dos principais instrumentos usados na legislação brasileira para sancionar danos ao meio ambiente, e assim fazendo constringer o possível transgressor a preservar.

Diante da relevância do tema e da importância a nível mundial, qual seja, os instrumentos de responsabilização ambiental, o Brasil vem aprimorando sua legislação no âmbito ambiental, também por ser detentor de grande parte da floresta amazônica vem tratando o assunto com especial atenção por esta ser de importância mundial.

Na realidade a grande preocupação nossa, ao invés de criar instrumentos sancionatórios, deveria ser a forma para transformar consciências, pois o maior causador de toda esta turbulência a nível ambiental realmente é o homem.

Mudar atitudes, transformar hábitos; o mundo evolui e nós aprimoramos com ele, agir de forma diferente na vida em sociedade, e a educação ambiental é algo primordial se quisermos ter o planeta mais habitável futuramente.

Nós ainda estamos começando a aprender conviver melhor com a natureza sem transgredi-la; e já estamos recebendo a sanção pelas transgressões que estão se apresentando, como o aquecimento global e

* Professora da Universidade Federal de Mato Grosso/Brasil e doutoranda na Universidade de León/ Espanha. Correio eletrônico: sirelou@ibest.com.br

cataclismos que a raça humana já está sofrendo, tudo isso, por certo é colheita de nossas atitudes frente ao meio em que vivemos.

Então mais que encontrarmos meios e instrumentos sancionatórios, temos que pensar uma forma de nos reeducarmos e educarmos os que estão crescendo para uma nova consciência e atitudes frente ao planeta; simples atitudes como não lançarmos lixo em qualquer lugar, são novos posicionamentos para uma vida mais saudável.

Mas enquanto essa mudança não acontece, e está em ritmo lento é preciso que o governo edite normas que regulem o nosso bem viver e salvaguardem por certo um futuro melhor; e os instrumentos sancionatórios para a preservação ambiental vem auxiliar a conter as barbaridades que o meio ambiente vem sofrendo frente as atitudes dos homens.

As normatizações brasileiras vêm tendo frequentes alterações para tentar acompanhar o rápido ritmo de crescimento populacional e os avanços tecnológicos. E na área ambiental não poderia ser diferente, temos retrocessos e avanços, mas uma coisa é certa, houve sim um despertar de consciência quanto à proteção ambiental, as pessoas de um modo geral se preocupam mais do que há décadas atrás.

Os instrumentos processuais civis brasileiros são subdivididos em Processo de Conhecimento, Processo Cautelar, Processo de Execução e Procedimentos Especiais; o primeiro faz exame de mérito e entrega prestação jurisdicional condenatória, declaratória e constitutiva/desconstitutiva de direitos; o Cautelar toma medidas garantidoras para salvaguardar o mérito futuramente concedido em outros procedimentos; o de Execução faz cumprir decisões judiciais e títulos extrajudiciais, por meios executivos judiciais; e os Procedimentos Especiais também são processos de conhecimentos, com entrega de prestação jurisdicional de mérito que, no entanto, se diferencia do primeiro por seguirem ritos processuais distintos, podem ser de jurisdição voluntária ou contenciosa, estipulados pelo Código de Processo Civil Brasileiro e por leis extravagantes. Esta foi uma rápida síntese dos instrumentos processuais cíveis previstos na legislação brasileira.

Quanto aos instrumentos de responsabilização ambiental podem ser administrativo, cíveis ou penais, considerando uma subdivisão mais ampla; sendo que na seara cível um dos mais relevantes é a Ação

Civil Pública, que está inserida nos Procedimentos Especiais em lei extravagante, porque tem um trâmite processual totalmente diferenciado, normatizado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Esta lei dispõe sobre a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; sendo o foro competente o local onde ocorreu o dano; e estipula a competência para interposição da Ação Civil Pública: ao Ministério Público (se não tiver como parte atuará como fiscal da lei), a Defensoria Pública, a União Federal, os Estados, o Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundação ou sociedade de economia mista e associações que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente.

Nesta ação também poderá ser interposto ação cautelar com a finalidade de evitar dano maior ou dano futuro de maior envergadura, lembrando que o intuito da ação cautelar é garantir medida futura em um outro processo chamado principal, ou mesmo dentro do próprio processo principal como medida incidental.

O objeto da condenação na Ação Civil Pública poderá ser dinheiro ou o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer. Neste caso a condenação é uma forma de coibir a mesma prática futuramente para que a parte se sinta constrangida a não cometer tal dano novamente, então se for em pecúnia por certo deverá ser levado em conta a proporcionalidade entre possibilidade do pagante e a envergadura do dano causado. E também os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Embora o cidadão comum não possa interpor a Ação Civil Pública poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, dando informações sobre os fatos que constituam objeto da ação e indicando-lhe os elementos de convicção; e também se os juízes e tribunais tiverem conhecimento sobre fatos que possam ensejar a propositura desta ação remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Vejam que o Ministério Público tem primordial atuação neste tipo de ação, poderá ter sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitará, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não

poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. E Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

No entanto, se o Ministério Público entender pela inexistência de fundamento para interposição da ação civil poderá arquivar o inquérito, desde que remeta no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público para que seja homologado.

Também para instruir a inicial, qualquer interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Mesmo sendo possível o juiz receber o recurso em ambos os efeitos, suspensivo e devolutivo, pode conceder efeito suspensivo se observar que será causado dano irreparável a parte.

Embora esta ação civil pública seja uma das mais usadas para salvaguardar interesses difusos relativos ao meio ambiente, outros tipos de sanções administrativas e penais também são usadas em proteção ao meio ambiente, e o Ministério Público como fiscal da lei tem papel preponderante ao manuseá-las, muitos termos de ajustamento de conduta tem sido feito com infratores com a finalidade de reeduca-los para o trato com o meio ambiente.

O Estado brasileiro tem tomado medidas importantes no combate à destruição do meio ambiente, também a academia tem trabalhado no sentido de conscientização da população, educando e não só sancionando para que possamos viver mais integrado com o meio em que vivemos, respeitando e preservando para que tenhamos um futuro melhor.

Bibliografia:

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Portal de

Legislação: Leis Ordinárias. 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil Brasileiro. Portal de Legislação: Códigos. 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm

MILARÉ, Édis. A Ação Civil Pública Após 20 anos: efetividade e desafios/ Coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

V. CUESTIONES DE DERECHO MERCANTIL

Ciudadanía en la empresa, reparación y obligación internacional de garantía de los derechos: asegurar su ejercicio y no compensar por su vulneración

Daniela Marzi Muñoz*

En Chile, durante el año 2008, se produce la más importante Reforma procesal laboral de su historia¹.

Una norma, inserta en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales que con la Reforma se incorporaba al sistema chileno, me pareció que podía ser un interesante objeto de estudio. Esta norma ordenaba al juez en caso de condena por lesión de derechos fundamentales, adoptar medidas de reparación, además de las indemnizaciones que fuesen procedentes².

Con esto parecía indicarle que la reparación exigida era algo distinto a las compensaciones económicas, y los jueces comenzaron

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora de Derecho del Trabajo Universidad de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: dmarzi@hotmail.com

La ponencia corresponde a una síntesis la tesis doctoral leída el 12 de diciembre de 2013 “La garantía y reparación no monetaria de los derechos fundamentales en el trabajo. Un estudio del sistema español en relación con el caso chileno”, dirigido por la profesora Ana de la Puebla Pinilla.

¹ Aquella articulada en la Leyes N°s 20.022, que crea los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional; 20.023, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social, ambas del año 2005 y la 20.087, que modifica el procedimiento de juicio del trabajo, del año 2006.

² Literalmente, la norma del artículo 495 del Código del Trabajo chileno, prescribe: “La sentencia deberá contener, en su parte resolutive: 3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan”.

decretar órdenes de hacer y de no hacer, que implicaban llevar a cabo diversas acciones como la publicación de la sentencia, la petición de disculpas públicas³, la rectificación de ciertas informaciones que hayan resultado erróneas o difamatorias⁴, la corrección o creación de reglamentos internos y protocolos de actuación⁵, la realización de cursos de formación en derechos fundamentales⁶, por nombrar algunos, que, dada la importancia de la protección de los derechos fundamentales en un sistema, resultaban muy llamativas.

Al mismo tiempo, la orden de cese de la conducta lesiva, describió un cambio importante pues ya no se entendía sólo como el mandato de inhibirse de la misma en caso que ésta todavía perdurase, sino la orden de no volver a realizarla en el futuro.

Sin embargo, la norma no había sido parte del debate legislativo ni tampoco se contaba con un debate doctrinal sobre el cual apoyarse, por lo cual, el objeto de estudio, sería lo que los jueces habían hecho en sus sentencias con el nuevo mandato del legislador.

Respecto de ese material, lo primero que se hizo visible fue que, una vez ordenadas, no poseían un procedimiento de ejecución pensado para la reparación no monetaria. La ley procesal de 2008 crea un juez especial, llamado de “cobranza laboral” cuyo procedimiento escrito es uno dirigido a cobrar, con mayor eficacia que el precedente, sumas de dinero debidas por los empleadores.

De esta forma quedaba una pregunta abierta sobre cómo debía exigirse el cumplimiento de las medidas de reparación y, dado que

³ Y que permite gradualidad, pues la publicidad puede ser el intranet de la empresa, el panel mural del Sindicato, la publicación en un diario de circulación nacional, como en las sentencias T-100-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, T-1-2009, del Juzgado de Letras de Puente Alto.

⁴ Sentencia RIT T-1-2011, del Juzgado de Letras del Trabajo de Talca.

⁵ Por ejemplo, la sentencia T-33-2009, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

⁶ Un caso interesante es el de las medidas decretadas por prácticas antisindicales de la transnacional Starbucks, Sentencia S-32-2011, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, (que por sus reiteradas condenas ha sido calificada como “reincidente” por la Corte de Apelaciones de Santiago, causa RIC 554-2012). Otros ejemplos son las causas T-63-2011, en una causa de discriminación por maternidad; charla informativa en un juicio por garantía de indemnidad, T-272-2011, ambas sentencias del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo; T-1-2009 del Juzgado de Letras de Puente Alto, en una causa por acoso laboral; en la T-38-2010, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, por discriminación religiosa.

nunca se razonó durante la tramitación legislativa sobre estas medidas- ni en su aspecto sustantivo ni procesal-, cabía un debate sobre quién y con qué instrumentos sería deseable que esta ejecución fuera realizada.

Más aún porque en un sistema de relaciones laborales como el chileno, de marcado autoritarismo, órdenes de hacer y de no hacer mandadas por un juez para ser aplicadas en esferas que han sido entendidas de libertad sin trabas para el poder empresarial, generaron de inmediato gran resistencia. Y, hasta un cierto punto, la falta de un procedimiento de ejecución adecuado contribuyó a que la reparación no monetaria quedara en una especie de limbo.

Con esas ideas empecé a trabajar cuando llegué a España, para ver qué existía en el modelo de aquí que fuese útil para iluminar la realidad jurídica chilena, sobre este punto. Porque esa era la motivación de base y de carácter irrenunciable una vez decidido realizar el estudio en el extranjero: que fuese un tema que me pareciera honradamente importante para Chile. Además, conseguir que no se tratase de una constante comparación de dos sistemas, sino que se fuese amalgamando la información en la medida que se construía una explicación teórica para el problema. Lo anterior significaba intentar un trabajo mucho más interesante, pero en el mismo grado más difícil.

En el punto en que me encontraba, de buscar en el Derecho procesal español un modelo de ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer, me di cuenta de que, al menos en el ámbito del Derecho chileno, a las medidas de reparación no sólo les faltaba un desarrollo procesal, sino una justificación normativa y teórica, por lo que tuve que dar un paso hacia atrás e indagar para elaborar una propuesta.

En la búsqueda de un fundamento teórico que sustente el deber de reparación cuando se lesiona un derecho fundamental, acudí al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Y ello porque éste cuenta con un profundo desarrollo de la reparación, llamada de “medidas positivas no materiales”. Con esta denominación lo que se quiere identificar es un tipo de medidas reparatorias distinto al de las indemnizaciones económicas. Varias razones me llevaban a pensar que este era un modelo adecuado. Primero, porque en ambos sistemas, uno internacional y el otro laboral de ámbito nacional, el objetivo buscado es reparar los derechos fundamentales lesionados. Segundo, porque en ambos se utilizaban

órdenes de hacer y de no hacer como modelo de reparación de los mencionados derechos fundamentales. En tercer término, porque el Sistema Interamericano, al abordar problemas de trabajo había consagrado el concepto de ciudadanía social, que implica que el factor de la nacionalidad es irrelevante a la hora de adjudicar derechos laborales, y esto es importante porque permite vislumbrar el potencial desarrollo del sistema al abordar conflictos estrictamente laborales⁷.

Realmente decisivo fue determinar que la reparación en el Sistema Interamericano se funda en la obligación internacional de garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto quiere decir que los Estados miembros deben considerar en cada una de las actuaciones de sus poderes, que se cumpla con el deber de garantizar el ejercicio de tales derechos, y en ello le cabe una relevante función a la judicatura, por lo que la reparación creada por la norma en el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales chileno, podía ser considerada una expresión de cumplimiento de la obligación internacional de garantía. (Nash, 2008: 329) Con ello, ya tenía un fundamento normativo de la más alta jerarquía.

Finalmente, con la reparación no monetaria el sistema internacional estaba haciendo frente a reivindicaciones tanto redistributivas, típicas del Derecho del Trabajo, como de reconocimiento, dando respuesta a demandas de grupos subalternos, que hoy integran la clase trabajadora, como las mujeres o los migrantes, por señalar dos casos cruciales. Elijo el término “subalternidad” y no el más común y frecuente de “minorías” porque, en rigor, no se trata necesariamente de grupos inferiores en número sino de colectivos que no pertenecen a los patrones culturales dominantes, y poseen reivindicaciones que no son sólo redistributivas sino de representación y de reconocimiento cultural (Fraser, y Honneth, 2006: 39; Fraser, 1997: 123; y, 2008: 16). El manejo simultáneo de ambas líneas, redistributiva y de reconocimiento, que hace la Corte Interamericana, me pareció que podía ser ilustrativa para

⁷ Ver Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos de México. Serie A N° 18. El concepto de ciudadanía social pertenece al profesor Antonio Baylos, 2009: 18 -19; también en su artículo 2013: 13 y siguientes.

estos problemas, que son cuestiones conflictivas para el Derecho del Trabajo hoy (Casas, 2012: 79).

Es así como en las medidas de reparación la Corte Interamericana, en casos de género, había ordenado la realización de cursos de formación en derechos humanos y modificación de protocolos, por ejemplo, policiales, para erradicar las prácticas basadas en prejuicios culturales, que había permitido que se produjese la lesión⁸. O, en el mismo sentido, la traducción al idioma de la víctima y publicación de la sentencia, en casos de pueblos indígenas⁹.

Estas medidas tienen una evidente carga simbólica, de reconocimiento cultural de grupos subalternos, pero presentan una intensidad “media”. Es decir, que sin ser acompañadas de otros cambios, sólo quedarían en un nivel simbólico, y en el decurso podrían ser percibidas como inútiles, sobre todo si se tiene en cuenta el esfuerzo que supone llevar adelante un juicio, máxime a nivel internacional. Es por esto que en la tesis se analiza la construcción que la Corte Interamericana ha hecho sobre el derecho de propiedad, conjugándolo con el derecho a la cultura de los pueblos, sacándolo así de su molde individualista y decretando reparaciones no monetarias cuyos efectos se expanden al colectivo y que muestra el esfuerzo de un Tribunal por utilizar el Derecho, instrumento traído de Europa, moldeándolo de manera que contribuya a la paz social en la región¹⁰

⁸Caso González y otras (campo algodnero) versus México Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N°. 205. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=327>,

⁹ Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, sentencia de reparaciones, de 19 de noviembre de 2004, Serie C 116, párrafos 102 y 103. En Chile, el único juicio en que hubo condena por discriminación racial no ordenó medidas de reparación y la única sanción fue la aplicación de una multa, sentencia T-403-2010 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

¹⁰ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, de 31 de agosto de 2001, que es la pieza fundacional de la construcción con que la Corte Interamericana de Derechos Humanos empieza a responder al problema del despojo y de re-titulación de la tierra indígena. Este es el proceso del que emana el llamado “racismo epistémico”, entendido como la negación de otros sistemas de vida y de otras epistemologías de relacionamiento con la tierra y la naturaleza. La denuncia de esta lógica fundamenta el desarrollo de derechos como la consulta y el consentimiento y ha sido central en los debates de los mecanismos internacionales de derechos de los pueblos indígenas. La Corte Interamericana en esta sentencia reinterpreta el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su formulación individualista, poniéndolo en relación al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Hay un elemento al que me referí hace apenas unos minutos que adquiere especial relevancia para esta investigación. Me refiero a la noción de “garantía” de los derechos fundamentales que mantiene la Corte Interamericana. Si la obligación es garantizar, con ello ya tenía una nueva pista con la que seguir la investigación, pues la garantía significa cambiar la orientación habitual de la función del juez, que por lo general se ocupa de reparar y sancionar daños ya perpetrados, y por tanto, mira al pasado. La reparación orientada a la garantía lo transforma en un sujeto obligado a la creación de un estado de cosas que impida la reproducción en el futuro de la lesión declarada y, con ello, asegure un adecuado marco para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Importante, en este punto, fue la distinción de Atienza y Ruiz Manero, entre las reglas de acción y reglas de fines. Aquéllas se definen por estar destinadas a que, cuando se dan las condiciones para su aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, como base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla, y son las que suelen guiar la conducta del juez. Por su lado, reglas de fines, como sería la de la reparación, constituyen también razones perentorias e independientes del contenido para procurar el estado de cosas prescrito, trasladando al destinatario de las normas el control (o la responsabilidad) de las consecuencias de la conducta¹¹. Ese balance de razones para la acción y la responsabilidad en la creación de un estado de cosas hacia el futuro no es la norma que por lo general vincula al juez, pero la reparación no monetaria pertenece a esta categoría y es un deber para el juez.

Esta garantía de eficacia real y de consideración hacia el futuro del ejercicio de los derechos, además, me permitió conectar con un importante concepto traído, no sin muchas e interesantes críticas y aportaciones, de la teoría política. Me refiero al concepto de “ciudadanía en la empresa”, en especial, por el sentido que le dio la doctrina italiana de los años sesenta en adelante.

que recoge el carácter colectivo del derecho a la cultura, articulando una noción de propiedad situada en el ámbito comunitario. Sobre este tema agradezco las ideas compartidas por Mónica Mazariegos.

¹¹ A diferencia de las reglas de fines que, en general, no se destinan al órgano jurisdiccional: Atienza, y Ruiz Manero, 1996: 12 y 13.

La ciudadanía en la empresa, como es sabido, es la expresión de una idea simple por la constatación de un hecho evidente. En la frase tan conocida y repetida que explica cómo el trabajador “al pasar por las puertas de la fábrica dejaba sus derechos fundamentales que tenía en tanto ciudadano”, se retrataba una situación que significaba que, en las sociedades capitalistas, la ciudadanía tendía a volverse un concepto bastante irrelevante. Pero esta frase, y basta revisarla en la forma original en que era planteada por Karl Korsch¹², lo que hacía era detectar de inmediato que eran los llamados posteriormente y con gran precisión derechos fundamentales específicos laborales, en particular, los vinculados a la libertad sindical, los que poseían mayor nervio político e implicaban algún grado de participación en el definición de las condiciones de trabajo (Ugarte, 2011: 47 y 52), lo que para algunos hace que sean los únicos que puedan ser asimilados a “ciudadanía”¹³. No así, o no en igual grado, los inespecíficos¹⁴, por tener un carácter más individual y que nada tienen que ver con la participación en la producción de reglas comunes.

Ciudadanía sin participación sería una devaluación de los términos, por lo que era válida la advertencia, pero, además, dentro de las voces críticas se prevenía que la ciudadanía siempre había actuado como una categoría de exclusión para adjudicar derechos en relación al Estado, por el dato de la nacionalidad, lo que en trabajo entonces resultaba una importación peligrosa.

Sin embargo, existía una ulterior noción de ciudadanía, completamente adecuada al sentido de esta tesis y que, justamente tuvo un punto culminante a propósito de la consagración de una forma de reparación, representativa de una medida compleja compuesta por obligaciones de hacer y no hacer: la readmisión como regla general para el despido sin justa causa, en el Estatuto de los Trabajadores italiano de 1970.

La ciudadanía en la empresa en este entendido era la posibilidad de ejercicio efectivo de los derechos dentro de relaciones laborales

¹² “Al atravesar la puerta de la fábrica, queda sometido a una ley propia y específica en la que se establecen preceptos obligatorios sobre su comportamiento, en la casa de su señor”, Korsch, 1980: 16

¹³ Muñoz, 2012, Disponible en: <http://www.redseca.cl/?p=3351>

¹⁴ Derechos laborales específicos e inespecíficos es la clásica nomenclatura que realizara el profesor Manuel Carlos Palomeque por primera vez en el prólogo al libro de Rojas Rivero, 1991: 7 y 9

vivas (Trentin, 2013: 56 y 57; Romagnoli, 2012: 26; Bobbio, 1977:274; Toledo, 2013: 8), generando una cultura de respeto a los derechos, con mayor razón si éstos son fundamentales. En este contexto, que la compensación económica sea la única, o la principal, forma de reparación por su vulneración, significaba el fracaso para esta idea de ciudadanía, que no por nada surgía a partir de una Constitución como la italiana, que había decidido fundamentar la nueva sociedad que con ella se formaba, en el trabajo (artículo 1).

Este debate considerado ampliamente superado en los países estudiados, principalmente España e Italia, se trata de una construcción de gran relevancia para la realidad chilena, y ello porque allí se carece del principal instrumento de garantía de los derechos del trabajo, la libertad sindical, ya que su legislación, en sus vigas maestras, proviene de la dictadura¹⁵. Es ésta, sin duda, la razón que explica por qué es tan determinante la protección de los tribunales. Pero igualmente debe tenerse en cuenta que en Chile el despido vulneratorio de derechos fundamentales no es nulo y la readmisión se reserva exclusivamente a algunos supuestos de configuración legal, lo que hace evidente que la garantía efectiva de los derechos en el trabajo en Chile es agudamente deficiente.

Pero algo más sucedería durante el tiempo en que se desarrolló este estudio, que obligaría a hacer un nuevo encuadre del problema. La Reforma laboral española de 2012¹⁶, significó un cambio mayúsculo en el sistema de equilibrios del modelo de relaciones laborales español, eso es sabido, y provenía en gran medida de exigencias de la Unión Europea por la concesión de préstamos condicionados a reformas que, dentro del sistema de fuentes, son de orden nacional.

Dado el signo de la reforma española, en lo principal llevar el sindicato a nivel de empresa -que es el modelo de relaciones colectivas chileno-, algunas cosas me pareció importante consignar.

¹⁵ El Libro IV del Código del Trabajo chileno, sobre la negociación colectiva, ha sobrevivido sin modificaciones relevantes desde que fue diseñado durante la dictadura, por medio de los decretos leyes N°s 2.756 y 2.758, ambos de 1979, conocidos por el nombre de “Plan Laboral”. En él se deja al sindicato y a la negociación colectiva centrados en la empresa, y al derecho de huelga como uno de carácter legal, conformado como una etapa dentro del procedimiento de negociación colectiva, dentro de cada empresa.

¹⁶ Operada vía Real Decreto- Ley 3/2012, de 10 de febrero, y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

La primera es que el desarrollo decidido de medidas de reparación no monetaria y el que resultasen tan revulsivas en Chile, como ya se dijera podía explicarse en que la protección de derechos en el ámbito judicial es determinante: porque el pilar del modelo de protección nunca ha sido la autonomía colectiva. Y que eso sobredimensione la tutela judicial, aunque no es lo deseable, es un efecto inevitable de la falla estructural del modelo.

Pero este mismo diseño permitía explicar otra cuestión llamativa. La norma que regula los tipos de tutela contenida en las sentencias condenatorias por vulneración de derechos fundamentales en España (artículo 182 d), Ley Reguladora de la jurisdicción Social), posee igual tenor literal a la chilena, habla de reparación más indemnización, pero nunca ha producido el mismo movimiento y debate sobre la reparación, y eso puede deberse en gran parte, al funcionamiento de la garantía de los derechos brindada por el sindicato que actuaba en ejercicio de la libertad sindical en el nivel supraempresarial.

Es esa función clave de la autonomía colectiva la que explica por qué cada vez que se hace una radical modificación en el ámbito de las relaciones laborales, se vaya sin falta a quitarle poder al sindicato, lo que sucede cuando éste es llevado al nivel de empresa¹⁷. Así se verificó en Chile a fines de los años setenta en dictadura y hasta ahora y así ha sido en España a partir del 2012, cuestión que las más grandes confederaciones sindicales españolas pusieron de manifiesto en su Queja ante la OIT. La función dinamizadora del Sindicato en una democracia, proponiendo nuevos conflictos y desafíos al poder no puede ser suplida por ninguna actividad jurisdiccional, y es con ese elemento sobre la mesa que se puede dar una proporcionada importancia a la reparación en un sistema de garantías para las relaciones laborales.

Pero la Reforma española de 2012 tiene un segundo elemento esencial para confrontar con la teoría de ciudadanía en la empresa como ejercicio efectivo de derechos, que aquí defiende. Éste que es el que la reforma sea la culminación de un continuo de leyes laborales desde los años noventa, en que el legislador se ha centrado en la monetarización de los derechos con pérdida del puesto de trabajo, y no

¹⁷ Y, sindicato sin poder es una contradicción en los términos: el fenómeno asociativo se justifica en lograr una dosis de poder “El poder humano corresponde a la condición de pluralidad, para empezar”, Arendt, 2005: 227.

en la consagración de fórmulas concretas que incentiven el ejercicio y la defensa de derechos de los trabajadores sin poner en riesgo el mismo. Si bien existe en el sistema español la garantía de indemnidad a nivel constitucional, lo relacionado, por ejemplo, con modificaciones a las condiciones del contrato de trabajo, en modo unilateral por parte del empresario, en última instancia lleva siempre a la salida indemnizada y, aunque no dice relación directa con derechos fundamentales, es sin duda alimento de una cultura empresarial en que se impone su decisión incluso en desmedro de lo pactado en un contrato o lo declarado en una sentencia (Tascón, 2004, 313 ss). En cuanto al despido, figura eje del Derecho del Trabajo, su regulación fue decantándose y reduciéndose a una discusión sobre cómo hacer que la suma que se pagase por operarlo fuese cada vez menor y arrinconando la readmisión en un esquema disuasivo a su aplicación, pues, por ejemplo, terminó por ser la única opción que implica el pago de los salarios de tramitación.

Como última cosa sobre esta reforma, es importante consignar que esta tendencia del legislador español se apoya en un argumento -y con un modo de argumentar-, peligroso, y ya conocido en la corta historia del Derecho del Trabajo: el suponer e imponer una finalidad para éste, única y compartida por las partes de la relación laboral, que ya no es la protección del trabajador o del trabajo, sino la finalidad de la creación de empleo. Un fin único y común, que niega el conflicto de base de las relaciones de trabajo, planteamiento y estructura argumental que siempre ha sido una señal inequívoca de los autoritarismos.

Hecha esta contextualización, que me permitía calibrar la importancia y el sentido de la reparación no monetaria a cargo del juez en un modelo de relaciones laborales, lo que hice fue darle una mirada de conjunto a todas las medidas de reparación no monetaria que había identificado: la readmisión, la publicación de la sentencia condenatoria, las disculpas públicas, los cursos de formación, etc., lo que me permitió observar que, siendo tan variadas, poseían una característica común, que las distinguía como tipo de consecuencias jurídicas prescritas por el Derecho. Todas carecían de un eminente contenido aflictivo, lo que quiere decir que no se centran en la sanción del infractor o en retribuirle el mal infligido, sino que tienen como funciones principales la restitución de la víctima y la pretensión de que la conducta lesiva no se vuelva a producir.

Engarzando con una importante y ambiciosa política pública del ordenamiento jurídico español: la de igualdad entre hombres y mujeres (Fernández, 2008:92), que tenía una figura central en los planes de igualdad. Importante y actual doctrina laboral estaba proponiendo en España a los planes de igualdad como medidas que pudiese adoptar el juez para los casos en que declarase la existencia de discriminación entre hombres y mujeres en el trabajo (Fernández, 2008: 225ss). Una figura muy semejante para el mismo supuesto existía en el derecho italiano, con el Plan de remoción de los efectos de la discriminación, de su legislación de paridad, y ambas compartían con las medidas chilenas, objeto de este estudio, el intento de corregir hacia el futuro las condiciones que permitieron la producción de la lesión del derecho fundamental, por medio de un conjunto de obligaciones de hacer y no hacer. La política antidiscriminatoria de acuerdo a la normativa europea también se funda en la obligación de garantía de los derechos. Pero que además constituye una política legislativa amplia dedicada a la satisfacción a la que antes he señalado como reivindicación de reconocimiento, sin perjuicio de sus importantes efectos redistributivos. Sin embargo, más allá de esta simetría señalada, carece de sanciones efectivas a su incumplimiento, su sanción principal es la multa administrativa, al punto que para algunos es ampliamente voluntaria y se insertaría dentro de la responsabilidad social de la empresa (Baz, 2008:204), y esto permitiría explicar por qué no ha producido los cambios sustanciales esperados en sus primeros años de vigencia.

Como último aspecto, y centrados ya en la ejecución de la sentencia que resuelve casos sobre derechos fundamentales, en que ésta perentoriamente debe ser realizada en sus propios términos, vemos que el legislador no ha seguido el sendero que le marca la Constitución y no ha ido evolucionando en la dirección de hacer cada vez más efectiva dicha ejecución *in natura*.

La ejecución en sus propios términos para el caso de las obligaciones de hacer y de no hacer exige proveer al juez de instrumentos adecuados para producir la coerción sobre el ejecutado contumaz, como son las multas o arrestos, entre otras. Es por ello que se indagó en el derecho comparado, tales como en los sistemas de

ejecución francés, anglosajón, y alemán¹⁸, todos los cuales, con sus especificidades, cuentan con mayores instrumentos de coerción indirecta en manos del juez, que lo que se aprecia en el sistema español.

La clasificación relevante en esta parte, es la que distingue entre ejecución directa e indirecta. Aquélla es la que puede cumplirse por expropiación o por subrogación de un tercero, a costa del deudor; es decir, actúa no solicitando la voluntad conforme del ejecutado. Y ejecución indirecta, entendida, en términos muy generales, como la que comprende las medidas cuyo fin explícito sea incidir en la voluntad del ejecutado contumaz para que actúe conforme a su obligación jurídica, y esa adecuación de la voluntad a la obligación jurídica se obtiene por medio de coerciones

En este problema se constata, como suele suceder en Derecho, la necesidad de mirar a la historia de las instituciones para poder comprenderlas con acierto y no pretender hacer falsos descubrimientos. El liberalismo de la ilustración, como avance en la humanización del Derecho, estableció el principio que la voluntad de la persona es inviolable, lo que fue explicitado en el *brocardo* “nadie puede ser obligado a un hecho personal en contra de su voluntad”. Tal principio nace para proscribir la que hasta ese momento había sido el ejercicio de la coerción de los señores feudales a sus siervos. En otras palabras, para la protección de un débil. Se consagró en el Código Civil Napoleónico y a partir de él se propagó a una serie de Códigos civiles y procesales, europeos y latinoamericanos.

Lo que sucedió después es que, instalado el capitalismo, dicho principio resultó sumamente funcional a su ideología, ya que dio un argumento de gran prestigio, por su fundamento humanista, para lo que se transformó en una homogeneización de valores, procedimientos y sanciones jurídicas (Marinoni, 2007: 48 y 50). Valores, en cuanto a que todo pasó a ser medible en dinero; procedimientos, porque si todo se reduce al cobro de una suma de dinero no se requieren grandes matices ni la elaboración de cauces procesales especiales; y, consecuencias jurídicas, porque en términos generales toda infracción al Derecho puede ser reparada con la entrega de sumas de dinero. Sin embargo, estos efectos fueron tempranamente

¹⁸ Me remito a la siguiente bibliografía: Aragonese, 1985; Borré, 1966; Bosch, Barcelona, España, 1998; Chiarloni, 1980; Ferroni, 1983; Taruffó, 2001, Milán, 1988; Giuffrè, 1976.. En España este tema ha sido profundizado por Tascón, , 2004.

detectados por los procesalistas. En Italia, el debate procesal contó con una toma de posiciones claras, y en esto la obligación de readmisión nuevamente fue ilustrativa. Como regla general para el despido ilícito desde su establecimiento en 1970, la readmisión en Italia, fue incesantemente embestida por voluntades modificatorias, lo que finalmente se consiguió en 2012. En forma indiscutida se reconoció que ésta era una reforma de alcance, naturalmente jurídico, pero también de profundo significado simbólico y político: lo que estaba en juego era derribar el símbolo de que en el sistema de relaciones laborales italiano se consagraba la estabilidad real del puesto de trabajo.

Pero el Derecho Procesal agregaba una clarificación ulterior, precisando que era un símbolo, incluso en el que puede ser considerado un mal sentido. Porque en gran medida, era sólo un símbolo, dado que en Italia, tal como en España y en Chile, la ley procesal y en específico la ejecución, nunca incorporó los instrumentos que permitiesen, en contra de la voluntad del ejecutado, imperar la orden de readmisión, dejando que el cumplimiento de la sentencia, en los hechos, dependiera de la voluntad espontánea del empleador. El procesalismo italiano lanzaba la pregunta sobre por qué todos estos Códigos procesales herederos del Código napoleónico, no asimilaron el desarrollo posterior francés de aplicación general, de la menos controvertida de las coerciones: la *astreinte*, o multa coercitiva. Pero se advierte también que hay una ausencia de discusión en torno a la posibilidad de estructurar el sistema, en modo que figuras como el arresto o el delito de desacato puedan ser incorporadas para determinados supuestos definidos, sin que implique abrir la puerta a la generalizada aplicación de privaciones de libertad por inobservancia de órdenes emanadas del poder público.

La propuesta de la tesis, entonces, es concebir instrumentos graduados y proporcionales que compelan a la observancia de las decisiones judiciales en los términos en que han sido establecidas y que, sobre todo, garantice el ejercicio de los derechos, sobre todo si fundamentales, desmarcándose de la respuesta monetarizada. Y es que, además, sin esos instrumentos de coerción, se ha resaltado que es poco sostenible que la estabilidad real pueda haber sido la causante de la rigidez del mal llamado “mercado de trabajo”, exhibiéndose con ello hasta qué punto se trata siempre de debates ideológicos (Taruffo, 2001).

Tal como sucede con la principal forma de garantía de los derechos de los trabajadores, la organización colectiva, la que no puede ser suplida por ninguna actuación judicial, ni aun cuando ésta respondiese al mejor diseño imaginable (Ugarte, 2013:434 y 435). Y esto se replica en cada decisión legislativa hasta llegar a la última norma de la ejecución laboral, en que siempre hay detrás una decisión sobre la forma en que se distribuirá el poder en la relación laboral devenida circunstancialmente en una relación procesal. Pese a que ese razonamiento, en Derecho del Trabajo, siempre ha tenido una directriz clara que es la protección del trabajador, siendo entonces una cosa distinta lo que finalmente con ella hagan las expresiones legislativas determinadas por concretas voluntades políticas.

Bibliografía

- Aragonese, Sara, “Las *astreintes* (su aplicación en el proceso español)”, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1985.

- Arendt, Hannah, *La condición humana*, traducción Ramón Gil Novales, Paidós, (primera Edición en español), Barcelona, España, 2005.

- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1996.

- Baylos, Antonio, “Desde el sur de Europa: notas sobre la ciudadanía en los tiempos de crisis”, en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Klaus Lörcher*, WSI y Fundación Böckler, de la Universidad de Hamburgo y Nadine Zeibig, (por publicar); y *Revista Laboral y de la Seguridad Social* N°4, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013.

- *Inmigración y derechos sindicales*, Bomarzo, Albacete, España, 2009.

- Baz Tejedor, José Antonio, “Responsabilidad Social Empresarial e igualdad efectiva entre sexos”, en la obra colectiva *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, (Manuel Carlos Palomeque, coordinador), Comares, España, 2008.

- Bobbio, Norberto, “Libertá e potere”, en *Politica e cultura*, Reprints Einaudi, (segunda edición en el Reprints Einaudi), Turín, Italia, 1977.

- Borré, Giuseppe, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Eugenio Jovene, Nápoles, Italia, 1966.

- Casas, María Emilia, “La igualdad en las transformaciones y en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en la obra colectiva *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2012.

- Catalá, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y de no hacer*, Bosch, Barcelona, España, 1998.
- Chiarloni, Sergio, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffré, Milán, Italia, 1980.
- Fernández, María Fernanda, *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, España, 2008.
- Ferroni, Lanfranco, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Edizioni scientifiche italiane, Camerino, Italia, 1983.
- Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, traducción Magdalena Holguín, Isabel Cristina Jaramillo, Ediciones Morata, A Coruña, España, 2006.
- Fraser, Nancy, *Escalas de Justicia*, traducción Antoni Martínez Riu, Editorial Herder, Barcelona, España, 2008.
- *Iustitia Interrupta*. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”, Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la noción de Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*, traducción de Aldo Zela Villegas, Palestra editores, Lima, 2007.
- Muñoz, Fernando, “Ciudadanía laboral: los peligros políticos de un mal concepto jurídico”, *Revista Red Seca- Revista de actualidad política, social y cultural*, 2012. Disponible en: <http://www.redseca.cl/?p=3351>
- Nash, Claudio, *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Tesis doctoral Universidad de Chile, 2008, p. 329. Disponible en: http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/Tesis_Nash.pdf
- Palomeque, Manuel Carlos, prólogo a Rojas Rivero, Gloria, *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, España, 1991.
- Romagnoli, Umberto, “El derecho del trabajo ante la crisis”, *Revista de Derecho Social*, N° 58, 2012.
- Taruffo, Michele, “Osservazione e chiarimenti in tema di licenziamenti”, *Rivista impresa & Stato*, de la Camara de Comercio de Milán, N°57, 2001, Milán, Italia.
- “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”, *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ANNO XLII, N°1, 1988.
- “Problemi in tema di esecuzione della condanna alla reintegrazione de lavoratore”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffré, Milán, Italia, 1976.
- Tascón López, Rodrigo, *La ejecución de obligaciones de hacer y no hacer en el orden social de la jurisdicción*, Editorial Comares, Granada, España, 2004.

- *Las obligaciones de hacer y no hacer en el Derecho del Trabajo*, Universidad de León, León, España, 2004.

- Toledo, César, *Tutela de la Libertad Sindical*, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013

- Trentin, Bruno, *La ciudad del trabajo. Izquierda y crisis del fordismo*, (traducción José Luis López Bulla) Bomarzo, Albacete, España, 2013.

- Ugarte, José Luis, “Canto de sirenas: los jueces y el Plan Laboral”, *Revista Laboral y de la Seguridad Social* N° 2, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013.

- *Derechos, Trabajo y Privacidad*, Abeledo Perrot, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2011.

Condiciones para el reconocimiento del derecho de separación por falta de distribución de dividendos en las sociedades de capital

Miguel Martínez Muñoz*

Resumen: El nuevo artículo 348 bis LSC ha tratado de poner fin a la práctica de la falta de distribución de dividendos como vía para oprimir a los socios minoritarios, habiendo quedado finalmente la norma en suspenso. La configuración actual del derecho de separación, con las condiciones establecidas en la Ley para su ejercicio, presenta ineficiencias en la medida en que las causas legales y estatutarias de separación no son suficientes para cubrir todos los supuestos que pueden presentarse, haciéndose por tanto necesaria en nuestro Derecho de sociedades la presencia de la “justa causa” de separación como cláusula de cierre del sistema de protección dispensado por la separación.

1. Introducción

El art. 348 bis LSC es un precepto nuevo que fue introducido en nuestro ordenamiento a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas¹. En concreto, esta norma fue

* Doctorando en Derecho Mercantil (Universidad Pontificia Comillas) Email: mmmunoz@der.upcomillas.es

¹ El art. 348 bis LSC establece: “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

introducida por el art. 1.18º de la Ley 25/2011 y fue fruto de una Enmienda de adición (la número 21) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, siendo su justificación el que *“la falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad”*. Continúa la enmienda valorando que *“el reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad social”*.

Lamentablemente, a pesar de que la introducción del derecho de separación por no reparto de dividendos ha sido considerado un soplo de aire fresco para los minoritarios explotados, en la medida en que se ha procedido a dar una solución al problema de la retención abusiva de dividendos que los socios mayoritarios de determinadas sociedades de capital venían realizando, aquel derecho de separación no ha sido, en general, bien recibido debido a la complejidad de los tiempos actuales². Tanto es así que la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, ha dejado en suspenso el art. 348 bis hasta el 31 de diciembre de 2014 (Alonso Ledesma, 2013: 91, nota 4). Curiosamente, a pesar de que esta norma es una clara reacción frente al abuso de la mayoría, aquélla no apela en ningún momento a este tipo de comportamiento abusivo ni a la política de dividendos llevada a cabo por la sociedad, limitándose el precepto a establecer un derecho que puede ser ejercitado tras cada Junta General ordinaria en la que no se apruebe el reparto de dividendos (a partir del quinto ejercicio desde la inscripción), lo que es criticable en tanto en cuanto no consagra los desarrollos jurisprudenciales en la materia basados en el abuso de derecho³.

2. *El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.*

3. *Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas”.*

² Este derecho suponía acoger el sentir de un importante sector de la doctrina que abogaba por la tutela del socio minoritario ante las decisiones abusivas de la mayoría de atesorar dividendos. Así, entre otros, Alfaro Águila Real/Campins Vargas, 2011: 19-26.

³ Por Ejemplo, La STS De 7 De Diciembre De 2011; González Castilla, 2012: 328, donde el autor critica que la norma no concrete la jurisprudencia sobre el abuso de derecho y aboga por una reforma como parece que se estaba gestando en el poder

Por lo que respecta a la ubicación sistemática de este precepto, debemos precisar que se trata de una causa legal de separación adicional a las enumeradas en el art. 346 LSC. En efecto, para que el socio pueda ejercitar el derecho de separación que le dispensa el ordenamiento jurídico es preciso que concurra una causa de separación, la cual podrá ser legal o estatutaria. Así, la falta de distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles, en aquellas sociedades de capital no cotizadas y a partir del quinto ejercicio desde su inscripción en el RM, aparece configurada como una causa legal de separación al venir expresamente prevista por el legislador en el art. 348 bis LSC (Alonso Ledesma, 2013: 91-92; Martínez Martínez, 2011: 130; Vela Torres, 2013: 55). A pesar de esta configuración, el legislador no introdujo el nuevo supuesto dentro del art. 346 LSC, como hubiera sido lo normal, sino que creó una norma nueva *ad hoc* para ello.

2. Condiciones establecidas en el art. 348 bis LSC para el reconocimiento del derecho de separación

2.1 Transcurso de cinco ejercicios desde la inscripción en el RM

Lo primero que viene a establecer el art. 348 bis LSC es un límite temporal al precisar que el derecho de separación por falta de pago de dividendos sólo podrá ser ejercitado por los socios a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el RM de la sociedad. Este límite no hace referencia a que necesariamente hayan pasado cinco ejercicios sin que la sociedad haya procedido a repartir dividendos sino a que la sociedad lleve cinco ejercicios constituida e inscrita⁴.

En este sentido, se supone que en el cómputo de los cinco ejercicios deberá incluirse necesariamente el que se inicie desde la

legislativo antes de que se procediera a adoptar la suspensión tal y como prueba la Proposición no de Ley de 14 de marzo de 2012. Además, nuestra jurisprudencia ha apuntado que la protección del derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales se construye desde la figura del abuso de derecho, *vid.* en este sentido García Sanz, 2012: 64 y Hernando Cebriá, 2011: 173-205.

⁴ Este hecho elimina el carácter antiopresivo que el legislador pretendía dar a la norma, en opinión de González Castilla, 2012: 331.

inscripción, el cual podrá ser inferior a 12 meses y tener, por tanto, un cierre abreviado. Además, la expresión “*a partir*” parece indicar que el quinto ejercicio queda incluido en el cálculo y, por extensión, sus resultados, los cuales serán aprobados por la Junta del ejercicio siguiente, esto es, del sexto ejercicio (González Castilla, 2012: 331). Así, y a pesar de la absoluta falta de claridad de este precepto, entendemos que el derecho de separación surgiría a partir del quinto ejercicio incluido, por lo que podrá ejercitarse tras la Junta ordinaria siempre que se hubieran obtenido beneficios en el ejercicio anterior, ya que es durante el quinto ejercicio cuando se decidirá la aplicación del resultado obtenido durante el cuarto ejercicio.

Para evitar las dudas interpretativas puestas de manifiesto, hubiera sido más acertado referir el límite temporal al número de ejercicios con sequía de dividendos, dado que así se conectaría la norma con una finalidad anti abusiva y de protección a la minoría al mismo tiempo que se concretaría la jurisprudencia existente sobre el momento a partir del cual se entiende que el no reparto de dividendos es abusivo.

2.2 *No acordar la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios legalmente repartibles derivados de la explotación del objeto social*

En esta condición lo que la norma establece es un límite cuantitativo para reconocer el derecho de separación al socio, esto es, que la Junta no acuerde la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social que sean legalmente repartibles.

Por lo que respecta a la cantidad en sentido estricto, “*al menos, un tercio*”, se ha criticado lo elevado de la cifra desde un punto de vista financiero, apuntándose además que, para los casos de entidades financieras no cotizadas, ese reparto puede ser contrario a los compromisos de Basilea III (Brenes Cortés, 2011: 32-33; González Castilla, 2012: 333, nota 50). Así, que ese tercio establecido de forma rígida por el legislador sea una cantidad anual fija no parece justificado dado que un año la sociedad podría repartir una cantidad inferior a un tercio y al año siguiente una cuantía superior pero siempre con periodicidad anual.

Además, el límite cuantitativo que estamos comentando se refiere a “*los beneficios propios de la explotación del objeto social*

(...) *que sean legalmente repartibles*”. En este sentido, el beneficio de la explotación no tiene por qué coincidir con el beneficio repartible. Con esta expresión, procedente del art. 128.1 LSC, la norma se refiere a las ganancias que procedan exclusivamente de la actividad ordinaria de la sociedad, dejando a un lado los beneficios extraordinarios o atípicos, y ello aunque las normas contables no permitan distinguir, en las partidas del balance, los resultados debidos a la explotación del negocio de otros extraordinarios o distintos de esa explotación, dificultándose así su cálculo⁵.

Como se observa, el art. 348 bis LSC se refiere al concepto de beneficios legalmente repartibles. En este sentido, el reparto de dividendos se hace sobre la base de los beneficios netos de la sociedad, es decir, una vez deducidos los impuestos correspondientes y excluidas, en todo caso, las reservas. No obstante, la norma hace referencia a dos conceptos que claramente chocan entre sí. Por una parte, se refiere a los beneficios propios de la explotación del objeto social, que son los resultados sin considerar los estados financieros y, en todo caso, antes de aplicar el impuesto sobre sociedades y, por otra, establece los beneficios legalmente repartibles, es decir, beneficios netos, lo que nos lleva a dos resultados completamente diferentes arrojando los beneficios de explotación una cifra de reparto todavía mayor que los legalmente repartibles. Sin embargo, creemos que la expresión “*los beneficios propios de la explotación del objeto social (...) que sean legalmente repartibles*” hace referencia a que no se computarán los ingresos que no provengan de la actividad social pero no a que la base del cálculo no deban ser los resultados netos, es decir, una vez descontados los impuestos y excluidas las reservas. (González Castilla, 2012: 335) En cualquier caso, la redacción es desafortunada por los problemas de interpretación que suscitará y la alta litigiosidad que, sin duda, generará el precepto si continúa estando redactado en los mismos términos después de que su suspensión quede sin efecto.

⁵Además, algunos autores han acudido a la contabilidad y han precisado que los resultados de la explotación son aquéllos antes de aplicar los resultados financieros y el impuesto sobre los beneficios societarios. Sin embargo, podemos citar algunas resoluciones que se han ocupado de este concepto y no han acudido al concepto contable, como la STS de 9 de marzo de 2011, la STSJ de Madrid núm. 159/2006, de 10 de febrero o la SAP de Barcelona de 7 de noviembre de 2000.

2.3 Voto favorable a la distribución de beneficios por parte del socio

El art. 348 bis LSC establece claramente que el legitimado para ejercitar el derecho de separación es “*el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales*”. En este sentido, la norma parte de un comportamiento activo por parte del socio en el sentido de votar a favor pero, a nuestro entender, parece evidente que el socio también podrá hacer uso de este derecho en caso de que haya votado en contra de la aplicación del resultado decidido mayoritariamente por la Junta, sin necesidad de que exista una votación específica para decidir sobre el pago de dividendos. Lo importante, en cualquiera de los casos, es que quede clara la postura del socio a favor de la distribución de dividendos, sea emitiendo un voto favorable al reparto o uno contrario a la aplicación del resultado a partidas distintas del pago de dividendos, siendo recomendable, para este último caso, que el socio exigiera que constase en el acta de la Junta su disconformidad con el destino de los beneficios aprobados y su intención favorable al reparto de dividendos a los efectos de ejercitar el derecho que le asiste *ex art.* 348 bis LSC. Sin embargo, la norma es clara en este punto por lo que habrá que esperar a ver cómo la aplican los órganos jurisdiccionales.

Otro problema relacionado con el voto es el de qué ocurre con los socios sin voto en tanto en cuanto el art. 348 bis LSC no se pronuncia sobre este extremo como sí hace el art. 346 LSC. En efecto, el art. 346 LSC concede el derecho de separación a los socios que no hayan votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto. En la medida en que tanto lo recogido en este precepto como lo contenido en el art. 348 bis LSC constituye causa legal de separación, podemos interpretar, y sería lógico hacerlo, que los socios sin voto también podrán ejercitar el derecho de separación por falta de reparto de dividendos, si bien hubiera sido deseable una mención expresa en tal sentido⁶. Además, en apoyo de nuestra interpretación,

⁶ No mantienen esta misma interpretación García Sanz, 2012: 67, quien considera que los titulares de acciones o participaciones sin voto no están legitimados para ejercitar este derecho salvo que adquieran el derecho de voto en determinadas circunstancias (arts. 99.3 y 100.2 LSC). En estas situaciones, los titulares sin voto podrán estar legitimados para ejercer el derecho de separación si votan a favor del reparto de dividendos en el respeto a las condiciones preestablecidas en el art. 348 bis LSC.

podemos traer a colación lo previsto en el art. 99.1 LSC, ya que, además de tener derecho al dividendo mínimo establecido estatutariamente, los socios sin voto tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las participaciones sociales o a las acciones ordinarias, lo que muestra que podrán separarse si no se les reparte, al menos, un tercio de los beneficios de explotación *ex art. 348 bis LSC*, tal y como pueden hacer los socios ordinarios.

3. Conclusiones

El derecho de separación previsto en el art. 348 bis LSC como una causa legal de separación adicional a las ya establecidas en el art. 346 LSC viene a intentar solucionar una de las muchas manifestaciones de un problema que podemos considerar ya reiterativo en el Derecho de sociedades: la opresión de la mayoría sobre los socios minoritarios en las sociedades cerradas. A pesar de los buenos propósitos de la norma, la misma presenta ineficacias y dificultades de interpretación y comprensión que hacen que su aplicación sea, cuanto menos, problemática. Como hemos apuntado, sería recomendable mejorar la dicción literal del precepto para aclarar el momento a partir del cual se puede ejercer el derecho de separación previsto, la referencia a los beneficios propios de la explotación del objeto social que sean legalmente repartibles, así como el tema de la legitimación activa, con especial referencia a los socios sin voto.

La reciente Propuesta de Código Mercantil, en su art. 271-6, contempla la separación por falta de reparto de beneficios en las sociedades de capital y reproduce casi literalmente el texto del art. 348 bis LSC, si bien modifica el tema de la legitimación activa al establecer que podrá ejercitar este derecho “(...) *el socio que hubiera votado en contra de la propuesta de aplicación del resultado (...)*”, haciéndose así eco de las críticas que manifestaban que no era normal votar a favor de la distribución de los beneficios sociales sino votar en contra de la propuesta que destinase el beneficio del ejercicio a partidas distintas del reparto en forma de dividendos. Por lo demás, el límite temporal se mantiene inalterado así como la referencia a los beneficios de explotación que sean legalmente repartibles, si bien se rebaja la cuantía de un tercio a la cuarta parte y establece un nuevo límite consistente en que estos beneficios de explotación hayan sido obtenidos durante los dos ejercicios anteriores. Adicionalmente, la Propuesta establece lo que, a nuestro juicio, puede considerarse una

medida de cautela, en tanto en cuanto impide el ejercicio de la separación cuando exista un acuerdo de refinanciación homologado por el juez (regulado en el art. 71.6 y DA 4ª LC) o cuando la sociedad se encuentre en concurso.

Como hemos defendido, la norma (tanto la de la LSC como la de la Propuesta) presenta ineficacias pues no soluciona el problema de fondo, a saber, la opresión y el abuso de derecho perpetrado por la mayoría. A nuestro juicio, la solución eficiente a este problema vendría de la mano de la separación por justa causa, la cual debería ser concebida como una cláusula de cierre en todo el sistema de protección. Un socio tendrá la necesidad de abandonar la sociedad cuando en el seno de ésta acontezcan enfrentamientos entre socios, fundamentalmente entre mayoría y minoría, pudiendo aquéllos venir por la vía de las modificaciones estatutarias o motivados por otras circunstancias no previstas en la Ley o en los estatutos. Así, si la circunstancia que hace que la continuación en la sociedad sea insoportable no está prevista como causa de separación, legal o estatutaria, ¿debe el socio permanecer desprotegido? En nuestra opinión, este supuesto vulnera el principio de denunciabilidad de las relaciones duraderas pues ningún socio puede quedar vinculado eternamente, debiendo por tanto reconocerse una salida de la sociedad cuando existan razones justas para ello. Además, el derecho de separación por justa causa es un instrumento de defensa que sería especialmente necesario en las sociedades cerradas en la medida que, por sus características particulares, carece el socio minoritario de la debida tutela a través del sistema de causas orquestado en la LSC.

Este sistema que proponemos es el seguido por la Propuesta de Código Mercantil, cuyo art. 271-1 prevé la separación por justa causa, cristalizando así las propuestas minoritarias de parte de la doctrina. De momento, nuestro ordenamiento jurídico no contempla los justos motivos como causa de separación, por lo que habrá que estar a lo que finalmente acabe aprobándose de la Propuesta que actualmente está sobre la mesa. Lo que sí se va abriendo camino entre las resoluciones de los tribunales es la separación *ad nutum* o sin causa, esto es, la posibilidad de que el socio abandone la sociedad por su simple y pura voluntad, algo que creemos otorga menos seguridad jurídica que la opción planteada por nuestra parte en la medida en que el socio deberá alegar un motivo que sea considerado como “justo” siguiendo el criterio de un juez. En cualquier caso, lo verdaderamente importante

es conceder a los socios minoritarios de las sociedades cerradas una solución a las situaciones de opresión draconianas que vienen sufriendo, sea a través de la justa causa o de la separación *ad nutum*, de tal suerte que ese mecanismo concedido sea ejercido conforme a los postulados de la buena fe, pues no se trata de que del ejercicio sin control de la solución se torne el sistema y se pase del abuso de mayoría al abuso de minoría.

Bibliografía

Alfaro Águila Real/Campins Vargas, “El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso por la jurisprudencia”, *Otrosí*, nº 5, 2011, pp. 19-26.

Alonso Ledesma, “La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, 2013, pp. 89-125.

Brenes Cortés, “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 37, 2011, pp. 19-45.

García Sanz, “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 38, 2012, pp. 55-71.

González Castilla, “Reformas en materia de separación y exclusión de socios”, en Farrando Miguel, González Castilla, Rodríguez Artigas (Coords.), *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, 2ª ed., Cizur Menor, 2012, pp. 303-357.

Hernando Cebriá, “Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 37, 2011, pp. 173-205.

Martínez Martínez, “La reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y la incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 37, 2011, pp. 119-140.

La rotación obligatoria de las firmas auditoras de las entidades de interés público en la reforma comunitaria

Pablo Sanz Bayón*

Resumen: En el contexto de la actual crisis, las ayudas públicas a muchas entidades financieras suscitan el interrogante de cómo fue posible que sus auditores de cuentas -mayoritariamente pertenecientes a las firmas del oligopolio conocido como *Big Four*- pudieran haber emitido informes de auditoría sin salvedades antes y durante la crisis. El presente trabajo se propone analizar y valorar sucintamente cómo ha respondido la Unión Europea a esta problemática. En particular, se centrará la atención en la introducción de la rotación obligatoria de la firma auditora en la actual Propuesta de Reglamento sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público (2011), instrumento legislativo que una vez aprobado permitirá reforzar el marco normativo comunitario para dotar a la profesión de una mayor independencia de modo que se recupere la confianza por parte de los usuarios de la información financiera.

1. Introducción

Los escándalos en el sector financiero han vuelto a poner a las firmas auditoras *Big Four* (KPMG, Deloitte, Ernst & Young y Price Waterhouse Coopers) en una posición comprometida, como ya sucedió a principios en 2002 con la caída de Arthur Andersen por los casos Enron y WorldCom. Se las acusa de no haber detectado las irregularidades e informado a tiempo de los colapsos bancarios con repercusiones para los ahorradores, inversores, accionistas y contribuyentes (García Benau, *et al.*, 2003:76, García Benau 2013:229 y Kandemir, H.K., 2013: 213). Los principales gobiernos respondieron rápidamente a la emergencia global rescatando con

* Doctorando en Derecho Mercantil (Universidad Pontificia Comillas) email: psbayon@der.upcomillas.es

recursos públicos a las entidades financieras quebradas (Ascher, B., *et al.*, 2010:8). En consecuencia, la existencia de graves y continuos escándalos financieros e irregularidades relacionados con la contabilidad han provocado que exista un intenso debate sobre cuál es la auténtica función del auditor y su relación con sus clientes.

En este sentido, la Unión Europea se mueve en un nuevo marco que va a cambiar la regulación que afecta a los auditores, una de las profesiones más reguladas del sistema financiero. La realidad de los graves acontecimientos ha demostrado que dicha regulación no ha sido lo suficientemente efectiva cuando lo han requerido las circunstancias tan críticas experimentadas por la banca, bien por los riesgos sistémicos inherentes al desarrollo de la crisis financiera internacional, bien a las distorsiones propias del negocio mundial de auditoría legal de cuentas, presidido actualmente por un mercado oligopolio, tanto en la auditoría al sector financiero como en lo que respecta en general a las sociedades cotizadas (Ascher, B., *et al.*, 2010:3)¹.

Dentro del contexto general de la reforma del sistema financiero, la Comisión Europea, a instancias del comisario Bernier, tomó la audaz iniciativa de iniciar una profunda reforma del marco normativo del mercado europeo de auditoría de cuentas a través de la publicación el 13 de octubre de 2010 del Libro Verde "Política de auditoría: lecciones de la crisis"². Este Libro Verde puso en marcha una amplia consulta pública (de 38 preguntas) en torno a la función y el alcance de la auditoría y la forma de mejorar el papel de la auditoría para contribuir al fortalecimiento de la estabilidad de mercado financiero. De dicha consulta pública pudo deducirse que era posible

¹ Las *Big Four* controlan al menos el 60% del mercado. Además, auditan a casi todas las sociedades cotizadas con ventas anuales de más de 250 millones de dólares. Este dato revela una extrema concentración y pone de relieve la inexistencia de una auténtica situación de competencia. Así, en el ámbito británico, las *Big Four* auditan a 99 sociedades del Índice UK FTSE 100 y a 240 del UK FTSE 250. Para una panorámica actualizada de la información general de las *Big Four*, consúltese el informe "The 2012 Big Four Firm Performance Analysis", elaborado por *Big4.com*: <http://www.big4.com/wp-content/uploads/2013/01/The-2012-Big-Four-Firms-Performance-Analysis.pdf>

²<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0561:FIN:ES:PDF> Para profundizar en las numerosas cuestiones abiertas por el Libro Verde, consúltese Humphrey, C., Kausar, A., Loft, A. y Woods, M. (2011), "Regulating audit beyond the crisis: a critical discussion of the EU Green Paper", *European Accounting Review*, N° 20, pp. 431-457.

mejorar sustancialmente las disposiciones de la Directiva 2006/43/CE ("8ª Directiva")³ relativas a la realización de la auditoría legal de las cuentas anuales y consolidadas de las entidades de interés público⁴. Una Directiva que estaba todavía en proceso de implementación cuando estalló la crisis financiera internacional. La consulta presentada por la Comisión Europea en su Libro Verde dio lugar a algunos cambios en sus propuestas iniciales debido a su tramitación en las comisiones de los grupos parlamentarios. De ahí que el Parlamento Europeo aprobara el 13 de septiembre de 2011 la Resolución "Política de auditoría: lecciones de la crisis", en la que se insta a la Comisión Europea a introducir una mayor transparencia y competencia en el mercado de la auditoría⁵. El movimiento de revisión continuó con dos procesos legislativos paralelos iniciados por la Comisión en noviembre de 2011: la Propuesta de Directiva que modificará la Directiva 2006/43/CE⁶ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público (EIP)⁷, entre las que se integran las entidades financieras. Esta Propuesta de Reglamento, muy cuestionada dentro del ámbito de las *Big Four*, presenta una serie de modificaciones que pueden afectar significativamente al privilegiado *status quo* del oligopolio.

2. El oligopolio en el mercado de auditoría de cuentas del sector financiero y la necesidad de la rotación obligatoria de las firmas auditoras

La evidencia empírica demuestra que en las sociedades de capital donde la realización de la auditoría es obligatoria, como

³<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:157:0087:0107:ES:PDF>

A este respecto, véase Martínez Laguna, L. y Yubero Hermosa, P. (2007), "La armonización de los requisitos de auditoría legal: la nueva Octava Directiva", *Partida Doble*, Nº 186, pp. 56-69.

⁴http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/audit/summary_responses_en.pdf

⁵<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:051E:0001:0008:ES:PDF>

⁶<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0778:FIN:ES:PDF>

⁷<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0779:FIN:ES:PDF>

aquellas que operan en el sector financiero, existe una alta concentración en las firmas pertenecientes al grupo de las *Big Four* (Velte, P., *et al.*, 2011:146). La estructura oligopolística determina una serie de prácticas que se aducen como motivo de la pérdida de independencia y calidad de los auditores. Entre éstas hay que remarcar el fenómeno conocido como *lowballing*, que caracteriza con frecuencia su relación contractual con la entidad auditada. El *lowballing*, como ya reconoció la Comisión Cohen (AICPA 1978)⁸, afecta a la independencia del auditor, porque es una práctica de obtención de contratos de servicios de auditoría a precios (honorarios) por debajo de su coste como estrategia de ruptura de barreras de entrada. Una vez obtenido el encargo, la firma auditora intentará recuperar las pérdidas ocasionadas por esa práctica en ejercicios sucesivos incrementando gradualmente los precios de los servicios prestados, lo que podrá hacer si mantiene a su cliente en cartera a largo plazo. Este modo de conservar al cliente induce al auditor a ceder a las presiones de la entidad auditada, perdiendo así su objetividad e independencia (Knapp, M.C., 1985:202)⁹. Por eso, junto al reforzamiento de los comités de auditoría, la obligatoriedad de la rotación de las firmas auditoras (y no sólo del socio auditor) es una medida clave para terminar con esta práctica y salvaguardar la independencia ya que afecta a la forma de configurar su relación contractual, eliminando las posibilidades de colusión entre auditor y consejo de administración. Una colusión potencial de la cual pueden desprenderse daños al accionariado (Antle, R., 1982: 503 y Watts, R.L. *et al.*, 1983:613).

La Propuesta de Reglamento tiene su fundamento jurídico en el art. 144 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Como es sabido, la utilización del instrumento con mayor rango europeo implica que las medidas que pretende implantar la Comisión no admiten esperas pues, a diferencia de la Directiva, el Reglamento no requiere trasposición a los derechos nacionales de los Estados miembros. Así, el desarrollo de un instrumento legislativo separado y específico para las EIP servirá

⁸<http://documents.routledgeinteractive.s3.amazonaws.com/9780415508117/articles/ommission.pdf>

⁹ Knapp demuestra empíricamente que cuando el conflicto contable no está tratado adecuadamente en la normativa contable, los usuarios de la información financiera suelen percibir que los auditores lo resuelven frecuentemente a favor de la administración.

para alcanzar una armonización coherente y una aplicación uniforme, contribuyendo con ello a mejorar el funcionamiento del mercado interior¹⁰. Las entidades financieras estarán sujetas a dicho Reglamento por cuanto constituyen entidades de interés público, tal y como se definen en el art. 1.1 de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio¹¹.

La Propuesta de Reglamento introduce la rotación obligatoria de las firmas auditoras al cabo de un plazo máximo de 6 años (art. 33.1). Sin embargo, si se llevan a cabo auditorías conjuntas, esto es, si la EIP auditada designa a más de una sociedad auditora para llevar a cabo la auditoría, el periodo tras el cual se hace obligatoria la rotación puede ampliarse a 9 años (art. 33.1). Se estipula también un periodo transitorio de 4 años durante el cual la sociedad auditora no podrá volver a auditar a la misma entidad (art. 33.2). Por su parte, la posición definitiva del Parlamento Europeo es la proposición de un periodo de 14 años, ampliable a 2 si existe una licitación pública o es evaluado por el Comité de Auditoría, o si se realiza coauditoría, informando previamente a la autoridad reguladora (Enmienda 194). Por último, en la posición provisional del Consejo el periodo de nombramiento como auditor sólo podrá superar los 10 años si se realiza un proceso de licitación pública o si se realiza coauditoría. Para la primera implantación de esta normativa, se establecerían cláusulas transitorias para que no se produjera una rotación general inasumible por el sector, de forma que el auditor que llevase más tiempo en el cargo rotase antes. No obstante, esta regulación transitoria está todavía pendiente de una discusión más amplia.

3. Valoración crítica

La introducción de la rotación obligatoria de la firma auditora es una de las novedades que contiene la Propuesta de Reglamento, por

¹⁰ En abril de 2013, el Parlamento Europeo fijó sus posiciones respecto de las propuestas de Directiva y Reglamento existentes. En la actualidad, estamos a la espera de que el Consejo de Ministros europeo adopte una posición definitiva, momento en que podrá iniciarse el proceso trilateral entre Comisión, Parlamento y Consejo que eventualmente consiga ultimar un texto consensuado.

¹¹<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:126:0001:0059:ES:PDF>

cuanto se desmarca del marco regulatorio estadounidense (Sección 204 de la Ley Sarbanes-Oxley¹²) y de los antecedentes legislativos de los Estados miembros, en los que la rotación no afecta al conjunto de la firma sino únicamente al socio auditor responsable del contrato¹³. Esta medida propuesta ha sido criticada en la objeción de que afecta a la calidad de la auditoría, bajo el argumento de que los auditores necesitan continuidad y disponibilidad de tiempo para desplegar todo su *expertise* en el análisis de los estados financieros de la entidad auditada (Arruñada, B., 2004:640). Cuando se produce la rotación, la nueva firma auditora deberá invertir mucho tiempo y esfuerzo hasta analizar todos los estados financieros y ello se supone que afectaría a la calidad y costes de su servicio. Evidentemente, las *Big Four* se oponen a la rotación de la firma porque es una medida que no les permitiría aprovechar el *know how* acumulado y sus activos específicos de un periodo a otro, y por ello alegan que la interrupción de los servicios por obligación legal podría causar ineficiencias y defectos de calidad en la auditoría de la entidad, sobre todo en el corto plazo tras producirse la rotación (Frances, J.R., 2009:1523).

Como hemos analizado sucintamente en este trabajo, la Propuesta de Reglamento de la auditoría de las EIP dista bastante del espíritu reformista que animaba el Libro Verde, habiendo quedado en ciertos aspectos muy determinantes por debajo de las aspiraciones marcadas inicialmente por el Libro Verde para que las auditorías tuvieran la independencia y calidad adecuadas. El paso de la

¹² Esta disposición establece que el auditor responsable de la auditoría rote obligatoriamente cada 5 años. Por tanto, solamente obliga a la rotación de los equipos auditores, pero no a la firma de auditoría.

<http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>

¹³ Cabe apuntar un factor que puede influir en este proceso legislativo como es el proyecto de ley que se está tramitando en Estados Unidos por el que se prohibiría a la Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) imponer la rotación obligatoria, una posición radicalmente contraria a la que se está fraguando en Europa. Este hecho ratifica las sospechas de Pai, K. y Tolleson, T.D. (2012), “The capture of Government Regulators by the Big4 accounting firms: some evidence”, *Journal of Applied Business and Economics*, vol. 13, N°1, pp. 84-94, en el sentido de que el poder de mercado de las *Big Four* determina el control tanto del mercado como de los reguladores del mismo, cuya consecuencia directa es el riesgo moral (*moral hazard*), auditorías de peor calidad y falta de independencia. Una evidencia de ello es la escasa inspección y fiscalización de los supervisores hacia estas multinacionales auditoras (*too big to fail*).

Propuesta por el Parlamento hará que quede todavía más diluida de cara a su definitiva aprobación. Es evidente que en este retroceso del movimiento de revisión ha tenido bastante que ver la presión inmovilista aplicada por el sector afectado, las *Big Four* y la banca europea. Con todo, los avances que traen consigo la Propuesta de Directiva y más convincentemente la Propuesta de Reglamento son tibios pero indiscutibles, como es el caso de la rotación obligatoria de la firma auditora, aunque ello no signifique que vaya a producirse una correlación entre más regulación y una mejora automática de la calidad del servicio de auditoría a las entidades financieras.

Más allá de la introducción de la rotación obligatoria de las firmas auditoras, el movimiento de reforma comunitario sigue sin resolver satisfactoriamente el conflicto de interés generado por el sistema de elección y remuneración del auditor y el problema de agencia inherente a su contrato de servicios. Los auditores son responsables respecto de los accionistas de la entidad auditada y respecto de los *stakeholders*, aunque son elegidos y pagados por la misma entidad. Por tanto, todas las discusiones confluyen en la fuente del problema subyacente, que es la falta de independencia. De hecho, la existencia del servicio de auditoría carece de sentido si no es desempeñada por profesionales verdaderamente independientes. Si el auditor no es independiente, su opinión no será más fiable que los estados financieros preparados por los directivos.

Bibliografía

Antle, R. (1982), "An agency model of auditing", *Journal of Accounting Research*, N° 20, pp. 503-527.

Arruñada, B. y Paz Ares, C. (1995), "Mandatory rotation of company auditors: a critical examination", *International review of law and economics*, N° 17, pp. 513-531.

Arruñada, B. (2004), "Audit failure and the crisis of auditing", *European business organization law review*, N° 5, pp. 635-643.

Ascher, B. y Foer, A.A. (2010), "Financial reform and the Big4 audit firms", *American Antitrust Institute Working Paper* N° 10-01.

Carcello, J.V. y Nagy, A.L.(2004), "Audit firm tenure and fraudulent financial reporting", *Auditing: a journal of practice and theory*, vol. 2, N° 23, pp. 55-69.

Frances, J.R. y Yu, M. (2009), "Big4 office size and audit quality", *The accounting review*, vol. 5, N° 84, pp. 1521-1552.

García Benau, M.A. (2013), "Políticas europeas sobre auditoría en tiempos de crisis", *Revista Gallega de Economía*, Vol. 22, N° 1, pp. 229-248.

García Benau, M.A. y Vico Martínez, A. (2003), "Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis", *Revista valenciana de economía y hacienda*, N°7, pp. 25-48.

Ghosh, A. y Moon, D. (2005), "Auditor tenure and perceptions of audit quality", *Accounting review*, N° 80, pp. 586-612.

Humphrey, C., Kausar, A., Loft, A. y Woods, M. (2011), "Regulating audit beyond the crisis: a critical discussion of the EU Green Paper", *European Accounting Review*, N° 20, pp. 431-457.

Kandemir, H.K. (2013), "The EU law on auditing and the role of auditors in the global financial crisis", *Journal of Disclosure and Governance*, vol. 10, pp. 213-233.

Kanodia, C.H. y Mukherji, A. (1994), "Audit pricing, lowballing and turnover: a dynamic analysis", *The Accounting Review*, pp. 593-615.

Knapp, M.C. (1985), "Audit conflict: an empirical study on the perceived ability of auditors to resist management pressure", *The Accounting Review*, pp. 202-211.

Martínez Laguna, L. y Yubero Hermosa, P. (2007), "La armonización de los requisitos de auditoría legal: la nueva Octava Directiva", *Partida Doble*, N° 186, pp. 56-69.

Montoya, J. L. y Villacorta Hernández, M. A. (2011), "La cualidad de independencia en la auditoría de cuentas", Comunicación 162 a, *XVI Congreso Aeca*.

Myers, J.L., Myers, L.A. y Omer, T.C.(2003), "Exploring the term of the auditor client relationship and the quality of earnings: A case for mandatory auditor rotation?", *Accounting review*, N° 78, pp. 779-800.

Pai, K. y Tolleson, T.D. (2012), "The capture of Government Regulators by the Big4 accounting firms: some evidence", *Journal of Applied Business and Economics*, vol. 13, N°1, pp. 84-94.

Schatzberg, J.W.(1990), "A laboratory market investigation of Low balling in audit pricing", *The Accounting Review*, pp. 337-362.

Velte, P. y Stiglbauer, M. (2011), "Audit market concentration and its influence on audit quality", *International Business Research*, Vol. 5, N°11, pp. 146-161.

Watts, R.L. y Zimmerman, J.L. (1983), "Agency problems, auditing and the theory of the firm: some evidence", *Journal of law and economics*, N° 26, pp. 613-633.

El derecho de separación del socio minoritario a falta de distribución de dividendos

Pedro Pablo Pérez Carbó*

Resumen: La opresión de las minorías societarias constituye uno de los problemas del Derecho de Sociedades que más nos ocupa desde el punto de vista teórico-práctico. Las diferentes posiciones normativas sobre el tema en cuestión nos han obligado a analizar la evolución de los pasos normativos hasta ahora realizados por el legislador español. Así evaluamos los requisitos regulados en el Artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, suspendido hasta el 31 de diciembre de 2014, respecto a los Artículos 150 de la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 y 276-6 de la Propuesta de Código Mercantil de 2013. Estas normas tienen efectos sobre tres cuestiones fundamentales: el socio minoritario, las sociedades mercantiles y el tejido empresarial. Su regulación constituye un aspecto garante del buen gobierno de las sociedades capitalistas y contribuye a la unificación europea del Derecho Mercantil.

Introducción

Una de las cuestiones que posee mayor trascendencia para la vida de las sociedades de capital en general y en especial para la situación del socio, es la relativa a la decisión de la Junta General de no repartir beneficios procediendo a su atesoramiento, no obstante existir un resultado positivo del ejercicio.

Este extremo nos obliga a hacer algunas precisiones. La primera es que con independencia de haberse abordado o no esta cuestión

* Doctorando en Derecho – Universidad de Barcelona. Grupo de Investigación en Gobierno Corporativo de la Empresa. Correo electrónico: ppletaster@gmail.com

controvertida en la Junta General, el Artículo 93 inciso a de la Ley de Sociedades de Capital, legitima al socio para exigir el reparto de las ganancias sociales. Ello ha obligado al legislador español a configurar la posibilidad de que el socio afectado, ante la concurrencia de ciertos requisitos, pueda ejercitar el derecho de separación con el debido reembolso.

La segunda se enmarca en el giro que el no reparto provoca en la relación societaria. Ello comporta la frustración de la obtención general del lucro como la pretensión fundamental que motivó al inversionista a participar en el negocio e introduce una modificación sustancial en el contrato social. Esto tiene especiales efectos negativos sobre el socio minoritario, puesto que el mayoritario dispone de diversas vías de ingresos durante el ejercicio económico. Entonces podríamos afirmar que esta situación nos presenta una específica limitación fáctica del derecho económico del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales, lo que abarca el beneficio en abstracto y el dividendo en concreto.

Una tercera cuestión de la discusión está centrada en la conveniencia de repartir o no los dividendos. En cualquier caso ello presupone la necesidad de encontrar un equilibrio entre el derecho abstracto del socio a participar en las ganancias sociales de un lado y, el propio derecho de la sociedad para decidir sobre el destino de sus ganancias, del otro.

Los intentos del legislador español encaminados a regular este problema histórico del Derecho de Sociedades, encuentra sus antecedentes legislativos más inmediatos en la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 que viene a materializarse efectivamente en la Ley 25/2011 con fecha 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de Julio, la cual hace realidad una anhelada pretensión de los socios minoritarios con la introducción de la imperativa fórmula del Artículo 348 bis, aprobado a través del Real Decreto Ley 1/2010 de 2 de julio.

Tengamos en cuenta que desde hace ya algún tiempo y adelantándose al legislador, la doctrina societaria admitió entre las causales de separación, la relativa a la falta de distribución de dividendos de manera injustificada, siendo otro aspecto que

dimensiona la importancia de la producción científica sobre un tema de impacto en el desarrollo de la economía española.

Requisitos para el ejercicio del derecho de separación ante la sequía de dividendos

Un primer requisito considerado por el legislador es que la mercantil en cuestión, debe disponer de unos años de vida. En el caso de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 establece como plazo y momento para poder ejercitar el derecho de separación *<el quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil>*.

Ahora bien, podrían surgir varias interrogantes: cuál sería el primer momento para el ejercicio del derecho de separación, el sexto ejercicio con relación a las cuentas del ejercicio anterior o durante el quinto ejercicio en relación a las cuentas que se van a aprobar o bien las del cuarto ejercicio que se aprueban en el quinto. Tampoco resulta evidente, si deberán computarse los ejercicios completos o también deberán sumarse los meses en el caso que la constitución se haya realizado durante el período comprendido en el ejercicio.

Al respecto Rojo Ramírez considera que lo más adecuado sea entender que el ejercicio del derecho de separación podrá ejercerse por primera vez en relación a las cuentas del quinto ejercicio que se van a aprobar y, asimismo, que lo relevante es la aprobación de los respectivos ejercicios *<desde el primero hasta el quinto>* con independencia de su redacción.

Sostenemos que el derecho de separación puede ejercerse por primera vez con relación a las cuentas anuales del cuarto ejercicio, sobre todo por el hecho de que el propio artículo se refiere a los beneficios del ejercicio anterior. Es evidente que no resulta del todo precisa la expresión del legislador, de ahí que la jurisprudencia deberá limar estas asperezas interpretativas.

Los tres cuerpos legales mencionados sostienen el criterio de cinco años como período de vida suficiente de la mercantil, como para que el socio afectado por el atesoramiento pueda exigir su salida con el consustancial reembolso de la inversión realizada.

Un segundo requisito plantea que el socio con intención de separarse, haya votado a favor de la distribución de los dividendos,

curiosamente no fue contemplado en el Código de Sociedades Mercantiles de 2002 ni en la propuesta de Código Mercantil de 2013.

Este supuesto comporta aspectos controvertidos respecto a las posibles actitudes de la Junta General: Podríamos encontrarnos con una sociedad en la que no se haya convocado la Junta General para proceder a la aprobación de las cuentas anuales. También podría convocarse válidamente, pero no incluirse en el orden del día lo referente al reparto de los beneficios.

Una Junta General en la que se aborda la aplicación de resultados sin pronunciamiento sobre el reparto de dividendos, cierra la posibilidad de votar a favor y con ello de cumplir con el mencionado requisito. Por ello es imprescindible que en el orden del día se incluya el reparto, pero de no incluirse, también procedería para la Sociedad Anónima el complemento de convocatoria, según lo prevé el Artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso es conveniente adoptar una posición proactiva obligando a los administradores a convocarla, solicitándola uno o varios socios que sean titulares de al menos, el cinco por ciento del capital social y, presentando una propuesta de orden del día. Tengamos en cuenta que de no prosperar esta acción, queda abierta la posibilidad de convocatoria judicial, según lo previsto en los Artículos 168 y 169 de la Ley de Sociedades de Capital.

Otro tanto podríamos hacer notar en la situación en la que se haya privado al socio de ejercer su derecho al voto. Esta es otra forma de, provisionalmente, impedir el cumplimiento del requisito de salida. Ante esta situación cabe responder con la impugnación del acuerdo social que haya decidido no repartir dividendos. Recordemos que el plazo para ejercitarlo es de un mes, a partir del día siguiente de realizarse la Junta General.

En el supuesto de revocación de un acuerdo de no repartir dividendos sobre el cual ya se hubiese ejercitado el derecho de separación y este a la vez se hubiera notificado a la sociedad, consideramos dudosa la posibilidad de su anulación, tal y como se ha estado pronunciando la jurisprudencia.

Un tercer requisito es el relativo a que se debe haber acordado el reparto de al menos un tercio de los beneficios. Una interpretación amplia de lo dispuesto por el legislador, nos hace afirmar que en

cuanto a la determinación del monto de beneficios propios a repartir, se está refiriendo a un tercio. De incumplirse por parte de la sociedad el destinar injustificadamente esta parte de los beneficios sociales, el socio tendría a su favor otra de las herramientas para solicitar su salida voluntaria.

Con independencia de si es un acierto o no el fijar porcentajes en la propia Ley, el término *<beneficios propios de la explotación del objeto social>* sugiere otras interpretaciones. Ello dado en parte, porque su naturaleza es ajena al derecho societario y, aunque se acerca a un concepto fiscal o contable, tampoco podríamos afirmar que pertenece a uno u otro.

Parece haber un relativo consenso con relación al hecho de que el legislador pretende que no se incluyan en el tercio, las ganancias generadas con motivo de actividades propias del objeto social. En todo caso la base del cálculo de los beneficios, debe hacerse a partir de haberse satisfecho las reservas legales, las estatutarias y las compensaciones de las pérdidas de los ejercicios anteriores, si las hubiera.

La proyección de las propuestas ha sido diferente, lo cual puede estar justificado en la situación económica tan diferente que ubica a una respecto de la otra. En este sentido la de 2002 fue inspiradora del criterio sostenido por la Ley de Sociedades de Capital de 2010. Por su parte la propuesta de Código Mercantil de 2013 ha variado el criterio, sosteniendo la obligatoriedad de repartir una cuarta parte de los beneficios.

Un cuarto requisito a tener presente y sobre el cual no se pronuncia el legislador, es el hecho de no establecer ningún criterio acerca de si es necesaria o no, una participación determinada en el capital social para poder ejercitar el derecho de separación ante la negativa de repartir dividendos. Esto lo traemos a colación por la fórmula prevista en el Artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, la cual exige que uno o varios socios dispongan de la titularidad del cinco por ciento del capital social, para poder exigir a los administradores que convoquen la Junta General.

Tampoco se pronuncia acerca de si solo con que uno de los socios o partícipes invoque el derecho de separarse, se produciría de

manera obligatoria el reparto para el resto de los que votaron a favor del reparto, pero que no han invocado aún el derecho de separación.

Lo ideal sería que solo con que uno de los socios haya exigido el pago de los dividendos, se abra la puerta para el resto. Así mismo sucedería en el caso de recibir una negativa al reparto, con lo que se abrirá para este y el resto la posibilidad de ejercitar el derecho de separación. En este punto conflictivo de la relación socio-sociedad, una parte del cumplimiento de la obligación de reembolsar, dependerá de la situación financiera de la mercantil.

Ninguna de las propuestas, ni la de 2002 ni la 2013, se pronuncian respecto a estos extremos, dejando un vacío legal respecto a dos importantes aspectos del fenómeno. Ello debe constituir motivo de análisis del pre-legislador y del legislador.

Un quinto y último requisito a apreciar es el relativo a que el legislador no se planteó la existencia de un plazo de carencia del socio en la sociedad como complemento a la votación favorable al reparto. En atención a los peligros que ello podría representar para la sociedad en cuestión. En la obra colectiva encabezada por Rojo Ramírez se ha afirmado que *un potencial comprador puede entrar en la empresa solo por la apetencia del dividendo, poniendo en peligro una determinada política de crecimiento o de autofinanciación.*

Con la presentación de estos requisitos expresos y otros a los que no hace referencia el precepto, observamos la voluntad del legislador de aumentar la protección de los socios minoritarios en las sociedades de capital. No obstante, está latente la duda sobre su carácter imperativo, al supuestamente poderse derogar por vía estatutaria.

Así veamos la posible brecha que nos deja la complementaria fórmula de los Artículos 347.2 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital, para sustentar la teoría de que el acuerdo unánime de los socios podría incluir nuevas causas de separación.

Otro aspecto vinculado a la eficacia de los requisitos, es el relativo a la vigencia del propio Artículo 348 bis, suspendido hasta el 31 de diciembre de 2014. La misma ha sido impuesta por el Artículo 1 de la Ley 1/2012, de 22 de Junio, RCL/2012/870, después de dos años de haberse promulgado el precepto. Cuestionable en sí misma por la

frustración temporal que comporta para el goce de los derechos de los socios minoritarios y por *<no constituir un ejemplo de política legislativa adecuada>* tal y como ha afirmado Tusquets Trias de Bes.

Respecto a los tipos societarios a los que se aplicaría el régimen del derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, el Artículo 150 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002 estableció de manera expresa su aplicación a todas, excepto a las Asociaciones de Interés Económico. La propuesta de Código Mercantil de 2013 no se pronuncia al respecto, pero podríamos aplicar el criterio de la Ley de Sociedades de Capital, la que establece que a todas las sociedades mercantiles, excepto a las cotizadas.

Efectos para la sociedad mercantil

Lo anteriormente analizado nos sitúa ante la realidad de que la exigencia mínima de un socio, aunque sea el titular del uno por ciento de los títulos de la sociedad, la obligará al reparto de dividendos. En el caso de oponerse la Junta General, la sociedad deberá soportar la carga que supone el ejercicio del derecho de separación de los socios afectados. Mientras estemos hablando de porcentajes relativamente pequeños no deben surgir demasiadas complicaciones, pero seguramente aumentarán si quienes demandan el reparto tuviesen la capacidad de descapitalizarla.

Un aspecto peliagudo dentro de este mismo punto, lo constituye el contrato de la sociedad mercantil con entidades financieras, en virtud del cual no deberá realizar el reparto de dividendos mientras se encuentre vigente. Esta es una de las estrategias seguidas por algunas sociedades mercantiles ante la imposibilidad de retener los beneficios para autofinanciarse. Ello a la vez comporta una dicotomía en el propio sentido de existencia de la sociedad mercantil, atesorar y/o repartir los beneficios a dividendos.

Efectos para el tejido empresarial

De acuerdo con la interpretación de los datos estadísticos del Registro Mercantil Central, podríamos analizar los efectos de la política económica sobre las Sociedades de Responsabilidad Limitada,

las cuales soportan el mayor peso del tejido económico español. Los efectos de la regulación del derecho de separación, lo podemos constatar de manera previa, cuando analizamos el comportamiento de las constituciones y extinciones de este tipo societario entre 2005 y el 2012. En el período 2005-2009 se produjo un aumento progresivo de las extinciones de sociedades de responsabilidad limitada, de 10.488 en 2005 hasta 18.835 en 2009. Si lo comparamos con la cantidad de sociedades constituidas, observaremos que es muy inferior, de 131.54 en 2005 a 74.333 en 2009.

De 2006 a 2010 de 11.925 a 17.984 extinciones, sin embargo las constituciones estuvieron en el mismo período de 141.830 a 75.885. Ello nos presenta un ritmo más acelerado de desaparición de sociedades que de reposición de las mismas.

Entre 2007-2011 las extinciones estuvieron relativamente estables, de 18.416 a 18.418. Las constituciones en el mismo período fueron de 138.879 a 81.027. En el período 2008-2012 las extinciones se comportaron de 19.774 a 20.850, mientras que las constituciones pasaron de 99.473 a 84.399. Entre los factores causales de los comportamientos descritos anteriormente, destacamos en cualquier caso un marco legal incapaz de originar ventaja competitiva.

La repercusión que el ejercicio del derecho de separación puede tener sobre la solvencia de las sociedades es insignificante con relación a la casi inexistente circulación del crédito. Este hecho lo apuntamos a propósito de la suspensión temporal del artículo, cuya decisión debe pasar por la voluntad de las sociedades mercantiles de sobrevivir o morir en el mercado, pero no por el intervencionismo del Estado que limita con ello, el ejercicio del derecho económico por excelencia del socio inversor.

Las objeciones críticas a este instituto jurídico tuvieron una etapa de evidente restricción en la posición legislativa. Ello se evidencia en la progresiva evolución que han tenido las causales de separación incorporadas desde la Ley del Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de Julio de 1951, pasando por la Ley 2/1995 de Marzo 23 de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, hasta la Ley 25/2011 de agosto 1 de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del PE y del Consejo de 11 de Julio. No obstante se hace realidad un anhelo de los socios minoritarios con la incorporación de la fórmula

del Artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada a través del Real Decreto Legislativo 1/2010 de julio 2 de 2010.

Conclusiones

El desarrollo normativo del instituto jurídico en cuestión ha sido lento. La maduración de los fundamentos jurídicos y de política económica presentes en las propuestas normativas, no han estado a la altura de la exigencia real del fenómeno, de ahí la variabilidad del legislador.

La suspensión temporal del Artículo 348 bis justificada en la actual situación económico-financiera de España, debió ser una decisión empresarial particular. Es cuestionable por la frustración temporal que comporta para el goce de los derechos de los socios minoritarios y por no constituir un ejemplo positivo de política legislativa.

La fórmula propuesta por el Artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, constituye un paso adelante en el fortalecimiento del gobierno corporativo de las sociedades de capital en España y contribuye a la unificación del Derecho de Sociedades en el mercado común europeo.

Bibliografía

Aragón Alonso, Ignacio. <Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: necesario pero ¿suficiente y eficiente?> Revista Aranzadi Doctrinal número 2/2012.

Brenes Cortés, Josefa. <El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el Derecho de Sociedades>. Revista de Derecho de Sociedades No. 37. 2011.

Campuzano, A.B. <Los Derechos del Socio>. En Rojo, A y Beltrán, E (Coordinadores). Comentario a la Ley de Sociedades de Capital. 2011.

Rojo Ramírez, Alfonso A. y Cabañete Pozo Rosario. La separación de socios en la Empresa Familiar y el reparto de los dividendos. Revista de Empresa Familiar, 2(2). 2012.

Tusquets Trias de Bes, Francésc y Jiménez de Parga y Cabrera, Rafael. <Abús del Dret I Tutela de la Minoria en les Societats de

Capital>. Discurs d' ingrés a la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i la contestació de l' acadèmic de número. Novembre 6 de 2012.

Fuentes de financiación/Agradecimientos

Dr. Daniel Vázquez Albert. Grupo de Investigación en Gobierno Corporativo de la Empresa.

Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona-Reconocido por la Generalidad de Cataluña.

En noviembre de 2013, dos jóvenes investigadoras han acordado realizar un proyecto innovador en la Universidad de León: el