

# Revista Jurídica

*de Estudiantes*  
Universidad Autónoma de Madrid



1999

## ARTÍCULOS

- M. ARAGÓN, *"El Derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información"*
- E. BACIGALUPO, *"Empirismo y teorías jurídicas"*
- C. S. NINO, *"Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal"*
- F. J. PEÑAS, *"La historia de las relaciones internacionales"*
- L. GARCÍA, *"Competencia judicial internacional y compensación de créditos"*
- J. GÓMEZ ARBÓS, *"Análisis de las contratas y subcontratas como reflejo de la descentralización productiva"*
- P. M. LORENTI, *"Los Instrumentos de Defensa de la CE tras la Ronda Uruguay del GATT"*

## LECCIONES

- C. PAZ-ARES, *"Uniones de empresas y grupos de sociedades"*
- M. VIRGÓS y F. J. GARCIMARTÍN, *"Pluralidad de fuentes y unidad del sistema español de competencia judicial internacional"*

## ENTREVISTA

- P. CRUZ VILLALÓN, *Presidente del Tribunal Constitucional*

## RECENSIONES

## FORO DE DEBATE

Número 1

# **Revista Jurídica**

*de Estudiantes*

**Universidad Autónoma de Madrid**

**Nº 1**

**1999**

**Dykinson**

**Consejo Asesor:**

Prof. Dr. D. Carlos Espósito (Profesor titular de Derecho Internacional Público)  
Prof. Dr. D. José María Miquel (Catedrático de Derecho Civil)  
Prof. Dr. D. Cándido Paz-Ares (Catedrático de Derecho Mercantil)  
Prof. Dr. D. Alfonso Ruíz-Miguel (Catedrático de Filosofía del Derecho)  
Prof. Dr. D. Fernando Vallespín (Catedrático de Ciencia Política)  
Prof. Dr. D. Miguel Virgós (Catedrático de Derecho Internacional Privado)

**Consejo de Redacción:**

Dña. Laura García ( <i>Directora</i> )	D. Miguel Ángel López
Dña. Adriana Pascual ( <i>Secretaria</i> )	D. Eduardo Melero
D. Félix Alberto Vega ( <i>Tesorero</i> )	Dña. Carmen Miquel
D. Jorge Agudo	Dña. Esther Monterroso
D. Antonio Arroyo	D. Tomás de la Quadra
Dña. Mar Domínguez	Dña. Susana Sánchez
D. Abraham Encinar	D. Borja Suárez
Dña. Marta Jiménez	

**Colaboran:**



© Copyright by  
RJUAM  
Madrid, 1999

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Apto. 8269 Teléfono (91) 544 28 46 - (91) 544 28 69  
e-mail: dykinson @ centrocom.es  
<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X  
Depósito Legal: M-39772-1999

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
<b>NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES EN LA REVISTA JURÍDICA DE LA UAM</b> .....	9
<b>ARTÍCULOS</b> .....	
1. Manuel ARAGÓN, "El Derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información".....	13
2. Enrique BACIGALUPO, "Empirismo y teorías jurídicas".....	37
3. Carlos Santiago NINO, "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal"...	47
4. Francisco Javier PEÑAS, "La historia de las relaciones internacionales".	83
5. Laura GARCÍA, "Competencia judicial internacional y compensación de créditos".....	119
6. Juan GÓMEZ ARBÓS, "Análisis de las contratas y subcontratas como reflejo de la descentralización productiva".....	149
7. Pedro Miguel LORENTI, "Los Instrumentos de Defensa de la CE tras la Ronda Uruguay del GATT".....	181
<b>LECCIONES</b>	
1. Cándido PAZ-ARES, "Uniones de empresas y grupos de sociedades"..	223
2. Miguel VIRGÓS y Francisco J. GARCIMARTÍN, "Pluralidad de fuentes y unidad del sistema español de competencia judicial internacional"..	253
<b>ENTREVISTA A D. PEDRO CRUZ VILLALÓN</b> .....	279
<b>RECENSIONES</b>	
1. Asif H. QURESHI, <i>The World Trade Organization: Implementing international trade norms</i> , Manchester University Press, Manchester, 1996, por Irene BLAZQUEZ.....	299

	<u>Pág.</u>
2. Santiago CASTAN PÉREZ-GÓMEZ, <i>Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano</i> , Dykinson, Madrid, 1996, por Elena QUINTANA.....	307

**FORO DE DEBATE**

1. Eduardo MELERO, "Arquitectura y enseñanza del Derecho: ¿Vínculo inevitable? (Un estudio arquitectónico de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid)".....	313
---	-----

## PRESENTACIÓN

La creación de la *Revista Jurídica* de estudiantes de la Facultad de Derecho de la UAM completa una tarea de difusión de ideas y discusión científica que comenzó hace tres años con la publicación del *Anuario*. Este último está editado por profesores con un contenido circunscrito a un tema monográfico, aunque enfocado de manera multidisciplinar. La *Revista Jurídica*, en cambio, es una revista general de Derecho editada y dirigida por estudiantes. Es precisamente por esa razón que la creación de esta Revista en la era electrónica constituye una gran apuesta, que se funda principalmente en la confianza de que nuestros estudiantes de licenciatura y doctorado sabrán fomentar el diálogo y la investigación a través de la edición de una publicación de alta calidad en sus contenidos y de un exquisito cuidado de las formas. Es evidente que la tarea implica una responsabilidad grande, pero los beneficios que se pueden obtener de esta nueva vía de participación universitaria no son menos relevantes, ya que significan una experiencia de aprendizaje muy valiosa.

El ejemplar que presentamos es una clara muestra de que los redactores han sabido superar el desafío que supone hacer realidad la idea de la Revista. Es justo, en consecuencia, agradecer y felicitar a todos los miembros del Consejo de Redacción por su brillante e imprescindible contribución a la creación de la Revista y, por supuesto, a la publicación del primer número.

El agradecimiento también se extiende a todas las personas e instituciones que han colaborado con el proyecto de revista. Entre ellas es ineludible expresar un reconocimiento especial a las ayudas que hemos recibido del Consejo de Publicaciones de la UAM y los Departamentos de Derecho Público y Privado de la Facultad de Derecho. Asimismo, manifestamos nuestra gratitud a D. Rafael Tígeras, un editor que creyó en nuestro proyecto cuando sólo era un folio de ilusiones sin más.

**CARLOS ESPÓSITO**



## **NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES EN LA REVISTA JURÍDICA DE LA UAM**

1. **Lugar y modo de presentación:** Aquellos que deseen enviar algún texto (artículos, lecciones y recensiones) para que sea publicado en la *RJUAM*, deberán dirigirse al Consejo de Redacción de la misma. Se entregarán dos copias impresas y un disquete en la Secretaría de Derecho Internacional o a cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción (también pueden enviarse por correo electrónico a la dirección: revista.juridica@uam.es). Los autores serán informados de la decisión del Consejo de Redacción aproximadamente un mes antes de la publicación del número correspondiente.
2. **Extensión:** Los originales tendrán una extensión aproximada de entre veinte y treinta folios, salvo las recensiones que serán de cuatro folios.
3. **Idioma de presentación:** Los trabajos serán presentados en castellano. No obstante, excepcionalmente, podrán ser enviados textos en otras lenguas que serán traducidos por los miembros del Consejo de Redacción.
4. **Estilo, tamaño de letra e interlineado:** El estilo de letra será: Times New Roman de cuerpo 12, salvo las notas a pie de página y el sumario que tendrán tamaño 10. El interlineado será de un espacio y medio.
5. **Título:** Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio, irá centrado, en versales cuerpo 14 y negrita.
6. **Autor:** Debajo del Título deberá ponerse el nombre y apellidos del autor, que irá centrado y en versalita cuerpo 12. En nota al pie (a la que se hará referencia con un asterisco) se indicará la condición profesional (Catedrático, Profesor Titular, Becario de Investigación, Abogado, etc.) o el grado de estudio alcanzado (Doctorando, Estudiante de segundo ciclo, etc.) así como el Área de conocimiento (Derecho Civil, Derecho Constitucional) y en párrafo aparte, el organismo al que pertenece (Universidad, Colegio Profesional,...).

7. **División del texto:** A continuación se incluirá un sumario, pudiendo dividirse, tanto éste como el propio texto, en apartados con títulos. Los títulos irán en mayúsculas, negrita y con números romanos (seguidos de un punto, sin guión, y también en mayúsculas y negrita). Los epígrafes de los apartados irán en minúscula, negrita, y con números árabes (seguidos de punto, sin guión, también en minúscula y negrita). Los subepígrafes irán en minúscula, cursiva y con números árabes (seguidos de punto sin guión, y también en minúscula y cursiva).

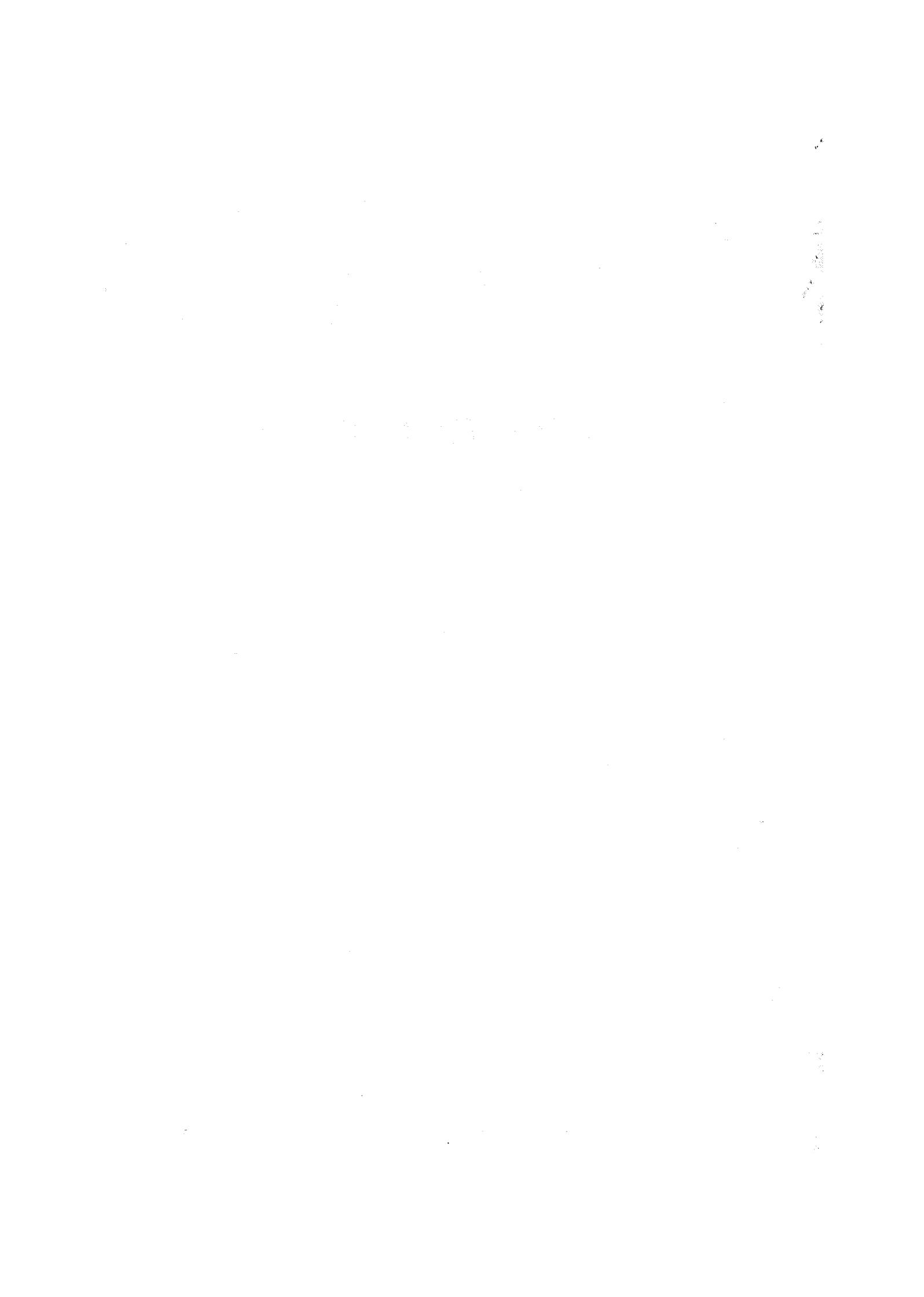
En la redacción del texto no debe utilizarse letra negrita ni subrayado, salvo para los títulos conforme a las anteriores indicaciones. Cuando se quiera subrayar algún término o expresión se usará cursiva.

8. **Citas:** Las citas han de realizarse a pie de página del siguiente modo:

- Libros: autor (los apellidos en mayúsculas y el nombre completo en minúsculas), la obra (en cursiva), la edición, la editorial, la fecha (sin punto de los millares), el lugar de edición y la página o páginas donde se expresa la opinión (con la abreviatura p. o pp.).
- Artículos: autor, el artículo entre comillas, el nombre de la revista en cursiva, la fecha (sin punto de los millares) y la página o páginas donde se expresa la opinión.
- Cuando inmediatamente debajo de una cita bibliográfica se coloque otra del mismo autor, en lugar de poner los apellidos y el nombre, se pondrá la abreviatura *íd.* (idem).
- Cuando además del mismo autor, se trate también de la misma obra, se pondrá además de *íd.* la abreviatura *ib.* (ibidem).
- Para hacer referencia a una obra citada anteriormente, pero no inmediatamente, se indicarán los apellidos y nombre completo del autor, la primera palabra significativa de la obra en cursiva y seguida de puntos suspensivos, después las abreviaturas, *op.cit* (en el caso de libros), o *art.cit.* (para artículos), entre paréntesis la nota al pie de página donde dicha obra está citada de manera completa, y la página o páginas donde se expresa la opinión.

9. **Bibliografía final:** se escribirá al final del trabajo una bibliografía.

# **ARTÍCULOS**



## **EL DERECHO AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SUS POSIBLES COLISIONES CON EL DERECHO DE INFORMACIÓN\***

**MANUEL ARAGÓN REYES\*\***

**SUMARIO:** I. LAS PERSONAS JURIDICAS COMO TITULARES DEL DERECHO AL HONOR.- 1. Examen de la jurisprudencia.- a) Una primera etapa: reconocimiento de la titularidad.- b) Una segunda etapa: tesis contradictorias y soluciones ambiguas.- c) Una última etapa (la actual): reconocimiento de la titularidad.- 2. Análisis de las SSTC 139/1995 y 183/1995.- a) Contenido de la Sentencia 183/1995.- a.1) El caso planteado.- a.2) Pronunciamientos del Tribunal Constitucional.- b) La doctrina sentada por la Sentencia 139/1995 del Tribunal Constitucional: el reconocimiento sin excepciones de la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas como resultado final de un proceso evolutivo de la jurisprudencia constitucional.- b.1) El caso planteado en la Sentencia 139/1995.- b.2.) Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la Sentencia 139/1995.- b.2.1) Sobre la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas.- b.2.2) La titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas.- b.2.3) Improcedencia de la técnica de la ponderación entre el derecho a la información y el derecho al honor cuando se trata de una información no veraz.- 3. El derecho al honor de las personas jurídicas como realidad jurídico-positiva ya incuestionable en el ordenamiento español.- II. DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE INFORMACION. SUS POSIBLES COLISIONES.- 1. Sobre las diferencias entre la libertad de expresión y el derecho de información.- 2. La "veracidad" como elemento inseparable del contenido esencial del derecho de información.- 3. El problema de la mixtura de información y opinión.- 4. Delimitación, limitación y colisión en materia de derechos fundamentales.-

---

\*. El origen de este trabajo se encuentra en una conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia en la primavera de 1996. Fue reelaborado, especialmente en su segunda parte, con ocasión de un Curso de Verano de la Universidad Autónoma de Madrid impartido en Miraflores de la sierra en julio de ese año.

\*\* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

## I. LAS PERSONAS JURIDICAS COMO TITULARES DEL DERECHO AL HONOR

### 1. Examen de la jurisprudencia

La jurisprudencia emanada acerca del problema de si las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor ha venido cambiando a lo largo de los años. Por ello, con el objeto de evitar confusiones, conviene examinar ese desarrollo con cierto detalle.

#### a) *Una primera etapa: reconocimiento de la titularidad*

Esa etapa se inicia con la STS de 31-3-1930, en la que se acogió por vez primera la protección del derecho al honor de las personas jurídicas, derecho reconocido digno de tutela civil por la vía del art. 1.902 del Código Civil a partir de la STS de 6-12-1912. Esta línea jurisprudencial continuará de manera uniforme (sin excepción alguna) durante más de cincuenta años (SSTS de 25-6-1945 y 7-2-1962, entre otras), de tal manera que el Auto de 2-5-1980 de la Sala 2ª del TS podría decir (como dijo en su último Considerando), que es doctrina del TS "que el honor a que se refiere la ley de 1.978 (de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona), complementada por el Decreto de 20 de febrero de 1.979, es tanto el honor individual como el honor de las personas jurídicas". Así lo seguirán reconociendo, pues, las SSTS de 23-3-1987, 22-10-1987, 24-1-1988, 30-3-1988 y 18-7-1988.

En cuanto que el honor no es sólo el "honor espiritual", sino también el "honor mercantil", el "honor comercial" o el "honor profesional" (términos todos empleados por la jurisprudencia del TS), una persona jurídica puede perfectamente ser titular de ese derecho y obtener la tutela judicial frente a sus vulneraciones, tanto en los procedimientos civiles ordinarios como en el procedimiento civil específico regulado en la Ley de 26-12-1.978. Esa es, pues, la inequívoca situación jurisprudencial hasta bien entrada la segunda mitad de los años ochenta.

#### b) *Una segunda etapa: tesis contradictorias y soluciones ambiguas*

Esta segunda etapa arranca de una Sentencia del Tribunal Constitucional, la 107/1988, de 8 de junio. En ella (FJ 2), después de decirse que "el derecho al

honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referido a personas individualmente consideradas", se determina que tal significado "hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado".

Es cierto que en esta Sentencia no se sostiene, tajantemente, que las personas jurídicas carezcan del derecho al honor, máxime cuando ya, desde el inicio de la actividad del Tribunal Constitucional, éste había considerado (Auto 106/1980 FJ 2) "que el derecho al honor puede ser patrimonio (...) también de personas jurídicas". En la Sentencia sólo se indica que tal derecho está vinculado a las "personas", "individualmente consideradas" (característica que, en principio, podría predicarse tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas). En ese sentido, lo que *aparentemente se niega* es que puedan ser titulares del derecho al honor los grupos no personificados o "las clases de personas" (y hemos empleado el término "aparentemente" porque, como después se verá, el TC, en ocasión posterior, reconocerá el derecho al honor de grupos sociales sin personalidad). Sin embargo, y en realidad, lo único que *rotunda y claramente se niega* (como igualmente ocurre en las posteriores SSTC 51/1989 y 121/1989) es que puedan ser titulares de ese derecho unas clases determinadas de personas (las "clases del Estado") y un determinado tipo de personas jurídicas (las personas jurídicas de Derecho público, es decir, las "instituciones públicas"). En esta Sentencia (y en las posteriores del TC 51/1989 y 121/1989) no se dice, pues, de ninguna manera, que carezcan de derecho al honor las personas jurídicas de Derecho privado.

Sin embargo, a partir de ese momento, e interpretando esa doctrina del Tribunal Constitucional en un sentido que excede de lo que en ella se determina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo dará un giro a su anterior y reiterada doctrina y afirmará que el derecho al honor sólo corresponde a las personas físicas y no a las personas jurídicas (SSTS de 24-10-1988, 27-1-89, 9-2-1989, 26-2-1989 y 12-5-1989).

Esta nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo experimentará, no obstante, un cierto grado de inflexión en la STS de 5-10-1989, en la que se pondrá en duda la tesis de negar a toda persona jurídica la titularidad del derecho al honor, afirmándose que, al menos, debe distinguirse entre "personas jurídicas de sustrato propiamente personalista (...) y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del sustrato patrimonial". Lo que ello quiera significar no está claro, ya que en los términos de la Sentencia no se adivina exactamente si se excluyen del derecho al honor sólo las fundaciones o también las sociedades de capital, lo que genera una situación no sólo ambigua, sino también con-

tradictoria, pues el carácter "individual" o "personalista" que allí se sigue atribuyendo al derecho puede dar lugar a muy diferentes soluciones sobre la titularidad según cual sea el significado que a ese carácter se atribuya. Lo cierto, de todos modos, es que se abre una brecha y se anuncia, en cierto modo, una modificación jurisprudencial que no tardará mucho en producirse.

c) *Una última etapa (la actual): reconocimiento de la titularidad*

El inicio de esta última etapa de la jurisprudencia, que es la actual, puede fijarse en la STC 214/1991, en la que, por una parte, se reconoce la titularidad del derecho al honor de un grupo no personificado (o una clase de personas, en este caso los judíos internados por los nazis en campos de concentración), con lo que se confirma que sólo "las clases del Estado" (esto es, los cuerpos funcionariales o cualquier otra agrupación de servidores públicos) no disfrutaban del derecho al honor; y de otra parte, se admite que las personas jurídicas (no públicas, hay que entender) pueden ser titulares del derecho al honor, ya que el significado "personalista" de ese derecho no impone que los ataques o lesiones al mismo hayan de estar dirigidos a una persona física determinada, "pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas" (FJ 6).

Esta doctrina, aún no rotunda en la STC que acaba de citarse, adquiere toda su firmeza y claridad en posteriores Sentencias del Tribunal Supremo. Así, en la STS de 15-4-1992 se dirá que el carácter personalista del derecho al honor "*no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personas jurídicas y, en concreto, a las sociedades mercantiles, como es el caso que nos ocupa*". En efecto, admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil en el desarrollo de sus actividades (...) por todo lo cual ha de concluirse en el sentido de que la Ley 5.5.82, en cuanto regula la protección civil del derecho al honor, es aplicable a las sociedades mercantiles (...). Y en el mismo sentido las SSTS de 9-12-1993 y 26-3-1993.

Y definitivamente, por si el asunto aún no estuviese claro (que ya lo estaba de manera suficiente), queda reconocido que en nuestro ordenamiento las personas jurídicas son titulares del derecho al honor cuando así, de forma rotunda y si atisbo de dudas o matices, lo proclama el Tribunal Constitucional en sus importante Sentencia 139/1995, doctrina confirmada en la STC 183/1995 y que ha quedado ya firmemente establecida. Por su trascendencia para

nuestro tema vamos a analizar con algún detalle esta doctrina del Tribunal Constitucional.

## **2. Análisis de las SSTC 139/1995 y 183/1995**

### *a) Contenido de la Sentencia 183/1995*

#### a.1) El caso planteado

Se trata de un recurso de amparo interpuesto por el periodista don José Ramón Correal Modol y por la sociedad "Diario de la Montaña, S.A.", propietaria del periódico de ese nombre, contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1.994.

Los antecedentes pueden resumirse así. El Sr. Correal Modol publicó en el Diario de la Montaña, el día 7 de diciembre de 1.987, un reportaje sobre la vida nocturna en La Seu d'Urgel, explicando la facilidad que allí tienen los jóvenes para obtener hachís en algunos locales de espectáculos. El reportaje se ilustró con una fotografía de la fachada de la discoteca "Luxury", establecimiento que, sin embargo, no había sido aludido en el texto escrito de dicha información. Los propietarios de la discoteca, en su nombre y en el de la sociedad Luxury, S.A., titular de la misma, interpusieron demanda civil contra el diario, su director y el citado periodista por considerar que se había producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen. El Juzgado de Primera Instancia concluye declarando que se había producido tal intromisión ilegítima en el derecho al honor y condenando, pues, al periódico y al autor del reportaje al pago de una indemnización y a la publicación de la parte dispositiva de la Sentencia. Contra dicha Sentencia interpusieron los condenados recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que por Sentencia de 8 de octubre de 1.990 revocó la del Juzgado con el argumento de que las personas jurídicas no son titulares del derecho al honor. Contra esta Sentencia se recurrió en casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que al igual que el Juzgado estimó que las personas jurídicas tienen derecho al honor y, en consecuencia, casó la Sentencia de la Audiencia y condenó al periodista y al diario al pago de una indemnización de dos millones y medio de pesetas así como a la publicación de la parte dispositiva de la Sentencia. Contra la decisión del Tribunal Supremo se interpuso, como ya se ha dicho, el recurso de amparo resuelto por la Sala 1ª del Tribunal Constitucional mediante la Sentencia de 11 de diciembre de 1.995 que comentamos.

### a.2) Pronunciamentos del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional deniega el amparo en atención a las siguientes razones:

- Las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho fundamental al honor.
- El reportaje periodístico produjo claramente una vulneración del derecho al honor de la sociedad anónima propietaria de la discoteca.
- En el proceso seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia quedó de manifiesto la falta de veracidad de la información en lo que se refiere a la inclusión de la imagen de la discoteca para ilustrar los hechos reprobables que en aquel reportaje se denunciaban (no se ha probado, de ninguna manera, que en aquel local se traficase con droga).
- Ni el periodista ni el periódico estaban, en relación con el reportaje que afectaba al citado local, ejercitando válidamente el derecho constitucional de información dada la falta de veracidad de la noticia.
- En consecuencia, no procede efectuar el balance o ponderación entre derecho de información y derecho al honor para considerar si aquél, por la trascendencia pública de la noticia, debiera o no prevalecer sobre éste, ya que tal balance sólo puede realizarse cuando se está ejercitando válidamente el derecho de información, que no es el caso dada la ausencia del requisito de veracidad.

El Tribunal se limita escuetamente a aludir a esas razones, confirmando la doctrina ya sentada en la Sentencia 139/1995, a cuyas argumentaciones se remite en cuanto a los pronunciamientos jurídicos más relevantes: titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas y no pertinencia de la técnica de colisión (y consecuente prevalencia) entre derecho a la información y derecho al honor cuando la información carece de veracidad. De ahí que haya de ser esa Sentencia 139/1995 el objeto principal del presente comentario, sin perjuicio de señalar la indudable importancia de la Sentencia de 11 de diciembre de 1.995 en cuanto que viene a consolidar una doctrina constitucional que adquiere así el carácter de reiterada, aclarándose, parece que definitivamente, un problema en el que hubo con anterioridad una poco clara o al menos titubeante jurisprudencia.

- b) *La doctrina sentada por la Sentencia 139/1995 del Tribunal Constitucional: el reconocimiento sin excepciones de la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas como resultado final de un proceso evolutivo de la jurisprudencia constitucional*

b.1) El caso planteado en la Sentencia 139/1995

Se trató de un recurso de amparo interpuesto por "Ediciones Zeta, S.A.", don José Luis Morales Suárez y don Basilio Rogado Adalia contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1.993.

Los antecedentes pueden resumirse así. La revista "Interviú" publicó el 27 de febrero de 1.988 un reportaje firmado por el periodista don José Luis Morales en el que denunciaba la corrupción de algunos miembros de la Guardia Civil de Canarias y se citaban casos de diversas empresas privadas implicadas en tales prácticas. Entre esas empresas se mencionaba a la compañía mercantil "Lopesan, Asfaltos y Construcciones, S.A.", de la que se decía que había sobornado a la Guardia Civil para que sus transportes transitasen sin permiso y sin tarjetas y para no pagar multas en los últimos cinco años. La citada empresa interpuso contra la revista y los responsables del reportaje demanda en procedimiento especial de protección civil del derecho fundamental al honor. En dicho procedimiento el Juzgado estima la demanda, declarando que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de "Lopesan, Asfaltos y Construcciones, S.A." y condenando a los demandados a publicar el texto de la Sentencia, a abstenerse de repetir o volver a publicar las informaciones objeto de ese pleito y a abonar a la actora, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de dos millones de pesetas. La resolución anterior fue apelada por los condenados ante la Audiencia Provincial de Barcelona con el argumento de que las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho al honor y a la propia imagen. La Audiencia dictó Sentencia de fecha 26 de octubre de 1.990 desestimando la apelación y confirmando íntegramente la Sentencia anterior. Interpuesto recurso de casación, la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró no haber lugar a tal recurso por Sentencia de 9 de diciembre de 1.993, contra la que se interpuso, como ya se dijo más atrás, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo denegó por la Sentencia 139/1995, que ahora pasamos a comentar.

b.2) Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la Sentencia 139/1995

b.2.1) Sobre la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas

A este problema se dedica el fundamento jurídico 4 de la Sentencia, en el que, confirmándose jurisprudencia anterior (SSTC. 99/1983, 20 y 26/1985, 39/1986 y 23/1989, entre otras), se sostendrá que, pese a no contener nuestra Constitución una declaración expresa como la del art. 19.3 de la Constitución alemana (que proclama que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas), una interpretación correcta de la Constitución española impone la deducción hermenéutica de una cláusula análoga.

Incluso puede afirmarse, analizando este fundamento jurídico (y basándose tanto en lo que en él se dice como en lo que da a entender), que aquí el Tribunal da un paso adelante en aquella jurisprudencia, ya reiterada, en cuanto que la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas no sólo la va a apoyar en razón de la protección del interés de las personas físicas que son su sustrato material o incluso de la protección de los fines para los que tales personas jurídicas fueron creadas (que venían siendo los argumentos más comunes), sino también en razón de la garantía de las condiciones de existencia e identidad de las mismas personas jurídicas. Con lo cual, salvo los derechos fundamentales de estricta dimensión "físico-personalista" (ámbito que, además, ha de interpretarse restrictivamente a los efectos de la exclusiva titularidad "físico-personal"), los demás derechos fundamentales son susceptibles de titularidad por las personas jurídicas. Estas, en consecuencia, no actúan, en defensa de los derechos fundamentales, como si se tratase únicamente de la defensa de un "interés legítimo" (y por lo mismo de los derechos de sus componentes o asociados), sino exactamente como titulares de un derecho propio.

Esta ampliación de las razones que antes había venido esgrimiendo el Tribunal en Sentencias anteriores para fundamentar la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas tiene una gran importancia, no sólo por lo que supone de consolidación dogmática de aquella titularidad, sino, muy especialmente, por lo que significa para eliminar cualquier duda que antes hubiese sobre la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas de base corporativa (y no sólo por las de base personalista). Ello, como es obvio, adquiere una especial relevancia en lo que toca a la titularidad del derecho al honor, como se examinará a continuación.

### b.2.2) La titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas

Este es el punto en que se contiene, sin duda alguna, el pronunciamiento más importante del Tribunal, por su trascendencia y porque viene a poner fin a una etapa jurisprudencia dubitativa sobre la cuestión, aclarando definitivamente (ese carácter de definitivo parece confirmado, como se dijo más atrás, por la posterior Sentencia de 11 de diciembre de 1.995, ya comentada en las líneas precedentes) que las personas jurídicas privadas (de toda clase) son titulares del derecho al honor. A este asunto dedica la Sentencia el fundamento jurídico 5.

Después de efectuar un detenido examen del significado del término honor y, más exactamente, del derecho al honor, la Sentencia reconocerá que el propio Tribunal había acuñado, por un lado, un concepto "personalista" del mismo, asociándolo a las personas físicas (STC. 107/1988), pero, por otro lado, también había sustentado un concepto "objetivista", que no excluía, pues, (aunque tampoco, añadimos nosotros, dejaba claro el asunto) su titularidad por las personas jurídicas (SSTC. 51/1989, 121/1989 y 214/1991). Esta segunda concepción, viene a decir expresamente el Tribunal, es la "que con la presente Sentencia queremos reforzar y ampliar". Es el propio Tribunal, pues, el que destaca la orientación de su Sentencia y, por así decirlo, la importancia doctrinal de la misma (algo que no es muy frecuente que haga, y que ha de interpretarse, por ello, como una singular y muy intencionada "llamada de atención"). Efectivamente, la Sentencia va a tener un significado crucial en la materia objeto de debate, respecto de la cual no sólo "refuerza y amplía" una línea jurisprudencial "objetivista" sino que también la precisa y, por lo mismo, viene a aclarar, por fin, de manera firme y positiva, que las personas jurídicas tienen derecho al honor.

Rechazando explícitamente el argumento utilizado por los demandantes de que las personas jurídicas carecen del derecho al honor y rechazando también (aunque en este punto no lo haga explícitamente, que sí lo hace de todos modos el Ministerio Fiscal en su escrito oponiéndose al amparo) el otro argumento de los demandantes de que, en todo caso, carecen de ese derecho las personas jurídicas de base corporativa, el Tribunal reconocerá que todas las personas jurídicas, sea cual sea su especie, son titulares del derecho al honor y, por ello, que lo es una sociedad anónima (en este supuesto "Lopesan, Asfaltos y Construcciones, S.A.").

Así (transcribimos los correspondientes párrafos de la Sentencia, que son muy expresivos) el Tribunal dirá que "el significado del derecho al honor ni

puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas" (f.j. 5), ya que "resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena" (f.j. 5).

Definido, pues, con claridad el problema jurídico de fondo, la consecuencia para el caso debatido es inmediata, por lo que el Tribunal dirá que "resulta claro que la compañía mercantil "Lopesan, Asfaltos y Construcciones, S.A.", como persona jurídica privada, estaba legitimada activamente, ante la jurisdicción ordinaria, para impetrar, como titular y no como simple portadora de un interés legítimo, el amparo de su derecho al honor. También resulta evidente, del tenor del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que la mencionada compañía no venía obligada a probar la existencia de un daño patrimonial en sus intereses como consecuencia de la publicación de dicho reportaje. Bastaba constatar una intromisión en el honor de la entidad recurrente y que ésta no fuera legítima para reconocer, por parte de la resolución recurrida, una efectiva lesión al honor de la entidad" (f.j. 6).

Ahora bien, aclarada la titularidad del derecho, queda por resolver la ilegitimidad de la intromisión, que es el problema al que se dedican los fundamentos jurídicos 6, 7 y 8 de la Sentencia, y que ahora examinaremos.

b.2.3) Improcedencia de la técnica de la ponderación entre el derecho a la información y el derecho al honor cuando se trata de una información no veraz

El problema de la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor ya se lo había planteado el Tribunal en este caso al comienzo de la propia Sentencia, dado que los recurrentes en amparo habían esgrimido el argumento de que la Sentencia recurrida vulneraba el derecho a la información del periodista y de la empresa editorial y de que, en todo caso, ese derecho de información debiera prevalecer sobre el derecho al honor.

*"Centrado el recurso en tales términos" (dirá el Tribunal, refiriéndose a la alegación hecha por los recurrentes de que las decisiones de la jurisdicción ordinaria han supuesto una vulneración de su derecho*

*fundamental a la libre información), "para analizar si el órgano judicial ha prestado la protección adecuada al derecho de libre información, es menester partir de un razonamiento cuya cuestión nuclear consista en dilucidar si, pudiéndose constatar una injerencia en un derecho o un bien jurídicamente protegido de un tercero, en este caso de la compañía mercantil "Lopesan, Asfaltos y Construcciones, S.A.", los recurrentes en amparo pueden justificar tal injerencia bajo el ejercicio del derecho invocado. Esto nos llevaría a una ponderación entre la libertad de información y el derecho o bien jurídico lesionado a la contraparte, que pretendidamente es el derecho al honor. Ahora bien, si los recurrentes han actuado al margen del ámbito del derecho que el art. 20.1.d) C.E. reconoce, resulta innecesario cualquier tipo de ponderación. Ha desaparecido uno de los términos de la misma y lo procedente, en tal caso, es la desestimación del recurso de amparo. Bien podría comenzarse por este último punto, puesto que su resolución, en caso de encontrarnos ante una actuación informativa ejercida fuera del ámbito del contenido constitucionalmente reconocido a la libertad de información veraz, haría del todo innecesario seguir con cualquier otro tipo de razonamiento. Sin embargo, el adecuado tratamiento de este recurso precisa que, previamente, nos manifestemos sobre la alegación planteada por los actores relativa a la posible titularidad de las personas jurídicas del derecho al honor, dado que es la cuestión básica del presente debate" (f.j.3).*

La cita ha sido extensa, pero necesaria, porque en estos párrafos del Tribunal se ponen de manifiesto dos extremos de suma importancia. Primero, que la colisión (y el juego de la correspondiente prevalencia de uno u otro derecho) sólo se da si el derecho de información se está ejerciendo válidamente, es decir, añadimos nosotros (aunque se deduce claramente de lo que dice el Tribunal), si la información es veraz. Segundo, que si el recurso de amparo sólo puede interponerse por quien alega que se le ha vulnerado un derecho y en este caso tal alegación no es otra que la hecha por los recurrentes de que se ha producido una vulneración de su derecho a la información (también podrían haber alegado que se había producido una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, pero no lo hicieron), el Tribunal podría fácilmente limitarse a ese punto y, en vista de que (como más adelante dirá) en el reportaje faltaba totalmente la veracidad, haber desestimado el recurso de amparo confirmando la Sentencia recurrida. No hacía falta, pues, para *resolver estrictamente el caso*, entrar a dilucidar si las personas jurídicas, y más concretamente la sociedad anónima afectada, eran o no titulares del derecho al honor. Sin embargo (y este

dato es fundamental para dotar de su crucial valor doctrinal a esta Sentencia), el Tribunal Constitucional, atendiendo (eso lo decimos nosotros, pero también se deduce con claridad de las frases que hemos venido transcribiendo) a la dimensión "objetiva" o general que también tiene el recurso de amparo (aparte de su dimensión "subjetiva" o de tutela concreta) ha estimado necesario detenerse en lo que considera "cuestión básica" del asunto debatido. Básica doctrinalmente, por supuesto, aunque no en el sentido de imprescindible para resolver el caso concreto, como ya hemos visto. Esto es, básica desde el punto de vista de la función del Tribunal como supremo intérprete de la Constitución, en cuanto que, consciente (como muy bien da a entender) de que el problema de la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas no había sido hasta al momento aclarado con firmeza por el propio Tribunal, decide, por fin, aprovechar este asunto y convertirlo en un "*leading-case*" para acabar con esa situación de cierta indefinición y declarar cuál será, desde ese momento, y sin ambigüedades, la doctrina del Tribunal sobre este punto.

Volvamos, pues, al problema de la colisión entre derechos, que el Tribunal apuntó en los párrafos que acabamos de transcribir (f.j. 3) y que, después de aclarar la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas y en especial por la sociedad mercantil afectada en el caso, reaparece en al final de la Sentencia (fundamentos jurídicos 6, 7 y 8). Aquí se reiterará la abundante e inequívoca jurisprudencia constitucional acerca de la veracidad como requisito del ejercicio del derecho constitucional de libre información (SSTC 6/1988, 20/1990, 105/1990, entre otras), se constatará que en este caso, como quedó probado en el procedimiento civil, no hubo tal veracidad (no sólo por la falsedad, demostrada, de las imputaciones hechas a la sociedad "Lopesan, Asfaltos y Construcciones", sino también por la ausencia del deber especial de comprobar la veracidad que es exigible a todo medio informativo) y se dirá, por ello, "que el artículo periodístico de autos no constituye una manifestación constitucionalmente protegida por el derecho a la libertad de información veraz alegado por los recurrentes" (f.j. 8). También, al mismo tiempo, se reconocerá que las imputaciones sobre la aludida entidad mercantil vertidas en tal reportaje son una intromisión ilegítima en su derecho al honor, en cuanto que "acarrear objetivamente una difamación o desmerecimiento en la consideración ajena" (f.j. 8).

Ha habido, pues, vendrá a decir la Sentencia, vulneración del derecho al honor y, en cambio, no ha habido ejercicio constitucionalmente protegido de la libertad de información, por lo que no se dan las condiciones para poder realizar una ponderación entre ambos derechos que requiriese tener en cuenta el interés público de la noticia o la dimensión institucional de la libertad de

prensa al objeto de resolver si en el caso prevalecía o no el derecho de información.

Este enfoque, impecable, del problema de la colisión entre derechos, en el que se trasluce la correcta distinción (fundamental para plantear en sus estrictos términos tanto las colisiones de normas como las colisiones de derechos) entre "delimitación" de los derechos (que opera sobre la validez de su ejercicio) derivada del ámbito de conducta constitucionalmente protegido y "limitación" de los derechos (que opera sobre la eficacia en su ejercicio) derivada de la coexistencia entre unos derechos y otros, no significa nada nuevo en nuestra jurisprudencia constitucional, que lo había venido practicando desde sus primeras Sentencias acerca de este problema y, en tal sentido, la 139/1995 no va a suponer, sobre este asunto concreto, un punto de inflexión tan relevante como lo ha supuesto sobre el reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas. No obstante, debe señalarse que, también en lo tocante al enfoque de la colisión entre derechos que antes hemos comentado, los términos con que se pronuncia la Sentencia 139/1995 mejoran (por más explícitos o, si se quiere, más contundentes) la ya notable jurisprudencia anterior. Aquí (con mayor exactitud que en lo relativo a las personas jurídicas, que es donde la frase aparece -f.j. 5-, como se señaló más atrás, y que allí se queda corta dada la intensidad del paso adelante que se da en el tratamiento de la materia) sí que podría decir el Tribunal que había "una orientación jurisprudencial que con la presente Sentencia queremos reforzar y ampliar". Esta Sentencia, pues, no sólo ha sido importante (crucial habría que decir) para el derecho al honor de las personas jurídicas, sino también (aunque en menor medida, claro está) para el derecho de información y para las situaciones, tan frecuentes, de conflicto entre ambos derechos.

### **3. El derecho al honor de las personas jurídicas como realidad jurídico-positiva ya incuestionable en el ordenamiento español**

Aunque la cuestión no había sido tratada con intensidad en la doctrina española, la mayoría de los autores, y desde luego los más solventes en la materia, se habían venido decantando en los últimos años a favor de la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas (vid., entre otros, P. Salvador Coderch, "El mercado de las ideas", Madrid, 1.990, pp. 214 y ss., o A.M. Rodríguez Gutiérrez, "Honor -derecho al-", Enciclopedia Jurídica Civitas, Madrid, 1.995, pp. 3339 y ss.).

Un proceso análogo ha venido experimentando, como ya vimos más atrás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, partiendo de una primera etapa de reconocimiento sin dudas de la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas (SS. de 31-3-1930, 25-6-1945, 7-2-1962, 23-3-1987, 22-10-1987, 24-1-1988, 30-3-1988 y 18-7-1988, entre otras), pasó por una fase intermedia de soluciones contradictorias, en las que unas SS. negaron aquella titularidad (así, por ejemplo, las SS. de 24-10-1988, 27-1-1989, 26-2-1989 y 12-5-1989) y otras la afirmaron con serias restricciones (así la S. 5-10-1989), para desembocar en una situación, que es la actual, en la que, salvo alguna excepción, la tesis general es la del reconocimiento de la titularidad (así las SS. de 15-2-1992, 9-12-1993 y 26-3-1993, entre otras). Una buena indicación de que esa es la tónica general actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la facilitan los dos recursos de amparo que estamos comentando, en los que, de manera coincidente, el Tribunal Supremo reconoció la titularidad del derecho al honor por una sociedad anónima.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como igualmente examinamos más atrás, pasó también por una etapa de ambigüedad o relativa indefinición (S. 107/1988) que no acabó de despejarse hasta fechas recientes, pese a que determinados pronunciamientos (contenidos en el A. 106/1980, así como en las SS. 51/1989 y 121/1989) no negaban la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas o incluso otros (S. 214/1991) la reconocían "casi" expresamente. Esa etapa terminó con la S. 139/1995, verdadero "leading-case" que permite hablar de un antes y un después en la jurisprudencia constitucional.

La doctrina, clara y tajante, de esta Sentencia, que hemos comentado, y que ha resultado confirmada por la posterior S. 183/1995, también comentada más atrás, ya no admite dudas: las personas jurídicas de todo tipo (ya sean civiles o mercantiles, de base personalista o corporativa, ya se trate de sociedades, asociaciones o fundaciones, es decir, sean cuales sean su estructura y sus fines) son titulares del derecho fundamental al honor.

Esa es, pues, la doctrina del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, *ese es hoy nuestro Derecho positivo* (al que deberán atenerse los juristas y, más específicamente, que deberán aplicar todos los jueces y tribunales), en cuanto que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución (según reconoce el art. 1 de su Ley Orgánica), y por ello sus Sentencias vinculan a todos los poderes públicos (art. 164 de la Constitución) y muy en particular a los órganos judiciales, que han de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico de conformidad con la doctrina establecida en las resoluciones

dictadas por el Tribunal Constitucional en todos los procesos constitucionales de los que entiende (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El reconocimiento, pues, de manera clara y terminante en nuestro ordenamiento, de la titularidad por las personas jurídicas del derecho al honor, es, por lo demás, lo que se admite pacíficamente en el Derecho comparado. Sobre esto último, basta con citar la obra norteamericana más autorizada sobre la materia (Prosser/Keaton, "The Law on Torts", 1984, ep. 111, pp. 779 y ss.), o la obra británica (Carter Ruck, "On Libel and Slander", 1.985, p. 68) o alemana (Palandt, "Bürgerliches Gesetzbuch", 1988, ep. 823) de las mismas características, por referirnos a los ordenamientos extranjeros que más influencia han tenido (en España y en otros países próximos) en la construcción teórico-dogmática del derecho al honor (y por lo mismo, de las acciones por difamación).

En toda esa construcción se parte del supuesto (hoy incontrovertible) de que también las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales. En nuestra Constitución no existe un precepto, como el del art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual "los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables", pero el Tribunal Constitucional ha declarado que ello también se desprende de la interpretación de la Constitución española (SSTC 19/1983, 53/1983, 137/1985, 64/1988, 241/1992, entre otras). Como muestra puede citarse lo dicho en la STC 23/1989 (FJ 2): "en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicité en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas".

En tal sentido, y siendo el honor, en su vertiente objetiva, un derecho perfectamente predicable de una persona jurídica (es decir, no incompatible con su naturaleza), parece claro que cuando la Constitución (art. 18.1) establece que "se garantiza el derecho al honor", lo está garantizando también para las personas jurídicas, y que cuando el art. 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, dispone que tendrá la consideración de intromisión ilegítima en el derecho al honor "la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena", la alusión a *la persona* haya de ser entendida tanto respecto de las personas físicas como respecto de las personas jurídicas. Así, como vimos, lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 139/1995 y 183/1995.

## II. DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN: SUS POSIBLES COLISIONES

### 1. Sobre las diferencias entra la libertad de expresión y el derecho de información

Como ocurre en la generalidad de los casos de vulneración del derecho al honor y muy especialmente cuando la "divulgación de expresiones o hechos" (que son los términos que el art. 7.7 de la LO 1/1982 utiliza) que producen esa vulneración se realiza a través de un medio de comunicación pública, una de las cuestiones principales con que el análisis jurídico ha de enfrentarse es la posible concurrencia de derechos, por eso es preciso examinar el problema de la concurrencia entre la libertad de información y el derecho al honor. Para ello hay que delimitar, primero, si la acción vulneradora pertenece al ámbito del derecho de información o al ámbito de la libertad de expresión, pues la colisión con el derecho al honor recibe un tratamiento diferente en uno y otro caso.

Ambos derechos se encuentran perfectamente separados en el art. 20 de la Constitución: uno, el derecho a la libertad de expresión, se contiene en el párrafo a) del apartado 1 de ese artículo, en el que se "reconoce y protege" el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"; otro, el derecho de información, se contiene en el párrafo d) del mismo apartado 1, en el que se "reconoce y protege" el derecho "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión".

Es cierto que ambos derechos están relacionados y que integran una categoría más general que podría denominarse, como frecuentemente se dice en el Derecho anglosajón, "libertad de expresión en sentido amplio", o, como también frecuentemente se dice en el Derecho europeo continental, y más comúnmente en Alemania, "derecho, en sentido amplio, a una comunicación libre". Sin embargo, tal agrupación, que pone de relieve, como se ha dicho, las evidentes relaciones entre una y otra figura, sólo puede ser aceptada en sentido aproximativo y descriptivo, pues desde el punto de vista jurídico-dogmático es perfectamente claro que no se trata de una sola libertad o de un sólo derecho, sino de dos libertades, esto es, de dos derechos rigurosamente distintos.

Como se desprende nítidamente de los términos del art. 20 de nuestra Constitución, como es pacífico en la doctrina (española y extranjera) y como

es reconocido de manera tajante por el Tribunal Constitucional (Sentencias 105/1983, 159/1986, 168/1986, 51/1989, 105/1990, 214/1981, 123/1993, entre otras), la libertad de expresión tiene por objeto la transmisión de "ideas y opiniones" (esto es, juicios de valor y por ello susceptibles de "crítica política y difusión ideológica", SSTC 51/1985 y 223/1992, entre otras) y el derecho de información tiene por objeto la transmisión de "hechos" (esto es, noticias en sentido estricto y por ello no susceptibles de apreciación meramente subjetiva, SSTC 51/1985, 20/1992 y 223/1992, entre otras).

La conexión, pero al mismo tiempo la distinción entre uno y otro derecho está muy bien explicada en la STC 6/1988, FJ 5:

*"(...) en el art. 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables. Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos que en puedan aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20, al elemento que en ellos aparece preponderantemente (...)"*

Esta necesidad, inexcusable, de distinguir, y por ello de encajar una conducta informativa en uno u otro supuesto (en uno u otro derecho) se basa en que, siendo el contenido de ambos bien distinto, bien distintas son también las consecuencias jurídicas que en uno y otro caso se derivan. En cuanto que mediante el derecho de información se comunican "hechos", la "veracidad" forma parte del contenido del derecho, por ello mismo nuestra Constitución no proclama simplemente el derecho de comunicar libremente información, sino de comunicar libremente "información veraz". Tal exigencia de veracidad, en cambio, no se predica (no forma parte del contenido) de la libertad de expresión puesto que su objeto, los "juicios de valor", en cuanto materia perfectamente opinable, no son en principio ni verdaderos ni falsos (lo que no quiere

decir que no puedan ser justos o injustos, o mejor, lícitos o ilícitos, pero ello es cosa bien distinta, sobre la que se volverá después).

## 2. La "veracidad" como elemento inseparable del contenido esencial del derecho de información

La "veracidad" no es un límite al derecho de información, sino algo mucho más importante, exactamente un presupuesto de ese derecho, un elemento indisoluble de su contenido, más aún, de su contenido esencial y por ello un elemento del que no puede disponer ni siquiera el propio legislador, porque viene constitucionalmente impuesto (art. 20.1.d, CE). El derecho de información sólo ampara la información veraz; la información mendaz nunca puede ser entendida como ejercicio del derecho de información. Por tanto, nadie puede escudarse en el derecho de información para propagar noticias falsas. Cuando se transmite una mentira, se puede incurrir en un ilícito penal o civil, o ni siquiera (por la irrelevancia de la mentira) en ilícito alguno, pero lo que no se está ejerciendo, de ningún modo, es el derecho fundamental a transmitir información.

Ello es una cuestión clara en la doctrina y la jurisprudencia tanto española como extranjera, aparte de que así se reconoce *expresamente* en el art. 20.1.d) de nuestra Constitución. (Veanse, por ejemplo, P. Salvador Coderch, "El mercado de las ideas", cit., pp. 137 y ss. -especialmente rotundo en p. 488, en la que se dice: "El derecho a dar y recibir libremente información indispensable en un Estado democrático sólo puede ser el derecho a la información *veraz*"-; S. Muñoz Machado, "Libertad de prensa y procesos por difamación", Madrid, 1.987, pp. 148 y ss.; M. Carrillo, "Derecho a la información y veracidad informativa", Revista Española de Derecho Constitucional, n23-3-1987, en la que se afirma -FD 19-: "falta un requisito fundamental para la existencia y efectividad constitucional del derecho a la libre información: el de la veracidad". De igual modo, en cuanto al inexcusable requisito de la "veracidad" para que pueda haber ejercicio del derecho de información, vease, en el ordenamiento alemán y austriaco, Roeder, "Wahrheitsbeweis und Indiskreter delikt nach deutschen und österreichischen Strafgesetzentw", en "Festgabe für Maurach", 1.972, pp. 347 y ss.; en el ordenamiento italiano, M. Garutti, "Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica", 1.985, pp. 60 y ss.; en el ordenamiento norteamericano, D. A. J. Richards, "Toleration and the Constitution", 1.986, pp. 188-231).

Dicho esto, es perfectamente razonable que la exigencia de veracidad no pueda ser entendida a la manera absoluta, puesto que si así lo fuera se lastraría

la conveniente agilidad y urgencia del proceso comunicativo. Por ello, como también es común en el Derecho comparado, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han entendido que la veracidad que se exige de la noticia (de los hechos) no excluye totalmente el error, pero obliga a extremar la diligencia en la comprobación antes de emitir la información. Esta tesis es la sostenida, de manera reiterada y uniforme, por nuestro Tribunal Constitucional en múltiples Sentencias, entre ellas la 6/1988 (FJ 6):

*"La comunicación que la Constitución protege es, de otra parte, la que transmita información 'veraz' (...) Cuando la Constitución requiere que la información sea 'veraz' no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas (...) cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como 'hechos' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la información actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas (...)"*

Por ello, como dice muy bien el Tribunal Supremo (Sentencia de 3-3-1989, FD 5), en la actividad de comunicar información resulta de todo punto exigible "el específico deber de diligencia que obligaba a un previo contraste de los hechos transmitidos como datos objetivos". S. Muñoz Machado lo ha expresado con gran precisión (op. cit., p. 41): "*Lo que la Constitución está demandando es que el derecho se use con respeto a la verdad, buscando la verdad, después de haber hecho todas las comprobaciones necesarias para hallar la verdad y divulgarla*". Por ello, el Tribunal Constitucional Federal alemán, en una famosa Sentencia de 15-1-1961, en el caso "Schmid-Spiegel" (cuya doctrina sería seguida estrictamente hasta ahora, y que se ha transmitido a la generalidad de la doctrina de otros países, entre ellos España) declarararía que el deber de veracidad queda cumplido no sólo cuando la información se adecua estrictamente a la verdad, sino cuando puede probarse que el informador ha *hecho todo lo que está en sus posibilidades para comprobar lo que dice*.

No hay dudas, pues, en que la transmisión de noticias no "veraces" (en el completo sentido del término según se acaba de exponer) no pueden ampararse en el ejercicio del derecho fundamental de información. La doctrina del Tribunal Constitucional (que no nos resistimos a repetir) viene aquí perfectamente a medida: no puede gozar de la garantía constitucional "quien defrau-

dando el derecho de todos a la información actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado", pues "el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas".

El deber de diligencia no tiene el mismo contenido en cualquier medio de comunicación y respecto de cualquier noticia, sino que se acentúa a medida de la mayor importancia "general" o mayor gravedad "personal" de la noticia y de la mayor "especialización" (lo que presupone mayor "credibilidad" objetiva) sectorial o material del medio de comunicación. Ese mayor rigor en el deber de diligencia, por la trascendencia de la noticia y por la cualidad del medio que la transmite, está muy bien expresado en la doctrina por I. Berdugo ("Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico penal", Anuario 1.990 del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, p. 49).

### **3. El problema de la mixtura de información y opinión**

No obstante, y como a veces ocurre, información y opinión pueden darse mezcladas por lo que respecto de la transmisión de determinadas noticias podría pensarse, en tales casos, que, además de información de hechos (noticias), en tales mensajes se encuentra también algún extremo propio de la expresión de ideas u opiniones y ello plantea el problema de determinar cuál es el derecho que se está ejercitando. De ahí que parezca conveniente complementar el tratamiento del problema examinándolo también, hipotéticamente, desde la óptica de la libertad de expresión.

Del contenido de la libertad de expresión, al contrario de lo que ocurre en el derecho de información, no puede formar parte la "veracidad", ya que, por principio, ni las ideas, a diferencia de los hechos (las noticias), pueden ser verdaderas o falsas, ni en un ordenamiento democrático (como el nuestro) basado en la libertad, esto es, en el pluralismo, puede el Derecho prohibir la libre opinión. Esto no significa, en modo alguno, que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, que ninguno no es. La libertad de expresión, como todo derecho, tiene también sus límites (derivados de la preservación de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, además de los específicos previstos en el propio art. 20.4 de la Constitución, SSTC 12/1982, 62/1982, 81/1983, 88/1985, 172/1990, 65/1991, 214/1991, entre otras muchas).

Pero antes de tenerse en cuenta los límites ha de resolverse un problema previo: el de la delimitación del derecho. Precisamente porque, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de información, el de la libertad de expresión no está constreñido por la "veracidad", el ámbito de este derecho ha de ser "delimitado" muy cuidadosamente. Primero por exclusión: todo lo que sean hechos (noticias), de los que sí cabe predicar la veracidad, está fuera del contenido de la libertad de expresión. Segundo por inclusión: este derecho sólo ampara las opiniones en el sentido más riguroso, esto es, los juicios morales y no las afirmaciones sobre datos de la realidad comprobables objetivamente. Es cierto que, a veces, en una misma expresión (o, más fácilmente, en un mismo discurso) pueden mezclarse la información de "hechos" y la exposición de "ideas", pero entonces, como ha dicho el Tribunal Constitucional, ha de calificarse la comunicación en razón de aquella faceta, de entre las dos, que aparece en el mensaje de modo preponderante.

Volvemos, pues, al problema que inicialmente estábamos tratando: al de una noticia en que se da una mixtura de información de hechos y expresión de opiniones. No cabe, entonces, plantearse el problema de la coexistencia separada, en el mismo caso, del derecho de información y la libertad de expresión. Podría plantearse si un medio de comunicación, a partir de la información "no veraz" suministrada por *otro* medio, expresase una opinión fundada en esa "no veraz" información. Y aun así habría que emplear, como elemento de resolución del problema, las reglas aplicables al "reportaje neutral" (categoría del Derecho norteamericano, iniciada con la famosa Sentencia del TS "Edwards v. National Audubon Society", de 1.977, importada por el Derecho europeo y utilizada por nuestro Tribunal Supremo, aunque con muy específico rigor en la exigencia de la "veracidad", Sentencias de 23-3-1987, 26-1-1989, 3-3-1989 y 27-2-1990, entre otras; veanse P. Salvador Coderch, "El mercado de las ideas", cit., pp. 152 y ss, y S. Muñoz Machado, "Libertad de prensa y procesos por difamación", cit., pp. 85-86).

Cuando, por el contrario, es el *mismo* medio, en el mismo mensaje, el que, a partir de una información "no veraz" que facilita, emite enlazada con ella una opinión cuyo único sustento se basa en la falsedad de lo que se transmite, el problema no puede darse, ni puede, en consecuencia, adquirir autonomía la libertad de expresión y entrarse a discernir entonces si ésta se ha ejercido o no legítimamente. Y esto es así sencillamente porque la opinión directa e inmediatamente apoyada (sin solución de continuidad) sobre una información "mendaz" que el mismo opinante emite, no puede estar protegida por el derecho de libertad de expresión.

#### 4. Delimitación, limitación y colisión en materia de derechos fundamentales

En todos los derechos, pero especialmente en los derechos fundamentales, conviene distinguir la "delimitación" del derecho de su "limitación". La delimitación viene a marcar el contenido del derecho, su ámbito, el tipo de conductas que en el derecho se incluyen y, por lo mismo, las que en el derecho se excluyen. Los límites, en cambio, vienen a condicionar el ejercicio del derecho, esto es, a modular o "limitar" conductas que aún siendo propias del derecho (integrando su contenido) deben sufrir restricciones para que puedan preservarse otros bienes o derechos (la distinción entre delimitación y limitación, que es moneda corriente en la doctrina más autorizada sobre los derechos fundamentales, está bien expresada entre nosotros, por ejemplo, por I. de Otto, "La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales", en I. de Otto y L. Martín-Retortillo, "Derechos fundamentales y Constitución", Madrid, 1.988, pp. 137 y ss.).

Por ello, cuando ha de calificarse una conducta como propia o no del contenido de un derecho, hay que acudir primero al concepto de delimitación. Así, de la misma manera que el derecho de reunión lo es de "reunión pacífica" (dicción literal del art. 21 de la Constitución), el derecho de información, como ya se vió, lo es de "información veraz" (dicción literal también del art. 20.1.d, de la Constitución). "Pacífica", en un caso, "veraz", en otro, son elementos constitutivos del contenido esencial de los respectivos derechos, y no exactamente límites a su ejercicio, de tal manera que la "violencia" no limita el derecho de reunión, ni la "mendacidad" limita el derecho de información. Simplemente, cuando la reunión no es pacífica *no se está ejercitando* el derecho de reunión y cuando la información no es veraz *no se está ejercitando* el derecho de información. Que ninguna reunión violenta puede ser ejercicio del derecho de reunión y ninguna información no veraz puede ser ejercicio del derecho de información es algo, pues, perfectamente claro; en eso estriba, precisamente, la "delimitación".

Sin embargo, ello no quiere decir que toda reunión pacífica y toda información veraz hayan de ser siempre ejercicio legítimo del derecho de reunión o del derecho de información. Aquí, en este terreno, es donde pueden operar los límites. Ciñéndonos al derecho de información, que es el caso que nos ocupa, una información "veraz" puede estar limitada por el derecho a la intimidad e incluso por el derecho al honor, o por la seguridad del Estado, por ejemplo. Y limitada de manera general (esto es, legislativamente) o de manera coyuntural

(esto es, sólo en un supuesto aplicativo); en este último supuesto la limitación proviene de la "colisión", en un caso concreto, del derecho de información con otro derecho que resulte, también en ese caso concreto, de prevalente aplicación. Una cosa es, pues, la limitación general, que la determina el legislador (para preservar otros derechos o bienes constitucionales y según el principio de proporcionalidad) y otra bien distinta es la limitación coyuntural, o más propiamente limitación por colisión, que la aprecia el juez en cada caso, haciendo prevalecer, ante el conflicto (mediante un juicio de ponderación entre los derechos que concurren y atendiendo a las circunstancias del caso), el derecho que, en ese supuesto concreto, estima de aplicación preferente.

Para completar el tratamiento de este problema sólo queda insistir en la muy diferentes posiciones del legislador y del juez en esta materia. El derecho fundamental puede ser limitado, pues, de manera "general", por el legislador para preservar otros derechos fundamentales o incluso bienes constitucionalmente protegidos; pero el derecho fundamental sólo puede ser limitado "coyunturalmente" (realmente ni siquiera habría que hablar aquí de "limitación", sino de "cesión" o "apartamiento" de un derecho en un caso particular) por el juez para preservar (darle preferencia en el caso) otro derecho fundamental, nunca un bien constitucional que no sea derecho, puesto que ello, como antes se ha dicho, sólo puede hacerlo el legislador. El juez ha de preservar siempre los derechos fundamentales (que le "vinculan" según dispone el art. 53.1 de la Constitución) y no puede hacer prevalecer sobre ellos ninguna otra figura jurídica: sólo, pues, en un caso de conflicto, para preservar un derecho, puede hacerlo prevalecer sobre otro (haciendo que éste ceda ante aquél).

Conviene tener sumamente claro, pues, este punto de partida, es decir, las distinciones entre "delimitación", "limitación" y "colisión", para evitar interpretaciones (y por lo mismo aplicaciones) constitucionalmente incorrectas en materia de derechos fundamentales. Cuando una conducta está fuera del ámbito de un derecho, no se está ante un caso de limitación del derecho o de colisiones entre derechos, simplemente se está ante un "no derecho", es decir ante un no ejercicio del derecho. En cambio, cuando una conducta, perteneciendo al ámbito del derecho, traspasa limitaciones que a ese derecho están legislativamente impuestas, no es que se esté ante un "no derecho", pero se está, indudablemente, ante un ejercicio incorrecto del derecho, o si se quiere, ante un ejercicio *no válido* del derecho, y como tal ejercicio inválido tampoco puede entrar en colisión con el ejercicio válido de otros derechos. Ni en un caso (por inexistencia del derecho), ni en otro (por ejercicio inválido del derecho) puede aplicarse la técnica de la colisión entre derechos.

La limitación coyuntural (obra del juez, que no del legislador) es otra cosa muy distinta de las anteriores: requiere que estén en presencia dos derechos (esto es, dos supuestos de válido ejercicio de dos derechos). Ahí es donde puede operar la *prevalencia* como técnica resolutoria de conflictos. Esta técnica es sobradamente conocida y sirve para resolver tanto los conflictos de normas como los conflictos de derechos. Por ello, cuando el juez la emplea para resolver los conflictos de normas, sólo puede aplicarla en presencia de dos normas válidas (aunque contradictorias) y el conflicto lo resuelve no anulando una de ellas (que no puede, pues no cabe anular una norma válida) sino inaplicándola en el caso, porque tenga preferencia (por razones de especialidad, o por razones de "estatalidad" -es decir, del llamado "principio federal"-) la otra norma que entra en colisión con ella y por eso, en el enfrentamiento concreto, "prevalece". De ahí que se haya dicho siempre que la validez de las normas es condición para que pueda operar la técnica de la prevalencia, y que mediante esa técnica no se resuelven cuestiones de validez de las normas, sino sólo de su eficacia en el caso. Así opera la cláusula de prevalencia para la resolución de conflictos normativos entre el Estado y las Comunidades Autónomas prevista en el art. 149.3 de la Constitución.

Igual ocurre en la colisión entre derechos. Un "no derecho" (porque la conducta esté excluida del ámbito constitucionalmente delimitado del derecho) o un derecho "inválidamente" ejercitado (porque se transgredan los límites de ese derecho generalmente establecidos, constitucional y legalmente) no puede nunca prevalecer sobre otro derecho. No cabe, de ninguna manera, en ese caso, emplear la técnica de la colisión y la cláusula de la preferencia.

## EMPIRISMO Y TEORÍAS JURÍDICAS (LA UTILIZACIÓN DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS EN LA PRÁCTICA JUDICIAL)

ENRIQUE BACIGALUPO \*

*“Toda construcción jurídico-dogmática será un castillo de arena si no se puede apoyar en una teoría jurídica”*

Hermann Kantorowicz (*Tat und Schuld*, 1933, p. 9).

### I

Las relaciones entre la teoría y la práctica de los juristas es una cuestión que siempre ha generado posiciones muy encontradas. Si se quiere caracterizar el estado en el que la cuestión se encuentra entre nosotros, yo diría que hace unos años ha comenzado a ser superada la situación de incomunicación total y se vislumbra el inicio de un diálogo cada vez más enriquecedor. Ello hace propicio que hoy, a propósito del inicio de la publicación de esta Revista reflexionemos una vez más sobre dicha problemática.

La cuestión resulta en realidad obligada cuando jóvenes estudiantes que sólo han tenido oportunidad de estudiar teorías se acercan por primera vez a la práctica en los Tribunales.

Juristas prácticos y teóricos tienen una finalidad común: tratan de resolver conflictos sociales sobre la base de normas jurídicas que establecen, antes de que el conflicto tenga lugar, la solución que al mismo se le deba dar. La práctica, por lo tanto consiste en *aplicar normas, cuyo contenido los juristas conocen a través de teorías jurídicas, a casos (conflictos) sociales concretos*. El jurista tiene, por lo tanto, un doble problema de conocimiento: el de las normas y el de los hechos. Comencemos por el de las normas. Con la aplicación

---

\*. Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo.

de las normas jurídicas parece ocurrir algo semejante a lo que sucede con las normas éticas: en ciertas ocasiones la fidelidad a la norma parece contradecir su esencia. Esta divergencia de perspectivas se presenta para las normas éticas sobre todo en el marco de la política y también de todos los asuntos de Estado. Para expresarla Max Weber propuso distinguir entre la *ética de la convicción* y la *ética de la responsabilidad*<sup>1</sup>. Se trata de una distinción que procura en última instancia poner de relieve que la responsabilidad justifica cierta infidelidad a la convicción cuando las consecuencias de la fidelidad a la ética del evangelio serían peores que apartarse de ella. En la práctica del derecho, esta misma estrategia argumental se puede oír cuando un estudiante o un joven recién licenciado se enfrenta por primera vez -y no sólo entonces- con un Tribunal, cualquiera que sea la posición procesal que le quepa ocupar. De una manera paralela se suele admitir que la práctica “*impone*” apartarse de las teorías jurídicas para lograr resultados deseables o que éstos no siempre pueden ser alcanzados con fidelidad a las teorías. Pero *¿qué significa que la práctica “impone” o exige apartarse de las teorías?*. Hasta ahora debo confesar que nunca he escuchado una respuesta convincente. Por el contrario: las razones que se dan para sostener el por qué de tal exigencia son en general oscuras; en parte se refieren a representaciones poco claras de la justicia, en parte parecen provenir de una idea poco precisa de lo que son las teorías jurídicas y de su posible aportación a la práctica de los tribunales. Pero *¿cómo se explica que si la teoría y la práctica tienen la misma finalidad, en esta última haya que asumir una cierta inconsecuencia respecto de las teorías?*. Probablemente la respuesta a esta pregunta se podría intentar poniendo, ante todo, en claro *qué es una teoría jurídica*.

## II

Hemos dicho que los juristas conocen el contenido de las normas con ayuda de teorías jurídicas. Ahora es preciso hacer algunas aclaraciones. La expresión “*teoría*” es utilizada en las ciencias naturales, por lo general, para referirse a las explicaciones de los hechos que se sustraen a la percepción de los sentidos, es decir, que no son empíricamente verificables: la explosión que estaría en el origen del sistema cósmico según la teoría del big-bang, no se puede percibir ni siquiera indirectamente; tampoco es posible percibir la causalidad de un hecho con respecto a un efecto determinado, tal vinculación tiene lugar en la mente humana y no en el mundo real. En la ciencia del dere-

---

<sup>1</sup> Cfr. WEBER, Max, *Die Politik als Berufung*, 1919, en *Gesammelte politische Schriften*, 4ªed., 1980, pp.548 y ss.

cho, esta concepción de la *teoría* carece de sentido: los juristas no cultivan una ciencia empírica, sino *una ciencia hermenéutica*, es decir, interpretan textos y sus teorías, por lo tanto, son en primer término *entendimientos posibles de alguna norma*; p. ej.: el art. 1902 C.Civ. *no* excluye la responsabilidad por la mera causación de un daño, aunque el texto legal establece que la culpa o la negligencia como presupuesto de la obligación de indemnizar o que el art. 11 LOPJ no permite distinguir entre pruebas meramente ilegales y pruebas inconstitucionales, pues toda prueba ilegal es, a la vez, inconstitucional, dado que las normas legales no son sino una concreción de las constitucionales referidas al debido proceso. En segundo término las teorías jurídicas implican una tesis sobre los presupuestos de la solución *correcta* del conflicto. La teoría de la imputación objetiva -que en verdad tiene la pretensión de ser aplicada tanto en el derecho privado, como en el penal o en el administrativo- considera que no es correcto responsabilizar al autor de una conducta por *todos* los resultados que ésta cause, sino sólo por los que sean consecuencia de la creación de un *peligro jurídicamente desaprobado*. La *pretensión de corrección de una teoría* puede ser derivada de presupuestos generales del orden jurídico *que no están explícitos en ninguno de los textos* normativos del orden jurídico; se trata de postulados sin los que la interpretación de los textos jurídicos sería imposible: todo entendimiento de un texto legal requiere, al menos, una concepción de la justicia o de la utilidad social.

Por último, las teorías jurídicas tienen la finalidad de garantizar la *igualdad*, pues brindan una base de aplicación de la ley generalizable a todos los casos que caen dentro del campo de la norma.

Esta vinculación de las teorías jurídicas con la justicia o la utilidad social de los resultados a que conducen la aplicación de una norma, o con ambos valores a la vez, importa una vinculación de la interpretación con la finalidad de las normas y es lo que caracteriza a la ciencia jurídica moderna. Una ciencia orientada a la realización de un programa de contenidos materiales. Dicho en otras palabras: se trata de la vinculación de las normas con su finalidad de obtener un determinado estado de cosas en la sociedad, con el para qué de la norma. En los comienzos de la aplicación del derecho codificado, es decir, de la técnica jurídica surgida de los códigos de Napoleón, sin embargo, se partía de la base de que el juez sólo debía aplicar la "ley" a partir del texto legal: sin interpretarlo, entendiéndolo directamente. En ese tiempo se suponía que el conocimiento del significado de las palabras era suficiente para aplicar la ley y que la introducción de una interpretación implicaba romper con los límites surgidos del principio de separación de poderes. La expresión más acabada de esta idea se encuentra en la *Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812*, en la

que los jueces debían elevar las dudas interpretativas al Tribunal Supremo para que éste, a su vez, elevara la consulta a las Cortes (art. 261,10). En este marco no sólo no hacían falta teorías jurídicas, sino que eran, además, mal vistas, pues la aplicación del derecho no se concebía sino como un problema idiomático, del conocimiento del significado de las palabras de la ley: quien conoce el significado de las palabras del texto legal, puede saber también cuál es la norma aplicable. La creencia de que de esta manera se podía poner en práctica una estricta división de poderes estaba, como es obvio, en la base de esta concepción de la práctica jurídica.

Las limitaciones de este modelo de aplicación de la ley, sin embargo, mostraron rápidamente sus debilidades. Por lo pronto en el derecho privado los jueces no pueden dejar de decidir la solución de un conflicto so pretexto de oscuridad de la ley (art. 1.7 Código Civil); en muchos casos (supuesto de los conceptos indeterminados en el derecho administrativo o de los elementos normativos de los tipos penales, o de las cláusulas generales y abiertas del derecho privado, como la buena fe p. ej.) el juez se ve obligado a *completar la norma mediante juicios de valor*, para cuya formulación el legislador le brinda sólo algunos parámetros orientadores y, para peor, no siempre. Por otra parte, el desarrollo de los conocimientos sobre el lenguaje ha puesto de manifiesto que todas las palabras, en mayor o menor medida, son ambiguas y ello explica que el mismo texto permita, por regla, más de un entendimiento, con diferencias no irrelevantes de matiz respecto del significado normativo del mismo texto.

En este nuevo marco, formado por palabras de ambiguo significado, de conceptos indeterminados requeridos de una valoración impuestos por la complejidad creciente de la vida social y de la obligación de decidir, el juez sólo puede operar con ayuda de teorías jurídicas que le permitan superar la ambigüedad del lenguaje y la indeterminación de los conceptos. Dicho de otra manera: debe buscar la precisión del lenguaje de los textos legales fuera de los textos mismos. A estos elementos, exteriores al texto pero necesarios para cualquier entendimiento del mismo, la hermenéutica moderna los llama *pre-conceptos*. De lo contrario debería consultar al Parlamento en forma constante.

Un ejemplo de esta necesidad de preconceptos en la aplicación de la ley lo brinda la discusión sobre el contenido que se debe dar a las cláusulas que contienen los arts. 433 y 1950 C.Civ. referentes a la *buena fe*. Aquí -como es sabido- pugnan dos puntos de vista diversos. Por un lado la *teoría psicológica*, que considera que lo esencial es el desconocimiento de la falta de derecho del

sujeto y que, por lo tanto, quien ignoraba *carecer* de derecho o, dicho a la inversa, quien suponía tenerlo, obra de buena fe. Por el otro la *teoría ética*, según la cual lo esencial no es el desconocimiento o la suposición de tener derecho, sino la posibilidad de haber conocido, es decir, una teoría que hace depender la existencia de la buena fe, del sentido ético-social del desconocimiento, pues el derecho -se afirma- no quiere beneficiar a quienes obran desconsideradamente hacia los demás. Cada una de estas teorías busca un punto de apoyo que no puede extraer de las palabras de la ley. En un caso, el de la teoría psicológica, se prefiere una referencia a los hechos valorados por la norma. En el otro, la teoría “ética” se apoya en el sistema de valores que presupone un orden jurídico. El texto, como tal, permite sostener ambas teorías. Su significado, sin embargo, depende del preconcepto de la interpretación.

Lo mismo ocurre en el campo de los *derechos fundamentales*: su función en el ordenamiento jurídico depende de cómo se los conciba. La *teoría liberal* de los derechos fundamentales los entiende como derechos de cada ciudadano *contra* el Estado. Es evidente, por lo tanto, que tal concepción excluye que un particular apoye en los derechos fundamentales, pretensiones contra otro particular o que el Estado, o sus representantes, los aleguen como fundamento de sus acciones judiciales contra los ciudadanos. En este marco un derecho fundamental del Estado contra los ciudadanos es un contrasentido. Dicho de otra manera, esta teoría excluye el *efecto horizontal* (entre ciudadanos) de los derechos fundamentales. La teoría social, por el contrario, puede aceptar, al menos en ciertos casos, este efecto, partiendo de que los derechos fundamentales son, en realidad, la expresión de un orden de valores establecido en la Constitución.

La situación no es diferente en el *derecho procesal*, por ejemplo, en la cuestión fundamental del recurso de casación: la distinción entre las cuestiones de hecho (excluidas del recurso) y las de derecho (que son la materia del recurso). *Tampoco aquí* un jurista puede operar sólo con intuiciones: la distinción entre una cuestión de hecho y una cuestión de derecho no puede ser llevada a cabo a partir del mero significado de las palabras pues no es posible saber precisamente qué constituye una infracción de ley en el sentido del recurso de casación si no se considera previamente cuál es la función procesal e institucional de la casación. Por ello se sostiene hoy que “el Tribunal de Casación debe llevar a cabo en la revisión de una sentencia todo lo que le es posible, es decir, todo lo que sin realizar una nueva recepción de prueba pueda revisar, sea en el campo de lo fáctico o de lo jurídico (...). Si el Tribunal de Casación sobre la base de experiencia, de las leyes del pensamiento, de las reglas del lenguaje, de la matemática, o de lo que es público y notorio comprueba errores o no los puede excluir, *no puede ignorarlas sólo porque* tal

error pertenece al mundo de los hechos y no al mundo del pensamiento jurídico” (Sarstedt, W. / Hamm, R., *Die Revision in Strafsachen*, 5. ed., 1983, pág. 257).

Estos ejemplos -se podrían continuar hasta el infinito- nos demuestran dos cosas: en primer lugar que los textos legales no se pueden aplicar sin teorías jurídicas y que las teorías jurídicas no se pueden elaborar sólo con los textos legales, pues requieren ponderación de intereses en juego, cálculo de las consecuencias, análisis de las repercusiones sistemáticas, formulación conceptual, estudio de su practicabilidad procesal, etc.

### III

La elaboración de las teorías jurídicas tiene una alta complejidad metodológica. Para mencionar una sola cuestión que es común a todas las ramas del derecho y que en todas condiciona sus soluciones: ¿cuál es la función del derecho: la estabilización de expectativas o la orientación de la conducta de los ciudadanos?<sup>2</sup>. Sin embargo, ello no significa que en todos los casos las teorías sean un producto de la actividad científica. En la medida en la que toda teoría jurídica se apoya en una cierta representación de la justicia y de la utilidad social, las teorías jurídicas aparecen frecuentemente cuando los tribunales ya han establecido una determinada interpretación del derecho. En general, la ciencia jurídica -como dice Naucke- (ZStW 85 (1973), pág. 416- adolece de una cierta “desactualización” (*Aktualitätsferne*), pues los problemas se plantean en la práctica antes que en los seminarios. En estos casos las teorías aparecen bien como una legitimación a posteriori de las decisiones de los tribunales o bien, cuando son críticas, muestran su desaprobación por tales decisiones. De esta manera entre la teoría y la práctica existe un diálogo en el que es posible percibir tanto coincidencias como enfrentamientos. Pero, en todo caso, *el diálogo es reducido*, pues el tipo de teorías jurídicas que hoy se producen, sobre todo en las Universidades no tienen por objeto todos los aspectos relevantes de la práctica del derecho en sus diversos momentos procesales. Por regla se trata de teorías cuya validez específica se manifiesta sobre todo en el recurso de casación y en el momento de la subsunción. La utilización de tales teorías presupone, sin embargo, la determinación de los hechos que dan lugar al conflicto social, cuestión sobre la cual las teorías del derecho material dicen muy poco, a pesar de que este aspecto de la actividad judicial es el que, probablemente, requiere más tiempo de los operadores jurídicos. Más aún: las teorías pueden ser la *causa* de ciertos problemas de prueba y, por lo tanto, de

<sup>2</sup>. Cfr. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, pp.73 y ss.

problemas prácticos. En este punto el problema va más allá de las teorías jurídicas, llegando también a las facultades de derecho, pues en éstas se sigue creyendo, a veces, ingenuamente, que la aplicación del derecho sólo requiere el conocimiento de normas. Antes de llegar a ese momento, sin embargo, el juez debe *decidir* sobre dictámenes médicos contrapuestos, tasaciones contradictorias, veracidad de los testigos, etc. sin ser médico, ni un conocedor del mercado de determinados objetos, ni un especialista en psicología del testimonio. Una teoría jurídica le indicará si el concepto es médico o jurídico, si el precio es o no relevante para la aplicación de la norma y si el hecho puede ser probado o no por testigos. No le dirá cómo debe resolver sobre si los hechos tuvieron o no tuvieron lugar cuando no todos los expertos a los que ha recurrido en el proceso alcanzan un acuerdo sobre las circunstancias técnicas o científicas de esos hechos. Aparentemente esto no es necesario, pues los principios procesales le indican al Juez que debe *decidir "en conciencia"*. Pero, una decisión de esta naturaleza impone al juez una obligación extraordinariamente exigente.

Por ello cabe formularse una pregunta fundamental: ¿cómo es posible una decisión en conciencia sobre problemas que requieren conocimientos especializados que no tengo? Una pregunta que, nuevamente, *sólo puede ser contestada mediante una teoría jurídica* que indique de qué manera los jueces *deben* formular los juicios sobre los hechos y mediante qué elementos pueden apreciar legítimamente las pruebas. Hoy por hoy en la teoría a un juez se le exige básicamente que su conciencia no ignore la lógica, ni la experiencia, ni la ciencia y le impone, en casos de duda, inclinarse por la interpretación de los hechos más favorable al acusado (o, en su caso al demandado). Para eliminar toda posibilidad de arbitrariedad se le impone a los jueces, además, hacer públicas las razones y los razonamientos en los que se fundamenta la decisión sobre los hechos. La teoría ha seguido en esta materia la evolución de la práctica, debida sobre todo a la incidencia de la Constitución en el proceso, tal como ha entendido el Tribunal Constitucional. La conciencia del juez que fundamenta su decisión sobre los hechos debe ser la expresión de un acto *objetivamente* sostenible; una convicción *puramente interna* del juez es hoy un fundamento insuficiente sobre la realidad de los hechos. En este desarrollo se ha subrayado básicamente el carácter público del proceso, es decir, la necesidad de su control por todos los ciudadanos, destinatarios, junto con las partes, de la actividad de los jueces. Ello, paralelamente, ha ampliado de una manera notable el ámbito del control judicial por vía de los recursos, pues se ha puesto de manifiesto que la ley se puede infringir tanto cuando se la entiende equivocadamente, como cuando bajo una disposición legal correctamente interpre-

tada se subsumen hechos determinados arbitrariamente o, por lo menos, de una manera contraria a la ley y al derecho.

#### IV

Las teorías jurídicas son -como dijimos- un instrumento necesario para la aplicación de la ley, pero no son infalibles ni son definitivas. No son infalibles, como es claro, porque son conocimiento humano. De cualquier *teoría científica* es posible afirmar que sólo es una hipótesis, que su contenido de verdad puede ser destruido en cualquier momento por nuevas experiencias. De las *teorías jurídicas* no es posible decir que son verdaderas en el mismo sentido que las teorías basadas en la experiencia (p. ej. las científico-naturales): las teorías jurídicas no son “verdaderas” cuando se corresponden con la realidad pues no se refieren a la realidad, sino a las normas. La “verdad” de una proposición normativa está dada por su coincidencia con el estado de la dogmática jurídica<sup>3</sup>, por lo tanto, es una verdad tan provisional, o más, que la de las teorías de las ciencias naturales. Por esta razón la crítica de las teorías es sumamente importante para su evolución y su progresivo acercamiento a soluciones mejores.

En este sentido la práctica ofrece las mejores posibilidades de crítica de las teorías jurídicas, pues es en ella donde mejor se pueden comprobar sus resultados. Es en la confrontación con la inabarcable variedad de casos que se juzgan en los Tribunales donde se puede verificar la justicia de los resultados o su utilidad social. Fuera de esta aplicación cotidiana las teorías sólo pueden ser criticadas en su consistencia lógica interna o en los principios metodológicos con los que se las ha elaborado. Esta limitación del jurista, que no participa de la práctica de los instrumentos que elabora, suele producir en muchos dogmáticos un estado de desánimo que se manifiesta en una actitud peligrosamente escéptica frente a la ciencia del derecho. Por el contrario, al dictarse una sentencia o al formular una petición ante un tribunal toda teoría jurídica se verá necesariamente confrontada con un “*derecho natural práctico cotidiano*” (Naucke, ZStW 85 (1973) pág. 432) a la luz del cual se juzgarán los resultados a los que conduce. Por ejemplo: el que sostenga que el error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación excluye el dolo sin más -soy consciente de lo polémico del ejemplo- tendrá que explicarle a la víctima del hecho (muchas veces a sus herederos), qué razón existe para beneficiar al autor por un error que él hubiera podido evitar. Ésto no significa -como es claro- que en la práctica sólo se opere, como algunos creen, con puras “representaciones

<sup>3</sup> Cfr. ADOMEIT, *Rechtstheorie*, 2ªed., 1981, p.37.

morales como bien y mal, rechazable, brutal, arrepentimiento, soportable o imposible”<sup>4</sup>, sino que en una decisión real se suele presentar de una manera transparente el conflicto de intereses en juego y las consecuencias de la aplicación del derecho.

A la inversa las teorías jurídicas son un instrumento decisivo para *la crítica de la práctica*, concretamente de la jurisprudencia, y del derecho vigente. Una teoría nueva importa, en muchos casos, el anticipo de una nueva regla legal o de una reorientación de la jurisprudencia, en todo caso, por lo general, una propuesta de nuevas soluciones.

En suma: las relaciones entre teoría y práctica son ineludibles, al menos en un Estado de Derecho que garantiza la seguridad y la igualdad, pero no son simples.

Norbert Archterberg ha propuesto una “teoría de la jurisprudencia” (1986) que tiene la pretensión de ser una disciplina autónoma paralela a la teoría de la legislación y a la teoría de la administración. En verdad una teoría como ésta constituye una necesidad de la práctica del derecho cada vez más urgente. Krawietz ha procurado esclarecer las relaciones entre las teorías dogmáticas clásicas y la teoría de la jurisprudencia, es decir, de la aplicación del derecho. Será sin duda interesante reflexionar sobre sus conclusiones, que pueden resumirse brevemente de la siguiente manera:

La *dogmática jurídica* pretende decirle al que debe tomar las decisiones qué consideraciones jurídicas debe tener en cuenta, para que su decisión se acomode a los principios del orden jurídico que él mismo debe aplicar. La *teoría de la jurisprudencia* le dice qué componentes suelen influir en sus decisiones y cuáles es lícito que influyan. Las relaciones son fluidas. Una renovada reflexión sobre estos aspectos, es decir, una ampliación del discurso dogmático con los elementos de la decisión misma del conflicto social que ocupa cotidianamente a los tribunales, puede ser el puente que acelere una integración cada vez más deseable y necesaria entre teoría y práctica.

## V

Al comienzo he citado a Max Weber refiriéndome a su conocida dicotomía “ética de la convicción / ética de la responsabilidad” (Gesinnungsethik / Verantwortungsethik). Quiero también al final de mi discurso retornar a este

---

<sup>4</sup> NAUCKE, *loc.cit.*, p.432.

autor al que tanto deben las ciencias sociales modernas y, entre ellas las jurídicas. Sobre todo para recordar que Weber no postuló entre una y otra ética una oposición absoluta, sino que las consideró como “complementos que, en conjunto forman al auténtico hombre que puede tener la política por vocación” (loc. cit. pág. 559). A los juristas, que tienen que tomar o que instar decisiones de trascendencia social e individual, como el político, recordarlo resultará siempre útil tanto como a los jóvenes que ahora comienzan sus prácticas: también teoría y práctica del jurista son dimensiones éticas y sociales complementarias. La elección de una teoría jurídica es un acto de responsabilidad social; lo mismo que su aplicación en casos concretos, porque a través de una teoría un jurista se conecta con un horizonte de valores y con una tradición jurídica que sirve para orientar la aplicación del derecho. Más aún: también el rechazo de toda teoría *es* una teoría, lo que significa que el jurista práctico en ningún caso puede eludir el círculo de teorías que lo rodean. El jurista práctico no puede escapar a su responsabilidad, por lo tanto, *ni siquiera rechazando* las teorías jurídicas, pues esta elección también implica una decisión responsable. Sin perjuicio de que una teoría que proponga no ajustarse a ningún marco conceptual preciso no haría sino aumentar hasta límites intolerables la inseguridad. “Toda praxis -para decirlo en palabras de Gadamer- significa al final, algo que va más allá de ella misma” (“Alle Praxis meint am Ende, was über sie hinausweist”, *Lob der Theorie*, 1983, p. 50). Yo diría, algo más: la práctica judicial nos confronta a diario con la difícil pregunta del por qué hacemos lo que hacemos. Lo dramático de la situación existencial del jurista es que la respuesta no la pueden dar sólo las leyes, sino que, en parte, depende también de su conciencia.

## SUBJETIVISMO Y OBJETIVISMO EN EL DERECHO PENAL

CARLOS S. NINO †\*

### I

- 1.- Peter y Sarah, desconociendo cada uno de ellos lo que el otro está haciendo, apuntan simultáneamente sus armas contra su enemigo común Claude. Peter falla el tiro, bien porque no es un experto en armas, bien porque una paloma se interpone en su camino. Sarah, sin embargo, da en el blanco y Claude muere como consecuencia del disparo. Si ambos tenían la misma intención, ¿deberían ser castigados los dos con la misma pena o debería serle impuesta una pena menor a Peter dado que falló en su intento de matar a Claude?
- 2.- Linda se quiere deshacer de su marido, Eric, y un hechicero le convence de que lo haga clavando alfileres en su retrato. ¿Debería ser castigada con la misma pena que Peter en el ejemplo anterior o incluso como Sarah, dado que intentó matar a alguien?
- 3.- En el mismo contexto, si Eric, que es igual de supersticioso que su mujer, muriera de un ataque al corazón al descubrir las actividades de brujería que contra él estaba llevando a cabo aquélla ¿Linda debería ser castigada con la misma pena que Peter y Sarah, o debería ser absuelta dado que su tentativa no sería en ningún caso suficiente para consumir la acción?
- 4.- Robert dispara contra Richard, su enemigo. Pensando que ha acabado con su vida, quema lo que él cree que es el cadáver de Richard, matán-

---

\*. Carlos S. Nino fue profesor de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Yale. Falleció en 1993. El texto que publicamos es una conferencia que el profesor Nino presentó en Oxford en 1992. Agradecemos a su familia el permiso para su publicación en nuestra revista. La traducción del inglés ha sido realizada por Susana SÁNCHEZ FERRO (Universidad Autónoma de Madrid). Se han respetado las notas a pie de página tal y como las escribió su autor.

dole realmente por asfixia. ¿Debería ser castigado por un asesinato consumado o en menor grado por un homicidio consumado en concurso con un asesinato en grado de tentativa?

- 5.- Mary esconde su ordenador, comprado en Taiwan, para poder introducirlo de contrabando en Argentina. La operación es detectada en la aduana, pero sale a la luz que en Argentina había sido promulgada una nueva ley que permitía introducir ordenadores en el país sin tener que pagar aranceles aduaneros, aunque ni el oficial de aduanas ni Mary lo sabían. ¿Debería Mary a pesar de todo ser sancionada penalmente por haber intentado transgredir las normas y desafiar el orden social?
- 6.- Irwin tira una piedra contra la ventana de Susan porque la odia. Sin que él lo sepa su acción tiene el efecto contrario: el pequeño Jim, el bebé de Susan, que debido a una fuga de gas estaba a punto de morir asfixiado dentro de su habitación cerrada, salva su vida gracias a la ventana rota por Irwin. ¿Debería Irwin ser absuelto del delito de daños por considerarse que concurrió la causa de justificación de estado de necesidad o debería penársele de acuerdo con el daño que quiso causar?

Todo este tipo de cuestiones plantean grandes problemas en relación con los fundamentos de la responsabilidad criminal. Tanto en el sistema legal de tradición anglo-americana, como en el sistema legal continental-europeo se han producido grandes controversias al abordar cómo tratar casos como los anteriormente mencionados. En mi opinión, a pesar de que encontramos variaciones en las soluciones que se han venido ofreciendo a estos problemas, cabría distinguir dos modelos fundamentales a la hora de solucionarlos. Según un primer modelo, Peter debería ser castigado con la misma pena que Sarah porque los dos tienen la misma intención; Linda debería ser castigada penalmente tanto si Eric tiene el ataque al corazón como si no lo tiene; Robert debería ser castigado por un asesinato consumado; Mary probablemente debería ser castigada por un delito de contrabando; e Irwin debería responder por los daños, a pesar de que la fortuna y la casualidad condujeran a la salvación del niño. Para fundamentar sus soluciones estas teorías recurren a las intenciones o a algún otro aspecto subjetivo presente en los sujetos activos: sus seguidores alegan que lo que Peter y Sarah intentaron fue lo mismo y que la maldad es similar por lo que merecen la misma pena. En el caso de Robert, éste consiguió su propósito, no importa por qué camino lograra el resultado esperado. Lo mismo ocurriría con Linda, independientemente de si Eric muere o no muere. Mary quería infringir el sistema legal y su intención es la misma tanto si final-

mente infringió la ley como si no. En cuanto a Irwin, éste quería, tenía la intención de causar un daño, aunque realmente acabara haciendo más bien que mal. Siguiendo la tradición llamaré a este enfoque, enfoque “*subjetivo*”.

El enfoque “*objetivo*” en principio asumirá posiciones contrarias. Según este segundo punto de vista, Peter debería ser penado en menor medida que Sarah o, puesto que no causó ningún daño a Claude, debería incluso ser absuelto. Linda debería ser absuelta en el primer caso, ya que no sólo no causó ningún daño a Eric sino que además no creó ningún peligro de que se produjera tal daño. En el segundo caso, el enfoque objetivo sostendría posiblemente que tampoco habría que penar a Linda por la muerte de Eric, puesto que el daño que éste sufrió fue el resultado de la mera casualidad, por mucho que coincidiera con la intención de Linda. De la misma forma, dado que Robert mató a Richard por un procedimiento diferente al que pretendía, debería ser penado como máximo por una tentativa de asesinato en concurso con un homicidio consumado. Mary no debería ser penada, ya que no cometió ninguna infracción definida como tal por el sistema legal en vigor y se encontraría protegida por el principio de legalidad. En el mismo sentido, Irwin, por mucho que su intención fuese malvada, no debería ser castigado penalmente, puesto que evitó un mal mayor del que causó y el sistema legal lo promueve y lo recoge como estado de necesidad.

Conviene señalar que la razón por la cual la primera aproximación al problema es denominada “*subjetiva*” y la segunda “*objetiva*” es menos clara de lo que a primera vista pudiera parecer. El primer enfoque exige la concurrencia de condiciones no psicológicas -movimientos corporales o su ausencia, daños o el peligro de que se produzcan tales daños- para establecer la responsabilidad, mientras que el segundo la establece en base a condiciones que dependen de estados mentales, tales como la intención o la negligencia. En realidad, cabría sostener que subrepticamente la última de las aproximaciones hace mayor hincapié que la primera de ellas en la intención y motivos del sujeto, puesto que no castiga a Linda y a Robert por los asesinatos de Eric y Richard respectivamente, ya que la forma en que éstos murieron no coincidió con la que ellos habían previsto. Pero será mejor atenerse a la forma tradicional de nombrar estas posiciones, designación que quizás podrá ser reconsiderada más adelante, una vez establecida cual sea la *ratio* de ambos puntos de vista sobre la responsabilidad criminal.

Ambos enfoques parecen tener sus puntos fuertes y sus puntos débiles. El enfoque subjetivo hace depender el castigo penal de lo que el individuo es capaz de controlar y, por ello, ajusta mejor el castigo al merecimiento, sin

tomar en cuenta los peligros que se van creando en los procesos causales a raíz de lo que la gente pretende realizar. Pero, por otro lado, este enfoque supone una injerencia demasiado grande en el terreno de la mente humana y confía en demasía en hechos de carácter elusivo tales como la actitud interna del sujeto. La visión objetiva parece dibujar una línea más clara entre la culpa moral y el campo en el que opera el Derecho, permitiendo únicamente el castigo penal por los daños y perjuicios a los que se han visto sometidos terceras personas. Sin embargo, esta postura parece que abre paso a un tratamiento diferenciado basado únicamente en factores accidentales y arbitrarios, extremadamente inciertos para distinguir casos que podrían ser claramente delimitados recurriendo a la subjetividad de los sujetos activos. Incluso más, cabría añadir que también se nos antoja inconsistente cuando otorga cierta relevancia a actitudes subjetivas para determinar y graduar la pena: ¿por qué, por ejemplo, la intención del sujeto debe ser relevante para distinguir el homicidio doloso del homicidio imprudente y no para asimilar la tentativa con el delito consumado?

Cuando reflexionamos sobre los atractivos y los problemas de una y otra postura nos preguntamos si es posible crear una teoría que acoja las ventajas de la una y de la otra sin sus respectivos handicaps. Si este intento fallara, uno espera al menos poder explicar de forma *consistente* bien una, bien la otra posición tal y como se nos presentan habitualmente, y no verse obligado, en el nombre de la coherencia, a caer en el abismo del subjetivismo en estado *puro* o del objetivismo en estado *puro*. Pues si en el primer caso deberíamos admitir cosas tan repugnantes como castigar a la gente por meros pensamientos, en el segundo caso nos veríamos obligados a aceptar cosas igualmente repugnantes: así por ejemplo, la paridad en el castigo del homicidio doloso, el homicidio imprudente o incluso la muerte accidental. George Fletcher<sup>1</sup> parece ofrecernos otra posibilidad: aceptar diferentes modelos de responsabilidad criminal para los distintos grupos de crímenes según encajen mejor con uno u otro modelo (Fletcher presenta tres modelos de responsabilidad: el modelo subjetivo, el modelo basado en el acto, y un tercer modelo basado en el perjuicio causado). Pero la tendencia hacia la uniformidad es fuerte, y podría justificarse si se logra demostrar la validez de alguno de estos enfoques a costa del otro.

## II

¿Qué punto de partida condujo a los estudiosos tanto de la tradición anglo-americana como de la continental-europea a adoptar uno u otro enfo-

---

<sup>1</sup>. Vid. FLETCHER, George: *Rethinking the Criminal Law*, Boston, 1978, pp.232 y 235.

que? La respuesta a esta pregunta no es pacífica. Existen dos respuestas que me parecen rechazables, y otra que merece mi apoyo y que desarrollaré para así mostrar cuáles son las consecuencias de ambos enfoques y cuál de ellos resultaría aceptable partiendo de ciertos presupuestos político-filosóficos.

La primera hipótesis sobre el origen de la divergencia de aproximaciones se centra en el concepto de *acción humana*. La idea es que el Derecho Penal parte de la evaluación de la susodicha acción humana y se ve condicionado por la “estructura ontológica” de dicho concepto. El teórico de la Ciencia Penal Hans Welzel fundó lo que se conoce como la teoría “finalista” o “teleológica” de la acción humana. El punto de partida de su teoría lo constituye una visión esencialista de los conceptos según la cual éstos reflejan “estructuras lógico-objetivas” que existen en la realidad. Una de dichas estructuras es la de la acción humana y, así, no podría existir una acción sin una cierta finalidad, una determinada intención. De acuerdo con una de sus frases favoritas “...la finalidad es un actuar dirigido conscientemente por un objetivo, mientras que la mera causalidad no está dirigida por un objetivo, sino que es el resultado de la concurrencia casual de elementos causales. Gráficamente hablando, la finalidad es ‘vidente’, mientras que la causalidad es ‘ciega’”<sup>2</sup>. Welzel ataca lo que él llama la “teoría causal de la acción”, defendida por teóricos clásicos como Beling o más tarde Mezger, por asimilar las acciones humanas a puros cursos causales: a pesar de admitir que cada acción implica un “acto de voluntad”, la teoría causal de la acción se ocupa de ello sólo como un factor causal que provoca el movimiento corporal y no indaga en el contenido del acto de voluntad, determinando, por ejemplo, cuál es la intención del sujeto, a efectos de identificar la acción que el sujeto cometió y evaluarla [para la visión clásica de esta teoría, indagar el contenido de la intención sólo sería necesario para fijar la culpabilidad del sujeto activo -la *mens rea* en terminología anglo-americana- y no para establecer la lógicamente previa antijuricidad y la “tipicidad” (“Tatbestandlichkeit”, en la terminología alemana) -el *actus reus* en terminología anglo-americana]. Para Welzel, por el contrario, la estructura ontológica de la acción humana determinaría la necesidad de averiguar el contenido de la intención del sujeto activo para establecer, en primer lugar, si cometió o no un acto, en segundo lugar, qué acción u omisión cometió y, por tanto, si estaríamos ante una acción u omisión tipificada por el Derecho Penal vigente y, finalmente, si la acción es antijurídica y no concurre ninguna de las causas de justificación recogidas en las normas penales tales como la defensa propia, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, etcétera.

---

<sup>2</sup> Vid. WELZEL, Hans: *Derecho Penal. Parte General*, traducido por C. Fontan Balestra, Buenos Aires, 1956, p.39.

Esta visión de las acciones humanas condujo a Welzel a la conclusión de que el examen que el Derecho hace de las mismas -el juicio de antijuricidad (como distinto del juicio de culpabilidad que evalúa la responsabilidad personal del individuo en el resultado antijurídico)- depende necesariamente de la intención del sujeto. Welzel expresó esta idea con el eslogan de que la antijuricidad estaba constituida no sólo por el “desvalor” de resultado sino también y, fundamentalmente, por el “desvalor” de la acción misma. En palabras del propio Welzel “*El desvalor de la acción personal equivale al desvalor general de todos los delitos recogidos por el Derecho Penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico que ha sido dañado o puesto en peligro) carece de independencia en numerosos delitos (delitos de resultado o de peligro). El desvalor de resultado puede faltar en un caso concreto sin que por ello desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo en la tentativa inidónea*”. Esta posición relativa a la preponderancia de la intencionalidad del sujeto a la hora de determinar la antijuricidad de la acción llevó a Welzel a sostener que no caben causas de justificación cuando falta la actitud subjetiva adecuada (como en el caso de Irwin), o que las tentativas inidóneas deberían ser penadas en igual medida que las idóneas. Sin embargo, al concebir el “desvalor” de resultado como relevante también para la antijuricidad del delito, no llega a suscribir todas las implicaciones que conlleva el subjetivismo y, como veremos inmediatamente, es criticado por ello por los subjetivistas modernos. Welzel no admite, por ejemplo, que una tentativa sea en igual grado antijurídica y, por ello, sea castigada en el mismo grado que el delito consumado.

Hace mucho tiempo<sup>3</sup>, criticé esta teoría final de la acción (“Finalität” en alemán). En resumen, mis críticas eran las siguientes: esta concepción se derrumba tan pronto como uno rechaza la concepción esencialista de los conceptos en que se basa y admite que podría haber diferentes nociones convencionales de acción según que propósitos. En segundo lugar, parece irrazonable requerir la determinación del contenido de la intención del sujeto para decidir si el sujeto cometió una acción a los efectos de satisfacer la primera de las condiciones para la criminalización. Sería suficiente para cumplir este primer paso conocer que el sujeto actuó con *alguna* intención (lo que a veces se considera como “voluntariedad”) y produjo los movimientos corporales relevantes o la falta de los mismos. En tercer lugar, aunque es cierto que el contenido de la intención es relevante en ocasiones para clasificar la acción en alguna de las

---

<sup>3</sup>. En mi tesis doctoral realizada en la universidad de Oxford, publicada en español con traducción de R. Navarro bajo el título *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980. Desarrollé estas ideas posteriormente en la *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, 1987.

descripciones penales o tipos, sólo algunos de ellos requieren una intención definida; otros, como el homicidio, excluyen la presencia de una intención determinada, y algunos se muestran indiferentes en lo que concierne a si el sujeto buscaba o no el resultado que es relevante en la descripción del tipo. Finalmente, y más importante en relación con lo que nos preocupa, incluso cuando la descripción típica descansa en una determinada intención del sujeto, de ello no se sigue que dicha intención sea decisiva para la antijuricidad de la acción y, por tanto, para establecer la razón por la cual dicha acción es penada. Puede darse el caso de que el legislador requiera una intención determinada para *identificar* cuales son las acciones que causan el perjuicio que la ley busca evitar por medio de la pena; de ahí no cabe deducir que la intención sea lo decisivo para justificar la punición de las acciones de que tratamos o para justificar ciertos grados de punición. Sobre todo, cabe destacar que la imperatividad del argumento en su conjunto no es algo obvio, pues no es tan claro que del hecho de que la estructura ontológica de las acciones obligue a evaluar la intención del sujeto como parte de la antijuricidad se derive que el castigo penal deba estar condicionado por dicha intención. Debería haberse aclarado algo más la noción de antijuricidad para inferir dicha conclusión.

Aparentemente esto lo consiguió una segunda vía de justificar el subjetivismo como punto de partida, dentro también de la escuela alemana de Derecho Penal. El discípulo de Welzel, Armin Kaufmann, y su propio discípulo, Diethart Zielinsky, se centraron no en el concepto de acción, sino en la noción de *antijuricidad* para cimentar el enfoque subjetivo. Kaufmann examina la teoría de las normas de Binding y distingue en el ámbito del Derecho Penal un encadenamiento de juicios de valor que presumiblemente debe realizar el legislador a la hora de tipificar un delito y el juez al subsumir el acto bajo la norma penal relevante: primero está el juicio de valor que evalúa algunos bienes -como la vida- como merecedores de protección; en base a ese juicio de valor se formula otro juicio de valor que evalúa positivamente los fenómenos que preservan dichos bienes y negativamente los que los ponen en peligro; se evalúan de forma negativa las acciones humanas que dañan o ponen en peligro los bienes y, finalmente, viene la norma o prescripción que ordena no llevar a cabo estas acciones. En opinión de Kaufmann esta última norma sólo puede referirse a la acción y no al resultado exterior, puesto que la acción es lo único que permanece bajo control del sujeto: la norma sólo opera a través de la subjetividad del individuo. No es necesario que el sujeto esté fácticamente motivado a actuar de conformidad con la norma -lo que requeriría integrar la culpabilidad con la antijuricidad- sino que basta con que sea capaz de actuar de conformidad con la misma. La consecuencia que Kaufmann deriva de todo

ello es que el juicio de valor relevante para fundar la norma o prescripción debe tener el mismo objeto que esta última, y que si ésta sólo puede referirse a acciones y a los estados subjetivos que las acompañan y no a resultados externos, la antijuricidad debe estar centrada fundamentalmente en acciones y sus intenciones. Así pues, por ejemplo no deberían existir diferencias entre la antijuricidad y la punibilidad de las tentativas y los delitos consumados. Zielinski manejando el mismo argumento va más allá, asumiendo hasta las últimas consecuencias la teoría subjetiva, algunas de cuyas consecuencias no fueron asumidas por su jefe; sirva como ejemplo una de sus típicas afirmaciones: “*El sistema legal no se ocupa sólo de evaluar, sino también de regular, esto es, busca influir en la formación y preservación de la coexistencia humana. Mas el sistema legal sólo puede acometer esta tarea tomando como referencia la actividad humana, que está orientada hacia fines. Es decir, debe dirigirse a la voluntad de los seres humanos y prescribirles, o bien ejecutar las acciones que valora para poder obtener los fines que el sistema legal valora (mandatos), o bien omitir las acciones indeseables para evitar resultados valorados negativamente por el sistema legal (prohibiciones)*”.

Es obvio que esta segunda forma de fundamentar la tesis subjetiva incurre en un *non sequitur*: del hecho de que la norma o prescripción a través de la cual el sistema legal desincentiva la comisión de delitos opere sobre las actitudes subjetivas de la gente no se sigue que los juicios de valor que fundamentan la antijuricidad de las acciones tengan que tener ese mismo contenido, contenido que se corresponde con el tercer escalón de enjuiciamiento en la secuencia de juicios de valor establecida por Kaufmann. ¿Por qué no podría corresponderse ese juicio de valor relevante para fundamentar la norma con el primer o el segundo paso en la secuencia de valoración de Kaufmann? La indeterminación existente entre las diferentes opciones refleja la oscuridad de la noción de antijuricidad y de su conexión con la pena, tal y como hemos podido observar con anterioridad. En cualquier caso, el funcionamiento de las prescripciones en Derecho Penal no ofrece una mayor justificación para elegir el juicio de valor subjetivo en vez de un juicio de valor objetivo con el fin de fundamentar la oscura noción de antijuricidad.

En Argentina, Marcelo Sancinetti<sup>4</sup>, defensor de una aproximación subjetiva radical, admite este hecho y rechaza tanto los argumentos que se fundan en el concepto de acción como aquéllos que se fundan en la noción de antijuricidad. Rechaza también que el punto de partida que conduce al enfoque subje-

---

<sup>4</sup> SANCINETTI, Marcelo: *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, 1991.

tivo o al objetivo dependa de la justificación que se le dé a la pena y de la correspondiente concepción que se tenga del Estado. En apoyo a su postura ofrece el ejemplo de dos teóricos, el español Santiago Mir Puig y yo mismo, que defienden básicamente la misma concepción de la pena y del Estado y que, sin embargo, llegan a soluciones radicalmente diferentes en lo que atañe a la importancia de los elementos subjetivos para el castigo penal. Su punto de vista es que el enfoque subjetivo encuentra un fundamento firme si aceptamos que la exigencia última para que el acto sea castigable penalmente es la culpa personal o reproche, y que dicho reproche depende exclusivamente de las actitudes subjetivas del sujeto, dado que el resto es producto de la mera casualidad. La ilicitud del acto debe fundarse también en esas actitudes subjetivas porque son el presupuesto de la culpa o reproche. En sus propias palabras: “Si sólo una decisión de la voluntad puede ser objeto de reproche, y, al mismo tiempo, sólo lo que es ilícito puede ser objeto de dicho reproche -esto es, la ilicitud es el presupuesto y el objeto de referencia de la culpabilidad-, entonces no puede haber nada que sea relevante para la ilicitud que no sea a su vez un “objeto” enteramente atribuible al sujeto: una decisión de la voluntad”<sup>5</sup>.

Pienso que de nuevo nos encontramos ante un *non-sequitur*: claro que el juicio de antijuricidad o la adscripción del *actus reus* en el contexto de la teoría de la responsabilidad criminal, e incluso de acuerdo con el sentido común que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la diferencia entre justificaciones y excusas y su jerarquía lógica, es un presupuesto del juicio de culpabilidad o de la atribución de *mens rea* (en la teoría del delito sólo los actos que son antijurídicos están sujetos al juicio de culpabilidad: si el acto está justificado, por ejemplo porque se realizó en legítima defensa, no tiene sentido preguntarse si el acto es culpable o excusable); pero de esto no se sigue que el juicio de antijuricidad se agote en su faceta de mero presupuesto lógico del juicio de culpabilidad y sólo pueda abarcar elementos que sean relevantes para este último enjuiciamiento. Por el contrario, parece *prima facie* que lo opuesto debe de ser verdad dado que de otra forma sería difícil distinguir ambos juicios. En cualquier caso es difícil avanzar en la adopción de una u otra posición sin dilucidar antes cual sea el significado, extensión, y por encima de todo, la función de ese famoso juicio de antijuricidad al que los penalistas continentales se refieren una y otra vez.

En lo que sigue mantendré, frente a Sancinetti, que toda la discusión relativa a la responsabilidad criminal entre el subjetivismo y el objetivismo

---

<sup>5</sup>. *Id. Ib.*, p.63.

depende de la teoría de la pena que se adopte<sup>6</sup>, que la referencia a la antijuricidad no es sino una manera un tanto indirecta de referirse al fin de la pena, y que la postura subjetiva radical es la consecuencia necesaria de adoptar una teoría retributiva de la pena. Más adelante sostendré que esta visión retributiva de la pena ofende algunos principios liberales fuertemente enraizados en relación con el papel que debe jugar el Estado. Finalmente intentaré esbozar una visión coherente y plausible del enfoque objetivo.

### III

En otro lugar he mantenido que el sistema legal no se puede entender exclusivamente como un sistema de normas que prescriben penas cuando se producen determinadas condiciones, tal y como Kelsen defendía en su teoría de las normas primarias. Las dificultades que el propio Kelsen encontró a la hora de identificar los actos ilícitos y distinguirlos de otras condiciones de la punibilidad, llegando a ofrecer tres definiciones<sup>7</sup> sucesivas para identificar dichos actos y distinguirlos de las otras condiciones que establecen las normas jurídicas sancionadoras muestra<sup>8</sup> que es necesario examinar cuáles son las normas que valoran negativamente la condición de la pena que sirve para fundamentar el delito y no las otras condiciones de la misma pena. Estas normas son las que los penalistas continentales, empezando por Binding, identifican, tal y como acabamos de ver, como la base de la antijuricidad del acto delictivo.

Por lo general las normas de valoración negativa del acto delictivo no son emanadas explícitamente por el legislador. Estas normas cumplen normalmente las siguientes funciones: primero, en palabras de Fletcher, determinan “*el límite externo de la responsabilidad criminal*”: todo acto delictivo que sea subsumible en el tipo penal como condición necesaria de la pena debe, en primer lugar, vulnerar alguna de esas normas para ser punible, incluso cuando tal vulneración no sea suficiente para determinar la punibilidad (la conducta anti-jurídica debe también ser culpable o existir la correspondiente *mens rea*). En segundo lugar, estas normas proporcionan la base sobre la que operan las cau-

---

<sup>6</sup>. Su ejemplo relativo a dos teóricos que adoptan teorías de la pena y del Estado similares y diferentes puntos de vista sobre la relevancia de las actitudes subjetivas no es decisivo, como el mismo contempla: uno de nosotros podría haberse equivocado en las inferencias derivadas de dichas teorías, de hecho, ¡él me acusa a mi de cometer esa clase de error!

<sup>7</sup>. Vid. KELSEN, Hans: *Pure Théorie du Droit*, 2<sup>nd</sup> edition, Paris, 1961, pp.152 y ss.

<sup>8</sup>. Vid. un análisis y una crítica a la definición de actos ilícitos de Kelsen en mi libro, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980.

sas de justificación: las causas de justificación son excepciones a la valoración negativa de estas normas, invierten esa valoración negativa hacia una valoración positiva o neutral. En tercer lugar, estas normas, como ya se ha dicho, sirven para distinguir la conducta delictiva del resto de condiciones mencionadas en el antecedente de la norma que tipifica el delito y requeridas para que una pena determinada sea aplicable. Esto tiene consecuencias a la hora de establecer, por ejemplo, cuál sea el referente de la *mens rea* o dolo del sujeto activo (cuáles son los hechos que debe conocer) o cuál es la conducta que conduce a la complicidad cuando uno coopera en la comisión del delito. En cuarto lugar, estas normas sobre la antijuricidad son también las que deben ser tomadas en cuenta a la hora de fijar qué conductas deben ser impedidas para prevenir un delito.

Sugiero que la forma más plausible de reconstruir estas normas de antijuricidad es *establecer contra qué clase de actos reacciona la pena prescrita por las normas penales*. El desvalor atribuido por estas normas a ciertas clases de acciones depende de que la pena tenga una relación adecuada con ese tipo de acciones. Por supuesto, dicha relación la define la teoría que justifica la pena. En este punto no tiene gran importancia si la teoría relevante es positiva o normativa, es decir, si lo que debemos tomar en cuenta a la hora de identificar las normas relativas a la antijuricidad y por lo tanto a la conducta delictiva, son las teorías sobre la justificación de la pena sostenidas por los legisladores o por los jueces en una jurisdicción determinada, o la teoría de la pena que éstos y aquellos deberían sostener (pienso que esta última es la que deberíamos tomar en cuenta, pero por el momento ello no afecta a mi argumentación).

Según las diferentes teorías de la prevención de la pena, la relación relevante entre la pena y la clase de acciones frente a las cuales ésta reacciona es una relación de prevención, a través de mecanismos como el de la prevención general o la especial o a través de la incapacitación física. La pena sirve para prevenir cierta clase de acciones y por lo tanto reacciona frente a elementos pertenecientes a dicha clase de acciones. Mas aquí nos encontramos con un elemento oculto: la pena no sirve para prevenir el acto particular que provoca la reacción penal. Lo que ocurre es que, en el marco de la disuasión, se asume un argumento de analogía según el cual la reacción que se produce contra la acción particular desanimará a los que pretendan llevar a cabo actos similares en un futuro. Sin embargo, este es un mecanismo técnico que tiene sus condiciones empíricas y sus excepciones. Cabe dentro de lo posible que para prevenir cierta clase de acciones haya que penar otra clase de actos. Si es cierto que lo que define la antijuricidad del acto son los elementos por los que se establece en cada teoría de la pena que ésta es una reacción adecuada, debemos

concluir que para las teorías de la prevención de la pena un acto es antijurídico si su punición ayuda a prevenir los actos que la pena en cuestión busca prevenir.

Tomando esta afirmación como punto de partida, ¿cuáles serían las consecuencias que se derivarían de adoptar una justificación preventiva de la pena en materia de adopción de una teoría subjetiva u objetiva de la responsabilidad criminal? Las teorías preventivas de la pena son *neutrales* en lo que atañe a la clase de actos frente a los que la ley penal debería buscar la prevención. Podría considerarse valioso prevenir aquéllos estados de cosas creados por el individuo que afecten a los intereses de otros, sin tomar en cuenta la intención y motivos del sujeto. O por el contrario, podría sostenerse la posición contraria, esto es, que el verdadero objetivo del derecho penal es impedir la comisión de aquellos actos que reflejan determinadas intenciones o motivos del sujeto, sus inclinaciones malvadas, independientemente de los perjuicios o daños que a otras personas se hayan causado con ellos. La elección entre las diferentes clases de acciones y las descripciones de las mismas en torno a las cuales deba girar la norma penal como elemento disuasorio está sujeta a la teoría del Estado -concepto y función- que se mantenga.

Y conviene recordar que las clases de acciones que se busca prevenir y las clases de acciones que son objeto de punición con finalidad preventiva pueden no coincidir. Esto tiene importancia ya que incluso suponiendo que la primera clase de acciones se concibiera en términos puramente objetivos, cabría basar la pena en actitudes puramente subjetivas manifestadas en la acción frente a la que la susodicha pena reacciona. O, en sentido inverso, las acciones a prevenir podrían ser definidas en términos subjetivos y aún así podría ser conveniente no tomar en cuenta elementos subjetivos a la hora de describir la acción frente a la que la pena reacciona. Estamos ante una cuestión puramente empírica e instrumental dependiente de los mecanismos a través de los cuales se considere que la pena debe operar para prevenir la primera clase de acciones.

En conclusión, el que las teorías preventivas de la pena conduzcan a una aproximación subjetiva u objetiva de la responsabilidad criminal depende en parte de las teorías que sobre el papel del Estado en la prevención de las acciones se manejen, y también en parte de cuestiones técnicas relativas a la forma de operar del derecho penal como instrumento disuasorio en la comisión de dichas acciones. Volveré sobre estas cuestiones en el último apartado de mi trabajo.

Desde otro punto de vista, para los defensores de las teorías retribucionistas de la pena ésta es una reacción frente a determinados actos para los que la pena se ve como la retribución adecuada. Estos actos serían los actos antijurídicos, si partimos de los presupuestos de esta teoría de la pena. Por supuesto, es necesario definir el término “adecuada” de la frase anterior. Algunos autores son de la opinión de que este vacío debe completarlo el sistema legal: la retribución es adecuada si el castigo lo establece el sistema legal. Sin embargo, mantener esto supondría incurrir en un grave error, dado que entonces nos encontraríamos no ante una teoría sobre la justificación de la pena, sino ante una teoría ideológicamente positivista del Derecho, de acuerdo con la cual cualquier determinación del sistema legal debería ser tomada por obligatoria. Esta teoría dejaría así de ser una teoría de análisis y valoración del sistema legal que sirviera, por ejemplo, para escoger de entre la amplia gama de actos que condicionan las penas establecidas por el sistema legal aquéllos que son antijurídicos. Si queremos una teoría retribucionista de la pena que sirva para valorar e interpretar el sistema legal debemos entender por “retribución adecuada” la “retribución justa”, y la relación adecuada entre pena y delito debe venir determinada por la moral y no por la ley.

Yo mismo no poseo la intuición para, o no soy capaz de percibir la atracción moral que pueda encontrarse en unir un mal a otro mal. Cuando añado al mal del delito el mal de la pena sin tomar en consideración ningún otro factor mi aritmética moral me conduce al resultado “dos males”, en vez de al resultado “un bien”. Es decir, debo intentar adivinar lo que piensan otras personas. Una cosa parece cierta respecto a las intuiciones de los retribucionistas: que el mal que debe ser retribuido no puede ser un fenómeno de la naturaleza, incluso cuando el proceso causal lleva hasta algún ser humano. La retribución conlleva la idea de reprochabilidad por ciertas acciones<sup>9</sup>. Esta es la ventaja que los retribucionistas ven a su teoría sobre la teoría de la prevención de la pena, ya que a través de esta exigencia de reprochabilidad se pueden evitar muchas consecuencias indeseables de esta última teoría: el castigo del inocente, la igualación de acciones como el asesinato, el homicidio o la muerte accidental, la falta de atención prestada a las excusas, etcetera.

Las actitudes subjetivas en esta teoría son esenciales para establecer el desvalor de ciertas acciones para el derecho penal y su punibilidad y grado de punición, dado que las teorías sobre la retribución de la pena implican reprochabilidad moral o culpa, y ello debe verse reflejado en la antijuricidad.

---

<sup>9</sup> *Vid.* una articularción de esta idea en DUFF, R. A.: *op.cit.*

La culpa se concibe básicamente como una reacción frente a determinadas intenciones. Así se nos aparece cuando reflexionamos sobre las excusas que sirven para excluir la responsabilidad sobre un acto determinado. Su papel fundamental es negar que hubiera cierta intención, no directamente sino a través de la negación del conocimiento o de la capacidad que debe acompañar dicha intención para que dé como resultado la acción. Por ejemplo, la excusa del error implica que el sujeto no quiso actuar como lo hizo, pero que incurrió en un error sobre un factor relevante de la realidad. Lo mismo puede mantenerse sobre las excusas basadas en la coacción o la violencia, o sobre aquellas excusas que deniegan la voluntariedad del acto (como cuando se alega que fue un acto reflejo o un tic); todas estas excusas excluyen que el actor tuviera la intención o el deseo relevantes para hacerse merecedor de sanción.

La intención parece ser el objeto directo de la culpa pues parece que es el único elemento en la acción que el sujeto activo controla. Cuando Donald Davidson sostiene<sup>10</sup> que “todo lo que hace el sujeto es mover su cuerpo, el resto se deja a la naturaleza”, comete una equivocación. El movimiento del cuerpo se debe también a algún proceso causal que puede fallar a pesar del supuesto control del sujeto. Todo lo que hace éste es pretender algo o decidir algo, el resto -incluyendo el movimiento de su cuerpo- queda a expensas de la naturaleza.<sup>11</sup>

En definitiva, los defensores de la teoría de la función retributiva de la pena, dependiente del grado de culpa, deberían apoyarse únicamente en las actitudes subjetivas del sujeto activo. Es posible que por ello cuando Kant se refiere a las acciones opuestas, las admirables, termine sosteniendo que lo único que importa es la buena voluntad.

Así, según los presupuestos de esta teoría, los defensores de la teoría teleológica de la pena en la tradición europea continental estarían equivocados cuando hablan del desvalor de la acción como opuesto al desvalor de resultado. De hecho, los movimientos corporales o su falta, que son el elemento básico de la acción humana, serían resultados causales igual que la muerte de la víctima de asesinato. El desvalor de resultado no se debe contraponer al desvalor de la acción sino a aquél de la *intención*.

Pero si siguiéramos por esta senda caeríamos en el abismo del puro subjetivismo. La misma razón que nos conduce a no tomar en cuenta el resultado

---

<sup>10</sup>. En “Actions, Reasons, and Causes”...

<sup>11</sup>. Vid. una discusión de esto en mi *Introducción a la filosofía de la acción humana*, citada, cap.1.

exterior y asimilar, por ejemplo, el intento de asesinato con el asesinato consumado, nos conduciría a no tomar en cuenta si la vida de alguien estaba en peligro, e incluso si el sujeto realizó o no determinados movimientos corporales. Una decisión firme de matar a alguien sería suficiente para fundamentar el reproche que se encuentra en la base del castigo retributivo.

Por supuesto, cabría aún así requerir alguna manifestación externa a efectos de prueba y para evitar una excesiva intromisión en la mente del sujeto. Pero estas serían consideraciones instrumentales y secundarias: si tuviéramos una prueba espontánea y firme de la intención del sujeto de cometer algún hecho reprochable (por ejemplo, la confesión espontánea del mismo) deberíamos proceder a castigar a esa persona, puesto que desde el punto de vista de la teoría retribucionista de la pena existirían ya los mismos argumentos para castigar penalmente a esa persona que cuando la misma intenta o incluso completa la acción tipificada como delito.

#### IV

La conclusión a la que hemos llegado más arriba no escandalizaría a aquéllos que poseen fuertes sentimientos retribucionistas. Probablemente insistirían en que la repugnancia que nos produce castigar por meras intenciones o decisiones se debe a los problemas ya mencionados para detectarlas si no se establece una suerte de “Valeroso Nuevo Mundo”<sup>12</sup>. Sin embargo, me gustaría desafiar aún en mayor profundidad la visión subjetiva a la que conduce el retribucionismo.

Acabo de mencionar que la razón por la cual el juicio de reprochabilidad implicado en la retribución se basa en las decisiones o las intenciones tiene su razón de ser en el hecho de que éstas parecen ser lo único que el sujeto controla, y en que la culpa parece requerir control sobre el objeto de la misma. Sin embargo, la primera afirmación, esto es, que intenciones y decisiones son controladas por los sujetos, puede ser objeto de discusión. Existe aquel familiar principio del determinismo según el cual incluso las intenciones y decisiones de la gente son un producto causal inevitable de factores que no controlan, como la socialización cultural, las estructuras económicas, determinados procesos neuroquímicos, traumas psicológicos, etcetera.

Voy a asumir que dicha hipótesis descriptiva determinista es correcta. Mucha gente piensa que es así. Necesitaríamos entonces una explicación de

---

<sup>12</sup>. “Brave New World”, en palabras del autor. N.T.

por qué a pesar de ello seguimos culpando a la gente por lo que hace. La explicación no podría apoyarse ya en la asunción de que culpamos a la gente por lo que controla. En otro lugar intenté ofrecer una explicación descomponiendo la culpa en tres dimensiones diferentes e intentando mostrar que todas ellas serían compatibles con el determinismo descriptivista.

Resumiendo lo que sostuve entonces diré, en primer lugar, que la culpa puede tener una dimensión pragmática, en tanto en cuanto se dirija a conseguir que el receptor de la culpa o cualquier otro no cometan en el futuro actos similares a aquél que hizo que surgiera la culpa, intentando evitar el dolor y malestar que conlleva normalmente el ser culpado por algo. Obviamente, esta dimensión del dolor no presupone la falsedad del determinismo descriptivo por cuanto descansa en la relación causal entre culpar a alguien y su motivación para actuar. En segundo lugar, la culpa puede tener una dimensión reactiva ya que su expresión puede ser producto de una reacción emocional que causan ciertas acciones. Culpar a alguien por una mala acción equivale a expresar una actitud reactiva de la clase analizada por Peter Strawson<sup>13</sup>. Es también evidente que esta dimensión reactiva de la culpa tampoco necesita de la falsedad del determinismo puesto que, como el propio Strawson mantiene, tomando especialmente en cuenta el caso del resentimiento, éste no queda suspendido simplemente porque la intención que sea objeto de la culpa esté causada por determinados factores; la culpa aquí se ve como un producto causal de su objeto. Pero, en tercer lugar, la culpa tiene también un contenido proposicional que describe cierta conexión entre la persona y su acto.

Es esta tercera dimensión descriptiva de la culpa la que interesa a la teoría de la retribución de la pena: a diferencia de aquél que justifica el castigo penal por motivos preventivos, esta teoría no está interesada en la dimensión manipulativa de la culpa que pueda hallarse en dicho castigo<sup>14</sup>. Tampoco está interesada en el aspecto reactivo de la culpa asociado con la punición, pues alegraría que la diferencia entre la punición retributiva y la venganza consiste precisamente en que la punición no es una mera reacción emocional sino que posee un objeto cuya satisfacción la justifica. Los teóricos de la retribución de la pena deben, por lo tanto, concentrar su atención en la dimensión descriptiva de la pena, dado que este es el único aspecto que podría dar significado al castigo en términos retributivos.

---

<sup>13</sup>. En STRAWSON, Peter: "Freedom and Resentment", incluido en su libro *Freedom and Resentment and Other Essays*.

<sup>14</sup>. *Vid.*, por ejemplo, lo que R. A. DUFF dice en *Trial and Punishments*, Cambridge, 1986, pp.47 y ss.

Lo que el juicio de culpabilidad describe, de acuerdo con esta interpretación es que la conducta es producto de cierta intención, decisión o elección. No necesita describir que esas intenciones, decisiones o elecciones vienen determinadas por otras intenciones, decisiones o elecciones. Es un argumento familiar en filosofía el considerar que retrotraerse a este segundo contenido de la dimensión proposicional de la culpa carece de sentido e implica un retroceso innecesario. ¿Por qué la culpa no puede simplemente describir el hecho de que el acto fue producto de cierta intención, decisión o elección del sujeto, cualesquiera que sean sus causas ulteriores? Robert Audi<sup>15</sup>, por ejemplo, señala que “nuestros deseos y pensamientos normales no son elementos determinantes extraños a la acción que debemos controlar para controlar ésta; Son aquello por virtud de lo cual nuestras acciones expresan nuestras razones y, de alguna manera, nuestra naturaleza”. En este caso la culpa sería perfectamente compatible con el determinismo.

Ahora bien, si se puede culpar a alguien por algo que no es necesario, ni siquiera significativo que controlemos, ¿por qué la faceta descriptiva de la culpa debería trascender los movimientos corporales del sujeto y los resultados externos causados y centrarse en las decisiones, intenciones y elecciones de la gente? ¿Por qué tienen las intenciones, las decisiones y las elecciones ese estatus privilegiado como objeto de culpa si no están necesariamente bajo control del sujeto? Jonathan Glover<sup>16</sup> argumenta que en lo que atañe a la culpa el sujeto es sólo sus intenciones, mas esto no parece ser correcto: las intenciones de los individuos son demasiado superficiales y pasajeras como para ser constitutivas de los mismos. No creo que *la teoría del reproche moral basado en la intención o elección* pueda explicar satisfactoriamente que es lo característico de las actitudes subjetivas que las hace convertirse en objeto final del reproche moral en sustitución de los aspectos externos de la acción.

Ello hace que la competidora tradicional de esta teoría gane crédito: *la teoría del reproche moral basado en el carácter*. Esta teoría sostiene que el contenido descriptivo de la culpa incluye rasgos del carácter del individuo; estos rasgos se manifiestan en sus intenciones y provocan finalmente el acto en cuestión. Culpar a un individuo de una acción equivale a observar que dicho acto es reflejo de cierta inclinación perversa en su carácter. Esta teoría explica por qué las actitudes subjetivas del individuo son tan importantes para considerarle culpable: esas actitudes son las que conectan sus acciones con su

---

<sup>15</sup> En AUDI, Robert: “Responsible Action and Virtuous Character”, *Ethics*, vol.101, n.2, January 1991, p.314.

<sup>16</sup> Vid. GLOVER, Jonathan: *Responsibility*, Londres.

carácter y expresan los rasgos perversos del mismo. El carácter del individuo se materializa en ciertos deseos, elecciones e intenciones, que sucesivamente pueden dar lugar a acciones externas. Culpar a alguien por algo significa reseñar qué tipo de persona es. A diferencia del caso de las intenciones y de la elección parece correcto identificar a las personas por su carácter. De esta forma sería posible explicar qué es lo que caracteriza a los juicios de culpa si se interpretan como la descripción del carácter del individuo: describen personas.

Por supuesto, esta teoría del reproche moral basado en el carácter ha de superar algunos aspectos oscuros que afectan a su fuerza lógica. Los principales aspectos confusos hacen referencia a esa relación entre el carácter de la gente y sus intenciones y acciones. Sin embargo, algunas de las críticas que se le dirigen tienen fácil respuesta<sup>17</sup>. Por ejemplo, Michael Moore<sup>18</sup> argumenta, entre otras cosas, que la teoría del reproche moral basado en el carácter implica que uno debe ser castigado por su carácter, independientemente de los actos que lleve a cabo, e, inversamente, no debería ser castigado por los actos que fueran producto de su elección que quedasen “fuera de los límites externos de su carácter”. Para poder valorar estos argumentos lo primero que debemos hacer es desvincularlos del castigo penal, pues alguien que como yo no aceptara finalmente una teoría retributiva de la pena basada en la culpa, se encontraría con un obstáculo fundamental a la hora de determinar qué se debería hacer en estos casos. Así pues, hablemos de culpar a alguien y no de castigarle penalmente. Por supuesto que culpamos a la gente por la clase de personas que son sin tomar en consideración ningún acto en particular; podemos tomar en cuenta un conjunto indefinido de actos, pero también lo que esas personas dicen, cómo creemos que se sienten, las emociones que expresan, y no únicamente a través de la palabra o de un acto determinado (podríamos acusar a alguien de ser un insensible al observar su calma cuando algo aparentemente terrible le estuviera ocurriendo). Mas una acción concreta, determinada podría ser enormemente relevante a la hora de culpar a alguien ya que la realización de acciones no sólo expresa sino que es *producto* de un cierto equilibrio entre los diferentes rasgos del carácter que entran en conflicto. Es evidente que los teóricos del carácter sostendrían que de hecho no existen actos de las personas normales que se encuentren “fuera de los límites externos del carácter”, sino que se trata de actos que nos sorprenden porque se trata de actos que enseñan

---

<sup>17</sup> Vid. algunas respuestas frente a las críticas a la teoría del reproche moral basado en el carácter en ARENELLA, Peter: “Character, Choice and Moral Agency”, en *Crime, Culpability and Remedy*, Oxford, 1990, pp.59 y ss.

<sup>18</sup> En “Choice, Character and Excuse”, en la misma colección citada en la nota precedente, pp.29 y ss.

rasgos ocultos del carácter opuestos a aquéllos que aparecen sólo en la superficie; Claramente, esto parece verdadero en el caso de Richard Herrin (un chico aparentemente estudioso y formal que mató a su novia), caso con el que Moore ilustra su argumentación. Si no existieran rasgos ocultos del carácter de Richard que pudiéramos asociar a su actuación, la psicología y, especialmente, el psicoanálisis quedarían sin objeto de trabajo. Es obvio que esta clase de argumentación corre el riesgo de volverse circular y vacua (mató a su prometida porque tiene una disposición a matar demostrada por el hecho de haber matado a su prometida). Mas esto debería suponer un reto para clarificar el vínculo conceptual entre acciones y caracteres y para formular cuidadosamente teorías empíricas del carácter, no para asumir sin más que hay acciones que se producen como caídas del cielo.

La conexión entre la culpa y la valoración del carácter se aprecia tan pronto como se analizan aquellas excusas que excluyen la culpa, dejando a un lado aquéllas que excluyen la intencionalidad, como el error o la violencia. Por ejemplo, las excusas basadas en miedo insuperable, estado de necesidad, y trastorno mental transitorio o inmadurez no niegan que el sujeto posea los deseos y creencias relevantes que constituyen su intención. En el caso de miedo insuperable, se admite que el sujeto cometió voluntaria e intencionadamente determinada acción moralmente mala, pero se alega que lo hizo sometido a una coacción tal que era irrazonable demandarle el haber actuado de otra forma. En el caso del estado de necesidad, la situación es la misma aunque la amenaza no es aquí humana sino que se da por la existencia de algún peligro objetivo de daño que no ha de ser necesariamente superior a aquél que el sujeto causó. En el caso del trastorno mental o inmadurez se asume también que el sujeto activo se encuentra en determinadas condiciones que hacen irrazonable que se le exija actuar conforme a las normas legales y los juicios de valor en él recogidos. Todas estas excusas presuponen determinados patrones de razonabilidad y normalidad, y estos patrones no versan sobre actos concretos sino que sirven para valorar inclinaciones, disposiciones, capacidades generales, etcetera. En otras palabras, son patrones que nos permiten desconectar determinados actos e intenciones de rasgos perversos del carácter. Excusas como el miedo insuperable o el estado de necesidad hacen referencia a los *motivos* y muestran la necesidad de tomarlos en cuenta, junto a los deseos y creencias, para poder culpar a alguien.

Pienso que una teoría coherente de las excusas morales sólo puede tener lugar bajo una teoría del reproche moral basado en el carácter, en tanto que las excusas que niegan la voluntariedad en la acción principal o la intencionalidad de la acción en el marco de determinada descripción pueden ser también con-

templadas como la negación de que el acto principal o la acción descrita constituya la manifestación de algún rasgo perverso del carácter del sujeto activo.

Así pues, tal y como argumenté hace tiempo<sup>19</sup>, pienso que existe una conexión esencial que se manifiesta a través del vínculo del juicio de culpabilidad entre la visión retributiva de la pena y la necesidad de proceder al análisis del carácter de los individuos. George Fletcher está en lo cierto cuando afirma<sup>20</sup> que llevar a cabo “una inferencia del acto moralmente incorrecto al carácter del sujeto activo es esencial para la teoría retributiva de la pena. Una exposición completa del argumento vendría a decir lo siguiente: (1) castigar el comportamiento moralmente incorrecto es justo sólo si el castigo es proporcional a lo merecido por el sujeto activo, (2) el merecimiento del sujeto activo es un indicador del tipo de persona que es dicho sujeto activo, (3) y por lo tanto, para realizar una distribución justa del castigo es esencial una evaluación del carácter”.

Puesto que la concepción retributiva de la pena implica la necesidad de un juicio de reproche moral y este juicio implica una evaluación del carácter del sujeto, la consecuencia inevitable de la teoría retributiva de la pena es la asunción del enfoque subjetivo de la responsabilidad criminal. El análisis del carácter moral del sujeto activo es un análisis de sus inclinaciones y capacidades. Estos rasgos del carácter tienen su manifestación en estados subjetivos o psicológicos y en hechos tales como los deseos, creencias y emociones. La convergencia y equilibrio de los diferentes rasgos del carácter que producen diferentes deseos, creencias y emociones se materializan en intenciones, selección de acciones y decisiones, que son equivalentes para nuestro propósito actual. Todos ellos son expresión de un cierto equilibrio de los deseos, creencias y emociones que viene determinado por el carácter. La teoría del reproche moral basado en la elección no es incorrecta, ya que selecciona el acontecimiento psicológico que es el precipitado resultante de la combinación de los diferentes rasgos del carácter del sujeto. Pero es miope en cuanto que no percibe que éste es precisamente el elemento significativo para el juicio de culpabilidad, y que por ello la elección del sujeto debería evaluarse en el contexto más amplio de su carácter, tal y como se manifiesta también en otras elecciones.

Lo que tenga lugar tras la elección, toma de posición o decisión del individuo -esto es, los movimientos corporales o falta de los mismos y la situación

---

<sup>19</sup>. Véase mi tesis doctoral y el libro *Los límites de la responsabilidad penal*, citado.

<sup>20</sup>. En *op.cit.*, p.800.

externa conectada causalmente con ellos, a los que podría dársele connotaciones diferentes según se describiera la acción- no son relevantes para la culpabilidad (salvo como prueba de la intención del sujeto). Que se produzcan o no una vez que la intención de actuar es firme es una cuestión meramente casual y extraña al carácter del sujeto. Así pues, deviene inevitable de nuevo que el retribucionismo adopte una visión subjetiva de la responsabilidad criminal, lo que supone que el objeto del castigo lo constituye el carácter del individuo y sus manifestaciones subjetivas, y nada que no sea constitutivo de dicho carácter. Reitero, por tanto, que incluso los movimientos corporales del sujeto deberían ser tomados en cuenta únicamente como cuestión de prueba o para evitar una intromisión excesiva en la mente de los individuos, pero no como materia relevante en el ámbito de la punición. Obviamente esto implica asimilar los delitos consumados a las tentativas idóneas e inidóneas, rechazar cualquier causa de justificación que no sea expresión de la buena voluntad del sujeto activo, y contemplar como punibles expresiones de la mala voluntad del sujeto que no conducen a daños externos.

Sin embargo, algunos partidarios de la conexión entre punición y culpabilidad tratan de rechazar algunas de las implicaciones del subjetivismo. Es el caso de R. A. Duff, quien argumenta en favor de castigar los delitos cometidos en grado de tentativa en menor medida que los delitos consumados. Declara<sup>21</sup> "...seguir el consejo del subjetivismo, y no dibujar distinción entre el delito consumado y el incompleto (castigar ambos, el delito de asesinato y el intento fallido del delito descrito por dicho tipo delictivo y sujetarlos a la misma pena), significaría sostener que a la ley no le importa si el intento de cometer un determinado delito tiene éxito o no lo tiene; el mismo mensaje, la misma condena se transmitiría al asesino que tuvo éxito y al que fracasó. Pero a nosotros sí nos importa, y debería importarle al sujeto activo si el intento tuvo éxito o no lo tuvo; a nosotros nos aliviaría que fallara y a él debería aliviarle también. Por eso la respuesta que la ley le diera debería reflejarlo; y esto es lo que ocurre actualmente".

Sin embargo, yo no creo que en el marco de la teoría de la retribución de la pena que asocia la pena con la culpa este argumento tenga éxito a la hora de justificar la diferencia de castigo entre los delitos consumados y las tentativas (incluso con el ingenioso quiebro que Duff le añade). Por supuesto que nos debería importar, como también debería importar a las normas, si la persona a la que alguien intentó matar está de hecho muerta o no lo está, pero de la

---

<sup>21</sup>. En DUFF, R.A.: *Intention, Agency & Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, 1990, p.191.

misma forma que nos importa si está muerto o no lo está alguien a quien le cae un rayo. El "espacio" entre lo que el sujeto hizo para matar a su víctima y su muerte lo ocupan acontecimientos (por ejemplo, la interposición de un camión que pasaba entre la bala y la víctima que sirvió para detener la bala) ajenos al susodicho sujeto, tan ajenos como lo son los rayos. La ley debería quizás comunicar a todo el mundo el alivio que sentimos si la víctima no muere, pero ¿por qué debería comunicárselo especialmente al sujeto activo? ¿y por qué hacerlo disminuyendo la pena que merece por su carácter y la decisión tomada por él? En definitiva, si el sujeto activo mismo se siente aliviado por la afortunada coincidencia que salvó a su víctima, quizás esto podría deberse, no a una repentina conversión de su carácter en un carácter humanitario, sino a la perspectiva de un castigo menor bajo el sistema que se defiende. Y tanto en este caso como en el caso en el que se siente triste por no haber completado su plan, quizás le haría falta una dosis extra de pena para aprehender la culpa que el sistema legal le quiere comunicar.

## V

Como ya dije, la estrecha conexión entre las teorías retributivas y la evaluación del carácter es algo que muchos retribucionistas confiesan alegremente. Sin embargo, pienso que dicha conexión es una razón decisiva para rechazar las teorías retributivas de la pena y con ellas el enfoque subjetivo de la responsabilidad criminal que considero una consecuencia lógica de aquél.

Mi objeción en lo que atañe a la mezcla de las operaciones del Derecho Penal con los juicios de culpabilidad que implícitamente evalúan el carácter moral de la gente se basa en que ello implica una visión perfeccionista del Estado que vulnera el principio de autonomía personal.

En otros lugares<sup>22</sup> he defendido el punto de vista, que ahora tiene numerosos seguidores, de que la vulneración por la ley del principio liberal de la autonomía personal no se produce por el hecho de que ésta respalde un sistema moral -puesto que como es obvio el mismo principio de autonomía personal es un principio moral- sino por cuál sea la moral a la que otorgue su apoyo. Ahora bien, esto se presta por lo menos a dos interpretaciones diferentes.

La primera se refiere al *contenido* del sistema moral a respaldar: muchos argumentan que reconocer el principio de autonomía personal significa abra-

---

<sup>22</sup> Vid. *Los límites de la responsabilidad penal*, citado, y *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991, chap.8.

zar una concepción moral completa no sólo en lo relativo a las relaciones interpersonales sino también en lo relativo a los valores e ideales personales. Acoger el principio de autonomía personal significa valorar determinados rasgos del carácter moral de la gente: su capacidad para la autoreflexión que les permite escoger, revisar y cambiar sus concepciones del bien, su capacidad de aislamiento de las demandas de la tradición, de la autoridad y de las creencias comunes, una visión individualista de sus propios planes de vida, la tenacidad en perseguir en la vida diaria el concepto del bien y los ideales personales libremente escogidos, etcetera. Por tanto, el liberal que defiende el valor de la autonomía personal se encuentra en una posición exactamente simétrica a aquéllos que, por ejemplo, defienden una visión religiosa o comunitarista de la buena vida. Todos ellos acogen cierto ideal personal y todos ellos piensan que son la fuente de las razones del Estado para actuar de cierta manera con el fin de ampliar el ideal privilegiado, todos ellos piensan que se deberían llevar a cabo juicios de culpabilidad no sólo en el campo de los intercambios sociales informales sino también en las operaciones institucionalizadas del Estado cuando no se satisface la realización del ideal que cada posición acoge.

Yo he intentado seguir un camino diferente<sup>23</sup>: incluso siendo cierto que la ley debe respaldar cierto sistema moral, cabría quizás distinguir diferentes *dimensiones* de la moralidad, de acuerdo no a su contenido sino a la estructura de los juicios de valor que cada una de ellas implica. La idea es muy conocida. Se trata de intentar distinguir entre la dimensión de la moral *interpersonal o social* y la dimensión personal, entre el estándar moral intersubjetivo y los ideales de excelencia o virtud personales. Esta distinción es vacilante y es objeto de numerosas controversias<sup>24</sup>. Mi propuesta ha sido intentar distinguir entre los patrones interpersonales de conducta y los ideales personales teniendo en cuenta los efectos de cierta clase de acciones que se toman en cuenta en la respectiva valoración. Los patrones interpersonales de moralidad -por ejemplo, la prohibición de matar a alguien, excepto bajo determinadas circunstancias- valoran o califican deónticamente cierta conducta en última instancia por el impacto que produce en el interés o bienestar de otras personas distintas al sujeto. Por otro lado, los ideales personales valoran o califican como prohibido, obligatorio o permitido una cierta clase de acciones por el efecto que producen en la calidad de vida y el carácter del propio sujeto. Una y otra clase de patrones morales pueden referirse a la misma clase de acciones -por ejemplo, las acciones que conllevan matar a alguien-, pero las valoran tomando en cuenta sus distintos efectos -en el mismo ejemplo, en un caso el

---

<sup>23</sup>. En *Ethics of Human Rights*, citada, cap.5.

<sup>24</sup>. Vid. RAZ, Joseph: *The Morality of Freedom*, Oxford.

impacto en los intereses de la gente a la que se mata; en el otro, el efecto en la cualidad del carácter moral del sujeto. Obviamente, como muestra el ejemplo anterior, el ideal personal puede tomar en cuenta el impacto de la acción en los intereses de las demás personas, pero únicamente como paso intermedio hacia la valoración del efecto de la acción en el carácter y vida del propio sujeto. Y a la inversa, un estándar moral interpersonal puede ocuparse del impacto de cierta clase de acciones en el carácter de los sujetos, pero únicamente en base al efecto ulterior que ello pueda conllevar para los intereses de las demás personas.

Asumiendo esta distinción, el principio de autonomía personal no es en sí mismo un ideal personal sino un estándar interpersonal: prohíbe -a los individuos particulares y a los funcionarios- realizar las acciones positivas u omisiones que tengan el efecto de socavar la capacidad de la gente para escoger y materializar sus ideales personales y los planes de vida que en ellos se basan. El objeto del principio de autonomía personal interpretado como un estándar moral interpersonal es proteger la capacidad de seleccionar y llevar a término los ideales personales. Esto no implica acoger un ideal personal basado en la autonomía, esto es, aquél que describimos anteriormente como el que valora ciertos rasgos del carácter que realzan el poder interno del individuo para escoger, revisar y cambiar los ideales del bien y conformar así su propia vida con independencia de las demandas de la tradición, la autoridad, la comunidad, etcetera. Este ideal de la autonomía personal, desde la perspectiva del estándar interpersonal de autonomía, se encuentra en pie de igualdad con el resto de ideales de la virtud personal: ninguno debería ser impuesto u obstaculizada su adopción por las acciones u omisiones de terceros. El liberal que defiende el principio interpersonal de la autonomía personal no tiene por qué adoptar necesariamente una concepción de la excelencia personal basada en la autonomía (puede muy bien valorar, por ejemplo, la sujeción voluntaria de la persona a una comunidad total de vida, como la secta Amish o algunos Kibutz israelíes).

Sin duda, esta distinción se desmoronaría fácilmente si, como ocurre habitualmente, la prohibición de interferir en el campo de los ideales personales escogidos por otros se basara en lo que es en sí mismo parte de un ideal personal, esto es, el valor que *para* esa persona tuviera el poseer una capacidad ilimitada de elegir y materializar otros aspectos de su ideal personal de la buena vida. Pero no es este el camino por el que yo pretendo fundamentar el principio de la autonomía personal. Ya expresé tres argumentos a su favor, que sucintamente son los siguientes:

El primero de ellos sería una especie de argumento trascendental basado en el hecho de que cuando participamos en la práctica social de la discusión moral asumimos el valor que tiene el hecho de que la gente actúe en base a patrones de acción libremente escogidos, y por ello tratamos de convencer a nuestros oponentes en base a razones para actuar en determinado sentido. Esto lo asumimos no necesariamente porque valoremos a la gente autónoma sino también por otras múltiples razones (podemos, por ejemplo, suponer que una sociedad en la que la gente actúa en base a sus propias convicciones es más estable y pacífica que aquella otra en la que la gente es coaccionada). Así pues, la asunción del valor de la autonomía en la práctica de la discusión moral podría ser el producto de un consenso superpuesto, en términos Rawlsianos. Ahora bien, este argumento se aplica no sólo a los ideales personales sino también a los interpersonales y, por consiguiente, establece el valor del principio general, Kantiano, de la autonomía *moral*. El paso de este principio general al principio más restrictivo de la autonomía *personal* lo permite la constatación de que el propio principio de la autonomía personal autoriza a restringir la selección de ciertos modelos morales cuando su adopción tuviera consecuencias que afectasen a elecciones similares de otra gente. Pero esto sólo puede ocurrir cuando hablemos de patrones morales interpersonales y no de ideales personales, puesto que los primeros son los únicos que toman en consideración los efectos de la acción en los intereses de las demás personas. En otras palabras, la elección de ideales personales es posible que no afecte nunca a la autonomía de otras personas, aunque puede implicar la aceptación de un estándar interpersonal que tenga este efecto. Así pues, del principio restrictivo de la autonomía moral se deriva el principio no restringido de la autonomía personal que prohíbe interferir en las elecciones de ideales personales del resto de la gente.

El segundo argumento descansaría en la irracionalidad de la política perfeccionista que aboga por dar fuerza a los ideales personales. Y esto es así porque la mayoría de los ideales personales incluyen como elemento central de los mismos la necesidad de ser aceptados de manera espontánea. Así pues, el intento de imponer los ideales personales conduce generalmente a la frustración de los ideales en cuestión. Por ejemplo, en Argentina es un delito el profanar los símbolos de la Nación y alguna vez se interpretó esto como inclusivo, por ejemplo, de la mera omisión de levantarse cuando estaba tocándose el himno nacional, con el argumento de que se demostraría un estado de ánimo antipatriótico. Pero es obvio que la gente no se convierte en patriótica por el mero recurso de obligarle a observar cierto comportamiento exterior.

El tercer argumento está conectado con mi defensa de una teoría epistemológica de la democracia<sup>25</sup>, de acuerdo con la cual el proceso democrático, cuando satisface determinadas condiciones, es más fiable que cualquier otro procedimiento para acceder a principios morales válidos. Sin embargo, este supuesto valor epistemológico del proceso democrático es aplicable únicamente a patrones interpersonales y no a los ideales personales. Esto es así porque se basa en la dinámica hacia la *imparcialidad* que se argumenta que implica el proceso democrático, y en la visión metaética de que la validez de los patrones morales interpersonales, que no los personales, dependen de que sean aceptables desde un punto de vista imparcial. Dado que cualquiera que sea la base para la validez de los ideales personales no parece que la misma esté conectada con la imparcialidad, no hay razón para suponer que el proceso democrático de discusión y decisión sea más fiable que, por ejemplo, la reflexión individual de cada uno para detectar los ideales personales. Consecuentemente, la autoridad de la norma democrática no se extiende a imponer determinados ideales personales.

Así pues, el rechazo del perfeccionismo que yo propongo no está basado en la adhesión a un determinado ideal de la virtud personal, lo que conduciría, por el contrario, a la valoración del carácter de la gente. Dicho rechazo se basa en un principio moral interpersonal que se fundamenta con independencia de cualquier teoría de la vida buena.

Este rechazo del perfeccionismo -que debería diferenciarse de aquellas políticas paternalistas que intentan que la gente esté en condiciones, incluso por la fuerza (cuando abordan por ejemplo problemas de coordinación), de llevar a cabo sus propias decisiones- no implica dejar aisladas determinadas clases de *acciones* de las operaciones del sistema legal a través de la prohibición de llevarlas a cabo en base a razones basadas en ideales personales y no en patrones morales interpersonales. Por ejemplo, el acto de poseer droga para consumo propio no puede ser impedido en base a que dicha acción degrada al sujeto desde el punto de vista de cierto ideal personal del bien. Pero la misma acción puede ser impedida arguyendo, correcta o incorrectamente, que de esta forma instrumental se evita que el sujeto cause daño a otros.

Por supuesto, el rechazo del perfeccionismo no sólo implica que el Estado no debería castigar, o forzar en cierto sentido, clases de acciones apoyándose en ideales personales. También quiere decir que el Estado no puede hacer depender la punición, en un sentido u otro, de juicios basados en ideales perso-

---

<sup>25</sup> Vid. *The Ethics of Human Rights*, cited, cap.7.

nales, por ejemplo, renunciando a imponer una pena que de otra manera se le impondría al sujeto, o disminuyendo o agravando determinada pena, ya que los juicios basados en el efecto de determinada acción en la degradación o realce del carácter moral del sujeto constituirían una forma de imponer mi ideal personal sobre el de otros.

Si culpar a alguien conlleva valorar su carácter moral, la culpa implica necesariamente recurrir a ideales de virtud o excelencia personal. Culpar es afirmar que el carácter moral de alguien, como evidencian quizás ciertas acciones y actitudes subjetivas, no cumple todos los requisitos establecidos por ese ideal de excelencia. La acción objeto de culpa puede tener el efecto de degradar el carácter del sujeto y su calidad de vida, como puede ser una manifestación de dicha degradación. Un Estado liberal, esto es, el Estado comprometido con el principio de autonomía personal, no debería, así pues, actuar en base a la alabanza o a la culpa. Y ello porque el Estado no *discute* meramente con la gente (o al menos no lo hace en una posición de igualdad como la que las susodichas reglas de la práctica de la discusión moral requieren). Directa o indirectamente el Estado recurre a la coacción y al hacerlo, cuando la misma se basa en la culpa moral, lo que implica adoptar ciertos ideales de la excelencia personal sobre otros, se inmiscuye en la autonomía moral de las personas (incluso cuando el Estado utiliza propaganda o la educación para convencer a la gente sobre determinadas concepciones de la buena vida, recurre a la coacción, pues los recursos financieros utilizados para defender determinadas concepciones por encima de otras se extraen coactivamente de gente que no tiene por qué defender dichas concepciones).

Algunos teóricos piensan que la culpabilización de la gente que conlleva el castigo retributivo es compatible con la autonomía personal. Por ejemplo, R.A.Duff<sup>26</sup> sostiene lo siguiente: “Pero el castigo que persigue inducir al arrepentimiento y la autoreforma no necesita tener un carácter coercitivo y manipulativo: puede y debería ser un intento de estimular y comprometer -pero no de coaccionar- el entendimiento del delincuente y su voluntad. Tratamos de atraer su atención sobre la naturaleza e implicaciones de su crimen; tratamos de persuadirle para que reconozca y acepte las razones relevantes que justifican la condena por nuestra parte de lo que ha hecho, y para que vea y acepte su castigo como una penitencia; y le ofrecemos una comprensión particular de su delito y de su castigo. Pero es a él al que le concierne el considerar, entender y aceptar el mensaje que el castigo penal trata de comunicarle; queda en sus manos el arrepentirse de su delito y aceptar el castigo; y todavía queda abierta

<sup>26</sup> Vid. DUFF, R.A.: *Trials & Punishments*, op.cit., pp.272 y ss.

la vía del rechazo a hacerlo. Pues es esencial que el castigo penal, si se tiene que dirigir a él como a un sujeto moral racional, le deje libertad para disentir, para no ser persuadido y no quedar arrepentido... Creo que la imposición coercitiva del castigo penal puede ser coherente con el respeto a su autonomía”.

Sin embargo, este argumento no me convence. Implica, aparentemente, que la coacción externa no podría restringir nunca la autonomía personal, puesto que el sujeto tendría siempre la libertad de someterse o no a dicha coacción (el ladrón que nos amenaza con una pistola para que le demos dinero no coaccionaría nuestra libertad ya que depende de nosotros el conformar nuestros juicios a los suyos; desde este punto de vista sólo aparecería como ofensivo a la autonomía personal el lavado de cerebro o la cirugía cerebral). El hecho es que la forma en que la ley, de acuerdo con este punto de vista, comunica sus mensajes da cierto privilegio a estos mensajes sobre otros, y coarta la capacidad del individuo para elegir libremente entre ellos sólo en base a la razón. Todo el procedimiento descrito por Duff, según el cual en el que el castigo penal trabajaría a favor de que el convicto adoptase determinados juicios morales, muestra precisamente que la punición basada en la culpa es una forma de inclinar el razonamiento del individuo en favor de unos ideales personales de virtud sobre otros. No sólo existen mensajes que no son tan contundentemente comunicados al individuo, sino que a éste se le enseña que mejor que interiorice cuanto antes aquél que se le comunica, por miedo a que tenga ocasiones similares en las que reflexionar en soledad sobre el ideal de bien que sea conveniente para él.

Hay otra forma de entender que apoyar determinados ideales de virtud a través del castigo estatal es compatible con la autonomía personal. Esta otra forma rechaza mi manera de interpretar este principio e intenta en su lugar acercarse a las diferentes virtudes o exigencias de la excelencia humana. La idea es que existen virtudes que conectan al individuo con otra gente y con la sociedad como un todo; son las virtudes cívicas u otras relacionadas con éstas. Por otro lado, existen virtudes del carácter que no tienen que ver con la interrelación del individuo con otros seres humanos (podrían referirse, por ejemplo, a su relación con Dios). El Estado puede muy bien intentar hacer a la gente virtuosa en lo tocante al primer tipo de virtudes, sin entrometerse con otras cualidades del carácter moral de la gente que no contengan esa dimensión interrelacional. Algunas defensas del punto de vista republicano de la democracia intentan también evitar el perfeccionismo de esta forma.

Sin embargo, este intento de parcelar la valoración del carácter moral del individuo es, en mi opinión, erróneo a causa de la naturaleza *global* de la evalua-

ción de dicho carácter y de la conexión de las diferentes virtudes entre sí. Es imposible determinar si alguien debe ser culpado por haber tenido cierta intención que demuestra falta de alguna de las exigencias del ideal personal sin determinar en que medida su intención satisfizo o frustró otras exigencias de dicho ideal. Es común sostener que las diferentes virtudes del carácter permanecen en constante equilibrio y que el ser moral se encuentra permanentemente en la necesidad de llevar a cabo una compensación entre virtudes tales como el patriotismo, la honestidad, la familia, la lealtad, etcetera. Tomemos, por ejemplo, el caso de Richard Herrin, el cual, como vimos, fue traído a colación por Michael Moore. Si tomamos en serio la idea de culparle por matar a su novia debemos hacer un análisis completo de su carácter moral. El hecho de que fuera estudioso y formal no es suficiente para que cambie nuestra condena por la crueldad de lo que hizo. Pero supongamos que, a pesar de su apellido anglosajón nos encontramos ante un indio sudamericano y que, tal y como ha ocurrido en realidad en Argentina y Perú, alegase con total honestidad que el diablo había penetrado en el alma de la chica y que matarla era la única forma de liberar su alma. Como un indio dijo en uno de los casos “si el juez hubiera creído en el diablo me habría absuelto” (bajo la causa de justificación o cuando menos la excusa de estado de necesidad). Por supuesto, nuestro juicio sobre si el indio Richard Herrin debería ser culpado por haber matado a su novia estaría, de hecho, afectado por nuestras creencias sobre el diablo; pero incluso si no creemos en él, la naturaleza de la culpa se transformaría. Probablemente culparíamos al indio Richard Herrin por ser ignorante y supersticioso y no por ser cruel.

Por ello, mi conclusión es que si el enfoque subjetivo de la responsabilidad criminal estuviera basado en una concepción retributiva del castigo -concepción que de hecho implica dicho enfoque- aquél debería ser rechazado. Y es que la concepción retributiva de la pena implica la responsabilidad moral, la responsabilidad moral implica valorar el carácter de la gente, y la valoración del carácter de la gente por parte del Estado implica una visión perfeccionista de su misión que es contrario al principio de autonomía personal.

## VI

Como sostuve con anterioridad, la teoría de la prevención de la pena, a diferencia de la teoría retributiva, no conduce necesariamente a una aproximación subjetiva sobre la responsabilidad criminal: parece compatible tanto con el enfoque subjetivo como con el objetivo. Permitanme esbozar brevemente la justificación del carácter preventivo de la pena que considero más adecuada para establecer si conduce a un enfoque objetivo o subjetivo.

Las teorías de la prevención deberían comenzar su análisis por el principio, que ya tomé en consideración en otro lugar, de “protección prudencial de la sociedad”. Este principio establece que una condición necesaria para la legitimidad del castigo penal es que éste represente una manera eficaz y económica de prevenir males mayores a la sociedad que aquéllos implicados en dicho castigo. Ahora bien, esta exigencia conlleva diversas subcondiciones: aquélla de la *eficacia*: la aplicación de la pena debe tener éxito a la hora de evitar los males de los que hablábamos; aquélla de la *economía*: hace falta que no existan otras formas de evitar dichos males que supongan causar un mal menor que el que causaría la aplicación de la pena; aquélla del *equilibrio*: los males que implica la aplicación de la pena deben ser menores que los prevenidos; aquélla de la *inclusión*: los males sufridos por aquéllos a los que se impone la pena deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer el equilibrio de que hablábamos antes.

Existe otra condición para justificar el castigo penal que surge de la combinación del principio de la protección prudencial de la sociedad con el principio de la autonomía personal: los males a tener en cuenta son aquéllos que frustran la autonomía personal de la gente. Lo cual quiere decir que sólo debemos contar como males la frustración de los intereses o planes de vida de la gente tal y como vienen configurados por los ideales de vida por ellos escogidos. Esto conduce a una postura objetiva por lo menos en lo concerniente a la definición del estado de cosas que la ley debe buscar prevenir a través del castigo penal: puesto que las inclinaciones, disposición, intenciones, creencias, deseos de la gente, etcetera no pueden ser *directamente* perjudiciales para los intereses de cualquier individuo sino sólo para aquéllos que poseen dichos estados subjetivos (salvo que alguno tenga un interés perfeccionista sobre otros, lo que deberíamos descartar), las mismas no deberían aparecer en las descripciones del estado de cosas que la ley debería buscar *en última instancia* prevenir a través del castigo penal. Esta descripción de la norma penal debería ser del tipo “la muerte de alguien” o quizás “la muerte de alguien a resultas de la acción de otro”, y no del tipo “el deseo de alguien de matar a otro”, o incluso “la muerte de alguien por otro que quería que el primero muriera”, o “la matanza intencionada de alguien por otro”, en las que se mezclarían los elementos. Esto quiere decir que el ideal que el sistema liberal de Derecho Penal trata de materializar se cumple si la gente no se ve perjudicada de hecho en sus intereses, incluso aun cuando la sociedad fuera una sociedad horrible en la que todo el mundo, debido a la generalizada degradación de su carácter moral, tuviera los peores deseos y sentimientos hacia los otros.

Pero por supuesto, hay muchas formas indirectas a través de las que las inclinaciones de la gente y sus intenciones y creencias pueden acabar perjudi-

cando los intereses de otras personas. Como sostuve al principio, una teoría preventiva de la responsabilidad criminal debe mantener una concepción de los actos antijurídicos que incluya las acciones que el Derecho Penal debería buscar prevenir pero también las acciones contra las que la pena debería reaccionar para prevenir las anteriores. Las dos clases de acciones no coinciden necesariamente. Y es perfectamente posible que para prevenir acciones descritas en términos absolutamente objetivos con el fin de prevenir cualquier tipo de perfeccionismo, la pena deba dirigirse contra clases de acciones descritas en términos subjetivos. Esto podría producirse dado que las intenciones e inclinaciones de la gente implican riesgos de que se produzcan los resultados que definen las acciones que deben ser prevenidas, o porque para prevenir las clases de acciones objetivamente descritas es necesario reaccionar sólo frente a un tipo de acciones descrito en términos subjetivos.

Sin embargo, creo que desde la perspectiva meramente prevencionista la ley debería reaccionar únicamente frente a acciones definidas también en términos objetivos. Marcelo Sancinetti, en la obra citada previamente<sup>27</sup>, después de reconstruir mi argumentación tal y como la articulé en otro lugar, me acusa de incurrir en una falacia que él denomina “la falacia del silogismo de correspondencia” que explicaría mis diferencias con Mir Puig (a pesar de compartir con éste último, según Sancinetti, teorías similares sobre la punición y el Estado). Este autor sostiene que mi razonamiento sigue la siguiente estructura: a) La ley debería aplicarse únicamente para prevenir acciones que son perjudiciales para la sociedad; b) la conducta punible debería ser alguna de aquéllas que la ley debe prevenir; c) así pues, la conducta punible en un caso concreto debería ser la que produce el daño que la ley busca prevenir. Sancinetti piensa que la conclusión no se deriva de las premisas ya que, cuando la ley opera para prevenir determinada conducta es todavía incierto si ésta producirá o no un perjuicio determinado a la sociedad. La ley interviene para prevenir lo que podría acabar por resultar, por ejemplo, una mera tentativa o un delito consumado. Así pues, discriminar entre ambos supuestos a la luz del proceso de prevención sería arbitrario.

He intentado resumir tan equitativamente como me ha sido posible la argumentación de Sancinetti pero de hecho me encuentro realmente desconcertado. Que el proceso de prevención cuando tiene éxito a la hora de desincentivar la comisión del delito opera de la misma manera tanto en el caso en el que el delito se produce sólo en grado de tentativa como cuando se consuma es obvio; sin embargo, esto no tiene nada que ver con mi argumentación en favor

---

<sup>27</sup>. SANCINETTI, Marcelo: *op.cit.*, pp.79 y ss.

de la restricción de la punición a aquéllos actos que realmente causaron el daño que la ley buscaba prevenir, sin reemplazar el daño actual por la intención de causarlo. Parece que Sancinetti ha malinterpretado mi segunda premisa como si ésta dijera algo así: "la conducta punible debería ser una de aquéllas de cuya realización la ley podría haber disuadido al delincuente"; esto le habría conducido a pensar que, por supuesto, la ley podría haber disuadido de cometer una acción que en el caso de haberse llevado a cabo quizás podría haber sido insuficiente para completar la acción delictiva. Pero esto no es lo que significaba mi segunda premisa (sin embargo, Sancinetti recurre permanentemente a ello a pesar de su rechazo del argumento en favor del subjetivismo basado en la forma en que operan las normas del Derecho Penal). En su lugar, mi segunda premisa es que las únicas acciones que deberían ser penadas serían aquéllas que reúnen los elementos cuyo disvalor determina la emanación de la norma penal en cuestión para intentar prevenir que se materialicen; y que el grado de punición al que son sometidas determinadas acciones debería ser correlativo al grado de disvalor de los elementos de dichas acciones frente a cuya materialización la emanación de la ley penal intentó prevenir.

Pienso, por lo tanto, que mi argumentación, tal y como fue estructurada por Sancinetti pero con sus premisas correctamente interpretadas, es totalmente válida. Sin embargo, lo que la crítica de Sancinetti indirectamente subraya es la necesidad de fundamentar la segunda premisa, que a diferencia de la primera no se sostiene meramente en base a una postura antiperfeccionista. Pretendí fundamentar esa segunda premisa en el propio principio de protección prudencial de la sociedad, una vez aceptados determinados presupuestos de hecho. En general, para prevenir una clase de conductas basta con amenazar con el castigo únicamente a los miembros de aquélla clase y no a una clase más amplia, y de ser así, la ampliación de la clase de acciones punibles a esa clase más amplia violaría la exigencia de economía en la administración del castigo penal que, como vimos, estaba implícito en el principio de protección prudencial de la sociedad aceptado por las teorías preventivas de la pena. A veces, sin embargo, no es éste el caso: por ejemplo, algunos delitos apenas pueden prevenirse si el Estado no recurre a la trampa legal. Puesto que las acciones que en este caso se castigan penalmente no son las acciones que la ley buscaba prevenir, estamos ante un caso en el que no existe una coincidencia absoluta entre las acciones que se penan y aquéllas otras que exhiben los elementos cuyo disvalor provoca el que la ley busque prevenirlos.

En lo tocante al caso especial de las tentativas, debido precisamente a aquéllos elementos que Sancinetti subraya en mi contra -que aquél que va a cometer un crimen normalmente no quiere únicamente intentarlo sino com-

pletarlo-, no es necesario para desalentar al sujeto atribuir a la tentativa la misma pena que al delito consumado. Lo que el sujeto tiene en mente es la pena para el delito consumado. Así pues, sería claramente *anti-económico*, vulnerador por tanto del principio de protección prudencial de la sociedad, utilizar un grado de punición mayor cuando uno menor bastaría, puesto que el sujeto activo no presta atención a la pena de la tentativa sino a la del delito consumado. Sin embargo, no sería eficaz que la ley dejara las tentativas sin castigo penal pues entonces *ello* podría de hecho entrar dentro del cálculo del sujeto, que razonaría que merece la pena intentar cometer un delito concreto (el robo de un banco, por ejemplo), dado que si fallase, ello no tendría ninguna consecuencia para él. Por consiguiente, es completamente racional, desde el punto de vista del principio de la protección prudencial de la sociedad, castigar las tentativas con alguna pena, aunque menor que la asignada al delito consumado. Además, como la ignorancia sobre cuantos delitos podrían ser prevenidos a través de determinado castigo penal y cuantos se castigarían apoya la regla de experiencia que aconseja guardar una proporción entre el mal que implica cada pena y el mal implicado en cada delito en función de cuya prevención se impone aquélla -para quedarnos dentro de los límites del principio de la protección social-<sup>28</sup>, existe una razón para hacer que el grado de las penas por tentativa sea equivalente al grado de *peligro* que éstas conllevan. Se parte de asumir que sufrir el peligro de un cierto perjuicio es menos malo que sufrir el perjuicio.

La misma consideración justifica el argumento de que las tentativas imposibles no deberían ser penadas. Punirlas no es necesario para prevenir los delitos consumados puesto que nadie quiere cometer una tentativa imposible, y todo el mundo que intenta un delito piensa como mínimo que es posible. En base a este último hecho, no existe necesidad alguna de penar con una pena la tentativa imposible: la perspectiva de acabar cometiendo una de estas tentativas no es una que el futuro sujeto activo del delito se represente y que entre en sus cálculos de costes y beneficios.

Cuando el sujeto activo piensa que su acto es antijurídico y, sin embargo, dicho acto está justificado porque sin saberlo el sujeto se está defendiendo a sí mismo, o evitando un mal mayor, o cumpliendo una ley de permiso que ignoraba, no debería ser castigado penalmente, puesto que dicho castigo es completamente anti-económico e infringiría el principio de protección prudencial de la sociedad: nadie que quiere cometer un delito se vería alentado a ello por

---

<sup>28</sup>. Vid. mi respuesta a Larry ALEXANDER.

el hecho de que alguien fuera absuelto por ignorar algo que él mismo cree que no concurre en la presente situación.

¿Quiere ello decir que yo defiendo un enfoque *puramente* objetivo de la responsabilidad criminal, que haría a la gente responsable lo mismo por delitos intencionales que por delitos imprudentes, o incluso por hechos accidentales? Por supuesto que no. Una teoría meramente preventiva de la pena, basada únicamente en el principio de protección prudencial de la sociedad -por mucho que sea combinada con el principio de la autonomía personal- merece la crítica de adoptar una visión totalizante de la sociedad que ignora la cuestión de la distribución entre cargas y beneficios en su política de proteger a la sociedad frente a males mayores que aquéllos que ella misma causa. La acusación Kantiana a la mera justificación utilitaria de la pena, de usar a los hombres como meros instrumentos para el beneficio de otros, está completamente justificada, aunque el remedio no debería ser el retribucionismo de Kant, que implica un perfeccionismo que va en contra del núcleo de su filosofía política.

En otro lugar<sup>29</sup> he defendido una forma de completar la condición necesaria para justificar la punición basada en la protección social con otra condición necesaria que no implicaría ningún elemento de culpa y que legitimaría la distribución de males que la pena implica. Esto significaría confiar en el mismo principio por el cual la distribución de las cargas y los beneficios, incluso los desiguales, se justifica en el caso de los contratos, los matrimonios, la responsabilidad por daños, la representación política, etcetera, esto es, el *consentimiento* de la persona que sufre la carga en cuestión. Sucintamente, mi idea es que en el caso de un contrato, por ejemplo, no es necesario que el sujeto acepte la norma que hace de su voluntad una condición de determinada obligación o responsabilidad; en su lugar es necesario que la norma en cuestión sea justa y legítima. Tampoco es imprescindible en todo tipo de contratos que el sujeto lleve a cabo un determinado acto de habla, diciendo "consiento en tal y tal", muchos contratos se satisfacen con un consenso tácito pero real que únicamente requiere que el sujeto realice determinada clase de acto (por ejemplo, entrar en un autobús o en un taxi, pedir comida en un restaurante, levantar la mano en una subasta, coger algo de la estantería de un supermercado, etcetera), consciente del hecho de que dicho acto es el antecedente de una consecuencia normativa necesaria, que es una cierta obligación o responsabilidad (aquella de pagar, por ejemplo). Es crucial la idea de que el consentimiento en el caso de contratos, matrimonios, o cualquier otra institución que en dicho

---

<sup>29</sup> Vid. "A Consensual Theory of Punishment" en *Philosophy & Public Affairs* and *The Ethics of Human Rights*, cited, cap.8.

consentimiento se base, no exige que el sujeto desee que la consecuencia normativa le sea aplicada, ni siquiera que debiera pensar que probablemente se le aplicaría dicha consecuencia; basta con que el sujeto conozca que la consecuencia *normativa* constituida por la obligación o la responsabilidad, no aquella otra fáctica constituida por su aplicación, es un resultado de su acción.

He mantenido que exactamente las mismas condiciones se dan en el Derecho Penal cuando se satisfacen determinados requisitos. Por supuesto, la norma que crea el delito debe ser justa, lo que significa que debe satisfacer el principio de protección prudencial de la sociedad, que debe respetar los derechos humanos básicos, que debió ser emanada por una fuente legítima, etcetera<sup>30</sup>. Cuando esto es así, el problema de distribución al que las condiciones previas no hacen frente se salva por el hecho de que el sujeto consintió en asumir una cierta responsabilidad criminal al cometer voluntariamente un crimen sabiendo que tenía como consecuencia necesaria esa responsabilidad, cualquiera que fuera la actitud del sujeto hacia la aplicación fáctica de esa responsabilidad.

El consentimiento se basa, pues, en determinadas actitudes subjetivas -la voluntariedad del acto, el conocimiento de que de acuerdo con la ley ello implica un castigo- sin ninguna conexión con la culpa por los rasgos del carácter. Es exactamente lo mismo que ocurre en el caso del Derecho Civil: para determinar si el sujeto consintió en pagar una deuda y debe responder carece de relevancia analizar su carácter. Así pues, mi punto de vista evita la debilidad de la teoría de la prevención de la pena, que no puede justificar la aplicación de la pena a los individuos particulares y los trata como meros instrumentos, sin caer tampoco en una teoría retributiva de la pena que condu-

---

<sup>30</sup>. DUFF, R.A. en *Trials & Punishments, op.cit.*, p.180, sigue a Hegel al pensar que la amenaza de castigo que implica la existencia del Derecho Penal debería estar justificada puesto que implica no tratar al sujeto de dicha amenaza con el respeto debido a un hombre libre; piensa que mi teoría consensual de la pena es imperfecta porque no proporciona dicha justificación. Pero esto es erróneo: la distinción entre amenazas y otras alternativas, como ofertas, depende de juicios de valor. Si el Derecho Penal es justo -como se asume aquí-, no implica ninguna amenaza, y no es percibido de esta manera por la gente que percibe su justicia. Lo mismo ocurre con un Derecho Civil justo que establece que yo puedo obtener aquello que quiero sólo si pago al dueño lo que quiere por ello (por supuesto, el Derecho Civil podría ser sumamente amenazante si fuera injusto; si, por ejemplo, me obligara a pagar a la gente por no dañarme con ruidos ensordecedores). Así pues, cuando hablamos de "amenazas" del Derecho Penal, deberíamos poner la palabra entre comillas, refiriéndonos al punto de vista del delincuente que presumiblemente no acepta el Derecho Penal justo.

ciría al perfeccionismo. Ambas alternativas son antiliberales: la primera por ser antiindividualista, y la segunda por ser perfeccionista.

En definitiva, mi aproximación a la responsabilidad criminal es objetiva sin caer en el abismo del puro objetivismo. Para ser castigados penalmente, los sujetos deben haber actuado voluntariamente, y deben haber conocido las características de sus actos que son tenidas como relevantes por la norma penal en cuestión; y todavía más, deben saber -tal y como requiere la moderna doctrina del derecho penal y el Código Penal alemán emanado en 1975- que la ley hace de los actos así descritos los antecedentes de ciertas penas<sup>31</sup>.

Resumiendo, a Peter se le debería aplicar una pena menor que a Sarah; Linda debería ser absuelta, tanto si Eric muere como si no; Robert debería ser penado por el intento de asesinato y el homicidio consumado de Richard, y ambos delitos deberían implicar separadamente una pena menor que el asesinato intencionado consumado; Mary debería ser absuelta; y también debería serlo Irwin.

---

<sup>31</sup>. Los delitos imprudentes presentan algún problema, ya que aparentemente estas condiciones no se pueden dar en relación con ellos. Sin embargo, yo he intentado defender que su antijuricidad -lo que la ley debería buscar prevenir en relación con ellos- no viene dado por el daño que producen sino por el peligro de ese daño que el agente sabe que está provocando; la sujeción al castigo penal está ligado a ese peligro y no al daño (como en el caso de las tentativas), lo que justifica una pena menor que la correspondiente al delito intencionado; el requerimiento del daño actual es una condición objetiva no para la punibilidad del delito sino para aplicar dicha pena, puesto que proporciona una prueba sólida de que el peligro era alto y real. La imprudencia inconsciente no debería ser penada.

## ESTÁNDAR DE CIVILIZACIÓN. LAS HISTORIAS DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

FRANCISCO JAVIER PEÑAS \*

*SUMARIO:* I. RAZÓN DE ESTADO Y HOMOGENEIDAD.- II. LOS DESAFÍOS AL ORDEN.- III. CONVERSIÓN Y/O CONQUISTA.- IV. LAS FRONTERAS EUROPEAS: EL MEDITERRÁNEO Y EL NUEVO MUNDO.-1. Primer episodio: el Mediterráneo como frontera.- 2. Segundo episodio: el Requerimiento.- V. LA EXPANSIÓN EUROPEA: IMPERIALISMO Y CIVILIZACIÓN.- 1. Tercer episodio: el estándar de civilización.- 2. Cuarto episodio: reparto y tutela de África.- VI. HILOS CIVILIZATORIOS.-

El presente trabajo pretende ser una reflexión sobre la teoría de las Relaciones Internacionales desde el punto de vista de la Historia, de las Historias de la política mundial. Para ello se constata que en estas historias junto a la siempre presente razón de estado -eje central de las visiones dominantes en la teoría de las Relaciones Internacionales- aparecen una *razón de sistema* y una *razón de civilización*. La razón de estado, como el equilibrio de poder, sólo puede funcionar en un sistema con un alto grado de homogeneidad, como fue el mundo europeo del siglo XVIII, por ejemplo, pero en la historia de las relaciones intereuropeas ha habido momentos de quiebra de esa homogeneidad -la Revolución Francesa, por ejemplo- en los que junto a la razón de estado aparece una razón de sistema. Pero más aun, si consideramos la expansión europea y la occidentalización del mundo como algo más que un simple subproducto del equilibrio de poder europeo y nos adentramos en su lógica veremos como se despliega una razón de civilización. Sostiene el autor que para desarrollar una teoría de las relaciones internacionales no positivista y no ahistórica es necesario tener en cuenta estas tres *razones* y las lógicas a las que dan lugar.

---

\*. Profesor titular de relaciones internacionales. Área de Derecho internacional Público. Departamento de Derecho Internacional Público. Universidad Autónoma de Madrid.

La historiografía de las relaciones internacionales se ha centrado habitualmente en la historia de sistema europeo de estados<sup>1</sup> y posteriormente en la universalización de la sociedad internacional que tuvo su origen, y fue durante siglos, europea<sup>2</sup>. Pero si no consideramos estos dos momentos -el sistema europeo de estados y su universalización- como un mismo espacio de acción, sino como dos espacios con lógicas distintas, y tomamos como hilo conductor la pareja homogeneidad/heterogeneidad, o en palabras de C. Schmitt, amigo/enemigo, entendido este último como la negación óptica de propio<sup>3</sup>, podríamos delimitar tres niveles distintos de la historia: el de la razón de estado en el mundo homogéneo del sistema de estados europeo; el de las rupturas de los principios de legitimidad de dicho orden, y el de la expansión europea, la conversión y la conquista.

## I. RAZÓN DE ESTADO Y HOMOGENEIDAD

El *primer nivel* sería el del *sistema europeo de estados*. Este nivel es el ámbito donde se despliega la *razón de estado*. Una definición de ésta nos la proporciona F. Meinecke, que la califica de "una teoría de los intereses de los estados"<sup>4</sup> o "una suma de máximas del obrar político"<sup>5</sup>. Con razón de estado nos estamos refiriendo a una idea que justifica una acción del estado, que se considera transgresora de los principios morales, por el imperativo de la necesidad, o del bien superior del estado mismo. La razón de estado en el sistema europeo tiene una cara interna y otra externa, que podemos diferenciar a efectos de análisis. En la primera, la razón de estado es la justificación, el instrumento que el príncipe necesita para consolidarse en el poder frente a sus rivales, para concentrar en un solo polo el monopolio del poder y la violencia - el paso de la *iurisprudencia* a la política, de la *respublica* medieval al Levia-

<sup>1</sup>. Este trabajo es fruto de un largo periodo de colaboración con Rafael del Águila. Muchas de las ideas aquí expuestas o se deben a él -como por ejemplo la idea de la existencia de una razón de civilización- o son fruto de las discusiones y papeles intercambiados en este tiempo.

<sup>2</sup>. Esta es la idea subyacente a la famosa obra editada por BULL, H. - WATSON, A. *The Expansión of International Society*, Clarendon Press, Oxford, 1989. No intentamos en las líneas siguientes negar la claridad e importancia de dicha obra: sólo planteamos que cabría una visión diferente.

<sup>3</sup>. SCHMITT, C. *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 56 y 63

<sup>4</sup>. MEINKE, F. *La idea de la razón de estado en la edad contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 1ª reimpression, p. 20.

<sup>5</sup>. *ibid.*, pág. 375

tán<sup>6</sup>-, para ir cercenado las soberanías múltiples y solapadas que caracterizan el mundo medieval. Este proceso ha dado como resultado histórico el estado centralizado de la Ilustración<sup>7</sup>.

Su cara externa es la de las relaciones exteriores de los príncipes, más tarde de los estados, la de las uniones dinásticas, las alianzas y las guerras que irán configurando el sistema europeo de estados y a los estados mismos. Esta distinción entre la razón de estado interna -el príncipe que lucha por hacerse y mantenerse en el poder-, y razón de estado externa, o internacional, -el estado que se constituye, se fortalece, se agranda y se protege en lucha con otros estados- no aparece claramente delimitada hasta el siglo XVIII, cuando empieza a establecerse nítidamente la línea divisoria entre *lo interno y lo internacional*. Maquiavelo no distingue dos dinámicas diferentes de la idea de necesidad<sup>8</sup>. Para Bodino, Spinoza y Hobbes la consolidación del poder interno del estado era aun más importante que su paz externa: las guerras civiles eran más destructivas del tejido social que los conflictos exteriores<sup>9</sup>. Es, al parecer, en el siglo XIX, cuando, una vez lograda la pacificación interna y el monopolio de la violencia legítima por parte del estado, cuando la razón de estado aparece con todo su vigor casi solamente en el campo de lo internacional.

*El sistema en el que se desenvuelve la razón de estado tiene un alto grado de homogeneidad:* una tradición cristiana común, unas instituciones comunes como la soberanía, unas formas estatales muy similares con el mismo principio de legitimidad de la autoridad -dinástico primero y nacional más tarde- y un alto grado de interacción. Esta homogeneidad permitió el funcionamiento de una *razón de sistema*. Esta idea, que aparece formulada por A. Watson<sup>10</sup>, tiene su origen en la época del *Concierto Europeo* y queda descrita por este autor como "...la creencia (por parte de los estados) de que merece la pena hacer funcionar al sistema... siempre que los acuerdos, incluso los compromisos de seguridad colectiva, sean voluntarios y no impuestos por una potencia o

---

<sup>6</sup>. *Prudentia* como ciencia de la razonable proporción entre las partes, entre los poderes. Vid. HESPANHA, A. *Vísperas del Leviatán*, Madrid, Taurus, 1989, pp. 441-442.

<sup>7</sup>. Resultado contingente, no previsto, no diseñado, conformado por la correlación de fuerzas entre estos poderes internos y condicionado por el contexto externo. Vid. TILLY, CH. "Reflections on the History of European State-Making", en TILLY, C. (ed.), *The Formation of the Modern States of Western Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1975.

<sup>8</sup>. Vid. BARTELSON, J. *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 60.

<sup>9</sup>. PARKINSON, F. *The Philosophy of International Relations*, SAGE, Londres, 1977, p. 39

<sup>10</sup>. WATSON, A. *The Evolution of International Society*, Londres, Routledge, 1992. La idea aparece en numerosas ocasiones en el texto. Vid. índice analítico.

grupo de potencias victoriosas"<sup>11</sup>. Esta razón de sistema, que no excluye conflictos de intereses entre los miembros de la sociedad de estados, supone "...el reconocimiento por las partes que es ventajoso para todos que tales conflictos se resuelvan dentro del marco del sistema"<sup>12</sup>.

Por su parte H. Bull, quince años antes lo describía sin usar esa denominación. Sostenía este autor que el primer objetivo del orden internacional era la preservación del sistema o sociedad de estados mismos: "La sociedad de estados misma ha buscado asegurar su continuidad como la forma predominante de organización política (los estados y la sociedad de estados), de derecho y de hecho"<sup>13</sup>, haciendo frente a todos los intentos expansionistas, de conquista o que buscaran la creación de un imperio universal<sup>14</sup>. Los objetivos últimos del orden del sistema de estados, que Bull enumeraba también, son pertinentes aquí: limitación de la violencia, mantenimiento de las promesas y estabilización de las posesiones mediante reglas de propiedad (*rules of property*)<sup>15</sup>.

La heterogeneidad en este sistema europeo venía determinada por la creciente parcelación del espacio político, la pérdida de poder de las instituciones europeas comunes como el papado y el imperio, y la configuración de estados territoriales capaces de delimitar claramente el *dentro* y el *fuera*.

La razón de estado aparece en el sistema europeo como la teoría y la justificación de la defensa y de los avances de los propios intereses del estado dentro de un sistema de unidades muy similares, de una sociedad europea<sup>16</sup>.

<sup>11</sup>. *Ibid.*, pág.14.

<sup>12</sup>. *Ibid.*, pág. 240.

<sup>13</sup>. BULL, H. *The Anarchical Society*, Nueva York, Columbia University Press, 1977, p. 16.

<sup>14</sup>. "Cada nación tiene sus derechos, pero Europa también tiene sus derechos" afirmaba el historiador William Lingelbach en 1900 refiriéndose a la necesidad de que el principio del equilibrio de poder europeo prevaleciera incluso sobre el principio de soberanía de esta o aquella nación. Citado por TRACHTENBERG, Marc, "Intervention in Historical Perspective", en REED, L. W. - KAYSEN, C. (eds.), *Emerging Norms of Justified Intervention. Conference papers*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993, p. 17.

<sup>15</sup>. *Ibid.*, pág. 19.

<sup>16</sup>. H. Morgenthau señala como el equilibrio de poder surge no sólo del choque de intereses de los miembros del sistema europeo de estados, sino de una cultura común de *respeto* a los derechos de los otros y de acuerdo sobre unos principios morales básicos (obra citada, *Política entre las naciones*, epígrafe "La influencia limitadora del consenso moral"). En definitiva el equilibrio de poder surge de una sociedad europea de estados. M. Wight por su parte afirma: "Debemos pensar que un sistema de estados no surgirá sino existe una cierta de unidad cultural entre sus miembros. Los tres sistemas que hemos tomado como paradigmas -el griego, el occidental y la China preimperial- nacieron cada uno dentro de una sola cultura", en *Systems of States*, Leicester, Leicester University Press, 1977, pp. 33-34

## II. LOS DESAFIOS AL ORDEN

El *segundo nivel*, que se sitúa también en el sistema europeo de estados, es el de los *atisbos de auténtica heterogeneidad*, de auténtica *enemistad*. Éstos hacen su aparición con las revoluciones<sup>17</sup>, entendidas como cambios bruscos de los principios de legitimidad<sup>18</sup>, o por desafíos sistémicos.

Los estados no han sido indiferentes a la existencia de distintos principios de legitimidad -dinástica o nacional-, a las diferencias en la forma de organizar la coerción del estado -estados liberales o absolutistas-, o a las formas de organizar la producción y distribución de los bienes materiales, estados capitalistas o socialistas. Podríamos, haciendo un repaso muy rápido a la historia del sistema europeo de estados, detectar al menos tres grandes coyunturas históricas donde la existencia de las diferencias antes reseñadas se impusieron, como elementos determinantes de las relaciones entre los estados, sobre las normas de reconocimiento mutuo entre entes independientes y soberanamente iguales.

La primera de estas coyunturas se extiende desde la Revolución Francesa hasta mediados del siglo XIX. Desde el Tratado de Utrecht de 1713 a 1789 se extendió un período de relativa armonía entre los estados europeos. Esta situación no puede explicarse sólo por el equilibrio de poder, sin tener en cuenta que los estados de la sociedad europea compartían unos principios de legitimidad política y social en un sistema internacional cuyas fronteras estaban conformadas y eran relativamente estables<sup>19</sup>. Voltaire hablaba de una gran

---

<sup>17</sup>. Según WEBER, Cynthia (*Simulating Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 13) las revoluciones no son sólo ni exclusivamente asuntos internos, sino que son asuntos internacionales. Agradezco a Carlos Espósito que me llamara la atención sobre este aspecto.

<sup>18</sup>. Un estado revolucionario es aquel cuyas relaciones con otros estados son revolucionarias porque propone cambios fundamentales en las bases sobre las cuales los estados establecen sus relaciones mutuas. El estado revolucionario es aquel que adopta una postura de confrontación con otros estados debido a las consecuencias externas de su revolución o, por lo menos, así es percibido por otros estados. Vid. ARMSTRONG, D. *Revolutions and World Order*, Clarendon, Oxford, 1993, p. 3. Una estado es revolucionario cuando amenaza el "mito dominante del orden social", JOHNSON, C. *Revolutions and the Social System*, citado por *ibid*.

<sup>19</sup>. J. G. Ruggie distingue tres tipos de guerras en la historia del sistema europeo de estados: *constitutivas*, en el período que se extiende hasta la Paz de Augsburgo (1555) y la Paz de Westfalia (1648), *configurativas* hasta el Tratado de Utrecht (1713) y *posicionales*, estas últimas sólo interrumpidas por intentos de creación de imperios universales. Vid. RUGGIE, J. G. "Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations", *International Organization*, vol. 47, núm. 1, 1993, pp. 162-163.

comunidad que compartía principios de derecho público y esa idea era un lugar común en la Europa del siglo XVIII<sup>20</sup>.

La Revolución Francesa, nacional y regicida, defendida por un ejército de ciudadanos y no de mercenarios, que irradiaba un ideario universal y con vocación expansionista, puso fin a esta homogeneidad del sistema de estados, rompiendo la tradición que tanto amaba E. Burke de la *respublica* europea<sup>21</sup>. D. Armstrong<sup>22</sup> enumera cinco aspectos en los que la Revolución francesa supone un desafío a la principios de la Paz de Westfalia: (1) Su distinto principio de legitimidad interna, es decir la idea de soberanía nacional; (2) sus ideas universalistas que se acercaban a la noción de una comunidad de la humanidad y que se convirtieron en llamamientos a "el derrocamiento de los tronos, el aplastamiento de los reyes y la realización universal del triunfo de la libertad y la razón"<sup>23</sup>, y que distinguían entre pueblos y gobiernos; (3) su preferencia por invocar el derecho natural por encima del derecho internacional; (4) su carácter de guerra nacional -la *levée en masse* de agosto de 1793- y sobre todo de guerra total, que rompía con la tradición de guerra limitada y de posiciones del sistema europeo de estados desde la segunda mitad del XVII<sup>24</sup>; y (5) su recursos a la propaganda dirigida a los pueblos por encima de su gobernantes en detrimento de la diplomacia convencional europea. Cabría mencionar el doble carácter de Francia en el sistema europeo de estados, idea que recogeremos más abajo: era a la vez un estado revolucionario y una gran potencia en el medio del continente europeo y sus carácter identidad y objetivos cambiaron en el curso de las propias guerras<sup>25</sup>.

<sup>20</sup>. HALLIDAY, F. *Rethinking International Relations*, Londres, Macmillan, 1994, p. 108.

<sup>21</sup>. Sobre E. Burke vid. CRUISE O'BRIEN, C. *The Great Melody. A Thematic Biography and Commented Anthology of Edmund Burke*, Londres, Minerva, 1993.

<sup>22</sup>. ARMSTRONG, D. *Revolutions and World Order*, op. cit. (nota 14), pp. 85 y ss.

<sup>23</sup>. Instrucciones del Comité de Salud Pública al Ministerio de Asuntos Exteriores, citado por ARMSTRONG, D. *Revolutions and World Order*, op. cit. (nota 14), p. 86.

<sup>24</sup>. Según P. Paret, Clausewitz distinguía entre guerra nacional y guerra total. Una guerra nacional podía ser una guerra total o no dependiendo de los objetivos políticos de los contendientes, de su situación social, etc. Las guerras de la Revolución y de Napoleón eran ambas cosas. Vid. PARET, P. *Understanding War. Essays on Clausewitz and the History of Military Power*, Princeton University Press, Princeton, 1992, pp. 150-1.

<sup>25</sup>. Armstrong cita la ambigüedad de los ejércitos franceses conquistadores: traían en sus mochilas las ideas de la libertad, pero los pueblos a quienes, por vía de conquista militar, se les transmitían estas ideas no tenían libertad de elegir un gobierno contrario a Francia. Vid. ARMSTRONG, D. *Revolutions and World Order*, op. cit. (nota 14), p. 97.

Fue precisamente Edmund Burke uno de los primeros que formuló la idea de que la Revolución y los principios que la regían eran el *enemigo*, no tanto por ser una amenaza militar, sino por ser lo radicalmente distinto, la negación óptica de lo propio, como lo formularía más tarde Carl Schmitt: "Pensaba que la contienda, una vez empezada no podría ser abandonada, para ser retomada cuando lo deseáramos; que nuestra primera lucha con ese mal sería la última. Nunca pensé que pudiéramos firmar la paz con el sistema (la Revolución), porque nuestra rivalidad no era por un objeto, sino que estábamos en guerra con el sistema mismo: tal y como yo lo entendía no estábamos en guerra con su conducta, sino con su existencia; convencidos de que su existencia y su hostilidad eran uno y lo mismo"<sup>26</sup>

La Santa Alianza puso en práctica las tesis de Burke, interviniendo aquí y allá, tratando de abatir la ola revolucionaria liberal que se cernía sobre Europa. El historiador A. J. P. Taylor señala como "la Santa Alianza era conservadora en un doble sentido: era un alianza de *status quo* opuesta a cambios en las fronteras; y era una alianza política opuesta a las concesiones constitucionales dentro de los estados. Aunque en sus declaraciones la Santa Alianza expresaba su oposición al liberalismo en términos de amenazas a la estabilidad internacional, la dos actitudes eran inseparables y sería asimismo igual de razonable achacar su énfasis en la necesidad de mantener el *status quo* a su creencia en que la revisión de los tratados abriría la puerta al liberalismo"<sup>27</sup>.

La segunda coyuntura fue de más breve duración pero sus efectos aun perduran. Se puede personalizar en Wilson y todos aquellos dirigentes europeos que sostuvieron que la causa de la Gran Guerra, aparte de la diplomacia secreta, podía encontrarse en la existencia de imperios autoritarios y multinacionales, que, por eso mismo, eran belicosos y expansionistas. La paz sólo sería posible si los miembros del sistema de estados eran liberales y nacionalmente autodeterminados. Los Tratados de Versalles, en consecuencia, redistribujaron el mapa de Europa, y por tanto del mundo entero. "Wilson -señala M. Wight- quería hacer de la democracia un criterio necesario de la pertenencia a la Sociedad de Naciones. El sistema de estados occidentales ha estado más cerca que cualquier otro de erigir la estructura del gobierno en un principio de legitimidad internacional"<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> BURKE, E. *Works and Correspondence*, citada por HALLIDAY, F. *Rethinking...*, op. cit. (nota 20), pág. 110.

<sup>27</sup> TAYLOR, A. J. P. *The Struggle for Mastery in Europe, 1848-1918*, Oxford, Oxford University Press, 1971, 1ª edición de 1954, p. 2.

<sup>28</sup> WIGHT, M. *Systems of States*, op. cit. (nota 16), pp. 40-41.

Sin embargo en la Gran Guerra y en la Paz de París la heterogeneidad no era tan manifiesta como lo fue con la Revolución Francesa y con la Rusa. Aunque como señala V. G. Kiernan<sup>29</sup>, las actitudes desarrolladas por los europeos en el proceso de conquista de otros continentes -patriotismo, *virtudes marciales*, etc.- se reprodujeron en suelo europeo -ambos contendientes luchaban a favor de la civilización y en contra de la barbarie representada por sus respectivos enemigos-, parte de la crisis espiritual de posguerra deriva de la conciencia de los ciudadanos, y sobre todo de los combatientes, de que esa *enemistad*, que parecía tan clara en julio de 1914, tenía más de efecto propagandístico que *diferencia* sustancial entre aquéllos que se situaban en trincheras opuestas.

Nuestra tercera coyuntura, por último, incluye la Revolución Rusa, los fascismos y la emergencia de los estados *socialistas*. Estos acontecimientos dieron un nuevo impulso a la consideración de la *heterogeneidad* como un factor determinante en las relaciones internacionales. Hay que señalar, y con ello volvemos a Burke, que la heterogeneidad sólo se convierte en enemistad total cuando estas alternativas mencionadas a la corriente liberal de la modernidad se hacen, o son percibidas, como fuertes y expansionistas, como auténticos desafíos, lo que para Burke en el mundo no global de finales del siglo XVIII era la idea de *vecindad*. En el caso de la Alemania nazi esta percepción se consolida con el Pacto de Munich de 1938; en el caso de la URSS la amenaza adquiere especial virulencia desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

La Guerra Fría no fue sólo el enfrentamiento de dos grandes potencias que lograron el equilibrio de poder en el marco de la disuasión nuclear y que trasladaron las tensiones del pacífico frente central al tumultuoso Tercer Mundo, sino un enfrentamiento de sistemas, de formas de organización de las redes de coerción y de distribución, de modelos sociales, de formas de entender lo bueno, lo justo y lo necesario, de dos ideologías universalistas: la liberal y la comunista. El experimento soviético fue el gran desafío moderno a la corriente principal de la modernidad y al orden liberal en la que ésta se encarnaba.

La razón de estado clásica en las tres coyunturas aquí expuestas -en el segundo nivel proponemos- se engloba dentro de un enfrentamiento sistémico, no todavía civilizatorio: la razón de estado no desaparece, pues siguen siendo los estados los que despliegan una política exterior, pero no se trata ya

---

<sup>29</sup>. KIERNAN, V. G. *Imperialism and its Contradictions*, Routledge, Londres, 1995, p. 153.

de hacer avanzar intereses propios dentro de un orden acordado o impuesto, pero aceptado, sino del enfrentamiento de *dos órdenes* antagónicos sustentados en dos visiones del mundo diferentes. Desaparece, aunque no totalmente, esa homogeneidad cultural que según algunos de nuestros autores citados posibilitaba y daba estabilidad al sistema de estados. La Revolución Francesa y las guerras napoleónicas negaban el principio de legitimidad dominante en Europa y, en el caso de Napoleón, la misma existencia de estados soberanos y no subordinados al imperio, cuyo principios se establecieron en la Guerra de los Treinta Años. Los fascismos, sobre todo el alemán, no negaban en lo sustancial las formas de propiedad y distribución de la riqueza, pero sí el orden liberal de las sociedades y ponían en peligro, otra vez, la independencia de los estados europeos. Es dudoso que la URSS, tras la Segunda Guerra Mundial, quisiera redibujar las fronteras de las zonas de influencia perfiladas en Yalta y Potsdam, pero su ideología, encarnada en los partidos comunistas europeos, intentaba, o así se percibía, subvertir el orden liberal de Occidente<sup>30</sup>. *En estos enfrentamientos el componente sistémico sobredetermina cualquier otra consideración. La razón de estado clásica amplía aquí su campo de actuación y se subsume en un enfrentamiento entre formaciones sociales.*

Cabe hacer unas últimas consideraciones. Cuando hablamos de que en estas coyunturas aparecen *atisbos* -y no incompreensión tajante- de auténtica heterogeneidad, de auténtica enemistad, nos referimos a que el origen histórico de estos desafíos al orden dominante -la Revolución de 1789, los fascismos, el comunismo- no es otro que la misma modernidad cuya corriente principal da lugar al orden liberal. Este tronco histórico compartido posibilitaba la existencia de un vocabulario común, de un acuerdo sobre ciertas instituciones y pautas de comportamiento: *no eran los otros completa y radicalmente*. El doble carácter antes señalado de la Francia revolucionaria y napoleónica -revolucionaria e imperial- y la existencia de una cultura común y un vocabulario común, (al menos en la fase napoleónica), determinan la respuesta al desafío y el diseño del nuevo orden mundial en el Congreso de Viena. Francia no es borrada del mapa y las ideas liberales tardan escasamente cincuenta años en generalizarse en Europa. No sólo la Revolución y Napoleón no son totalmente extraños a las ideas dominantes en Europa sino que lo son en grados diferentes: en mayor medida para el canciller austriaco Metternich, cuya máxima preocupación era mantener unido el imperio bajo la dinastía de los Habsburgo, y en menor medida para Castlereagh y Gran Bretaña, menos

---

<sup>30</sup>. Ver LATHAM, R. *The Liberal Moment. Modernity, Security and the Making of the Postwar International Order*, Nueva York, Columbia University Press, 1997, especialmente el cap. 3 "An enemy is better than a friend".

amenazada por las ideas revolucionarias y más preocupada por restablecer el equilibrio de poder en Europa<sup>31</sup>.

En lo que respecta al desafío de la Alemania nazi, A. Hillgruber<sup>32</sup> señala cómo el origen de la política de *apaciguamiento* seguida por las potencias occidentales puede encontrarse en que la política de revisión proclamada por Hitler, que era continuación de la de los gobiernos y partidos de la República de Weimar -la "lucha contra Versalles"-, e incluso la idea de una "gran Alemania", parecían poder compaginarse con las nociones, sobre todo la británica, de equilibrio de poder europeo. "La incompatibilidad real se hallaba en el objetivo «irrenunciable» de Hitler de acometer una transformación total del orden vital de Europa según principios de ideología racial..."<sup>33</sup>. Sólo el desencadenamiento de la guerra y la conciencia progresiva en los años de contienda del verdadero carácter del régimen alemán, lo convirtieron en un enemigo del cual sólo era posible exigir la rendición incondicional.

Por último, cabe considerar las revoluciones socialistas que se producen en el mundo desde 1917 como desafíos modernos a la modernidad liberal dominante. Un autor las ha calificado como intentos de los partidos socialistas dirigentes en los respectivos países para mejorar su posición en el mercado mundial y en la jerarquía internacional mediante políticas mercantilistas e intervención del estado en todas las áreas de la vida social<sup>34</sup>. Este carácter de desafío a Occidente no era óbice para que estas revoluciones compartieran muchas de sus ideas e instituciones: una ideología universalista, el marxismo, que al igual que el liberalismo, creía en la existencia de una comunidad humana a la espera del progreso; la cultura de la estatalidad, que en el caso socialista lleva a la hipertrofia del Leviatán; la fe en la industrialización como motor del proceso histórico, etc. Como en los casos examinados más arriba, el enfrentamiento se desplegaba en un substrato común de cultura europea y moderna.

### III. CONVERSION Y/O CONQUISTA

La otra cara -el *tercer nivel* que proponemos- de la historia de las relaciones internacionales (es decir de aquellas relaciones que se producen en el sis-

<sup>31</sup>. ARMSTRONG, D. *Revolutions and World Order*, op. cit. (nota 14), p. 110.

<sup>32</sup>. HILLGRUBER, A. *La Segunda Guerra Mundial, 1939-45*, Alianza, Madrid, 1995.

<sup>33</sup>. *Ibid.*, págs. 19-20.

<sup>34</sup>. WALLERSTEIN, I. "The Rise and future demise of the world capitalist system: concepts for comparative analysis?", en LITTLE, R. - SMITH, M. (eds.), *Perspectives on World Politics*, Routledge, Londres, 1991, p. 313.

tema europeo de estados y que luego se *extienden*) es la historia, las historias, de la expansión europea, del encuentro con el *otro*, con el radical, o casi radicalmente diferente: aquél con el que no se comparte ni un mínimo vocabulario, y sobre el cual la primera interrogante es si es humano o no, si es criatura de Dios o del Diablo. "La preocupación en lo que se refiere al Otro en el siglo XVI -sostiene B. McGrane- es si está dentro del umbral de la salvación, de la conversión, o está más allá de la esperanza: es en el contexto de esta pregunta donde se determinará su nivel de humanidad"<sup>35</sup>. En estas historias la heterogeneidad, la enemistad en el sentido schmittiano, llega a su máximo y las relaciones que se establezcan se desarrollaran en marco de la pareja *conversión y/o conquista*<sup>36</sup>.

En esta génesis de la cultura europea en el contacto con el otro, lo extraño es aprehendido desde dos tradiciones diferentes: la herencia clásica reformulada por el Renacimiento y la judeo-cristiana. La primera recurre a la dicotomía griegos (civilizados) y bárbaros, la segunda a la de cristianos y paganos<sup>37</sup>. Estas dos herencias se van entrelazando en la experiencia del contacto europeo con el otro: en la cosmografía del siglo XVI el prisma a través del cual se veía al otro, la idea que mediaba entre *nosotros* y *los otros*, era el cristianismo. En la Ilustración era la *ignorancia* lo que se interponía entre los europeos y no europeos; en el siglo XIX era el tiempo histórico, el tiempo evolutivo, lo que distanciaba a los europeos de los africanos, los asiáticos, etc. La *civilización* era la meta inevitable del desarrollo histórico y civilizados-no civilizados era el criterio de las relaciones que se establecían. Los otros se encontraban en un estadio que Europa ya había superado hacía siglos<sup>38</sup>.

Intentaremos en este trabajo hacer un recorrido por esa experiencia. Nos fijaremos en cuatro momentos de esta relación a lo largo de cuatro episodios. Los dos primeros se sitúan en las fronteras exteriores de la expansión europea en el siglo XVI: en la frontera cristiano-islámica en el Mediterráneo y en el *Requerimiento*, un episodio de la conquista de América por los castellanos. En tercer lugar nos referiremos a la consideración que las *naciones civilizadas* tenían de otros espacios, pueblos o comunidades en la segunda mitad del siglo XIX y que se plasmó en textos de Derecho Internacional Público, a comienzos

<sup>35</sup> McGRANE, B. *Beyond Anthropology. Society and the Other*, Nueva York, Columbia University Press, 1989, p. 11

<sup>36</sup> TODOROV, T. *La conquista de América. El problema del otro*, México, Siglo XXI, 1989, 2ª edición.

<sup>37</sup> ELLIOT, J. H. *The Old World and the New, 1492-1650*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 24, 41 y 43

<sup>38</sup> McGRANE, B. *Beyond Anthropology...*, op. cit. (nota 35), p. 77.

del siglo XX, como el principio de *estándar de civilización*. Por último, dedicaremos algunas líneas al proceso que va desde el reparto de Africa a manos de las potencias europeas hasta la teorización contemporánea de la tutela que los europeos tenían el deber y el derecho de ejercer sobre los pueblos no civilizados.

#### IV. LAS FRONTERAS EUROPEAS: EL MEDITERRÁNEO Y EL NUEVO MUNDO

Aquí nos situamos en los orígenes modernos del sistema mundial contemporáneo. Se entrecruzan en estas historias, centradas en el siglo XVI pero cuyos orígenes podemos encontrar en las Cruzadas, dos procesos determinantes de nuestro mundo. Por un lado, la construcción de los modernos estados que darán origen al sistema de estados europeos, a su discurso -la *statpolitik*- y a su justificación, la razón de estado. En la época en que nos situamos, príncipes ambiciosos, como aquel que bosquejara Maquiavelo, van construyendo las modernas soberanías. Pero, por otro lado, la construcción de las fronteras interiores de la *respublica cristiana* se entrelaza con la ampliación de sus fronteras exteriores: hacia el Oriente, acorralando al imperio turco, hacia el Sur en guerra permanente con las ciudades del norte de Africa, y hacia Occidente, *descubriendo* y conquistando el *Nuevo Mundo*.

##### 1. Primer episodio: el Mediterráneo como frontera

Ningún lugar mejor para ejemplificar estas lógicas contradictorias y complementarias de la construcción de las fronteras interiores y las fronteras exteriores de la *respublica cristiana* que el Mediterráneo de los siglos XV y XVI. El Mediterráneo es y seguirá siendo por un tiempo el centro del universo, el crisol de los enfrentamientos, el ámbito generador de las historias y leyendas. Como señalan los historiadores, el descubrimiento de América tardó un tiempo en captar la imaginación de los europeos<sup>39</sup> y no había llegado todavía el tiempo en que el centro de gravedad de Europa se trasladará a las aguas del Atlántico Norte.

---

<sup>39</sup> Vid. J. H. Elliott, *The Old World...*, op. cit. (nota 37) y CIPOLLA, C. M. *Guns, Sails and Empires*, Sunflower University Press, Manhattan, Kansas, 1992 (5ª reimpresión), p. 15, nota 1.

El Mediterráneo juega durante todo el Medievo el papel de punto de encuentro con *el otro*, y sigue siendo en los siglos XV y XVI la gran frontera de la cristiandad. Pero junto a esto se podía ya detectar el proceso de creación de los nuevos estados. Tenemos aquí tres lógicas desplegadas: la lógica de la *cruzada contra el turco* que une a los príncipes cristianos, al papado y al imperio, y donde podemos detectar una razón civilizatoria; así mismo se muestra la lógica de las guerras intereuropeas vinculadas a la construcción de los nuevos estados -la lógica de la razón de estado-, bien en sus luchas por delimitar las nuevas fronteras o bien en sus intentos de liberarse de la tutela cada vez más débil de las autoridades de la cristiandad, el Papa y el Emperador; y, finalmente, cabe mencionar la siempre potente lógica del comercio para la que el Mediterráneo jugaba el papel que las plazas públicas jugaron en los burgos medievales<sup>40</sup>.

E. Sola señala como en el Mediterráneo bajo-medieval, esencialmente fronterizo, la religión era un marco unificador/diferenciador: la pertenencia a la iglesia romana o a la bizantina, por un lado, pero sobre todo al Cristianismo o al Islam eran puntos de referencia obligados<sup>41</sup>, y constituían el marco donde se movían el hombre de frontera que nuestro autor denomina como "corsario-comerciante-soldado de fortuna-noble feudal nuevo". Ya en el siglo XIII, el enfrentamiento Cristianismo-Islam, que el papa Inocencio III santificara<sup>42</sup>, constituía la "nueva legalización del afán de aventura y de la búsqueda de fortuna"<sup>43</sup>. "Las fronteras principales -escribe E. Sola- las marcaban las «ortodoxias» religiosas, principalmente cristianismo e islam, y los estados en formación avanzada ya. Esas ortodoxias lo justificaban todo y servían admirablemente a los intereses de esos grupos rectores. Cruzados y gazis"<sup>44</sup>. El imperio Otomano en el extremo oriental del Mediterráneo y la monarquía de los Reyes Católicos en el extremo occidental eran los adalides de las ortodoxias enfrentadas que mantenían viva la tradición de guerra santa de los cruzados y de los *gazis*<sup>45</sup>.

Sin embargo, en los siglos XV y XVI, en este mar de *conversión y conquista*, de príncipes, corsarios y *renegados*, se van gestando los nuevos estados

<sup>40</sup> Vid. KIEMAN, V. G. *Imperialism...*, op. cit. (nota 29), p. 148 y BRAUDEL, F. *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, Méjico, F. C.E., 1980 2ª ed.

<sup>41</sup> SOLA, E. *Un Mediterráneo de piratas: corsarios, renegados y cautivos*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 45.

<sup>42</sup> Vid. WILLIAMS, R. A. Jr., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Oxford University Press, 1990, pp. 13 y ss.

<sup>43</sup> SOLA, E. *Un Mediterráneo...* op. cit. (nota 41), p. 24.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 300.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 121.

en formación. Como ya hemos mencionado, el espíritu de cruzada antimusulmana va siendo, poco a poco, desbordado por los conflictos entre las casas reinantes aglutinadoras de estados. La frontera con *el otro*, la frontera civilizatoria, comparte espacio con las fronteras políticas que establecen los soberanos y que darán lugar al sistema europeo de estados. En palabras de nuestro autor: "Además de las ortodoxias religiosas, los estados en avanzado proceso de formación también crearon fronteras en aquel Mediterráneo, pura frontera de costa a costa. Paralelamente a los servidores de tal señor o tal casa real, ingleses y franceses fundamentalmente, pero también los demás -españoles y portugueses, tudescos e italianos variopintos- comenzaron a perfilar sus fronteras político-administrativas con mayor rigor, a pesar del gran proyecto imperial de Carlos V y las ambiciones dinásticas obsesivas de la célebre casa de Habsburgo. I. A. A. Thompson liga el proceso a la formación de los grandes ejércitos y armadas, grosso modo, y si el ejército de Fernando el Católico era fundamentalmente hispánico, el de Carlos V era básicamente hispano-italiano-tudesco o alemán, lo que complicó extremadamente el asunto"<sup>46</sup>. En este proceso los príncipes no sólo tienen que batallar contra otros príncipes amenazantes, sino contra casas rivales que les disputan el trono. Deben al mismo tiempo ir logrando para el estado que ellos representan, el monopolio de la violencia legítima, atributo *sine qua non* de la misma idea de soberanía<sup>47</sup>.

En el enfrentamiento de estas lógicas contradictorias merece la pena mencionar brevemente dos grandes protagonistas: el discurso de la iglesia católica en lo que respecta a las guerras intracristianas y con el infiel, y el papel del Imperio, personalizado en Carlos V. El protagonismo de la Iglesia en el mundo medieval y moderno va indisolublemente unido a la pugna entre el universalismo estoico y el exclusivismo cristiano, y al paso de este exclusivismo a segundo plano ante el acoso de la realidad de las guerras intereuropeas. Desde la época de Carlomagno la doctrina de la Iglesia está crecientemente dominada por lo que un autor ha denominado el agustinismo político: la negación de legitimidad a cualquier estado no cristiano por su imposibilidad de practicar la justicia<sup>48</sup>. Los escolásticos carolingios van desarrollando la idea de

---

<sup>46</sup>. *Ibid.*, p. 301.

<sup>47</sup>. Sobre las relaciones entre monopolio estatal de la violencia y la idea de soberanía vid. BARTELSON, J. *Genealogy of Sovereignty*, op. cit. (nota 8), pp. 105 y ss. Sobre el proceso de conversión de piratas y mercenarios en servidores del estado vid. THOMSON, J. *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns. State-building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1994 y SOLA, E. *Un Mediterráneo...*, op. cit. (nota 41).

<sup>48</sup>. GONZÁLEZ-SEARA, L. *El poder y la palabra*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 49.

la *guerra santa* y es Gregorio VII (1073-1085) quien atribuye al Papa la capacidad de autorizar tal guerra, sentando con ello las bases ideológica de las Cruzadas<sup>49</sup>. Sin embargo en el siglo XV, coincidiendo con la emergencia de los estados modernos, la Iglesia se ve obligada a ir arrinconando este *agustinismo político*: el Concilio de Constanza (1414-18) no es capaz de establecer doctrina clara en la disputa entre la orden de los caballeros teutones y el reino de Polonia sobre la *impía* alianza de este último con los paganos lituanos; para cuando Francisco I de Francia establece una alianza con Suleiman contra el Imperio<sup>50</sup>, el papado ya no se pronuncia; finalmente en la Paz de Westfalia se muestran ya "los cambios sutiles en la forma en que el cristianismo tiene que dejar paso al concepto de civilización como principal criterio de ajuste en las relaciones entre los estados cristianos y no cristianos"<sup>51</sup>, mientras los juristas y teólogos de Salamanca y los Grocio, Vattel, etc. establecen nuevos criterios para discernir entre guerras justas e injustas.

El segundo protagonista es el Imperio. Como sostenían sus apologetas, Carlos V era el único de los príncipes cristianos que se planteaba metas universales, mientras que los otros príncipes sólo se planteaban metas *nacionales*, para las que el poder político de España es uno de los grandes obstáculos<sup>52</sup>. El programa *internacional* de Carlos V se mueve entre lo premoderno y lo moderno, entre la idea del imperio universal, y sobre todo la de la defensa de su herencia patrimonial<sup>53</sup>, y la nueva lógica de la estatalidad. El fin último de su programa es la restauración de la *universitas christiana*, el último gran intento de restablecer el orden medieval basado en el Imperio y el Papado. Este fin se mueve en tres direcciones fundamentales: el Imperio como *ordinatio totius mundi*; el Imperio como *concordia hominum*; y el Imperio como *defensor fidei*<sup>54</sup>. Para Carlos V y sus seguidores las guerras intereuropeas son guerras civiles que no hacen más que debilitar a la cristiandad frente a la amenaza turca: "... parece que Dios milagrosamente ha dado esta victoria al

<sup>49</sup>. Para esto y lo que sigue vid. PARKINSON, F. *The Philosophy of International Relations*, op. cit. (nota 9), pp. 15 y ss.

<sup>50</sup>. Ver HEATH, M. "Unholy Alliance: Valois and Ottomans", *Renaissance Studies*, vol. 3, núm. 1, 1989. Heath recoge los argumentos de necesidad esgrimidos por los panfletistas de los Valois y la trascendencia que dicha alianza tuvo para la secularización del Derecho Internacional.

<sup>51</sup>. *Ibid.*, pág. 17

<sup>52</sup>. SÁNCHEZ MONTES, J. *Franceses, protestantes, turcos. Los españoles ante la política internacional de Carlos V*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1995, p. 17, nota 4.

<sup>53</sup>. CASTELLANO, J. L. "Estudio preliminar" de *ibid.*, págs. XXIII y ss.

<sup>54</sup>. SÁNCHEZ MONTES, J. *Franceses, protestantes...*, op. cit. (nota 52), p. 129.

Emperador para que pueda no sólo defender a la Cristiandad e resistir la potencia del Turco, mas, asosegadas estas guerras ceviles, que así se debe llamar, pues son entre cristianos, ir a buscar los turcos y moros en sus tierras y, ensalzando nuestra santa fe católica, ..., cobra el imperio de Constantinopla e la Casa Sancta de Jerusalem..."<sup>55</sup>. Carlos V y sus partidarios son casi los últimos defensores de las *guerras dividinales*<sup>56</sup>, frente a las nuevas guerras vinculadas a la creación de los estados modernos, de las guerras en razón de la civilización, frente a las guerras en razón del estado.

Por último señalar que en esta frontera mediterránea de Europa el *legalismo* -la necesidad de la justificación teológica y/o jurídica de la acción-, del que nos ocuparemos más abajo, posee para los protagonistas un lugar central. Señala E. Sola cómo los cronistas de la época recogen la preocupación de la *compañía catalana*, después de la muerte de Roger de Flor y de la ruptura de su *contrato* con Bizancio, por dar una base legal a su situación y a sus conquistas: "... la cuestión clave para los catalano-aragoneses, concentrados en la ciudad de Gallípoli, en la salida al Mediterráneo del mar de Mármara, era, además de su propia supervivencia, «legalizar» una vez más su propia situación, que no se degradase su estatuto de hombres de armas con una causa justa"<sup>57</sup>. De ahí la importancia que concede el cronista Zurita a su elección de banderas y estandartes: "De común consentimiento hicieron un estandarte con la imagen de San Pedro y con las divisas de la iglesia romana; y éste se puso en la torre maestra del castillo de Gallípoli; y otras tres banderas, la una de San Jorge y otras dos de las armas reales de Aragón y Sicilia. Y teniendo en gran defensa a Gallípoli, salían haciendo sus correrías por toda aquella comarca"<sup>58</sup>.

## 2. Segundo episodio: el Requerimiento

El segundo ejemplo que vamos relatar está extraído de la historia de los primeros años de la conquista española de América<sup>59</sup>. El *Requerimiento* es un texto redactado en 1514 por el jurista de la corte española Juan López de Pala-

<sup>55</sup>. DE VALDÉS, Alfonso. *Relación verdadera de las nuevas de Italia*, citado por *ibid.*, p. 129.

<sup>56</sup>. DE CARTAGENA, Alonso. *Defensorium unitatis christinae* (1434), citado por *ibid.*, p. 29.

<sup>57</sup>. SOLA, E. *Un Mediterráneo...* op. cit. (nota 41), p. 32.

<sup>58</sup>. Citado en *ibid.*

<sup>59</sup>. Para un tratamineto extenso de este episodio y de su significado, ver REMIRO, A. *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 119 y ss.

cios Rubio. Su objetivo era reglamentar las conquistas hasta entonces caóticas, justificar la soberanía española sobre esos territorios y darle base legal. Era una larga historia que identificaba dos fuentes de legitimidad: una idea del derecho que amparaba a los españoles y una idea del bien común, la civilización-cristianización. Partía de Jesucristo -"cabeza de todo linaje humano"-, seguía por el papado y acababa en la legitimidad del rey de España para hacerse con esas tierras por la gracia de las bulas papales. Los capitanes españoles tenían la obligación de leerlo ante los indios antes de entrar en una aldea, por si se diera el caso de que los indios no se hubieran enterado de semejante derecho<sup>60</sup>. Si después de la lectura los indios se mostraban convencidos aceptaban la soberanía del rey de España y el bautismo, no había derecho a hacerlos esclavos. Si rechazaban el *Requerimiento*, el uso de la fuerza estaba justificado. En las instrucciones *no se mencionaba la necesidad de interpretes*<sup>61</sup>.

Ciertamente los capitanes españoles no tenían muchos escrúpulos en aplicar las instrucciones reales. El *requerimiento* no siempre se leía, o se leía cuando los indios ya estaban encadenados, etc... pero no es este el aspecto que más nos interesa. No nos interesa aquí tanto la avaricia de los conquistadores sobre el terreno, sino el razonamiento de la corte que lleva a la redacción del *Requerimiento* y a las ordenes para que se proceda a su lectura antes de iniciar cada conquista.

La historia y su significado se explican por sí solas pero cabe hacer algunos comentarios. En este primer apunte queremos hacer referencia a los impulsos, y a sus relaciones mutuas, detrás de la conquista de América y de las expediciones portuguesa en el Atlántico y en Índico. Muchos autores señalan que la evangelización y la riqueza eran los principales móviles detrás de las aventuras ultramarinas. Cuando Vasco de Gama ancló sus barcos en el puerto de Calcuta, los nativos le interrogaron sobre cuál era el objeto de su viaje, qué buscaban los portugueses en tan lejanas tierras, y su respuesta resume perfectamente un espíritu que se repite en otros exploradores y conquistadores: "Cristianos y especias"<sup>62</sup>. Cuando en 1511 Alburquerque toma Malaca arenga a sus

<sup>60</sup>. TODOROV, T. *La Conquista...*, op. cit. (nota 36) p. 158.

<sup>61</sup>. Parecer ser, aunque Todorov no lo menciona, que el *Requerimiento* está relacionado con el revuelo levantado por la denuncia que Antonio de Montesinos, un dominico de la Hispaniola, realizó en el púlpito, un domingo de Navidad: "un ataque furibundo contra la «la cruel y horrible servidumbre» a la que habían reducido los colonizadores españoles a los indios", que "ponía en tela de juicio los derechos (*jura*) de la corona en América y, sobre todo, los derechos a los que en el lenguaje de la jurisprudencia tomista se llamaba *dominio*". PAGDEN, A. *El imperialismo español y la imaginación política*, Madrid, Planeta, 1991, p. 33.

<sup>62</sup>. Para esto y lo que sigue, CIPOLLA, C. M. *Guns, sails and empires*, op. cit. (nota 38), p. 132.

oficiales pidiéndoles lo mejor de sí mismos, porque la victoria en la batalla que se anunciaba, rendiría grandes servicios a Dios al expulsar a los moros del país y "someter al fuego a la secta de Mahoma" y grandes servicios la Rey D. Manuel al poder apoderarse de la fuente de todas las drogas y especias<sup>63</sup>. Bernal Díaz del Castillo, al reflexionar sobre los motivos que impulsaron a sus compañeros y a él a la aventura americana, escribía que habían dejado Europa "...para servir a Dios y a su Majestad, para llevar la luz a aquéllos que estaban en la oscuridad y para hacerse ricos, que es el deseo de todo hombre". "Oro y conversión" dictamina J. H. Elliott son los principales motivos de la conquista<sup>64</sup>. Pero la posesión de los territorios ultramarinos y de sus inmensas reservas de plata añadirán en el transcurso de los siglos XVI y XVII un nuevo motivo: la plata será la principal fuente de ingresos de la hacienda española y la que posibilitará el mantener una posición dominante en el concierto de estados europeos. Es bien conocido cómo la plata que llegaba dos veces al año al puerto de Sevilla estaba empeñada de antemano para financiar las campañas españolas e imperiales en Flandes y en Italia<sup>65</sup>. Por el contrario, como también señala Elliott, el interés francés e inglés en América, por los menos en los primeros lustros, era cortar y apoderarse de ese flujo de plata para debilitar al imperio español en las rivalidades intereuropeas<sup>66</sup>.

Nos encontramos otra vez con una triada que se manifestaba en la frontera mediterránea y que volveremos a encontrar en nuestro cuarto y último episodio: *poder, riqueza y cristianismo-civilización*.

A la vista de esta búsqueda del poder y la riqueza por parte de los conquistadores, de su total menosprecio por los otros, Todorov califica de irrisorios determinadas actitudes de los españoles, en concreto el episodio del *Requeri-*

<sup>63</sup>. A este propósito escribe BITTERLI, U. "En el colonialismo español y portugués de los primeros tiempos, el vínculo existente entre expansión comercial o agraria y Misión era extraordinariamente estrecho. No es que la Iglesia romana hubiera tomado las riendas de la labor misionera de las colonias en sus propias manos, sino más bien que partiendo de la idea de la plenipotencia global y apostólica del Papa, expresamente confirmó el mandato misional a los monarcas ibéricos. Como contrapartida a las bulas que otorgaban a España y Portugal los territorios que descubrieran, los monarcas católicos se comprometían a organizar la Misión para convertir a los paganos en las regiones ocupadas de ultramar. A este respecto hay que señalar que si bien la tarea fue emprendida con muy distinto celo según los lugares y que sus resultados fueron francamente dudosos por doquier, *nadie cuestionó la necesidad de rendir tal servicio al Papa* (negrita nuestra)", en *Los "salvajes", y los "civilizados". El encuentro de Europa y Ultramar*, F.C.E., México, 1981, p. 121.

<sup>64</sup>. ELLIOT, J. H. *The Old World and the New*, op. cit. (nota 37), p. 11.

<sup>65</sup>. Vid. ELLIOT, J. H. *El Conde-duque de Olivares*, Crítica, Barcelona, 1990.

<sup>66</sup>. ELLIOT, J. H. *The Old World and the New*, op. cit. (nota 37), pp. 97 y 102.

*miento*. Esto da pie a nuestro segundo comentario, sobre el calificado por este autor como *irrisorio legalismo*<sup>67</sup> de los españoles. Ciertamente el *Requerimiento* no está hecho para los indios sino para satisfacer la identidad moral - legal- de los españoles. A. Pagden señala la intensidad y amplitud de los debates sobre los derechos de los españoles en América: las declaraciones que hacían teólogos y juristas sobre la política de la corona era una parte sustancial de la estructura ideología de quienes se consideraban defensores de la Cristiandad universal. Para mantener ese papel era esencial que la corona pareciera actuar siempre de acuerdo a principios éticos, políticos y legales cristianos, y los teólogos y juristas eran los encargados de señalar tales principios<sup>68</sup>, de tal manera que la conquista afectó no sólo a la autoridad real sino, sobre todo, "a la conciencia real y a la tradición de la justicia real"<sup>69</sup>. El *Requerimiento* no está hecho para los indios, -entre las instrucciones tan detalladas no se menciona a los interpretes, y Palacios Rubios era consciente de que el castellano o el latín no se hablaban en América-, sino para la autoidentidad de los españoles imbuídos de la teoría de la *guerra justa*, que necesitan de un *causus belli*. Es una apelación de los españoles a sí mismos, que necesitan asegurarse que lo que hacen está bien. Es ejemplo y tributo al lenguaje moral, al discurso ético. Es la expresión de la necesidad de entender la realidad en términos morales, de la justificación moral de la acción. Es un diálogo *con nosotros mismos*.

El *Requerimiento* no es, desde luego el único episodio donde este diálogo autocentrado se produjo en la conquista de América. Desde la primera vez que Colón puso pie en tierra americana se empeña en poner al mundo, en este caso a los estupefactos indios y a los presumibles cocoteros de las playas, por testigo de que toma posesión de esta *terra incognita et nullius* -a la vista de todos habitada- en nombre de la corona. Tal y como relata el hijo del almirante y como es recogido en los cuadros de la escuela de pintura histórica española del siglo XIX, baja a tierra acompañado de un fraile y de un notario que da fe, y llama uno a uno a sus capitanes para que figuren como testigos y den fe de la absoluta legalidad del acto.

En tercer lugar cabría comentar que la conquista fue una verdadera cruzada donde el celo misionero jugaba un papel central junto al deseo de gloria y de botín<sup>70</sup>. Como en cruzadas anteriores no existe contradicción entre la idea

<sup>67</sup>. TODOROV, T. *La Conquista...*, op. cit. (nota 36) p. 159.

<sup>68</sup>. PADGEN, A. *El imperialismo...*, op. cit. (nota 61), p. 19.

<sup>69</sup>. PARRY, J. H. *Europa y la expansión del mundo, 1415-175*, México, F.C.E., 1975, 2ª ed., p. 87.

<sup>70</sup>. *Ibid.*, pág 86

cristina de igualdad de los hombres y la pareja conversión/conquista: no existe contradicción entre el componente igualitario del cristianismo y la alternativa que se ofrece a los indios, aceptar y ser siervos o no aceptar y ser esclavos<sup>71</sup>. *La igualdad entre los hombres no excluye la desigualdad entre las religiones, entre los modelos, entre las culturas o entre las civilizaciones*. Los hombres son iguales pero los cristianos se salvan y los paganos no, los súbditos del rey están protegidos y civilizados y los rebeldes no. Toda la conquista de América se hace, también, por el bien de los indios. El modelo se impone por su bien: serán cristianos y se salvarán y súbditos del rey y tendrán civilización.

En cuarto y último lugar, los incipientes principios de lo que llegará a ser la sociedad de estados europea tiene también su reflejo en la casuística legal de la conquista. Mientras que en 1542 se prohíbe la esclavitud de los indios, salvo la de aquéllos que se resistan a la soberanía de la corona, la trata trasatlántica de esclavos negros florece a manos de los negreros europeos y sus proveedores africanos<sup>72</sup>. A primera vista, parece extraño que estos puntillosos teólogos y juristas tan escrupulosos en otros casos no pusieran objeciones a tal práctica. Pero para la corona española los *indios eran súbditos de la corona* de Castilla, mientras que los *negros lo eran de reyes africanos independientes*. Dado que los españoles visitaban Africa como comerciantes, si los soberanos locales vendían a prisioneros de guerra, práctica bastante habitual en el siglo XVI y que se entendía como costumbre admitida por los monarcas y los pueblos africanos, eso no era culpa del rey de España. Los teóricos sólo exigían que la guerra en que se hubiera capturado a esos esclavos hubiera sido una guerra justa, lo que era imposible de saber y a ningún negrero interesaba<sup>73</sup>.

## V. LA EXPANSIÓN EUROPEA: IMPERIALISMO Y CIVILIZACIÓN

Nuestros dos últimos episodios se sitúan en el siglo XIX, cuando la expansión europea se hace universal. Distinguiremos dos momentos. El primero se refiere a la codificación de las relaciones que se mantenían con otros territorios o pueblos ajenos a la cultura europea occidental: el llamado estándar de civilización. El segundo se refiere a los territorios y pueblos que este

<sup>71</sup>. T. Todorov es quien señala esta contradicción. Vid., TODOROV, T. *La Conquista...*, op. cit. (nota 36) p. 159.

<sup>72</sup>. WOLF, E. R. *Europe and the people without history*, Los Angeles, University of California Press, 1982, p. 143.

<sup>73</sup>. PARRY, J. H. *Europa y la expansión...*, op. cit. (nota 69), pp. 98, 235 y 243.

estándar calificaba de *salvajes*, a la *terra nullius*, y se concretan en el reparto y colonización de África.

Se sostiene en este trabajo que el lenguaje moral es un componente de la identidad occidental<sup>74</sup>, que las acciones que emanan de dicha identidad, por más interesadas, egoístas o transgresoras que sean, piden, y en la mayoría de los casos logran, justificaciones. Nos hemos referido antes a que estas justificación se formulan en términos de necesidad. En el caso del trato, o maltrato, de los europeos hacia otros pueblos y territorios, de su conquista, saqueo y explotación, por una lado y evangelización y *civilización*, por otro, esta necesidad no está ausente. Señala V. G. Kiernan cómo una sociedad tan compleja como la europea, donde los comerciantes negreros de Liverpool convivían con las activas sociedades antiesclavistas y misioneras, no podía estar satisfecha durante mucho tiempo con un tratamiento de los territorios conquistados que sólo se basara en la cruda explotación<sup>75</sup>.

Nos encontramos aquí con un doble movimiento de conciencia: la idea de la superioridad de Europa, por un lado, y la necesidad de justificarla, por otro. Como señala U. Bitterli, el europeo actuó por doquier desde una posición de superioridad ética y civilizadora, "superioridad que él se encargaba de cimentar incesantemente y que desde sus propios prejuicios y parcialidad, halló confirmada por la realidad". Esta reivindicación de la superioridad, tácita en algunos casos, jactanciosa en otros, se construía sobre tres pilares fundamentales: la conciencia misionera, el papel subordinado en términos comerciales de las colonias y la certeza sobre la propia superioridad técnica y militar<sup>76</sup>.

La necesidad de justificación trae consigo, como ya se ha señalado, que los europeos en el contacto con los otros vayan poniendo nombre a las cosas. En el siglo XIX dos nombres designan las relaciones de los europeos con lo no europeos: no civilización e inferioridad. Los legitimadores de la conquista procuraban obviar las justificaciones en términos de interés y, según T. Todorov, optaban entre dos actitudes: o invocaban valores humanitarios y formulaban el objetivo de la conquista como la propagación de la civilización, del progreso y del desarrollo material y espiritual, o bien rechazaban los valores humanitarios y se remitían a la desigualdad natural de las razas humanas y al derecho de los más fuertes a dominar a los más débiles<sup>77</sup>. Sin embargo esta segunda actitud, que los historiadores califi-

<sup>74</sup>. Obviamente todas las identidades, todas las culturas tienen un lenguaje moral: todos los hombres se justifican.

<sup>75</sup>. KIERNAN, V. G., *Imperialism...*, op. cit. (nota 29), p. 101.

<sup>76</sup>. BITTERLI, U. Bitterli, *Los "salvajes" y los "civilizados"...*, op. cit. (nota 63), p. 203.

<sup>77</sup>. TODOROV, T. *Las morales de la historia*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 76.

can de darwinismo social -que tanta importancia tuvo en el espíritu que llevó a la Primera Guerra Mundial<sup>78</sup> y que todavía en 1919 imposibilitó que en el convenio de la Sociedad de Naciones figurara un cláusula sobre la igualdad de las razas- aparece en el transcurso de los siglos XIX y XX como poco presentable y desde luego no está en los escritos de los pensadores cuyos obras tienen hoy alguna trascendencia, aunque sí en la práctica sobre el terreno de los funcionarios coloniales menos ilustrados, más avariciosos o más dominados por la crueldad o la desidia.

Antes de entrar en nuestros dos últimos episodios permítasenos referirnos brevemente a las relaciones con los otros, con los territorios semicivilizados o bárbaros, en el liberalismo ilustrado. Nos remitiremos a dos obras de uno de sus grandes exponentes, J. Stuart Mill. Dedicó Mill el último capítulo de su obra *Del Gobierno representativo*<sup>79</sup>, al "gobierno de las colonias de un estado libre". Distingue Mill entre las colonias británicas de raza europea -*settlers colonies*, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica- y las habitadas mayoritariamente por nativos. La discusión sobre las primeras no carece de interés y concluye con la necesidad del autogobierno, pero es en los comentarios dedicados a las segundas donde se revela el espíritu colonialista ilustrado: (1) las colonias que no hayan llegado al grado de cultura de las colonias de asentamiento deben ser gobernadas por el país dominante y ese gobierno es legítimo; (2) ese gobierno debe ser benigno y debe estar dirigido a la elevación de ese pueblo a un estado superior; (3) hay determinadas normas y comportamiento internacional -aquí nos remitimos también a su trabajo *A few Words on Non-intervention*<sup>80</sup>- entre los estados civilizados y entre estos y los no civilizados. Veámoslo brevemente.

Tras tratar el problema de las colonias de asentamiento y constatar la necesidad de autogobierno, Mill avanza sus propuestas para aquellas otras "que no han llegado a este grado de cultura y que deben ser gobernadas por el país dominante o por lo delegados de ese país"<sup>81</sup>. Este gobierno equivaldría a lo que unas larga sucesión de gobiernos despóticos -los naturalmente propios de países en semejante condición de bárbaros o semicivilizados- podría hacer por ellos, pero sin la incertidumbre y precariedad de los despotismos bárbaros. Esta condición de gobierno ajeno es para Mill la condición ordinaria y universal, y su legitimidad proviene de las diferencias de desarrollo civilizatorio. Evoca aquí Mill la idea de que las *dis-*

<sup>78</sup>. MEYER, A. Cap. 5 "Visión del mundo: socialdarwinismo, Nietzsche, la guerra", *La persistencia del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza, 1986.

<sup>79</sup>. La edición que aquí utilizamos es la del Tecnos (Madrid, 1985), presentado por D. Negro y traducida por M. C.C. de Iturbe

<sup>80</sup>. 1859. *Essays on Equality, Law and Education, Collective Works of John Stuart Mill*, tomo XXI, Kegan and Paul, Toronto and Buffalo, 1984.

<sup>81</sup>. MILL, J. S. Mill, *Del Gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 203.

*tancias* entre las naciones son una diferencia de tiempo histórico, o como diría Marx, que las naciones atrasadas pueden ver en las adelantadas la imagen de su propio futuro: se invoca la imagen de la minoría de edad de las naciones, fundamento ético último de toda colonización y toda tutela.

La legitimidad de este gobierno despótico de la metrópoli sobre la colonia quedaría maltrecha si no fuera para bien del pueblo sometido: "...casi no hay cuestión más importante que organizar esta dominación de manera que sea un bien y no un mal para el pueblo sometido, asegurándole el mejor gobierno actual posible y las condiciones más favorables para su futuro progreso"<sup>82</sup>. Esta idea del deber sagrado de la civilización (*the sacred trust of civilization*) forma la espina dorsal de las teorizaciones sobre la colonización y la tutela que se desarrollan en la primeras décadas del siglo XX: F. Lugard, que pasa por ser uno de los más ilustres funcionarios coloniales británicos, con amplia experiencia en África, la recoge explícitamente en su obra señera, *The Dual Mandate of British Tropical Africa*<sup>83</sup>. Sin embargo tal y como señala J. S. Mill, y como pudo comprobar F. Lugard en sus largos años de administración colonial, las mejores intenciones de los ministerios de colonias tenían a menudo muy deficientes plasmaciones prácticas. Como ya señalaba Mill, "Ahora bien, es un hecho probado por la experiencia que, cuando un país gobierna a otro, los individuos del pueblo gobernante que se trasladan al suelo conquistado para hacer fortuna son los que es preciso contener más enérgicamente. Constituyen siempre una de las mayores dificultades para el Gobierno; y, armados del prestigio y llenos de la arrogancia de la nación conquistadora, experimentan todos los sentimientos inspirados por el poder absoluto menos el de una responsabilidad cualquiera"<sup>84</sup>. El gobierno, y Mill se refiere aquí a una realidad constatable en su tiempo, que no reprime los excesos de sus funcionarios "jóvenes e inexpertos", menos reprime aun a esos particulares. De esta idea de la diferente legitimación internacional de los gobiernos civilizados y los bárbaros deduce J. S. Mill normas de comportamiento internacional tanto en terreno de la ética como en el de la pragmática. Mill sostiene que es un grave error pensar que las costumbres internacionales y normas morales aplicables, y exigibles, entre las naciones civilizadas pueden o deben ser guía para las relaciones entre éstas y las naciones bárbaras. Y es así por dos razones: en primer lugar, porque esas normas y costumbres exigen reciprocidad, la que nunca se obtendría de los bárbaros porque "sus inteligencias (*minds*) no son capaces

---

<sup>82</sup>. *Ibid*, p. 204.

<sup>83</sup>. Vid. ROBINSON, K. *The Dilemmas of Trusteeship*, Oxford University Press, Oxford, 1965, especialmente pp. 20 y ss.

<sup>84</sup>. MILL, J. S. *Del Gobierno...*, op. cit. (nota 81), p. 207.

de tan gran esfuerzo<sup>85</sup>; en segundo lugar porque estas naciones no han superado la etapa en la que sería por su bien el que fueran conquistadas y dominadas por extranjeros<sup>86</sup>: Concluye Mill que ... "Los deberes sagrados que las naciones civilizadas tienen hacia la nacionalidad e independencia de otras naciones civilizadas, no son vinculantes hacia aquéllos para los que la nacionalidad y la independencia son un mal, o por lo menos un bien cuestionable"<sup>87</sup>.

De lo anterior deduce nuestro autor un principio moral: la estatalidad -independencia y soberanía- de los bárbaros no es un valor moral y las únicas leyes morales aplicables en las relaciones entre los gobiernos civilizados y los bárbaros son "las normas universales de la moralidad (aplicables) entre hombre y hombre"<sup>88</sup>. También deduce Mill un principio de conducta internacional: las naciones civilizadas tienen el derecho, y el deber, de intervenir en los asuntos de las naciones bárbaras y esta intervención puede desplegarse en un arco que va desde la intervención ante situaciones de injusticia manifiesta hasta la conquista y la imposición de su dominio. Por último destacar una posibilidad intermedia en este arco, sobre cuya importancia volveremos más abajo: la de la tutela efectiva, entendida como la imposición de condiciones sobre cómo organizar la administración del estado, las fianzas, las fuerzas armadas, etc. La historia de la expansión europea nos proporciona muchos ejemplos de esta última forma de intervención, tales como el control británico sobre Egipto a finales del siglo XIX ante la bancarrota de las fianzas egipcias, o la intervención francesa en Túnez por el mismo motivo: las deudas<sup>89</sup>.

Veamos ahora cómo las ideas expuestas en los textos de J.S. Mill, bastante corrientes en la época, se plasmaron en dos situaciones concretas. Estos son nuestros dos siguientes episodios.

### 1. Tercer episodio: el estándar de civilización

Se conoce como *estándar de civilización* una visión del mundo de las relaciones entre los estados, ampliamente compartidas por los europeos y más tarde codificada en algunos textos legales de amplia trascendencia y difusión,

<sup>85</sup>. MILL, J.S. *A few words on...*, op. cit., p. 118

<sup>86</sup>. *Ibid.*

<sup>87</sup>. *Ibid.*, p. 119.

<sup>88</sup>. *Ibid.*

<sup>89</sup>. Ver WESSELING, H. L. *Divide y vencerás. El reparto de África (1880-1914)*, Barcelona, Península, 1999, pp. 37 a 50 y 57 a 77.

por la que los estados, pueblos y territorios se dividían en *civilizados, sociedades bien ordenadas y salvajes*<sup>90</sup>.

Las relaciones entre los estados civilizados estaban sujetas a la costumbre y al derecho europeos o civilizados: las relaciones de estos con las sociedades bien ordenadas daban lugar a los llamados *tratados desiguales*: derechos de extraterritorialidad, de comercio, etc. no recíprocos. Estos tratados estaban justificados hasta que los países que los sufrían pudieran garantizar los mínimos requerimientos de la civilización: mínima eficacia de la administración del estado, una cierta independencia de la judicatura y protección adecuada de la vida, libertad, dignidad y propiedad de los extranjeros<sup>91</sup>. Con los terceros, los salvajes, lo pertinente y justo era la ocupación y colonización. La pareja conversión/conquista se despliega aquí como una relación inversamente proporcional: cuanto más *converso* es el objeto de la acción europea, cuanto más *civilizado*, menos duras las condiciones del trato, menos conquista; cuanto más resistencia a la conversión menos derecho se le concede a su propia voz, a su propia palabra.

Estas ideas de cómo ordenar el mundo tenían una amplia tradición que se remonta al clásico español Francisco de Vitoria. Vitoria justifica la presencia española en América a través del derecho de gentes (*ius gentium*) que incluía el derecho a viajar (*ius peregrinandi*), a comerciar (*ius comunicatio*) y a predicar (*ius predicandi*). Si se ofendían esos derechos naturales, y los indios los ofendían, había derecho a la *guerra justa*<sup>92</sup>. Otros autores, como reseña A. Pagden en su comentario de Juan Ginés de Sepulveda, recurrían a la teoría de la esclavitud natural, de resonancias aristotélicas muy en boga en la época<sup>93</sup>: "el derecho de la corona española a la soberanía en América se apoyaba en los

---

<sup>90</sup>. Para lo que sigue, GONG, G. W. *The Standard of Civilization in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984.

<sup>91</sup>. *Ibid.*, p. 64.

<sup>92</sup>. PAGDEN, A. *El imperialismo...*, op cit. (nota 61), pp. 42-43.

<sup>93</sup>. Vemos aquí expuestas en el siglo XVI las dos actitudes que Todorov consideraba básicas en la forma en que el siglo XIX se acerca al otro: la idea del estadio atrasado y la idea de la inferioridad natural. Según M. C. ORTEGA ("The Forgotten Link: Vitoria and the universalist conception of international relations", en CLARK, I. - NEUMANN, I. (eds.) *Classical Theories of International Relations*, Londres, Routledge, 1996, pp. 6-7), Vitoria da siete razones para justificar la tutela española sobre los indios: (1) el derecho a la comunicación y al comercio; (2) la resistencia de los indios a la predicación del evangelio; (3) la necesidad de la tutela española sobre los indios conversos frente a sus gobernantes paganos; (4) la autoridad que tiene el Papa para garantizar a los indios un gobernante cristiano; (5) liberarlos de la tiranía y de las costumbres que amenazan a víctimas inocentes; (6) la elección del monarca española por la mayoría de la "república india"; y (7) la alianza de la nación india con España en contra de otra nación.

principios del derecho natural que otorga a todos los que son seres civiles el dominio sobre los que no los son"<sup>94</sup>.

También Grocio en su *De iure belli ac pacis*<sup>95</sup> trató sobre la aplicación del derecho a las potencias bárbaras identificadas en aquella época con los estados musulmanes del Norte de Africa que aunque dependientes del impero otomano *de iure*, eran cuasi-independientes *de facto*. Pero Grocio denomina potencias bárbaras a los que en el estándar de civilización se denomina semicivilizadas, reservando la primera denominación para aquellas tierras habitadas por *salvajes* y que caían bajo la consideración de *terra nullius*. La discusión sobre el estatuto de estos estados estaba ligada al problema de la piratería y de la distinta concepción que sobre ella se tenía en ambas riberas del Mediterráneo. Si la práctica de desvalijar barcos extranjeros era realizada por las naves de un estado, no era latrocinio sino una acción de guerra; pero si un estado practicaba la piratería, no podía considerarse un estado bien ordenado, pues violaba sistemáticamente las normas del derecho de gentes. Grocio proponía como salida de esta paradoja la noción de civilización: si estas naciones, en su sentido antiguo, eran civilizadas, podían considerarse estados<sup>96</sup>. La práctica habitual con estos estados fue establecer *tratados de paz y de comercio* donde se recogían principios no muy lejanos de los que Vitoria recoge del *ius gentium*: relaciones pacíficas entre las partes; el estatuto legal de los cónsules; situación legal de las partes en el territorio del otro (extraterritorialidad y derecho sea juzgado por el cónsul del propio país); derecho al comercio, es decir libertad de comercio y libertad de asentamiento.<sup>97</sup>

Esta distinción entre estados civilizados y estados piratas se recoge todavía en algunos textos legales del siglo XVIII<sup>98</sup>. Sin embargo el siglo XIX la "superioridad civilizatoria se convirtió en superioridad jurídica"<sup>99</sup>, dando lugar, como sugiere J. M. Mössner, a dos tipos de derecho internacional: un

<sup>94</sup>. *Ibid.*, p. 54. Comentario del libro de Sepulveda *Demócrates segundo o de las justa causa de la guerra contra los indios*.

<sup>95</sup>. *Del Derecho de Presa. Del derecho de la Paz y de la Guerra*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, traduc. e intro. a cargo de P. Mariño Gómez.

<sup>96</sup>. MÖSSNER, J. M. "The Barbary Powers in International Law", *Grotian Society Papers*, La Haya, 1972, p. 201.

<sup>97</sup>. *Ibid.*, pp. 213-14.

<sup>98</sup>. I. BROWNLIE ("The Expansion of International Society: The Consequences for the Law of Nations", en BULL, H.- WATSON, [eds.], *The Expansion of International Society*, op. cit. (nota 2), p. 358), recoge esta denominación en la obra de BYNKERSHOEK, *Questiounum Juris Publici Libro Duo* (1737).

<sup>99</sup>. MÖSSNER, J. M. "The Barbary Powers...", op. cit. (nota 96), p. 207.

derecho *intraorden*, que era el que habían practicado las naciones europeas en los siglos XVI, XVII y XVIII, y que corresponden al orden de la *respublica* cristiana; y un derecho *interorden*, que correspondía a las relaciones de los anteriores con los otros, y que a finales del XIX y principios del XX será codificado como estándar de civilización.

Sólo en siglo XIX Europa está en condiciones de aplicar esta tradición y estos criterios en todo el globo, gracias a inventos como el fusil de retrocarga, el barco de vapor y la profilaxis contra malaria<sup>100</sup>. Durante el siglo XIX el *estándar* empieza a ser codificado en los primeros tratados que los países europeos realizan con los no europeos y que van adquiriendo el valor de normas de derecho internacional consuetudinario. El segundo paso, que se empieza dar a principios del XX, es su articulación gradual y cada vez más explícita en los textos de los grandes juristas de la época<sup>101</sup>.

G. W. Gong resume así el papel histórico del *estándar de civilización*: "Durante el período en que Europa se consideró el centro político y cultural del mundo, su estándar de «civilización» se convirtió en parte integral de las doctrinas de reconocimiento dominantes en el derecho internacional. Así el estándar de «civilización» ayudó a definir la identidad internacional y las fronteras externas de la sociedad internacional dominante en el siglo XIX. Identificado inicialmente con la Cristiandad y Europa, la sociedad internacional de estados europeos, añadió, en su proceso de expansión, a miembros no europeos y vino a considerarse en términos más generales como la sociedad de estados «civilizados». El «derecho de las naciones cristianas» y el «derecho público europeo» se convirtieron en el «derecho de los estados civilizados»..."<sup>102</sup>

Merece la pena destacar que, en la misma época, los mismos estadistas y juristas que van dando forma al *estándar de civilización*, van gestando lo que una autora ha llamado un código de paz entre las naciones civilizadas<sup>103</sup>, es decir, aquellas reglas que los estados han ido elaborando a partir de su propia experiencia de comercio y de guerra y que ha dado lugar a una rica tradición legal y filosófica, plasmada en "numerosos tratados, convenios, protocolos,

<sup>100</sup>. McNEILL, W. "European Expansion, Power and Warfare since 1500", en DE MOOR, J. A. - WESSELING, H. L. (eds.), *Imperialism and War. Essays on Colonial Wars in Asia and Africa*, E. J. Brill / Universitaire Press Leiden, Leiden, 1989.

<sup>101</sup>. GONG, G. W. *The Standard...*, op. cit. (nota 90), p. 240.

<sup>102</sup>. *Ibid.*, p. 238.

<sup>103</sup>. JONES, D. V. *Code of Peace. Ethics and Security in the World of the Warlord States*, Chicago University Press, Chicago, 1991.

declaraciones y otros instrumentos internacionales"<sup>104</sup>. Este código de paz, que no ha dejado de evolucionar, incluía a finales del XIX, y para las *naciones civilizadas*, elaborados principios de derecho internacional como la igualdad soberana de los estados, la integridad territorial, la no intervención etc. Oppenheim<sup>105</sup>, uno de los autores de famosos y muy difundidos textos jurídicos de principios de siglo, establecía en una obra de 1905 la relación entre este código de paz y el *estándar*. Serían sujetos plenos del derecho internacional aquellos que fueran admitidos en la "familia de las naciones" y que para tal fin debían cumplir dos requisitos: ser civilizados y ser aceptados como tales por los demás estados miembros de la comunidad de naciones civilizadas.

## 2. Quinto episodio: reparto y tutela de Africa

Un conocido historiador<sup>106</sup> de la expansión europea señalaba como en ésta se entremezclaban tres lógicas, complementarias o contradictorias según los casos, y que siglos más tarde la modernidad liberal sería capaz de integrar en una visión esférica de la civilización y el progreso. Señalaba nuestro historiador que en la expansión europea del siglo XV se podían detectar la lógica y la pragmática de la construcción de los nuevos estados europeos, que mediante la guerra y la conquista ampliaban sus territorios y en este proceso consolidaban un naciente aparato de estado<sup>107</sup>, la dinámica recurrente del ideal cruzado evangelizador y la lógica del comercio, del dominio de sus rutas y de la explotación de los recursos de los nuevos territorios visitados o conquistados.

Los historiadores de la colonización de Africa apuntan cómo en el siglo XIX las figuras emblemáticas de las lógicas apuntadas por Phillips -la del estadista en la metrópoli y la del soldado sobre el terreno, la del comerciante o *enterpreneur* a lo Rhodes, y la del misionero a lo Livingstone- van tejiendo la red de la apropiación europea de Africa<sup>108</sup>.

La expansión europea en Africa tiene dos momentos en lo que respecta a las relaciones de los europeos entre sí y con los territorios africanos y en lo que respecta a los móviles de los europeos en estas relaciones. El punto de inflexión se sitúa habi-

<sup>104</sup>. *Ibid.*, p. XVI.

<sup>105</sup>. Oppenheim, citado por GONG, G. W. *The Standard...*, op. cit. (nota 90), p. 30.

<sup>106</sup>. PHILLIPS, J.R. S. *La expansión medieval de Europa*, México, F. C. E., 1994 (1ª ed. inglesa 1988), pp. 285 y ss.

<sup>107</sup>. Ver TILLY, Ch. "Reflections on the history ...", op. cit. (nota 7).

<sup>108</sup>. Ver ROBINSON, R. - GALLAGHER, J. *Africa and the Victorians. The official mind of imperialism*, Londres, Macmillan, 1988, 2ª ed.

tualmente en 1885 cuando las potencias reunidas en Berlín, para tratar sobre el porvenir de la cuenca del río Congo, se reparten sobre el papel el vasto continente africano. En cada una de estos períodos la importancia y el papel de estas figuras emblemáticas -estadista, soldado, comerciante-*entreprenaur*, y misionero- tiene un significado diferente. La primera fase, llamada a veces el *imperialismo informal*<sup>109</sup>, se extiende desde los primeros contactos portugueses con las costas del África Subsahariana en el siglo XV hasta finales del siglo XIX. Durante esta etapa los intereses comerciales -el aceite de palma, el oro o los esclavos- son predominantes y los contactos no se extienden geográficamente más allá de las factorías europeas establecidas en las costas y en las cuencas inferiores de los grandes ríos, como el Níger o el Congo el Zambesi<sup>110</sup>. Los intereses estratégicos se limitan a la defensa de las rutas hacia la India: fuertes portugueses y holandeses en la costa occidental, establecimiento de las colonias británicas de El Cabo y Natal, o el protectorado sobre Zanzibar.

Es en una segunda etapa donde se despliegan las lógicas que ya hemos visto más arriba al tratar la expansión europea en el Mediterráneo y en América: Dios, su Majestad y las especies, como dijo Alburquerque en la toma de Malaca por los portugueses en 1511. La lucha por África, por la toma de posesión directa de lo que en Berlín se había repartido sobre el papel, tiene en primer lugar mucho que ver con las rivalidades dentro del equilibrio de poder europeo. Para A.J.P. Taylor, el imperialismo de finales de XIX fue sobre todo una solución a las tensiones europeas. Una solución con la que, por otra parte, los europeos se dieron de bruces por casualidad y de improviso<sup>111</sup>: una forma de disfrutar de la sensación de grandeza sin las preocupaciones y los costes que habitualmente aquella conllevaba. No podía considerarse como una gran potencia europea a la que no hubiera participado en el reparto de África, que no fuera capaz de izar su bandera en algún lugar de nombre exótico como Fasoda, Kampala o Tumbuctu, que no luciera el pabellón de sus cañoneras en la dársena de Shanghai, etc<sup>112</sup>.

<sup>109</sup>. SMITH, T. *Los modelos del imperialismo*, F.C.E., México, 1984.

<sup>110</sup>. ROBINSON, R. y GALLAGHER, J. (*Africa and the Victorians*, op. cit. [nota 108], pp. 2 a 4) apuntan la existencia de una visión victoriana temprana del comercio como elemento civilizatorio.

<sup>111</sup>. TAYLOR, A. J. P. *The Struggle...*, op. cit. (nota 27), p. 256.

<sup>112</sup>. Las colonias eran una baza en el juego de alianzas y contraalianzas del equilibrio de poder europeo: "La mejor justificación de las cuatro colonias alemanas era que, dado que Gran Bretaña las codiciaba, su posesión causaría problemas a ésta última. Gracias a una inversión insignificante por parte del *Reich*, Bismarck había obtenido una útil baza diplomática. Quizás ahora fuera el momento de obtener dividendos, mediante una alianza con Inglaterra o usando las colonias para conseguir algún apetecido premio en Europa". PAKENHAM, T. *The Scramble for Africa, 1876-1912*, Johannesburgo, Jonathan Ball Publishers, 1991, p. 350. Sobre la vinculación de la grandeza de un país y la necesidad de participar en el reparto colonial en el caso español ver RODRÍGUEZ ESTEBAN, J. A. *Geografía y colonialismo*, Madrid, UAM Ediciones, 1996, pp. 47 a 141.

W. H. McNeill señala como una de las razones centrales del impulso europeo a la ocupación del territorio y, por consiguiente, a las guerras coloniales, residía en que normalmente eran muy baratas y, de tener éxito, proporcionaban nuevos territorios, prestigio y gloria, sin olvidar que los oficiales conseguían ascensos rápidos<sup>113</sup>. Los estados europeos mantenían ejércitos y marinas permanentes para los cuales las guerras coloniales constituían un buen entrenamiento sobre el terreno<sup>114</sup>.

Con la conquista vino la misión, la búsqueda de reservas de minerales preciosos, alentadas por los descubrimientos auríferos del Rand sudafricano, y con ellos la necesidad de administrar los nuevos territorios. A finales del siglo XIX, conquista, comercio y civilización son parte de un mismo paquete, sin fisuras sustanciales, que es la idea del progreso: la dogmática liberal, moderna y universalista que un siglo más tarde se plasmaría también en las ideas de la teorías del desarrollo<sup>115</sup>.

Como felizmente lo formuló Charles Trevelyan hablando de lo conveniente del desarrollo de la India y de los beneficios que ello reportaría a las manufacturas de Lancashire, "...las leyes de Dios se ajustan tan felizmente que cuando beneficiamos a los nativos, nos beneficiamos a nosotros mismos"<sup>116</sup>. Otro gran historiador británico resume así las múltiples caras del esfuerzo colonial, la idea de misión civilizadora: "Los pueblos imperiales explotaban a los que gobernaban, pero al mismo tiempo pensaban que les estaban haciendo un bien. Ningún imperio sin una misión y ningún imperio sin beneficio, en la realidad o en la imaginación"<sup>117</sup>.

La idea de que Occidente tenía la obligación de llevar la civilización allá donde se expandía, presente ya desde los tiempos de Vitoria<sup>118</sup>, y de que en todos los pueblos y territorios se encontraba la semilla que, gracias a la tutela

---

<sup>113</sup>. McNEILL, W. H. "European Expansion...", op. cit. (nota 100), p. 12.

<sup>114</sup>. *Ibid.*

<sup>115</sup>. Para un buena antología sobre teorías del desarrollo y sus críticos ver CARNERO ARBAT, T. (ed.), *Modernización, desarrollo político y cambio social*, Madrid, Alianza, 1992.

<sup>116</sup>. Citado por KIERNAN, V. G. en *Imperialism and its contradictions*, Londres, Routledge, 1995, p. 63.

<sup>117</sup>. TAYLOR, A. J. P. "The Meanings of Imperialism", en ROGER LOUIS, W. M. (ed.), *Imperialism. The Robinson and Gallagher Controversy*, Nueva York, New Viewpoints, 1976, p. 197.

<sup>118</sup>. Vid. PARKINSON, F. *The Philosophy of International Relations*, op. cit. (nota 9), pp. 22 y 23. Vitoria habla de *mandatum* en sus *Relecciones de Indis novieter inventis* de 1534.

benigna de las metrópolis coloniales, florecería y daría lugar a que estos pueblos fueran capaces de "dirigirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno", se encuentra explícita en el Artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones: "El bienestar y el desenvolvimiento de esos pueblos constituye una misión sagrada de civilización...". Esta idea de la tutela que hemos visto en Vitoria y Mill, encuentra una formulación legal cuyas consecuencias llegan hasta nuestros días.

## VI. HILOS CIVILIZATORIOS

Entre los cuatro episodios aquí relatados hay continuidad. A esta continuidad que recorreremos en las líneas siguientes es a lo que hemos llamado *hilos civilizatorios*.

Hemos contado cuatro historias del contacto de la cultura europea y occidental con los otros. Cuatro historias de expansión y cuatro historias de cambios producidos por el intento de encajar lo otro, lo nuevo, en el vocabulario occidental. Como sostiene Todorov lo sorprendente de la cultura occidental es su capacidad de reflexión sobre los otros: "La historia de la conquista de América nos enseña que civilización occidental ha vencido, entre otras cosas, a su superioridad en la comunicación humana..."<sup>119</sup>

En estas historias hemos identificado una serie de *móviles recurrentes*. Estos cuatro haces de móviles se dan simultáneamente, y aunque encarnados en personajes diferentes, están presentes en todas estas historias que hemos relatado. Uno desde luego es *el poder*: los poderes en lucha en el Mediterráneo -el turco, el papado, el emperador, los nuevos estados-, el poder que adquiere España con los nuevos imperios ultramarinos -un imperio donde no se pone el Sol, y que proporciona la plata con la que financiar las campañas que intentan evitar que esto deje de ser así-, la lucha por el poder en Europa, que está detrás de reparto de Africa.

La *riqueza* que va, aunque sin confundirse, indisolublemente unida al poder, juega también un papel central en esta expansión: desde los tiempos del comercio de especias hasta la lucha por las riquezas reales o supuestas del corazón de Africa. Esa búsqueda de la riqueza convierte al planeta desde el siglo XVI en una economía-mundo en palabras de I. Wallerstein.

---

<sup>119</sup>. TODOROV, T. *La Conquista...*, op. cit. (nota 36) p. 261.

Hemos identificado además un tercer móvil detrás de la expansión europea. Este móvil podría calificarse de *civilizadorio*: se plasma en un principio en la belicosidad contra los infieles y en el celo misionero pero, ya desde la secularización de la política europea que empieza a tomar cuerpo en la Paz de Westfalia de 1648, la dialéctica cristiano-pagano se va transformando en civilizado-no civilizado.

Un cuarto hilo conductor es el *legalismo*. En todas las historias, la búsqueda de legitimidad es un elemento central. El poder no se mantiene por sí solo sino que necesita de una legitimación y que ésta se encuentra en la idea del derecho que asiste al que lo ejerce y en la idea de búsqueda del bien, común a los que ejercen el poder y a los que lo sufren, -las ideas *the right and the good* de D. Beetham<sup>120</sup>- que se plasmará en normas morales y legales. Esta lucha por la legitimidad tiene, sobre todo o casi exclusivamente, un carácter de justificación de sí mismos por quienes ejercen el poder.

Entre los desvelos de la Compañía Catalana, el *Requerimiento*, el *estándar de civilización*, los textos de Mill, y la justificación de la tutela sobre los países atrasados, hay algo más que continuidad. Hay un sorprendente paralelismo: todos son discursos y prácticas que los europeos imponen *a los otros* pero que van dirigidos a *ellos mismos o a sus iguales*.

El *Requerimiento* era necesario para justificar la conquista, no ante los indios que desconocían el derecho de gentes, sino ante aquéllos que sí lo conocían: la Corte española y sus teólogos y juristas y, eventualmente, otras naciones europeas. El *estándar de civilización*, la práctica de establecer vínculos legales internacionales con los países *no civilizados*, era necesario, sobre todo, para mantener un *cierto orden en la familia de las naciones*. Los *protectorados* establecidos por los estados civilizados sobre los no civilizados dotaban de derechos que vinculaban sobre todo a los otros estados civilizados y establecían barreras a ulteriores intentos de reparto. Como los espacios y poblaciones no civilizados no podían ser sujetos de un derecho del que nunca habían oído hablar, las relaciones entre ellos y el estado civilizado protector no estaban sujetas al derecho internacional: "cuando una potencia civilizada establece disposiciones legales concernientes a pueblos *no civilizados*, su título es un asunto entre el estado europeo ocupante y el resto de los estados civilizados del mundo"<sup>121</sup>

<sup>120</sup>. BEETHAM, D. *The Legitimation of Power*, Londres, Macmillan, 1991.

<sup>121</sup>. GONG, G. W. *The Standard...*, op. cit. (nota 90), p. 58, citando a Holland.

Por último, hemos visto cómo la *razón de estado*, incipiente en el siglo XVI y dominante en la práctica y el discurso de las relaciones internacionales desde el siglo XVIII en adelante, aparece compartiendo el ámbito de las relaciones intereuropeas con un código de conducta internacional -*razón de sistema*- que se va elaborando a partir de la experiencia, y ambos se engloban en un discurso y una práctica civilizatoria -*razón de civilización*- donde la proyección hacia la *terra incognita*, hacia el mítico reino del Preste Juan, hacia las tierras de la seda, de las especias, del oro y de la plata, hacia la China de Marco Polo, es un elemento central. Y en esa proyección, los europeos van conquistando y convirtiendo, y sentando las bases del mundo global y occidentalizado de nuestros días.

Cualquier historia de las relaciones internacionales que olvide estos tres niveles -analizando, como es muy corriente, el reparto de África por las potencias europeas exclusivamente como un subproducto del equilibrio de poder europeo, por ejemplo-, no sólo pecará de etnocentrismo sino que será un relato parcial y unilateral.

Cualquier teoría de las relaciones internacionales escrita con sólo la idea de la experiencia del sistema europeo y de razón de estado, olvidando las crisis de legitimidad de ese sistema y su razón de sistema, y no teniendo en cuenta la expansión europea y su razón de civilización, corre el peligro de olvidar motivos fundamentales de las acciones de individuos, estados y civilizaciones y reproducir una idea mecanicista de la política mundial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARMSTRONG, D. *Revolutions and World Order*, Clarendon, Oxford, 1993.
- BARTELSON, J. *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- BEETHAM, D. *The Legitimation of Power*, Londres, Macmillan, 1991.
- BITTERLI, U. *Los "salvajes", y los "civilizados". El encuentro de Europa y Ultramar*, F.C.E., México, 1981.
- BRAUDEL, F. *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, Méjico, F. C.E., 1980 2ª ed.
- BULL, H. *The Anarchical Society*, Nueva York, Columbia University Press, 1977, p. 16.
- BULL, H. - WATSON, A. *The Expansión of International Society*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- CARNERO ARBAT, T. (ed.), *Modernización, desarrollo político y cambio social*, Madrid, Alianza, 1992.

- CIPOLLA, C. M. *Guns, Sails and Empires*, Sunflower University Press, Manhattan, Kansas, 1992 (5ª reimpresión).
- CLARK, I. - NEUMANN, I. (eds.) *Classical Theories of International Relations*, Londres, Routledge, 1996.
- CRUISE O'BRIEN, C. *The Great Melody. A Thematic Biography and Commented Anthology of Edmund Burke*, Londres, Minerva, 1993.
- DE MOOR, J. A. - WESSELING, H. L. (eds.), *Imperialism and War. Essays on Colonial Wars in Asia and Africa*, E. J. Brill / Universitaire Press Leiden, Leiden, 1989.
- ELLIOT, J. H. *El Conde-duque de Olivares*, Crítica, Barcelona, 1990.
- ELLIOT, J. H. *The Old World and the New, 1492-1650*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- FISLER, L. (ed.), *Enforcing Restrain. Collective Intervention in International Politics*, Nueva York, Council of Foreign Relations, 1993.
- GONG, G. W. *The Standard of Civilization in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- GONZÁLEZ-SEARA, L. *El poder y la palabra*, Tecnos, Madrid, 1995.
- GUIMON, J. *El derecho de autodeterminación: el territorio y sus habitantes*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995.
- HALLIDAY, F. *Rethinking International Relations*, Londres, Macmillan, 1994, p. 108.
- HESPANHA, A. *Visperas del Leviatán*, Madrid, Taurus, 1989.
- HILLGRUBER, A. *La Segunda Guerra Mundial, 1939-45*, Alianza, Madrid, 1995.
- JONES, D. V. *Code of Peace. Ethics and Security in the World of the Warlord States*, Chicago University Press, Chicago, 1991.
- KIERNAN, V. G. *Imperialism and its contradictions*, Routledge, Londres, 1995.
- LATHAM, R. *The Liberal Moment. Modernity, Security and the Making of the Postwar International Order*, Nueva York, Columbia University Press, 1997.
- LITTLE, R. - SMITH, M. (eds.), *Perspectives on World Politics*, Routledge, Londres, 1991.
- McGRANE, B. *Beyond Anthropology. Society and the Other*, Nueva York, Columbia University Press, 1989.
- MEINKE, F. *La idea de la razón de estado en la edad contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 1ª reimpresión.
- MEYER, A. *La persistencia del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza, 1986.
- MILL, J. S. 1859. *Essays on Equality, Law and Education, Collective Works of John Stuart Mill*, tomo XXI, Kegan and Paul, Toronto and Buffalo, 1984.
- MÖSSNER, J. M. "The Barbary Powers in International Law", *Grotian Society Papers*, La Haya, 1972.
- PAGDEN, A. *El imperialismo español y la imaginación política*, Madrid, Planeta, 1991.
- PAKENHAM, T. *The Scramble for Africa, 1876-1912*, Johannesburgo, Jonathan Ball Publishers, 1991.
- PARET, P. *Understanding War. Essays on Clausewitz and the History of Military Power*, Princeton University Press, Princeton, 1992.

- PARKINSON, F. *The Philosophy of International Relations*, SAGE, Londres, 1977.
- PARRY, J. H. *Europa y la expansión del mundo, 1415-175*, México, F.C.E., 1975, 2ª ed.
- PHILLIPS, J.R. S. *La expansión medieval de Europa*, México, F. C. E., 1994 (1ª ed. inglesa 1988).
- REED, L. W. - KAYSEN, C. (eds.), *Emerging Norms of Justified Intervention. Conference papers*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1993.
- REMIRO BROTONS, A., *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- ROBINSON, K. *The Dilemmas of Trusteeship*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- ROBINSON, R. - GALLAGHER, J. *Africa and the Victorians. The official mind of imperialism*, Londres, Macmillan, 1988, 2ª ed.
- RODRÍGUEZ ESTEBAN, J. A. *Geografía y colonialismo*, Madrid, UAM Ediciones, 1996.
- ROGER LOUIS, W. M. (ed.), *Imperialism. The Robinson and Gallagher Controversy*, Nueva York, New Viewpoints, 1976.
- RUGGIE, J. G. "Territoriality and beyond: problematizing modernity in international relations", *International Organization*, vol. 47, núm. 1, 1993.
- SÁNCHEZ MONTES, J. *Franceses, protestantes, turcos. Los españoles ante la política internacional de Carlos V*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1995.
- SCHMITT, C. *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1987.
- SMITH, T. *Los modelos del imperialismo*, F.C.E., México, 1984.
- SOLA, E. *Un Mediterráneo de piratas: corsarios, renegados y cautivos*, Madrid, Tecnos, 1988.
- TAYLOR, A. J. P. *The Struggle for Mastery in Europe, 1848-1918*, Oxford, Oxford University Press, 1971, 1ª edición de 1954.
- THOMSON, J. *Mercenaries, Pirates, and Sovereigns. State-building and Extraterritorial Violence in Early Modern Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- TILLY, C. (ed.), *The Formation of the Modern States of Western Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1975.
- TODOROV, T. *La conquista de América. El problema del otro*, México, Siglo XXI, 1989, 2ª edición.
- TODOROV, T. *Las morales de la historia*, Paidós, Barcelona, 1993.
- VV. AA., *Human Rights: the New Consensus*, Londres, Regency Press/UNHCR, 1994.
- WATSON, A. *The Evolution of International Society*, Londres, Routledge, 1992.
- WEBER, Cynthia (*Simulating Sovereignty*), Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- WESSELING, H. L. *Divide y vencerás. El reparto de África (1880-1914)*, Barcelona, Península, 1999.
- WIGHT, M. *Systems of States*, Leicester, Leicester University Press, 1977.
- WILLIAMS, R. A. Jr., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Oxford University Press, 1990.
- WOLF, E. R. *Europe and the people without history*, Los Angeles, University of California Press, 1982.



**COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y  
COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS (CONCLUSIONES AL HILO DE LA  
DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS)**

**LAURA GARCÍA GUTIÉRREZ\***

*SUMARIO*. I. BREVE EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO. II. LOS MODELOS DE COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS ESTADOS COMUNITARIOS: TRATAMIENTO PROCESAL. III. LAS SENTENCIAS DEL TJCE EN MATERIA DE COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS; EL ASUNTO DANVAERN Y LA DOCTRINA ANTERIOR. IV. LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24.4.1999 DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL. V. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE CJI POTENCIALMENTE APLICABLES Y SUS CONSECUENCIAS. VI. LA APLICACIÓN DEL FORO DE LA RECONVENCIÓN DEL ART. 6. 3 CB A LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS: TRES PROBLEMAS. 1. La noción de “reconvencción”. 2. Ámbito de aplicación espacial: el art. 6. 3 CB y la “conexión comunitaria”. 3. La expresión “derivada del hecho o contrato en que se fundamentare la demanda inicial”. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

*“...El número 3 del art. 6 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica, tiene por objeto establecer las condiciones en las cuales un Tribunal es competente para pronunciarse sobre las pretensiones del demandado distintas de la mera desestimación de la*

---

\*. Becaria de investigación (FPU) del Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid (U.A.M.) y Master en Derecho Comunitario Europeo (U.A.M.).

*demanda. Dicha disposición no atañe a la situación en la que un demandado invoca, como simple medio de defensa, un crédito del que supuestamente es titular frente al demandante. Los medios de defensa susceptibles de ser invocados y las condiciones en que pueden serlo se rigen por el Derecho nacional...*"

Sentencia del TJCE, 13.7.1995, As. C-341/93, (Danvaern c. Otterbeck).

*"...Esta cuestión pretende, en efecto, que se dilucide si, con ocasión de un procedimiento de ejecución, una parte puede proponer como excepción (en este caso concreto, se trataba de una excepción de compensación), un crédito sobre el cual los tribunales del Estado contratante del lugar de ejecución no tendrían competencia para pronunciarse, si dicho crédito fuera objeto de una acción autónoma.*

*...De la especificidad del vínculo exigido por el artículo 16, resulta que una parte no se puede prevaler de la competencia que el número 5 de este artículo atribuye a los tribunales del lugar de ejecución para plantear ante éstos, por vía de excepción, un litigio cuyo conocimiento sería competencia de los tribunales de otro Estado contratante en virtud del artículo 2. La utilización para este fin de la acción de oposición a la ejecución es contraria al reparto de competencias que el Convenio establece entre el juez del domicilio del demandado y el juez del lugar de ejecución".*

Sentencia del TJCE, 4.7.1985, As. 220/84, (AS-Autoteile c. Pierre Malhé).

## I. BREVE EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

En este trabajo me propongo abordar un problema jurídico que se ha planteado de forma especialmente polémica a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 13 de julio de 1995 en relación con el Asunto Danvaern Production A/S c. Schuhfabriken Otterbeck GmbH<sup>1</sup>. Se trata de determinar *si es necesario que el juez nacional competente para conocer de un litigio internacional en el que se reclama el pago de un crédito, tenga también atribuida competencia judicial internacional (CJI) sobre el contracrédito que el demandado hace valer mediante la compensación.*

Con anterioridad a la decisión del TJCE en el As. Danvaern existían dos posturas antagónicas en torno a esta cuestión:

---

<sup>1</sup> Rec., 1995, p. I-2053.

- (a) La de aquellos que influidos por la regla francesa "*Le juge de l'action est le juge de l'exception*" entendían que la atribución de CJI respecto de la demanda inicial bastaba para que el juez pudiese conocer de la compensación, del mismo modo que de cualquier otra excepción opuesta por el demandado<sup>2</sup>.
- (b) La de quienes sostenían que, en los litigios internacionales, cuando la compensación no se ejercita por medio de la reconvencción debe recibir un tratamiento análogo a ésta. Para estos autores era necesaria la atribución de CJI con independencia del cauce procesal escogido por el demandado para hacer valer la compensación. A esta afirmación general se formulaban dos excepciones: el caso de contracréditos indiscutidos y de los reconocidos en virtud de una resolución judicial firme. Esta era y es la posición mayoritaria en Alemania tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia<sup>3</sup>.

En España, la cuestión no había preocupado excesivamente a la doctrina. No obstante, antes de la citada sentencia, algunos autores se habían referido a ella al estudiar los problemas interpretativos planteados por el art. 6. 3 del *Convenio de Bruselas de 27.9.1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil*<sup>4</sup> (CB). Así, GARAU SOBRINO<sup>5</sup> entendía que el foro de la reconvencción contenido en este precepto, se refería únicamente al ejercicio de un crédito compensable por el demandado mediante reconvencción. Situación que limitaba "objetivamente" a los casos en los que el crédito del que pretendía ser titular el demandado era de una cuantía superior a la del inicial. Con ello, parecía decantarse por la irrelevancia desde el punto de vista de las reglas de

<sup>2</sup> Así, el Abogado General Sr. Capotorti en una cuestión prejudicial a la que me referiré más adelante, la del As. Meeth c. Glacetal (As. 23/78, *Rec.*, 1978, p. I-2133), se muestra favorable a esta postura cuando afirma: "...*imaginer que l'exception soit soumise à un juge autre que celui qui est saisi de l'action reviendrait à rompre l'unité de la procédure et à méconnaître les droits de défense en obligeant, en substance, le défendeur à transformer l'exception en une demande autonome*".

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo alemán (BGH) se mostró claramente partidario de esta segunda postura en su sentencia de 12.5.1993. El texto de la sentencia en alemán puede leerse en *NJW*, 1993, p. 2753 o en *IPrax* 1994, p. 115. Esta es la tesis seguida mayoritariamente por los tribunales alemanes. A modo de ejemplo, pueden verse la sentencia del LG Berlín de 30.1.1996 (*IPrax*, 2/1998, p. 97), comentada por GEBAUER, Martin, en la p. 79 y la sentencia del OLG Hamm de 5.11.1997 (no dispongo de datos sobre su publicación).

<sup>4</sup> Texto refundido en *DOCE*, núm. C189, de 28.7.1990.

<sup>5</sup> V. GARAU SOBRINO, Federico, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, AA.VV., Universidad Carlos III & B.O.E., Madrid, 1995, p. 188.

CJI, de los supuestos en los que el cauce procesal elegido por el demandado para ejercitar la compensación había sido el de la excepción. Aunque esta postura no parecía ser la más adecuada desde el punto de vista del Derecho procesal español teniendo en cuenta lo que la doctrina y la jurisprudencia vienen manteniendo en relación al modo de hacer valer la compensación legal de créditos en el proceso (puesto que como explicaré más adelante, con independencia de la cuantía de los créditos el cauce procesal oportuno depende esencialmente de lo que solicite el demandado: su absolución o la condena del demandante<sup>6</sup>), sí podría ser la postura más acorde con la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1999.<sup>7</sup>

## II. LOS MODELOS DE COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS ESTADOS COMUNITARIOS; TRATAMIENTO PROCESAL

En el ámbito de la Unión Europea (UE) suelen distinguirse tres modelos en cuanto al modo en que la compensación legal de créditos se consuma y despliega sus efectos<sup>8</sup>.

El primero es el sistema francés (arts. 1289 – 1299 Code civile) que la configura como un derecho subjetivo que, según la postura tradicional, funciona *ope legis*<sup>9</sup>. Esto es, que opera automáticamente, cuando concurren los requisitos previstos por la ley (= situación objetiva de compensabilidad), con

<sup>6</sup> Salvo en el caso de la denominada compensación judicial (v. punto A, epígrafe II).

<sup>7</sup> El texto de esta sentencia puede encontrarse en A.C., 31/1999, pp. 2001 ss. Sin embargo, no es esta una solución generalizable, puesto que como expondré más adelante los cauces procesales para hacer valer la compensación varían de un ordenamiento comunitario a otro.

<sup>8</sup> V. *Conclusiones del Abogado General Sr. Léger* en el As. Danvaern, Núm. 31, *Rec.*, 1995, p. I-2063 y GEIMER, Reinhold, “*EuGVÜ und Aufrechnung: Keine Erweiterung der internationalen Entscheidungszuständigkeit – Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler Unzuständigkeit*”, *IPrax*, 1986, p. 210 y en *Internationales Zivilprozeßrecht*, 3ª edic., Otto Schmidt, Colonia, 1997, p. 866, Rdn. 3562.

Un estudio en detalle de los tres modelos puede leerse en el Capítulo I de KEGEL, Gerhard, *Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquidität*, Walter de Gruyter, Berlín/Leipzig, 1938, pp. 3-17; en el Capítulo I de KANNENGIESSER, Matthias N., *Die Aufrechnung im internationalen Verfahrensrecht*, Mohr, Tübingen, 1998; en EUJEN, Heiko, *Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, Frankreich und England*, Alfred Metzner, Frankfurt a. M., 1975; en GÄBEL, Neure *Probleme zur Aufrechnung im IPr*, Diss. Munich, 1983 y en WOOD, Philip R., *English and International Set-off*, *Sweet & Maxwell*, Londres, 1992, Nrs. 24-1 ss.

<sup>9</sup> V. ROLAND, Henri/ BOYER, Laurent, *Droit civil. Obligations*, 2ª ed., librairies techniques, Paris, 1986, p. 749.

independencia de la voluntad de las partes. Así parece deducirse del tenor literal del art. 1290 Code civile (“*même á l’insu des débiteurs*”). Sin embargo, en la actualidad la mayor parte de los autores entiende que la compensación debe ser “provocada” por las partes<sup>10</sup>. Para ello se apoyan en argumentos concluyentes, como la admisibilidad de la renuncia, la posibilidad de pactar su exclusión o la imposibilidad de que sea declarada por el juez *ex officio*. Este tipo de críticas reproducidas en el marco de la doctrina italiana, donde en un principio se adoptó el modelo napoleónico de compensación, condujeron a la reforma del *Codice civile* en 1942.

En segundo lugar, en el sistema alemán se hace depender la consumación de una declaración *ex parte* (§§ 387 ss BGB)<sup>11</sup>. Se concibe la compensación de créditos como un derecho potestativo. No obstante, la situación objetiva de compensabilidad no es totalmente irrelevante, puesto que, una vez declarada, la compensación produce efectos retroactivos desde el momento en que concurrieron las condiciones previstas legalmente. Se trata, por tanto, de un modelo intermedio.

En los dos sistemas a los que me he referido hasta el momento la compensación se configura, por tanto, como algo más que una mera concentración de foros<sup>12</sup>.

En el tercer sistema, el anglosajón, la *Independent Set-off* de los *Statutes of Set-off* de 1729 y 1735 sólo puede consumarse en el marco de un proceso. La extinción de créditos recíprocos se produce como parte de un acto judicial. Se concibe como un mecanismo defensivo a favor del demandado que se consuma en el proceso<sup>13</sup>. Respecto de la “*equitable*” o “*transactional Set-off*” y

<sup>10</sup> En España, por ejemplo, donde el Código civil, en el art. 1202 recoge al pie de la letra el precedente francés, la doctrina ha puesto en duda esa “supuesta automaticidad” (V., entre otros, GOMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, p. 276; PAZ-ARES, Cándido, *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigido por A. MENENDEZ, Civitas, Madrid, 1986, p. 349 (“...hoy, a pesar del tenor literal del art. 1195 Cc, la doctrina parece de acuerdo en que la compensación, aunque opera legalmente, necesita de una declaración de voluntad del interesado.”) o GONZÁLEZ PALOMINO, “La compensación y su efecto”, *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, Pamplona, ya en 1964.

<sup>11</sup> V. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck’s, Munich, 1993, pp. 439 ss.

<sup>12</sup> V. LEIPOLD, Dieter, “Comentario a la sentencia Danvaern”, *ZZP*, 197/1993, p. 225.

<sup>13</sup> V. Voz “*Set-off*” en *Halsbury’s Laws of England*, 4ª ed., Vol. 42, 1983; BERGER, Klaus Peter, “*Die Aufrechnung im internationalen Schiedsverfahren*”, *RIW*, 6/1998, p. 426, donde se hace referencia a la sentencia *Talbot c. Frère* (1878), 9 *Ch.D.*, pp. 569-573, en la que ya se afirmaba claramente: “...there could not be set-off until action brought and set-off pleaded”.

de la que opera en el ámbito concursal, no está tan claro que no cree un derecho subjetivo de compensar.

A parte de existir diferentes modelos de compensación legal, los ordenamientos internos de los Estados de la UE configuran de distinto modo los posibles cauces procesales para hacer valer la extinción de créditos recíprocos en el proceso.

(A) En España, con anterioridad a la citada sentencia de 24.4.1999<sup>14</sup>, la posición mayoritariamente aceptada construía el sistema español de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 otorgando una gran libertad al demandado.

Éste podía elegir, en la contestación a la demanda, entre dos cauces procesales. En primer lugar, podía reconvenir. Vendría obligado a utilizar esta vía cuando se tratase de un crédito de mayor cuantía que el inicial y pretendiese la condena del demandante<sup>15</sup> o cuando únicamente solicitase la extinción de los créditos recíprocos, pero faltase alguno de los requisitos de la situación objetiva de compensabilidad<sup>16</sup> (= compensación judicial)<sup>17</sup>. En segundo lugar,

<sup>14</sup>. V. referencia en nota 7.

<sup>15</sup>. Solicita algo más que la mera absolución. La condena al pago del remanente cuando alega un contracrédito de mayor cuantía. Lo determinante no es tanto que el crédito de la compensación sea de cuantía superior, sino que siendo así, el demandado pretenda la condena del demandante por el exceso. En este punto, por tanto, discrepo de lo señalado por GARAU SOBRINO, F., en *Comentario...op. cit.* (nota 5), p. 188, aunque con las matizaciones que es preciso introducir a partir de la sentencia del 24.4.1999 (v. nota 7). De todos modos, en “Los foros por vinculación procesal del art. 6 del Convenio de Bruselas. Anotaciones tras la firma del Convenio de adhesión de 1996”, en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 338, este autor corrige en cierta medida lo manifestado en la primera obra, pues señala que “*el planteamiento procesal de la compensación como reconversión es posible cuando el demandado ostente frente a la parte actora un contracrédito por un valor superior al que éste hace valer en su demanda*”. Es decir, lo que determinaría que se haga uso de la reconversión en lugar de la excepción de compensación no sería la cuantía superior del crédito de la compensación, sino que, siendo así el demandado solicite la condena al pago del remanente.

<sup>16</sup>. En Derecho español, los requisitos previstos legalmente para que opere la compensación se recogen en el art. 1196 C.c. (liquidez, vencimiento de los créditos, exigibilidad...).

<sup>17</sup>. Típicamente, cuando solicite al juez que proceda a la liquidación del contracrédito. V. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La compensación en el proceso civil*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 61-64, 123, y las sentencias del TS de 8.6.1998 (*Ar. Rep. J.*, 1998, n. marg., 4284) y de 7.6.1983, (*Ar. Rep. J.*, n. marg. 7000). En esta última, el TS afirma que “*otra especie de compensación (además de la legal y de la convencional), la constituye la denominada judicial, que se produce cuando, a falta de uno de los requisitos de la legal, y entonces sí que ordinariamente por el cauce de la demanda reconventional, el demandado alega la existencia*

podía oponer la excepción de compensación<sup>18</sup> (un hecho excluyente de la acción principal como lo es también la prescripción)<sup>19</sup>. Este se consideraba el cauce procesal adecuado cuando el demandado alegaba el contracrédito con fines únicamente absolutorios, con independencia de la cuantía de los créditos o para reducir la condena a la diferencia entre los mismos, en el caso de que el segundo crédito fuese de menor cuantía que el primero.

De ello se deducía claramente que la compensación no podía entenderse como una excepción típica porque a pesar de que atendiendo a su fin (el *petitum* = rechazar la pretensión del demandante) se parecía a éstas<sup>20</sup>, también era similar a la reconvencción. A este respecto se consideraba como dato fundamental que por medio de ella se introduce una nueva relación jurídica en el proceso<sup>21</sup>. De hecho, algunos la han denominado “excepción reconvenccional”<sup>22</sup>, pues, como afirmó GÓMEZ ORBANEJA: “*es indudable que, opuesta la compensación, el juez no sólo tiene que conocer del crédito del demandante, sino también del del demandado*”<sup>23</sup>.

Si se utiliza esta segunda vía, el juez no estará obligado a pronunciarse sobre la compensación en la parte dispositiva de la sentencia. Bastará con que efectúe un pronunciamiento genérico de absolución<sup>24</sup>.

En cuanto a los efectos de cosa juzgada, la doctrina española estaba y está de acuerdo en que la compensación despliega dichos efectos sobre el crédito com-

---

*del crédito que hace valer con ocasión del reclamado en la demanda iniciadora del juicio, creándose o constituyéndose dentro del proceso y por efecto que sólo dentro del proceso puede producirse, la aportación subsanatoria de los requisitos faltos, que de ordinario, dirán en torno a la liquidez de la deuda que se trata de compensar; bastando para esta liquidación judicial, con la preexistente homogeneidad de las deudas existentes iure proprio y con signo opuesto entre los titulares que compensan dentro del juicio*”. Este tipo de compensación tiene efectos *ex nunc*.

<sup>18</sup>. El propio TS lo afirmó en la sentencia de 11.6.1981 (*Colección Legislativa del Ministerio de Justicia*, 1981, pp. 34 ss): “*La compensación, como modo extintivo de las obligaciones puede operar como excepción sin necesidad de reconvenir*”.

<sup>19</sup>. V. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, T. I. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 479-480.

<sup>20</sup>. V. TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación...*, *op. cit.*, (nota 17), p. 90.

<sup>21</sup>. V. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal...*, *op. cit.* (nota 10), p. 276.

<sup>22</sup>. V. MÁRQUEZ ROMERO, *La reconvencción*, Comares, Granada, 1994, pp. 59 y 69.

<sup>23</sup>. V. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal...*, *op. cit.* (nota 10), p. 276; y añade: “la diferencia, sin embargo, está en que éste no lo hace valer para que se declare su existencia, sino para que se declare la inexistencia (por extinción) del crédito de su contrario”

<sup>24</sup>. V. MÁRQUEZ ROMERO, Pedro, *La reconvencción*, *op. cit.* (nota 22), TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación...*, *op. cit.* (nota 17), p. 83.

pensable<sup>25</sup>. En esto se ha basado TAPIA FERNÁNDEZ<sup>26</sup> para afirmar que deben cumplirse todas las reglas de competencia y adecuación del procedimiento<sup>27</sup>.

Precisamente, es el hecho de que el juez que decide sobre la compensación se está pronunciando sobre la existencia o inexistencia del contracrédito con efectos de cosa juzgada lo que fundamenta el cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español<sup>28</sup> en relación a los instrumentos procesales a través de los cuales puede oponerse la compensación en el seno de un proceso. De la postura mantenida por el Tribunal en dicha resolución se deriva que en caso de que el crédito del que pretende ser titular el demandado frente al demandante sea el de mayor cuantía y éste ejercite la compensación, el cauce procesal idóneo es la reconvencción, con independencia de que éste solicite únicamente la absolución o también la condena por el exceso. De manera que más que la voluntad del demandado, lo relevante va a ser la cuantía del contracrédito.

En lo que la posición del Tribunal Supremo ha permanecido invariable ha sido en relación a la admisibilidad de la reconvencción implícita<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> V. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal...*, op. cit. (nota 10), p. 277; GUTIÉRREZ SANZ, M<sup>a</sup> Rosa, *La reconvencción en el proceso civil español*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 51 (“*La compensación, en contra de la regla general sobre las excepciones, produce efectos de cosa juzgada. La razón es que de otro modo el acreedor demandado podría cobrar dos veces, una al ser absuelto o ver reducida su condena, si su crédito era menor que el del demandante, otra si pudiera acudir a un segundo proceso a cobrar su crédito.*”) y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación...*, op. cit. (nota 17), p. 195.

<sup>26</sup> En *La compensación...*, op. cit. (nota 17), p. 195.

<sup>27</sup> Para completar las posibilidades del demandado a la hora de ejercitar el contracrédito, podemos señalar que, según el Derecho procesal español, en el caso de que quiera evitar el sacrificio, al menos inmediato, del contracrédito puede: (a) hacer valer la compensación eventual (V. TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación...*, op. cit., (nota 17), p. 58); (b) reservarlo para su ejercicio en un procedimiento independiente.

<sup>28</sup> En la sentencia de 24.4.1999 el Tribunal sostiene textualmente que: “...en el caso de que no se hubiera reclamado el exceso del crédito opuesto, como ocurre en el presente, una posterior exigencia por vía judicial de ese exceso vendría condicionada por la anterior resolución, vinculante en el segundo proceso por el efecto positivo de la cosa juzgada, con lo que, en definitiva, en el proceso en el que se hubiese alegado la compensación se resolvería sobre la procedencia o no del crédito del demandado...”, (v., A.C., 31/1999, pp. 2002-2003).

<sup>29</sup> V. por ejemplo la sentencia del TS de 30.3.1999, en A.C., 30/1999, n. marg. 745 (“...La doctrina de esta Sala ha atribuido naturaleza autónoma a esta clase de demandas y resulta permisiva respecto a sus formalidades, ya que incluso cabe la reconvencción implícita, que no precisa alegarse por separado ni sujetarse a formulismos...bastando que el suplico del escrito de contestación contenga bien expresada cualquier petición que exceda de la pura y simple desestimación de la demanda” y cita las SSTS de 6.2.1936; 30.1.1942; 22.5.1968; 26.5.1981; 14.10.1991; 23.11.1992; 9.12.1993; 19.11.1994; V. al respecto: TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación...*, op. cit. (nota 17), p. 85; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal...*, op. cit. (nota 10), p. 276;

(B) La compensación legal en el procedimiento español tal y como se entendía con anterioridad a la sentencia del 24.4.1999<sup>30</sup>, apenas difería de la del Derecho francés. Éste también regula dos posibles modos para hacerla valer en un proceso: la *demande reconventionnelle* y la *exception de compensation*. La diferencia entre estos dos cauces procesales estriba en que para la *compensation judiciare* se exige conexión entre las contrademandas<sup>31</sup>.

(C) En el Derecho interno alemán, se regulan la *Widerklage* y la *Prozeßaufrechnung*. La primera, consiste en la interposición por el demandado, ante el juez que está conociendo de la demanda inicial, de una contrademanda conexas (§ 33 *Zivilprozeßordnung (ZPO)*). En el caso de que no exista conexión entre las demandas, el juez puede proceder a separarlas, con lo que se decidirá sobre ellas en diferentes procesos (§ 145, II *ZPO*).

En el ordenamiento jurídico alemán no se regula la compensación judicial. La compensación de créditos recíprocos se hace depender de la voluntad de una de las partes, siempre y cuando se den todos los requisitos legalmente previstos para ello y no concurra ninguna prohibición de compensar, o de las dos, si falta alguno.

La *Prozeßaufrechnung* es un mecanismo procesal que permite al demandado bien efectuar una declaración de compensación en el seno de un proceso, o bien oponer la previamente declarada fuera de él.

El BGB no exige conexión entre los créditos recíprocos para que se produzca la situación objetiva de compensabilidad. No obstante, en el ámbito procesal, cuando no se trata de créditos conexos, puede aplicarse el § 145, III *ZPO*. De acuerdo con este precepto, el juez que conoce del crédito inicial puede dictar una *Vorbehaltsurteil* (= decisión “provisional” o adoptada “bajo reserva”) mientras se decide sobre el crédito de la compensación en un procedimiento independiente (§ 302 *ZPO*).<sup>32</sup>

---

GUTIÉRREZ SANZ, M<sup>a</sup> Rosa, *La reconversión...*, *op.cit.* (nota 25), p. 17; MÁRQUEZ ROMERO, P., *La reconversión...*, *op.cit.* (nota 22), pp. 20 y 139ss.

<sup>30</sup> V. referencia en (nota 7).

<sup>31</sup> De todas formas, la reforma de la L.E.C. española introduciría cambios en este ámbito. El proyecto español de L.E.C. (V. *Tribunales de Justicia*, n<sup>o</sup> especial, Dic. 1998) sobre la base del principio de sencillez, prohíbe la reconversión que no guarde relación con las pretensiones del actor.

<sup>32</sup> La *Vorbehaltsurteil* provee al demandante del primer proceso de un título ejecutivo provisional frente al demandado. Si en el segundo proceso se decide que el contracrédito existe, aquél estará obligado a pagar una indemnización al demandado inicial.

La ley procesal alemana prevé que las decisiones en las que se admite la compensación desplieguen efectos de cosa juzgada en relación con la extinción del contracrédito (§ 322, II ZPO). De ello deduce un importante sector de la doctrina que la *Prozeßaufrechnung* no es más que una “*unentwickelten*” o “*unterentwickelten Widerklage*”<sup>33</sup>.

(D) En el Derecho inglés, existen diversas vías para hacer valer pretensiones “cruzadas”<sup>34</sup>. La *Independent Set-off* precisa que los créditos recíprocos sean “líquidos”. La *Equitable Set-off* no exige la liquidez, pero sí que exista conexión entre ambas deudas. Por último, la *Counterclaim* se utiliza para contracréditos inconexos e ilíquidos. La *Set-off* se asemeja a nuestra excepción de compensación, mientras que la segunda “se correspondería” con la reconvencción.

En cuanto a las diferencias entre la *Set-off* y la *Counterclaim*, tradicionalmente se ha aludido a una conocida frase del juez COCKBURN en el *As. Stooke c. Taylor* para distinguirlas, según la cual, esta última opera “*as a shield not as a sword*”<sup>35</sup>. Pero, de los requisitos para plantear una u otra a los que me he referido, se deduce que la distinción es algo más compleja.

### III. LAS SENTENCIAS DEL TJCE EN MATERIA DE COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS; EL ASUNTO DANVAERN Y LA DOCTRINA ANTERIOR

A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los ordenamientos internos de otros Estados contratantes del CB, la *Ley de enjuiciamiento danesa* se refiere tanto al ejercicio de una contrareclamación para que se dicte una condena del demandante, como a la alegación de un mecanismo de defensa en cuanto al fondo con fines absolutorios con una denominación única<sup>36</sup> (*Modfordringer*)<sup>37</sup>. Esta expre-

<sup>33</sup>. V. SCHMIDT, Eike, “*Die Prozeßaufrechnung im Spannungsfeld von Widerklage und prozeßualer Einrede*”, *ZZP*, 87/1974, p. 29 y SCHREIBER, Klaus, “*Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung*”, *ZZP*, 90/1977, p. 395.

<sup>34</sup>. En relación a las clases de *set-off* en el Derecho procesal británico puede verse esquemáticamente, WOOD, Philip R., *English and International...*, *op. cit.* (nota 8), pp. 5ss y más ampliamente los capítulos dedicados a cada una de ellas en esta misma obra (en ella también se explican los demás modelos de compensación en los ordenamientos jurídicos europeos).

<sup>35</sup>. V. *QBD*, 2/1880, p. 569.

<sup>36</sup>. V. BORRÁS, Alegría, “Comentario a la Sentencia de 13 de julio de 1995”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996, p. 606.

sión es la que se recoge en la versión danesa del art. 6. 3 CB<sup>38</sup>. De ahí que el *Vestre Landsret* decidiera plantear una cuestión prejudicial sobre la interpretación de este precepto. Concretamente, preguntó al TJCE si dicho artículo también se refería al ejercicio de una contrareclamación mediante la compensación<sup>39</sup>.

En el As. Danvaern se trataba de dos sociedades, una con domicilio en Alemania (Otterbeck) y otra con domicilio en Dinamarca (Danvaern). Esta última, había sido agente en exclusiva en territorio danés de la primera. La demandante era la entidad Otterbeck, que solicitaba ante los tribunales daneses la indemnización derivada del impago de un suministro anterior a la resolución del contrato de agencia. La demandada (Danvaern) aceptó tal deuda, pero pretendía hacer valer, en el mismo proceso, varios créditos de los que ella, a su vez, sería titular frente a la demandante y cuya cuantía total excedía la del crédito de la demanda<sup>40</sup>.

En la instancia, la demandada pretendió no sólo su absolución, sino, además, que se condenara a Otterbeck al pago de la diferencia entre los créditos recíprocos. El *Byret*<sup>41</sup> inadmitió la contrademanda por considerar que no tenía atribuida competencia judicial internacional (CJI) sobre el contracrédito. El motivo: no concurrirían los requisitos previstos por el CB para fundamentar la CJI en el foro reconvenional del art. 6. 3.

<sup>37</sup>. Art. 249. 2 *Retsplejelov*. Este art. de la *Ley de enjuiciamiento danesa* puede traducirse así: “Durante un procedimiento, el demandado podrá presentar demanda reconvenional/contrapretensión (*Modkrav*) solicitando que se desestimen total o parcialmente las pretensiones del demandante o solicitando una condena conforme a la demanda reconvenional o una parte de ella, a condición de que ésta pueda sustanciarse conforme a las mismas normas procesales que la demanda principal. No obstante, únicamente puede pronunciarse una condena distinta conforme a la demanda reconvenional, si los tribunales daneses son competentes para conocer de la demanda o si ésta deriva del contrato o hecho en que se fundamentare la pretensión del demandante” (V. *Conclusiones del Abogado General Sr. Léger*, núm. 17 (*Rec.*, 1995, p. I-2059), el *Fundamento 7* de la sentencia del TJCE en ese mismo asunto (As. Danvaern) y HUET, André, “Comentario a la sentencia Danvaern”, *Journal du droit international*, 1996, p. 561.

<sup>38</sup>. En castellano: “Las personas a las que se refiere el art. anterior, podrán también ser demandadas: 3. Si se tratare de una reconvenición derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, ante el tribunal que estuviere conociendo de esta última”.

<sup>39</sup>. En el sentido de “ejercicio de un contracrédito con fines absolutorios”.

<sup>40</sup>. Entre dichos créditos se encontraba el derivado, presuntamente, del perjuicio sufrido por la resolución unilateral del contrato de agencia efectuada por Otterbeck. Con el fin de simplificar, voy a referirme a él como “el contracrédito” y a prescindir, por tanto, de tomar en consideración el resto de los créditos que la demandada hizo valer contra Otterbeck.

<sup>41</sup>. El *Byret de Broenderslev* fue el órgano danés ante el que se demandó a la entidad Danvaern en primera instancia.

Danvaern recurrió esa decisión ante el *Vestre Landsret*, solicitando únicamente su absolución. Esto es, ya no pretendía la condena de la demandante por el exceso<sup>42</sup>.

La respuesta del TJCE, que he anticipado en el primero de los textos que figuran al inicio de este trabajo, parte de la distinción entre los casos en que el demandado pretende la condena del demandante y aquellos en los que la compensación se hace valer con fines únicamente absolutorios. Según el TJCE, la compensación que se ejercite como un mero mecanismo defensivo, tendente a obtener la absolución del demandado, no estará sometida a las normas de atribución de CJI del Título II, sino al Derecho nacional<sup>43</sup>.

La postura del TJCE puede entenderse de dos formas.

Primero, la remisión al “Derecho nacional” puede interpretarse como la consagración de la primera de las posiciones doctrinales a las que me he referido al principio del texto<sup>44</sup>; la de quienes defienden que la compensación cuando se ejercita por vía de “excepción”, no está sujeta a las normas de CJI. En definitiva, el Tribunal estaría afirmando que, el art. 6. 3 CB no está previsto para los casos en que se ejercita la *excepción de compensación*, *l’exception de compensation*, la *set-off*, la *Prozeßaufrechnung*..., sino para aquellos en los que el demandado haya hecho uso de la *reconvención*, la *demande reconventionnelle*, la *Counterclaim*, la *Widerklage*... Con ello, el TJCE se estaría apartando de la línea doctrinal que había marcado de manera unas veces expresa y otras implícita en todos los asuntos en que se había ocupado de la compensación con anterioridad<sup>45</sup>.

Segundo, al remitirse al “Derecho nacional”, el TJCE podría estar haciendo referencia al Derecho Procesal Civil Internacional (DPCI) autónomo del foro<sup>46</sup>. Esta interpretación podría conducir a la paradoja de que, negándose en un primer momento la relevancia del art. 6.3 CB en relación con este tipo de

<sup>42</sup>. Aparentemente, lo que se quería lograr mediante esta nueva estrategia de defensa era eludir la aplicación del art. 6. 3 CB con el fin de evitar el riesgo de que este tribunal danés también se considerara incompetente.

<sup>43</sup>. V. GAUDEMET-TALLON, Hélène, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2ª edic., Montchrestien, 1996, pp. 169-170, num. 229.

<sup>44</sup>. La postura (a) incluida en el Punto I.

<sup>45</sup>. Como señalaré más adelante, estos asuntos son: el As. Meeth c. Glacetal (23/78) (v. nota 2), al As. Spitzley c. Sommer (48/84) (v. *Rec.*, 1985, p.I- 0787) y el As. Autoteile v. Malhé (220/84) (v. *Rec.*, 1985, p. I-2267).

<sup>46</sup>. Esto lo han defendido diversos autores alemanes con el fin de hacer compatible la posición del TJCE en el As. Danvaern con la que venía manteniendo el BGH (v. nota 3). V., por

supuestos, se terminase aplicando analógicamente cuando el DPCI autónomo no prevea un foro reconvenional.

Teniendo todo esto en cuenta, las principales objeciones que pueden realizarse a la respuesta del TJCE en el As. Danvaern son:

- (1) Esta solución es demasiado formalista. Al demandado le bastará con alegar la compensación con fines absolutorios, en lugar de reconvenir, para sustraerse a la aplicación de las normas de CJI del CB. Una muestra de ello es el cambio de estrategia procesal del demandado en este mismo asunto (en instancia, la demandada solicitaba la condena de la demandante; ante el *Vestre Landsret* únicamente su absolución).
- (2) El juez que conoce de la demanda inicial, aunque la compensación se alegue como un mero medio de defensa tendría que pronunciarse sobre la existencia del contracrédito y su decisión tendría *eficacia de cosa juzgada*. Debería tener atribuida CJI en relación con éste en la misma medida que sobre cualquier crédito respecto del cual haya de adoptar una decisión con efectos similares<sup>47</sup>.
- (3) Esta solución no es acorde con el *principio de igualdad de armas procesales*<sup>48</sup>. Si en los litigios internacionales, se permitiera compensar sin ninguna exigencia en relación a la CJI respecto del contracrédito, se beneficiaría la posición del demandado inicial frente a la del

---

ejemplo, LEIPOLD, D., "Comentario...", *art. cit.* (nota 12), p. 220; COESTER-WALTJEN, D., "Die Aufrechnung im internationalen Zivilprozeßrecht", *Festschrift Lücke*, 1997, p. 36 y, especialmente, JAYME/KOHLER, en "Europäisches Kollisionsrecht 1995-Der Dialog der Quellen", *IPrax*, 1995, p. 349. En contra MANKOWSKI, Peter, en "Comentario a la sentencia del As. Danvaern", *ZZP*, 1996, p. 394.

<sup>47</sup> La mayoría de los autores alemanes fundamentan la necesidad de CJI respecto del crédito de la compensación en este argumento. Lo que ocurre es que en el proceso alemán es más fácilmente defendible, puesto que, como ya he señalado, el § 322, II ZPO se refiere expresamente a los efectos de cosa juzgada en los supuestos de compensación y el demandado no se encontraría obligado a reconvenir si el contracrédito es mayor que el crédito de la demanda inicial. (V. GEIMER, *Internationales...*, *op. cit.* (nota 8), p. 243; *NJW*, 1973, p. 951; "EuGVÜ und Aufrechnung...", *art. cit.* (nota 8), *IPrax*, 1986, p. 208; "Zur internationalkompetenzrechtlichen Perspektive der Prozeßaufrechnung: Die internationale Zuständigkeit Deutschlands für die Aufrechnungsforderung als Voraussetzung für die Beachtung der Aufrechnung im deutschen Prozeß", *IPrax*, 1994, pp. 82-83 y en "Zuständigkeit nach EuGVÜ bei Prozeßaufrechnung", *EuZW*, 18/1995, p. 641; EICKHOFF, en *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage*, Dunckler und Humblot, Berlín, 1985, pp. 164, 168, 179 y 180 ss.).

<sup>48</sup> V. GEIMER, R., *EuZW*, 18/1995, p. 641. También, GEIMER/SCHÜTZE, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Beck's, Munich, 1997, p. 192, Rdn. 69 y 70.

demandante. Este último, ha asumido el riesgo de incoar un procedimiento judicial y para ello, ha tenido que acudir a un órgano judicial competente. Si lo hizo en virtud del foro general (art. 2 CB), habrá tenido que desplazarse y demandar ante los tribunales del domicilio de la contraparte; lo que también supone un coste. Si no exigimos CJI sobre el contracrédito, el demandado, que no ha asumido un riesgo equivalente, podría introducir un crédito en el proceso sin una carga procesal equiparable a la del demandante.

- (4) Este tratamiento de la compensación y la CJI no coincide con lo que el propio TJCE había mantenido anteriormente en esta materia<sup>49</sup>. Una buena muestra de ello es el fragmento de la sentencia del As. *Auto-teile*<sup>50</sup> recogida al inicio de este trabajo.

En las tres decisiones prejudiciales relacionadas con supuestos de compensación anteriores al As. *Danvaern*, el TJCE estimó, unas veces expresa y otras implícitamente, que las normas de CJI del CB resultaban aplicables al contracrédito<sup>51</sup>. Podríamos afirmar, por tanto, que se ha producido un cambio de doctrina respecto de este tema<sup>52</sup>.

Entre dichas sentencias destaca, en primer lugar, la del As. *Spitzley c. Sommer*<sup>53</sup>. Ha sido el supuesto en el que el TJCE se ha inclinado con mayor claridad a la aplicación de una norma de CJI a la compensación<sup>54</sup>: el foro de la sumisión tácita del art. 18 CB<sup>55</sup>.

---

<sup>49</sup>. V. sentencias referidas en nota 45.

<sup>50</sup>. V. nota 45.

<sup>51</sup>. También se contiene una referencia resumida a estas decisiones del TJCE en MERLIN, Elena, "*Riconvenzione e compensazione al vaglio della corte di giustizia (una nozione comunitaria di "eccezione"?)*", *Rivista di Diritto processuale*, 1/1999, pp.52 ss.

<sup>52</sup>. Me referiré a ellas brevemente por orden cronológico.

<sup>53</sup>. Referencia en nota 45.

<sup>54</sup>. De los hechos se deduce que se trataba de una compensación judicial de las previstas en el art. 70 NCPC, porque se habla de una "*demande reconventionnelle*".

<sup>55</sup>. Concretamente, el TJCE afirmó que la interpretación de la sumisión tácita contenida en la sentencia del As. *Elefanten Schuh GmbH c. Pierre Jacqmain* (As. 150/80, *Rec.*, 1981, p. 1671) (comparecencia del demandado sin impugnar la competencia = atribución de CJI, salvo que otro tribunal o los tribunales de otro Estado contratante sean exclusivamente competentes de acuerdo con el art. 16 CB) sirve, tanto en los casos en que un crédito se ejercita por vía de demanda, como en los que se opone mediante compensación.

En segundo lugar, en el *As. Autoteile Service c. Pierre Malhé*<sup>56</sup>, el TJCE estimó que, en el caso concreto, hubiera supuesto un abuso del procedimiento admitir, ante el órgano encargado de la ejecución de una resolución de condena en costas<sup>57</sup>, la compensación con un crédito para el que el mismo tribunal se había declarado previamente incompetente desde el punto de vista internacional. Aunque el argumento central que manejó fue el del “abuso del procedimiento”, el TJCE afirmó entonces que, el ejercicio por vía de excepción de pretensiones cuyo conocimiento corresponde a un tribunal o a los tribunales de otro Estado contratante en virtud del foro general (art. 2 CB), ante el juez competente de acuerdo con el art. 16.5 C, sería *contrario al reparto de competencias* establecido en el Convenio<sup>58</sup>. El TJCE estaría volviendo a señalar implícitamente la transcendencia de las normas de CJI en relación con la compensación.

En tercer lugar, en el *As. Meeth c. Glacetal*<sup>59</sup>, el TJCE afirmó, en relación con el art. 17 CB, que un pacto de sumisión expresa, a no ser que contenga alguna previsión a respecto, se refiere en primer lugar al ejercicio de pretensiones mediante demanda. No obstante, puede llegar a afectar al ejercicio de un crédito mediante compensación. De nuevo, el TJCE estaría aceptando de forma implícita, que las normas de CJI del CB son relevantes respecto de la compensación alegada como “mecanismo de defensa”<sup>60</sup>.

Me parece más adecuada la línea jurisprudencial, marcada por el TJCE antes del *As. Danvaern* que la mantenida por el Tribunal en ese caso. Desde mi punto de vista, aunque los Derechos nacionales que conozcan, con la denominación que proceda según el caso, dos mecanismos procesales para hacer valer un contracrédito como ocurría en España antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 24.4.1999 con la “reconvención” y a la “excepción de compensación”, debería efectuarse una equiparación de ambas figuras e cuanto a las exigencias de CJI<sup>61</sup>.

<sup>56</sup>. Referencia en nota 45.

<sup>57</sup>. Respecto de la ejecución, la CJI se atribuyó *ex art.* 16.5 CB.

<sup>58</sup>. V. *Fundamento 17* de la sentencia, recogido al inicio del texto.

<sup>59</sup>. Referencia en nota 2. En este asunto se trataba de determinar si una cláusula de sumisión recíproca a los Tribunales de la parte que, en su caso, pudiera ocupar la posición del demandado, afectaba a la posibilidad de alegar un crédito mediante compensación.

<sup>60</sup>. V. GOTTWALD, Peter, “*Die Prozeßaufrechnung im europäischen Zivilprozeß*”, *IPrax*, 1/1986, pp. 11-12.

<sup>61</sup>. V. SCHRÖDER, *Internationale Zuständigkeit*, 1971, p. 595; NAGEL/GOTTWALD, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 4ª ed., *Aschendorffs Juristische Handbücher*, Münster: Aschendorff, 1997, p. 75; LEIPOLD, D., “Comentario...”, *art. cit.*, (nota 12), p. 221.

#### IV. LA POSIBLE INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24.4.1999 DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación a los cauces procesales mediante los cuales el demandado puede ejercitar la compensación ha sido fluctuante. Algunos autores han intentado dividirla por etapas<sup>62</sup>. En una primera fase, el Tribunal se habría decantado por exigir que la compensación se hiciese siempre valer mediante reconvención; mientras que la línea jurisprudencial más actual se correspondería con la posición doctrinal mayoritaria anteriormente expuesta (= posibilidad de utilizar indistintamente la reconvención o una mera excepción en función de lo que el demandado decida solicitar: condena o mera absolución<sup>63</sup>). Una nueva posición vendría representada por la reciente sentencia del 24 de abril de 1999<sup>64</sup> en la que el Tribunal Supremo establece la obligatoriedad para el demandado de utilizar la vía reconvencional cuando desee oponer la compensación y el contracrédito sea de mayor cuantía que el crédito inicial. La necesidad de reconvénir no se haría ya depender de que el demandado se limitase a solicitar la absolución o prefiriese la condena del actor por el exceso.

De este modo, se prevendrían las posibles contradicciones que podrían resultar de la posterior reclamación del contracrédito por parte del demandado en un procedimiento independiente. El juez del segundo proceso se vería vinculado por la decisión en cuanto a la compensación, que, en definitiva implica un pronunciamiento sobre la existencia del contracrédito. De manera que la exigencia de reconvénir sería un modo de asegurar que el juez del primer proceso fuera también competente respecto del crédito de la compensación.

El riesgo de contradicción desaparecería cuando el segundo crédito fuese de igual o menor cuantía que el inicial. De manera que, de consolidarse la postura defendida por el Tribunal Supremo en este caso, existirían razonamientos a favor de que cuando un tribunal español conoce de la demanda inicial puede pronunciarse sobre la compensación planteada como mera excepción sin necesidad de tener atribuida CJI. La clave estaría entonces en la cuantía del contracrédito, más que en la estrategia procesal del demandado.

---

<sup>62</sup>. V. MÁRQUEZ ROMERO, P., *La reconvención...*, *op.cit.* (nota 22), pp. 66 ss.

<sup>63</sup>. Es decir, con independencia de la cuantía de los créditos.

<sup>64</sup>. V. nota 7.

Si volvemos a considerar los argumentos en contra de la doctrina del TJCE en la sentencia del As. Danvaern<sup>65</sup>, solo cabría alegar en contra de lo que acabo de señalar el argumento que se basa en el principio de la igualdad entre las partes<sup>66</sup>.

Al demandado ya no le bastaría con cambiar el cauce procesal para eludir las normas de CJI, puesto que si el crédito del que pretende ser titular es de mayor cuantía que el inicial se vería obligado a reconvenir.

También perdería peso el razonamiento basado en la eficacia de cosa juzgada, porque la excepción de compensación se limitaría a los supuestos de contracréditos inferiores o iguales al inicial. En esos casos, no existe exceso respecto del cual el demandado pueda decidir incoar un procedimiento ante otro órgano jurisdiccional.

De todos modos, esta solución (= necesaria atribución de CJI del juez competente sobre el crédito inicial únicamente en los casos en los que el segundo crédito es de mayor cuantía) no es generalizable, ya que, como antes hemos puesto de manifiesto, no es el sistema de la sentencia del Tribunal Supremo español de 24.4.1999 el imperante en los Estados comunitarios. A pesar de que, de acogerse esta regulación procesal en el plano interno se simplificaría notablemente el problema desde el punto de vista del Derecho Procesal Civil Internacional.

## V. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE CJI POTENCIALMENTE APLICABLES Y SUS CONSECUENCIAS

Si afirmamos que es necesario que el juez competente para la demanda inicial tenga atribuida CJI respecto del crédito de la compensación, incluso en aquellos casos en que ésta se ejercita con fines absolutorios, el paso siguiente es determinar los supuestos que pueden ser excluidos de esta afirmación general y, seguidamente, los criterios de atribución de CJI en los que, potencialmente, ésta puede fundamentarse.

En cuanto al primer aspecto, dos son los casos en los que, siguiendo a la doctrina alemana<sup>67</sup>, no se precisará CJI sobre el crédito de la compensación:

<sup>65</sup>. V. referencia en nota 1.

<sup>66</sup>. Me refiero al argumento (3).

<sup>67</sup>. Me refiero a los defensores de la postura (b), señalada en el Punto I. V. nota 3.

- (A) Cuando *el crédito de la contrademanda no es controvertido*. Esto es, el demandado inicial opone un contracrédito indiscutido.
- (B) Cuando existe una resolución judicial anterior con efectos de cosa juzgada en relación con el crédito de la compensación.

En este tipo de supuestos, si exigiésemos CJI, estaríamos perjudicando injustificadamente al demandado desde el punto de vista de sus derechos de defensa<sup>68</sup>.

Por consiguiente, sólo restan los casos en los que el demandado ejercita un contracrédito litigioso y conexo. Respecto de este grupo de casos, desde el punto de vista temporal y de la materia son potencialmente aplicables las normas de CJI del Título II del CB. La única variable sería el domicilio de los demandados (inicial y reconvenional). Dependiendo de este dato, se aplicarían las reglas del CB o de la LOPJ.

De ello se deduce que, la CJI de los tribunales españoles en relación con el crédito de la compensación, podría derivar:

- (1) De la autonomía de la voluntad. Podría tratarse de una sumisión tácita (art. 18 CB/ 22. 2º LOPJ) o expresa (art. 17 CB/22.2º LOPJ).
- (2) Del foro general (art. 2 CB/ 22.2º LOPJ, atendiendo al criterio del domicilio del demandado).
- (3) Del foro especial en materia contractual (art. 5. 1CB/ 22. 3º LOPJ).
- (4) Por último, cabría aplicar el foro especial por conexidad del art. 6. 3 CB.

La aplicación del criterio de atribución de CJI del art. 6. 3 CB resulta especialmente problemática por lo que merece ser tratada en un epígrafe independiente.

Antes de ello, es importante señalar que de acuerdo con lo manifestado hasta ahora, los únicos supuestos en los que el juez competente para conocer de la demanda inicial, no podría entrar a conocer sobre el fondo en relación con el contracrédito serían los de aquellos créditos litigiosos e inconexos en relación con los cuales no pudiera aplicarse ninguno de los criterios de atribu-

---

<sup>68</sup>. V. SCHACK, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2ª edic., Beck's, Munich, 1996, p. 134, Rdn. 355.

ción de CJI a los que me he referido en los apartados (1) a (3). Esto supone que el grupo de casos en los que el juez competente sobre la demanda inicial resultaría incompetente respecto de la compensación sería bastante reducido. Este es uno de los principales argumentos que pueden manejarse para hacer frente a la primera de las dos críticas que suelen dirigir los defensores de la irrelevancia de las normas de CJI respecto de la compensación ejercitada como “mera defensa”. Las dos críticas a las que me acabo de referir son:

- (1) Algunos autores han alegado que cuando la ley aplicable a la compensación la prevea como parte del derecho material, la exigencia de CJI provocaría la *privación injustificada de un derecho subjetivo*<sup>69</sup>. Como

<sup>69</sup> COESTER-WALTJEN hace especial hincapié en esto (“*Die Aufrechnung...*”, *art. cit.* (nota 46), p. 44). En cuanto al régimen de la compensación, el ámbito de la ley aplicable se extiende a: la consumación, los requisitos legalmente previstos para su admisibilidad y la eficacia. La existencia o no del contracrédito depende de la ley aplicable al mismo (COESTER-WALTJEN, D., *id.*, p. 37). Cuando los créditos recíprocos se rigen por distintas leyes, se han defendido diversas teorías en cuanto a la determinación de la ley aplicable. De forma esquemática: (1) Aplicación de la *ley del crédito contra el cual se compensa* (v. SPELLENBERG, *Münchener Kommentar BGB*, p. 1773, Rdn. 50; GEIMER, R., *Internationales...*, *op. cit.* (nota 8), p. 243, Rdn. 868b, p. 866, Rdn. 3562). Es la postura más extendida. El BGH y el BGE suizo se encuentran entre los tribunales que la han empleado (v., por ejemplo, *BGHZ*, 38, pp. 254 ss). La ley suiza de DIPr la ha incorporado en su art. 148. 2. También la recoge el art. 10.1, d) del *Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980*, si entendemos que se incluye en el ámbito de la *lex contractus* entre “los diversos modos de extinción de las obligaciones” (aunque no se contiene una referencia expresa, como en el caso de la prescripción y la caducidad (v., entre otros, GEIMER/SCHÜTZE, *Europäisches...*, *op. cit.* (nota 48), p. 189, Rdn. 65 y BERGER, K.P., “*Die Aufrechnung...*”, *art. cit.* (nota 14), p. 427); (2) *Aplicación cumulativa* de las leyes de todos los créditos en presencia (la denominada en Alemania *Kumulationstheorie*). Parece que sería demasiado restrictiva y alargaría demasiado el proceso. Se ha defendido especialmente en el marco de los sistemas de compensación automática, como el francés o el belga, en los que no puede distinguirse, en puridad, un crédito pasivo y otro activo (v. GAUDEMET-TALLON, H., *Rev. trim. dr. europ.*, 17/1981, p. 269; EUJEN, *Die Aufrechnung...*, *op. cit.* (nota 8), p. 100); (3) *Aplicación de la ley de la residencia de quien alega el crédito compensable* (= el compensante) (v. EUJEN, *Die Aufrechnung... id.*, pp. 123ss). Esta tesis favorece demasiado la posición del compensante; (4) *Aplicación alternativa de las leyes de los créditos recíprocos*. En principio, se aplicaría la ley del crédito pasivo (teoría tradicional). Pero, en caso de que no pudiera compensarse de acuerdo con ella, se podría aplicar la del contracrédito. (Esta postura la defiende KANNENGIESSER, M.N., *Die Aufrechnung...*, *op. cit.* (nota 9). El fin que se pretende alcanzar mediante este *favor compensationis* es deseable (agilizar y simplificar el tráfico jurídico); pero, no parece que esté suficientemente justificado eludir, sin más, una prohibición de compensar, puesto que éstas suelen tener un fundamento razonable.

acabo de apuntar, existen muchos "foros potenciales" para atribuir CJI respecto del contracrédito. Por lo que el número de supuestos en que esta privación se produciría sería bastante reducido. De todos modos, tal privación sólo tendría lugar si entendiésemos que cuando el juez ante el que se interpone la demanda inicial es incompetente respecto del contracrédito la única vía que le queda al demandado es ejercitarlo en un procedimiento independiente. Esta privación no tendrá lugar si, a instancias del demandado, se suspendiera el primer proceso mientras el tribunal competente decide sobre la existencia del contracrédito. El demandante no se vería perjudicado por esta medida porque podría solicitar la ejecución provisional de su crédito (sería una solución al estilo de la contenida en el §145 ZPO sobre separación de demandas inconexas)<sup>70</sup>.

- (2) La segunda crítica se formula como una consecuencia de la anterior. La privación del derecho a compensar implicaría la pérdida de la *función de garantía* de la compensación en los litigios internacionales<sup>71</sup>. Esta función consiste en que el deudor concede crédito sobre la base de que podrá compensar, con lo que asegura el cobro, en especial frente a posibles crisis patrimoniales de la contraparte. La compensación opera como una "garantía en sentido económico". Siempre y cuando el deudor esté en condiciones de

<sup>70</sup>. En Derecho procesal español, el art. 361 LEC contiene un principio general: "los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito", que parece oponerse a esta solución. Sin embargo, también prevé una excepción: la suspensión del procedimiento mientras se decide sobre una cuestión prejudicial penal (art. 10.2 LOPJ y 362 LEC), por lo que la posible "suspensión por falta de CJI sobre el crédito de la compensación no se opondría a aquél principio, podría articularse mezclando la regulación de esa cuestión prejudicial y parte de la relativa a los recursos que producen efecto suspensivo. Así, el juez ante el que el demandado hubiese opuesto la compensación, que se considere incompetente desde el punto de vista internacional respecto del contracrédito, suspendería el procedimiento si se lo solicita el demandado. Para no perjudicar los intereses del demandante (puesto que esto se prestaría a la alegación "estratégica" de contracréditos ficticios por parte del demandado), éste podría solicitar al juez la ejecución inmediata y provisional de su crédito. Esto último, concuerda con lo que la LEC prevé para los recursos que producen efecto suspensivo (por ejemplo, para la apelación (art. 385 LEC) y la casación (art. 1722 LEC). En caso de que, finalmente, se declare la existencia del crédito de la compensación el demandante tendrá que indemnizar al demandado los perjuicios sufridos.

<sup>71</sup>. V. MÁRQUEZ ROMERO, Pedro, *La reconversión...*, *op. cit.* (nota 22), p. 29. Más en profundidad, sobre la función de garantía de la compensación desde la perspectiva del Derecho español, puede leerse: ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, Madrid, Civitas, 1992. El que la compensación opere frente a terceros como una garantía es bastante discutido. Desde mi punto de vista, lo que no puede negarse es que ésta cumple una función de aseguramiento en sentido económico.

prever (de tener una expectativa fundada) de que podrá compensar. Por lo que es necesario que los créditos sean indiscutidos o que hayan nacido *ex eadem causa*. De tal manera que, la función de aseguramiento no se vería afectada por la aplicación de las normas de CJI. En el primer caso, porque el juez podría admitir la compensación sin necesidad de tener atribuida CJI en relación con el contracrédito (se trata de créditos no litigiosos). En el segundo, porque de acuerdo con el art. 6.3 CB el juez de la demanda inicial tendría atribuida CJI por tratarse de contrademandas conexas.

## VI. LA APLICACIÓN DEL FORO DE LA RECONVENCIÓN DEL ART. 6. 3 CB A LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS: TRES PROBLEMAS

### 1. La noción de “reconvencción”

Una de las normas de CJI potencialmente aplicables a la compensación de créditos es el foro por conexidad procesal contenido en el art. 6. 3 CB. Esta afirmación, de manera coherente con lo que he señalado hasta el momento, se contrapone a lo manifestado por el TJCE en el As. Danvaern, ya que el Tribunal prefirió dejar al margen de este precepto los casos en que la compensación se oponía con fines absolutorios<sup>72</sup>.

El art. 6. 3 CB se refiere de manera expresa a los supuestos en que el demandado inicial plantea una *reconvencción*. De ello se deduce que en los procesos sustanciados ante los tribunales españoles, cuando se trate de una compensación judicial<sup>73</sup> no habrá duda de la aplicabilidad del art. 6. 3 CB, puesto que en estos casos, en ordenamientos jurídicos como el español, el demandado debe hacer uso de una contrademanda para hacer valer el contracrédito. Sin embargo, cuando el demandado oponga la excepción de compensación la aplicación de dicho precepto sólo cabe si efectuamos una interpretación auténtica del concepto de reconvencción.

La interpretación autónoma es la preferida por el TJCE cuando existen divergencias entre los Derechos de los Estados contratantes en cuanto a la regulación de una figura jurídica, como ocurre en este caso<sup>74</sup>. De este modo,

<sup>72</sup> V. Epígrafe III.

<sup>73</sup> V. Epígrafe II.

<sup>74</sup> V., por ejemplo, las siguientes sentencias del TJCE: (1) 19.1.1993, As. Shearson Lehman Hutton, C-89/91, Fundamento 13, *Rec.*, 1993, p. I-139; (2) 21.6.1978, As. Bertrand, C-150/77, Fundamentos 14 a 16 y 19, *Rec.*, p. 1431; (3) 17.6.1992, As. Handte, C-26/91, Fundamento 10, *Rec.*, p. I-3967; (4) 26.5.1981, As. Procédure pénale contre Siegfried Ewald Rinkau, C-157/80, Fundamento 11, *Rec.*, 1981, p. I-139.

se garantiza el principio de *aplicación uniforme* del CB<sup>75</sup> y el de *previsibilidad*<sup>76</sup>. En consecuencia, también es la solución más adecuada para interpretar el término reconvención del art. 6. 3 CB.

## 2. **Ámbito de aplicación espacial: el art. 6. 3 CB y la conexión comunitaria**

Hemos dicho que los litigios internacionales a los que nos venimos refiriendo se encuentran, desde el punto de vista material y temporal, dentro del ámbito de aplicación del CB. La única variable es la localización del domicilio del demandado (ya sea el inicial o el reconvencional).

Con carácter general, para aplicar las normas de CJI del CB, se requiere que el demandado esté domiciliado en un Estado contratante (art. 2). De ser así, se considera que el litigio tiene suficientes vínculos con la CE como para que se apliquen las normas del convenio.

En principio, la conexión comunitaria determinaría también la aplicación del art. 6. 3 CB, pues así se deduce de una interpretación estricta de su tenor literal<sup>77</sup>. Pero existen razones que justificarían una interpretación *contra legem* en este caso:

- (1) El fundamento de estos foros no se encuentra en la vinculación del supuesto con el territorio de un determinado Estado, sino en la vinculación procesal de una pluralidad de objetos procesales. En consecuencia, el ámbito de aplicación espacial del CB pierde relevancia a la hora de aplicar los foros por conexidad, en general y el del art. 6. 3 CB en particular.
- (2) La LOPJ no prevé foro por conexidad alguno. Con lo que, para no frustrar los fines del sistema español de normas de CJI. Esto es, para

<sup>75</sup> V. KAYE, Peter, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Proffessional Books, 1987, p. 652.

<sup>76</sup> En cuanto a que la calificación autónoma favorece la adopción de soluciones previsibles y ciertas, v., por ejemplo, la STJCE de 9.1.1997, As. Rutten v. Cross-Medical, Fundamento 12, *Rec.*, 1997, p. I-74.

<sup>77</sup> “Las personas a las que se refiere el artículo anterior podrán también ser demandadas...”. El art. 5, por su parte comienza así: “Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandas en otro Estado contratante”. Como vemos parece deducirse que el art. 6. 3 CB se aplica sólo frente a demandados reconvencionales (= demandantes iniciales) domiciliados en la CE.

garantizar entre otros los principios de economía procesal y armonía de decisiones, a no ser que pretendamos que se trata de un problema de competencia funcional, la única alternativa es aplicar el art. 6. 3 CB con independencia de dónde se encuentre situado el domicilio de las partes.

Los supuestos considerados problemáticos por la doctrina son tres:

En primer lugar, aquéllos en los que la CJI para la demanda inicial se haya determinado de acuerdo con las reglas del CB (el demandado inicial está domiciliado en un Estado contratante), pero el demandado reconvenicional (= demandante inicial) tiene su domicilio fuera del territorio comunitario.

En segundo término, aquéllos en los que el demandado inicial no está domiciliado en un Estado parte, pero el demandado reconvenicional si lo está.

Por último, aquéllos en los que ninguna de las partes se encuentra domiciliada en la UE.

Las razones para considerar que los tribunales españoles serían competentes en todos estos casos si se ejercita la compensación conexa (cualquiera que sea el cauce procesal empleado) son las que he expresado más arriba. No obstante, voy a referirme a algunos de los argumentos manejados por quienes se oponen a la aplicación del art. 6. 3 CB en este tipo de supuestos, prestando especial atención al segundo (es decir, demandado inicial no domiciliado en la UE/demandado reconvenicional sí).

Llama la atención que haya sido este tipo de casos el que más críticas ha suscitado en cuanto a la posible aplicación del art. 6. 3 CB. El motivo de la afirmación anterior es que el supuesto encaja perfectamente en el tenor literal del precepto, el cual, expresamente, sólo se refiere al domicilio del demandado reconvenicional (= demandante inicial). Es decir, se trata de un supuesto en el que, junto a aquél en el que ambas partes estén domiciliadas en la CE, podría jugar de manera “paradigmática” la regla de la “conexión comunitaria”. Entre los argumentos que recientemente se han manifestado en contra destacan:

- (1) El argumento basado en los foros reconvenionales para materias específicas previstos en el CB. Se acude a los foros reconvenionales en materia de seguros y de consumidores (arts. 14, III y 11, II CB) para intentar justificar<sup>78</sup> que es necesario que la CJI para la demanda

<sup>78</sup>. V. GARAU SOBRINO, F., “Comentario al...”, *op. cit.* (nota 5), p. 185.

inicial se haya fundamentado en las normas de CJI del CB, para que opere el art. 6. 3 CB. Efectivamente, estos foros reconventionales funcionan de manera más restringida que el del art. 6 (= foro reconvenicional general). Pero, también es cierto que, en relación con ellos no se exige conexión fáctica o contractual entre las contrademandas. La conexión entre éstas derivaría de la materia objeto del litigio. Esto es, para reconvenir en virtud de los arts 14, III y 11, II CB será necesario que ambas demandas se refieran a esas concretas materias y que la CJI del tribunal se hubiese atribuido en aplicación de las normas previstas en las respectivas Secciones. Por el contrario, parece más adecuado entender que la omisión de una referencia de este tipo en el foro reconvenicional “general” implica que “lo no prohibido está permitido”. Es decir, que la omisión es “consciente” y la norma se aplicaría con mayor flexibilidad que la de los foros reconventionales “especiales”.

- (2) Algunos autores han señalado que cuando la CJI para la demanda inicial se haya determinado según las normas de CJI del DPCI autónomo, no debería aplicarse el art. 6. 3 CB<sup>79</sup> porque podría “*extenderse la aplicación de un foro exorbitante*” en el ámbito comunitario<sup>80</sup>. Este argumento no me parece convincente, puesto que, nos guste o no, la aplicación de los foros exorbitantes frente a los domiciliados fuera de la UE no se concibe como un peligro en el CB. El art. 4 CB permite de modo expreso que el demandante domiciliado en un Estado contratante invoque frente al demandado no domiciliado en la UE, las reglas previstas en el párrafo II del art. 3.
- (3) Por último, también se aduce que resultaría inadecuado que el demandado no domiciliado en la UE se beneficiase de las normas de reconocimiento y ejecución del CB. Este argumento es el de menor peso, puesto que las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de los Estados contratantes se benefician, como regla general, del régimen de reconocimiento y ejecución del Título III CB, sin control de la CJI del tribunal de origen<sup>81</sup>. Es decir, el convenio no hace depender la aplica-

<sup>79</sup>. Para este argumento y el siguiente, V. MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., “El artículo 6. 3 del Convenio de Bruselas” en *La revisión...*, *op. cit.* (nota 15), p. 357, y en “Sobre la interpretación del art. 6. 3 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”, *REDI*, 2/1997, pp. 56-57

<sup>80</sup>. Obviamente, supongo que el autor se refiere a los casos en que uno de los foros recogidos en el art. 3. II CB hubiese servido para atribuir CJI respecto de la demanda inicial.

<sup>81</sup>. Salvo, según el art. 28 CB, en materia de seguros, consumidores y en el caso de competencias exclusivas (Secciones 3ª, 4ª y 5ª del Título II).

ción de los arts. 25 y ss de dónde se encuentre situado el domicilio del demandado, sino de que un tribunal de un Estado parte haya adoptado la resolución.

### 3. La expresión “derivada del hecho o contrato en que se fundamentare la demanda inicial”

El único requisito que debería concurrir para poder aplicar el art. 6. 3 CB en los supuestos en los que el demandado hace valer un contracrédito en un litigio internacional de naturaleza patrimonial, ya sea mediante reconvencción o por la vía de una excepción de compensación, es una determinada *conexión* entre las contrarreclamaciones.

Sobre este asunto, el TJCE se ha pronunciado en el marco del foro de la pluralidad de demandados (art. 6. 1 CB) en el *As. Kalfelis*<sup>82</sup>. En este supuesto, el TJCE afirmó que debía concurrir una conexión similar a la que se prevé en el art. 22 CB (conexidad), de manera que las demandas deberían estar vinculadas en cuanto a su instrucción. De este modo se colmaba la laguna del art. 6. 1 CB que no se refiere expresamente a tal necesidad. La solución alcanzada por el TJCE en este caso se entiende muy bien desde el punto de vista de la *ratio* de los dos preceptos implicados (arts. 6.1 y 22 CB); ambos responden al principio de armonía de las decisiones judiciales en el ámbito comunitario (= reducción del riesgo de decisiones incompatibles), con independencia de que uno se encuentre situado en el marco de las normas de atribución de CJI (Título II) y el otro en el de las de reconocimiento y ejecución (Título III).

La diferencia con el foro reconvenccional es doble. Primero, porque en este caso sí que se menciona expresamente que ambas demandas<sup>83</sup> deben tener una cierta vinculación contractual o fáctica. Segundo, porque mediante la reconvencción internacional además del principio de armonía de las decisiones tiene una importancia fundamental el principio de economía procesal. Es decir, que cuantas más demandas se tramiten ante un mismo tribunal, mejor. Este principio no tiene un peso tan grande en el ámbito del art. 22 CB.

Creo que lo anterior, unido a que la compensación de créditos, a la que hemos afirmado que resulta aplicable el precepto, suele darse entre partes que mantienen relaciones comerciales habituales sin que los créditos recíprocos

<sup>82</sup>. Sentencia de 27.9.1988, *Rec.*, 1988, pp. I-5565 a I-5588.

<sup>83</sup>. En el caso de la compensación “los créditos recíprocos”.

deriven necesariamente de un mismo contrato, puede justificar una interpretación amplia de la expresión “*derivada del contrato o hecho en el que se fundamentare la demanda inicial*”. Esto no es incompatible con una interpretación rígida de la conexión contractual. Cuando los créditos surjan de un mismo contrato nos encontraríamos ante dicha conexión contractual y si se trata de contratos diferentes pero dentro del marco de las relaciones comerciales habituales entre las partes podría aplicarse el art. 6. 3 CB por concurrir la conexión fáctica.

Lo que no me parece convincente es entender que la conexión precisada se da siempre en los supuestos de compensación por la vía subjetiva. Pues en tal caso, no hubiera sido necesario que el precepto contuviera una referencia expresa al tipo de conexión que se quiere: contractual o fáctica<sup>84</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

1. En los litigios internacionales, como regla general, y con independencia del cauce procesal escogido por el demandado, es necesario que el órgano jurisdiccional competente sobre el crédito de la demanda inicial tenga también atribuida competencia judicial internacional respecto del crédito de la compensación, siempre que éste sea litigioso; incluso, cuando el demandado opone la compensación de créditos como “medio de defensa” (con fines meramente absolutorios). Los principales argumentos para sostener esta afirmación son: (a) de otro modo, al demandado le bastará con alegar la compensación con fines absolutorios para sustraerse a la aplicación de las normas de CJI del CB; (b) aunque no se pretenda la condena del demandante, el tribunal debería entrar a pronunciarse sobre la existencia del contracrédito con efectos de cosa juzgada; (c) que esta solución es la más acorde con el principio de igualdad de armas procesales.

2. Los argumentos (a) y (b) dejarían de ser definitivos si la excepción de compensación quedase limitada por el Derecho procesal interno a los casos en que el contracrédito es inferior o de igual cuantía que el crédito inicial y se obligara al demandado a reconvenir en el resto de los casos. Posición que parece defender el Tribunal Supremo español en una sentencia reciente.

3. En todo caso, la regla general tendría una excepción doble: (a) en los casos en los que el contracrédito es indiscutido; (b) aquéllos en que consta en

---

<sup>84</sup> En contra, GARAU SOBRINO, F., *Comentario a...*, *op. cit.* (nota 6), p. 189.

una sentencia previa con efectos de cosa juzgada. En ambos supuestos no se precisaría una atribución de CJI sobre él.

4. Esta postura se contrapone con lo que mantiene el TJCE en su última decisión prejudicial relativa a la compensación: *la sentencia de 13 de julio de 1997, As. 341/93, (Danvaern c. Otterbeck)*. Sin embargo, estaría de acuerdo con la doctrina anterior del propio TJCE.

5. Los foros de competencia que resultarían potencialmente aplicables al crédito de la compensación serían:

- (a) Los de la autonomía de la voluntad. Tanto el de la sumisión tácita, como el de la expresa.
- (b) El foro general (= tribunales del Estado del domicilio del demandado).
- (c) El foro especial en materia contractual.
- (d) El foro de la reconvencción del art. 6. 3 CB.

6. En relación con este último foro, se plantean tres problemas interpretativos en torno a los cuales cabe afirmar que:

- (a) La aplicación del foro reconvenccional a la compensación de créditos es consecuencia de una interpretación autónoma de la noción de "reconvencción". Esto es, dicha noción deberá interpretarse de tal modo que incluya todos los supuestos en los que el demandado haga valer un contracrédito frente al demandante, con independencia de la cuantía de los créditos y de que el demandando pretenda o no la condena de aquél por el exceso en el caso de su crédito fuese de cuantía superior.
- (b) El foro del art. 6. 3 CB debería aplicarse, en contra de lo que se deduce de una interpretación rígida del tenor literal del precepto, con independencia de donde se localice el domicilio del demandado. La razón: a lo que atienden los foros por conexidad, en general, y el de la reconvencción, en particular, es a la vinculación procesal de las contrareclamaciones y no a la proximidad del litigio con el territorio de un determinado Estado.
- (c) La conexión contractual o fáctica sí que opera como un requisito para la aplicación del art. 6. 3 CB. Pero, debe interpretarse en sentido amplio, para permitir que se aplique, por ejemplo, a los supuestos en

que los contracréditos no derivan de un mismo contrato, pero se enmarcan en las relaciones comerciales habituales entre las partes.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, AA.VV., Universidad Carlos III & BOE, Madrid, 1995.
2. BERGER, Klaus Peter, "Die Aufrechnung im internationalen Schiedsverfahren", *RIW*, 6/1998.
3. BORRAS, Alegría, "Comentario a la Sentencia de 13 de julio de 1995", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996.
4. COESTER-WALTJEN, Dagmar, "Die Aufrechnung im internationalen Zivilprozeßrecht", en *Festschrift Lücke*, 1997.
5. EICKHOFF, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage*, Dunckler und Humblot, Berlín, 1985.
6. EUJEN, Heiko, *Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, Frankreich und England*, Alfred Metzner, Frankfurt, a. M., 1975.
7. GÄBEL, *Neure Probleme zur Aufrechnung im IPr*, Diss. Munich, 1983.
8. GARAU SOBRINO, Federico, "Los foros por vinculación procesal del art. 6 del Convenio de Bruselas. Anotaciones tras la firma del Convenio de adhesión de 1996", en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás, Marcial Pons. Madrid, 1998.
9. GAUDEMET-TALLON, Hélène, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2ª edic., Montchrestien, 1996.
10. GEIMER, Reinhold,
  - "EuGVÜ und Aufrechnung: keine Erweiterung der internationalen Entscheidungszuständigkeit – Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler unzuständigkeit", *IPrax*, 1986, p. 210.
  - *Internationales Zivilprozessrecht*, 3ª edic., Otto Schmidt, Colonia, 1997.
  - "Zur Internationalen Perspektive der Prozessaufrechnung: Die internationale Zuständigkeit Deutschlands für die Aufrechnungsforderung als Voraussetzung für die Beachtung der Aufrechnung im deutschen Prozess", *IPrax*, 1994, p. 82.
11. GEBAUER, Martin, "Comentario a la sentencia del LG Berlín de 30.1.1996", *IPrax*, 2/1998, p. 97.
12. GEIMER/SCHÜTZE, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Beck's, Munich, 1997.
13. GOMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, p. 276.
14. GOTTWALD, Peter, "Die Prozessaufrechnung im europäischen Zivilprozeßrecht", *IPrax*, 1/1986, p. 11.

15. GUTIÉRREZ SANZ, M<sup>a</sup> Rosa, *La reconvencción en el proceso civil español*, Bosch, Barcelona, 1993.
16. HUET, André, "Comentario a la sentencia Danvaern", *Journal du droit international*, 1996, p. 561.
17. NAGEL/GOTTWALD, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 4<sup>a</sup> edic., *Aschebdirffs Juristische Handbücher*, Münster: Aschendorff, 1997
18. JAYME/KOHLER, "Europäisches Kollisionsrecht 1995-Der Dialog der Quellen", *IPrax*, 1995, p. 349.
19. KANNENGIESSER, Matthias N., *Die Aufrechnung im internationalen Verfahrensrecht*, Mohr, Tübingen, 1998.
20. KAYE, Peter, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Proffesional Books, 1987.
21. LEIPOLD, Dieter, "Comentario a la sentencia del As. Danvaern", *ZZP*, 197/1993, p. 225.
22. MANKOWSKI, Peter, "Comentario a la sentencia del As. Danvaern", *ZZP*, 1996, p. 394.
23. MÁRQUEZ ROMERO, Pedro, *La reconvencción*, Comares, Granada, 1994.
24. MERLIN, Elena, "Reconvenzione e compensazione al vaglio della corte de giustizia (una nozione comunitaria di "eccezione"?), *Rivista di Diritto processuale*, 1/1999, p. 48.
25. MICHINEL ÁLVAREZ, M. A.
  - "El artículo 6. 3 del Convenio de Bruselas" en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Alegría Borrás, Marcial Pons, Madrid, 1998.
  - "Sobre la interpretación del art. 6. 3 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", *REDI*, 2/1997.
26. PAZ-ARES, Cándido, *Derecho Cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigido por A. MENÉNDEZ, Civitas, Madrid, 1986.
27. RAMOS MENDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, T. I, Bosch, Barcelona, 1992.
28. SCHACK, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2<sup>a</sup> edic., Beck's, Munich, 1996.
29. SCHREIBER, Klaus, "Prozeßvoraussetzungen bei der Aufrechnung", *ZZP*, 90/1977, p. 395.
30. SCHMIDT, Eike, "Die Prozeßaufrechnung im Spannungsfeld von Widerklage und prozeßualer Einrede", *ZZP*, 87/1974.
31. TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La compensación en el proceso civil*, Trivium, Madrid, 1988.
32. WOOD, Philip R., *English and International Set-off*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992, Nrs. 24-1 ss.



## **ANÁLISIS DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS COMO REFLEJO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA**

**JUAN GÓMEZ ARBÓS\***

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE CONTRATA Y SUBCONTRATA DEL ARTÍCULO 42 DEL ET.- III. PROPIA ACTIVIDAD.- IV. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO PRINCIPAL.- V. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO PRINCIPAL.- 1. ¿Cuáles son las obligaciones que afectan a la responsabilidad solidaria en el artículo 42 ET.- 2. El encadenamiento de responsabilidades en las contratas.- VI. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.- 1. Respecto a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.- 2. La responsabilidad de los artículos 104 y 107 de la LGSS.- VII. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES.- VIII. ¿CUÁNDO NO HAY RESPONSABILIDAD?.- 1. Respecto al plazo para reclamar. IX. CONCLUSIONES.- X. BIBLIOGRAFIA.-

### **I. INTRODUCCIÓN**

La competitividad, los costes económicos y recursos humanos han puesto en peligro la estabilidad en el empleo, sobre todo en los países menos desarrollados, y en aquellos países que aún estando entre los más desarrollados mantienen altas tasas de paro, como ocurre en España. La globalización ha traído un nuevo ajuste en el panorama laboral de modo que nos encontramos con una mano de obra más barata en los países en vías del desarrollo y del tercer mundo, algo que ha supuesto menores exigencias de inversión, y una considerable reducción de los costos económicos para las empresas. Ante esta situación y para poder seguir siendo competitivos, se plantean fórmulas que supongan una mayor eficacia en las inversiones, lo que supone dar una mayor flexibilidad a la mano de obra, que desemboque en un ahorro de costos y que

---

\*. Abogado. Doctorando en el departamento de Derecho Privado Social y Económico de la UAM

permita a las empresas desenvolverse dentro de la actual economía de mercado.

Dentro de estas fórmulas para obtener un mayor rendimiento de las inversiones han aparecido contratos como el de «outsourcing», el teletrabajo, y se han dejado a un lado algunos criterios morales, de manera que se ha legalizado la cesión de trabajadores mediante las Empresas de Trabajo Temporal, hasta hace muy poco prohibidas. La fórmula que se ha adoptado de un modo mas generalizado, ha sido lo que se ha venido a llamar la «descentralización productiva», que según Cruz Villalón «consiste en una forma de organización de la actividad empresarial, en virtud de la cual una empresa decide no realizar una serie de actividades optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas. Se trata de actividades que tradicionalmente quedaban integradas dentro del conjunto de sus funciones y que realizaban con sus propios trabajadores, pero que por las razones antes expuestas, de costes económicos, mayor eficacia técnica y mayor flexibilidad se llevan a cabo». «Dentro de este concepto de descentralización productiva» es donde se encuadran las contrata y subcontratas que se han extendido en ciertas tareas como tareas de mantenimiento, administración limpieza, transporte, aparte de las tradicionales en el sector de la construcción. Se entiende que las empresas contratadas o subcontratadas aportan más flexibilidad, puesto que tienen más facilidades para ajustar el volumen de empleo, movilidad de plantilla, bajos costes salariales y sus relaciones laborales apenas están reguladas dada la debilidad o inexistencia de sindicatos en estas empresas.

Sin embargo, como señala García Piqueras «este afán de competitividad y rentabilidad puede producir lesiones a los intereses de los trabajadores, puesto que pueden ver reducidos sus derechos en pro de una política competitiva», esto es algo que se ha puesto de manifiesto en cuestiones como la del «trabajo no declarado», que como ha señalado *la comunicación de la comisión de las comunidades europeas sobre el trabajo no declarado* la subcontratación es una de las formas utilizadas en este tipo de trabajos, de modo que se priva a los trabajadores de los beneficios derivados de un contrato de trabajo formal lesionando no sólo los intereses de los propios trabajadores, sino los propios intereses de la administración y distorsionando de este modo la competencia, especialmente al micronivel. Aunque si bien es cierto que estos últimos años ha sido la propia legislación la que ha recortado estos derechos, todavía existen mecanismos de protección frente a los abusos en nuestra normativa, normas determinadas como el artículo 42 del estatuto de los Trabajadores sobre contrata y subcontratas, el artículo 43 sobre la cesión ilegal de trabajadores, los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de Seguridad

Social, sobre responsabilidad, los artículos 24.3 y 42.2 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales, para las responsabilidades en materia de seguridad e higiene.

Esta preocupación por garantizar a los trabajadores una serie de derechos en materia de responsabilidad de contratas y subcontratas no es nueva; en primer lugar habría que destacar el artículo 1597 del Código Civil de 1889, que contempla la responsabilidad del dueño de la obra frente a los trabajadores del contratista, artículo aún hoy vigente, según García Murcia, para aquellos supuestos que no encajan en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Otros antecedentes han sido la Orden 11/3/1963, la ordenanza de la construcción de 28/8/70, el DCE de 17 de diciembre de 1970, D3677/1970, en su artículo 4, referidos a contratistas y subcontratistas correspondientes a la propia actividad y exigiendo el carnet de empresa (establecido en el D26 de diciembre de 1954) y que estuviese al corriente de pago con la seguridad social). Este artículo 4 fue literalmente copiado en el artículo 19 de la Ley de Relaciones Laborales.

En cuanto a la Seguridad Social, la legislación de accidentes de trabajo de 1900, LAT de 30 de enero de 1900, encontramos normas protectoras en materia de contratas, y por último en los artículos 68 y 97 de la Ley de Seguridad Social (D 30 de mayo de 1974).

En este trabajo se pretende analizar cuál es la situación en que se encuentran las garantías de los trabajadores en materia de contratas y subcontratas, en el ámbito del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

## II. CONCEPTO DE CONTRATA Y SUBCONTRATA DEL ARTÍCULO 42 DEL E.T.

La contrata es un acuerdo contractual, en la que un empresario, privado o público, encarga a otro empresario, a través del mecanismo jurídico que estimen, la realización de una obra o servicio, por un precio cierto y determinado, en el que cada empresa conserva su autonomía, tanto económica como jurídica, y en la que no es necesario que el empresario contratante sea el destinatario final de la obra o servicio.

Por tanto habrá que considerar la existencia de un empresario principal que es el que encarga la obra o servicio y de uno o varios empresarios auxilia-

res, que son los que realizan la obra o el servicio. Además el empresario principal no tiene por que ser exclusivamente un particular, también puede ser la propia administración<sup>1</sup>.

Hay que señalar que si no hay obra o servicio no hay contrata, y tampoco si la empresa encargada de realizar la obra o servicio no es empleador.

El término contrata abarca tanto al término contrata como al de subcontrata<sup>2</sup>, solo cabría señalar que en caso de la subcontrata nos encontramos ante una contrata de «segunda mano»<sup>3</sup>.

El concepto de contrata y subcontrata ha sido determinado por la doctrina y la jurisprudencia<sup>4</sup>, aunque no de un modo unánime. Para una parte de la doctrina y para la jurisprudencia se ha determinado la contrata o subcontrata como un contrato civil de arrendamiento de obra, de modo que el contrato a que se refiere el artículo 42 ET no es otra cosa que el llamado contrato de empresa, por ello se ha defendido el origen empresarial de la contrata<sup>5</sup>. Sin embargo otra corriente doctrinal, que considero más acertada, ha señalado que la idea de contrata derivada de arrendamiento civil o ejecución de obra o contrato de empresa, resulta inadecuada, ya que no se encuadra completamente en el artículo 42 ET, puesto que no hay ninguna referencia en éste a ese tipo de contratos, y porque además hay contratos que no encajan en el arrendamiento de obra, como el de servicios ,otros tipos de contrataciones atípicas, o cualquier otro tipo de contratos<sup>6</sup>. Además aunque la relación jurídica entre las partes sea de naturaleza civil, esta relación está completada por normas de derecho laboral, que imponen una serie de responsabilidades y obligaciones<sup>7</sup>, como es la

<sup>1</sup> STS 18 de marzo de 1997(Ar.272), en la que se considera a las concesiones como contratas.

<sup>2</sup> STCT 10 de abril de 1989(Ar.2646).

<sup>3</sup> Martín Valverde, A. «*La Protección Jurídica del trabajo en contratas*», Cuadernos de Derecho Judicial, TXXII, 1994.pág 107. S.TSJ Andalucía 8 de marzo de 1996(Ar.518.)

<sup>4</sup> García Murcia, J. «*El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el ET*» .Revista de Política Social,130,1981,pág 7 y S.S. Martín Valverde, A. «*Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras o servicios*». Comentarios a las Leyes Laborales, TVIII, 1982 ,pág. 223 y SS. Fernández Marcos, L. «*Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el Trabajo*»..AL,1992, STCT 10 de abril de 1989(Ar.2646)

<sup>5</sup> Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...*art. cit. pág. 236-238

<sup>6</sup> Rodríguez Piñero, M.« Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal», RL, nº 7, 1996.

<sup>7</sup> García Piqueras, M . *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, 1998.pág 20

necesidad de que en esta relación exista un empleador, contratista o subcontratista.

De la definición expuesta de la contrata, se desprende que nuestro ordenamiento no contiene ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la contratación externa, para descentralizar su producción y para integrar su producción productiva<sup>8</sup>.

Esta descentralización productiva puede poner en peligro determinados derechos de los trabajadores o pueden ser causa de fraudes y abusos empresariales, con más probabilidad dentro de las obras o servicios que se refieran a la propia actividad, pudiendo ofrecer la posibilidad de encubrir cesiones a trabajadores, aprovechando la contrata, como suministro de personal. Por esto la doctrina ha señalado una serie de caracteres para determinar la diferencia entre una contrata y un cesión ilegal de trabajadores<sup>9</sup>:

- a) La contrata ha de estar válidamente constituida y disponer de organización con existencia autónoma.<sup>10</sup>
- b) Contar con medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad, medios que serán múltiples y heterogéneos y están en función de su complejidad y tamaño. Habrá que tener en cuenta instalaciones, maquinaria, herramientas, obreros, técnicos y personal directivo<sup>11</sup>.
- c) Desarrollar una actividad propia y específica, diferente de la empresa principal, aunque complementaria y de colaboración con aquella<sup>12</sup>.
- d) Organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo el contratista las funciones inherentes a su condición de empresario.<sup>13</sup>
- e) Asumir responsabilidades y riesgos propios del desarrollo de una gestión empresarial.<sup>14</sup>

<sup>8</sup>. STS 27 de octubre de 1994(Ar.8531)

<sup>9</sup>. García Murcia, j. Trabajo en contrata., art.cit., pág. 8-9 Martín Valverde, A. Responsabilidad empresarial.,art.cit. pág. 237-238 Cruz Villalón, J. «Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas», RL, nº 2, 1992, pág. 133-134.

<sup>10</sup>. STCT 13 de octubre de 1978, STSJ Cataluña 13 de diciembre de 1996(Ar.4987).

<sup>11</sup>. STCT 17 de mayo de 1977,STCT12 de mayo de 1976(Ar.2480).

<sup>12</sup>. STCT 8 de abril de 1974 (Ar.1769).

<sup>13</sup>. STCT 10 de marzo de 1976( Ar.1354).

<sup>14</sup>. STCT 10 de marzo de 1976 y STS 18 de marzo de 1994.(Ar.2548)

- f) La habitualidad. Suficiente estabilidad o relativa permanencia de la relación contractual entre empresario principal y auxiliar.<sup>15</sup>

Estos criterios nos ayudarán a determinar si nos encontramos ante dos empresarios uno principal y uno auxiliar o ante un empresario que sólo facilita la mano de obra para la realización de un trabajo por el empresario principal, entrando en este caso dentro de la aplicación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

### III. PROPIA ACTIVIDAD

Uno de los grandes problemas que se ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia a la hora de interpretar el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores es delimitar y definir el término «propia actividad». Han sido numerosos los artículos doctrinales referidos a este término y a pesar de los años que han pasado desde que entró en vigor este artículo, no hay una posición clarificadora ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, y el legislador, ha preferido mantenerse al margen, dejando a la interpretación de los tribunales la aclaración del término «propia actividad».

Dice el artículo 42 : « Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos.....».

Doctrina y jurisprudencia optaron en un principio por un criterio más proteccionista y en consecuencia más amplio del principio de actividad, esto se debía a que esta figura era el vehículo habitual de encubrimiento de las cesiones de mano de obra. Ante una insolvencia se debatía si era cesión o contrata y subcontrata<sup>16</sup>. El concepto inicial se determinó por la doctrina de modo que nos encontrábamos ante «propia actividad» siempre que se consiguiera el mismo resultado, sin necesidad de contratar con un tercero, contratista, siempre que el empresario pudiera realizar ese trabajo con su propio personal<sup>17</sup>, y que hubiera una conexión directa o indirecta, de participación, con el ciclo productivo de la empresa<sup>18</sup>, entendiendo por ciclo productivo el complejo de operaciones que en circunstancias normales, son necesarias para alcanzar los

<sup>15</sup>. STS 16 de febrero de 1989(Ar.874).

<sup>16</sup>. Rodríguez Piñero, M. *Propia actividad y contrata*, RL, nº 6, 1996, pág. 36.

<sup>17</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...*art.cit. pág. 243

<sup>18</sup>. Rodríguez Piñero, M. *La regulación protectora del trabajo en contratas*. RPS, n *Descentralización*..art.cit. , pág. 114

objetivos de producción o intercambio de bienes y servicios que se constituyan el fin de la empresa<sup>19</sup>. Por esto se ha señalado por algún autor que casi todas las contrataciones o subcontratas se encuadran dentro del criterio de «propia actividad»<sup>20</sup>.

Para delimitar la «propia actividad» se han expuesto por la doctrina<sup>21</sup> una serie de criterios a tener en cuenta:

- a) El tiempo de la prestación del servicio, si se realiza con frecuencia. Normalidad y habitualidad.
- b) El lugar de prestación de trabajo. Cuando las actividades del empresario principal y auxiliar se realizan en el mismo lugar.
- c) Naturaleza del trabajo: si forma parte del ciclo productivo de la empresa.
- d) La Sustituibilidad: que el empresario pueda conseguir los mismos resultados sin recurrir a otros contratistas.
- e) La propiedad de los útiles de trabajo.
- f) La gestión directa: aquellos casos en que con anterioridad la empresa principal venía ejecutando directamente con trabajadores propios las obras o servicios que ahora tiene la contrata.
- g) El objeto social de la empresa: en el caso de que el objeto social de la empresa principal coincida con el de las contrataciones o subcontratas.
- h) La comparación: si dicha actividad en empresas asimiladas se efectúa con trabajadores propios es una indicación de propia actividad.

Esta visión inicial de la «propia actividad» empezó a matizarse por la doctrina, cuando Cruz Villalón expuso una serie de principios que han dado pie a la actual interpretación más restrictiva del concepto señalando que a la hora de establecer criterios no hay que generalizar dado lo complejo del asunto. Divide las contrataciones en dos tipos, las que coadyuvan directamente en la

<sup>19</sup>. Mariucci...Il Lavoro. STS 2 de diciembre de 1987(Ar.2974).

<sup>20</sup>. Alonso Olea.- Casas Baamonde. *Derecho del Trabajo*, 13ª Ed. , pág. 94

<sup>21</sup>. Cruz Villalón, J. Descentralización.. art.cit., pág. 133-134 García Murcia, J. *Trabajo en contrataciones...*art.cit, pág. 28. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...*art.cit., pág. 242-243

elaboración final del producto o servicio ofrecido por la empresa principal, y otras que tienen un carácter más marginal o externo de la actividad central. En base a estos principios excluye de la responsabilidad solidaria:

- a) Las obras de infraestructura, construcción, reparación, y puesta en marcha de maquinaria<sup>22</sup>:
- b) Contratas o empresas de servicios, caso de las promotoras.<sup>23</sup>
- c) Actividades complementarias que no forman parte del núcleo central, pero son necesarias. Coadyuvan a la obtención del objetivo final y no forman parte del ciclo productivo.<sup>24</sup>

Para Cruz Villalón no está claro si las empresas de limpieza, seguridad, cafetería, coadyuvan o pertenecen al ciclo productivo, señalando que habrá que examinar cada sector para determinar si pertenecen a la «propia actividad», puesto que reconoce que son actividades externas al ciclo de producción de la empresa, aunque dada la fragilidad de estas empresas, quizá requieran más protección; además tradicionalmente estas actividades las ha realizado la propia empresa con su personal.<sup>25</sup>

Finalmente la doctrina ha expuesto dos puntos de vista que hacen referencia a la situación anterior más amplia con el concepto de «propia actividad» y a un criterio más restrictivo de lo que hasta ahora se había propuesto. Las teorías a las que nos referimos son la de actividades indispensables y la de actividades inherentes<sup>26</sup>.

Actividades indispensables serían aquellas tareas específicas del ciclo productivo, y todas aquellas que aunque inespecíficas, resulten necesarias en una organización de trabajo. En este caso dentro del concepto de «propia actividad» estarían incluidos todos los servicios, y actividades de las llamadas complementarias: limpieza, mantenimiento, vigilancia, etc.

Las actividades inherentes, se refiere a las contratas de actividades que se refieran exclusivamente al ciclo productivo que en circunstancias normales

---

<sup>22</sup>. STS 14 de diciembre de 1982(Ar.8011).

<sup>23</sup>. STCT 28 de julio de 1986(Ar.6911).

<sup>24</sup>. STS 2 de diciembre de 1987(Ar.9274).

<sup>25</sup>. STS 18 de enero de 1995(Ar.514).

<sup>26</sup>. Martín Valverde, A. *La protección jurídica...*art.cit., pág. 119-121. STSJ Andalucía 4 de julio de 1995(Ar.2757)

son necesarias para alcanzar los objetivos de producción. No se incluyen en este caso las actividades complementarias.

Como se ha podido ver, la doctrina ha ido moldeando el concepto de «propia actividad», hasta llegar a plantear una interpretación cada vez más restrictiva. Pero esto no ha sido suficiente para que se haya eliminado el criterio más amplio y garantista del concepto que estamos analizando.

La jurisprudencia tampoco ha clarificado con éxito, el concepto de «propia actividad»; adoptando criterios opuestos en numerosas ocasiones. En un principio los tribunales optaron por seguir el criterio más amplio de «propia actividad», en este sentido tenemos numerosos ejemplos: STCT 8 de abril de 1974, que considera «propia actividad» aquella que ayude a la finalidad productiva de la empresa principal, la STCT de 14 de mayo de 1976(Ar.2546), que señala que el contratista debe realizar los trabajos propios de su especialidad, han de ser trabajos determinados, distintos de los de la empresa comitente ya que no se pueden contratar los trabajos propios que la empresa principal pueda llevar cabo con sus trabajadores, la STCT de 27 de noviembre de 1976 que dice que la contrata debe referirse a la ejecución de determinadas obras que constituyan la actividad normal de la que se dedica la empresa principal, aunque dichas obras no correspondan con el fin productivo de la misma. La STCT de 21 de junio de 1979(Ar.4264), en la que reconoce los servicios de limpieza de locales como «propia actividad», algo que también reconoce la STCT de 25 de abril de 1986(Ar.2804). La STCT de 15 de febrero de 1989(Ar.1224) reconoce como propia actividad el transporte, la del TSJ de Madrid de 30 de enero de 1991(Ar.935) señala como «propia actividad» la carga y descarga, y la sentencia del TSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 1993(Ar.3837) que en las responsabilidades va más allá de la «propia actividad».

Durante este período hubo pocas sentencias contrarias a este criterio amplio, pero lo cierto es que hubo argumentaciones que optaron por entender que el artículo 42 no se aplicaba como en la STCT de 20 de octubre de 1983(Ar.8666) donde no consideran la limpieza como «propia actividad», la STCT de 1 de septiembre de 1986(Ar.7215), que no considera el transporte como propia actividad y la del TSJ de Galicia de 11 de octubre de 1994(Ar.3905) que no considera «propia actividad» la venta de billetes por una empresa contratada por RENFE para esa actividad.

Ha sido con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 (Ar.514), cuando los tribunales han decidido aplicar un criterio más restrictivo

de la «propia actividad». Esta sentencia dictada por el Tribunal Supremo refleja la postura que tradicionalmente han adoptado los tribunales a la hora de definir el concepto de «propia actividad», señalando que hasta ese momento se ha aplicado un concepto amplio, según la sentencia « *in extenso* », pero se decanta finalmente por adoptar un concepto más restrictivo conforme al criterio inherente de la «propia actividad»<sup>27</sup> señalando que:

*« una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto de «propia actividad» nos llevaría a no comprender la exigencia del supuesto de hecho contenido en el artículo 42 mencionado. Si se exige que las obras y servicios que se contraten o subcontraten deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es por que el legislador está pensando en una limitación razonable que excluye una interpretación favorable a cualquier tipo de actividad empresarial ».*

*«En consecuencia, la solución a la problemática apuntada, puede venir dada por el examen cuidadoso y específico de cada supuesto».*<sup>28</sup>

Después de esta sentencia no se ha producido un pronunciamiento claro sobre la «propia actividad» pero sí que ha dado pie a que varios tribunales hayan aplicado este concepto más restrictivo de la «propia actividad» como la sentencia de TSJ de Madrid de 7 de marzo de 1996(Ar.1216), del TSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1996(Ar.1860) , del TSJ de Castilla la Mancha de 10 de abril de 1997(A.L.1388) y TSJ Andalucía 17 de junio de 1998(Ar.S.3220), y últimamente la sentencia del TS de 24 de noviembre de 1998(recurso 517/1998)<sup>29</sup>, que ratifica lo expuesto en la sentencia de 18 de enero de 1995(Ar.514), aunque se han seguido dictando sentencias que mantienen los criterios más amplios de «propia actividad» como las del TSJ de Asturias de 15 de marzo de 1996(Ar.1837) , la del TSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 1996(Ar.3772) ,TSJ de Andalucía 22 mayo de 1997(Ar.S.1612), TSJ de Murcia 23 de enero de 1998(Ar.S.523), TSJ de Asturias 29 de enero de 1999.

Todo el análisis anterior viene a confirmar el panorama poco esclarecedor de la doctrina y la jurisprudencia. Desde nuestro punto de vista creemos

<sup>27</sup> Teoría ya expuesta por Martín Valverde, A. *La protección jurídica...*art.cit., pág. 119-121. STSJ Andalucía 4 de julio de 1995(Ar.2757).

<sup>28</sup> Criterio expuesto también por Cruz Villalón. Cruz Villalón, J. *Descentralización.* art.cit., pág. 130

<sup>29</sup> Ponente de la sentencia 24 de noviembre de 1998, Martínez Garrido

que es más correcto mantener un criterio amplio sobre el concepto de «propia actividad». Se está produciendo con las últimas interpretaciones una corriente que trata de favorecer la flexibilización, y que ha olvidado, en cierto modo, esas garantías que para con el trabajador debe tener el ordenamiento laboral. Un criterio más amplio está justificado no sólo para evitar fraudes y sanear el mercado de trabajo, sino por las ventajas económicas mediatas que recibe el empresario por el trabajo que realizan los empleados del contratista. Se trata de establecer con esta interpretación un papel de garante a causa del aprovechamiento implícito del empresario principal de la prestación laboral y evitar situaciones de precariedad laboral<sup>30</sup>.

Si acudimos al derecho comparado, en la legislación Italiana<sup>31</sup> se desarrolló en su artículo 1676 del Código Civil y en la Ley 1364/1960 que las empresas de limpieza y mantenimiento ordinario entraban dentro de la responsabilidad solidaria al ser parte de la «propia actividad» de la empresa. La doctrina Italiana habla del ciclo productivo normal de la empresa, definido como el complejo de operaciones normales e íntegramente necesarias para conseguir el resultado con el que se identifica la empresa, por eso la Ley Italiana distingue entre actividades normales, que sí tienen responsabilidad solidaria y actividades episódicas, instalaciones y mantenimiento, siempre que no sean continuadas, que estarán excluidas de responsabilidad.

Esto nos lleva a pensar que la intención del legislador en nuestro país, al menos inicialmente, era la de regular a la mayoría de contrata y subcontratas que se producen, y garantizar, estableciendo las responsabilidades del artículo 42, los derechos de los trabajadores. Por eso creemos que las actividades complementarias deben estar incluidas dentro del concepto de «propia actividad», por los beneficios que le generan al empresario principal, lo que debe generar también alguna responsabilidad por su parte, por la posibilidad de fraude, y además por que debe tenerse en cuenta la fragilidad de muchas de estas empresas, de modo que se debería proteger frente a insolvencias o morosidades de las contrata a sus trabajadores. Por lo tanto nos encontramos con el artículo 42 del E.T., ante un mecanismo de tutela o garantía que va más allá de la acción directa que el Código Civil reconoce a los trabajadores.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Rodríguez Piñero, M. *Propia actividad y contrata*, RL, nº 6, 1996, pág. 37-38.

<sup>31</sup> Extraído de Sala Franco, T. *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*. A.A.V.V. MTSS, 1987, pág. 218 y S.S.

<sup>32</sup> Rodríguez Piñero, M. «*El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*». Relaciones Laborales, 1996, T.I., pág. 29

#### IV. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO PRINCIPAL

Señala el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores que: « Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos *deberán comprobar* que dichos contratistas están al corriente de pago de la cuotas de Seguridad Social. Al efecto *recabarán* por escrito, con identificación de la empresa afectada, *certificación negativa por descubiertos* en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librarla inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogable».

Con la lectura de este artículo se deduce el deber del empresario principal de solicitar la certificación ante la Tesorería de la Seguridad social. Pero esto no ha sido entendido del mismo modo por una parte de la doctrina, que señala que difícilmente se puede exigir al contratista este requisito, de modo que no se trata de una obligación lo que establece el artículo 42, sino de una comprobación<sup>33</sup>, o de una facultad del empresario<sup>34</sup>, que decide si se abstiene o realiza dicha comprobación. En contra de esta interpretación se sitúa la mayoría de la doctrina<sup>35</sup>, que sí estima que la obtención de la certificación negativa de descubiertos es un deber para el empresario principal, puesto que el mandato del artículo 42 ET es claro y no hay ningún precepto que exima de ese deber al empresario. Este deber de solicitar una certificación, además de ser un medio de comprobación es un medio de implicar a la Administración.<sup>36</sup>

En la normativa anterior al artículo 42 del ET<sup>37</sup> se establecía la garantía de solicitar a la empresa auxiliar el carnet de empresa, si no se tenía ese carnet, nos encontrábamos ante una contrata ilegal. El incumplimiento al contratar con una empresa sin carnet se sancionaba vía administrativa, y el delegado del trabajo podía proponer la paralización de la obra. Existía una prohibición legal de contratar.<sup>38</sup>

<sup>33</sup>. García Murcia, J. *Trabajo en contratas...* art.cit, pág. 31-34

<sup>34</sup>. García Ninet. *Comentario al artículo 42 y 43 del ET del «Estatuto de los Trabajadores»* Madrid 1981, pag. 304

<sup>35</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...* art.cit., pág. 246. Cruz Villalón, J. *Descentralización..* art.cit., pág. 157-162

<sup>36</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...* art.cit., pág. 246

<sup>37</sup>. D 3677/1970 de 17 de diciembre

<sup>38</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas.* Fundación Confemetal. 1998, pág. 48

En el artículo 42 ET no existe esta prohibición a pesar de esto algunos autores han estimado que el deber de comprobación del artículo 42 lleva implícito otro deber que es la prohibición de celebrar contratos con empresas contratistas en situación de morosidad o insolvencia. A nuestro juicio esta prohibición carece de fundamento legal, que no hay normas que impidan tal contratación, y en el caso de que las hubiera podría considerarse que lesionan el artículo 38 de la Constitución Española, que proclama el principio de libertad de empresa<sup>39</sup> y, por tanto podría tratarse de una norma inconstitucional.<sup>40</sup> En cualquier caso, creemos que la intención del legislador es la de tratar de evitar este tipo de contrataciones con empresas insolventes o morosas, para proteger, dentro de lo posible, los derechos de los trabajadores.

La certificación que debe solicitar el empresario principal, debe ser una certificación negativa por descubiertos, pero en esta certificación no se reflejan las personas ni las cantidades por las que se cotiza, por eso es recomendable, como comprobación, solicitar, a modo de complemento, los boletines de cotización que afecten a los trabajadores de la contrata.<sup>41</sup>

Respecto al plazo para solicitar la certificación, el artículo 42, no señala nada, pero la sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de abril de 1995(A.L.1563), señala que puede solicitarse la certificación en cualquier momento, puesto que no hay norma que indique lo contrario. No podemos estar de acuerdo con esta sentencia, como ya hemos señalado la intención del legislador en este artículo 42 es la de evitar las contrataciones con empresas insolventes o morosas, además dado el extremado cuidado que hay que tener con la aplicación de este artículo, en relación a la descentralización de la producción, y los posibles fraudes que pudieran ser cometidos, como señala *la comunicación de la comisión de las comunidades europeas sobre el trabajo no declarado* de 7 de abril de 1998, la subcontratación como *trabajo clandestino* o *trabajo no declarado* es una de las formas más utilizadas en la *descentralización productiva* de modo que se priva a los trabajadores de los beneficios derivados de un contrato de trabajo formal, así como de la protección que otorga dicho contrato de trabajo, lesionando por tanto, no sólo los intereses de los propios trabajadores, sino los propios intereses de la administración, poniendo en peligro tanto la financiación como el funcionamiento de los servicios públicos y distorsionando de este modo la competencia, especialmente al micronivel, por todo

<sup>39</sup>. En este sentido la STSJ Andalucía/Málaga de 8 de marzo de 1996 sobre la libertad de subcontratación(Ar.518)

<sup>40</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit., pág. 48

<sup>41</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit. pág. 49

esto, no entiendo que se les den facilidades a las empresas infractoras para que puedan solicitar la certificación de la contrata al finalizar dicha contrata y puedan desaparecer como tales empresas, o puedan desaparecer sus responsables. Por ello en base a los intereses de los propios trabajadores y la administración a la hora de exigir responsabilidades, entendemos que la certificación debe solicitarse antes de iniciarse la contrata a fin de evitar que los empleadores infractores perjudiquen con su actuación desleal a los trabajadores, la administración y al resto de empresas que compiten dentro del marco legal establecido.

En cuanto a la certificación existen varias posibilidades: que sea positiva, negativa, que no se realice notificación por la Tesorería General de la Seguridad Social o que se solicite por el empresario dicha certificación. En caso de que sea positiva, si continúa la actividad de la contrata habrá responsabilidades solidarias. En caso de ser negativa o que no se efectúe notificación en el plazo de 30 días naturales, según el artículo 5.2 del Código Civil, no habrá responsabilidades para el empresario principal. Por último, si no se solicita la certificación habrá responsabilidad solidaria.

Algún autor<sup>42</sup> ha señalado la necesidad de solicitar una certificación cada mes mientras dure la contrata, tal y como señala la circular de la tesorería General de la Seguridad Social de 29/1/1981. Sin embargo la aplicación de esta circular nos resulta dudosa, puesto que el artículo 42 no dice nada de que haya que pedir varias certificaciones, además señala expresamente que habrá que solicitar certificación, de modo que de la lectura literal de dicho artículo entendemos que se extrae claramente la singularidad de la certificación sin que sea necesario desarrollar esta norma por una circular, ni extraer un sentido plural a esta exigencia.

Un problema que se plantea en caso de que la certificación solicitada sea positiva, es la posibilidad del empresario principal de desistir del contrato. Es evidente que si el empresario principal quiere evitar las responsabilidades del artículo 42 del ET, en caso de certificación positiva deberá desistir de la contrata, pero esto puede producirle otro tipo de perjuicios de carácter contractual contra los que no está protegido por la normativa, por lo que la doctrina<sup>43</sup> ha sugerido que para evitar reclamaciones del contratista o subcontratista al empresario principal, deberían incluirse, en caso de certificación positiva,

---

<sup>42</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit., pág. 51

<sup>43</sup>. García Murcia, J. *Trabajo en contratas...*art.cit., pág. 37-39 Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación* ..op.cit.,

cláusulas suspensivas, resolutorias y penales, en el contrato para la realización de las obras o servicios.

Para terminar señalar que no hay que esperar a la obtención de la certificación, una vez solicitada, para iniciar lo establecido en el contrato.

## V. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO PRINCIPAL

Dice el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores: «El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo».

En este artículo nos encontramos con una responsabilidad de origen legal, de modo que no intervienen las partes en su puesta en marcha<sup>44</sup>. Es una responsabilidad solidaria, y es una responsabilidad singular al no tratarse de un derecho de la empresa principal sino de una deuda la empresa auxiliar<sup>45</sup>. Como deuda solidaria, no se impide que posteriormente el empresario principal pueda repercutir contra el empresario auxiliar. La solidaridad permite en este caso que se puedan utilizar contra las reclamaciones de los acreedores todas las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación según se desprende del artículo 1148 del Código civil<sup>46</sup>. Esta es una responsabilidad en la que los empresarios no pueden pactar su exclusión, ni los trabajadores renunciar a su beneficio según el artículo 3.5 del ET.

La responsabilidad solidaria de este artículo 42 del ET sólo afecta a aquellos trabajadores que han estado trabajando en tareas de la contrata o subcontrata.

En definitiva, se producirá la responsabilidad solidaria del empresario principal cuando se trate de una contrata de una misma actividad, cuando la certificación que se ha solicitado a la Tesorería General de la Seguridad social sea positiva o no se haya solicitado, si las obligaciones son del tiempo de la contrata y sobre trabajadores de esa contrata.

<sup>44</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial*. art.cit., pág. 257

<sup>45</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización*. art.cit., pág. 137

<sup>46</sup>. García Paredes, ML. «*La subcontratación de obras y servicios*». Cuadernos de Derecho Judicial. T.XXII.1994, pág. 43.

### 1. ¿Cuáles son las obligaciones que afectan a la responsabilidad solidaria señalada en el artículo 42 ET?

El empresario principal responderá exclusivamente de aquellas obligaciones que sean de naturaleza salarial<sup>47</sup>, es decir las señaladas en los artículos 26.1 y 3 ET. Para que afecten al empresario principal estas obligaciones debe tratarse de trabajadores que hayan estado trabajando en la contrata y en caso de despido de trabajadores que en el momento del despido hubieran estado prestando servicios en dicha contrata. Sólo desde el despido surge la obligación del abono de los salarios de tramitación<sup>48</sup>. Se ha señalado por los tribunales que se impone al empresario la carga de probar, no el salario del convenio del sector correspondiente, sino la prueba de que los trabajadores de la misma categoría del demandante dentro de la empresa tienen una retribución no superior al convenio<sup>49</sup> y, en cualquier caso inferior a las acreditadas por los trabajadores que reclaman, de modo que se establece el límite del salario real como cantidad a reclamar<sup>50</sup>.

En cualquier caso el límite a la responsabilidad solidaria, como señaló el propio artículo 42 ET, será el que se hubiera dado en caso de que fuera su personal fijo y de la misma categoría y puesto, si no hay equivalencia de convenios el que tenga el trabajador de la contrata.

La jurisprudencia ha admitido dentro de la naturaleza salarial: el plus de trabajo «fuera de España»<sup>51</sup>, los atrasos derivados de la aplicación retroactiva del convenio colectivo<sup>52</sup>, la mora en el abono de diversas partidas salariales<sup>53</sup>, el plus de transporte, en caso de mejora de carácter salarial y no como compensación.<sup>54</sup>

Los salarios de tramitación habían sido admitidos, hasta ahora, dentro de la responsabilidad solidaria, señalando su naturaleza salarial<sup>55</sup>, como refleja la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994(Ar.6351) «una interpretación literal de la normativa vigente conduce a apreciar la naturaleza salarial

47. STSJ Andalucía 28 de septiembre de 1994(Ar.3388).

48. STSJ Murcia 10 de abril de 1996(Ar.2832).

49. STSJ Madrid 13 de febrero de 1992(Ar.994).

50. STSJ Cataluña 20 de septiembre de 1993(Ar.3837).

51. STSJ Madrid 10 de junio de 1991(Ar.4051)

52. STCT 10 de noviembre de 1988(Ar.7065)

53. STCT 1 junio de 1985(Ar.3669).

54. STCT 2 marzo de 1988(Ar.1953)

55. STS 9 abril 1984 (Ar.2057), STS 27 octubre 1986 (Ar.5906), STS 7 julio 1994 (Ar.6351), STSJ Andalucía 22 diciembre de 1995(Ar.4664).

de estos devengos pues el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores impone al empresario la obligación de abonar los «salarios dejados de percibir» en caso de declaración de despido nulo y el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores expresa que la obligación empresarial se contrae a una cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir en caso de despido improcedente (en los mismos términos, los artículos 110.1 y 113 de la Ley de Procedimiento Laboral)».

Pero en contra de lo establecido hasta ahora por la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1998, sala 4ª ha señalado que «El predominio de carácter indemnizatorio que la Sala ha conferido a los salarios de trámite, obliga a reconsiderar el criterio seguido por la sentencia, aportada como contradictoria<sup>56</sup>, y a rectificarlo, ya que la obligación impuesta al empresario principal que responde durante el año siguiente a la terminación de su encargo de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajadores, por el art. 42.2 ET se refiere «a las obligaciones de naturaleza salarial», y como se ha hecho ver en el fundamento precedente los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria como razonan las múltiples sentencias de esta Sala ya citadas, y por ello tanto si se concluye que constituyen un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal.» Para el Tribunal Supremo predomina el carácter indemnizatorio frente al salarial.

Por último las dietas<sup>57</sup>, los plus de transporte y distancias<sup>58</sup>, las horas extraordinarias<sup>59</sup>, las indemnizaciones por falta de preaviso<sup>60</sup>, las indemnizaciones por despido<sup>61</sup> y las percepciones extrasalariales<sup>62</sup> han quedado fuera, para la jurisprudencia, del concepto salarial del artículo 42.

## **2. El encadenamiento de responsabilidades en las contratas**

En los casos de contratas y subcontratas no siempre nos referimos a una relación entre dos sujetos, empresario principal y empresario auxiliar. En la

<sup>56</sup>. STS 7 julio 1994(Ar.6351)

<sup>57</sup>. STCT 28 noviembre 1985(Ar.6553)

<sup>58</sup>. STCT 25 marzo de 1985(Ar.2086)

<sup>59</sup>. STCT 5 abril de 1989(Ar.2596)

<sup>60</sup>. STS 27 octubre de 1986(Ar.5906)

<sup>61</sup>. STS 27 junio de 1988.(Ar.5471)

<sup>62</sup>. STCT 28 noviembre de 1985(Ar.6553), STCT 5 abril de 1989(Ar.2596).

mayoría de las ocasiones, se da lo que se ha venido a llamar una descentralización en cadena<sup>63</sup>, por la que el empresario comitente contrata a su vez a otras empresas para la realización de trabajos que afectan a la contrata en su conjunto. En estos cabe la duda de si el empresario principal debe asumir las obligaciones que hay frente a los trabajadores de las subcontratas. Ante esta duda sobre la responsabilidad se plantean tres hipótesis<sup>64</sup>:

- 1) La aceptación plena del encadenamiento de contratas, todas las empresas responden solidariamente. Responsabilidad ascendente<sup>65</sup>.
- 2) Encadenamiento parcial. La principal responde de todas las auxiliares, pero no se aplica la responsabilidad solidaria a las empresas intermedias de la cadena descentralizadora.
- 3) No hay encadenamiento. Sólo responde la auxiliar. Responsabilidad bipolar.

Para una parte de la doctrina, la tercera de las hipótesis es la más adecuada a la hora de aplicar las responsabilidades del artículo 42 ET, puesto que la responsabilidad impuesta a cada empresario lo es respecto a los trabajadores de la empresa con la que él contrata, lo que no deja de tener su lógica desde el momento que él no puede controlar la celebración de las sucesivas subcontratas, por cuanto no es él quien celebra posteriores negocios jurídicos<sup>66</sup>. Otro punto que se ha destacado es que la responsabilidad encadenada ascendente carece de apoyatura legal, ya que el precepto del artículo 42 no lo establece claramente<sup>67</sup>.

Pero como viene siendo habitual en todo aquello relacionado con el artículo 42, otra parte la doctrina ha expresado su disconformidad con la teoría bipolar, y ha mantenido que la teoría ascendente, por la que todos son responsables, es la más adecuada<sup>68</sup>, aunque si bien es cierto apenas se han expuesto argumentos a su favor. Ha sido con la sentencia del TSJ de Murcia de 26 de

---

<sup>63</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización*.. art.cit., pág. 123

<sup>64</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización*.. art.cit., pág. 124

<sup>65</sup>. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial*.. art.cit., pág. 264

<sup>66</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización*.. art.cit., pág. 125

<sup>67</sup>. Rodríguez Piñero, M. *Cadena de contratas*...art.cit., pág. 50

<sup>68</sup>. García Murcia, J. *Trabajo en contratas*...art.cit., pág. 42-43. Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial*.. art.cit., pág. 264. Alonso Olea, M. – Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 13ª ed. STCT 29 noviembre 1973(Ar.4878), STS 7 julio 1994(Ar.6351), STSJ Andalucía 11 octubre 1995(A.L.577/96), STSJ Murcia 24 octubre 1996(Ar.4602)

octubre de 1996(Ar.4602)cuando se han expuesto una serie de argumentos, a nuestro juicio muy acertados, en los que se determinan las razones por las que se adopta la teoría de la responsabilidad ascendente:

- Que las empresas contratistas y subcontratistas, por sus dimensiones y menor consistencia patrimonial, presentan riesgos de mayor debilidad económica.
- Que la empresa principal asume unos beneficios económicos y por tanto debe asumir unos riesgos vinculados al proceso productivo.

De esta manera se establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en el caso de la cadena de contratas, puesto que aunque no tenga que ver con su contratación sí que obtiene los beneficios que se derivan del trabajo de los empleados de las contratas o subcontratas. Al formar parte de su propia actividad, de modo que participan en el ciclo productivo de la empresa principal, se establece desde mi punto de vista un deber de vigilancia y responsabilidad por parte del empresario principal, que determinan dicha responsabilidad solidaria, además de configurarse como una garantía para los trabajadores dada la tradicional debilidad de las empresas contratadas o subcontratadas.

## VI. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El empresario responde de todos los descubiertos derivados del incumplimiento de las empresas auxiliares, en materia de cotización de los trabajadores destinados a la contrata, la responsabilidad se extiende a la cuota, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, FOGASA y desempleo<sup>69</sup>.

### 1. Respecto a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social

Las mejoras voluntarias establecidas en el artículo 39.1 de la ley General de Seguridad Social entendidas dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal, han sido uno de los puntos discrepantes, tanto para la doctrina, como para la jurisprudencia. Dicho artículo dice que «La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente Ley, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que

---

<sup>69</sup>. STS 7 diciembre de 1988(Ar.9340).

se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales.»<sup>70</sup>. Se pueden considerar por tanto como mejoras voluntarias las prestaciones convenidas a favor de los trabajadores en forma de rentas o las contingencias de jubilación, gran invalidez, viudedad, etc. Las mejoras voluntarias se consideran como parte de la Seguridad Social complementaria que son técnicas de protección social basadas en la voluntariedad del incremento o adición a las prestaciones básicas que imperativamente han de mantener los poderes públicos, cuyo amplio campo de aplicación posibilita el inciso final del artículo 41 CE al decir que «la asistencia y prestación complementaria serán libres.»<sup>71</sup> La doctrina mayoritaria<sup>72</sup> ha admitido las mejoras voluntarias como parte de esa responsabilidad, puesto que se trata de obligaciones complementarias *referidas* a la Seguridad Social. Algún autor<sup>73</sup> al no señalar nada al respecto la Tesorería General de la Seguridad social, entiende que no tiene por qué admitirse. Las sentencias dictadas en esta materia han sido contradictorias, por un lado no se ha admitido dicha responsabilidad<sup>74</sup>, destacando las sentencia del TSJ de Andalucía de 23 de febrero de 1995(Ar.752) que considera a la mejora como una indemnización, , y la sentencia del TSJ de Cantabria de 6 de junio de 1994(Ar.2434), en la que destaca el carácter no salarial de las mejoras:

<sup>70</sup>. El artículo 39 LGSS, se completa con los artículos 191 LGSS:« 1. Las mejoras voluntarias de la acción protectora de este Régimen General podrán efectuarse a través de: a) Mejora directa de las prestaciones. b) Establecimiento de tipos de cotización adicionales.

2. La concesión de mejoras voluntarias por las empresas deberá ajustarse a lo establecido en esta sección y en las normas dictadas para su aplicación y desarrollo.» y 192 LGSS :« Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Por excepción, y previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición.

No obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento.»

<sup>71</sup>. Yanini Baeza, J. *Derecho de la Seguridad Social*, De la Villa, L. E. y otros autores. Tirant lo Blanch. 1997, pag 746

<sup>72</sup>. Cruz Villalón, J. *Descentralización..* art.cit., pág. 142. Moreneo Pérez, JL. *La responsabilidad en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. Ibidem, Madrid. 1993

<sup>73</sup>. Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación ..op.cit.*

<sup>74</sup>. STS 2 julio 1983 (Ar.3704), STS 15 diciembre 1986(Ar.7385), STS 2 febrero 1987 (Ar.753)

*«El denominado «complemento de desempleo» se trata de una compensación de naturaleza indemnizatoria que únicamente nacería en el momento en que la prevista suspensión de la relación laboral se produjera. La naturaleza como concepto no salarial de la indemnización en los casos de suspensión de los contratos laborales resulta tanto del art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores como del art. 3 del Decreto de Ordenación del Salario 2380/1973, de 17 agosto. En consecuencia, no puede entenderse incluido dentro de la responsabilidad solidaria contemplada en el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, ya que se extiende únicamente a las obligaciones de carácter salarial».*

Otra sentencia que ha entendido que no debe extenderse la responsabilidad solidaria a las mejoras voluntarias ha sido la del TS de 19 de mayo de 1998(Ar.S.4730) afirmando que *«el precepto esta enumerando obligaciones referidas a la Seguridad Social, entendida como Ente gestor de prestaciones, y que únicamente pueden referirse a esas cuotas o a prestaciones anticipadas por la Seguridad Social, - y ello se admite aquí a efectos dialécticos -, prestaciones nacidas precisamente de estos descubiertos, pues el precepto en esta materia de Seguridad Social, que como veremos son subsidiarias cuando se trata de las prestaciones del sistema».* También señala la sentencia que *«si en materia de prestaciones obligatorias de la Seguridad Social la regulación específica parte del principio de subsidiariedad, no puede admitirse el de solidaridad que se pretende».* La sentencia se refiere en este segundo inciso al artículo 127 de la LGSS, artículo que sin ninguna duda se aplica para aquellas contratas y subcontratas que no pertenezcan a la misma actividad, no así cuando la actividad de estas sea la misma. Por tanto no hay que generalizar esta subsidiariedad a la materia de prestaciones de Seguridad Social, siendo la solidaridad referida en el artículo 42 ET la regla general en cuanto a responsabilidades en materia de contratas y subcontratas y sólo cuando falte esta solidaridad será cuando se aplique el criterio de subsidiariedad expuesto en el artículo 127 LGSS.

Por otro lado hay sentencias en las que sí se ha admitido la responsabilidad solidaria<sup>75</sup> al entender que se trata de mejoras referidas a la Seguridad Social, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1997 (Ar.753) que señala:

*«El carácter de mejora voluntaria de la Seguridad Social que tiene la indemnización exigible según el artículo 42 del Convenio Colectivo, además*

---

<sup>75</sup>. STS 2 febrero 1987(Ar.753), STSJ Aragón 2 noviembre 1989(A.L.144/90).

*de indiscutido e indiscutible, a tenor de lo reiteradamente declarado por esta Sala. Por tanto, a la heredad demandada, que contrató con el empleado del obrero accidentado la realización de obras correspondientes a su propia actividad, alcanza la responsabilidad atribuida a dicho empleador de la que ha de responder solidariamente con aquél, a tenor del artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores y de los restantes que invoca la recurrente, con la excepción ya apuntada».*

En nuestra opinión las mejoras voluntarias deben estar incluidas dentro de la responsabilidad solidaria del empresario principal, al tratarse de obligaciones referidas a la Seguridad Social estimamos por tanto, que considerarla como concepto salarial no es relevante en esta materia. Tampoco consideramos que se trate de una indemnización, como señaló la sentencia del TSJ de Andalucía de 23 de febrero de 1995(Ar.752). Consideramos, desde nuestro punto de vista las mejoras voluntarias como un complemento cuya función es la de mejorar una prestación, no resarcir un daño, perjuicio, ni compensar el daño producido objeto de la prestación de Seguridad Social, sino que estamos ante una simple mejora de una prestación de la Seguridad Social, por lo que debe estar incluida dentro de los conceptos referidos a la Seguridad Social.

## **2. La responsabilidad de los artículos 104 y 127.1 de la Ley General de Seguridad Social**

Estos artículos establecen una responsabilidad subsidiaria, y afectan a aquellos casos que queden fuera del supuesto de propia actividad, y en aquellos casos en que haya pasado el plazo de un año para la solidaridad, y son responsabilidades derivadas de incumplimientos producidos durante la vigencia de la contrata.

El artículo 104 LGSS dice:« 1. El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotización e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad. Asimismo, responderán, en su caso, del cumplimiento de esta obligación las personas señaladas en los apartados 1 y 2 del artículo 127.», y el artículo 127 LGSS:« Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el

propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.»

La responsabilidad subsidiaria que se refleja en este apartado no alcanza a las sanciones pecuniarias impuestas al deudor principal, salvo cuando aquélla resulte de la participación del responsable en una infracción de normas de seguridad Social.<sup>76</sup>

Las obligaciones nacen cuando se declare responsable al empresario principal de todo o parte de las deudas y siempre que se haya declarado la insolvencia del empresario auxiliar.

## VII. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES

Según la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) de 31/1995 de 8 de noviembre ( además del Convenio número 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores), se ha señalado que los trabajos han de realizarse bajo el control y la inspección de la empresa principal, por lo que no se debe excluir por sistema, de responsabilidad, a la empresa principal. La responsabilidad solidaria se matiza de modo que ha de ser entendida vinculándola con la idea de empresario infractor<sup>77</sup>. La justificación a esta responsabilidad se puede encontrar en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>78</sup>, al señalar que: «Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores». La existencia de responsabilidad ha de ir unida a una conducta negligente o inadecuada de aquel, o de la falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas de riesgo

<sup>76</sup> Art. 12.1 RD 1426/1997 de 15 de septiembre. Reglamento de Recaudación y Recursos del Sistema de Seguridad Social.

<sup>77</sup> En este sentido la sentencia TS 18 abril de 1992(Ar.4849)

<sup>78</sup> Cesar Tolosa Triviño. *La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas*. Relaciones Laborales Nº 13. 1998, pág. 25.

que sean imputables de alguna manera al empresario principal. En este sentido la sentencia del TSJ de Cantabria de 9 de septiembre de 1997 (Sala de lo Contencioso – Administrativo) dice:

« De la referida doctrina constitucional se puede extraer la conclusión de que la responsabilidad solidaria establecida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, debe verse modulada por el principio de culpabilidad, es decir, se hace necesaria la existencia de una conducta del empresario que suponga una intervención de los hechos que justifique su imputación, aun a título de dolo o culpa leve.»

La empresa principal responde solidariamente siempre que la infracción se haya cometido en su centro de trabajo tal como señala la Directiva del Consejo 89/391 en su artículo 6.4 que establece « cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de disposiciones relativas a seguridad e higiene así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dicho riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o sus representantes» y, el artículo 17 del Convenio núm. 155 de la OIT, que afirma que «cuando dos o más empresas desarrollen simultáneamente en el mismo lugar de trabajo», están sometidas a un deber de colaboración entre ellas en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene, preceptos que tienen su reflejo en el artículo 24.1 LPRL: «Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.»

En caso de que los contratistas no presten servicios en el mismo centro de trabajo, habrá responsabilidad solidaria, siempre que los trabajadores deban operar con maquinaria, productos, útiles o equipos proporcionados por la empresa principal, así lo señala el artículo 24.4 LPRL: «Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.»

Es el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el que centra la materia respecto a las contratas y subcontratas, dicho artículo se titula: *coordinación de actividades empresariales*, que como ya hemos señalado son un reflejo de la Directiva del Consejo 89/ 391 y del convenio 155 de la O.I.T., este artículo en primer lugar establece un deber de colaboración, como se pone de manifiesto en su apartado primero, cuando realicen actividades varios empresarios en un mismo centro de trabajo.

El empresario está obligado a la cooperación con los demás y a informar a los demás empresarios que desarrollen su actividad en el mismo centro sobre los riesgos de este y medidas de prevención, protección y emergencia adoptadas frente a los mismos, esta obligación es extensible a todos los empresarios que tengan su actividad en el centro de trabajo, no siendo necesario, por tanto, que estos sean empleadores. El empresario titular del recinto donde se desarrollan los trabajos debe informar de los riesgos existentes, es una obligación interempresarial<sup>79</sup>. El artículo 24.2 señala a este respecto: «El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.»

Otro deber establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales es el deber de vigilancia, artículo 24.3, que dice: « Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.» El deber de vigilancia atiende a la propia actividad de contratas y subcontratas, cuyo concepto se ha tratado anteriormente.

Para terminar con el análisis del artículo 24 LPRL, hay que señalar el deber de información a los trabajadores establecido en su apartado quinto: «Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo.»

---

<sup>79</sup>. García Piqueras, M. *Régimen ....op cit.* , Pág. 63

Un problema añadido al análisis de este artículo 24 LPRL, es determinar que se considera por centro de trabajo. El artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores dice: « A efectos de esta Ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral». Otra definición de centro de trabajo la encontramos en la Ley 9/89 de 12 de junio sobre órganos de representación que señala en su disposición adicional quinta que: « A efectos de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de esta Ley, en adecuación a las actividades y organización específica de la Administración Pública, en las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo.» Por último en el Real Decreto 486/1997 de 14 de abril, en el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo dice en el artículo 2: « 1. A efectos del presente Real Decreto se entenderá por lugares de trabajo las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que pueden acceder en razón de su trabajo.

Se consideran incluidos en esta definición, los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores.

## **2. Las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo se consideraran como parte integrante de los mismos.»**

No debemos confundir, por tanto lugar de trabajo con centro de trabajo, el centro de trabajo es una unidad productiva del empleador ( con la excepción del trabajo a domicilio).

En cuanto a las responsabilidades administrativas por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley 31/1995 , en su artículo 24, habrán de determinarse en relación al deber infringido, así la infracción del artículo 24.1 respecto de las labores de coordinación será de aplicación el artículo 47.13 LPRL, que señala como infracción grave:« No adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales.» En cuanto al artículo 24.2, sobre el deber de información, le será de aplicación el artículo 47.14, que tipifica como infracción grave:« No informar el promotor o el empresario titular del Centro de trabajo a aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo sobre los

riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.»Respecto del deber de vigilancia, nada se dice específicamente en la Ley de Prevención de riesgos Laborales, siendo de aplicación en este caso el artículo 42.2 , que tiene como antecedente el artículo 153 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo y que dice: « La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de esta Ley del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.»

Por último se ha admitido la compatibilidad de responsabilidades administrativas, con indemnizaciones por daños y perjuicios y con el recargo de las prestaciones económicas.

### **1. El recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo**

El artículo 123.1 del Real Decreto legislativo 1/1994 en el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social dice:« Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.»

Se plantea con este artículo la cuestión de si es posible la exigencia de responsabilidad respecto de las empresas contratistas o subcontratistas.

Hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992 (Ar.4849) no se admitía por parte de los Tribunales, la responsabilidad de la empresa principal, sólo se consideraba responsable la empresa empleadora del trabajador. De modo que se ignoraba la aplicación del artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, y del artículo 17 del convenio 155 de la OIT, nos ilustra en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo 1990 (Ar.3744, Sala Contencioso- Administrativa) que señala: « el mencio-

nado artículo 153 como encuadrado en una simple orden carezca de rango legal para servir de cobertura a la sanción, sino que dicho precepto está derogado por la nueva normativa, como incompatible con ella al no extenderse la responsabilidad solidaria más que a los supuestos que menciona el citado artículo 42, quedando excluido el supuesto de autos y por ende inaplicable al caso ».

La sentencia de 18 de abril de 1992 (Ar.4849) nos dice:

Primero. Que el artículo 42.2 se refiere a obligaciones de la Seguridad Social y el recargo de las prestaciones entra dentro de esta obligación. Que se da como consecuencia de que la contrata o subcontrata sea de la misma actividad.

Segundo. Que la responsabilidad hay que vincularla con la idea de empresario infractor, así lo recoge el artículo 93 (Hoy 123 de la LGSS). La conducta del empresario debe ser inadecuada o negligente. Debe existir acción u omisión por parte del empresario principal.

Tercero. Se señala además que el artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, (hoy derogada), establece una responsabilidad solidaria, aunque limitada al centro de trabajo.

Cuarto. Señala de modo orientativo en artículo 17 del convenio 155 de la OIT (que actualmente tiene su reflejo en el artículo 24 LPRL)

Como señala esta sentencia « Lo que no parece correcto es excluir, por sistema y, en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal, como hacen las sentencias de contraste antes referidas, pues esta simplista solución en primer lugar prescinde de la realidad en la que siempre es posible que la causa del siniestro se encuentre en la conducta negligente o culposa de ese empresario principal, y la sustituye por unas reglas objetivas y rígidas, y en segundo lugar no se compagina con las distintas normas legales en que se declara y proclama la responsabilidad de éste.»

La responsabilidad por el recargo cae directamente sobre el empresario infractor y no puede ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla, así lo señala el artículo 123.2 LGSS.

En definitiva la responsabilidad en el caso del recargo de prestaciones para las contingencias profesionales se extenderá al empresario principal cuando la

infracción se produzca dentro del ámbito de la empresa, durante el tiempo de vigencia de la contrata y el empresario principal haya participado en la infracción, responsabilidad que será de carácter solidario. Al menos así se refleja tras el estudio de los preceptos citados, el artículo 42 ET, el artículo 123 de la LGSS, los artículos 24 y 42 de la L. 31/1995 y la sentencia de 18 de abril de 1992.

Esta tesis establecida con la sentencia de 18 de abril de 1992 es la que se mantiene actualmente tal y como se ha recogido en otras sentencias posteriores.<sup>80</sup>

### VIII. ¿CUÁNDO NO HAY RESPONSABILIDAD? Y ¿CUAL ES EL PLAZO PARA RECLAMAR?

El artículo 42 señala que « No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de su actividad empresarial».

#### 1. Respecto al plazo para reclamar

El plazo para reclamar es de un año desde la terminación de la contrata. Para un sector de la doctrina se trata de un plazo de caducidad, y además en algunas sentencias se determinado también dicho plazo<sup>81</sup>, pero para la mayoría de la doctrina<sup>82</sup> se trata de una plazo de prescripción en base al artículo 59 del ET, aunque este no sea aplicable a la materia de seguridad social, afectando exclusivamente a las obligaciones salariales<sup>83</sup>.

---

<sup>80.</sup> TSJ Navarra 10 mayo 1996(Ar.1488), TSJ Cataluña 10 abril 1996(Ar.1425), TSJ País Vasco 16 enero 1996(Ar.200), TSJ Asturias 29 enero 1999.

<sup>81.</sup> García Murcia, J. *Trabajo en contrata...*art.cit. pág. 50 Martín Valverde, A. *Responsabilidad empresarial...*art.cit. , pág. 266. STS 23 noviembre 1987(Ar.8230), STCT 14 junio 1989.

<sup>82.</sup> Alonso Olea, M. – Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 13ª ed. Cruz Villalón, J. *Descentralización.....*art.cit. Martínez Garrido,LR. *Tratamiento laboral de la contratación ..op.cit.*, pág 65.

<sup>83.</sup> Martínez Garrido, LR. *Tratamiento laboral de la contratación*, op. cit. pág. 65.

## IX. CONCLUSIONES

Después del análisis expuesto, en el cual hemos pretendido aclarar a nuestro juicio una interpretación compleja y discutida, lo único que ha hecho coincidir plenamente a la doctrina, es la dificultad en la interpretación del artículo 42 del estatuto de los Trabajadores. La mayor aproximación para establecer algo de luz en el entramado interpretativo del artículo 42, la ha realizado la sentencia del Tribunal supremo de 18 de enero de 1995, sin embargo, el Tribunal Supremo, optó por una solución parcial del problema, evitando pronunciarse de un modo más clarificador, y abriendo exclusivamente una puerta hacia una interpretación más restrictiva del concepto de «propia actividad».

Desde nuestro punto de vista, y ante una materia tan compleja, y que afecta de manera tan directa a los intereses y derechos de los trabajadores, debería ser el legislador y no los tribunales el que se pronunciara en este tema, y solucionara con claridad todos los puntos oscuros que hemos delimitado en nuestro análisis.

Durante todos estos años hemos visto como la interpretación de la doctrina y jurisprudencia, ha pasado de analizar el artículo 42 como una garantía para preservar los derechos de los trabajadores, a analizar dicho artículo como una puerta para la flexibilización laboral. El legislador en todos estos años no ha mostrado sus preferencias ni cuando se trataba de contener las ansias descentralizadoras de las empresas ni ahora, con una actitud más permisiva. Esto nos lleva a pensar que el legislador en realidad no está interesado en realizar modificación alguna en dicho artículo. Su ambigüedad en casos como el de «propia actividad» da pie a que se haga una interpretación más o menos flexibilizadora según el momento económico, político y social.

La tendencia actual de los tribunales españoles es clara, de modo que se han dejado de lado algunos criterios morales, destinados a proteger y salvaguardar los derechos de los trabajadores, y se han reducido los criterios adoptados para estimar la responsabilidad solidaria del empresario principal. Para los tribunales algo ha cambiado en el panorama laboral, ya que para ellos no es necesario mantener ese celo protector, ante las contratas y subcontratas, que se ha desarrollado hasta estos últimos años por la jurisprudencia. Como ejemplo las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1998 y 24 de noviembre de 1998. En la primera se ha eliminado de los supuestos de responsabilidad los salarios de tramitación, en contra de la tesis mantenida por todas las sentencias del mismo Tribunal desde la aparición del artículo 42 del

Estatuto de los Trabajadores. En la segunda sentencia se ha dado un gran paso para determinar como fundamental la teoría inherente de la «propia actividad», estableciendo, por tanto, una interpretación más restrictiva de los supuestos de responsabilidad solidaria.

A nuestro juicio se ha olvidado que el trabajador es la parte más perjudicada, por lo que debería establecerse una protección más amplia, protección que el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores no impide, pues en su interpretación, analizada en este trabajo, se pueden establecer sin ninguna duda, esas garantías.

No parece que sea la intención del legislador la de regular unos supuestos concretos de contratas y subcontratas. Creemos que la intención original era la de garantizar una serie de derechos a aquellos trabajadores, encuadrados dentro de las contratas y subcontratas, dada la tradicional debilidad económica de dichas empresas, y abarcar, con el concepto de propia actividad, a casi todas las contratas y subcontratas, estableciendo una responsabilidad solidaria a favor del empresario principal como beneficiario directo del trabajo realizado por los empleados de la contrata. Además como ya hemos señalado en este estudio la subcontratación es una de las formas de trabajo clandestino, por la que algunos empleadores deciden flexibilizar de un modo ilegal su productividad, sobre todo en materia de protección social para los trabajadores que forman parte de sus plantillas, de modo que puedan competir de manera más ventajosa dentro de los mercados de manera más competitiva, perjudicando por tanto al resto de empresas que se ven obligadas a competir en inferioridad de condiciones, y por otro lado perjudicando a la propia administración. Por todo esto, cualquier interpretación que deba darse a este artículo 42 del Estatuto de los trabajadores, debe estar encaminada a proteger y garantizar de la mejor manera posible los derechos de los trabajadores y así evitar unas consecuencias que como hemos expuesto no sólo afectan a estos.

## X. BIBLIOGRAFIA

- A.OLEA – E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Univ. Complutense 13ª Ed.  
CRUZ VILLALON, J, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, 1992, nº 2  
DE LA VILLA GIL, L.E. Y OTROS, *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1997.  
FERNANDEZ MARCOS, L. “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, 1992, nº 1

- GARCIA MURCIA, J, "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de política social*, nº 130, año: 1981.
- GARCIA PAREDES, M.L., "La subcontratación de obras y servicios. Cuadernos de Derecho Judicial", 1994, T XXII (C.G.P.J.) y *Actualidad Laboral*, nº 40
- GARCIA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, 1998.
- MARTINEZ GARRIDO, L.R, *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas, problemas y soluciones*, Fundación Confemetal, 1998.
- MARTIN VALVERDE, A.:
- Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios. Comentarios a las leyes laborales. 1982, T. VIII.
  - "La protección jurídica del trabajo en contratas, delimitación de los supuestos de hecho", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, T XXII (C.G.P.J.).
- MONEREO PEREZ, J.L. *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ibidem. 1993
- RODRIGUEZ- PIÑERO BRAVO-FERRER, M.
- "La regulación protectora del Trabajo en contratas", *Revista de Política Social*, 1972, nº 93
  - "El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores", *Relaciones Laborales*, 1996, T. I
  - "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, 1996, nº 6
  - "Cadena de contratas y responsabilidad del empresario principal", *Relaciones Laborales*, 1996, nº 7
- SALA FRANCO, T. *Las contratas y subcontratas de obras y servicios. El ordenamiento laboral español y los límites de la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, MTSS, 1987.
- TOLOSA TRIVIÑO, C., "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, 1998, nº 13.

## LOS INSTRUMENTOS DE DEFENSA COMERCIAL DE LA CE TRAS LA RONDA URUGUAY Y DEL GATT\*

PEDRO M. LORENTI (H) \*\*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.- II. REGLAMENTO N° 384/96/CE SOBRE DUMPING.- Iniciación de investigaciones.- 1. Elusión.- 2. Plazo de vigencia de las medidas provisionales.- III. REGLAMENTO N° 2026/97 CE SOBRE DEFENSA CONTRA LAS IMPORTACIONES SUBVENCIONADAS.- 1. Concepto de importaciones subvencionadas.- 1.1. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del GATT.- 1.2 El Reglamento 2026/97/CE.- 1.3. Posible interpretación de las diferentes clasificaciones.- 1.3.1.El Acuerdo.- 1.3.2. El Reglamento.- 1.3.3. Valoración de la norma comunitaria.- 2. Iniciación de investigaciones.- 3. Elusión.- IV. REGLAMENTO N° 3285/94/CE APLICABLE A LAS IMPORTACIONES (MEDIDAS DE SALVAGUARDIA).- 1. Condiciones.- 1.1. Requisitos básicos.- 1.2. El requisito del "interés comunitario".- 2. Medidas de vigilancia.- 3. Los contingentes cuantitativos.- 3.1. Régimen existente en forma previa.- 3.2. Régimen del Reglamento CE 3285/94.- V. REGLAMENTO N° 3286/94/CE DE PROCEDIMIENTOS COMUNITARIOS EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN ("Trade Barriers Regulation").- 1. Sometimiento a normas internacionales.- 2. Ambito de actuación de particulares.- 3. Garantías procedimentales previas a la adopción de medidas.- 4. Valoración del Reglamento en análisis.- VI. CONCLUSIONES.- 1. Violación del GATT.- 2. Violación del Derecho Comunitario.

---

\*. El presente trabajo, ha sido efectuado en el marco del curso de doctorado "La OMC y la Unión Europea", de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Agradezco al profesor D. Carlos Espósito Massicci sus sugerencias y comentarios a versiones anteriores de este trabajo.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina); Master en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Argentina); Master en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad Autónoma de Madrid; Master en Administración Pública (MC/MPA, Edward S. Mason program), J.F. Kennedy School of Government, Harvard University; doctorando en el Programa de Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), en su artículo 133 -principalmente-, encomienda a las instituciones comunitarias la realización de una "Política Comercial Común" (en adelante PCC). La norma citada, no obstante, no define el contenido de dicha política, limitándose a enunciar las medidas que la constituyen. Tal enunciación, ha sido reiteradamente interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) quien señaló su carácter no exclusivo y, por ende, la posibilidad de su extensión a otros supuestos no contemplados<sup>1</sup>. En base a lo expuesto, la doctrina ha intentado definir el concepto de PCC, como paso necesario para la ulterior determinación de cuáles serían tales contenidos. En tal sentido, Ehlermann considera que integran la PCC aquellas medidas que regulan abierta y específicamente el comercio de la CE con terceros países -a menos que el TCE disponga expresamente otra cosa a su respecto-, como también toda otra medida que, sin ser de la especie indicada, tenga como propósito dominante el influir en el volumen del flujo del referido comercio<sup>2</sup>.

El art. 133.1 TCE incluye dentro de la PCC a las medidas de protección del comercio, refiriéndose expresamente a los casos de dumping e importaciones subvencionadas. En ejercicio de esta competencia normativa, la CE ha procedido a dictar diversas disposiciones tendentes a evitar y contrarrestar los efectos de tales prácticas, lesivos para la actividad económica de los Estados miembros. Ello no sólo se ha hecho en los dos supuestos previstos en dicha norma del Tratado, sino asimismo en otros más que, a la luz de la concepción extensiva que hemos referido, también integran el ámbito de la PCC.

En la actualidad, este sector de la política comunitaria ha recibido el impacto provocado por la conclusión de la Ronda Uruguay de negociaciones del GATT de 1994, en las cuales ha intervenido la CE y cuya consecuencia más relevante -bien que no única- ha sido el establecimiento de la Organiza-

---

<sup>1</sup>. Primeramente, afirmó que los alcances de la misma no debían ser menores que los que habitualmente poseían las políticas comerciales de los Estado miembros, haciendo especial hincapié en que las medidas de instrumentación respectivas podían ser tanto externas como internas (Dictamen 1/75). Posteriormente, el Tribunal también sostuvo que las medidas enunciadas en el art. 113 transcripto no debían considerarse excluyentes, con lo cual se estableció la interpretación extensiva de los contenidos de la PCC (Dictamen 1/78).

<sup>2</sup>. Eugene Creally, "Judicial Review of Anti-dumping and other Safeguard Measures in the European Community", *Current EC Legal Developments Series*, Butterworths, Hampshire (U.K.), 1992, pág. 5.

ción Mundial de Comercio (en adelante OMC), como órgano multilateral destinado a impulsar la liberalización del comercio internacional y en cuyo seno deberán resolverse las futuras controversias entre los Estados firmantes de los Tratados respectivos<sup>3</sup>. Dado que los Acuerdos suscritos en dicha oportunidad incluyen previsiones relacionadas con instrumentos de defensa comercial, la normativa hasta entonces vigente debió modificarse para incorporar tales disposiciones.<sup>4</sup>

La adaptación de las regulaciones comunitarias a lo establecido en los Acuerdos OMC ha distado mucho de ser pacífica. Frecuentemente se ha acusado a la PCC de perseguir objetivos proteccionistas que chocarían con la liberalización del comercio promovida en la referida esfera internacional. Este problema se hace más agudo aún cuando se trata de los instrumentos de defensa comercial, dado que, además de cumplir con su finalidad debida, pueden también utilizarse para erigir escollos insalvables a las importaciones legítimas de terceros países.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Con fecha 22 de Diciembre de 1994, el Consejo sancionó la Decisión 94/800/CE, mediante la cual se aprobaron "... en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a la parte correspondiente a las competencias de la misma, los acuerdos y actos multilaterales siguientes: ... - el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, al igual que los acuerdos que figuran en los Anexos 1, 2 y 3 de dicho Acuerdo; ... - las decisiones y declaraciones ministeriales, así como el Memorandum de acuerdo sobre los compromisos relativos a los servicios financieros, que figuran en el Acta final de la Ronda Uruguay" -Art. 1.1.-.

<sup>4</sup> Así, la Comisión remitió su propuesta al Consejo con fecha 5 de octubre de 1994. Luego de diversos análisis y discusiones acerca de la conveniencia de emitir todas las medidas en un solo acto o bien sancionar distintas normas, con los ineludibles cuestionamientos y análisis sobre la base jurídica pertinente en cada supuesto, así como también de la intervención meramente consultiva del Parlamento Europeo -salvo en un caso que se instó el procedimiento de codecisión del art. 189 B TCE-, el Consejo finalmente adoptó los Reglamentos respectivos en la misma fecha de la Decisión 800/94/CE, esto es el día 22.12.94. Para una descripción del proceso someramente narrado, ver Pter L. H. Van den Bosche, "The European Community and the Uruguay Round Agreements", en la obra *Implementing the Uruguay Round*, ed. John H. Jackson - Alan O. Sykes, New York, Clarendon Press, 1997, págs. 86/92.

<sup>5</sup> Van den Bosche, "The European Community...", op. cit. (nota 4), págs. 90/91, se hace referencia a las críticas que varios estados miembros efectuaron a las propuestas de la Comisión, ya que en algunos casos se temía que terceros países las vieran como una intención de la CE de no cumplir con los resultados de la Ronda Uruguay -el caso del Reglamento 3286/94- y en otros, existían divergencias sobre conceptos y criterios de naturaleza técnica en torno a las normas entonces en proyecto. En cuanto al uso de tales instrumentos, el mismo ha sido objetado por Kees jan Kuilwijk ("The European Court of Justice and the GATT dilemma: public interest versus individual rights?", Beuningen: Nexed Editions - Center for Critical European Studies, 1996, Cap. VIII, punto F), que serán citadas nuevamente *infra*.

El presente trabajo analizará, entonces, la compatibilidad de ciertos instrumentos de defensa comercial, con los respectivos Acuerdos OMC. Hemos seleccionado cuatro de tales instrumentos para su estudio: los relativos al dumping<sup>6</sup>, las importaciones subvencionadas<sup>7</sup>, las medidas de salvaguardia<sup>8</sup> y las medidas para proteger las exportaciones comunitarias (“trade barriers regulation”)<sup>9</sup>. Estos cuatro poseen una nota común, como es su finalidad de

<sup>6</sup> Una aproximación al concepto de dumping la brinda Clive Stanbrook, en su obra *Dumping. A Manual on the EEC Anti-Dumping Law and Procedure*, European Business Publications, Chequers (UK), 1980, págs. 3/4: “The term ‘dumping’ is used to describe the circumstances in which an exporter exports at a lower price than when selling the product on his domestic market. This normally occurs only when the exporter has some form of protection, whether by duties, by patents, or by market dominance in the home market. A product which is dumped will probably be cheap. Not all cheap imports are dumped.” Si bien la figura del dumping existe en prácticamente todas las legislaciones, incluso en el Art. VI del GATT, actualmente se discute hasta su misma existencia como ilícito comercial: “However, a number of economists argue that the perception of dumping as unfair is mistaken, and that though anti-dumping laws may have been justified in the past, the progressive abolition of tariffs, combined with though anti-trust enforcement, has rendered these laws largely unnecessary. Some scholars even go so far as to submit that there is no economic justification for these measures according to free trade principles, and that they merely amount to instruments of protectionism.” (Ivo Van Bael - Jean François Bellis, “Anti-Dumping and Other Trade Protection Laws of the EEC”, *Cch Ed. Ltd.*, 1990, pág. 30).

<sup>7</sup> Los subsidios ilegítimos a las importaciones han sido definidos como “... government payments and other extraordinary economic benefits, generically referred to as ‘subsidies’, granted to foreign producers or exporters which distort competition in international trade. ... these subsidies, per se, do not have a pernicious effect upon trade. They may have, however, a devastating impact in the world market if applied in a manner which unfairly benefits companies producing or distributing merchandise for sale overseas. In these applications, subsidies can become vehicles of protection which upset market forces and inflict serious injury to competing overseas enterprises.” (Joseph E. Pattison, *Antidumping and Countervailing Duty Laws*, Clark Boardman Callaghan, New York, 1995, pág. 1-6).

<sup>8</sup> Las medidas de salvaguardia, previstas en el art. XIX del GATT, se traducen en el impedimento o disminución de importaciones cuya gran cantidad, bajo precio -siempre que no se trate de supuestos de dumping o importaciones subvencionadas- o demás condiciones pueden causar un grave daño a la industria local del bien en cuestión o de productos en competencia. (ver Creally, “Judicial Review...”, op. cit. (nota 2), pág. 30; y Van Bael - Bellis, “The European Community...”, op. cit. (nota 6), pág. 288).

<sup>9</sup> Las medidas que afectarían a las exportaciones comunitarias y que se pretenden atacar mediante el “trade barriers regulation”, han sido descritas como “... other forms of unfair trade practices not caught by the anti-dumping, anti-subsidy or safeguard measure provisions. The majority of these take the form of non-tariff barriers, such as discriminatory treatment of imported goods vis-à-vis domestic goods and infringement of intellectual property rights, ...” (Creally, “Judicial Review...” op. cit. (nota 2), pág. 34).

combatir prácticas comerciales “ilegítimas” de terceros países que perjudicarían a la CE. Paralelamente, hemos considerado conveniente no incluir otras normativas que, o bien regulan supuestos específicos o bien involucran aspectos concernientes a otras políticas comunitarias (como sería el caso de la Política Agrícola Común) y en los cuales no necesariamente se intenta evitar la consumación de un acto ilícito, sino establecer un régimen de excepción a los principios de “free trade”. Son, pues, la referencia a las prácticas ilegítimas y la generalidad de su alcance, los elementos que nos permiten diferenciar a estas cuatro medidas; así como la posibilidad de su desnaturalización la que hace interesante su comparación con las previsiones de los Acuerdos OMC<sup>10</sup>.

En la actualidad, las medidas de defensa comercial a que nos referiremos han sido reguladas e instituidas en cuatro diferentes Reglamentos<sup>11</sup>: Al estudiar cada uno de ellos, se lo comparará con las normas internacionales que disciplinan la misma materia y se señalarán las diferencias que se advierten entre unos y otros, para concluir analizando si existe armonía o contradicción entre ambos órdenes normativos<sup>12</sup>.

## II. REGLAMENTO N° 384/96/CE SOBRE DUMPING.

Mientras la Ronda Uruguay del GATT se llevaba a cabo, el Reglamento N° 2423/88 CEE del Consejo<sup>13</sup> regulaba lo relativo tanto a la defensa contra el

<sup>10</sup>. Ver a este respecto Kuilwijk, “The European Court ...”, op. cit. (nota 7), en especial Cap. II.

<sup>11</sup>. Se trata de los siguientes Reglamentos del Consejo:

a) N° 384/96 sobre defensa contra las importaciones objeto de dumping originarias de países no miembros de la Comunidad Europea;

b) N° 2026/97 sobre defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea;

c) N° 3285/94 sobre el régimen común aplicable a las importaciones y por el que se deroga el Reglamento N° 518/94/CE;

d) N° 3286/94 por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio.

Los dos últimos han sido publicados en el DOCE N° L 349 del 31.12.94, págs. 1 y siguientes y los dos primeros en el DOCE N° L 56 y en el DOCE N° L 288, respectivamente.

<sup>12</sup>. Para evitar repeticiones innecesarias, en cada capítulo nos referiremos al “Reglamento” y al “Acuerdo” respectivamente, para hablar del Reglamento de defensa comercial de que se trate y de las normas del GATT/OMC aplicables.

<sup>13</sup>. DOCE N° L 209/1 del 02.08.88.

dumping como contra las importaciones subvencionadas -posteriormente modificado por el N° 521/94 CE, también del Consejo<sup>14</sup>-.

Una vez concluidas dichas negociaciones multilaterales en 1994, se consideró necesario regular ambas temáticas en diferentes normas<sup>15</sup>. Así, entonces, se sancionó el Reglamento N° 3283/94/CE del Consejo<sup>16</sup>, que reemplazó al 2423/88/CEE y que se concentró exclusivamente en la regulación del dumping. Recibió modificaciones puntuales en los ulteriores Reglamentos CE Nros. 522/94<sup>17</sup>, 355/95<sup>18</sup> y 1251/95<sup>19</sup> del Consejo, en lo relacionado con ciertos plazos y con su ámbito de vigencia temporal.

El Reglamento N° 3283/94/CE, finalmente, fue reemplazado por el N° 384/96/CE comentado en este trabajo<sup>20</sup>, que mantuvo su ámbito de aplicación material a los supuestos de dumping únicamente.

Mediante esta norma, en consecuencia, se implementa en la actualidad el Acuerdo relativo a la aplicación del art. VI del GATT de 1994, en muchos casos casi textualmente y en otros, desarrollando sus contenidos. Señalaré seguidamente las diferencias entre ambos textos que, en mi criterio, son relevantes.

## 1. Iniciación de investigaciones

El Acuerdo sobre la aplicación del art. VI del GATT, prevé dos supuestos en que puede iniciarse una investigación: la solicitud escrita efectuada por la producción nacional o en su nombre -art. 5.1.- y la iniciación de oficio por la autoridad competente, pero solamente en "circunstancias especiales" -art. 5.6.-. En el primer caso, habrá de examinarse exhaustivamente la pertinencia de la denuncia efectuada, tanto en lo tocante a los hechos y pruebas aportados,

<sup>14</sup>. DOCE N° L 66/7 del 10.03.94.

<sup>15</sup>. Ver considerando 3° de los Reglamentos Nros. 3283/94/CE y 384/96/CE, seguidamente referidos en el texto.

<sup>16</sup>. DOCE N° L 349/1 del 31.12.94.

<sup>17</sup>. DOCE N° L 66/10 del 10.03.94.

<sup>18</sup>. DOCE N° L 41/2 del 23.02.95.

<sup>19</sup>. DOCE N° L 122/1 del 02.06.95.

<sup>20</sup>. Los considerandos 31 a 34 del nuevo Reglamento brindan las razones de la sanción de la nueva norma y del remplazo de la anterior, haciendo hincapié en los "significativos errores" advertidos en el texto de este último y que se hicieron aparentes luego de su publicación, lo cual llevó a su remplazo en interés de la "claridad, transparencia y seguridad jurídica".

como en lo que respecta a la representatividad de quien la formula -i.e., que efectivamente exista apoyo del sector industrial afectado por el presunto dumping-, conforme surge de los arts. 5.3 y 5.4.

Por su parte, el Reglamento tiene dos disposiciones análogas en sus artículos, también, 5.1 y 5.6. Además de ellas, el art. 9.1 prevé que en caso que la denuncia sea "... retirada, se podrá dar por concluido el procedimiento, a menos que dicha conclusión no convenga a los intereses de la Comunidad".

En mi opinión, esta última disposición desnaturaliza el sistema del Acuerdo, ya que se abre una nueva vía de actuación de oficio para las autoridades comunitarias. En efecto, si según los arts. 5.6 de ambos textos normativos, dicha actuación de oficio solamente procede en caso de mediar "circunstancias especiales", la Comisión no debería poder continuar con una investigación iniciada por denuncia de un particular, que luego desiste de ella, sin que medien aquí tales razones excepcionales. De este modo, el Reglamento otorga a su autoridad de aplicación mayores competencias de investigación que las previstas en el Acuerdo, al permitirle actuar por propia decisión en casos que no están contemplados en los aludidos arts. 5.6.

Esta ampliación de la discrecionalidad de la Comisión, a mi criterio, implica apartarse de la letra y el espíritu del GATT, cuya filosofía liberalizadora no se condice con el otorgamiento de amplias zonas de libre arbitrio a las autoridades en lo atinente a restricciones al libre comercio, aún en materias específicamente combatidas por el referido convenio internacional, como sería en el caso del dumping.<sup>21</sup> Al respecto, más allá del uso que de estas atribuciones haga la Comisión, habrá que aguardar también la postura que adopte el Tribunal de Justicia, que al momento presente se ha expedido en situaciones similares producidas bajo la normativa anterior<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup>. El Reglamento CEE N° 2423/88 tenía disposiciones similares a las aquí analizadas, previéndose en su art. 5 la posibilidad de "queja" por personas físicas y jurídicas o bien asociaciones que actuaran en representación o en nombre de sectores de la Comunidad -art. 5.1.- o por un estado miembro -art. 5.6.-. No se preveía, en cambio, la iniciación de oficio de actuaciones por la Comisión, pero sí la posibilidad de mantener abierta una investigación pese a la retirada de la queja por su representante, en caso de mediar interés suficiente de la Comunidad -art. 5.4.-. Los artículos 5.1, 5.6 y 9.1 del Reglamento N° 3283/94/CE son similares a los del actual Reglamento, que no ha innovado en nada a su respecto.

<sup>22</sup>. Un importante precedente del TJCE sobre esta temática, ha sido el asunto C-216/91, "*Rima Electrometalurgia c/ Consejo*" ([1993] ECR I-6303), en cuyo considerando 16 se afirmó la necesidad de suficiente prueba del dumping y del perjuicio, como requisito necesario para la iniciación de procedimientos antidumping.

## 2. Elusión

La materia referida en el título de este punto, está regulada en el art. 13 del Reglamento y ha sido definida como “... *un cambio en las características del comercio entre países terceros y la Comunidad derivado de una práctica, proceso o trabajo para el que no exista una causa o una justificación económica adecuadas distintas de la imposición del derecho, y haya pruebas de que se están burlando los efectos correctores del derecho por lo que respecta a los precios o las cantidades del producto similar y existan pruebas de dumping en relación con los precios normales previamente establecidos para productos similares o parecidos*”.<sup>23</sup>

En el considerando 20 del Reglamento, se hace expresa referencia a la falta de regulación de la “elusión” en el Acuerdo relativo a la aplicación del

---

El Tribunal de Primera Instancia aplicó este criterio en fecha más reciente, -29 de Enero de 1998-, en el asunto T-97/95, “*Sinochen National Chemicals Import & Export Corporation c/ Comisión*”, donde se debatió la legitimidad de una investigación por dumping iniciada de conformidad con el Reglamento 2423/88/CEE, con relación a la importación de furfuraldehído desde la República Popular China a territorio de la CE. En lo que a este trabajo interesa, parte de la impugnación se fundó en que la Comisión habría extendido la investigación a ámbitos no contenidos en la denuncia presentada por la empresa perjudicada, Furfural Español S.A. -ver considerandos 25/39-. El Tribunal consideró que no había habido ningún exceso de la Comisión, ya que el alcance del procedimiento se determinó en base a documentación confidencial presentada por la empresa española -y a la cual la impugnante no había tenido acceso-, que acreditaba la total magnitud del perjuicio invocado. Así, no obstante que se validó lo actuado por la Comisión, ello se justificó en la medida en que dicho obrar se ajustó al contenido de la denuncia que originó el procedimiento antidumping. Si bien ambos casos se resolvieron bajo la normativa anterior, creo interesante señalar que el criterio de los órganos jurisdiccionales vincula de modo esencial la competencia de la Comisión a los hechos alegados por la parte perjudicada. Si este criterio se mantiene, cuesta imaginar un supuesto en que una empresa retire su denuncia -lo que equivaldría a decir que desapareció el perjuicio que el supuesto dumping le provocaba- y la Comisión encuentre razones para seguir adelante con esa misma investigación. En consecuencia, el ámbito de vigencia del art. 9.1 del Reglamento N° 3283/94/CE podría verse severamente restringido, si no prácticamente eliminado. Si el TJCE y el TPI deciden mantener su jurisprudencia anterior, podrían eventualmente recurrir a esta interpretación restrictiva de la norma en cuestión y evitar así la -para ellos- espinosa cuestión del control de la legalidad del reglamento comunitario a la luz del Acuerdo OMC respectivo.

<sup>23</sup>. Esta definición normativa ha sido comentada y objetada en razón de su ambigüedad, por Paulette Vander Schueren, “New anti-dumping rules and practice. Wide discretion held on a tight leash?”, *Common Market Law Review*, vol 33, n° 2, 1996, pág. 292.

Art. VI del GATT, “... aunque una decisión ministerial *ad hoc* del GATT reconoce el problema de la elusión y lo somete al Comité antidumping del GATT para su resolución ...”. Con este solo fundamento, entonces, el Reglamento colma “... las lagunas de las negociaciones multilaterales en este aspecto ...” e incluye las prescripciones indicadas<sup>24</sup>.

Cabe cuestionarse la procedencia de la referida regulación, ya que por su intermedio se amplía el espectro de prácticas comerciales a prohibir, en un punto en que el Acuerdo sobre aplicación del Art. VI del GATT nada ha previsto. Si el objetivo del GATT es la liberalización del comercio internacional, debería adoptarse como premisa el que los Estados miembros no pueden imponer más restricciones a dicho comercio que las aceptadas en forma expresa en aquél. En otras palabras, si la elusión no ha sido reprimida por el GATT y sus Acuerdos anexos, deberá entenderse que no se la ha considerado una práctica lesiva del comercio internacional, al contrario de lo que sí se ha hecho, por ejemplo, con el dumping y las importaciones subvencionadas. De allí se sigue, entonces, que su prohibición por parte del Reglamento constituye un exceso de reglamentación del Acuerdo sobre aplicación del art. VI GATT, contrario a su contenido.

En este sentido, no considero suficiente fundamento el invocado en el considerando transcripto. La supuesta resolución ministerial *ad hoc* -de la cual no se aporta ningún dato que permita identificarla- no puede constituir más que la identificación de un problema a analizar y, eventualmente, a incluir en la agenda de futuras negociaciones, pero nunca puede equipararse a lo efectivamente declarado u omitido en el GATT o en sus Acuerdos anexos, ni menos aún suplirlo o completarlo. Es claro que ambos textos no tienen el mismo valor normativo ni tampoco los mismos efectos jurídicos, así que este fundamento es completamente inadecuado. Por otra parte, las pretendidas “lagunas de las negociaciones multilaterales” tampoco sirven de justificante de la norma objetada, ya que lo que el Reglamento llama de tal modo debe en realidad considerarse como una manifestación de voluntad de los Estados firmantes del Acuerdo, de no incluir la temática en cuestión. En caso contrario, cualquiera de dichos Estados podría dictar las regulaciones más variadas, alegando que se trata de temas que tampoco están incluidos en el GATT por “lagunas de las negociaciones” respectivas.

---

<sup>24</sup> En igual sentido se expedía el Considerando N° 20 del Reglamento N° 3283/94/CE.

La aplicación de derechos antidumping a los supuestos de elusión prevista en el art. 13 del Reglamento, entonces, viola lo dispuesto en el Acuerdo sobre la aplicación del Art. VI del GATT, que nada prohíbe a este respecto.<sup>25</sup>

### 3. Plazo de vigencia de las medidas provisionales

El artículo 7.4. del Acuerdo dispone que las medidas provisionales se aplicarán "... por el período más breve posible, que no podrá exceder de cuatro meses ..." y, en supuestos especiales, por lapsos de seis y nueve meses.

Por su parte, el art. 7.7. del Reglamento establece como plazo general para dichas medidas, el de seis meses, prorrogable por otros tres y el de nueve en casos específicos.

Este constituye una nueva contradicción con lo establecido en el Acuerdo, que expresamente quiere la mayor posible brevedad para la vigencia de tales medidas, además de fijar los plazos máximos que se han indicado.<sup>26</sup>

### III. REGLAMENTO N° 2026/97/CE SOBRE DEFENSA CONTRA LAS IMPORTACIONES SUBVENCIONADAS

En el capítulo anterior, se ha señalado que las normas comunitarias vigentes en la materia, al momento de las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT, eran el Reglamento N° 2423/88/CEE con las modificaciones que le introdujeron los N° 521/94/CE y N° 522/94/CE, ambos del Consejo.

Posteriormente, la temática de las importaciones subvencionadas recibió tratamiento específico en el Reglamento N° 3284/94/CE -que junto con el N°

<sup>25</sup> Los anteriores Reglamentos CEE 2423/88 y CE 521/94, no preveían nada relativo a la "elusión", la cual fue por primera vez regulada en el Reglamento analizado en este trabajo. Si lo hacía el art. 13 del Reglamento N° 3283/94/CE, el primero en introducir la cuestión, en términos idénticos a los del actual.

<sup>26</sup> El Reglamento CEE 2423/88, en su arts. 11.5 disponía que el plazo máximo de validez de los "derechos provisionales", sería de cuatro meses, prorrogables por otros dos en supuestos especiales. Como se ve, los plazos vigentes con anterioridad a la conclusión de la Ronda Uruguay eran más cercanos a los establecidos por ésta, que los contenidos en la norma llamada a implementar sus acuerdos. Por su parte, el art. 7.7 del Reglamento N° 3283/94/CE preveía los mismos plazos que el actual.

3283/94/CE sobre dumping, se recordará, derogaron el 2423/88- y en su modificatorio, Reglamento N° 1252/95/CE del Consejo<sup>27</sup>.

En la actualidad, estas últimas normas han sido a su vez reemplazadas por el Reglamento N° 2026/97/CE<sup>28</sup>, analizado en el presente trabajo en lo que respecta a su fidelidad a las disposiciones del GATT en la misma materia.

## 1. Concepto de importaciones subvencionadas

### 1.1. El Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del GATT

El Acuerdo referido -en adelante llamado “el Acuerdo”- tipifica la “subvención” a combatir mediante los siguientes elementos: a) contribución financiera estatal, que puede revestir diversas formas; b) sostenimiento de ingresos o de precios en el sentido del art. XVI del GATT; c) otorgamiento de un beneficio por estos medios; y d) especificidad -i.e., su limitación a determinados beneficiarios-, también bajo diferentes modalidades.<sup>29</sup>

Seguidamente, se clasifican las subvenciones en tres tipos, cada uno de los cuales recibe diferente regulación jurídica:

- a) Subvenciones prohibidas: son las “*supeditadas de jure o de facto a los resultados de la exportación*” y las “*supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados*” -Parte II, arts. 3 y 4-.
- b) Subvenciones recurribles: Son las que, mediante el empleo de cualquiera de los medios indicados en el primer párrafo de este punto, ocasionen efectos desfavorables para los intereses de otros Estados miembros -i.e. daño a su producción nacional, anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del GATT 1994 o perjuicio grave a los referidos intereses- -Parte III, arts. 5 a 7-.
- c) Subvenciones no recurribles: Además de las subvenciones “no específicas”, se incluyen bajo esta eximente las que, aún siéndolo, se desti-

<sup>27</sup>. DOCE N° L 122/2 del 02.06.95.

<sup>28</sup>. DOCE N° L 288/1 del 21.10.97. Las razones brindadas para el reemplazo de la norma anterior, nuevamente, son la necesidad de corregir problemas en la redacción y de brindar mayor claridad, transparencia y seguridad jurídica -ver Considerandos Nros. 35 a 37-.

<sup>29</sup>. Acuerdo ..., Parte I, arts. 1 y 2.

nen a la asistencia para actividades de investigación, para regiones desfavorecidas del Estado miembro -en el marco de un plan general de desarrollo regional- y para promover la adaptación de instalaciones existentes a las nuevas exigencias ambientales -Parte IV, arts. 8 y 9-.

Las subvenciones del punto a) precedente, se encuentran prohibidas por su sola "*existencia y naturaleza*" -art. 4.2.-, en tanto que en el caso de las recurribles, además debe probarse "*el daño causado, la anulación o menoscabo y el perjuicio grave*" -art. 7.2.- referidos en el punto b). Con respecto a las del punto c), pueden también ocurrir que "*un Miembro (tenga) razones para creer que tal programa ha tenido efectos desfavorables graves para su producción nacional, capaces de causar un daño difícil de reparar...*" -art. 9.1.- y, por ende, pueda oponerse a dichas subvenciones en el procedimiento y con los alcances que veremos posteriormente.

## 1.2 El Reglamento 2026/97/CE

La norma comunitaria - en adelante llamada "el Reglamento"-, si bien recoge los conceptos del Acuerdo, los clasifica de manera diferente:

a) Las subvenciones sujetas a derechos compensatorios, son las que reúnen las características de "contribución financiera estatal", "sostenimiento de ingresos o precios en el sentido del art. XVI del GATT", "otorgamiento de un beneficio" y "especificidad" -Arts. 2 y 3-. Pero por otra parte -art. 3.4.-, se declara que "se considerarán como específicas", las que, en el Acuerdo, se denominan "prohibidas" -i.e. supeditadas a la cuantía de las exportaciones y al empleo de productos nacionales-. En esto contrasta con lo establecido en el art. 2.3. del Acuerdo, que también califica como específicas a las subvenciones "prohibidas", pero que pese a ello les confiere el status de categoría propia, con diferentes consecuencias jurídicas, según veremos.

b) Las subvenciones no sujetas a derechos compensatorios, enunciadas en el art. 4 y siguientes y que coinciden con las de la Parte IV del Acuerdo.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> El concepto de subvención existente en el art. 3.1. del Reglamento CEE N° 2423/88 era completamente diferente a la clasificación analizada en el texto. Referimos en detalle a la misma prolongaría innecesariamente este trabajo, bastando aquí con señalar la diferencia con el régimen actual, que ha procedido a incorporar las definiciones y conceptos del GATT 1994. Por su parte, los contenidos de los arts. 2 y 3 del Reglamento N° 3284/94/CE eran sustancialmente idénticos al del analizado en este trabajo.

### *1.3. Posible interpretación de las diferentes clasificaciones*

#### *1.3.1. El Acuerdo*

Con relación al tema en análisis, el Acuerdo prevé dos tipos de procedimientos distintos y con diferentes finalidades. Primero, está el sustanciado dentro del marco institucional de la OMC, cuyo objetivo es lograr que el Estado miembro elimine las subvenciones y medidas compensatorias o, en su defecto autorizar a la parte perjudicada por las mismas a adoptar las pertinentes "contramedidas"<sup>31</sup>. Este procedimiento está regulado en los arts. 4, 7 y 9 con relación, respectivamente, a las subvenciones prohibidas, recurribles y no recurribles. El segundo, por su parte, es el orientado a permitir al Estado miembro perjudicado la adopción de "medidas compensatorias" para evitar o reparar el daño fruto de la práctica ilícita que su industria padece. Previsto a lo largo de la Parte V del Acuerdo, se trata, lógicamente de un procedimiento interno del referido Estado.

En lo que al cauce previsto para actuar en la OMC respecta, la diferencia apuntada entre subvenciones prohibidas y recurribles tiene especial relevancia, dado que cuando se trata de las prohibidas, concurren dos notas específicas:

- a) la intervención del Grupo Permanente de Expertos (GPE), cuyo dictamen resulta vinculante para el OSD en la determinación de si existen o no tales subvenciones -arts. 4.5, 24.3 y 24.4, principalmente-;
- b) los hechos a probar, los que, a diferencia de lo que ocurre con las subvenciones recurribles, pueden circunscribirse a la existencia y naturaleza del ilícito, sin que deban extenderse también a la acreditación de daño a la producción nacional o a la anulación o menoscabo de intereses del Estado afectado -comparar arts. 4.2 y 7.2-.

Consecuentemente, para obtener la eventual autorización para la aplicación de contramedidas, deben demostrarse menos hechos en el caso de subvenciones prohibidas, que en el las recurribles -i.e., la sola existencia y naturaleza de las mismas, pero no los daños actuales y potenciales que pueden provocar-.

<sup>31</sup>. "... la teoría general de las contramedidas ... permite al sujeto afectado por el hecho ilícito internacional de otro sujeto la utilización de medios perjudiciales para el infractor con el objetivo de restaurar el respeto por el derecho." Miquel Montañá Mora, "La OMC y el reforzamiento del sistema GATT", Mc. Graw - Hill, 1997, pág. 144.

Ahora bien, en lo que respecta al procedimiento de medidas compensatorias, el Acuerdo reiteradamente exige que la adopción de derechos de esta índole por el Estado perjudicado, tanto en forma provisional como definitiva, debe fundarse en la existencia de un daño o de su amenaza. Así lo exigen los arts. 15 -determinación de la existencia de dicho daño-, 17.1.b) -medidas provisionales-, 18.2 -acuerdos- y 19.1 -establecimiento y percepción de derechos compensatorios-, principalmente.

Queda aquí la duda de si el Acuerdo permite a sus signatarios la imposición de derechos compensatorios en los casos de subvenciones cuya acreditación no requiere el elemento "daño", esto es, en caso de las subvenciones "prohibidas". Si así no fuera, podría sostenerse que para estas últimas se ha reservado exclusivamente la instancia internacional de reclamación. Pero previamente, resulta conveniente analizar la regulación comunitaria del instituto en estudio.

### 1.3.2. El Reglamento

La norma comunitaria, hemos visto, agrupa a las subvenciones "prohibidas" y "recurribles" del Acuerdo, en una sola categoría, cuya nota común sería la "especificidad" -art. 3-. Expresamente se señala, al respecto, que "... se considerarán como específicas las siguientes subvenciones ...", para seguidamente incluir textualmente las "prohibidas" del Acuerdo -art.4 de este último-.

Esta divergencia del reglamento con respecto al convenio internacional que implementa, tiene a mi criterio las siguientes consecuencias:

- a) La más relevante, que la CE está dispuesta a imponer derechos compensatorios no solamente frente a subvenciones "recurribles", sino también en el caso de las "prohibidas". En efecto, en el Reglamento todas las subvenciones "específicas" pueden ser contrarrestadas por este medio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 10 y siguientes.
- b) No obstante que en el Acuerdo no se exige la comprobación del daño causado por las subvenciones "prohibidas" para habilitar la instancia internacional de reclamación, la regulación conjunta que, de éstas y de las "recurribles", hace el Reglamento, obliga a la Comisión a acreditar que las primeras también producen un daño -o su amenaza- en territorio comunitario, como fundamento de la posterior imposición de derechos compensatorios. Hay aquí una nueva diferencia con relación al Acuerdo, que en el primer caso solamente exige la comprobación de

su existencia -y tampoco del daño-, para que puedan efectuarse reclamaciones al Estado responsable. Así entonces, la CE podría actuar en el plano internacional sin alegar que las subvenciones “prohibidas” de su hipotético reclamo ocasionan un perjuicio dentro de su territorio, pero para contrarrestarlas en el plano interno -mediante derechos compensatorios- debería basarse en la efectiva producción de dicho perjuicio.

### 1.3.3. Valoración de la norma comunitaria

Debe analizarse si, a consecuencia de la diferente regulación que se ha señalado, el Reglamento ha incurrido en una violación del Acuerdo o si, por el contrario, existe en el mismo suficiente base para justificar lo dispuesto en el primero.

- a) Una primera interpretación podría sostener que las subvenciones “prohibidas” solamente podrán ser materia de litigio en el marco de la OMC y que, así, se habrá sustraído a los Estados miembros la posibilidad de actuar unilateralmente a su respecto, pudiendo en cambio defenderse contra la otra especie de subvenciones. La interpretación expuesta sería por ello coherente con el objetivo de liberalizar el comercio internacional que posee el GATT, al restringirse el poder estatal para imponer trabas al mismo sin someterse a la jurisdicción de las instituciones internacionales que deben aplicar dicho convenio. Pero de este modo, el Estado importador solamente podría aplicar derechos compensatorios para evitar los daños causados por las subvenciones “recurribles”, en lugar de poder hacerlo también en el otro supuesto.
- b) Por otra parte, también podría aducirse que el Acuerdo regula dos vías de actuación diferentes: en el plano internacional se exigen menos requisitos para habilitar la imposición de contramedidas frente a subvenciones “prohibidas” que en caso de las “recurribles”; pero ello no implica que en el plano interno, el Estado miembro no pueda protegerse de ambas clases de subvenciones en la medida que se constate la efectiva producción de un daño a su industria. Esta tesis podría hallar fundamento normativo en el art. 11 del Acuerdo, que permite iniciar un procedimiento de investigación para “... *determinar la existencia, el grado y los efectos de una supuesta subvención ...*” -el subrayado me pertenece-, sin remitirse a ninguna de las distinciones efectuadas previamente en las Partes II -“prohibidas”-, III -“recurri-

bles”- y IV -”no recurribles”-. Así entonces, el Reglamento comunitario dispondría lo correcto, al permitir la imposición de derechos compensatorios en cualquier situación en que se determine la provocación de un perjuicio.

La solución, en mi opinión, viene dada por la interpretación conjunta de los arts. 1, 3.1 y 5 del Acuerdo. El primero de ellos define el género de “subvención”; el segundo distingue una especie de dicho género -las “prohibidas”- y le atribuye ciertos efectos -posibilidad de contramedidas ante su sola existencia, agotadas las vías de solución de conflictos previstas-; el tercero, al hablar de las subvenciones “recurribles”, *no establece una nueva especie del género “subvención”, sino que de su texto se infiere que cualquier elemento de dicho género es susceptible de causar un “perjuicio grave a los intereses de otro Miembro”* -art. 5.1.C.-. Así entonces, si las subvenciones “prohibidas” causaren un perjuicio en el país importador, en tanto que especie del género “subvención”, les serían aplicables las mismas previsiones normativas que a cualquier otra manifestación de dicho género. Su especificación en el art. 3.1., por ende, solamente existiría a los efectos de lo que se indica en la Parte III del Acuerdo, esto es, el diferente procedimiento ante la OMC y la posibilidad de aplicación de contramedidas sin necesidad de acreditar el daño. Pero en lo que a los “derechos compensatorios” atañe, igualmente procederían en su contra, como ante cualquier subvención a la importación que provoque un perjuicio grave en el Estado afectado.

En suma, considero que el Reglamento, en este aspecto, interpreta adecuadamente el Acuerdo y no se aparta de su contenido y fines.

## 2. Iniciación de investigaciones

Al igual que en el caso anteriormente analizado del Reglamento sobre dumping, el que aquí se estudia prevé la iniciación del procedimiento de investigación a instancia de parte -art. 10.1.-, siempre que se acredite actuar en nombre de la industria de la Comunidad, por un Estado miembro de la CE o bien de oficio por la Comisión, “*en circunstancias especiales*” -art. 10.10-. Por su parte, el art. 10.12 prevé la retirada de la denuncia, en cuyo caso -art. 14.1- “... *se dará por concluido el procedimiento, salvo que dicha conclusión no convenga a los intereses de la Comunidad*”.

Nuevamente nos encontramos ante una posibilidad de continuar una investigación, en un supuesto en que debería darse la misma por finalizada, ya

que el art. 11.1 del Acuerdo prevé como única excepción a la iniciación de actuaciones por denuncia, la establecida en el art. 11.6, cuyo texto es idéntico al ya referido art. 10.10 del Reglamento y, por ende, habilita la competencia de oficio de las autoridades solamente cuando median las aludidas “circunstancias especiales”.

Caben entonces aquí las mismas observaciones que se hicieron al estudiar lo relativo al dumping: Si la Comisión puede mantener en trámite una investigación iniciada por una denuncia luego retirada, por razones de interés de la Comunidad que no caben calificarse como supuestos “especiales” -esto es, excepcionales-, entonces el Reglamento habrá ampliado su competencia investigativa en detrimento de lo establecido en el Acuerdo.

### 3. Elusión

De nuevo al igual que en caso del Reglamento sobre dumping, en el presente se prevé la figura de la “elusión” de derechos compensatorios -art. 23.1-, no obstante que la misma no ha sido objeto de regulación en el Acuerdo.

A diferencia de aquel caso, no obstante, en esta oportunidad no se hace mención a ninguna actuación ocurrida en el marco de la OMC, que reconozca la existencia, al menos, de un problema al respecto. En efecto, el considerando 23 del Reglamento solamente dice que, “...aunque el Acuerdo sobre subvenciones no incluye ninguna disposición sobre la elusión de las medidas compensatorias, la posibilidad de dicha elusión existe en condiciones similares, aunque no idénticas, a la elusión de las medidas antidumping; ...”, razón por la cual se estima pertinente la regulación de la figura.

Es claro que a este respecto caben las mismas críticas que se formularon con relación al Reglamento sobre dumping, con mayor razón en tanto que en dicho caso, al menos, se exhibía una fundamentación que, si bien endeble, no era un reconocimiento liso y llano de la intención de ir más allá del respectivo Acuerdo y regular aspectos no incluidos en el mismo. Aquí es lo que se ha hecho y, por ende, el exceso normativo en que se ha incurrido es más patente todavía e igualmente objetable.

#### IV. REGLAMENTO N° 3285/94/CE APLICABLE A LAS IMPORTACIONES (MEDIDAS DE SALVAGUARDIA)

El Reglamento del título, ha derogado al N° (CE) 518/94 del Consejo<sup>32</sup> y, posteriormente, recibió modificaciones en aspectos de mero trámite -relativos

<sup>32</sup>. DOCE N° L 67/77 del 10.03.94.

al documento de vigilancia- mediante el Reglamento CE N° 139/96 del Consejo<sup>33</sup>.

## 1. Condiciones

### 1.1. Requisitos básicos

Según el Acuerdo sobre Salvaguardias -GATT 1994, Anexos 1A-, “*Un miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar perjuicio grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.*” -Art. II.2 “Condiciones”-.

El Reglamento CE 3285/94 recoge este concepto en su Título V, art. 16.1, en los siguientes términos: “*Cuando las importaciones en la Comunidad de un producto aumenten en tal forma o en tales condiciones que provoquen o amenacen con provocar un perjuicio grave a los productores comunitarios, la Comisión, con el objeto de salvaguardar los intereses de la Comunidad podrá ...*” adoptar alguna de las siguientes medidas:

- a) Limitar el periodo de validez de los documentos de importación (art. 16.1).
- b) Modificar el régimen de importación del producto (idem).
- c) Establecer un contingente de importación (art. 17).

Si alguna de las dos primeras medidas -a) y b)- se dirige contra un Estado miembro de la OMC, ella sólo será posible “cuando concurren las dos condiciones indicadas” en el referido art. 16.1. Similar restricción no rige con relación al establecimiento de contingentes de importación, como puede inferirse del texto normativo analizado y sobre lo que volveremos más adelante.

Los requisitos exigidos por el Acuerdo, entonces, se refieren a los siguientes aspectos de las importaciones:

---

<sup>33</sup>. DOCE N° L 21/7 del 27.01.96.

- a) que aumentan en gran cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional;
- b) que son realizadas en condiciones, entiendo, mucho más ventajosas que la producción nacional;
- c) que, a consecuencia de a) y b) causan o pueden causar un perjuicio grave a los productos similares o directamente competidores.

El Reglamento incorpora estas características del daño a prevenir mediante las medidas de salvaguardia, en su art. 10, aunque con algunas matices. En efecto,

- a) con respecto al incremento cuantitativo de las importaciones, además de su valoración en términos absolutos o en relación con la producción comunitaria, se agrega también el “consumo comunitario” como una variable más para determinar si hay peligro para dicha producción local -art. 10.1.A)-. Ello puede, de todas formas, resultar conforme con el Acuerdo, en tanto que el art. 7.A) del mismo permite a las autoridades competentes evaluar “*todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable*” relacionados con el caso. Los arts. 10.1.C) y 10.2 del Reglamento, a su vez, enumeran otros factores a tener en cuenta en dicha evaluación.
- b) el Acuerdo manifiesta que solamente habrá “perjuicio grave” en los términos de su art. II.6.a). -“*menoscabo general significativo de la situación de una rama de producción nacional*”- cuando el mismo sea directa consecuencia del aumento de las importaciones -se habla de “*relación causal*”-. Expresamente se señala a continuación que de existir otros perjuicios derivados de factores coexistentes al aumento de importaciones, los mismos no podrán imputarse a dicho incremento; por lo cual “*no se efectuará la determinación a que se refiere el apartado a) del presente párrafo*”, vale decir, no se considerará que existe el necesario “perjuicio grave” habilitante de las medidas de salvaguardia. Al respecto, el Reglamento se aleja claramente del Acuerdo, ya que en su art. 10.1.D), incluye entre los parámetros a analizar en el respectivo procedimiento de investigación, los “*factores distintos de la evolución de las importaciones que provoquen o puedan haber provocado un perjuicio a los productores comunitarios afectados*”. Así, si en el procedimiento de investigación se determinara la existencia de perjuicios para la producción nacional no derivados de aumentos en las importaciones, tal parece

que las autoridades comunitarias podrían adoptar medidas de vigilancia o de salvaguardia, en abierta violación, entonces, del art. II.8 del Acuerdo, que sólo permite las medidas de salvaguardia “*en la medida necesaria para prevenir o reparar el perjuicio grave*” que, según hemos visto, no puede considerarse acaecido por factores distintos del incremento de importaciones.

### 1.2. *El requisito del “interés comunitario”*

Como ya se ha señalado, el art. 16.2 dispone que dos de las medidas de salvaguardia previstas en el Reglamento, esto es, la limitación del período de validez de los documentos de importación y la modificación lisa y llana del régimen respectivo, “Respecto de los miembros de la OMC, ... se adoptarán tan sólo cuando concurren las dos condiciones ...” de perjuicio actual o potencial a productores comunitarios y de tutela de los intereses de la UE.

El texto de este artículo, ya estaba presente en el Título V, art. 10, del derogado Reglamento CEE 288/82 del Consejo, aunque obviamente sin la referida limitación de su aplicación conjunta solamente a los casos que involucren a miembros de la OMC. Al respecto, la doctrina ha señalado que era necesaria la existencia de los dos citados requisitos -perjuicio a productores e intereses de la UE-<sup>34</sup>, para que se dictara una medida de salvaguardia.

La inclusión en el Reglamento aquí analizado de la limitación en cuestión, se presta a diversos análisis acerca de su significado:

- a) Que actualmente, la situación de los países no miembros de la OMC es peor que bajo la vigencia de los anteriores Reglamentos comunitarios, ya que hoy en día sus importaciones podrían verse obstaculizadas por medidas de salvaguardia fundadas en el perjuicio a productores de la UE, aún en los casos en que no existe el referido “interés comunitario”. Es importante a este respecto destacar que existen supuestos en

---

<sup>34</sup>. Rafael Allendesalazar Corcho -“Instrumentos de Defensa Comercial en las Comunidades Europeas”, 1.ª ed. Madrid, Fundación Universidad de Empresa, 1993 (*Cuadernos de Estudios Europeos*; 6), págs. 29/30-, aunque no señala la necesidad imperativa de la existencia conjunta de ambos requisitos, sí dice que los mismos aparecen “normalmente” como fundamento de medidas de salvaguardia. Como se señala en el texto, la finalidad de interés comunitario es necesaria aún cuando las normas sobre salvaguardias no lo digan expresamente, ya que si no se estaría ante un acto jurídicamente viciado.

que medidas de este tenor no fueron implementadas por la Comisión, precisamente, porque se consideró que no existía el aludido interés<sup>35</sup>.

- b) Que de modo inverso al caso anterior, podrían las autoridades comunitarias establecer medidas de salvaguardia contra países no miembros de la OMC al solo efecto de resguardar el interés comunitario, aun cuando no existiera un perjuicio grave a la producción local. Este caso es mucho más grave que el anterior, ya que nos hallaríamos ante una desnaturalización de las medidas de salvaguardia, un incremento desmedido de las competencias comunitarias y una concepción subyacente de la Política Comercial Común decididamente proteccionista, al menos fuera de la OMC.
- c) Que, desde otro punto de vista, la norma analizada contraviene lo dispuesto en los Tratados Constitutivos en relación con los requisitos de validez de los actos comunitarios. Según el art. 173, párrafo 2º, TCE, el Tribunal de Justicia debe controlar la legalidad de tales actos cuando están afectados, entre otros supuestos, por “desviación de poder”. Esta categoría refiere al ejercicio de competencias para finalidades no previstas en la norma que la confiere, lo cual irroga su nulidad. Tal sería el caso, pues no puede concebirse que las instituciones comunitarias dicten actos sin la finalidad de servir al interés, también, comunitario, que es precisamente el que deben custodiar. Así entonces, nunca se podría, al amparo de los arts. 16.1 y 16.2 del Reglamento, establecer una medida de salvaguardia contra un producto importado de un país no miembro de la OMC, en los casos en que existiera un “perjuicio grave” pero no un “interés comunitario” en su adopción<sup>36</sup>. Por esta vía, entendemos, no

<sup>35</sup> Allendesalazar Corcho, “Instrumentos de Defensa Comercial...”, op. cit. (nota 34), pág. 35, cita el caso de los relojes de cuarzo, Reglamento N° 1087/84 de la Comisión del 18.04.84, Considerando 40, donde se señaló que no existe interés comunitario en la adopción de medidas de salvaguardia, cuando la misma se pide porque la industria de un determinado país no participó activamente en la fase de investigación -de la elaboración del producto- o cuando los productores afectados ya se estuvieran beneficiando de otras medidas de defensa comercial.

<sup>36</sup> Queda en pie la cuestión de cómo definir el “interés comunitario” en estos casos. En los supuestos de dumping, el TJCE ha reconocido a la Comisión una amplia discrecionalidad a la hora de determinar qué medidas son las más adecuadas para la tutela de dicho interés, como por ejemplo en el asunto 191/81 “FEDIOL c/Comisión” ([1983] E.C.R. 2913 y sigs., parágr. 26). El mismo criterio, entendemos, sería analógicamente aplicable a las restantes medidas de defensa comercial, como las de salvaguardia. A este respecto, el control de legalidad efectuado por el TJCE ha preferido poner énfasis en la observancia de garantías procesales y en la certera enunciación de lo hechos en que la medida adoptada se funda, más que en la existencia de “desviación de poder”.

sólo sería posible reclamar la nulidad de dicha medida de salvaguardia, sino que también podría impugnarse la validez del propio Reglamento.

En suma, la diferenciación efectuada en el Reglamento entre los fundamentos de medidas de salvaguardia contra productos de países miembros de la OMC y de los que no lo son, deriva en una ampliación de los supuestos en que las mismas pueden imponerse respecto de estos últimos y permite, también, la implementación de medidas puramente proteccionistas contra sus importaciones.

## 2. Medidas de vigilancia

El Título IV del Reglamento, arts. 11 a 14, regula lo relativo a las “Medidas de Vigilancia” que puede adoptar la Comisión “Cuando la evolución de las importaciones de un producto originario de un país tercero contemplado en el presente Reglamento amenace con provocar un perjuicio a los productores comunitarios ...” -art. 11.1.-.

Tales medidas pueden ser de vigilancia previa y a posteriori, traduciéndose la primera de ellas en la necesidad de presentarse un documento de importación para el despacho a libre práctica de los productos en cuestión.

El instituto bajo análisis es sustancialmente similar al existente en las anteriores regulaciones -i.e., Regl. 288/82- y en tal carácter ha sido analizado por la doctrina: *“Las medidas de vigilancia no son un verdadero instrumento de protección comercial, ya que, por sí mismas, no limitan ni encarecen las importaciones procedentes de países terceros. Se trata más bien de un ‘paso intermedio’ entre la liberalización absoluta y la adopción de restricciones a la importación, que responde, normalmente, a una de las dos finalidades siguientes: o bien someter a examen la evolución de las importaciones de determinado productos ‘sensibles’ procedentes de países terceros, para poder detectar y reaccionar rápidamente ante cualquier incremento sustancial que pudiera perjudicar sensiblemente a los competidores comunitarios y*

---

Ello porque esta figura, al igual que en el derecho administrativo francés del que deriva, es de difícil prueba, en tanto que involucra la intención subjetiva del agente público en apartarse de la finalidad debida (Jürgen Schwarze, “European Administrative Law”, *Sweet and Maxwell - Office for Official Publications of the European Communities*, London, 1992, págs. 268/269 y 389/395). Sin perjuicio de ello -y del eventual recurso a similares parámetros de control en este caso- nos parece que la calificación jurídica adecuada para el supuesto aquí analizado es la de “desviación de poder”, no obstante lo esquivado que la misma pueda ser en la práctica.

*que hiciera aconsejable recurrir a verdaderas medidas de protección, o bien controlar la aplicación de los acuerdos de autolimitación pactados con países terceros, por los cuales éstos se comprometen a limitar determinadas exportaciones a la Comunidad.”<sup>37</sup>*

Además del referido carácter “intermedio”, debe señalarse otra diferencia con respecto a las medidas de salvaguardia propiamente dichas, que surge del articulado del Reglamento en estudio. En efecto, de conformidad con el art. 11.1 precedentemente transcrito, para su adopción se requiere solamente la amenaza de un “perjuicio” a la producción comunitaria. Ello contrasta notoriamente con la exigencia también de un “perjuicio”, pero “grave”, para la procedencia de una medida de salvaguardia. Cabe al respecto preguntarse si tal diferencia en la entidad del referido perjuicio, puede justificarse invocando la distinta magnitud restrictiva de ambas disposiciones, que ha sido señalada por la doctrina citada.

En mi opinión, en las dos situaciones debería ser necesario un perjuicio “grave” para que pudieran actuar las autoridades comunitarias. En efecto, si se parte de considerar a las medidas de vigilancia como pasos previos instrumentales ordenados hacia la determinación de la posterior necesidad de una medida de salvaguardia, parece claro que las razones de la mera vigilancia deberían ser las mismas que las de su posterior consecuencia lógica -la salvaguardia-. En otras palabras, si las medidas de salvaguardia solamente serán posibles si el perjuicio es grave, entonces no tiene sentido vigilar importaciones que, aunque “perjudiciales”, no revisten la referida gravedad.

Contra esto puede argumentarse que las medidas de vigilancia tienen por objeto, precisamente, permitir a las autoridades comunitarias determinar a tiempo la aparición del aludido “perjuicio grave”, mediante la previa atención a situaciones perjudiciales que aún no alcanzaron la señalada gravedad. Sin duda que ello se lograría, pero la pregunta es si no existen otros medios para llegar a idéntico resultado que, a su vez, sean más conformes con la letra y el espíritu del Acuerdo. Al respecto, debe señalarse en primer lugar, que el carácter restrictivo del comercio internacional de estas “medidas de vigilancia”, ha sido aceptado por la doctrina citada precedentemente, bien que especificando que se trata de una restricción “atenuada”. Por otra parte, el Acuerdo contempla la realización de un procedimiento de investigación -art. II.7- cuya finalidad es determinar si existe el “perjuicio grave” que abre paso a la adopción de

---

<sup>37</sup>. Allendesalazar Corcho, “Instrumentos de Defensa Comercial...”, op. cit. (nota 34), págs. 23/24.

medidas de salvaguardia. Así entonces, si mediante este procedimiento de investigación del Acuerdo es posible determinar la aparición de tal perjuicio grave -y así lo han entendido y aceptado los firmantes del Acuerdo, entre ellos la UE-, entonces no sería necesaria la implementación de medidas lesivas del comercio, por más leve que dicha lesión fuera, para llegar a idéntico resultado. Admitir lo contrario implicaría contrariar el principio general de liberalización del comercio internacional contenido en los acuerdos OMC y la consiguiente extensión de una excepción a dicho principio -necesariamente de interpretación restrictiva-, como es lo relativo a las medidas de salvaguardia y demás instrumentos de defensa comercial.

### 3. Los contingentes cuantitativos

Como ya hemos tenido oportunidad de referir<sup>38</sup>, el Reglamento implementa las disposiciones del Acuerdo relativas al establecimiento de contingentes cuantitativos. No obstante, en el ámbito comunitario ya existía, con anterioridad, una regulación sobre tales contingentes, que no ha sido derogada por la norma aquí estudiada. Es necesario, entonces, analizar el resultado de la vigencia de diversos preceptos jurídicos sobre el tema en cuestión.

#### 3.1. Régimen existente en forma previa

Los contingentes cuantitativos fueron objeto de regulación en el Reglamento CE N° 520/94 del Consejo<sup>39</sup>. Posteriormente, recibieron una modificación no relacionada con el objeto del presente trabajo -sobre un supuesto de redistribución de cantidades y acerca de su ámbito de aplicación- por el Reglamento CE N° 138/96 del Consejo<sup>40</sup> y, asimismo, la Comisión dictó sus normas de aplicación en el Reglamento CE N° 738/94<sup>41</sup>.

El régimen instaurado en estas disposiciones no manifiesta, al menos expresamente, poseer naturaleza de "medida de salvaguardia". En efecto, de la lectura de su articulado, parece que nos hallamos ante competencias que la Comisión puede ejercer en cualquier circunstancia que se considere oportuno, esto es, como una alternativa más de regulación del comercio exterior de la

38. Ver *supra*, punto IV.A.1.).

39. DOCE N° L 66/1 del 10.03.94.

40. DOCE N° L 21/6 del 27.01.96.

41. DOCE N° L 87/47 del 31.03.94.

CE. No obstante, la imposición de contingentes también estaba prevista en el Reglamento CE N° 518/94 -art. 14.2.- y en el actualmente vigente N° 3285/94 -art. 16.3.-, en los capítulos correspondientes a medidas de salvaguardia. Así, la imposición de contingentes era considerada como una de las aludidas “medidas de salvaguardia” posibles, a la par que existía una regulación autónoma que podía permitir el recurso a ellos en otro contexto que no fuera de excepción, esto es, como un instrumento de política comercial normal.<sup>42</sup>

El Reglamento CE N° 520/94, entonces, prevé la posibilidad de imposición de contingentes cuantitativos y su gestión en base a los siguientes principios -art. 2.-:

- a) método basado en la consideración de los flujos tradicionales de intercambios -reserva de una parte del contingente a los importadores o exportadores tradicionales, que serán los que justifiquen haber actuado como tales durante un período de referencia a determinar, arts. 6.1 y 6.2-;
- b) método basado en el orden cronológico de presentación de solicitudes -fijación de una cantidad igual para todos los exportadores y aplicación del principio “prior in tempore, potior in iure”, pudiendo requerirse la adjudicación de nuevas cantidades una vez agotada la primeramente asignada, arts. 12.1. y 12.3.-;
- c) método de reparto en proporción a las cantidades solicitadas -art. 13.-.

Este Reglamento no determina ningún orden de prelación entre los distintos métodos de gestión, ni tampoco si su adopción deberá obedecer a tales o cuales circunstancias específicas. Así, el sistema queda concebido con gran amplitud y discrecionalidad, de modo tal que la Comisión podría optar por cualquiera de ellos en todo momento.

---

<sup>42</sup> Los Reglamentos CE 518/94 y 520/94 fueron sancionados el mismo día, como parte de un paquete de medidas sobre política comercial común propuesto por la Comisión al Consejo. El primero de ellos, como se señaló oportunamente, derogó al N° 288/92 sobre medidas de salvaguardia, mientras que el segundo hizo otro tanto con los Nros. 1023/70 y 1024/70. Ninguno de los dos, en ningún momento, hace referencia a normas antecedentes comunes ni al otro Reglamento coetáneamente sancionado, lo cual refuerza la idea de que los contingentes cuantitativos, más allá de su posible utilización como medidas de salvaguardia, son un instituto autónomo y no necesariamente circunscripto a los supuestos necesarios para la procedencia de aquellas.

### 3.2. Régimen del Reglamento CE 3285/94

La norma analizada en el punto precedente, como se ha señalado, sigue aún vigente, de modo que sus disposiciones se superponen con las de los arts. 16.3 a 16.8 del N° 3285/94, que regulan la imposición de “contingentes” como una posible medida de salvaguardia.

El Acuerdo, por su parte, también refiere a los contingentes en el art. II.9, estableciendo un procedimiento negociado para su distribución -art. II.9.A)- o bien la imposición unilateral, con aprobación del Comité de Salvaguardias, en circunstancias excepcionales -art. II.9.b)-. Asimismo, como principio general, se dispone en el art. VI.22.b) la prohibición de “... limitaciones voluntarias de las exportaciones, acuerdos de comercialización ordenada u otras medidas similares respecto de las exportaciones o las importaciones”, disponiéndose la progresiva eliminación de las existentes.

La cuestión que surge, es si los “contingentes” deben imponerse únicamente como medidas de salvaguardia o si, además, pueden también utilizarse como una herramienta de política comercial habitual, sin por ello vulnerar el GATT. Si la primera fuera la respuesta correcta, entonces todo el régimen elaborado en torno al Reglamento CE N° 520/94 sería cuestionable jurídicamente.

A este respecto, resulta de utilidad analizar lo acaecido en el conocido caso del Reglamento CE N° 404/93<sup>43</sup> sobre organización del mercado del plátano, que establecía contingentes para la importación de dicho producto y que fue objetado tanto en el ámbito del GATT como ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin pretender explayarme sobre este caso, ajeno al ámbito de la política comercial común y propio de la P.A.C., considero que algunas de las soluciones a las que el mismo dio lugar pueden valer analógicamente en el presente.

En lo que a la compatibilidad con el GATT importa, el caso del “plátano” motivó la constitución de un panel en el marco del procedimiento de solución de controversias, a requerimiento de Costa Rica, Colombia, Guatemala, Nicaragua y Venezuela<sup>44</sup>. Del contenido del reporte finalmente elaborado, interesan los siguientes puntos:

<sup>43</sup>. DOCE N° L 47/1 del 25 de febrero de 1993.

<sup>44</sup>. Sigo en el relato a Kuilwijk, “The European Court...”, op. cit. (nota 5), Cap. VII punto E.

- a) El Panel no cuestionó el establecimiento de contingentes a las importaciones en cuanto tales. Analizó, sí, la compatibilidad de la implementación concreta de los mismos con diversas normas del GATT - arts. II y XI, principalmente-, para concluir que, a su respecto, no cabían objeciones. Así, puede concluirse que se acepta la doble posibilidad de que los contingentes a las importaciones se empleen como medida de política comercial “normal” y, en casos especiales y sujeto a lo específicamente regulado, también como medidas de salvaguardia.
- b) Una crítica realizada al Reglamento CE 404/93 que también vale para el N° CE 520/94, se refiere a su compatibilidad con la cláusula de la nación más favorecida, establecida en el art. I.1 del GATT. En efecto, este último, como vimos, establece en su art. 6 el “método basado en la consideración de los flujos tradicionales de intercambios” como un criterio de administración de contingentes, en virtud del cual se otorga preferencia a los importadores o exportadores que lo han sido durante un período de tiempo a determinarse. De implementarse este sistema, claramente se violaría la referida cláusula de la nación más favorecida, ya que habría una diferencia de tratamiento y privilegios para una categoría, de los cuales se privaría a la otra.<sup>45</sup> No es la primera vez que este problema se plantea en el seno del GATT, aunque con anterioridad a la Ronda Uruguay las soluciones fueron distintas<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> El Reglamento CE n° 3285/94 también aplica el principio del mantenimiento de las “corrientes comerciales tradicionales” -art. 16.3.A)-, pero lo atempera al manifestar que ello se hará “en la medida de lo posible” y, posteriormente, al reconocer la necesaria aplicación de los Acuerdos OMC sobre la materia -art. 16.4.B)-. De este modo, entiendo que la aplicación de contingentes como medidas de salvaguardia no presenta problemas de principio, sin perjuicio de los que puedan sobrevenir en su implementación práctica.

<sup>46</sup> La cuestión de los contingentes cuantitativos y su eventual contradicción con los principios de no discriminación y de nación más favorecida, ha sido analizada por la doctrina en relación con el Art. XIII, parágr. 2 del GATT antes de la finalización de la Ronda Uruguay. Se ha sostenido que, si bien se prefería un sistema de asignación de “cuotas globales” en base al orden de prelación de solicitudes, no se excluía la atribución de cuotas de importación a determinados países con fundamento en los “flujos tradicionales de intercambios”, aún cuando ello implicara “...*certain measure of discrimination in the allocation of quota shares* ...” (M.C.E.J. Bronckers, “Selective Safeguard Measures in Multilateral Trade Relations”, Kluwer -T.M.C. Asser Instituut, Le Hague, 1985). Ello quizás sea una muestra de la debilidad del sistema institucional del GATT con anterioridad a la conclusión de la Ronda Uruguay.

De lo expuesto, en suma, se concluye que existen "contingentes" dentro del Acuerdo sobre Salvaguardias y fuera de él, como medidas de política comercial para situaciones de normalidad y, en cada caso, con su específica regulación normativa.

#### V. REGLAMENTO (CE) N° 3286/94 DE PROCEDIMIENTOS COMUNITARIOS EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN ("Trade Barriers Regulation")

El presente Reglamento ha derogado al anteriormente vigente, N° (CEE) 2641/84<sup>47</sup> -modificado por el (CE N° 522/94<sup>48</sup> - y, luego de su sanción, ha recibido una modificación relativa a la fecha de su entrada en vigor, por medio del N° (CE) 356/95<sup>49</sup>. A su respecto, para una mejor comprensión de la evolución que ha tenido el instituto de que se trata, se hace necesaria una más estrecha comparación entre las normas vigentes y las derogadas, lo que haremos a continuación.

Este ha sido, quizás, el más polémico de los cuatro analizados en este trabajo, ante la posibilidad de que su sanción fuera interpretada, en el plano internacional, como una manifestación clara de proteccionismo por parte de la CE<sup>50</sup>. En efecto, la norma antecesora del presente, el Nuevo Instrumento de Política Comercial (NIPC), Reglamento CE N° 2641/84 "... surgió como consecuencia de la voluntad de dotar a la Comunidad de un instrumento de defensa comercial, semejante al que los Estados Unidos establecieron en la Sección 301 del US Trade Act, que le permitiera enfrentarse a prácticas comerciales ilícitas o desleales distintas del dumping y las subvenciones."<sup>51</sup> No obstante, la comparación que antecede, si bien sirve para orientarnos acerca de la naturaleza de la norma de que aquí se trata, no es del todo acertada ya que, según también se ha señalado, existe una diferencia esencial entre el Reglamento y la US Trade Act, cual es la sujeción del primero a las normas

47. DOCE N° L 252/1 del 20.09.84.

48. DOCE N° L 66/10 del 10.03.94.

49. DOCE N° L 41/3 del 23.02.95.

50. Jackson - Sykes, "Implementing the Uruguay Round..." ,op. cit. (nota 4), pág. 90, donde se explica que, en oportunidad de la adopción de las normas aquí estudiadas, "...the Commission's proposal for the new so-called trade barriers instrument, the successor of the 'new commercial policy instrument', met with serious objections of principle from some delegations. ... The opponents argued that the adoption of this measure could be seen by the trading partners as a sign that the Community was not totally committed to comply with and implement the Uruguay Round results."

51. Allendesalazar Corcho, "Instrumentos de Defensa Comercial..." , op. cit. (nota 34), pág. 49.

internacionales y cuyo avasallamiento por parte de la segunda ha sido su principal motivo de crítica.<sup>52</sup> Dicho acatamiento, por su parte, expresamente se manifiesta en el art. 12.2 del Reglamento sobre "Adopción de medidas de política comercial"<sup>53</sup> y, previamente, en el art. 2.1. "Definiciones"<sup>54</sup>.

La cuestión del reconocimiento y sometimiento a las normas internacionales, si bien correcta, no ha bastado, al parecer, para aventar completamente los temores acerca de los posibles efectos proteccionistas del Reglamento de marras. Al respecto, es interesante señalar que las mismas dudas y reparos se habían suscitado en lo tocante al anterior Reglamento, el NIPC ya citado y que, a consecuencia de ellos, los Estados miembros de la CE que objetaban su contenido, requirieron la expresa aclaración de los siguientes puntos: a) respeto a normas y procedimientos internacionales sobre comercio; b) limitado margen de actuación para los particulares, en relación, por ejemplo, con el procedimiento antidumping; c) sistema de garantías previo a la adopción de medidas de política comercial<sup>55</sup>. Analizaré a continuación, con más detalle, la evolución de estos tres aspectos.

<sup>52</sup>. "In the case of the Trade Barriers Regulation, unlike that of Section 301, the problem of retaliatory sanctions contradicting international law is not, in principle, at issue. One arrives at this conclusion after noticing that the Trade Barriers Regulation expressly provides that the actions taken under its authority must be in accordance with international law" -Carlos D. Espósito, "International Trade and WTO Law: The Problem of Direct Applicability of WTO Law", Paolo Mengozzi (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milan: Giuffrè, (en prensa, 1998)-.

<sup>53</sup>. "Cuando las obligaciones internacionales de la Comunidad impongan a ésta la realización previa de un procedimiento internacional de consulta o de solución de litigios, las medidas previstas en el apartado 3 únicamente se decidirán una vez concluido dicho procedimiento y teniendo en cuenta los resultados del mismo ...".

<sup>54</sup>. "A efectos del presente Reglamento, se entenderá por 'obstáculos al comercio' cualesquiera prácticas comerciales adoptadas o mantenidas por un tercer país respecto de las cuales las normas comerciales internacionales establezcan un derecho de acción."

<sup>55</sup>. Allendesalazar Corcho, "Instrumentos de Defensa Comercial...", op. cit. (nota 34), pág. 50. Debe señalarse que importante doctrina ha efectuado una valoración positiva de la práctica del NIPC: "... the adoption of Council Regulation 2641/84 ..., which was essentially a response to section 301 in the US Trade Act of 1974 (as amended), contributed to the changing attitude of the EEC vis-à-vis the GATT dispute settlement system. ... Contrary to some initial fears, the 'new instrument' seems to have operated as a legal restraint on protectionist pressures and as a means of promoting recourse to the GATT dispute settlement procedures for settling international trade disputes." Ernst-Ulrich Petersmann, "The GATT Dispute Settlement System as an Instrument of the Foreign Trade Policy of the EC", en "European union and World Trade Law", de. Nicholas Emiliou - David O' Keefe, John Wiley and Sons, Colorado Sp., 1996, pág. 271.

## 1. Sometimiento a normas internacionales

Ya se ha hecho referencia a las expresas menciones del reglamento sobre el particular, contenidas especialmente en los arts. 2.1 y 12.2. No obstante, deben considerarse algunos aspectos específicos:

- a) El NIPC confería competencia a la CE para actuar frente a “prácticas comerciales ilícitas” llevadas a cabo por otro Estado, mientras que en el Reglamento actual, ello puede hacerse ante “obstáculos al comercio que afecten al mercado de un tercer país” -art. 1.A)-. Considero que el cambio del concepto de prácticas ilícitas por el actual, se traduce en una ampliación de los supuestos en que la CE podría actuar. En efecto, no solamente lo hará cuando el Estado presuntamente agresor actúe ilícitamente, sino también en cualquier otro caso que, aún cuando no revista ilicitud alguna, las autoridades comunitarias consideren que se “obstaculiza” la comercialización de sus bienes.
- b) Asimismo, ya vimos que la definición de “obstáculo al comercio” del art. 2.1, remite a los casos en que “*las normas internacionales establezcan un derecho de acción*”, pero seguidamente se expresa que existe tal derecho “... *cuando las normas comerciales internacionales prohíban el derecho de buscar la eliminación del efecto de la práctica en cuestión*”. En otras palabras, la CE podrá aplicar contramedidas o restorsiones aún en los casos en que, según las invocadas “normas internacionales”, debiera avenirse a las consecuencias de una práctica comercial interna del tercer Estado, cuya legitimidad acepte -o tan siquiera no cuestione- el derecho internacional<sup>56</sup>.

## 2. Ámbito de actuación de particulares

Como hemos visto, la doctrina consideró al exiguo margen de participación de particulares que el NIPC preveía, como una morigeración de los alcan-

---

<sup>56</sup> En sentido favorable a la norma analizada, véase Marco C.E.J. Bronkers, “Private participation in the enforcement of WTO law: The new EC Trade Barriers Regulation”, *Common Market Law Review*, volumen 33, nº2, abril 1996, pág. 306, donde con cita de Petersman, se considera que los casos que él llama de “non violation” de las normas del GATT/OMC pueden igualmente esterilizar sus efectos (se trataría de obligaciones de “buena fe”) y, por ende, deben atacarse mediante el presente Reglamento. Nos permitimos disentir, ya que la liberalización del comercio internacional, propugnada por el GATT/OMC requiere la interpretación restrictiva de los supuestos habilitantes de medidas de defensa comercial; y porque, además, criterios indeterminados como el de “buena fe” pueden servir de esclusa para el crecimiento de actitudes proteccionistas encubiertas.

ces proteccionistas de dicha norma. Al respecto, el actual Reglamento ha modificado sustancialmente la situación, mediante la introducción del conocido como “*Third Track*” y que consiste en la alternativa de iniciación de procedimientos a requerimiento, precisamente, de empresas comunitarias o asociaciones a título individual. Vale decir que, a las dos vías previstas en el NIPC -denuncia en nombre de un sector económico de la Comunidad, art. 3 NIPC y 3 Reglamento e instancia de Estados miembros, art. 4 NIPC y 6 Reglamento- se suma ahora la que aquí se ha señalado -art. 4 Reglamento-.

La norma en cuestión ha recibido diferentes evaluaciones, según el punto de vista del respectivo análisis. Así, desde la perspectiva del incremento de participación de sujetos individuales en los procedimientos internacionales y de la tutela de sus derechos por aplicación de tales normas en el plano interno, es cierto que el nuevo cauce de actuación es positivo<sup>57</sup>. Pero también es cierto que el aumento de posibles denunciantes y presuntos damnificados, en combinación con la amplitud con que han sido concebidas otras normas como las analizadas en el punto precedente, pueden también tener otro efecto cuestionable, como será sin duda la mayor posibilidad de ejercicio de políticas comerciales en forma plenamente discrecional por parte de las autoridades comunitarias.

### 3. Garantías procedimentales previas a la adopción de medidas

Este tercer aspecto a considerar, también ha sufrido modificaciones en el reglamento actual, en relación con lo regulado en el NIPC. En efecto, en este último, el art. 10.1 sujetaba la adopción de medidas de política comercial a los resultados del procedimiento tendiente a la determinación de su necesidad. Pero en el Reglamento vigente, el art. 12.1 habilita la implementación de tales medidas “*Cuando aparezca (como consecuencia de un procedimiento de investigación, salvo que la situación de hecho y de derecho sea tal que no requiera un procedimiento de investigación) la necesidad...*” -el subrayado me pertenece-.

Tenemos así que, a diferencia de lo previsto en el NIPC, actualmente pueden las autoridades comunitarias declarar la necesidad de contramedidas “por sí y ante sí”, sin que sea necesaria la determinación de su procedencia mediante tramitaciones previas. Dado que es en el marco de dichas actuaciones cuando las partes involucradas pueden ejercer sus garantías, resulta que el régimen actual se traduce en un debilitamiento de la tutela de estas últimas. En

<sup>57</sup>. En este sentido, Carlos D. Espósito, “International Trade ...”, op. cit. (nota 52), págs. 27 y 28.

suma, se trata de otra característica que existía en la regulación originaria de este instituto y que se asociaba con su compatibilidad con las normas internacionales sobre comercio, según se ha señalado, pero que ha sido abandonada en la normativa actual.

#### 4. Valoración del Reglamento en análisis

Al comienzo de este capítulo, se ha señalado que las principales objeciones existentes con relación a este Reglamento, eran consecuencia de la posible finalidad proteccionista que el mismo tendría. Tales objeciones serían aún más relevantes si se considera que, entre todas las medidas de defensa comercial que se estudian en este trabajo, el instituto aquí analizado “... *presenta, sin embargo, una característica que lo diferencia de todas esas otras medidas comerciales: mientras que éstas permiten oponerse a los daños originados por importaciones en la Comunidad de productos procedentes de países terceros, ... (el Reglamento) pretende responder a los perjuicios causados a las exportaciones comunitarias a países terceros*”<sup>58</sup>.

Kuilwijn caracteriza al “proteccionismo” como una consecuencia de las concepciones económicas mercantilistas, en virtud de las cuales se considera que la riqueza de una nación solamente puede obtenerse a costa de las demás, a consecuencia de lo cual debe registrarse un saldo positivo en el comercio internacional, esto es, mayores exportaciones que importaciones<sup>59</sup>. El medio más común para lograr este objetivo, será la edificación de barreras a la entrada de productos extranjeros, pero también es concebible el recurso de contramedidas o retorsiones para lograr que las exportaciones del Estado en cuestión, reciban un trato beneficioso en el extranjero y, de este modo, favorecer también la balanza comercial propia. A este respecto, la pregunta que cabe hacerse es si el Reglamento puede utilizarse con esa finalidad proteccionista, máxime si se tiene en cuenta la amplitud con que, en su texto, se conciben las competencias comunitarias -ver *supra*, puntos V.A, V.B y V.C de este capítulo-.

El GATT 1994, en su art. XXIII, prevé la existencia de las llamadas “reclamaciones sin infracción”, esto es, de reclamaciones que un Estado miembro puede formular “... *contra medidas adoptadas por otro miembro que anulen o menoscaben una ventaja comercial del reclamante, o comprometan el cumplimiento de cualquier objetivo del Acuerdo General, con independen-*

<sup>58</sup>. Allendesalazar Corcho, “Instrumentos de Defensa Comercial...”, op. cit. (nota 34), págs. 49/50.

<sup>59</sup>. Kuilwijn, “The European Court...”, op. cit. (nota 5), especialmente Cap. IX.

*cia de que dicha medida infrinja o no el Acuerdo General”<sup>60</sup>. En estos casos, el procedimiento de solución de diferencias instando en el marco de la OMC, puede concluir con una recomendación al Miembro autor de la medida cuestionada para que la retire o llegue a una solución mutuamente satisfactoria con el reclamante, pero sin que tenga por ello la obligación de revocarla<sup>61</sup>. Con respecto a estos actos, no procede la adopción de contramedidas por parte del estado perjudicado, en el supuesto de falta de acuerdo, precisamente porque no se trata de conductas antijurídicas que deban castigarse<sup>62</sup>.*

La posibilidad de configuración de actos estatales lesivos de ventajas comerciales de otro Estado, pero que no constituyen ilícitos castigados por el derecho internacional, resulta, a mi entender, significativa para el caso en estudio. En efecto, si las competencias previstas en el Reglamento se emplean para combatir actos ilícitos en el comercio internacional, ciertamente no podrá enrostrarse a la CE un actuar proteccionista, dado que la misma debe poder defender sus derechos. Pero si, además, se recurre a las retorsiones y contramedidas para atacar políticas comerciales de otros Estados que no son ventajosas para la CE pero que tampoco son ilícitas, entonces cabe cuestionarse la procedencia de este obrar.

Fuera del marco de la OMC, no hay dudas de que la CE está dispuesta a actuar con todo rigor para proteger cualquier ventaja comercial que su industria pudiera tener. Así, en un hipotético escenario no alcanzado por el GATT y donde no existieran acuerdos internacionales con previsiones similares, entiendo que las medidas previstas en el art. 12 del Reglamento analizado se emplearán en el sentido que aquí se indica, tanto para combatir prácticas ilícitas del Estado de que se trate, como para evitar cualquier desventaja comercial respecto de éste. En suma, aquí nos encontraríamos ante un actuar puramente proteccionista, en el sentido expuesto por Kuilwijk.

Dentro de la OMC, por su parte, la situación tampoco aparece muy clara. Hemos visto -supra punto V.A.-, que el art. 2.1. del Reglamento manifiesta que la CE tendrá “derecho de acción” para aplicar medidas de política comercial, “...cuando las normas comerciales internacionales prohíban el derecho de buscar la eliminación del efecto de la práctica en cuestión”. Puede inferirse entonces que en el caso de las “reclamaciones sin infracción” del art. XXIII del GATT, en

<sup>60</sup>. Montañá Mora, “La OMC y el reforzamiento...”, op. cit. (nota 31), pág. 116.

<sup>61</sup>. Conf. “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”, art. 26.

<sup>62</sup>. El “Entendimiento” sobre procedimiento permite la “compensación” como una posible vía de solución del conflicto -conf. Art. 26.1.D)-. No obstante, dado el carácter voluntario de esta figura, regulado en el art. 22.1, resulta claro que no hay posibilidad de contramedidas o retorsiones frente a medidas comerciales que no constituyen ilícitos.

las cuales vimos que el otro Estado miembro no está obligado a revocar su medida, la CE estará igualmente dispuesta a aplicarle retorsiones, no obstante la licitud del obrar de aquél. Tal es lo que se entiende de la lectura de la norma referida.

No ignoro que el mismo Reglamento, como ya se ha señalado, expresamente somete la implementación de sus disposiciones a "... *las obligaciones internacionales de la Comunidad* ..." -art. 12.2-, en clara alusión a la OMC, entre otros acuerdos. Pero es cierto que los conceptos contenidos en su citado art. 2.1. no son compatibles con el GATT. En efecto, los "obstáculos al comercio" resultan comprensivos de las prácticas comerciales de otros Estados "con infracción" y "sin infracción" indistintamente; a la par que la CE se autoatribuye "derecho de acción" para aplicar contramedidas aún frente a prácticas comerciales "sin infracción", contrariamente a lo previsto en el Art. XXIII del GATT y sus normas reglamentarias.

Así concebido, el Reglamento resulta un arma poderosa de protección de las exportaciones comunitarias a terceros países, aún cuando el acatamiento de las normas internacionales pueda atemperar y moderar sus potenciales efectos. De todas formas, dicha moderación solamente podría ocurrir en el seno de acuerdos como el GATT, pero no fuera de ellos, de modo que los países no miembros de la OMC podrán ser destinatarios de represalias de toda índole. Incluso en el aludido ámbito de la OMC, si la CE aplicara a rajatabla la norma en cuestión, se producirían multitud de conflictos y litigios que, aún cuando en definitiva se solucionasen a la luz de las referidas "normas internacionales" cuyo respeto se declama, permitirán a la CE adquirir una posición de extrema fortaleza, para hacer valer en las instancias negociadoras que dicho Acuerdo contempla reiteradamente<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup>. Jackson ha señalado la existencia de dos enfoques diplomáticos para actuar en el ámbito del GATT, los llamados "power-oriented diplomacy" y la "rule-oriented diplomacy". El primer caso describe la tesitura de los miembros más importantes de la OMC, que prefieren la solución de controversias en base a negociaciones, en las cuales pueden hacer pesar su poderío. El segundo supuesto, refleja la concepción imperante en los miembros pequeños, que esperan lograr una mayor protección para sus intereses en un sistema de aplicación de reglas jurídicas a los eventuales conflictos ("Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of the GATT", 1979, *Journal of World Trade Law* 1-21). Al respecto, la interpretación que efectuamos en el presente trabajo sobre la posible aplicación del Reglamento 3286/94/CE para fortalecer la posición negociadora de la CE en futuras negociaciones a realizarse en el marco del GATT, sería un ejemplo de perversión de un enfoque presuntamente "rule-oriented" (no olvidemos que el Reglamento expresamente manifiesta someterse a las "normas internacionales" en vigor), para convertirlo en un caso más de "power-oriented diplomacy". Para demostrar que no somos los únicos en advertir esta posibilidad -aunque sí tal vez quienes la valoramos negativamente-, véase Bronckers, "Selective Safeguards...", op. cit. (nota 46) en nota 50, pág. 317, quien dice que la mejora más notable de este Reglamento respecto del NIPC ha sido el fortalecimiento del procedimiento de resolución de controversias de la OMC, en la medida en que exista claramente la amenaza de represalias comunitarias frente a agresiones a su comercio exterior.

En suma, su concepción normativa resulta marcadamente proteccionista, no obstante que su necesaria sumisión al GATT evite a la postre, en dicho ámbito, que sus efectos sean totalmente de esa naturaleza.

## VI. CONCLUSIONES

Hemos visto, a lo largo de este trabajo, distintos casos en los cuales los Reglamentos de defensa comercial se apartan y contradicen las prescripciones del GATT. Dicho conflicto puede ser una manifestación concreta de la reticencia de cualquier autoridad nacional -o de la CE, para el caso- a implementar normas que liberalizan el comercio exterior y que, al menos en el corto plazo, pueden traer efectos negativos para su industria y su economía.

En lo que a la aplicación de los Reglamentos atañe, las acusaciones de la doctrina sobre sus efectos proteccionistas no se limitan a objetar aspectos de su articulado. Directamente se acusa a las autoridades comunitarias de emplear las facultades discrecionales que en ellos existen, para obstaculizar el libre comercio, incluso más allá de lo expresamente previsto en las normas. Ello se ha señalado en los casos del Reglamento antidumping<sup>64</sup>, de las medidas de salvaguardia<sup>65</sup> y del actualmente derogado NIPC<sup>66</sup>.

Lo expuesto, permite completar el cuadro de las posibles ilegitimidades que pueden afectar a las normas analizadas en este trabajo. En primer lugar, su apartamiento de lo establecido en el GATT; en segundo término, su eventual contradicción con el Tratado CE, a consecuencia de la desnaturalización de sus preceptos por recurso a la "desviación de poder".

---

<sup>64.</sup> Kuilwije, "The European Court...", op. cit. (nota 5), Cap. VIII punto F, cita lo acontecido en el caso C-75/92 "Gao Yao c/ Consejo", sentencia del 7 de julio de 1994, en la cual la Comisión aplicó derechos antidumping en base a información falsa, lo cual fue reconocido por el Abogado General aunque a la postre se desestimó la demanda por falta de legitimación activa.

<sup>65.</sup> Allendesalazar Corcho, "Instrumentos de Defensa Comercial...", op. cit. (nota 34), pág. 24: "En un caso particular, las medidas de vigilancia no buscaron proteger a los productores comunitarios frente a las importaciones procedentes de países terceros, sino que tuvieron por objeto replicar las restricciones impuestas por un país tercero (Estados Unidos) a las exportaciones comunitarias".

<sup>66.</sup> Idem, págs. 49 / 50 precedentemente citadas, donde se cuentan las objeciones de diversos Estados miembros de la CE ante la propuesta del Reglamento 3286/94, ante la eventualidad de que fuera interpretado por terceros países, como una futura arma proteccionista.

## 1. Violación del GATT

El problema de la contradicción entre los Reglamentos de defensa comercial y el GATT, remite al del efecto directo de éste en el ámbito de la CE. Sin pretender extenderme sobre este punto -ajeno al presente trabajo-, basta con recordar que, de los precedentes jurisprudenciales existentes, la regla es la negación de dicho efecto directo a mérito de sus características intrínsecas - ámbito para negociaciones internacionales, con previsiones flexibles y regido por el principio de reciprocidad en su implementación, insuficiente sujeción al "rule of law", etc.-. Así lo ha dicho el TJCE en los precedentes "International Fruit Company" con relación al GATT 1947 y, más recientemente, en "Alemania c/ Consejo" (asunto de los plátanos), en lo relativo al GATT 1994.<sup>67</sup>

Las únicas dos excepciones que la jurisprudencia comunitaria acepta y ante las cuales se acepta el efecto directo del GATT, son las establecidas en los precedentes "Fediol" y "Nakajima": a) cuando la CE implementa en su ordenamiento una obligación establecida en el GATT; y b) en los casos en que la norma comunitaria refiere expresamente a las previsiones de dicho tratado internacional.<sup>68</sup>

Al respecto, los cuatro Reglamentos de defensa comercial, expresamente aluden en sus considerandos, a las prescripciones y acuerdos anexos del GATT que implementan en el ámbito comunitario. Así, a todos ellos les sería aplicable la doctrina del caso "Nakajima" y, por ende, podrían impugnarse sus disposiciones ante el TJCE, en la medida en que fueran contradictorias con aquellos.

La única salvedad habría que hacerla con relación al Reglamento CE N° 520/94 sobre gestión de contingentes cuantitativos, que ha sido analizado tangencialmente en este trabajo, en la medida en que regulaba una materia -los "contingentes"- también incluida en el Reglamento CE N° 3285/96 sobre medidas de salvaguardia. A su respecto, señalé -ver supra Cap. IV punto C)- su apartamiento del GATT en lo relativo a la adjudicación de contingentes en base a los "flujos tradicionales de intercambios", dado que se violaría la "cláusula de la nación más favorecida". No obstante, puede decirse que no se trata de una norma aplicatoria del GATT, dado que: a) no refiere expresamente al

<sup>67.</sup> Carlos D. Espósito, "Direct Effect and Direct Applicability of WTO by the European Court of Justice, With a Dantesque Metaphor", Berkeley Journal of International Law (en prensa 1998).

<sup>68.</sup> *Ibidem*, pág. 15.

mismo (doctrina del caso “Nakajima”); y b) cuando el GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias se refieren a los contingentes, lo hacen a los supuestos en que esta figura se emplea como medida de salvaguardia, lo cual en el ámbito comunitario ha sido regulado en el Reglamento CE N° 3285/94, pero no en el 520/94, por lo cual este último, al referirse a supuestos de contingentes que no son medidas de salvaguardia sino simples medidas de política comercial, no estaría implementando una previsión del GATT (doctrina del caso “Fediol”). Así, a este respecto, la aplicación de los principios generales que, en la materia, ha sentado el TJCE, llevarían a su no justiciabilidad con fundamento en la vulneración del referido acuerdo internacional.

## **2. Violación del Derecho Comunitario**

En el Capítulo IV, punto A.2.) de este trabajo, se hizo referencia a los casos en que la aplicación del Reglamento CE N° 3285/94 podía violar el ordenamiento comunitario, al permitir su art. 16.2 la adopción de medidas de las allí previstas aún en supuestos en que no mediara “interés comunitario”. Se calificó allí la ilegitimidad como “desviación de poder”, lo cual conllevaría su nulidad a tenor de lo establecido en el art. 173.2 del Tratado CE.

En dicho caso, es un defecto en la redacción de la norma el que permite suponer la eventualidad del apartamiento del referido interés comunitario, al momento de aplicar la misma. Pero en el resto de la amplia gama de supuestos subsumibles en los Reglamentos de defensa comercial, muchas veces no hay una incoherencia normativa manifiesta.

Por otra parte, al comienzo de este capítulo se ha pasado revista a supuestos en los que se han empleado las potestades, principalmente las discrecionales, contenidas en las normas analizadas, con fines proteccionistas que iban más allá de la mera defensa frente a prácticas comerciales ilícitas. El problema, a este respecto, viene dado por la tesitura que, históricamente, ha asumido el TJCE a la hora de controlar tales potestades discrecionales en estas materias. Kuilwijk<sup>69</sup>, en su obra, cita al ex-juez y Presidente del Tribunal, Mertens de Wilmars, quien describe el “principio de la preferencia comunitaria”, en virtud del cual se otorga preferencia al comercio intra-comunitario por sobre el comercio con terceros estados. Así, la aplicación de esta teoría a los casos aquí señalados, conducirá seguramente a una interpretación amplia del alcance de las medidas que, en virtud de los Reglamentos aquí analizados, es

---

<sup>69</sup>. Kuilwijk, “The European Court...”, op. cit. (nota 5), Cap. VIII, punto F.

posible adoptar. De este modo, se podrá concebir a la finalidad de "defensa comercial" que mediante estas normas se pretende asegurar, con una amplitud tal como para convertirla en una herramienta de suma utilidad para el proteccionismo.

En suma, fuera del ámbito del GATT y también en su seno, al amparo de normas que confieren competencias discrecionales y de los criterios jurisprudenciales reseñados, los instrumentos de defensa comercial, sin duda alguna, se aplicarán más allá de la mera defensa frente a prácticas comerciales ilícitas de terceros Estados y con la innegable finalidad de proteger al máximo posible a la industria de la CE en su comercio exterior.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Allendesalazar Corcho, Rafael, "Instrumentos de Defensa Comercial en las Comunidades Europeas", 1.ª ed. Madrid, Fundación Universidad de Empresa, (Cuadernos de Estudios Europeos; 6); 1993.
- Bael, Igo Van - Bellis, Jean François, "Anti-Dumping and Other Trade Protection Laws of the EEC", Cch Ed. Ltd., 1990.
- Bosche, Pter Van den, "The European Community and the Uruguay Round Agreements", en la obra *Implementing the Uruguay Round*, ed. John H. Jackson - Alan O. Sykes, New York, Clarendon Press, 1997.
- Bronckers, Marco C.E.J., "Private participation in the enforcement of WTO law: The new EC Trade Barriers Regulation", *Common Market Law Review*, volumen 33, nº2, abril 1996.
- Bronckers, Marco C.E.J., *Selective Safeguard Measures in Multilateral Trade Relations*, Kluwer -T.M.C. Asser Instituut, Le Hague, 1985.
- Creally, Eugene, "Judicial Review of Anti-dumping and other Safeguard Measures in the European Community", *Current EC Legal Developments Series*, Butterworths, Hampshire (U.K.), 1992.
- Espósito, Carlos D., "Direct Effect and Direct Applicability of WTO by the European Court of Justice, With a Dantesque Metaphor", *Berkeley Journal of International Law* (en prensa 1998).
- Espósito, Carlos D., "International Trade and WTO Law: The Problem of Direct Applicability of WTO Law", Paolo Mengozzi (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milan: Giuffrè, (en prensa, 1998).
- Jackson, "Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of the GATT", 1979, *Journal of World Trade Law* 1-21.
- Kuilwijn, Kees Jan, "The European Court of Justice and the GATT dilemma: public interest versus individual rights?", *Beuningen: Nexed Editions - Center for Critical European Studies*, 1996.
- Montañá Mora, Miquel, *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, Mc. Graw - Hill, 1997.
- Pattison, Joseph E.: *Antidumping and Countervailing Duty Laws*, Clark Boardman Callaghan, New York, 1995.

- Petersmann, Ernst-Ulrich, "The GATT Dispute Settlement System as an Instrument of the Foreign Trade Policy of the EC", en *European union and World Trade Law*, de. Nicholas Emiliou - David O' Keefe, John Willey and Sons, Colorado Sp., 1996.
- Schueren, Paulette Vander, "New anti-dumping rules and practice. Wide discretion held on a tight leash?", *Common Market Law Review*, vol 33, nº 2, 1996.
- Schwarze, Jürgen, "European Administrative Law", *Sweet and Maxwell* - Office for Official Publications of the European Communities, London, 1992.
- Stanbrook, Clive, "Dumping. A Manual on the EEC Anti-Dumping Law and Procedure", *European Business Publications*, Chequers (UK), 1980.



# **LECCIONES**



## UNIONES DE EMPRESAS Y GRUPOS DE SOCIEDADES

CÁNDIDO PAZ-ARES\*

**SUMARIO:** I. TIPOLOGÍA DE LAS VINCULACIONES ENTRE EMPRESAS.- 1. Consideraciones generales.- 2. Uniones consorciales.- 3. Sindicatos y cárteles.- 4. Alianzas estratégicas, comunidades de intereses y grupos de sociedades.- 5. Referencia a la *joint venture* o sociedad conjunta.- II. SIGNIFICADO GENERAL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.- 6. La noción de grupo de sociedad: unidad doctrinal *versus* variedad legal.- 7. Tipología básica de los grupos de sociedades.- 8. Función económica de los grupos de sociedades.- III. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.- 9. Planteamiento de la cuestión: el desfase entre el Derecho de sociedades y la realidad de los grupos de sociedades.- 10. La formación del grupo de sociedades y la protección de los accionistas de la sociedad dominante.- 11. La protección de los socios externos de las sociedades filiales.- 12. La protección de los acreedores de las sociedades filiales.- 13. Referencia a la consolidación contable. - BIBLIOGRAFÍA.

### I. TIPOLOGÍA DE LAS VINCULACIONES ENTRE EMPRESAS

#### 1. Consideraciones generales

La fenomenología de las uniones o vinculaciones entre empresas que registra la vida de los negocios presenta tal riqueza y variedad que no es posible clasificarla con arreglo a un único criterio o explicarla en atención a un único factor. Ni siquiera la idea de concentración económica, que suele adoptarse como rúbrica genérica para el encuadramiento de todos estos fenómenos, puede cumplir satisfactoriamente ese cometido. La experiencia muestra, en efecto, que no todas las vinculaciones son concentrativas en el sentido genuino del término, es decir, en el sentido de hallarse preordenadas para producir la

---

\*. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid.

integración empresarial. A menudo, obedecen a propósitos de otra naturaleza: de *cooperación* (agrupación de esfuerzos para mejorar las actividades propias); de *coordinación* (regulación de las relaciones de competencia); o de simple *racionalización* (reestructuración de la organización empresarial). No hay que descartar, sin embargo, que en muchos casos esos objetivos –cooperación, coordinación, racionalización y concentración– se solapen o superpongan. Partiendo de esta premisa y renunciando de antemano a definir un cuadro cerrado de las formas de vinculación empresarial, podemos ensayar una ordenación descriptiva de la fenomenología en función de la intensidad del vínculo establecido entre las empresas agrupadas. Si definimos la intensidad del vínculo atendiendo al grado de *unificación de la política empresarial* que entraña, observaremos que, normalmente, las uniones que tienen una finalidad estrictamente cooperativa son más débiles que las inspiradas en una finalidad de coordinación; y éstas, a su vez, suelen ser menos fuertes que las motivadas por razones de integración o de reorganización empresarial.

## 2. Uniones consorciales

Las denominadas uniones consorciales son probablemente las formas de vinculación empresarial menos intensas. No tienen por objetivo unificar las políticas empresariales de las empresas agrupadas, sino arbitrar mecanismos de cooperación aptos para promover o facilitar el desarrollo de sus propias actividades. Los consorcios se constituyen, en efecto, para abaratar determinados costes de explotación de las empresas asociadas (por ejemplo, los costes relativos a la comercialización de un producto o a la implantación de un sistema informático) o para afrontar inversiones que exceden de la capacidad financiera o del nivel de riesgo que puede asumir cada una de ellas (por ejemplo, un programa de investigación en I + D o la apertura de una oficina común en el extranjero). La causa que los anima es una causa mutualista, y ello con independencia de la forma jurídica que adopten, que puede ser muy variada:

a) El ordenamiento societario cuenta con algunas figuras *ad hoc*, específicamente pensadas para cumplir fines consorciales. Una de ellas es la *cooperativa* de empresarios (por ejemplo, las cooperativas farmacéuticas o de minoristas); pero aquí hemos de destacar sobre todo la *agrupación de interés económico*, cuya finalidad legal típica es precisamente “facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios” (art. 2.1 LAIE).

b) Otra figura que merece ser recordada en este contexto es la *unión temporal de empresas*. Prevista en el artículo 7 de la Ley de 26 de mayo de 1982,

sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas, su cometido es arbitrar un "sistema de colaboración entre empresarios [...] para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro". Dentro de las distintas formas de consorcios, la unión temporal está orientada a facilitar aquellas modalidades de cooperación interempresarial necesarias para llevar a cabo obras que, por su envergadura, sobrepasan las capacidades individuales de quienes la forman. No es de extrañar, por ello, que se hayan desarrollado especialmente en el sector de las obras públicas y construcción de grandes infraestructuras.

La naturaleza jurídica de la figura es sumamente controvertida. Un sector de la doctrina especialmente autorizado viene entendiendo que debe calificarse de sociedad colectiva, puesto que su objeto es la realización de una empresa mercantil, aunque sea señalada o delimitada (por ejemplo, la construcción de un tramo de autopista). No obstante, a la vista del artículo 7.2 de la referida Ley ("la unión temporal de empresas no tendrá personalidad jurídica propia"), hay que dudar de la exactitud de esa calificación, puesto que, en la construcción legislativa, la sociedad colectiva es necesariamente una sociedad externa o sociedad personificada. Por ello, probablemente lo más adecuado sea considerar la unión temporal como una sociedad interna *sui generis*, cuyo régimen subsidiario ha de buscarse en la sociedad civil. No se nos oculta, sin embargo, que el carácter interno de esta sociedad se encuentra debilitado por ciertas previsiones legales, en especial por la relativa a la existencia de una razón social, que ciertamente no resulta fácil de conciliar con la figura de la sociedad interna. Con todo, nos parece que ésa es la calificación procedente. En este sentido, resulta significativo que la figura del gerente no se configure como órgano social, sino como apoderado singular de todos los miembros (v. art. 8 d) de la Ley); o que la unión temporal no disponga de un patrimonio social afecto con carácter real al fin común (v. art. 8 e) 5 de la Ley). Se trata, según hemos visto en su momento, de características muy específicas de las sociedades internas.

c) Como figura consorcial, resulta igualmente destacable la *sociedad civil*, que ofrece cobertura a las modalidades de cooperación interempresarial más rudimentarias y también más difundidas en la práctica: las ocasionales y las no necesitadas de una organización compleja (v. gr.: el acuerdo de dos empresas para realizar conjuntamente una campaña publicitaria o para adquirir y usar en común maquinaria muy costosa). La vida de los negocios registra, en efecto, una incontable variedad de acuerdos de cooperación entre empresas que, no obstante el silencio de los contratos, debe reconducirse al esquema de la sociedad civil interna (art. 1669 CC). Por su interés para el estudioso del

Derecho mercantil habría que destacar los llamados “créditos sindicados” y los “consorcios de emisión”, cuyas variantes fenomenológicas son innumerables. Se trata básicamente de supuestos en que dos o más bancos se asocian a fin de realizar operaciones propias de su actividad: p.e., la concesión de un crédito por lo general muy cuantioso o la colocación de emisiones de acciones u obligaciones (simple, con asunción del resultado, con garantía, etc.). Aun cuando no siempre se reconoce así, la naturaleza societaria de estas operaciones resulta indiscutible a la vista del fin común consorcial que las anima y de la circunstancia de que el resultado negocial perseguido sólo puede alcanzarse mediante la colaboración de todos. Naturalmente, se trata de una sociedad interna (*ad extra* hay independencia de relaciones jurídicas), meramente ocasional y que carece de patrimonio común.

d) Finalmente, ha de recordarse que las uniones consorciales pueden arbitrase, además, a través de cualquiera de los tipos societarios generales que conoce el Derecho mercantil, desde la sociedad colectiva a la sociedad anónima.

### 3. Sindicatos y cárteles

Los sindicatos y cárteles entrañan un grado mayor de unificación de las políticas empresariales de las sociedades que los suscriben, puesto que sus objetivos típicos son coordinar las estrategias de las empresas con el fin de regular y, en definitiva, de reducir o excluir la competencia entre ellas. Las modalidades de aparición son muy variadas, en función de que busquen establecer precios (cárteles de precios) o condiciones de venta unitarias; limitar la producción o asignar a cada empresa una determinada cuota de producción (cárteles de contingencia); distribuir territorialmente los mercados (cárteles de reparto de mercados); estandarizar los productos (cárteles de racionalización); repartirse la actividad dentro de un proceso productivo (cárteles de especialización); organizar la venta en el extranjero (cárteles de exportación); etc.

Bajo el cártel se esconde normalmente, aunque no necesariamente, un contrato de sociedad. La razón de esta calificación se halla, en la existencia de un fin común, que se cifra en la intención de influir sobre el mercado (el hecho de que cada partícipe aspire a obtener una ventaja individual no es incompatible con la existencia de un fin común *stricto sensu*). La sociedad civil (interna) constituye la forma usual de los *cárteles simples* dirigidos a fijar precios y condiciones unitarias o a repartirse los mercados a través de acuerdos meramente obligatorios que no trascienden al exterior. No obstante, en algunas ocasiones,

cuando el cártel está llamado a tener relaciones externas, las partes suelen recurrir a formas societarias con personalidad jurídica y, en especial, a la sociedad anónima y la sociedad limitada. Esto ocurre normalmente cuando el cártel o sindicato se constituye con un órgano central de vigilancia y control, de distribución de productos, de centralización de ventas, etc. En tales supuestos, el grado de unificación de las empresas vinculadas es mayor, puesto que su autonomía se supedita a las directrices y consignas de ese órgano central.

No hace falta decir que la sociedad normalmente será nula por infracción de la prohibición de las prácticas colusorias contenida en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Quedan a salvo, no obstante, las hipótesis en que el cártel se halle autorizado o exento en los términos previstos en los artículos 2 a 5 de la citada Ley (v. art. 1.2 LDC).

#### **4. Alianzas estratégicas, comunidades de intereses y grupos de sociedades**

De todas las figuras anteriores han de distinguirse aquellas uniones de empresas directamente establecidas con el fin de influir en la gestión y, por tanto, con el efecto de reducir la autonomía económica y organizativa de sus miembros. Aun cuando el objetivo explícito de estas uniones es la unificación de las políticas empresariales, pueden distinguirse diversos grados de intensidad. Cabe mencionar, en primer lugar, las *comunidades de ganancias* o *pools*, en cuya virtud dos o más empresas acuerdan poner en común sus ganancias durante un determinado período contable o de manera indefinida y distribuir-las de conformidad con determinados criterios. Las ganancias objeto del acuerdo pueden ser todas, aunque a menudo se limitan a las generadas en una determinada rama de actividad. Frecuentemente, también se complementa la pura comunidad de ganancias con acuerdos de intercambio de información, de clientes o de tecnología, con el establecimiento de participaciones recíprocas, con el nombramiento de administradores cruzados e incluso con el compromiso de gestionar en común las distintas empresas. De esas comunidades de ganancias y comunidades de intereses no es fácil separar lo que en medios financieros acostumbra a denominarse *alianzas estratégicas*, cuya finalidad consiste normalmente en sentar las bases de políticas empresariales -sectoriales o generales- comunes. Los acuerdos que están en la base de dichas alianzas suelen reforzarse con intercambios de información, de administradores, de participaciones o de activos industriales especialmente valiosos y, con frecuencia, constituyen el primer paso en el camino hacia una mayor integración a través de la fusión o de la creación de un grupo de empresas. Desde el punto

de vista jurídico, todas estas combinaciones -comunidades de ganancias, comunidades de intereses, alianzas estratégicas, etc-, en la medida en que normalmente se reflejan en acuerdos puramente obligatorios entre las partes, deben calificarse como sociedades civiles internas. No hay que descartar, sin embargo, que se recurra a tipos societarios externos, sean consorciales (por ejemplo, la agrupación de interés económico) o generales (sociedad anónima o limitada), con el fin de crear un órgano de gestión común.

En el tramo final de la escala de las vinculaciones empresariales el *grupo de sociedades*, que se caracteriza precisamente por un mayor grado de unificación de la política empresarial de las empresas agrupadas. El grado de unificación o centralización de la dirección empresarial varía notablemente de unos grupos a otros, y en este sentido hay que distinguir los grupos simples y los grupos cualificados.

##### 5. Referencia a la *joint venture* o sociedad conjunta

Las distintas formas de integración empresarial que hemos descrito para ordenar la vinculaciones entre empresas son parte de una tipología fluida donde no es fácil trazar fronteras. De hecho, según advertíamos, los fines buscados con las distintas formas de vinculación a menudo se solapan o superponen. Una muestra muy ilustrativa de esta polivalencia funcional de las formas de vinculación nos la ofrece la *joint venture* o sociedad conjunta, que puede constituirse tanto con fines de cooperación, como de coordinación, como de concentración *stricto sensu*. Por esta razón, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, el problema característico que presentan las sociedades conjuntas consiste en determinar si están fuera de la disciplina protectora de la libre competencia, si quedan comprendidas en el ámbito de las prácticas colusorias o si caen bajo el control de concentraciones (resulta instructiva a este respecto la *Comunicación de la Comisión Europea sobre operaciones de concentración y de cooperación*)

La figura de la *joint venture* abarca una gama amplísima de acuerdos de colaboración entre empresas y pueden dar lugar a acuerdos de naturaleza puramente contractual o dar origen a una nueva sociedad. El caso paradigmático es el de las filiales comunes. En su expresión más típica, la filial común constituye una sociedad -generalmente una sociedad anónima o de responsabilidad limitada- constituida y participada al cincuenta por ciento por dos empresas o grupos de empresas con el objeto de introducirse en un nuevo mercado (por ejemplo, una compañía extranjera se asocia con un socio "local" para aprove-

char su red de distribución); para desarrollar un nuevo producto (dos compañías automovilísticas se asocian para desarrollar un nuevo prototipo); o para cualquier otro fin de interés común. La sociedad conjunta constituye a menudo un reto para el jurista cautelar, pues ha de elaborar los estatutos de la sociedad y, en su caso, los pactos parasociales de los socios, con el fin de reglamentar el reparto de los poderes de gestión, de los beneficios (que a menudo no coinciden con la proporcionalidad del voto), los derechos de veto y las formas arbitrales para salir de las situaciones de bloqueo e *impasse*.

La constitución de la *joint venture* viene precedida de ordinario por un acuerdo entre las partes en el que establecen las bases de la colaboración (*joint venture agreement*). El acuerdo recoge la decisión de crear la nueva sociedad, sus objetivos y las reglas básicas de su organización y funcionamiento. Este acuerdo preliminar –un verdadero precontrato– debe calificarse como sociedad civil interna, que tiene por objeto la fundación de la sociedad conjunta. La sociedad civil se extingue, como es natural, cuando se cumple el fin social, es decir, cuando se constituya la *joint venture*.

## II. SIGNIFICADO GENERAL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

### 6. La noción de grupo de sociedad: unidad doctrinal *versus* variedad legal

Como hemos anticipado, la figura prominente dentro de la fenomenología de las vinculaciones empresariales es, sin duda alguna, *el grupo de sociedades*, que puede definirse como la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria. Los elementos básicos de esta definición son dos. El primero viene dado por la *independencia jurídica* de las sociedades que forman parte del grupo. Las sociedades agrupadas mantienen, en efecto, su autonomía jurídica tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito organizativo. El segundo elemento –el elemento verdaderamente decisivo– consiste en la *unidad de la dirección económica* de las sociedades agrupadas. Sólo cabe hablar de grupo, en efecto, cuando la diversidad de sus miembros está efectivamente sujeta a la unidad de dirección, de tal modo que, en realidad, existe una estrategia general del conjunto fijada por el núcleo dirigente que articula la actividad de todas las sociedades.

La dirección unitaria determina la sujeción de las empresas agrupadas a una política empresarial común, que puede afectar a uno o más aspectos de la actividad (política de producción, política comercial, política de personal, etc.) en función de los grados de centralización o descentralización del grupo,

que en la práctica son muy variados. En todo caso, para que efectivamente pueda hablarse de una dirección unitaria parece necesario que al menos se hallen centralizadas las decisiones financieras (decisiones sobre necesidades de capital y modos de cubrirlas, sobre políticas de dividendos y reservas, sobre redistribución de recursos financieros del grupo entre unos y otros proyectos presentados por las distintas sociedades, etc.). Conviene advertir que, con arreglo a este planteamiento, que en general es pacífico en la doctrina, lo específico del grupo de sociedades no se halla propiamente en la existencia de una situación de dominio o control de unas sociedades por parte de otras (sociedades dominantes y sociedades dependientes), sino en la existencia de una efectiva dirección económica unitaria. El grupo no es relevante en el Derecho *general* de sociedades porque exista una relación de control entre una sociedad y otra (esto puede ser relevante a determinados efectos particulares). La relevancia jurídica del grupo proviene de la efectiva integración de la política empresarial de las sociedades, pues sólo en ese caso cabe afirmar que existe una empresa unitaria –la empresa policorporativa- bajo la diversidad de formas jurídicas. Se puede decir, por ello, que la situación de control viene a ser la antesala del grupo.

Es cierto, sin embargo, que una buena parte de los textos legales que delimitan en nuestro ordenamiento la noción de grupo no se fijan en la “dirección económica unitaria”, sino que se conforman con la existencia de una “relación de dominio o control”. Es ilustrativo en este aspecto el artículo 42 del Código de Comercio. La noción de grupo que recoge esta norma no se funda, en efecto, en la dirección unitaria, sino en la mera posibilidad de dirección unitaria que brinda la existencia de control. Y aún desde esta perspectiva, el precepto delimita la noción de grupo de una manera muy restringida, circunscribiéndola a los supuestos en que una sociedad: (a) posee directamente la mayoría de los derechos de voto de otra; (b) puede disponer de la mayoría de los votos en virtud de acuerdos celebrados con otros socios; (c) tiene la facultad de nombrar y revocar a la mayoría de sus administradores; y (d) ha nombrado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los administradores durante tres ejercicios. En la misma línea se orienta el artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas, aunque ofrece una definición de la relación de control considerablemente más amplia. De acuerdo con este último precepto, se produce una relación de dominio o control siempre que una sociedad pueda ejercer una *influencia dominante* sobre la actuación de otra. Y se presume que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se verifica alguno de los supuestos contemplados por el artículo 42 del Código de Comercio y, además, “cuando la mitad más uno de los consejeros de la domi-

nada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta”.

No hay que olvidar, sin embargo, la existencia de otros preceptos legales que delimitan la noción de grupo atendiendo al criterio de la dirección unitaria efectiva. Son paradigmáticos en este sentido el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, el artículo 78.1 de la Ley de Cooperativas y el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores que, correctamente interpretado, define el grupo en función de dos factores. El primero es el control o posibilidad de influencia dominante, que resulta definido en términos amplios. El segundo, es la “unidad de decisión”, cuyo significado material, como es manifiesto, es equivalente al de dirección unitaria. El tenor literal del precepto no es, sin embargo, muy afortunado: “se considerarán pertenecientes al mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás o porqué dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto”. El párrafo segundo precisa, en términos similares a los previstos por el artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas, los supuestos en que ha de presumirse la existencia de unidad de decisión.

Esta variedad de formulaciones legales ha suscitado la perplejidad y la duda entre los intérpretes. Nuestra doctrina ha discutido largamente, en efecto, acerca de cuál es el *concepto general de grupo de sociedades jurídicamente relevante en el Derecho español* y, por tanto, el concepto aplicable en todos aquellos casos en que la ley se refiere al grupo (por ejemplo, arts. 105.2 LSA, 29 LSRL) o en que la interpretación de una norma hace necesario tomar ese concepto en consideración (por ejemplo, art. 1 LDC, art. 34 LH o arts. 19 y 20 LCCh). Las posiciones se hallan enfrentadas entre quienes estiman que ha de acogerse como concepto general el recogido en el artículo 42 del Código de Comercio y quienes, por el contrario, atribuyen esa función al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores. Los resultados de esta discusión no parecen, sin embargo, satisfactorios. En el fondo, pensamos que la cuestión debatida se halla mal planteada, puesto que todas las definiciones legales existentes han sido formuladas a efectos de la aplicación de un determinado sector o conjunto normativo: el artículo 42 del Código de Comercio, a efectos de la aplicación de las reglas sobre la contabilidad consolidada; el artículo 87 de la Ley de Sociedades Anónimas, a efectos de la aplicación de la disciplina sobre autocartera y el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, a efectos de la aplicación de la normativa específica de este mercado. Únicamente el artículo 78.1 de la Ley de cooperativas tiene una vocación más general, aunque en todo caso su ámbito objetivo está limitado al “grupo cooperativo”.

No hay, por tanto, una noción legal de grupo de sociedades que cumpla una función general y, además, es lógico que no exista puesto que no existe una disciplina societaria general aplicable al grupo de sociedades. Tampoco hay, por esta misma razón, contradicción entre el concepto legal y el concepto doctrinal de grupo. El primero, está en función de los conjuntos normativos para los que fue creado. El segundo, en función de los problemas societarios generales que plantea el grupo de sociedades. Así pues, la noción de grupo habrá de seleccionarse y, eventualmente, elaborarse en función de la norma que en cada caso sea objeto de aplicación. En materia de préstamos, garantías y asistencia financiera por parte de la sociedad de responsabilidad limitada a sus socios, habrá de estarse obviamente a lo dispuesto por el artículo 42 del Código de Comercio porque así lo establece expresamente el artículo 10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Pero en otros casos, ante el silencio de la ley, el intérprete tendrá que atender a la *ratio* de la norma. Es manifiesto, en este sentido, que a la hora de aplicar el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el concepto relevante de grupo ha de ser el basado en la idea de dirección efectiva. La razón por la que la norma considera exentas las transmisiones intra-grupo de las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones no puede ser otra, en efecto, que la sujeción de todas las sociedades a una misma política, pues en caso contrario se contradiría la función de las cláusulas restrictivas. En cambio, con relación al caso previsto en el artículo 105.2 de la Ley de Sociedades Anónimas parece más oportuno recurrir a una noción basada en el control (el precepto se refiere a aquellos supuestos en que los estatutos sociales han limitado el número de votos máximo que puede emitir un solo accionista o “sociedades pertenecientes a un mismo grupo”). Con todo, la noción de control ha de aplicarse aquí *cum grano salis*, puesto que -de acuerdo con la interpretación más consolidada del precepto- las acciones afectadas por un pacto de sindicación del voto no deben quedar incluidas en la limitación.

Sentado lo anterior, podemos volver a la noción general de grupo que ofrecíamos al comienzo de este apartado, en el bien entendido de que ha sido elaborada doctrinalmente en contemplación de los problemas societarios generales que plantean los grupos de sociedades, tal y como serán analizados en la última parte de este capítulo (protección de accionistas y acreedores). En todo caso, conviene señalar que el acogimiento de esa noción no se justifica en virtud de la extensión o generalización de la definición legal contenida en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores o en el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino de la especificidad de los problemas y de las necesidades que trata de cubrir. Si acaso fuera conveniente buscar amparo en una norma positiva, esa tendría que ser la contenida en el artículo 78.1 de la Ley de Cooperativas, que —como

se ha adelantado ya— ofrece una definición general del grupo cooperativo (“se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades”).

## 7. Tipología básica de los grupos de sociedades

Si reservamos la noción de grupo para referirnos, con las cautelas antes establecidas, a aquellos supuestos en que una pluralidad de empresas queda sujeta a una dirección económica común, resulta claro que la tipología básica de los grupos de sociedades ha de ordenarse en función del origen y naturaleza de esa dirección económica común o unitaria. Bajo esta perspectiva, pueden ensayarse varias clasificaciones de la fenomenología.

a) La primera distingue entre *grupos de derecho* y *grupos de hecho*. Los *grupos de derecho* serían aquellos que resultan de la adopción de los cauces jurídicos taxativos eventualmente previstos para la creación del grupo (por ejemplo, un contrato de dominación) y a cuya organización y funcionamiento se asocia un régimen jurídico excepcional que deroga ciertas reglas generales del Derecho de sociedades (se legitima el poder de dirección de la sociedad dominante; se subordina el interés de las sociedades al interés del grupo) estableciendo, en contrapartida, mecanismos de protección para los socios minoritarios y los acreedores sociales. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (como el alemán y, más recientemente, el portugués), en nuestro Derecho no están regulados estos cauces con carácter general y, por tanto, en rigor, tiene poco sentido hablar de grupos de derecho<sup>1</sup>. La única figura relevante en el ámbito doméstico es la del *grupo de hecho*, que es también, por lo demás, la más extendida en los ámbitos foráneos mencionados. Los grupos de hecho, como se ha dicho con acierto, se definen negativamente por fundarse en circunstancias de variada índole -participaciones mayoritarias, acuerdos

---

<sup>1</sup> La única excepción la encontramos en el ámbito de las cooperativas, cuya reciente legislación contempla un “grupo de derecho” constituido en virtud del correspondiente *acuerdo de integración* que ha de formalizarse en escritura pública (art. 78.4 LC) e inscribirse en el Registro de Sociedades Cooperativas (art. 78.5 LC). La regulación sustantiva del fenómeno es, sin embargo, deficiente o insuficiente, pues no se contemplan las prerrogativas de la sociedad cabeza del grupo ni los mecanismos de defensa de los intereses involucrados en las sociedades dependientes.

parasociales, uniones personales, etc- a los cuales la ley no asocia, en principio, un régimen jurídico particular.

b) Más significativa es la clasificación basada en la naturaleza de las relaciones de las que nace o en las que se apoya la dirección común. Bajo esta perspectiva, pueden distinguirse los *grupos dominicales*, los *grupos contractuales* y los *grupos personales*. Los más importantes son, sin vacilación alguna, los *grupos dominicales*, así llamados por fundarse el control y la efectiva dirección de la sociedad matriz sobre la propiedad de las participaciones de las sociedades dependientes. Las posibilidades de articulación del grupo son muy diversas en función de cómo se detenten las participaciones: grupos radiales, piramidales, circulares, etc. Lo distintivo, en todo caso, es que la sociedad dominante ostenta, directa o indirectamente, la titularidad del paquete de control.

Los *grupos contractuales* se caracterizan porque en ellos la dirección común o unitaria tiene su origen en relaciones contractuales entre la sociedad dominante y las sociedades dependientes. La tipología de esos contratos es muy variada. De un lado, han de incluirse en esta categoría los denominados contratos de empresa, como el contrato de atribución de ganancias (por el cual una sociedad se obliga a transferir sus ganancias a otra sociedad, a cambio de que aquélla le asegure ciertos rendimientos), el contrato de arrendamiento o cesión de la explotación de la empresa (por el cual una sociedad cede a otra la explotación y disfrute de la empresa contra un determinado precio), el contrato de gestión de empresa (por el cual una sociedad se obliga a gestionar los negocios de otra sociedad en nombre y por cuenta de ésta), entre otros, algunos de los cuales presentan problemas de licitud dado que implican que una sociedad deje de explotar su empresa de manera independiente, de acuerdo con la orientación de su propia administración y en persecución de su interés social propio y con vista a distribuir las ganancias entre sus socios. De otro lado, también pueden integrarse en ella aquéllos contratos ordinarios que, en casos concretos, son igualmente susceptibles de crear relaciones de dependencia o sumisión a una dirección económica única entre sociedades (contratos de licencia, contratos de suministro, contratos de préstamo, contratos de distribución, etc.). Y, del mismo modo, deben incluirse en este apartado los contratos que están en la base de buena parte de los llamados grupos de subordinación, a los que aludiremos en seguida.

Los *grupos personales* se distinguen, en fin, por tener su origen en relaciones personales. La dirección económica unitaria se funda en la identidad o comunidad de los administradores. No es que los administradores coincidan

porque hay grupo (basado en otras circunstancias y, especialmente, en la titularidad de las participaciones de control por parte de las mismas sociedades o de los mismos accionistas). Antes al contrario: hay grupo porque los administradores coinciden. La coincidencia se basa normalmente en razones familiares o financieras. Algunos preceptos de nuestra legislación contemplan esta hipótesis al presumir, adecuadamente, la existencia de un grupo cuando se produce una comunidad de la mayoría de administradores (v. arts. 4 II LMV y 87.2 LSA, ambos *in fine*).

c) Una tercera clasificación, fundada en la estructura de la dirección común, distingue entre los *grupos de subordinación* y los *grupos de coordinación*. El grupo de subordinación -o grupo vertical- es el grupo por excelencia y, de hecho, la mayor parte de la fenomenología que nos muestra la práctica se ajusta a este modelo de organización. Estos grupos se caracterizan por hallarse las sociedades agrupadas en una relación jerárquica de dependencia entre sí. Hay una sociedad dominante y, por debajo, están las sociedades dependientes. La dirección común tiene, pues, una estructura autocrática. En cambio, lo específico de los grupos de coordinación -o grupos horizontales- es su estructura democrática o, si se prefiere, paritaria. En este caso, en efecto, las sociedades agrupadas, aun cuando se hallan sujetas a una dirección económica unitaria, se mantienen independientes y, como tales, participan en la definición de la política empresarial común. Las sociedades transfieren voluntariamente las competencias decisorias a una instancia superior de dirección de la que forman parte en pie de igualdad. Y la forma de articulación de esa instancia central, a la que se responsabiliza de la coordinación de las actividades de las sociedades agrupadas, puede traducirse en la creación de una sociedad, que actuará como órgano especial de dirección o asumir modalidades más discretas con eficacia meramente interna, en cuyo caso nos hallaremos nuevamente ante una sociedad civil interna.

Debe advertirse, sin embargo, que la incardinación de los grupos de coordinación dentro del concepto de grupo de sociedades no es, en absoluto, pacífica entre los tratadistas. Un autorizado sector de la doctrina considera, en efecto, que, dada la debilidad de la estructura sobre la que se apoya la dirección común, deberían dejarse fuera de la noción de grupo. Por nuestra parte, y aún sin llegar a este extremo, hemos de reconocer que ciertamente en muchos casos los grupos de coordinación se encuentran más cerca de las vinculaciones consorciales y de los sindicatos y cárteles, a los que anteriormente nos hemos referido, que de los grupos de sociedades en el sentido más exigente del término. La experiencia enseña, por lo demás, que la dirección unitaria, amenazada siempre por posibles desavenencias entre las partes, es con frecuencia precaria.

## 8. Función económica de los grupos de sociedades

En muchos casos, la formación del grupo de sociedades es el resultado de un proceso de concentración económica (integración lateral, vertical u horizontal). Así sucede, desde luego, cuando el grupo se forma externamente, es decir, cuando una sociedad adquiere el control sobre otras sociedades mediante la adquisición de la mayoría del capital (por ejemplo, mediante una OPA) o mediante otras técnicas contractuales o personales. Sin embargo, no hay en rigor integración o concentración económica cuando el grupo se origina internamente, mediante la reorganización de una sociedad en filiales (segregación de activos) o por medio de la paulatina constitución de nuevas sociedades para diversificar el crecimiento de la empresa y encauzar la explotación de las nuevas oportunidades de negocio que van presentándose. Por tanto, frente a lo que a menudo se afirma, el fenómeno de los grupos no puede asociarse exclusivamente a la concentración económica. De hecho, incluso en los supuestos de génesis externa, el grupo no se caracteriza específicamente por su función concentrativa, ya que ésta puede realizarse a través de otras vías alternativas y, señaladamente, a través de la fusión. Es de observar, por ello, que la especificidad del grupo de sociedades no radica tanto en la concentración de activos empresariales (el grupo no es una cuestión de tamaño), sino en la racionalización de la estructura de la empresa (el grupo es una cuestión de organización). En este sentido, el grupo de sociedades ha de verse sobre todo como una forma de empresa -la empresa policorporativa- y, bajo este punto de vista, entenderse como una respuesta organizativa de las fuerzas del mercado a las exigencias de racionalización que impone el crecimiento de las empresas en dimensión, complejidad, nivel de actividades e implantación territorial.

Los factores que intervienen en ese proceso de racionalización son de muy diversa índole. Entre ellos destacan, en primer lugar, *la diversificación de riesgos*. Los grupos se forman a menudo con el fin de reducir el riesgo empresarial: fragmentando la empresa en distintas unidades, con personalidad jurídica propia, se crean compartimentos estancos y se aminora el riesgo general de insolvencia (la quiebra de una unidad no contagia a las demás). No obstante, la diversificación de riesgos puede ser también geográfica. Y en este caso, la organización del grupo mediante sociedades "nacionales" o "regionales" limita los riesgos asociados a cada de una de las economías nacionales o regionales a las filiales que operan en ellas. Otro factor a tener en cuenta en la génesis de los grupos es *la especialización de actividades*. Las estructuras de grupo se revelan, en efecto, especialmente indicadas para los llamados "conglomerados empresariales", pues las exigencias de dirección y gestión de las

múltiples actividades pueden atenderse mejor mediante estructuras jurídicas independientes. Y, finalmente, también suele ser determinante en la formación de los grupos *la flexibilización de la organización*. Ello es así, porque la división de la empresa en unidades jurídicas independientes facilita la descentralización de la administración (la cercanía de las decisiones a los centros de interés), la ordenación y programación de la actividad del grupo y la circulación de las unidades económicas (transmisión de empresas, escisión, fusión, etc.).

Por lo demás, es conveniente señalar que al lado de esos factores principales existen otros motivos circunstanciales que pueden inducir la constitución de un grupo. En ocasiones, así sucede por imposiciones legales (por ej., la normativa bancaria prohíbe a las entidades de crédito desarrollar directamente otras actividades distintas de las crediticias, de modo que si quieren desarrollar una actividad industrial han de hacerlo mediante la creación de sociedades independientes) y en otras así ocurre debido a exigencias fiscales o a simples razones de conveniencia financiera.

### III. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

#### 9. Planteamiento de la cuestión: el desfase entre el Derecho de sociedades y la realidad de los grupos de sociedades

Una vez delimitados los contornos económicos del fenómeno de los grupos, hemos de analizar su problemática jurídica, y la primera cuestión que se presenta en este ámbito consiste precisamente en discernir por qué resulta jurídicamente relevante el grupo de sociedades. La respuesta a este interrogante tiene que ver con el desfase existente entre la estructura del Derecho de sociedades y la realidad organizativa y patrimonial de las sociedades que forman parte de un grupo. El Derecho de sociedades ha sido construido tradicionalmente bajo el modelo de una sociedad independiente, con una voluntad social propia formada en el seno de sus órganos y actuando en persecución de un interés social autónomo. Al introducirse el grupo en este escenario, se producen algunas distorsiones que es necesario reajustar y algunas deficiencias que es necesario suplir. Un buen ejemplo de las primeras son las distorsiones contables, que tratan de reajustarse o corregirse mediante la obligación de consolidación contable. Pero es probablemente en el terreno de las deficiencias donde se sitúan los problemas más graves. La intervención del grupo determina importantes lagunas de protección que, como frecuentemente sucede en la

experiencia jurídica, están llamadas a ser colmadas por la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del desarrollo del Derecho *secundum legem*. Las mencionadas lagunas de protección se registran tanto en el centro como en la periferia del grupo:

a) En el centro –en la sociedad dominante–, porque la organización de la empresa bajo la estructura de grupo erosiona intensamente las competencias de la Junta general y, por tanto, el papel de los accionistas. La razón de ello se comprende fácilmente: la transferencia de la explotación empresarial a sociedades filiales desapodera a la Junta general de accionistas de la sociedad matriz de las decisiones de su incumbencia sobre esos activos. Las competencias pasan al órgano de administración, que es quien concurre a las Juntas generales de las sociedades dependientes en representación de la matriz. Esta circunstancia determina la necesidad de configurar instrumentos de protección de los accionistas de la sociedad matriz, especialmente en el momento de la formación del grupo mediante la llamada filialización de actividades.

b) En la periferia del grupo, las lagunas de protección surgen como consecuencia de la quiebra de la autonomía de las sociedades filiales. Esta quiebra se advierte tanto en el plano organizativo como en el plano patrimonial. En el plano organizativo, porque la sociedad se ve sujeta a una dirección externa, cuya determinación queda en buena medida fuera de la esfera de influencia y decisión de sus órganos de gobierno. La Junta general queda vaciada de contenido; es como un órgano fantasma, algo así como el alargamiento del órgano de administración central. Algo similar ocurre con el órgano de administración, que queda muy limitado o mediatizado por su dependencia jerárquica de la dirección del grupo. También corre riesgo de alterarse la ley que preside la organización y gestión de la sociedad filial –el interés social– a manos de la ley que preside la organización y gestión del conjunto –el interés del grupo.

En el plano patrimonial, la autonomía de cada sociedad queda también expuesta al riesgo permanente de resultar desbaratada por las políticas de transferencias que tienen lugar en ese mercado interno que surge dentro del grupo: transferencias de activos de una sociedad a otra; transferencias de capitales; transferencias de actividad; transferencias de personal; transferencias de pérdidas o de ganancias. Es sabido que, de manera abierta u oculta, los grupos suelen ajustar los intercambios y transferencias en función de conveniencias estratégicas, que generalmente coinciden con los intereses de la sociedad dominante. Por ejemplo, los beneficios aflorarán allí donde convenga hacerlos aflorar, que puede ser la sociedad dominante o en otra sociedad filial. Las técnicas empleadas al efecto son muy variadas y, a menudo, también muy sofisti-

cadras, pero en último término se sustancian todas en contratos internos o relaciones intragrupo. Por ejemplo, si hay excedentes en la sociedad A y quieren llevarse a la sociedad B, se concertarán contratos de asistencia técnica o de licencia (para transmitir conocimientos de una sociedad a otra a cambio de los correspondientes *royalties*); se venderán productos o materias primas a precios de transferencia, es decir, a valores que no se corresponden con los de mercado, etc. Las posibilidades son, ciertamente, incontables.

Esta ruptura de la autonomía organizativa y patrimonial desemboca en la imperiosa necesidad de buscar mecanismos de protección para los socios externos de las sociedades filiales (es decir, para los socios minoritarios de las sociedades filiales) y, en ocasiones también, para los propios acreedores de las sociedades filiales. Y estos son los retos o desafíos que plantea al jurista el Derecho de grupos. Con frecuencia, nuestros tratadistas se muestran pesimistas respecto a la capacidad de la doctrina y de la jurisprudencia para construir mecanismos de protección eficaces en los intersticios del Derecho en vigor y, por ello, reclaman insistentemente la intervención de legislador. Nuestro punto de vista es algo más optimista respecto de la labor de la doctrina y también algo más desconfiado acerca de la capacidad del legislador para regular de manera precisa y correcta cuestiones tan complejas. Pensamos, en efecto, que el Derecho de sociedades cuenta con principios y técnicas suficientes para solventar los problemas más graves. Si hasta el presente no se ha avanzado mucho en esa dirección, se debe en buena medida a la atrofia que ha sufrido la parte general del Derecho de sociedades y a la persistente elaboración de la doctrina de las sociedades de capitales de espaldas a ella.

#### **10. La formación del grupo de sociedades y la protección de los accionistas de la sociedad dominante**

La formación del grupo de sociedades tiene lugar a menudo mediante la fundación de nuevas sociedades o la adquisición de otras ya preexistentes que explotan negocios incluidos en el objeto social. El crecimiento de la empresa por esta vía determina una cierta limitación de las competencias de la Junta general y, por tanto, de los derechos administrativos de los accionistas de la sociedad matriz, toda vez que las decisiones soberanas en relación con esas sociedades quedan de hecho transferidas al órgano de administración. Consciente de los riesgos que pueden entrañar estas prácticas, el ordenamiento disponía hasta hace poco de una cautela *ad hoc*, a decir verdad más formal que material. Nos referimos a la denominada cláusula de objeto indirecto recogida

en el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil de 1.989, en cuya virtud la posibilidad de desarrollar la empresa mediante sociedades filiales quedaba supeditada a la existencia previa de la correspondiente autorización estatutaria. Pero la cláusula fue suprimida en la reforma reglamentaria de 1.995, por lo que ahora ha de entenderse –de conformidad con la doctrina tradicional- que el órgano de administración está sin más facultado para fundar o adquirir sociedades filiales, siempre y cuando su objeto coincida con el de la sociedad dominante (v. STS 9-V-1986; RDGRN 6-XII-1954; 18-V-1986). La reforma de la reforma, controvertida sobre todo por aquellos que veían en el viejo artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil una pieza adelantada del Derecho de grupos por venir, ha de considerarse acertada. A nuestro modo de ver, en efecto, los inconvenientes prácticos que ocasionaba la cláusula de objeto indirecto eran muy superiores a sus ventajas. El problema que trataba de atajar no reviste, por lo demás, especial gravedad, puesto que al fin y al cabo la formación del grupo por esa vía no afecta al corazón del negocio, que continúa en manos de la sociedad matriz.

El verdadero problema se presenta cuando la formación del grupo afecta al corazón del negocio, es decir, cuando conduce a hurtar a la sociedad matriz y, por tanto, a sus accionistas el control directo de partes sustanciales de la explotación. El supuesto paradigmático se presenta con las llamadas operaciones de *filialización*, que tienen lugar cuando una sociedad operativa se reestructura como sociedad *holding*. La estrategia empleada a tal fin consiste en segregar los activos industriales o comerciales que constituyen la base de la explotación a favor de una o varias filiales de nueva constitución. La sociedad aporta los activos y, a cambio, obtiene las participaciones.

Los riesgos asociados a estas operaciones de reorganización son manifiestos. El origen de todos ellos, según se ha recordado ya, radica en la alteración material de la distribución de competencias entre los órganos de la sociedad que traen consigo. Dicha alteración se traduce en el incremento de los poderes del órgano administrativo y en el correlativo debilitamiento de las facultades de la Junta general, a la que de este modo se sustraen, por ejemplo, las decisiones sobre política del capital o sobre política de dividendos. En efecto, si la sociedad matriz queda reducida a una pura sociedad *holding*, la captación de recursos para acometer nuevos proyectos de inversión a través de las oportunas ampliaciones de capital se decidirá en las sociedades industriales operativas y, por tanto, la decisión quedará en manos de los administradores, que son los encargados de gestionar las participaciones de la sociedad matriz. Lo propio sucederá con la política de dividendos. Si el órgano de administración pretende no distribuir dividendos, le bastará con reservar en la filial

todos sus beneficios. De esta manera, no lucirán en el balance de la *holding* y, por tanto, no podrán ser distribuidos. Los accionistas quedan privados de su facultad de aplicar el resultado.

Esta notable laguna de protección debe ser colmada por la doctrina del Derecho de grupos, y a tal efecto parece imprescindible devolver a la competencia de los accionistas las decisiones de filialización. En este sentido, es obligado entender que la segregación de activos sustanciales de la explotación no es un simple acto de gestión empresarial que pueda ser decidido por los administradores de la sociedad. Es un acto de reorganización empresarial y, siendo así, las más elementales exigencias de la razón jurídica claman porque sea la Junta general el órgano competente para aprobarlo, máxime si se tienen en cuenta sus consecuencias limitativas de los derechos y poderes de los accionistas. Así lo tiene reconocido ya, aunque sea *obiter dicta*, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (v. RDGRN 4-X-1994; 10-VI-1994).

No obstante, una adecuada protección de los accionistas exige, a nuestro modo de ver, alguna garantía adicional. Conscientes de ello, algunos tratadistas han considerado que la filialización, en la medida en que determina la transformación de una sociedad operativa en sociedad *holding*, comporta una alteración radical del objeto social —la sustitución de un objeto de explotación industrial por un objeto de administración de participaciones— y que, por tanto, hace merecedores a los accionistas de la protección dispensada por el ordenamiento para el caso de sustitución del objeto social. De acuerdo con este planteamiento, a los accionistas ausentes o disidentes debería reconocérseles el derecho de separación en los términos previstos por los artículos 144 y 147 de la Ley de Sociedades Anónimas. Es de advertir, sin embargo, que este punto de vista, aun cuando ciertamente se halla bienintencionado, presenta algunos flancos a la crítica. Resulta artificioso, en efecto, considerar que la conversión de una sociedad operativa en *holding* entraña una sustitución del objeto social. El objeto sigue siendo el mismo, aunque se desarrolle de modo indirecto.

Esto no quiere decir, sin embargo, que la operación pueda ser acordada por los administradores al amparo de la cláusula de objeto indirecto o que no merezca más garantías que las de un simple acuerdo de la Junta general. El problema ha de discutirse en otra sede que guarde relación material con la sustancia de la operación. Y puesto que la filialización mediante la segregación de los activos esenciales de la explotación constituye una reorganización empresarial, esa sede no puede ser otra que la de las denominadas *modificaciones estructurales de la sociedad*. La Ley de Sociedades Anónimas ha contemplado expresamente algunas de estas modificaciones (fusión, escisión,

transformación, cesión global de activo y pasivo, etc.), pero guarda silencio sobre otras que igualmente implican una mutación sustancial de la estructura de la empresa y, entre ellas, sobre la que aquí nos ocupa. Y siendo ello así, el silencio o la inadvertencia del legislador ha de suplirse, de conformidad con los procedimientos analógicos establecidos en el Código Civil (art. 4.1), recurriendo a esta normativa y observando, en particular, las garantías de convocatoria, publicidad y *quorums* establecidos para el supuesto similar de la fusión (v. arts. 103 y 240 LSA). Este es, por lo demás, el punto de vista que parece ir afianzándose en nuestra doctrina.

### **11. La protección de los socios externos de las sociedades filiales**

El segundo problema fundamental del Derecho de grupos viene dado por la laguna de protección de los socios de la sociedad filial y, en particular, de los denominados socios externos. Los grupos de sociedades se caracterizan por la heterogeneidad de su masa social: de un lado, están los socios internos o socios de control, cuyo interés es maximizar el beneficio del grupo y, de otro, los socios externos, normalmente apartados de la gestión, cuyo interés consiste en maximizar el rendimiento de la sociedad en la que han hecho sus inversiones. Todos los problemas que se presentan en este contexto tienen su origen, en última instancia, en las dificultades existentes para conciliar el interés social y el interés del grupo. Es cierto que en muchos casos no tiene por qué haber oposición: una manera de maximizar el interés del grupo es maximizando el interés de todas sus unidades. Pero no lo es menos que en muchos otros surgirá la tensión, y cuando ello suceda la Junta general y el órgano de administración de la sociedad filial se verán inclinados, cuando no impelidos, a adoptar acuerdos o a realizar transacciones —v. *gr.*: transferencias intragrupo— que, por más que beneficien al grupo, resultan lesivos para la sociedad filial y, consiguientemente, para los socios externos. Por ello, es también misión de la doctrina de los grupos de sociedades ponderar el alcance de estos posibles conflictos y elaborar los remedios de que echar mano cuando se presenten. En nuestra opinión, hay que considerar por lo menos las siguientes posibilidades:

a) La primera se funda en las acciones de impugnación de los acuerdos y en las acciones de responsabilidad de los administradores reconocidas en el Derecho de sociedades anónimas. Es obvio, en principio, que los socios externos pueden recurrir a estos mecanismos generales de protección para instar la anulación de las decisiones de la Junta contrarias al interés social (art. 115

LSA) o para exigir de los administradores los daños causados por los actos lesivos para la filial (arts. 133 ss. LSA). El hecho de que tales actuaciones perjudiciales para la sociedad puedan justificarse en atención al interés del grupo no excluye la procedencia de los remedios generales, aunque quepa condicionarla o constreñirla en algunos casos.

En este aspecto, pueden distinguirse dos grandes tipos de acuerdos o de actos contrarios al interés de la sociedad filial: los puramente *distributivos*, es decir, aquéllos que no incrementan el valor del conjunto, sino que se limitan a desplazarlo de la filial a la sociedad dominante u otras sociedades del grupo (por ejemplo, la fijación de precios de transferencia fuera de criterios de mercado), y los realmente *productivos*, que se caracterizan por incrementar el rendimiento total del grupo, de tal manera que el perjuicio que experimenta la filial es inferior al beneficio que se logra en otras unidades (por ejemplo, la decisión de cerrar una fábrica rentable por existir otras dentro del grupo que operan de modo más eficiente). Las normas de impugnación y responsabilidad deben aplicarse incondicionadamente a los primeros, pero no a los segundos. El propio reconocimiento legislativo de la realidad de los grupos de sociedades apunta hacia la necesidad de reconocer alguna relevancia al interés del grupo.

No quiere decirse con ello que los actos productivos contrarios al interés de la sociedad filial y, específicamente, lesivos de los intereses de los socios externos no sean impugnables o no hagan surgir la responsabilidad de los administradores. Lo que pretende significarse es que, bajo determinadas condiciones, la eficacia de tales acciones de impugnación o de responsabilidad puede quedar enervada. Esas condiciones vienen dadas por la previsión de medidas adecuadas de compensación de la sociedad filial o incluso de los socios externos (por ejemplo, el pago de una indemnización de los daños o incluso el ofrecimiento a los socios externos de la posibilidad de canjear sus acciones por acciones de la sociedad dominante). El fundamento dogmático de esta solución puede encuadrarse en las exigencias de la buena fe y en la doctrina del abuso del derecho (art. 7 CC). En casos de esta naturaleza bien puede afirmarse, en efecto, que la existencia de medidas de compensación adecuadas hace decaer el interés del socio externo a litigar y, consiguientemente, convierte en abusivo el ejercicio de las acciones de nulidad o de responsabilidad.

b) Los remedios ordinarios proporcionados por las acciones de impugnación y de responsabilidad no son siempre suficientes para satisfacer cumplida-

mente los intereses de los socios externos. En muchos casos, la única tutela efectiva es la que va directamente a la raíz del problema, es decir, la que se dirige contra la sociedad dominante (que es el socio que controla las decisiones de la Junta de la sociedad filial) o contra los administradores de la sociedad dominante (que es la instancia que de hecho dirige la gestión de la sociedad filial). Las técnicas que pueden articularse a tal efecto se fundan en el deber de fidelidad del socio de control y en la doctrina de los administradores de hecho.

En el primer aspecto, conviene no olvidar que también en el Derecho de las sociedades de capitales pesan sobre los socios -específicamente, sobre los socios de mayoría- deberes de lealtad o fidelidad, que les impiden ejercitar sus prerrogativas desconsiderando los intereses de la sociedad y de sus consocios. El alcance de estos deberes, cuyo fundamento normativo reside en el artículo 1258 del Código Civil, debe definirse con cierta generosidad en el Derecho de grupos, y así lo tiene establecido la jurisprudencia comparada, que ha abierto la posibilidad de que por esta vía los socios externos de la sociedad filial puedan dirigirse contra el socio interno o de control -contra la sociedad dominante- con el fin de que les indemnice directamente los daños ocasionados por algunas de sus decisiones o incluso con el fin de que cese en algunas actividades. El remedio parece especialmente indicado para combatir las transferencias intragrupo hechas en perjuicio de los socios externos.

Adicionalmente, ha de reconocerse también la posibilidad de que los socios externos puedan ejercitar la acción social -y, en su caso, la acción individual- de responsabilidad contra los administradores de la sociedad dominante. La base para ello reside en la consideración de tales administradores como administradores de hecho de la sociedad filial. Es de advertir a este respecto que el administrador de la sociedad dominante puede administrar la sociedad filial bien de forma indirecta, impartiendo instrucciones al órgano de gestión de la filial, bien de forma directa, al decidir los asuntos de la filial en el curso ordinario de la administración de la dominante. El cauce a través del cual puede lograrse dicho resultado en el ordenamiento vigente ha de ser, como viene sosteniendo la más reciente doctrina, un entendimiento amplio de la noción de administrador empleada por el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, en la que tengan cabida también los administradores de hecho. Las reservas que pudiera suscitar una interpretación de esta índole han de considerarse disipadas en el momento actual, en el que la noción de administrador de hecho ha obtenido el respaldo del Derecho penal de sociedades (v. art. 290 CP). Sería un contrasentido admitir la responsabilidad penal de los administradores de hecho y, en cambio, negar su responsabilidad civil.

c) Todos los remedios anteriormente considerados se caracterizan por dirigirse contra actos lesivos concretos y, por esta razón, pueden resultar insuficientes cuando lo que resulta lesivo para el interés de la sociedad filial es la propia estrategia o política general de gestión. Esto es lo que normalmente ocurre en los llamados *grupos de sociedades cualificados*, esto es, aquéllos en que la administración de la sociedad filial ha quedado privada por entero de autonomía; aquéllos –para decirlo gráficamente– en que la sociedad filial es tratada como una mera división de la empresa. Cuando la dirección común o unitaria adquiere tal densidad que ya no pueden ser aisladas las concretas actuaciones que perjudican a la sociedad, los remedios impugnatorios o de responsabilidad no sirven para restablecer los intereses de los socios externos. La posibilidad del daño es general y permanente y, por tanto, ha de buscarse una técnica de protección que también sea general y permanente. La única solución se halla en reconocer a los socios de minoría un derecho de salida o, por lo menos, en arbitrar medidas genéricas de compensación.

*De lege lata*, este resultado puede alcanzarse aplicando por analogía el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas. El razonamiento para llegar a esa conclusión parte de la premisa de que, en estos casos, se ha sustituido íntegramente el objetivo de la sociedad, que no es promover su interés social, sino el interés del grupo. Esto es justamente lo que distingue a los grupos cualificados. Desde el punto de vista dogmático, la persecución del interés del grupo determina una modificación de la causa de la sociedad filial. La protección de los socios externos ha de venir de la mano, por tanto, de los mecanismos aplicables en los casos de modificación de la causa. De conformidad con la doctrina, la causa del contrato de sociedad se proyecta en un doble plano: en el plano instrumental (la actividad) y en el plano teleológico (el fin común). La Ley contempla la modificación del aspecto instrumental de la causa –la modificación del objeto social–, pero guarda silencio sobre la modificación del fin común. La doctrina que se ha ocupado de la cuestión está dividida entre quienes consideran que el fin común sólo puede ser alterado mediante decisión unánime y quienes piensan que puede ser alterado mayoritariamente concediendo a los socios un derecho de separación análogo al previsto en el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas. El reconocimiento legislativo de la realidad de los grupos probablemente impida reconocer a la minoría un derecho para vetar la conducción de la sociedad con arreglo al interés del grupo. Pero, naturalmente, lo que no puede impedirle es su derecho a separarse de una sociedad que ha alterado su finalidad genuina.

En nuestra opinión, por tanto, los socios externos de grupos cualificados disponen de un derecho de separación que puede hacerse efectivo a partir del

momento en que se ha modificado el fin de la sociedad. Naturalmente, no es precisa una modificación formal. De la misma manera que la protección prevista en la Ley para la sustitución del objeto social se activa cuando el objeto es modificado de hecho, también en la hipótesis que examinamos debe entenderse que basta la modificación de hecho. Entretanto la separación no llega a hacerse efectiva, a los socios externos debe reconocérseles el derecho a obtener una compensación adecuada de la sociedad beneficiaria –normalmente la sociedad dominante-, para cuyo cálculo deberá tomarse en consideración el beneficio consolidado del grupo.

## 12. La protección de los acreedores de las sociedades filiales

El tercero de los problemas clásicos del Derecho de los grupos es el que suscita la protección de los acreedores de las sociedades filiales. Sin embargo, a diferencia de los anteriormente considerados, constituye en buena medida un falso problema o, mejor dicho, un problema que no es específico de los grupos de sociedades. La tendencia que se registra en las discusiones legislativas, que aflora en buena parte de las más recientes decisiones judiciales y que, ciertamente, cuenta con un amplio apoyo de la doctrina consiste en reconocer a los acreedores de las sociedades filiales un derecho prácticamente ilimitado o incondicionado a recuperar sus créditos frente al propio grupo y, específicamente, frente a la sociedad dominante (son reveladoras al respecto, entre otras, las STS 25-I-1988; 16-X-1989 y 3-VII-1991). Se trata, sin embargo, de una tendencia para la que no es fácil encontrar una justificación plausible. En efecto, ¿por qué ha de tratarse mejor al acreedor de una sociedad que forma parte de un grupo que al acreedor de una sociedad normal?; ¿por qué se hace de peor condición a la sociedad dominante que a cualquier otro socio o socios que ostenten posiciones de control en compañías independientes? En ocasiones, estos interrogantes pretenden resolverse apelando al *interés del grupo*. La responsabilidad ha de comunicarse -se afirma- porque la sociedad filial no es gestionada en interés propio (interés social), sino en interés del conjunto del que forma parte (interés del grupo). Justo es por tanto que, de acuerdo con la vieja máxima *ubi commoda, ibi incommoda*, sea también el conjunto -el grupo- el que soporte el riesgo financiero y, en definitiva, las deudas de las sociedades insolventes. La tesis, sin embargo, no resulta del todo convincente, y ello por la sencilla razón de que los acreedores no tienen frente a los administradores de la sociedad ni frente a sus socios una pretensión a que la sociedad se conduzca de conformidad con el interés social. La única pretensión que tienen los acreedores es a que la sociedad observe las normas sobre defensa del

capital (evitando su descapitalización). De hecho, si los socios están de acuerdo en que la sociedad actúe en beneficio del grupo -como si lo están en que persiga fines de beneficencia-, los acreedores pueden reprocharle.

Siendo ello así, la comunicación generalizada de responsabilidad no resulta fácilmente comprensible ni admisible (es acertado, en este sentido, el flamante art. 78.6 LC). La razón fundamental se halla, en última instancia, en su contradicción con los principios de separación patrimonial y de responsabilidad limitada de cada sociedad, que es lo que -salvo circunstancias especiales- toman en consideración los acreedores en el momento de contratar. Es más, en este contexto, la comunicación de responsabilidad -y su corolario, la extensión de la quiebra dentro del grupo- representan una transferencia injustificada de riqueza de los accionistas a los acreedores, puesto que a éstos se les reconoce el derecho a cobrar dos veces: una vez en forma de prima de riesgo (los acreedores *ex ante* valoran el riesgo de contratar con una sociedad filial en régimen de responsabilidad limitada y, por tanto, se benefician de las mejores condiciones -precios más bajos o intereses más altos- que pueden obtener respecto de la hipótesis alternativa en que la sociedad no tuviera responsabilidad limitada) y otra vez -cuando se ha producido la crisis- en forma de cobertura de garantía (los acreedores *ex post* obtienen el reembolso de sus deudas con cargo a un patrimonio que inicialmente no había sido contratado).

Nada de lo anterior debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que resulte siempre improcedente la comunicación de responsabilidad. Antes al contrario, son muchas las ocasiones en que la medida se revela adecuada, pero ello poco tiene que ver con la existencia de un grupo de sociedades, sino con la concurrencia de circunstancias específicas -ciertamente frecuentes en la vida de estas organizaciones- que justifican *el levantamiento del velo de la persona jurídica*: infracapitalización, confusión de esferas, confusión de patrimonios, etc. En este momento, hemos de limitarnos a señalar que la jurisprudencia ha acertado en numerosas ocasiones al excluir un principio general de comunicación de responsabilidad y condicionar la extensión de responsabilidad a la efectiva verificación de los presupuestos generales de la doctrina del levantamiento del velo. Es significativa en este aspecto la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1.998 (dictada por la Sala de lo Social, tradicionalmente más proclive a la comunicación indiscriminada de responsabilidad). En ella, el alto Tribunal considera que la imputación de responsabilidad solidaria a varias sociedades requiere no sólo que todas ellas se encuentren sometidas a una dirección común o unitaria -es decir, que formen parte de un grupo-, sino también que exista "confusión de plantillas y de patrimonios entre ellas, así como prestaciones de trabajo comunes, simultáneas o sucesivas

de los empleados para varias empresas, así como una apariencia externa de unidad de empresa” (son también muy ilustrativas las SSTs de 30 de junio de 1993 y de 29 de octubre de 1997, ambas pronunciadas por la Sala de lo Social en sendos recursos de casación para la unificación de doctrina).

Adicionalmente, es de observar que muchas veces ni siquiera será necesario recurrir a la doctrina del levantamiento del velo para deducir la responsabilidad de la sociedad dominante o de otras sociedades del grupo en relación a una relación contractual formalmente establecida entre una sociedad filial y un tercero. La responsabilidad de estas sociedades podrá fundarse a menudo en supuestos de hecho que hacen surgir obligaciones directas a su cargo: *culpa in contrahendo* (supuestos en que, participando la sociedad matriz en las negociaciones, ofrezca informaciones erróneas u omita las verdaderas); *vinculación como garante* (casos en que su intervención en el contrato –más o menos directa, más o menos explícita– permita suponer que ha asumido obligaciones de garantía, como acontece en la hipótesis de las cartas de patrocinio); *responsabilidad por apariencia* (casos en los que, sin asumir directamente ningún compromiso, la sociedad dominante crea en el tercero la confianza de que se responsabiliza de la conducta de sus filiales); etc.

### 13. Referencia a la consolidación contable

El último problema del grupo de sociedades al que haremos referencia en este capítulo es el relativo a la información financiera, que, al igual que el resto de los anteriormente analizados, tiene su origen en los desfases o desajustes que origina la coexistencia de autonomía jurídica en cada sociedad y de integración económica entre todas ellas. El instrumento de que dispone en este caso el ordenamiento para paliar el problema es la consolidación contable. Las normas que imponen el deber de consolidación (art. 42 C de C) y que regulan los principios y técnicas con arreglo a los cuales debe llevarse a efecto (arts. 44-49 C de C) constituyen la única parte del Derecho de grupos que ha logrado codificarse legislativamente en nuestro país, y ello por imperativo de la Séptima Directiva comunitaria en materia de sociedades.

El objetivo buscado mediante la consolidación contable es corregir las distorsiones que genera la contabilidad separada de cada sociedad, la cual, por sí sola, no es idónea para reflejar la realidad económica del grupo. La suma de las cuentas anuales correspondientes a cada una de las sociedades integradas en un grupo no ofrecen, en efecto, la *imagen fiel* de la situación patrimonial y financiera del grupo. Para ilustrarlo de un modo inmediatamente visible pode-

mos servirnos del ejemplo que proporciona el capital. Imaginemos que una sociedad con un capital de diez millones de pesetas constituye una filial con un capital de otros diez millones de pesetas y que ésta, a su vez, constituye una nueva sociedad con un capital del mismo importe. Es manifiesto que, en este caso, el capital del grupo no es de treinta millones (la suma de la cifra de capital que figura en el pasivo de cada una de las tres sociedades). El capital del grupo es sólo de diez millones. Los otros veinte no son más que papel: su único respaldo es la partida del activo en la que figuran las participaciones en las sociedades dependientes. La contabilidad separada genera, pues, una ilusión óptica –lo que con acierto se ha denominado el “efecto telescopio”–, que la consolidación contable trata de prevenir (v. art. 46.1ª C de C).

La consolidación se lleva a cabo mediante métodos y técnicas contables de gran complejidad, en cuyo estudio detallado no es conveniente detenerse ahora. La lógica de la consolidación es, sin embargo, muy simple. De lo que se trata es de ofrecer la situación patrimonial y financiera del grupo como si fuera una única empresa, y para ello es preciso dejar fuera de consideración las relaciones económicas internas o relaciones entre las sociedades del grupo. *La consolidación consiste en la eliminación de los efectos de las operaciones y transacciones intragrupo.* Bajo este punto de vista, la consolidación aspira a que la contabilidad del grupo refleje solamente las relaciones externas, es decir, las relaciones del grupo con terceros, y a tal fin, por ejemplo, sustituye el importe de la participación que ostenta una sociedad en el capital social de otra por el valor del patrimonio neto de dicha sociedad correspondiente a la participación (en otras palabras, el patrimonio de la sociedad dependiente se incorpora al balance de la sociedad dominante: v. art. 45.2 C de C). Algo similar se hace en materia de pérdidas y ganancias, cuyo cálculo se lleva a cabo comparando los ingresos y los gastos conjuntos del grupo (art. 45.3 C de C). Los créditos y deudas y los ingresos y gastos derivados de transacciones entre las sociedades del grupo simplemente se cancelan, como hemos dicho ya (v. art. 46.8ª C de C).. Naturalmente, la parte correspondiente a los socios externos del grupo no es objeto de consolidación y, a efectos informativos, deberá figurar en una partida específica.

El deber de consolidación recae sobre la sociedad dominante o matriz del grupo. El concepto de sociedad dominante a estos efectos se define en el artículo 42.1 del Código de Comercio, en unos términos más restringidos que en otras sedes, como hemos visto: no exige efectiva dirección unitaria; simplemente requiere la posibilidad de ejercerla. Aún así, la obligación de consolidación no se aplica en algunos supuestos: por ejemplo, cuando el conjunto de las sociedades integradas en el grupo no sobrepasa los límites legalmente estable-

cidos para la formulación de balance abreviado; cuando la sociedad dominante española sea, a su vez, filial de una sociedad sujeta a la legislación de un estado miembro de la Unión Europea (v., para más detalles, art. 43.1 C de C); y no se extiende a aquellas sociedades filiales que presentan escaso interés para la representación de la situación económica del grupo, ni a aquéllas en que la información necesaria para realizar la consolidación obligue a gastos desproporcionados, ni, en fin, a aquéllas en las que existan dificultades reales para ejercer el control (v., para más detalle, art. 43.2 C de C). En todo caso, las cuentas consolidadas han de ser revisadas por el auditor nombrado al efecto por la Junta general de la sociedad dominante (art. 42.5 C de C); deben ser sometidas a la aprobación de la Junta de esta sociedad, sin perjuicio del derecho de los socios externos a obtener los documentos sometidos a la consideración de la Junta (art. 42.6 C de C) e incluso de su derecho a impugnarlas, según mejor criterio; y, en fin, deben ser depositadas en el Registro Mercantil (art. 42.6 C de C). Como es natural, el deber de consolidar no exime a la sociedad dominante y al resto de las sociedades del grupo de formular cada una sus propias cuentas anuales (art. 42.3 C de C).

## BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ QUELQUEJEU, L., *La sociedad de responsabilidad tratada como instrumento de concentración de empresas*, Valladolid 1958; ARAGON MOLINA, J., «Los grupos de empresas como unidad económica dominante», en BAYLOS, A., y COLLADO, L., *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, 1994, pág. 23 y sigs; AROZAMENA, M. J., *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*, Madrid, 1993; AZNAR GINER, E., «Las operaciones de concentración y reestructuración de empresas en la Ley 2/1991, de 16 de diciembre», *RGD*, 1995, pág. 6385 y sigs.; BERCOVITZ, A., (dir.), *Asociaciones y uniones de empresas y prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1969; CAMPS RUIZ, L.M., *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid, 1986; ÍDEM, «La responsabilidad empresarial en los grupos de sociedades», en *Aspectos laborales de los grupos de empresas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pág. 9 y sigs.; CHULIA VICENT, E., y BELTRAN ALANDETE, T., «Consideraciones sobre el contrato de *joint venture*», *La Ley*, 1989, pág. 1 y sigs.; CRUZ VILLALÓN, «Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa», *Temas laborales*, 38, 1996, pág. 31 y sigs.; DUQUE, J. F., «Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones», *ADC*, 1964, pág. 383 y sigs.; ÍDEM, «Las cuentas consolidadas en los grupos de empresas», en *Homenaje a Serrano*, t. II, Valladolid, 1965, pág. 339 y sigs.; ÍDEM, «El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española», *RDBB*, 1989, pág. 465 y sigs.; ÍDEM, «Concepto y significado institucional de los grupos de empresas», en Junta de Decanos de los Colegios notariales, *Libro homenaje a Roca Sastre*, t. III, Madrid, 1976, pág. 525 y sigs. ÍDEM, «Groupements d'entreprises et groupes des sociétés en droit espagnol», *Évolution et perspectives du Droit des sociétés en Droit espagnol*, t. II, Milán, 1968 pág. 277 y ss.; ÍDEM, «El posible encuadramiento de las llamadas empresas o filiales comunes en los grupos de empresas», *Estudios homenaje a Batlle*, Madrid, 1978, pág. 289 y sigs.; ÍDEM,

«Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al Derecho mercantil», en *Grupos de Sociedades*, Madrid, 1987, pág. 15 y sigs.; DONLE, C., «Una ojeada sobre los grupos de hecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *RGD*, 1995, pág. 6885 y sigs.; GARRIGUES, J., «Formas sociales de uniones de empresas», *RDM*, 1947, pág. 21 y sigs.; EMBID IRUJO, J.M., «Protección de los acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la persona jurídica. Comentario a la STS de 13 de diciembre de 1.996», *RdS*, 1999, pág. 363 y sigs.; ÍDEM, «Los grupos de sociedades en la nueva Ley brasileña de sociedades anónimas», *RDM*, 1979, pág. 461 y sigs.; ÍDEM, «Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios Homenaje a José Girón Tena)*, Madrid, 1991, pág. 293 y sigs.; ÍDEM, «Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica», *Rev. Col. Ab., Vizcaya*, 1983, pág. 13 y sigs.; ÍDEM, *Grupos de Sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987; ÍDEM, *El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la CEE*, Madrid, 1987; ÍDEM, «Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (el proyecto de novena directiva)», *CDC*, 1989, pág. 359 y sigs.; ÍDEM, «Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español», *RCDI*, 1990, pág. 31 y sigs.; ÍDEM, «La protección de la minoría en el grupo de sociedades (El punto de vista del Derecho español)», *RDM*, 1994, pág. 913 y sigs.; ÍDEM, «Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos», *RGD*, 1995, pág. 13415 y sigs.; ÍDEM, voz «Grupos de sociedades», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, t. II, Madrid, 1995, pág. 3276 y sigs.; ÍDEM, «La problemática de los grupos», en RODRIGUEZ ARTIGAS, F., GARCIA VILLAVERDE, R., FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., y, ESTABAN VELASCO, G., (coords.), *Derecho de sociedades de Responsabilidad Limitada*, t. II, Madrid, 1996, pág. 1221 y sigs.; ESCUDERO ESPINOSA, J., «El grupo de empresas por coordinación: marco jurídico», *Noticias UE*, 1995, pág. 77 y sigs.; ESTEBAN VELASCO, G., «Las sociedades y las empresas multinacionales», *RDM*, 172-173 1984, pág. 4 y sigs.; FERNANDEZ RUIZ, J.L., «Algunas acotaciones sobre el concepto de grupos de sociedades en los derechos mercantil y laboral», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor M. Broseta Pont*, t. I, Valencia, 1995, pág. 1219 y sigs.; FERNANDEZ TOMÁS, A., *El control de las empresas multinacionales*, Madrid, 1982; FONT RIBAS, A., «Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses», *RJC*, 1982, pág. 827 y sigs.; FORUM EUROPAEUM DERECHO DE GRUPOS, «Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa», *RDM*, 232, 1999, pág. 447 y sigs.; FRAGUAS MASSIP, R., «El plan de desarrollo, la concentración de empresas y la Ley de 28 de diciembre de 1963», *RDM*, 1964, pág. 109 y sigs.; GIRON TENA, J., «Introducción: La evolución de los tipos de empresa hasta el cuadro actual de los mismos», en *Las grandes empresas: problemas jurídicos actuales de tipología empresarial, la gran Sociedad Anónima y los grupos de sociedades*, México-Valladolid, 1965, pág. 19 y sigs.; ÍDEM, «Grupos de sociedades», en *Las grandes empresas: problemas jurídicos actuales de tipología empresarial. La gran Sociedad Anónima y los grupos de sociedades*, Valladolid, 1965, pág. 97 y sigs.; ÍDEM, *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976; GONZÁLEZ BIEDMA, «La responsabilidad de los grupos de empresas a efectos laborales», *Relaciones Laborales*, 39, 1989, pág. 81 y sigs.; GISPERT, M.T., y, RIBALTA, J., «La responsabilidad de los administradores y altos cargos en los grupos de empresa», en *Responsabilidad y obligaciones de directivos y administradores*, Barcelona, 1996, pág. 131 y sigs.; GREÑO, J. E., «El tema de la empresa multinacional en tres documentos de organizaciones latinoamericanas», *ADC*, 1972, pág. 783 y sigs.; LAMANDINI, M., «Notas sobre el control conjunto», *RGD*, 1996, pág. 8461 y sigs.; LLEBOT MAJO, J.O., *Grupos de entidades de crédito*, Madrid 1994; LLORENS URRUTIA, M., «Entorno legislativo a los grupos de sociedades», *Estudios empresariales*, 1980, pág. 51 y

sigs.; MASSAGUER FUENTES, J., «La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societario)», *RDM*, 1989, pág. 281 y sigs.; MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta*, Madrid 1998; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas. Derecho europeo español*, Madrid, 1994; MOLINA NAVARRETE, C., *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Bolonia, 1995; ÍDEM, *El Derecho nuevo de los grupos de empresa: entre libertad y norma*, Madrid, 1997; ÍDEM, «El derecho y los grupos de sociedades entre garantismo jurídico y flexibilidad económica», *La Ley*, 1997, pág. 1 sigs.; MONEREO PÉREZ, *Teoría jurídica de los grupos de empresas y derecho el trabajo*, Granada, 1997; OLIVENCIA, M., «La agricultura y la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas», (sep. de los *Anales del Centro de Estudios Sociales*), Madrid, s.f., pero 1964; .ORTIZ VAAMONDE, S., «Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el Derecho comparado», *AC*, 1996, pág. 25 y sigs.; PÉREZ ALONSO, «Algunas cuestiones laborales sobre los grupos de empresas», *Rev. de Trabajo y Seguridad Social*, 8, 1992, pág. 69 y sigs.; PORTALE, G., «Grupos y capital social», *RGD*, 1995, pág. 13389 y sigs; RODRÍGUEZ MARTINEZ, *Asociaciones y uniones de empresas y prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1969; ROJO, A., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, 1996, pág. 457 y sigs.; RUIZ PERIS, J.I., «Grupos de empresas y armonización del mercado de valores en la Unión Europea. La perspectiva de la tutela del inversor», *RGD*, 1995, pág. 13431 sigs.; ÍDEM, «Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores», *RDM*, 1995, pág. 1447 y sigs.; ÍDEM, «Los grupos en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada. Valoración crítica de una regulación fragmentaria», *DN*, 1996, pág. 8 y sigs.; ÍDEM, «Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo», *RDM*, 1997, pág. 1803 y sigs.; SACRISTAN REPRESA, M., «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas», *RDM*, 1982, pág. 375 y sigs.; SANCHEZ ALVAREZ, M. M., «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», *RDM*, 1998, pág. 117 sigs.; SANCHEZ CALERO, F., «Grupos de sociedades y mercado de valores», *Bol. Fin. Bolsa de Barcelona*, 1979, pág. 38 y sigs.; SANCHEZ DE MIGUEL, M.C., «Los grupos de sociedades: un acercamiento a sus conceptualización desde la perspectiva del derecho español y el derecho comunitario», en BAYLOS A., y, COLLADO, L., *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, 1994, pág. 49 y sigs.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos societarios y grupos de empresas», en BAYLOS, A., y, COLLADO, L., *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, 1994, pág. 73 y sigs.; URÍA, R., «Teoría de la concentración de empresas», *RDM*, 1949, pág. 315 y sigs.; VICENT CHULIA, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971 (v. también bibliografía sobre agrupaciones de interés económico en el capítulo 29).

# **LECCIONES**



# PLURALIDAD DE FUENTES Y UNIDAD INTERNA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL<sup>1</sup>

MIGUEL VIRGÓS SORIANO/ FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ\*

*SUMARIO:* I. El sistema de competencia judicial internacional. Concurrencia normativa.- II. El convenio de Bruselas 1968: cuestiones generales.- 1. Contenido y relación con el Derecho nacional.- 2. Versiones.- 3. Naturaleza jurídica.- 4. Interpretación del convenio de Bruselas.-5. Ambito de aplicación.- III. El convenio de Lugano.- IV. El llamado "convenio de Bruselas II".- V. La Ley Orgánica del Poder Judicial.- VI. Estructura general del sistema español de CJI.- VII. Bibliografía y materiales de trabajo.-

## I. EL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. CONCURRENCIA NORMATIVA

Las reglas de atribución de competencia judicial internacional (CJI) a los tribunales españoles, esto es, las reglas que determinan los casos en los cuales los tribunales españoles poseen CJI para conocer de la petición del actor, constituyen uno de los elementos principales -cuantitativamente, al menos, el principal- del Derecho procesal civil internacional.

En el Derecho español vigente, las principales reglas de CJI están en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y en el Convenio de Bruselas (CB). Como vamos a ver, ambos son textos normativos distintos, que constituyen

---

<sup>1</sup> Esta lección es parte de un Manual sobre Derecho procesal civil internacional que están preparando los autores junto con el prof. J. D. González Campos. Para su publicación en la *R.J.U.A.M.* ha sido adaptada por Laura García Gutiérrez (Becaria de FPU) y Carmen Miquel Acosta (Becaria de la U.A.M.).

\*. Catedrático y Profesor Titular, respectivamente, del Area de Derecho Internacional Privado. Universidad Autónoma de Madrid.

subsistemas diferentes de CJI. Pero no debe olvidarse que ambos responden a un mismo modelo "ideal" de CJI y aparecen informados por los mismos principios estructurales. Forman, por esta razón, *un sistema* de CJI único y completo. Por eso, aunque se trate de subsistemas distintos, el juego de ambos debe responder a los principios de unidad interna y coherencia valorativa. De aquí cabe extraer una directriz interpretativa importante a la hora de analizar las reglas de CJI.

En esta lección vamos a señalar algunas cuestiones generales sobre cada norma, *i.e.* el CB y la LOPJ, y delimitaremos los ámbitos de aplicación respectivos. En la exposición vamos a comenzar por el CB ya que es la norma de aplicación preferente.

## II. CONVENIO DE BRUSELAS: CUESTIONES GENERALES

### 1. Contenido y relación con el derecho nacional

El CB establece una regulación uniforme de la CJI (directa) para los Estados parte. Como hemos advertido, aunque su formulación sea multilateral (p.ej., el Art. 2 del CB establece que serán competentes los tribunales del Estado donde el demandado tenga su domicilio), desde la perspectiva del juez español funciona como una regla de atribución, esto es, sólo le indican si es o no competente (en el ejemplo puesto, *ex* Art. 2 CB si el demandado tiene su domicilio en España, sí; si no, no). El juez español no puede ni instar una inhibitoria internacional, ni remitir la competencia a un juez de otro Estado parte con carácter vinculante. Los tribunales de cada Estado son los únicos competentes para determinar su CJI.

Antes de cualquier otra información, es importante destacar dos datos: (1) Las reglas de CJI que establece el CB son de aplicación directa, no requieren medidas legislativas nacionales de ejecución; es decir, no son un permiso dirigido a los Estados, sino una obligación directamente invocable por los particulares (son *self-executing*). Ante una demanda, los tribunales españoles no pueden negar su CJI cuando les venga atribuida por el CB, ni afirmarla cuando les venga negada. (2) Las reglas del CB prevalecen sobre el sistema de la LOPJ, tanto por razón de jerarquía como por razón de especialidad (*i.e.* Auto A.P. de Barcelona, de 30 de mayo de 1994). Lo cual implica que, dentro de su ámbito de aplicación, el CB desplaza a la LOPJ; el juez nacional sólo debe

acudir a la LOPJ cuando el CB no sea aplicable (o, de serlo, cuando éste se remita al Derecho nacional).

Advertencia. Cuando según los criterios que vamos a exponer a continuación, sea aplicable el CB, la CJI de los tribunales españoles vendrá afirmada o negada por las reglas del CB; cuando sea aplicable la LOPJ, por ésta. Es un error craso afirmar que, siendo aplicable el CB, cuando éste no atribuye CJI a los tribunales españoles, podrá invocarse la LOPJ para atribuirlos.

De esta regla de prevalencia del CB sobre la legislación nacional (*i.e.*, en aquellas cuestiones directamente reguladas por el CB, sus reglas prevalecen y desplazan a las del Derecho nacional) se deriva una regla de no frustración: los Derechos nacionales siguen vigentes para todas aquellas cuestiones procesales no reguladas por el CB, sin embargo, el Derecho nacional no puede frustrar el objetivo o la finalidad del CB (*i.e.* sus principios y objetivos); o con otras palabras, el recurso a los Derechos nacionales no debe menoscabar el "efecto útil" del CB (*vid.*, entre otras muchas, STJCE, as. 145/86). A lo largo del análisis del CB iremos viendo algunas consecuencias de esta regla.

## 2. Versiones

Aunque la doctrina, e incluso la jurisprudencia, suele hablar de "convenio de Bruselas", el texto vinculante para el juez español es la versión en vigor: actualmente, la firmada y ratificada tras la adhesión de Finlandia, Suecia y Austria. El texto original fue el de Bruselas de 1968 (de ahí su nombre), pero este texto se ha ido modificando conforme se iban produciendo las distintas ampliaciones de la Comunidad. La "cuarta versión", firmada el 29 de noviembre de 1996, tras la adhesión de esos tres países es la hoy vigente para España y para el resto de los Estados (cada versión reemplaza a las anteriores). El texto que vincula al juez español es el publicado en el B.O.E. (=texto de adhesión), no obstante, y aunque carece de valor oficial, para facilitar su manejo y comprensión es más oportuno utilizar la "versión consolidada" (*D.O.C.E.*, C 189, de 28 de julio de 1990).

## 3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del CB es peculiar. Pese a ser un convenio formalmente independiente, el CB se ha diseñado para facilitar el buen funcionamiento del mercado europeo; de él son parte todos los Estados miembros de la

Unión Europea, y los nuevos miembros están obligados a adherirse. La opinión dominante considera que no se trata de Derecho comunitario, ni primario ni derivado, sino de un convenio internacional asociado al fenómeno de integración europea; como fundamento de esta vinculación puede invocarse el propio Preámbulo del CB, donde se reconoce su origen en el Art. 293 del nuevo TCE (antiguo Art.220), los arts. 57.3 y 63 del mismo CB o el Protocolo Interpretativo anejo.

Advertencia. La modificación de los Tratados de la UE y de la CE hecha por el Tratado de Amsterdam en 1997, ya en vigor, ha traído la incorporación al texto del Tratado CE de un nuevo e importante Art. 65, que permite adoptar actos legislativos comunitarios en el ámbito de la cooperación jurídica civil transfronteriza, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado común. Sobre la base de este precepto se discute ahora una propuesta para transformar en Reglamento el texto del Convenio. Esto comportaría, naturalmente, un cambio en su naturaleza jurídica.

En segundo lugar, el CB es un tratado internacional legislativo: es un tratado cuyo contenido es DPCI uniforme y, como ya hemos adelantado, de aplicación directa (*self-executing*). Su objeto no es ordenar un intercambio de prestaciones entre los Estado parte (= "contract Treaty"), sino establecer normas de alcance general y *dirigidas inmediatamente a los particulares* (= "law-making Treaty").

De estas características -vinculación a la UE y contenido de DPCI- se deriva que la aplicación de los cánones hermenéuticos generales correspondientes a los convenios internacionales (Arts. 31-33 Conv. Viena 1969) debe hacerse con cierta precaución y ajustándola a esa característica del texto normativo.

Desarrollo. Un dato importante para entender las consideraciones siguientes es el carácter del CB. El CB es un convenio que uniformiza en la UE ciertas reglas de Derecho procesal. En este sentido, el CB tiene dos aspectos: por un lado, es Derecho uniforme y, por otro, es Derecho procesal civil. O, como se ha dicho, el CB responde a una "lógica de integración" y a una "lógica de Derecho procesal civil". El primer aspecto es *formal o exógeno*, en el sentido de que no prejuzga el contenido específico del CB, y obedece a una decisión previa de los legisladores nacionales: en ciertos sectores, es preferible la uniformidad a la diversidad. Sí obliga, en cualquier caso, a una construcción e interpretación de las reglas de forma que garanticen esa uniformidad. En cambio, el segundo aspecto es *sustantivo o endógeno*: exige decisiones políticas concretas sobre cómo regular ese sector que va a uniformarse (qué foros especiales van a abrirse, qué causas de denegación del *exequatur* pueden invocarse, etc...). Estas son decisiones de política legislativa análogas a las

que se hace cualquier legislador nacional al decidir, autónomamente, el contenido de su Derecho procesal civil internacional. Y deben formularse a partir de las construcciones dogmáticas, principios y argumentos propios del Derecho procesal civil. Se diferencian por adoptarse en un contexto más complejo: las reglas que se escojan deben ser admisibles para ordenamientos estatales distintos. Pero no por su naturaleza intrínseca: el objetivo último es una tutela judicial internacional efectiva.

La relación entre ambos aspectos no debe verse como contradictoria, la uniformidad convencional (=lógica de integración) no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar esa tutela judicial internacional efectiva (=lógica de Derecho procesal civil): el verdadero objetivo de un convenio de Derecho uniforme no es buscar una regla común, sino buscar una regla común *adecuada*. Pero sí es importante tener en cuenta el juego propio de cada uno de esos aspectos. La "lógica de integración" explica muy bien aquellos preceptos del CB que responden al principio de confianza comunitaria, que se derivan directamente de la existencia del CB y que, por lo tanto, los Estados parte no estarían dispuestos a aceptar fuera de él. Por ejemplo, la renuncia a un control de la CJI del juez del Estado de origen o la exclusión de un juicio prospectivo de reconocibilidad en sede de litispendencia. La "lógica de Derecho procesal civil internacional" explica muy bien aquellos preceptos del CB que responden a un análisis de los intereses privados en presencia y a una decisión valorativa propia del Derecho privado. Por ejemplo, las condiciones de incorporación de las cláusulas de elección de foro en Condiciones Generales. Como vamos a ver, la distinción sobre cuál sea el fundamento de la regla (lógica de integración o lógica de Derecho privado en general) es importante a efectos hermenéuticos, ya que en el primer caso no hay razones para una extensión analógica frente a terceros Estados, mientras que en el segundo caso sí: los argumentos que responden a la lógica de Derecho privado son generalizables.

En tercer lugar, en cuanto a la naturaleza del CB es importante retener que no constituye un sistema cerrado, sino que se integra en el sistema de DPCI de cada Estado. El CB uniformiza ciertas reglas de Derecho procesal, pero para el resto de las cuestiones no reguladas sigue siendo aplicable el Derecho procesal nacional. Y si bien es cierto que éste no puede frustrar el llamado "efecto útil" del CB, tanto uno (el CB) como otro (el Derecho nacional) conforman un sistema de DPCI único que responde a principios comunes. Por este motivo, veremos cómo el CB no impide la validez de las cláusulas de sumisión a terceros Estados, no impide tampoco la litispendencia extracomunitaria, el efecto reflejo de las competencias exclusivas o incluso que en sede de reconocimiento prevalezca una sentencia de un tercer Estado sobre una contradictoria dictada en un Estado parte.

#### 4. Interpretación del CB

##### A) *La interpretación uniforme y su garantía institucional: el TJCE*

Todo convenio internacional de Derecho uniforme, para que funcione adecuadamente, requiere una interpretación lo más uniforme posible y una garantía institucional de dicha uniformidad. De nada serviría establecer reglas formalmente iguales para todos los Estados, si luego cada jurisdicción las va a interpretar y a aplicar de modo distinto. En el caso del CB, la garantía institucional de dicha uniformidad la proporciona el Protocolo anejo al CB que atribuye competencia interpretativa al TJCE: los órganos nacionales, cuando tengan una duda interpretativa sobre algún precepto del CB, pueden dirigirse al TJCE en las condiciones y por el procedimiento previsto en ese Protocolo. La utilización de este recurso ha sido fundamental para el desarrollo del CB; la jurisprudencia del TJCE relativa al CB es muy numerosa (hay más de un centenar de decisiones) y resulta imprescindible para conocer y aplicar el convenio correctamente.

Problema. Se discute el "valor" procesal y material que tienen estas decisiones interpretativas del TJCE. Hay que tener en cuenta que el TJCE no resuelve un litigio, sino una duda interpretativa planteada a la luz de un caso determinado. Por ello, utilizar la expresión "cosa juzgada" (*res iudicata*) no es muy pertinente. La opinión interpretativa que pueda dar el TJCE vincula jurídicamente al tribunal nacional que planteó la cuestión, pues si no fuese así, no tendría justificación el proceso (*vid.* también Art. 4.2 del Protocolo, a contrario); en caso de "incumplimiento del tribunal nacional" *vid.* Art. 5.1 del Protocolo y Art. 220 y ss del TCE reformado; es una opinión vinculante a los efectos del caso concreto. Respecto al resto de los tribunales, la decisión del TJCE no posee un valor vinculante en sentido formal. Sin embargo, un tribunal nacional no puede, sin más, apartarse de la opinión interpretativa del TJCE (*vid.*, STJCE 10/77); si el tribunal nacional considera que la opinión del TJCE fue errónea debe plantear una nueva cuestión; si el tribunal nacional considera que las circunstancias del nuevo caso son distintas a las que suscitó la anterior opinión del TJCE tiene la carga de argumentarlo. Las decisiones del TJCE funcionarían así pues de manera parecida al régimen del *stare decisis* del *common law* (de aquí que la argumentación prospectiva juegue un importante papel en la jurisprudencia del TJCE). Para corregir los posibles abusos que pueda ocasionar esta segunda opción está el Art. 4 del Protocolo, que permite un recurso "en interés de ley".

Advertencia. A estos efectos, y al menos formalmente, es preciso distinguir entre lo que es interpretación y lo que es aplicación. La interpretación de una

norma, a la luz de un caso concreto, la suministra el TJCE, su aplicación al caso la realiza el tribunal nacional; éste es quien debe decidir si el caso es subsumible o no en el precepto tal y como ha sido interpretado por el TJCE (por todas, STJCE C-159/97).

### B) *Cánones hermenéuticos*

El CB no contiene ninguna norma específica sobre sus cánones hermenéuticos (cfr. Art. 18 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a los contratos internacionales). No obstante, de la naturaleza del CB y de la práctica judicial, tanto del TJCE como de los tribunales nacionales, se pueden extraer algunas premisas.

(1) Un convenio de Derecho (procesal) uniforme, exige una interpretación y desarrollo también uniformes. Ello por dos razones, una formal y otra material. Desde un punto de vista formal, la finalidad de un convenio uniforme es armonizar un sector del Derecho, de modo que los Estados parte se doten de normas iguales. Interpretar es dotar de significado preciso a las normas; si la interpretación es diferente, sólo la textura semántica de las normas será igual, no sus soluciones; la uniformidad será sólo aparente. Desde un punto de vista material, la finalidad del convenio es asegurar, en la medida de lo posible, la igualdad de derechos y obligaciones derivadas de sus normas para todas las personas interesadas, con independencia del Estado parte donde se encuentren o donde surja la disputa.

De esta premisa se deriva el canon de la uniformidad como nueva variable que los jueces nacionales deben incorporar a su bagaje hermenéutico. Este canon tiene un triple contenido: (1.1.) Destaca la autonomía del convenio en relación a los Derechos nacionales sobre los que opera; la interpretación debe tomar como punto de partida el sentido y fin del propio convenio, sus principios configuradores y sus decisiones valorativas, no el Derecho nacional (=el primer contexto de la argumentación es autorreferencial). Al hecho de que los conceptos y las reglas del convenio deban ser definidos, interpretados y desarrollados conforme a esos parámetros y de modo común para todos los Estados parte, y por ende independiente del Derecho nacional, se refiere a la doctrina especializada como "interpretación autónoma". (1.2) *Ceteris paribus*, entre varias interpretaciones posibles, el juez español debe seguir aquella que coincida con la seguida por los jueces de otros Estados parte. (1.3) Los argumentos hermenéuticos que se manejen deben ser, en la medida de lo posible, universalizables, esto es, potencialmente admisibles para los jueces de los demás Estados parte.

Desarrollo. El canon de la uniformidad implica para el juez español la utilización de las decisiones de otros Estados como parámetro hermenéutico, en consecuencia, puede invocar legítimamente la jurisprudencia extranjera en el fundamento de su decisión. Pero: (1) La jurisprudencia extranjera funciona como canon hermenéutico, mas no como fuente de Derecho en el sentido del Art. 1.6 CC; y (2) el valor de este canon no es superior al de los demás; si existen razones de peso similar a favor y en contra de una interpretación, este canon puede ser decisivo, pero el juez español puede siempre apartarse de la jurisprudencia extranjera si considera que en virtud a otros cánones hermenéuticos hay razones para ello (y siempre, valorando la posibilidad de plantear una cuestión al TJCE).

(2) La segunda premisa es relativa al método de interpretación. Para interpretar el Derecho uniforme no se ha desarrollado un método hermenéutico especial, sino que valen los cánones clásicos, literal, sistemático, histórico y teleológico, más el análisis comparatista, pero adaptados a la naturaleza de la norma sobre la que se proyectan (Convenio de DPCI uniforme). En general, los cánones hermenéuticos deben ajustarse siempre a la naturaleza de la regla sobre la que se van a proyectar.

Para entender mejor esto último, debemos señalar algunos de los parámetros que informan esta adaptación.

(1) En el uso del criterio literal es necesario tener en cuenta que el CB tiene versiones en doce lenguas todas ellas auténticas (Art. 68 CB). El juez nacional debería cotejar las diferentes versiones, aunque más que para buscar un mínimo común denominador, para identificar las posibilidades que permitiría un interpretación literal a los efectos de emplear los otros cánones.

(2) Al emplear el criterio sistemático, el intérprete debe valorar, primero, el círculo hermenéutico que proporciona *ad intra* el propio CB (=microsistema hermenéutico); por ejemplo, una idea básica de este círculo *ad intra* es que la liberalización del reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras debe compensarse con una garantía de protección adecuada del demandado en sede de CJI (*vid.*, por todas, STJCE 125/79), o que el objetivo en sede de litispendencia y reconocimiento de evitar decisiones contradictorias se proyecta sobre las normas de CJI. A continuación debe valorar el círculo hermenéutico en el que se sitúa el CB (=macrosistema hermenéutico); por ejemplo, la relación con el Derecho comunitario (*vid.* STJCE 12/76), con otros convenios internacionales (típicamente con el Conv. de Roma de 1980) o con los principios estructurales que informan todo el sector de la CJI.

(3) Para conocer la “voluntad del legislador” (criterio genético-histórico) es imprescindible manejar los Informes que han ido acompañando a cada versión del CB (Informes Jenard, Schlosser, Evrigenis/Kerameus, y Almeida Cruz/Desantes Real/Jenard).

(4) El criterio teleológico se concreta en la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva en el mercado único (que es lo que significa, en este sector, el principio comunitario de *favor integrationis*). El CB se suma a todas las instituciones diseñadas para contribuir a un funcionamiento fluido del mercado único europeo; la contribución del CB a ese fin es procurando que los operadores vean garantizada la tutela judicial efectiva de sus derechos subjetivos dentro de todo ese mercado; y para ello, el legislador convencional ha ofertado dos mecanismos: (4.1) La llamada “libre circulación” de decisiones judiciales dentro de la Comunidad mediante un sistema autónomo, sencillo y expedito para el reconocimiento/ejecución de decisiones extranjeras provenientes de un Estado parte; si no se instaura ese mecanismo los costes de transacción aumentan en la medida en que el acreedor ve territorialmente limitada la eficacia de su derecho, pero además no se garantizaría la igualdad de armas en el mercado en cuanto que algunos Estados disponían de convenios bilaterales de reconocimiento/ejecución y otros no. (4.2) Un sistema de reglas de CJI que garanticen los derechos a la tutela judicial efectiva de ambas partes, como son, por ejemplo, la admisibilidad de la autonomía de la voluntad como regla de base (Arts. 17-18 CB), la formulación de foros de competencia basados en una vinculación razonable (Arts. 2-16) o la prevención de decisiones contradictorias y duplicación de costes procesales (Arts. 21-22).

(5) Por último, el análisis de Derecho comparado o la utilización de “principios generales comunes a los Estados parte” (por todas, STJCE 29/76), constituyen también elementos a disposición del intérprete para garantizar una solución uniforme adecuada (pues no se opera en el vacío, sino en el contexto de ordenamientos nacionales). En este caso, como sucedía con el argumento literal, lo que proporciona el criterio son “posibles respuestas” más que “la respuesta” convencional, que sólo en combinación con otros criterios interpretativos será determinable.

El peso de cada uno de estos criterios en la argumentación no es necesariamente equivalente al que puedan tener cuando se proyectan sobre el Derecho nacional. Como iremos viendo, de los cinco criterios señalados, el de mayor capacidad decisoria tanto práctica como teórica es el teleológico.

C) *Un problema típico: la interpretación y la calificación autónomas. Papel de los Derechos nacionales*

Los convenios internacionales de Derecho privado son normas de origen internacional que se integran en los ordenamientos nacionales de los Estados parte y operan con ellos. La relación de las normas convencionales con los Derechos nacionales suscita un número de problemas. Nosotros nos centraremos en dos problemas que han provocado discusión en la doctrina, intentando esclarecerlos.

(1) El primer problema tiene que ver con la *formulación* de las normas del convenio y el significado de los conceptos que utilizan. Este problema ha sido abordado por el TJCE en una serie de decisiones (especialmente formativa es la lectura y contraste de las STJCE 12/76 y 9/87).

El CB emplea términos y nociones propios del Derecho civil, mercantil o procesal; por ejemplo, “materia civil o mercantil” (Art. 1), “materia contractual” (Art. 5.1), “consumidor” (Art. 13) o “recurso ordinario” (Art. 30). Un entendimiento preciso de esos términos y nociones es necesario para aplicar sus normas, pero no puede darse por sentado; los sistemas jurídicos de los Estados parte dan significados no coincidentes a esos mismos conceptos. Dotar de significado preciso a un término es definirlo. Si el convenio contiene una definición (*vid.* el Art.22 III sobre lo que se entiende por demandas “conexas”, o el Art.25 sobre lo que se entiende por “resolución”) o nos indica cómo llegar a ella (*vid.* Art.52), no se plantean dificultades especiales. El problema surge cuando el convenio no contiene una definición y esos mismos (o parecidos) conceptos existen en los Derechos nacionales. Esta circunstancia provoca la duda de si el CB utiliza esos conceptos con un significado propio (son conceptos “autónomos”) o si por el contrario deben entenderse con el significado que normalmente tengan en el Derecho nacional determinado (su significado se obtiene *por remisión* a un Derecho nacional). En nuestro ejemplo, si por “materia civil y mercantil” debe entenderse aquello que según la ley del tribunal que conoce del caso sea “materia civil o mercantil” o si, por el contrario se trata de un concepto propio del CB y por lo tanto común al conjunto de los Estados parte.

Decidir si procede o no una definición autónoma es, en caso de silencio del convenio, una cuestión interpretativa. Para resolverla deben aplicarse los cánones hermenéuticos indicados en el epígrafe anterior, comenzando por el canon de la uniformidad. La respuesta debe buscarse en la propia teleología

del convenio, en la *ratio* de la concreta norma y en la función que el concepto tenga dentro de esa norma. De la teleología del convenio se desprende que ambas opciones (definición autónoma/ nacional) no están en un plano de igualdad. Cuando el núcleo de un problema está regulado por el convenio (esto es, pertenezca a las cuestiones que el convenio desea o precisa unificar para cumplir sus objetivos), los mismos argumentos formales y materiales que militan a favor de la interpretación uniforme del texto de un convenio internacional valen en favor de una comprensión “autónoma” de sus conceptos. De hecho, es una constante en la jurisprudencia del TJCE alegar el argumento que antes calificamos de material (esto es, asegurar la igualdad de derechos y obligaciones derivados del convenio entre todos los interesados, con independencia del Estado de residencia o litigio) para justificar la construcción autónoma de sus conceptos.

Los conceptos autónomos deben ser concretizados y desarrollados también de un modo autónomo, a partir de los principios configuradores de la regulación convencional (=por *interpretación autónoma*); los conceptos tomados de un Derecho nacional, conforme al Derecho nacional. Sin embargo es también posible que el convenio se contente con establecer un concepto-marco autónomo, pero que deje su concretización y desarrollo al Derecho nacional; la remisión al Derecho nacional se entenderá una remisión condicionada, circunscrita por los límites de ese concepto-marco. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el convenio para regular un problema determinado se ve obligado a involucrar cuestiones cuya regulación queda fuera de la armonización convencional.

Ejemplo. Cuando el Art. 5.1 CB emplea el término “lugar de cumplimiento” de una obligación, el *significado* de ese concepto se establece de modo uniforme a partir del sentido y fin de la propia norma. En este caso, por lugar de cumplimiento debe entenderse el lugar donde *materialmente* debe cumplirse la obligación, ya que así lo exige la *ratio* de la norma (asegurar una conexión real con la dinámica interna del contrato). Ahora bien, para la *concreción* del lugar de cumplimiento en un supuesto particular, esto es, para determinar en qué preciso lugar debe materialmente cumplirse una determinada obligación, ha de acudir a la ley material que rija el contrato (*lex contractus*). El CB es Derecho procesal y no contiene normas materiales sobre el lugar de cumplimiento de las obligaciones, por lo que esta cuestión queda al Derecho nacional.

Lo que es importante dejar bien claro es que el mayor o menor grado de heterointegración del CB por remisión al Derecho nacional viene determinado siempre por el propio CB.

Desarrollo. Esta reflexión no es exclusiva del CB. El sistema de Dipro convencional (DPCI en este caso) forma conceptos-marco en los que agrupa la respuesta a grupos de problemas. Función de estos conceptos es permitir la cooperación entre sistemas jurídicos por hipótesis diferentes; incluso instituciones desconocidas (que no existen en la *lex fori*) o instituciones que son contempladas de forma distinta en los Derechos nacionales deben poder ser categorizadas y reguladas de modo uniforme por las normas del convenio. De ahí que el contenido de significado de sus conceptos no coincida necesariamente con el del Derecho nacional.

(2) El segundo problema tiene que ver con la *calificación*. La calificación es una operación interpretativa especial que consiste en poner en correspondencia la realidad enjuiciada, el caso concreto, con el supuesto de hecho de la norma, para decidir sobre su inserción o no en el mismo y, en consecuencia, sobre la aplicación o no de la norma. Cuando se plantea un problema de calificación, la cuestión discutida es si una determinada acción procesal o una determinada institución procesal del Derecho nacional es subsumible en un concepto normativo empleado por el CB.

Ejemplos. El problema de si una determinada acción procesal es de carácter contractual o extracontractual (Art. 5.1 CB), de si es civil o mercantil (Art. 1 CB) o de si una determinada institución o figura procesal es una medida cautelar o no (Art. 24 CB) es un problema de calificación. Ha de calificarse algo a los efectos de aplicarle (o no) una norma determinada.

La calificación exige una operación en *tres tiempos* o *fases*: en primer lugar, interpretar y delimitar el supuesto de hecho de la norma y de los conceptos normativos que emplea el CB (*primera fase*); a continuación, analizar los atributos de esa acción o institución objeto de calificación (*segunda fase*); y, finalmente, valorar si esos atributos se corresponden con los del supuesto de hecho de dicha norma y la acción o institución es, por lo tanto, subsumible en ella (*tercera fase*).

Pues bien, la *primera fase*, la interpretación y delimitación del supuesto de hecho de la norma, debe hacerse, como señalamos en el apartado anterior, siempre de modo uniforme y, salvo excepción, por interpretación autónoma (*i.e.*, a partir del sentido y fin del propio CB). Una excepción procede en aquellos casos en que el CB se remita, explícita o implícitamente, a un Derecho nacional determinado para fijar el contenido de sus conceptos. La *segunda fase*, el análisis de las propiedades o atributos de una acción o institución procesal, debe hacerse siempre a la luz de un Derecho nacional determinado; sea del Derecho nacional en el que se basa la acción o del Derecho nacional donde se localiza la institución. Esta es una información que sólo el Derecho nacio-

nal en cuestión puede proporcionar. La *tercera fase*, la valoración de si esas propiedades o atributos se corresponden con el supuesto de hecho de la norma y procede o no su aplicación, se hace de modo paralelo a la primera fase; esto es, de modo uniforme y, salvo excepción, por interpretación autónoma. Dicho con otras palabras, los criterios para decidir en la fase de conclusión (esto es, para decidir si la acción o institución nacional se subsume o no finalmente en el supuesto de hecho de la norma convencional en cuestión) se toman de la propia norma convencional de cuya aplicación se trata, no del Derecho nacional.

En resumen, contempladas estas tres fases en términos lógicos podríamos decir que la premisa mayor la establece el CB, la premisa menor, el Derecho nacional, y la conclusión, de nuevo el CB.

Ejemplo 1. Cuando se trata de calificar la acción procesal contra un profesor de una escuela pública como civil a los efectos de aplicar el Art. 1 CB hay que seguir el siguiente procedimiento: en primer lugar, interpretar y delimitar qué ha de entenderse por materia civil o mercantil a los efectos del Art. 1 CB. Esta interpretación y delimitación debe ser autónoma o uniforme: en función del sentido y fin del propio CB. A continuación, debe analizarse qué atributos tiene esa acción procesal contra un profesor de una escuela pública; estos atributos no los determina el CB sino el que rija la relación en cuestión. Por último, hay que valorar (y concluir) si estos atributos encajan en los del supuesto de hecho de ese Art. 1 CB.

Ejemplo 2. Cuando se trata de calificar la acción directa que el Derecho francés otorga a un subadquirente frente al productor a los efectos de aplicar el Art. 5.1 CB, el procedimiento es análogo. En primer lugar, hay que interpretar y delimitar qué se entiende por obligaciones contractuales a los efectos del Art. 5.1 CB; o dicho de otro modo, qué atributos caracterizan una acción como contractual a los efectos de ese artículo. Esta interpretación y delimitación es autónoma, a partir del sentido y fin del CB. A continuación, han de analizarse qué atributos tiene la acción directa del Derecho francés; obviamente, esto lo determina el Derecho francés. Por último, hay que valorar si estos atributos coinciden con los del supuesto de hecho del Art. 5.1 CB o no.

Ejemplo 3. Cuando se trata de calificar una medida de aseguramiento de pruebas del Derecho español a los efectos de aplicar el Art. 24 CB hay que decidir, en primer lugar, qué atributos tienen las medidas cautelares y provisionales a las que se refiere ese precepto (lo cual nos lo determina el propio CB), a continuación, qué atributos tienen las medidas de aseguramiento de pruebas en el Derecho español (lo cual nos lo determina el Derecho español) y, por último, si estos atributos coinciden con aquellos.

Este planteamiento analítico permite comprender mejor la delimitación de funciones entre los jueces nacionales y el TJCE. Como dijimos, la delimitación que, en términos generales, se suele hacer es que el TJCE interpreta el CB mientras que el juez nacional aplica esa interpretación al caso concreto. La diferencia es más sutil. En estos supuestos que estamos analizando, la función del juez nacional es establecer la premisa menor; esto es, determinar conforme al Derecho nacional correspondiente qué atributos tiene la acción o la institución procesal cuestionada. La función del TJCE es establecer la premisa mayor y la conclusión: qué atributos tiene el concepto empleado por el CB (=premisas mayor) y si la acción o la institución procesal cuestionada, con los atributos que le ha otorgado el juez nacional, es o no subsumible en ese concepto (=conclusión).

Desarrollo. Incluso en términos de legitimidad este planteamiento analítico es más esclarecedor. El TJCE está legitimado como garantía institucional de la uniformidad en la interpretación y aplicación del CB. Precisamente, esta uniformidad tiene que asegurarse en la formulación de la premisa mayor y en la conclusión; no en la formulación de la premisa menor (ya que ésta no es Derecho uniforme). Por eso, está se deja a los jueces nacionales y aquellas dos al TJCE.

18. Es necesario advertir, no obstante, que la doctrina –e incluso alguna Sent. TJCE, p.ej., la STJCE 12/76- suelen plantear todos estos problemas como una dicotomía entre interpretación “autónoma” o interpretación “por remisión”. Y así es común hablar de que el concepto “lugar de cumplimiento” (Art. 5.1 CB) debe ser objeto de interpretación “por remisión” (no uniforme) o de que el concepto “materia contractual” (Art. 5.1 CB) debe ser objeto de interpretación “autónoma”. Hemos preferido apartarnos de este planteamiento por dos razones. *En primer lugar*, porque plantearlo analíticamente como una dicotomía puede dar lugar a confusiones. Ni ambas interpretaciones están en el mismo plano, ni –en sentido estricto- el CB se interpreta “por remisión”. La interpretación del CB siempre debe de ser uniforme. Y, *en segundo lugar*, porque no en todos los casos en que se ha empleado esa dicotomía se trata del mismo problema hermenéutico; en unos casos se trata de un problema de concreción de un concepto, en otros, de un problema de calificación; y el juego del Derecho nacional es muy distinto en cada caso.

## 5. Ambito de Aplicacion

El CB posee un ámbito de aplicación limitado. Es importante delimitar correctamente este ámbito de aplicación ya que en él sus normas desplazan

formalmente a las del DPCI nacional (o DPCI autónomo); como ya hemos dicho, esto es lo que implica la regla de prevalencia del CB sobre el Derecho nacional. Una delimitación completa exige distinguir entre su ámbito de aplicación material, su ámbito de aplicación temporal, la relación con otros convenios y el llamado "ámbito de aplicación espacial".

Advertencia. Aunque la denominación no sea muy acertada, vamos a utilizar las expresiones "Derecho nacional" o "Derecho español" para referirnos a las normas de DPCI de origen nacional o interno, por contraposición a las normas de DPCI "convencional": normas de DPCI de origen internacional. En ambos casos estamos ante Derecho español, aunque en el primero caso su origen sea interno y en el segundo internacional.

#### A) *Ámbito material*

El ámbito material de aplicación está regulado en el Art. 1 del CB 1968. El CB se aplica, básicamente, en el ámbito del Derecho privado patrimonial; la razón de este límite es doble, por un lado, a nivel europeo era más fácil uniformar en ese sector ya que las divergencias entre los Derechos estatales son menores y, por otro, era el ámbito donde la actuación se hacía más necesaria desde la perspectiva de facilitar el buen funcionamiento del mercado único (el Derecho del mercado es el Derecho patrimonial).

En primer lugar, el CB sólo se aplica a relaciones de Derecho privado, no de Derecho público (las materias fiscal, aduanera, administrativa y seguridad social quedan excluidas según señala el Art. 1 CB). Lo relevante a los efectos de esta distinción no es la naturaleza del orden jurisdiccional que esté conociendo (penal, administrativo, laboral,...), ni la de las partes implicadas (particulares o públicas) sino el *objeto del proceso*: se excluyen del ámbito del CB cuando una parte se encuentre actuando con atributos o prerrogativas de poder público y sea esta actuación la que origine el proceso (sobre esta cuestión, STJCE, as. 29/76, 814/79 y C-172/91).

Pero dentro del Derecho privado, a su vez, se excluyen básicamente las materias relativas a Derecho de familia y sucesiones: el estado y la capacidad de las personas físicas (matrimonio, filiación, adopción, fallecimiento, incapacidades, nacionalidad...), los regímenes matrimoniales (*vid.* STJCE 25/81: "cualquier relación patrimonial entre los cónyuges que derive directamente del vínculo conyugal o de su disolución"), los testamentos y las sucesiones. Sí se aplica el CB a las obligaciones alimenticias (Art. 5.2 CB). Por último, también se excluyen ciertas materias patrimoniales en virtud de la existencia,

actual o futura, de convenios específicos: quiebra/concurso y arbitraje. En relación a este segundo aspecto, el CB no se aplica ni al reconocimiento judicial de laudos arbitrales, ni a los procesos jurisdiccionales instrumentales o relativos a un procedimiento de arbitraje (p.ej., a las resoluciones judiciales que declaren la validez o nulidad del compromiso arbitral, que obliguen a las partes a proseguir o no un procedimiento arbitral, a los procesos judiciales de nombramiento o recusación de árbitros, de determinación del lugar del arbitraje... STJCE C-190/89 y C-391/95).

**Problema.** En materia de arbitraje un problema habitual es aquel en el cual la validez de la cláusula arbitral se plantea como excepción procesal en un proceso principal cuyo objeto es subsumible en el ámbito del CB. En tal situación, la competencia para conocer de esa excepción y sus consecuencias vendrán determinada por el Derecho nacional. En el caso español no se presentan dudas: el demandado puede oponer la cláusula arbitral y si el juez español -conforme al régimen aplicable a estas cláusulas- la considera válida, deberá declinar su competencia aunque, en cuanto al fondo, fuese formalmente competente *ex CB*. La intención del legislador convencional al introducir esta exclusión fue que el CB no perjudicase en absoluto el juego de estos mecanismos alternativos de resolución de controversias (STJCE 391/95, pfo. 24: "Cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral no existe, en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio").

**Advertencia.** Aunque con una argumentación discutible, el TJCE ha considerado que las medidas cautelares se pueden solicitar con base en el Art. 24 del CB aun cuando la competencia a título principal corresponda a un tribunal arbitral (STJCE C-391/95). Esto significa que si conforme al régimen aplicable al procedimiento arbitral la adopción de medidas cautelares por los jueces nacionales es compatible con ese procedimiento, la competencia para su adopción puede fundarse en el Art. 24 del CB (no en los demás foros).

Para aplicar las reglas que delimitan el ámbito de aplicación material del CB es necesario tener en cuenta los siguientes datos.

(1) Las excepciones a la aplicación del CB son de interpretación estricta o contenida (*i.e.*, como cláusula de cierre argumental no rige el principio *in dubio minus* -en la duda, la interpretación menos restrictiva de la soberanía- sino el *favor integrationis*).

(2) En cuanto a las exclusiones por materias, lo relevante es la naturaleza material del objeto del proceso. Esto tiene varias consecuencias. *En primer lugar*, que no afecta a la competencia a título principal el hecho de que se plan-

tee como cuestión previa, prejudicial o incidental, una cuestión excluida del ámbito material del CB (*vid.*, STJCE 172/91, y Art. 27.4 CB *a sensu contrario*). La competencia para conocer de esta cuestión vendrá determinada por el Derecho nacional (en nuestro caso, *vid.*, Art. 10 LOPJ) aunque con el límite del “efecto útil” del CB; de hecho, la necesidad de asegurar el “efecto útil” del CB exigirá en la mayoría de los supuestos que la competencia a título principal *ex CB* se extienda a las cuestiones previas o incidentales. Por eso se ha dicho que esta extensión es un principio estructural inmanente al propio CB. *En segundo lugar*, que cuando se acumulan distintas pretensiones, lo relevante para determinar la aplicación del CB es la pretensión en sentido procesal. Si se acumulan varias pretensiones en sentido procesal (*vid.*, Art. 153 LEC), sea acumulación alternativa, concurrente o subsidiaria, rige el principio de separabilidad: se aprecia la aplicación del CB por separado para cada una de ellas y sólo para esa (STJCE, as. 120/79; aunque lógicamente en el caso de acumulación accesoria, la falta de CJI para la principal implicará la desestimación de la accesoria). Si se trata de una única pretensión en sentido procesal, y dos pretensiones en sentido material, la aplicación del CB se resolverá en función de la pretensión procesal, esto es, se comprueba si el acontecer histórico-jurídico es subsumible en las categorías de materias a las que se enumeran en el Art. 1 CB interpretadas de modo uniforme, aunque luego el alcance de la cosa juzgada se extienda a ambas. *En tercer lugar*, en el caso de decisiones instrumentales, p.ej. medidas cautelares o condena a costas, lo relevante es la naturaleza de la pretensión a la que sirven o de la que sean instrumentales (Sents. TJCE ass. 143/78, 120/79 y 25/81): un embargo adoptado para asegurar una deuda contractual sí estaría sometido al CB; un embargo adoptado para asegurar una liquidación justa del régimen económico matrimonial, no.

Advertencia. A lo largo esta lección vamos a utilizar las expresiones “pretensión en sentido procesal” y “pretensión en sentido material”. Sin entrar en polémicas conceptuales, con la primera nos referimos al acontecer histórico-jurídico que constituye el objeto del proceso y que justifica lo que pide el actor; mientras que la segunda hace referencia a la calificación material de ese acontecer, esto es, a la subsunción de esos hechos y del *petitum* del actor en una norma material concreta.

(3) La interpretación de los conceptos normativos empleados por el Art. 1 del CB (capacidad, regímenes matrimoniales,...) debe ser autónoma (por todas, STJCE 29/76). En sede de reconocimiento/ejecución la calificación “autónoma” que haya dado el juez del Estado de origen para afirmar la aplicación del CB no vincula al juez del Estado requerido (aunque sí queda vinculado por la apreciación fáctica del juez del Estado de origen, *vid.*, Art. 28 II): si

el juez del Estado de origen aplicó el CB no debiendo hacerlo según el juez del Estado requerido, éste debe rechazar su aplicación (o plantear una duda interpretativa al TJCE, que parece lo más correcto); si el juez de Estado de origen no aplicó materialmente el CB debiendo aplicarlo -según el juez del Estado requerido- éste puede aplicar el CB aunque controlando la competencia (análogamente, Art. 54 II).

### **B) Ambito temporal**

Temporalmente, el ámbito de aplicación del CB está regulado en el Art. 54. El principio en este punto es la irretroactividad del CB: sólo se aplica a las demandas presentadas después de su entrada en vigor. El juez español sólo aplicará el CB para determinar su competencia si está en vigor en nuestro país en el momento de la presentación de la demanda; con independencia de que los hechos que sirven de fundamento se hayan producido antes de esa entrada en vigor. Incluso si se trata de una cláusula de elección de foro celebrada con anterioridad a esa fecha, el momento relevante para determinar su validez *ex CB* es la fecha de presentación de la demanda (Sent. TJCE 25/79); una cláusula de elección de foro sólo tiene efectos si se presenta efectivamente la demanda, de ahí que su eficacia se subordine a ese momento.

Por lo que respecta al reconocimiento/ejecución, el principio es el mismo: sólo se benefician del sistema del CB aquellas decisiones judiciales dictadas a partir de una demanda que se presentó después de que el CB estuviese en vigor tanto en el Estado de origen como en el Estado requerido. Esta regla de aplicación temporal tiene una excepción: se aplica el sistema de reconocimiento/ejecución previsto por el CB a una decisión dictada después de la entrada en vigor del CB para el Estado de origen y el Estado requerido si, pese a que la demanda se presentó en el Estado de origen cuando aún no estaba en vigor, las reglas de competencia que aplicó aquel Estado se ajustan a las previstas por el CB o a un convenio bilateral vigente entre ambos Estados (Art. 54 II CB). La razón de este control es clara: el demandado en el primer proceso (*i.e.*, en el Estado de origen) no se benefició del sistema de CJI previsto por el CB (pues, en principio, no tendría su domicilio en un Estado parte), por eso no se justifica la exclusión del CJI del Estado de origen que hace el CB en sede de reconocimiento/ejecución (Art. 28).

Ejemplo. (Auto A.P. de Vizcaya de 19 de junio de 1996): sentencia proveniente de Holanda cuya ejecución se solicita en España con base en el CB; el CB estaba en vigor en Holanda cuando se presentó de demandada, pero aún no estaba vigente para España; sin embargo, cuando se dicta la decisión ya

estaba en vigor entre ambos Estados. El tribunal español aplica el régimen convencional pero controlando la CJI del juez holandés.

Problema. Se ha discutido qué sucede en las situaciones transitorias de litispendencia; esto es, cuando la demanda se presenta en un Estado antes de la entrada en vigor del CB y una demanda idéntica se presenta posteriormente en otro Estado cuando ya ha entrado en vigor el CB para ambos Estados. El TJCE ha resuelto la duda a partir de la regla establecida en el Art. 54 II (as. C-163/95): el Estado que conoce en segundo lugar deberá aplicar el Art. 21 CB (relativo a la litispendencia) pero controlando la CJI del primero, esto es, controlando que esa competencia se ajusta a un regla del CB o de un convenio bilateral vigente entre ambos Estados.

Para la aplicación de estas reglas, el momento en el que se entiende presentada una demanda o dictada una resolución lo fija el Derecho procesal de cada Estado.

#### C) *Relación con otros convenios*

La relación del CB con otros convenios está regulada en los arts. 55-59. Las reglas básicas son dos. (1) En la medida en que sus ámbitos de aplicación coincidan, el CB *sustituye* a los *convenios bilaterales* que estuviesen en vigor entre España y otro Estado parte. (2) El CB *no sustituye* a los *convenios multilaterales en materias especiales* que estuviesen en vigor para España. La razón es dejar que prevalezca la regulación específica por su mejor adecuación a las particularidades del sector de que se trate. En este último caso, el CB funciona como "texto integrador". La pretensión del legislador convencional es que las posibles reglas de CJI que contengan esos convenios "se integren" en el sistema del CB, que opera como un texto-marco: las reglas especiales del convenio especial sustituyen a las reglas del CB, pero los vacíos del convenio multilateral especial se colman mediante el CB. Así, por ejemplo, si el convenio multilateral contiene reglas de CJI pero no de litispendencia, se aplica la regulación sobre esta materia prevista en el CB (STJCE, C-406/92) o si contiene reglas de competencia pero no de reconocimiento/ejecución se aplica a este último aspecto el régimen del CB (Art. 57.2.b CB).

#### D) *"Ambito espacial": la llamada "conexión comunitaria"*.

El CB 1968 es un convenio "doble" que regula tanto la CJI como el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales. Para que el CB sea apli-

cable en sede de reconocimiento y ejecución basta con que se trate de una decisión de un Estado parte. Lo mismo ocurre con la litispendencia y la conexidad. Sin embargo la regulación de la CJI es algo más complicada. El CB determina directamente la CJI de los tribunales de los Estados parte en ciertos supuestos que se conectan con el espacio convencional, pero en otros remite esa determinación a los Derechos nacionales. Se utiliza el término “ámbito espacial” (o “conexión comunitaria”) para describir esta diferenciación.

A estos efectos, las reglas que han de tenerse en cuenta son cuatro:

(1) Las normas de CJI contenidas en el CB se formulan en función del domicilio del demandado. El domicilio del actor es irrelevante. Si el domicilio del demandado está en un Estado parte del CB (Art. 2-3 CB), éste determina directamente la CJI y, por consiguiente, el juez nacional sólo tendrá CJI en la medida en que así lo establezca el propio convenio (Art.2 o Arts. 5-18); si el domicilio del demandado se halla en un tercer Estado (no parte del CB), el CB se remite a las legislaciones nacionales, luego en nuestro caso, el juez nacional sólo tendrá CJI en la medida en que así lo establezca la LOPJ, con el límite de la no discriminación por razón de la nacionalidad (Art. 4 CB).

Desarrollo. Esta solución se puede explicar en la medida en que el CB tiene por objetivo, según su Preámbulo, reforzar la protección de las personas establecidas en la Comunidad. Y la forma más adecuada de hacerlo, en esta sede, es viéndolas como demandados, ya que como demandantes (frente a no domiciliados) no tendría mucho sentido: la eficacia de las decisiones, su reconocimiento/ejecución, no estaría garantizado, pues dependería de la voluntad unilateral de cooperación de un Estado no parte.

Advertencia. Debe tenerse en cuenta que, en materia de contratos de consumo y seguro, el propio CB equipara sucursal o agencia en un Estado parte a domicilio (Arts. 13 II y 8 II CB respectivamente)

Se afirma, con razón, que no caben reducciones teleológicas de esta regla de delimitación del “ámbito espacial”. Esto es, las reglas (Art. 2-4 CB) se aplican aun cuando el litigio no presente vínculos con otro Estado parte: si el domicilio del demandado está en España, la CJI de los tribunales la determina el CB aunque el litigio sólo presente vínculos con España y terceros Estados (y por consiguiente, no presentase vínculos con otro Estado europeo).

(2) Esta regla tiene dos excepciones: una excepción absoluta, el Art. 16 (=competencias exclusivas) que atribuye competencia en ciertos casos con total independencia del domicilio de las parte, y una relativa, el Art. 17 que

exige para su aplicación que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado del CB. El Art. 18 no es una excepción.

(3) Las reglas de litispendencia y conexidad (Arts. 21/22) se aplican sólo respecto de Estados parte pero con independencia del domicilio de las partes; esto es, cuando el litigio se halle pendiente ante los tribunales de otro Estado parte aunque la CJI viniese atribuida por el Derecho nacional, al tratarse de un domiciliado fuera de la Comunidad. Frente a terceros Estados, esto es, cuando el litigio se halle pendiente en un Estado no parte, rige la solución del Derecho nacional, de ahí que la aplicación de las reglas del CB deba completarse con el régimen de litispendencia del Derecho nacional: aunque el domicilio del demandado esté en España, y los tribunales españoles fuesen competentes *ex* Art. 2 CB, el CB no impide que acepten una excepción de litispendencia en un tercer Estado.

(4) Las reglas de reconocimiento/ejecución de decisiones extranjeras (Arts. 25 y ss) se aplican cuando la decisión provenga de otro Estado parte del CB, con absoluta independencia del domicilio de las partes procesales. El objetivo básico del CB, la simplificación y aseguramiento del mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales en el espacio comunitario, explica esta independencia.

### III. EL CONVENIO DE LUGANO

26. El Convenio de Lugano extiende la regulación del CB a los países miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio (ahora Noruega, Islandia y Suiza); por eso se le conoce también como "convenio paralelo". Su contenido es semejante al del CB: en ambos casos coinciden tanto el ámbito de aplicación (material, temporal, relación con otros Convenios) como la cuestiones procesales reguladas; esto es, la CJI, litispendencia internacional, adopción de medidas cautelares, reconocimiento/ejecución de sentencias, etc. No obstante, en cuanto a la regulación específica de la CJI existen ciertas diferencias puntuales (*vid.*, Arts. 5.1 III, 16.1, 17.5, del CB y del CL respectivamente. Otra diferencia importante, y por otro lado obvia, es que el TJCE no tiene competencia para interpretar el CL (aunque *vid.* Protocolo n. 2 y Declaraciones adjuntas al CL, Art. 65).

Desarrollo El objetivo de dicho Protocolo y de las Declaraciones adjuntas es asegurar una interpretación uniforme del CL y armónica con el CB (ante la imposibilidad de garantizar a través del TJCE esa uniformidad y armonía).

Esto explica -y fundamenta- que los tribunales nacionales a la hora de resolver las dudas hermenéuticas que les plantea el CL acudan a las jurisprudencia del TJCE relativa al CB.

Por este paralelismo, en las consideraciones sucesivas nos vamos a referir únicamente al CB, para el lector será fácil extender estas consideraciones *mutatis mutandi* al CL, cuando según las reglas correspondientes proceda su aplicación. La combinación de ambos convenios genera lo que se ha dado en llamar un verdadero “espacio judicial europeo”.

El ámbito espacial de aplicación del CL responde a reglas semejantes a las del CB. Por lo tanto, la delimitación de los ámbitos de aplicación respectivos responde a las cuatro ideas siguientes: (1) si el domicilio del demandado está en uno de esos tres Estado que son parte del CL y no del CB (=Noruega, Islandia y Suiza), los jueces españoles deberán aplicar las reglas del CL (Art. 54 ter CL); (2) en los casos de competencias exclusivas (Art. 16 CL) y de elección de foro (Art. 17 CL), deberán aplicar el CL cuando el tribunal designado sean los de uno de esos tres Estados. (3) en materia de litispendencia y conexidad, cuando el otro Estado en el que se halla pendiente el litigio sea uno de esos tres; y (4) en materia de reconocimiento/ejecución de decisiones igualmente cuando el Estado de origen sea uno de esos tres Estados.

Ejemplos: (1) Si ante los tribunales españoles se presenta una demanda por incumplimiento contractual contra una empresa con domicilio en Francia, la CJI la determina el CB; si la empresa tuviese su domicilio en Suiza, el CL; (2) Si la demanda tiene por objeto un derecho real sobre un inmueble sito en Francia, la (no) CJI de los tribunales españoles la determina el CB (Art. 16; competencia exclusiva de los tribunales franceses); si el inmueble estuviese sito el Suiza, el CL (Art. 16 CL). (3) Si ante los tribunales españoles se plantea una excepción de litispendencia internacional y el litigio se encuentra pendiente en Francia, los tribunales españoles deben acudir al Art. 21 del CB, mientras que si el litigio se encuentra pendiente en Suiza, al Art. 21 del CL. Y (4), si ante los tribunales españoles se plantea el reconocimiento de una decisión dictada en Francia, deberán aplicar el régimen del CB; mientras que si la decisión proviene de Suiza, el régimen del CL.

El juego de las cláusulas de elección de foro es algo más complejo.

#### IV. EL LLAMADO “CONVENIO DE BRUSELAS II”

Hemos dicho que el CB 1968 tiene un ámbito de aplicación limitado, del cual quedan excluidas, entre otras, las materias del Derecho de familia (lo

mismo vale para el Convenio de Lugano). En el Derecho español hoy vigente, la CJI en ese sector la determina la LOPJ. No obstante, ha de advertirse que esta situación parece provisional. Hay en proceso de ratificación un Convenio sobre CJI y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial, conocido ya como "CB II", que extiende el modelo del CB 1968 a ciertas materias del Derecho de familia.

Desarrollo. Según el texto proyectado, el CB II se aplicaría a los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación legal y a la nulidad del matrimonio, así como a los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges con ocasión de las acciones en materia matrimonial mencionadas. Fuera de este ámbito siguen estando vigentes los Derecho nacionales.

De aprobarse definitivamente este convenio, sus reglas de CJI desplazarían, dentro de su ámbito de aplicación, a las normas de la LOPJ.

## V. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

La LOPJ contiene una regulación *completa* (i.e., potencialmente aplicable sea cual sea el objeto del litigio: Derecho patrimonial, familia, sucesiones), *autónoma* respecto de las normas de competencia territorial y *atributiva* o unilateral de la CJI.

No obstante, la aplicación de la LOPJ es "subsidiaria": sólo puede invocarse fuera del ámbito de aplicación de los convenios internacionales (Art. 21.1 LOPJ). Por consiguiente, en relación al CB -y en términos muy generales- la LOPJ se va a aplicar: (1) en el ámbito del Derecho de familia excluido de aquél, en todos los casos; y (2) en el ámbito del Derecho patrimonial, cuando el domicilio del demandado esté fuera de la UE (o de Noruega, Suiza o Islandia, en cuyo caso se aplicará el CL).

Advertencia. Esta afirmación es muy general; ha de tenerse siempre en cuenta, para aplicar la LOPJ, que no exista otra regla convencional aplicable (p.ej., procedente de convenios multilaterales especiales). El proceso necesario para determinar la CJI de los tribunales españoles exige, en primer lugar, comprobar que no estemos en el ámbito de aplicación de un convenio internacional. Sólo entonces debe acudir a la LOPJ.

La interpretación y aplicación de las normas de CJI establecidas en la LOPJ responde a los cánones hermenéuticos generales del Derecho procesal. El dato de que estamos ante Derecho nacional (no convencional) implica que

los elementos de la interpretación normativa se derivan del propio Derecho nacional: el resultado hermenéutico no tiene que coincidir necesariamente en el ámbito nacional y en el ámbito convencional. Sin embargo, en el sistema español de CJI, hay al menos dos elementos que orientan al interprete hacia la coincidencia.

*En primer lugar*, ambos sistemas, el convencional (CB) y el nacional (LOPJ), responden a unos mismos principios estructurales y a unos mismos modelos de regulación; y, en particular, a un modelo de justicia privada que exigiría *prima facie* que en sede de CJI los particulares fuesen tratados igual con independencia del Estado extranjero en cuestión. Desde este punto de vista, CB y LOPJ pueden considerarse como dos subsistemas de un sistema general único de CJI.

*En segundo lugar*, el legislador español al formular su Derecho nacional (LOPJ) se ha inspirado expresamente en el modelo del CB (que, como iremos viendo, es un modelo mucho más desarrollado y refinado que cualquier modelo nacional). Esto implica que el propio legislador ha querido que el referente del sistema español fuera el CB y con ello que ambos grupos de normas mantengan una coherencia regulativa interna.

Estos dos datos (unidad interna y coherencia valorativa) proporcionan un criterio hermenéutico con gran capacidad de integración del sistema nacional (LOPJ): salvo que haya razones en contra, la solución nacional debe orientarse hacia la convencional. De hecho, la jurisprudencia nacional ha mantenido en numerosas sentencias este criterio hermenéutico (el alineamiento de las soluciones nacionales con las del CB).

Ejemplo. Así las SAT de Palma de Mallorca, de 13 de octubre de 1988; la SAP de Valencia de 16 de mayo de 1989; SAP de Barcelona de 2 de junio de 1994.

Advertencia. En el juego de este criterio hermenéutico tiene relevancia la distinción que hemos hecho más arriba entre lógica de integración y lógica de Derecho procesal civil. Como entonces dijimos, aquellas reglas convencionales basadas en esta última son perfectamente generalizables y, por lo tanto, constituyen un referente obligado para interpretar el Derecho nacional e integrar sus lagunas. Estas reglas son el ámbito de juego natural de este criterio hermenéutico (el alineamiento de las soluciones nacionales con las del CB). En cambio, su juego allí donde prevalezca esa lógica de integración debe hacerse con mucho más cuidado pues en estos casos la solución convencional no es el modelo de referencia de la solución nacional.

## VI. ESTRUCTURA GENERAL DEL SISTEMA ESPAÑOL DE CJI

Pese a la diversidad de fuentes de regulación (CB, CL, LOPJ), como venimos repitiendo, el régimen español de CJI responde a una unidad sistemática de fondo. Hay un sistema único de CJI con una pluralidad de fuentes. Este sistema se (re)construye a partir de la distinción de cuatro tipos de foros o criterios de atribución de CJI: foro general, foros especiales, foros exclusivos y la autonomía de la voluntad.

De forma provisional, podemos hacer la siguiente caracterización de estos foros. El llamado *foro general* es el domicilio del demandando: siempre que el demandado tenga su domicilio en España, los tribunales españoles poseen CJI con alcance cognitivo general (*i.e.*, sea cual sea el objeto del litigio). Los *foros especiales* son una pluralidad de supuestos o criterios de atribución de CJI a los tribunales españoles, que operan frente a domiciliados en el extranjero pero con alcance limitado: el principio subyacente es que si el objeto del proceso presenta “cierta vinculación” con España, los tribunales españoles poseen CJI pero limitada a ese objeto. Los foros especiales son la expresión tipificada de esta “cierta vinculación”. Los *foros exclusivos* son foros especiales en cuanto que su atribución de CJI es limitada a ciertos supuestos pero cuyo alcance es, por diferentes razones, mucho mayor que el de los demás foros especiales ya que excluyen para esos supuestos la competencia de cualquier otro tribunal (establecen monopolios jurisdiccionales). Y, por último, en la medida en que muchos de estos foros tienen carácter dispositivo, *la autonomía de la voluntad* puede jugar para atribuir o para excluir CJI a los tribunales españoles.

## VII. BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE TRABAJO

Sobre el CB la bibliografía es prácticamente inabarcable. En la doctrina española, el comentario específico más completo es CALVO-CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994; también puede verse DESANTES REAL, *Competencia judicial internacional en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986. En la doctrina europea el más exhaustivo y clarificador es GEIMER/SCHUTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Munich, 1997. Otros manejados habitualmente son: KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 6ª ed., Heidelberg, 1998; KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abington, 1987; GAUDEMET-TALLON, *Le convention de Bruxelles et de Lugano*, 2ª ed., París, 1996. En cualquiera de estos comentarios se puede encontrar una bibliografía completa sobre el CB y el CL, y en particular sobre las cuestiones generales tratadas en este tema.

- La versión consolidada del CB, junto con los informes relativos a cada versión y la jurisprudencia del TJCE resumida por artículos puede verse en VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil europeo*, Madrid, 1996. Una recopilación de la jurisprudencia completa del TJCE sobre el CB puede verse en VIRGÓS/RODRÍGUEZ, *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, Madrid, 1999. Aquí se puede consultar la jurisprudencia del TJCE citada en el tema. De todos modos las decisiones del TJCE aparecen publicadas en el *Recueil de la Cour de Justice*. Un recopilación de la jurisprudencia nacional sobre el CB puede verse en P. KAYE (ed.), *European Case Law on the Judgments Convention*, 1998.
- Sobre la estructura general del sistema de CJI a partir de los distintos tipos de foros, AMORES CONRADI, voz "Competencia judicial internacional", en *Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas*, Madrid, 1995
- La jurisprudencia española citada aparece en: SAT de Palma de Mallorca de 13 de octubre de 1988, en *R.E.D.I.*, 1989, pp. 613-614; SAP de Valencia de 16 de mayo de 1989, en *R.E.D.I.*, 1990, pp. 234-235; SAP de Barcelona de 2 de junio de 1994, en *R.E.D.I.*, 1995, pp. 370-371; Auto AP de Vizcaya de 19 de junio de 1996, *R.E.C.A.*, 1996, pp. 158-159.

# **ENTREVISTA**

## PERFIL DE D. PEDRO CRUZ VILLALÓN

*D. Pedro Cruz Villalón es Presidente del Tribunal Constitucional desde el 22 de diciembre de 1998. Nació en Sevilla en 1946. Cursó estudios en la Escuela Francesa de Huelva y en el Colegio del Inmaculado Corazón de María (PP. Jesuitas) de Sevilla. Estudió la licenciatura de Derecho en la Universidad de Sevilla durante los años 1963-68. Amplió estudios, becado por el DAAD, junto con el profesor Conrad Hesse en la Universidad de Freiburg im Breisgau (1969-1971). Posteriormente, trabajó en diversas Bibliotecas Jurídicas de Francia y Alemania.*

*Se doctoró en diciembre de 1975 en la Universidad de Sevilla bajo la dirección del profesor D. Ignacio de Lojendio, con un estudio sobre "El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)", publicado en el año 1980".*

*Durante los años 1981-82-83 trabajó en el Instituto Max Plank de Derecho Público de Heidelberg, becado por la sociedad Max Plank. En 1984 fue becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Friburgo im Breisgau. En este tiempo preparó su trabajo de habilitación sobre "La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)", que recibió el primer premio del Congreso de los Diputados en 1985.*

*En 1986, fue nombrado Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.*

*Fue Letrado del Tribunal Constitucional durante los años 1986-1987. Entonces estuvo adscrito al Presidente don Francisco Tomás y Valiente y tuvo bajo su responsabilidad el servicio de Biblioteca y Documentación de dicho Tribunal.*

*Entre 1988-1992, ejerció la docencia en la Universidad de Sevilla.*

*En 1992, fue propuesto para incorporarse al Wissenschaftskolleg de Berlín durante el curso 1993-94, incorporación a la que tuvo que renunciar como consecuencia de su nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional en julio de 1992.*

*Como Magistrado, estuvo incorporado en la Sala Primera. De 1992 a 1995, en la Sección Segunda, presidida por Don Vicente Gimeno Sendra y entre 1995 y 1998 en la Primera, bajo la presidencia del Presidente del Tribunal, don Alvaro Rodríguez Bereijo.*

*Entre las numerosas conferencias que ha impartido en los últimos seis años destaca una serie de lecciones sobre Derecho constitucional español en la Universidad de Hamburgo.*

*Desde 1996, es miembro fundador del "Global Constitutionalism Seminar" de la Universidad de Yale.*

## ENTREVISTA A D. PEDRO CRUZ VILLALÓN

**RJUAM:** En la actualidad, usted es el Presidente del Tribunal Constitucional. Antes de llegar a la Presidencia, ocupó los cargos de Letrado y Magistrado. Previamente, ejerció como profesor en la Universidad de Sevilla. ¿Qué representa para un jurista acceder a la Presidencia del Tribunal Constitucional?

**Pedro Cruz Villalón:** La Presidencia del Tribunal Constitucional no supone un salto cualitativo respecto de la condición de Magistrado. Supone una responsabilidad añadida en la coordinación del trabajo de un órgano que es colegiado. Con independencia de eso, acceder a la Presidencia tiene un efecto simbólico muy claro, puesto que, en definitiva, estás representando al Tribunal.

De todos modos, me parece que esta pregunta presenta distintas dimensiones. Una de ellas es el punto de vista de un profesional del Derecho que en el curso de su vida laboral activa, tiene la ocasión de ocupar un puesto en el Tribunal por un cierto tiempo. Ya he comentado en alguna ocasión, que a mí me parece que haber pasado por aquí como Letrado del Tribunal es una experiencia importante para cualquier jurista joven (no jovencísimo, pero sí joven). Naturalmente, pasar a integrar el órgano es otra cosa. Otra responsabilidad que rebasa en mucho la condición de jurista. Venir al Tribunal como Magistrado es venir a ocupar una posición “estratégica” en lo que es el Estado de Derecho en nuestro país. La Constitución exige que se sea jurista. Y jurista de una cierta capacitación, con una cierta experiencia. Pero hay algo añadido a este elemento de la “pura preparación técnica”. Se trata de un ciudadano al que se le confía durante un cierto período de tiempo una responsabilidad que exige una formación jurídica. Acceder a la Presidencia del Tribunal Constitucional es una responsabilidad muy alta como jurista, pero también al mismo tiempo como ciudadano. Y desde ese punto de vista yo no puedo ponderar qué perspectiva pesa más. Eso sí, representa muchísimo.

El problema es que tampoco es esta una democracia tan antigua en la que ya se sepa qué supone haber sido Magistrado del Tribunal Constitucional.

Esto está formándose, porque no son suficientes los veinte años que han transcurrido.

**RJUAM: ¿En qué medida ha cambiado la evolución a la que nos hemos referido su visión de la disciplina y de la Institución?**

**Pedro Cruz Villalón:** Desde luego, el acceder a la Presidencia no ha cambiado en nada mi visión de la disciplina. Eso está claro. Tampoco varió con el paso de Letrado del Tribunal a Magistrado. El cambio se produjo de profesor a miembro del Tribunal.

De todos modos, yo no diría tanto que “cambia”, como que “complementa”. Creo que el cambio del profesor antes de pasar a ser Letrado y después de integrarse en el Tribunal ha sido suficiente para completar mi visión de la disciplina, en la que oficialmente estoy capacitado para dar clase, para dirigir tesis y todo eso... Naturalmente, en un contexto muy distinto, todo ello tiene que ver con cómo se comprenda el Derecho constitucional en conjunción con la Jurisdicción constitucional. Es decir, cuál es la posición que ocupa el fenómeno Jurisdicción constitucional dentro del fenómeno Constitución. Hay una frase muy conocida de Carl Schmitt que yo he utilizado algunas veces, según la cual, más o menos, no es solamente que la Constitución cambie el concepto de la Jurisdicción constitucional, sino que la Jurisdicción constitucional cambia el concepto de Constitución. Esto es, ¿hasta qué punto la existencia de una Jurisdicción constitucional condiciona la Constitución que se tiene? Para mí nunca ha sido dudoso el que el ser o no ser de la Jurisdicción constitucional cualifica el ser o no ser de la Constitución.

**RJUAM: ¿Qué aporta al Tribunal Constitucional que sus miembros procedan de ámbitos jurídicos tan heterogéneos como, por ejemplo, el académico o el de la práctica judicial?**

**Pedro Cruz Villalón:** Actualmente, la combinación Magistrado procedente de la carrera judicial y Magistrado procedente de la Universidad es bastante frecuente en los tribunales constitucionales del continente europeo. Ahora mismo, esa es la regla: una determinada combinación.

Luego, cuantitativamente la proporción varía. Hay países en los que son algo más numerosos los jueces que los profesores (Alemania), y países, como el nuestro, en los que, de hecho hay mas profesores que jueces. Esta diversa proporción en el caso de Alemania está preestablecida, en tanto que en España es una situación de hecho. Nada impide, digo legalmente, que no haya en este Tribunal ningún profesor o que no haya ningún juez de carrera. Evidente-

mente, podrían integrarse otros juristas; otra cosa es que, de hecho, se haya entendido que tenía que haber, fundamentalmente, tanto profesores como magistrados.

En ocasiones, se reúnen varias condiciones, como las de quienes son catedráticos con una muy amplia experiencia en la abogacía. Sin embargo, la condición previa tanto de juez, como de profesor, que es tan frecuente en EEUU, aquí, en general, no se da.

Lo que sí me parece, es que nos complementamos muy bien y creo que la combinación se mantendrá durante un cierto tiempo. Ahora, si va a evolucionar en un sentido u otro a largo plazo, no es fácil predecirlo. A lo mejor se incrementa la presencia de jueces, a lo mejor se hace más frecuente el modelo del Magistrado del Tribunal Constitucional, que procede del Tribunal Supremo, que a su vez ha sido previamente Catedrático de Derecho.

**RJUAM:** Pero, en España, ¿siempre por la vía de hecho?

**Pedro Cruz Villalón:** Sí, efectivamente, no se ha considerado necesario preestablecer una proporción. Y lo mismo se diga respecto de los distintos órdenes jurisdiccionales. Ha habido más del orden contencioso-administrativo. Pero eso tampoco está preestablecido.

**RJUAM:** La siguiente pregunta se refiere a la escasa presencia femenina entre los integrantes del Tribunal, a su juicio, ¿cuál podría ser la causa de esa escasez de mujeres?

**Pedro Cruz Villalón:** Esta es una pregunta delicada: Para empezar partimos de que los grupos de entre los que salen los candidatos ya de por sí tienen hoy una presencia más baja de mujeres; entre los catedráticos/as de Derecho, en judicatura (todavía no ha llegado la primera mujer al Tribunal Supremo). Este último es un fenómeno coyuntural clarísimo: van a llegar de aquí a nada y cuando lleguen lo harán en un porcentaje apreciable, pero hoy por hoy y como es conocido en el Supremo no hay todavía ninguna mujer.

Las renovaciones del Tribunal Constitucional son de cuatro personas cada tres años. De esas cuatro, la decisión acerca de quiénes son se forma a través de un conjunto de personas, de grupos políticos que, a lo mejor, pondrían a una mujer cada uno de ellos pero no siempre lo hacen, en particular cuando esa fuerza política sólo tiene a su alcance la propuesta de un solo candidato o candidata, aunque hay excepciones. Hasta ahora la experiencia en nuestro Tribunal ha sido la conocida: en el momento fundacional del año ochenta hicieron

bien en procurar que existiera una mínima representación femenina. Esto se pierde en el ochenta y nueve. Después, hay tres ocasiones en las que se deja pasar. La verdad es que eso no debía haber ocurrido. Eso que en el ochenta ya estaba ahí, debió considerarse un valor adquirido y no perderse. Esa es mi opinión, pero así ha sido y ahora la cuestión es si lo que era suficiente en el ochenta es suficiente en el noventa y nueve.

**RJUAM:** ¿Qué le parece ese planteamiento “de mínimos”? ¿Qué opinión le merecen los “cupos”?

**Pedro Cruz Villalón:** Ese planteamiento tiene su lógica, qué duda cabe, pero al mismo tiempo está marcado por la especificidad del debate sobre la discriminación por razón de sexo. También se puede decir: “¡Es que no están representados, por ejemplo, los de una determinada nacionalidad o Comunidad Autónoma y no lo han estado nunca en veinte años! ¿Cómo es que no ha habido ninguno de una determinada Comunidad Autónoma y ningún otro de la otra?”. Y lo mismo podríamos decir de tantas otras especificidades. E invariablemente se nos diría: “¡Es que la mía no es comparable!”. En fin... La discusión podría llevar lejísimos.

**RJUAM:** Precisamente, queríamos preguntarle acerca del último proceso de renovación de Magistrados del Tribunal Constitucional que tuvo lugar a finales del pasado año. Se trató de un proceso de renovación especialmente traumático, tanto por el retraso que se produjo en la elección de los nuevos Magistrados, como por la tensión y la acritud del debate habido entre los partidos mayoritarios en el Parlamento; ¿Cómo se vivió esta situación dentro del Tribunal Constitucional? ¿Entorpeció o repercutió en alguna medida en el funcionamiento del mismo?

**Pedro Cruz Villalón:** No he de entrar a valorar el ambiente exterior al Tribunal. La situación en el Tribunal Constitucional se vivió con enormes dosis de paciencia. Mucha paciencia, mucha prudencia y mucha delicadeza. Esta es la única fórmula con la que el Tribunal puede superar este tipo de situaciones.

En cuanto al funcionamiento del Tribunal, el retraso en llevar a cabo la renovación de los Magistrados repercutió poco. Hasta el verano el ritmo de trabajo fue el habitual. Sin embargo, al empezar “el nuevo curso” sin la susodicha renovación nos encontrábamos ante una situación nueva para nosotros, ya que en el 92, año en el que se produjo el retraso más prolongado en lo que a procesos de renovación se refiere en septiembre se contaba ya con un Tribunal

Constitucional renovado en la parte en que tocaba hacerlo. Cuando nosotros nos volvimos a reunir en septiembre sin que se hubiera producido la renovación, sí puedo admitir un cierto desánimo. No se puede mantener a las personas indefinidamente en una situación de interinidad pendientes de que se alcance un acuerdo, pues estas personas pueden haber realizado sus propias previsiones personales y tienen derecho a llevar a cabo sus propios planes.

**RJUAM:** ¿Se tiene en el Tribunal la sensación de que este tipo de sucesos pueden acabar por afectar a la imagen que de la Institución tiene el ciudadano de a pie?

**Pedro Cruz Villalón:** En mi opinión este tipo de sucesos afectan más que nada a la imagen del conjunto de nuestras instituciones, al Estado de Derecho mismo; a todos los que son protagonistas del proceso. No conviene olvidar que nosotros somos sujetos pasivos de la renovación, no sujetos activos.

**RJUAM:** Entonces, para que este tipo de situaciones no se repitan, ¿sería posible hacer algo desde el Tribunal Constitucional o sólo cabe reclamar que se realice alguna reforma legislativa o apelar a la responsabilidad de los políticos? Jerónimo Arozamena en el libro *La Jurisdicción Constitucional en España* planteaba una serie de posibilidades en la línea de la reforma...

**Pedro Cruz Villalón:** Lo fundamental es que esta situación no se reproduzca. Este es el objetivo principal, y para verlo cumplido, más allá de los usuales llamamientos al sentido de la responsabilidad de los políticos, es necesario conseguir transmitir a la opinión pública la idea de que el Tribunal Constitucional es un órgano cuya composición debe estar siempre atendida. Si ya se sabe que el proceso de acuerdo en esta materia exige un cierto tiempo, es necesario que el inicio de dicho proceso en vez de retrasarse se anteponga. Es decir, que si las fuerzas políticas necesitan seis meses para ponerse de acuerdo, que no empiecen una vez concluido el plazo, sino antes. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional concede a estos efectos un plazo de cuatro meses. En mi opinión, es un tiempo considerable, siempre que sea bien aprovechado.

En cualquier caso, el que, en una determinada ocasión, que las fuerzas políticas, en vez de cuatro meses necesiten más tiempo para llegar a un acuerdo no supone necesariamente ningún desprestigio para nadie. También cabe interpretar que los participantes en el proceso están tomando conciencia de que lo relativo a las personas que han de venir aquí es algo que tiene que cuidarse al máximo. Y no porque de la elección de una u otra persona dependa

el sentido de las resoluciones que adopte el Tribunal en cada caso. El tema es mucho más amplio; se trata de una tarea de enorme responsabilidad, que tiene que ser asumida por personas que, como mínimo, no susciten un inmediato rechazo por parte de ninguna de las fuerzas políticas concernidas.

**RJUAM:** Siguiendo con el proceso de renovación de Magistrados, durante el debate y la discusión sobre los posibles candidatos algunas Comunidades Autónomas alzaron su voz pidiendo una mayor participación autonómica en la composición del Tribunal, ¿cree Ud. que sería necesaria esta mayor implicación de las CCAA? Y de ser su respuesta afirmativa, ¿cómo le parece que debería articularse? ¿Debería hacerse mediante la ampliación del número de Magistrados que componen el Tribunal Constitucional?

**Pedro Cruz Villalón:** El número de Magistrados del Tribunal Constitucional no debe ser ampliado, en todo caso no por este motivo.

Es cierto que a este Tribunal se le encomienda como parte importante de su trabajo la resolución de los problemas competenciales que surgen entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o los problemas competenciales de éstas últimas entre sí, y esta tarea del Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que sucede en otros países en donde se encuentra en un segundo plano, tiene una dimensión importante que hay que asumir. Ahora bien, ¿debe ello llevar a pensar *de Constitutione ferenda* en la conveniencia de una estructura más propia de un tribunal de arbitraje en el que las Comunidades Autónomas pudieran proponer candidatos? No me lo parece en modo alguno. Esto sería negativo por razones que ahora no vienen al caso pero que, en definitiva, tendrían que ver con la desnaturalización del carácter del Tribunal y su conversión prácticamente en un Consejo.

**RJUAM:** ¿Podría venir la solución por la vía de una reforma del Senado?

**Pedro Cruz Villalón:** Esto es habitual escucharlo. Yo creo que la vía por la que cabe dar ese perfil último a la composición del Tribunal es por la de la tercera parte de Magistrados de cuya propuesta se encarga el Senado. Cuatro Magistrados sobre doce es un número muy elevado. Cuando el Senado propone a los cuatro Magistrados se produce ya, al menos en línea de principio, una toma en consideración suficiente de esta dimensión de la labor del Tribunal Constitucional de la que hablábamos.

En puridad, no sería imprescindible que el Senado se reformase, desde esta perspectiva. A lo mejor, un Senado distinto del que tenemos le daría más peso a esta serie de consideraciones. Es más, incluso me atrevería a afirmarlo, pero ello no quiere decir que dicha reforma resulte imprescindible. Es más una cuestión de aprovechar lo que tenemos.

**RJUAM:** Parece que uno de los problemas con que se encuentra el Tribunal Constitucional es la saturación de trabajo, ¿qué causas cree usted que dan lugar a esta situación?

**Pedro Cruz Villalón:** Lo que ocurre es que el sistema político ha volcado sobre el Tribunal Constitucional una gran cantidad de tareas, teniendo en cuenta que éste es un órgano no demasiado numeroso. Se ha querido tener no solamente la doble variante de control de leyes, sino también un órgano que pacifique los conflictos territoriales que se planteen y que resuelva sobre el amparo de los derechos fundamentales. Todo esto implica, ya por sí solo, una gran cantidad de trabajo.

Además se añaden circunstancias coyunturales, como son: la frecuencia con que se opta por acudir al Tribunal en materia de conflictos territoriales y las numerosas ocasiones en que los ciudadanos llegan al Constitucional solicitando el amparo (sobre todo, recurriendo sentencias penales porque supone el último asidero). A lo que se une que, realmente, la oposición, en el juego mayoría-oposición, opera con lo que llamo “la máxima descalificación posible”, optando por expresar el máximo desacuerdo en el debate político enviando al Tribunal Constitucional determinados problemas como “gesto político” (pues se es consciente de que el asunto puede tardar de cinco a siete años en ser resuelto). Todas estas circunstancias hacen que el Tribunal, desde un primer momento, haya resuelto menos asuntos de los que se le presentan.

**RJUAM:** ¿Qué remedios propone para reducir el gran incremento de recursos de amparo que ha tenido lugar en los últimos años?

**Pedro Cruz Villalón:** Sobre esto hemos discutido mucho tanto fuera como incluso dentro de “la casa”. El amparo está contemplado en la Constitución y no depende de reformas de la LOTC. Otra cosa es el “peso” que se le otorgue al amparo, tanto ante el Tribunal Constitucional como el llevado a cabo por los tribunales ordinarios.

Algunos pensamos que se debe distinguir decididamente entre aquellos supuestos en los que existe un previo pronunciamiento de algún tribunal sobre un determinado derecho fundamental, ya sea acogéndolo o desestimándolo,

de aquellos otros supuestos en que no existe este previo pronunciamiento. En este último caso, parece claro que el Tribunal debe entrar a resolverlo salvo que carezca manifiestamente de contenido. Por el contrario, cuando ya un ciudadano ha recibido una o más respuestas en distintas instancias, no es de "Derecho natural" que tenga también derecho a recibir una respuesta de fondo por parte de este Tribunal. Sin olvidar que aún les resta una oportunidad más fuera de nuestras fronteras. Por ahí puede ir una solución (por la distinción de ambos supuestos). Cuando se trate del segundo, habría que introducir factores de criterio, de sentido común... acerca de cuánto puede resolver este Tribunal en materia de amparo.

Esto se expresa muy bien con la fórmula "la Jurisdicción constitucional como bien escaso". Se trata de un bien previamente definido en su alcance y, dado que el Tribunal puede adoptar al año un cierto número de resoluciones (que pueden ser en torno a doscientas) habrán de establecerse criterios para determinar en qué invierte su tiempo.

**RJUAM:** ¿Cree usted que cabría, al estilo americano, dotar al Tribunal de la capacidad de decidir libremente qué recursos de amparo admite?

**Pedro Cruz Villalón:** Francamente, yo no creo que la Constitución lo impida, sobre todo si ya ha habido alguna resolución de fondo. En mi opinión, sería una de las soluciones posibles, aunque no necesariamente la mejor. Es una opción junto con otras, porque tampoco hay que pensar que el problema sea exclusivamente del amparo.

**RJUAM:** Dejando ya este recurso y centrándonos en la cuestión de inconstitucionalidad y en la articulación de las relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, ¿le parece que supone un riesgo para la seguridad jurídica la tendencia del Tribunal Constitucional a tomar como premisa de su enjuiciamiento su propia interpretación de la norma, en lugar de la interpretación ofrecida por el tribunal *a quo*?

**Pedro Cruz Villalón:** Niego la premisa. Nosotros procuramos recibir la norma que se nos cuestiona tal y como la entiende el tribunal que plantea la cuestión. Sólo si la interpretación que plantea carece de lógica lo hacemos saber. Pero, en principio, la aceptamos. Salvo excepciones, nosotros tendemos a responder a la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la norma tal como la entiende el tribunal *a quo*. Otra cosa es que nosotros, como alternativa a declarar inconstitucional una norma digamos luego: "Mire, esta cuestión la

desestimamos, porque pensamos que, haciendo una declaración interpretativa la norma es constitucional”. Pero, eso no es entrar a discutirle al tribunal *a quo* su interpretación de la Constitución. Es una cuestión de matices en la que ahora mismo no tenemos tiempo de entrar. Pero una cosa es la “interpretación conforme” como discurso y otra cosa es el “fallo interpretativo” (la interpretación de autoridad llevada al fallo).

**RJUAM:** Sin abandonar este tema, queríamos preguntarle sobre las que se han venido llamando sentencias interpretativas. Cuando nos encontramos ante fallos desestimatorios de este tipo en los que se decide mantener la norma pero se declara inconstitucional una interpretación de la misma, en particular en el ámbito penal, ¿Cree Ud. que sería aplicable el artículo 40.1 LOTC, dando lugar a la revisión de sentencias ya firmes de condena, en los casos en los que se condenó por esa interpretación considerada inconstitucional? ¿No sería conveniente que el Tribunal Constitucional evitara este tipo de pronunciamientos en dicho ámbito?

**Pedro Cruz Villalón:** Esta es una pregunta que exige entrar en un análisis pormenorizado de lo que hemos ido diciendo en cada ocasión en que se nos ha planteado la cuestión y en este marco me es imposible hacerlo. Es cierto que esta situación presenta algún problema. Por dar una respuesta sin entrar a fondo en el problema diré que, en principio, no basta con una declaración interpretativa para pedir la revisión de estas sentencias penales firmes de condena. Otra cosa es que esta situación sea o no satisfactoria, lo cual constituye sin duda un argumento a tener en cuenta, pero desde luego es difícil evitar todas las interpretaciones.

**RJUAM:** A continuación, queríamos plantearle algunas cuestiones acerca de la organización territorial del Estado. Una de las que podríamos llamar “grandes cuestiones constitucionales”, tras 20 años de vigencia de nuestra Norma fundamental, sigue siendo la relativa a la *estructura territorial del Estado*. En su ya clásico trabajo de 1981 sobre “la curiosidad del jurista persa” usted afirmó que “*nuestra Constitución ha operado una desconstitucionalización de la estructura del Estado*” o, lo que es lo mismo, que “*nuestro Estado carece de Constitución en un aspecto tan fundamental como es el de la estructura del Estado*”. En ese mismo artículo, mantenía que tal desconstitucionalización se traducía en una simple “reserva de ley orgánica” (reserva estatutaria). ¿En qué situación cree usted que nos encontramos ahora? ¿Sigue usted postulando, como lo hizo entonces y 10 años más tarde en su trabajo sobre “La Constitución territorial del Estado” la necesidad de acometer una reforma constitucional que fije de

**modo claro y definitivo nuestro modelo territorial del poder? ¿Qué papel ha jugado y juega el TC en la caracterización de este modelo?**

**Pedro Cruz Villalón:** Es todo un capítulo lo que aquí se plantea... En efecto, ya lo habéis mencionado aquí, en este otro trabajo sobre "La Constitución territorial del Estado" completé lo que dije en 1981: no es pura y simplemente una reserva de ley orgánica, es mucho más que eso. Lo del "jurista persa" era una imagen (ni siquiera era una conferencia, sino media conferencia, pues la di con otro colega). En el otro trabajo ("La Constitución territorial del Estado") no hablé de la necesidad de acometer una reforma constitucional, me referí más bien a que la Constitución formal, la Constitución *stricto sensu*, debería tener dicho que España es un Estado de las Autonomías, o como se le quiera llamar, qué CCAA hay, etc. En uno de estos trabajos concluía diciendo, aproximadamente: "*Si una Constitución debe decir algunas cosas, deben ser cosas como ésta*". Parece claro. Lo que sucede es que nosotros tenemos el bloque de la constitucionalidad y tendemos a decir que la Constitución resulta de la suma del texto "Constitución" y de los textos "Estatutos de Autonomía", e integrándolos sistemáticamente obtenemos el mismo resultado. Con lo cual para mí la cuestión era más de visualización que de otro tipo. Y, quizá, también de madurez en nuestra convicción de cómo es ya nuestro Estado. A mí me parece, que es la Constitución, lo sigo pensando, la que debería decir este tipo de cosas tan elementales y básicas. Ahora, que no es imprescindible, eso está claro. Por eso maticé la necesidad de acometer una reforma constitucional.

En cuanto al papel que ha jugado el Tribunal Constitucional en la caracterización de este modelo, me podría remitir a otro *artículo* mío de esa época, "La construcción jurisprudencial del Estado de las Autonomías", donde intento definir las distintas funciones sobre cómo el Tribunal coopera a definir y a perfilar el Estado.

**RJUAM:** En conexión con estos temas, recientemente el TC ha dado un vuelco, calificado de "espectacular" por algún autor, en lo que al entendimiento de la *cláusula de supletoriedad* se refiere, concretamente en las SSTC 118/1996 y 61/1997. Entre otras cosas, se critica de esta doctrina que conduce hacia un Estado de corte marcadamente federal, poniéndose así de manifiesto, una vez más, que la definición de lo que nuestro Estado territorialmente es ha correspondido o corresponde en buena medida a la jurisprudencia constitucional. ¿Cree usted que esta doctrina, muy criticada en respectivos votos particulares a cada una de las Sentencias por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga, se asentará como definitiva en el seno del Tribunal?

**Pedro Cruz Villalón:** Yo no voy a entrar en las premisas que anteceden a la pregunta, aunque sólo sea por falta de tiempo. En cuanto a la pregunta acerca de si se asentará como definitiva, no lo sé. Es la “doctrina de la casa” y el Tribunal normalmente no va “dando tumbos”. Por otra parte, la doctrina contenida en estas sentencias tenía unas premisas bastantes firmes en alguna jurisprudencia anterior. Es una doctrina que se ha ido construyendo a lo largo de 4 o 5 años. Si eso luego va a evolucionar en otro sentido es algo que no está excluido, pero yo no lo daría por hecho.

**RJUAM:** Ese giro jurisprudencial se inició con una sentencia de 1991, la STC 147/1991, si mal no recuerdo, sin embargo en un pronunciamiento posterior de 1992 de nuevo se volvió a la jurisprudencia anterior...

**Pedro Cruz Villalón:** Se volvió, sí, hasta cierto punto. Ahí estaba el asunto planteado. Evidentemente, algo se estaba moviendo.

**RJUAM:** Pasando a otros temas, nos interesaría conocer su opinión en relación a la reforma de la LOTC aprobada el pasado 25 de marzo por las Cortes Generales, que introduce el llamado "conflicto en defensa de la autonomía local". ¿Cómo valora esta reforma?. ¿No convierte la restrictiva legitimación necesaria para acudir al conflicto en papel mojado la defensa de la autonomía por los propios entes locales ( al requerirse un séptimo de los municipios afectados y tratándose de una ley aplicable en todo el territorio nacional serían aproximadamente mil doscientos los municipios que deberían ponerse de acuerdo)?

**Pedro Cruz Villalón:** El conflicto en garantía de la autonomía local es producto de la cláusula abierta del art. 161.1 d) CE y de cómo la Constitución configura el ámbito de la jurisdicción del Tribunal Constitucional; es por tanto una posibilidad legítima de la que ha hecho uso el legislador orgánico. Nuestra Constitución proclama el principio de autonomía de los entes locales que el Tribunal Constitucional deberá interpretar en los conflictos que se planteen a través de esta nueva vía. Desde el punto de vista de la regulación concreta, ya la doctrina en la fase de elaboración de esta reforma ha suscitado alguna reserva, en algún punto concreto en el que no voy a entrar ahora.

La autonomía local es un valor incorporado a la Constitución que, seguramente, a partir de ahora puede ser reivindicado con más instrumentos por parte de los propios sujetos, una vez que existe este conflicto. Evidentemente, hay restricciones en este nuevo instrumento, pero el que no sea un puro y simple

amparo de cada uno de los municipios, individualmente considerados, creo que no devalúa su interés y, en ningún caso, lo convierte en papel mojado.

**RJUAM:** Volviendo a un tema al que se ha referido al analizar las causas de la acumulación de trabajo del Tribunal, parece que, cada cierto tiempo, los grupos políticos, el Gobierno y las Comunidades Autónomas, cuando no son capaces o no pueden hacerse oír, acuden al Tribunal Constitucional para plantear sus reivindicaciones políticas. Así ocurrió con la utilización sistemática del recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas y, más recientemente, con el anuncio de un grupo parlamentario de preparar una "batería" de recursos de inconstitucionalidad para hacer oposición, o con los recientes conflictos entre el Gobierno y algunas Comunidades Autónomas. ¿En qué medida el buen hacer del Tribunal está condicionado por factores externos a él, tales como el tipo de asuntos que le son planteados?

**Pedro Cruz Villalón:** Como ya he señalado antes, este proceder hace que lleguen al Tribunal asuntos que no tendrían necesidad de ser sometidos a su conocimiento, con el consiguiente aumento de trabajo para este órgano. No obstante, creo que esto no siempre tiene un efecto negativo en el buen hacer del Tribunal, dado que nosotros carecemos de iniciativa. Como tribunal que somos no actuamos de oficio. Pero, más allá de eso, qué duda cabe de que la coyuntura política repercute sobre la carga de trabajo del Tribunal.

**RJUAM:** ¿Considera que la generalización de este proceder supone una cierta perversión del sistema democrático al convertir al Tribunal en un órgano político, por más que el Tribunal resuelva con base en criterios jurídicos y no de oportunidad?

**Pedro Cruz Villalón:** Creo que esto sólo sería así si el Tribunal Constitucional sustituyese el discurso, por así decir, judicial, por un discurso político. Mientras no sea así y sólo resuelva con el Derecho, y en la medida en que el Derecho da la respuesta, no va a ocurrir que el Tribunal se transforme en un órgano político.

Lo que sí ocurrirá es que se le obligará a introducir su presencia jurisdiccional en un asunto, o proceso de contenido muy político en el que, de otra manera, a lo mejor, no tendría que intervenir. Pero, claro, siempre va a pronunciarse sobre la dimensión jurídico-constitucional.

**RJUAM:** En relación con los procesos de transferencia de competencias a la Unión Europea, en virtud del art. 93 CE, se otorgan a las institu-

**ciones comunitarias competencias que podían considerarse hasta hace bien poco indisponibles, pues constituían el núcleo de lo que caracterizaba la soberanía del Estado (por ejemplo, la política monetaria). ¿Qué valoración le merecen los debates que se suscitaron en otros países de la Unión (en concreto, en Alemania), sobre la existencia de límites a la atribución de competencias a las Instituciones Comunitarias?**

**Pedro Cruz Villalón:** A mí me parece que es un debate muy necesario, porque no se construye a partir de un problema inventado, por lo que hay que valorarlo muy positivamente. Desde luego no es un problema que hoy por hoy tengamos planteado en “esta casa” y no niego que en un momento dado se pueda producir la necesidad de que el Tribunal se pronuncie sobre ello. Hasta ahora las fuerzas políticas no han optado por volverse hacia nosotros en busca de un pronunciamiento... Con lo que, de momento, ese frente no lo tenemos abierto.

**RJUAM:** El órgano que usted preside constituye un observatorio privilegiado para el análisis y enjuiciamiento de la evolución y estado de los Derechos fundamentales. Tras veinte años de vigencia de la Constitución, ¿cree que nos encontramos en una sociedad en la que está firmemente asentada una “cultura de los derechos fundamentales”? (Tanto por lo que se refiere a los poderes públicos, como a los ciudadanos).

**Pedro Cruz Villalón:** En esta cuestión hay que procurar evitar las grandes declaraciones. Efectivamente, aunque quizá esta pregunta la podría responder mejor un sociólogo, comparto sin ninguna reserva la expresión “cultura constitucional”. Comparto también la forma “cultura de los derechos fundamentales”, que es casi tanto como “cultura constitucional”.

Creo que, efectivamente, los ciudadanos saben que existen unos derechos fundamentales; derechos singularizados, particularmente protegidos con los que se identifican como ciudadanos. Tienen una cierta idea de lo que es el principio de igualdad, de lo que son las libertades públicas, etc. De una forma más o menos sencilla, esto empieza a saberse.

No obstante, pese a que a veces se tiene otra impresión, el Tribunal puede ser un sitio engañoso a la hora de analizar “el estado de los derechos fundamentales”; al ser éste un sitio donde se acude asistido de letrado, siendo el momento en el que hay que utilizar los derechos fundamentales “a fondo”.

En definitiva, creo que el Tribunal Constitucional no es el que da la medida de hasta qué punto se entienden los derechos fundamentales. Creo que

la participación de voto en las elecciones, la presencia en las candidaturas de personas de uno y otro sexo, la pluralidad del espectro político, así como la sensibilidad de la opinión pública respecto a determinados fenómenos y discriminaciones, nos dan mejor la medida del grado de asentamiento de los derechos fundamentales en una sociedad. Es decir, quizá haya algo de engañoso en un observatorio como éste, que como tal está muy condicionado por las circunstancias de un ciudadano concreto que ha tenido un problema y que, con frecuencia, lo reconduce por la vía de los derechos fundamentales.

En relación con estos temas, habría que preguntarse por qué “han entrado” unos determinados temas en el Tribunal, por qué otros no lo han hecho. Muchos no van a entrar nunca porque se va a producir, o se está produciendo, una serie de reformas que han hecho que el Tribunal se “haya librado” de pronunciarse sobre determinadas cosas (lo último que haría sería dar pistas...). Por qué se tardó tanto en plantearse el tema de la declaración conjunta de los matrimonios en el I.R.P.F. (STC 45/1989)... Quizá por falta de reflejos de una opinión pública que carecía de esta “cultura constitucional”. Probablemente, si el Tribunal hubiera entrado en funcionamiento ahora, con el actual nivel de conocimiento que tiene la opinión pública sobre los derechos fundamentales, se hubiera visto, desde el primer momento, con muchos más problemas sobre la mesa.

En resumen: hoy en día, los derechos fundamentales sí son entendidos como parte del patrimonio de los ciudadanos, y lo único que sería más discutible es hasta qué punto son capaces de articular un discurso sobre lo que la Constitución autoriza o protege.

**RJUAM:** Acabamos con una pregunta de cierre: ¿cuáles cree Ud. que son los retos inmediatos que tiene ante sí el Tribunal Constitucional español? ¿Qué papel ha de jugar éste en la sociedad?

**Pedro Cruz Villalón:** Sinceramente, sin ningún afán retórico, creo que el Tribunal Constitucional tiene que procurar mantener el listón tan alto como lo pusieron en su día los primeros componentes de esta Institución e inspirarse en el trabajo llevado a cabo por ellos, tratando de ser, en cierto sentido, sus continuadores. Éste es, sin duda, un reto importante. Lo que sí está claro es que el trabajo del Tribunal se hace continuamente, que se trata de un órgano que tiene que dar cuenta de su razón de ser en todo momento, y que tiene que estar a la altura de los problemas que se le plantean. Aunque haya muchos asuntos que ya han quedado resueltos, que los hay, la vida sigue y nos siguen llegando casos que nos implican en buena medida.

**RJUAM: ¿Podría ser uno de esos retos inmediatos el acercarse el Tribunal Constitucional a la sociedad?**

**Pedro Cruz Villalón:** Eso tendríais que responderlo vosotros más que nosotros. En el Tribunal Constitucional existe la necesidad acuciante de invertir la tendencia al embalsamiento progresivo de asuntos pendientes. Conseguir parar el crecimiento vegetativo sí lo definiría yo como un reto importante, y por más que valorativamente neutro.

*Madrid, 4 de mayo de 1999.*



# **RECENSIONES**



**ASIF H. QURESHI: *The World Trade Organization: Implementing international trade norms*, Manchester University Press, Manchester, 1996.**

**IRENE BLÁZQUEZ NAVARRO\***

El establecimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) ha tenido una serie de implicaciones de gran calado en la regulación del comercio internacional. La transformación del marco jurídico del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT 47) se ha realizado en la línea del "legalismo comercial". El Acuerdo por el que se establece la OMC codifica y desarrolla de forma significativa el Derecho internacional económico, a través de una serie de acuerdos multilaterales y plurilaterales que constituyen un sistema multilateral de comercio integrado y superan la fragmentación del anterior sistema jurídico del GATT de 1947. Además, esta organización internacional con personalidad jurídica propia, se dota de una estructura institucional única para la aplicación de estos acuerdos y cuenta entre sus funciones básicas la de resolver las diferencias que surjan en relación con la aplicación e interpretación de los acuerdos cubiertos por la OMC.

Los valores jurídicos presentes en las normas GATT/OMC ofrecen

un contenido diverso. Muchas de estas normas constituyen obligaciones típicas de un "derecho blando". La promoción de las normas GATT/OMC y de los valores que propugnan hacen necesaria la incorporación de mecanismos que fomenten la credibilidad en el sistema (como la transparencia, el sistema de solución de diferencias, etc) y faciliten su aplicación en los ordenamientos internos.

El contenido principal de la obra de Asif H. Qureshi se divide en tres partes. La primera parte (pp. 10-45) se refiere al marco del sistema internacional comercial, en concreto, a los aspectos institucionales y al derecho sustantivo de la OMC. Sostiene el autor que la OMC proporciona una estructura institucional básica y suficientemente flexible, pero en ningún caso completa, para responder a las necesidades del comercio internacional. La aproximación del libro al derecho de la OMC se realiza desde su caracterización como un código de conducta. El autor comienza por distinguir cuáles son los tres aspectos del marco nor-

---

\*. Universidad Autónoma de Madrid.

mativo: el institucional, el sustantivo y el relativo a la aplicación en un sentido amplio (implementation). Entiende que el aspecto sustantivo se identifica mejor con un código que con un sistema de regulación completo y detallado. El fundamento de esta posición se centra en el aspecto básico de las normas del sistema que son obligatorias en distinto grado: prescripciones obligatorias, permisivas, blandas, hortatorias. A partir de esta idea se ofrecen distintos criterios para analizar el contenido del código GATT/OMC: los instrumentos de política comercial utilizados por los gobiernos para definir sus regímenes de comercio exterior, el nivel y grado de distorsión sobre el comercio internacional ocasionados por las barreras nacionales, etc. Por último, se cierra esta parte con una exposición detallada de las obligaciones existentes en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT 94) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).

En la segunda parte (pp. 47-123) se ofrece un amplio estudio sobre las cuestiones generales relativas a la aplicación de las normas comerciales internacionales y las técnicas a su servicio, para concluir con el caso del código de la OMC. Como punto de partida Qureshi entiende que el sentido de un código sólo es pleno si éste se aplica, lo que se conseguirá de una forma más ajustada a sus disposiciones cuando

venga acompañado de unas técnicas efectivas de aplicación.

Muy interesante resulta la ordenación de esta parte y la siguiente en torno al proceso de aplicación de las normas del código GATT/OMC. El autor señala que a este proceso se le han atribuido funciones variadas y, en este sentido, ha sido asimilado a la ejecución, el control, la supervisión y el cumplimiento. La tesis general del autor es que el proceso de aplicación se refiere en este ámbito a todas las técnicas que facilitan la aplicabilidad del código, tanto aquéllas que previenen el incumplimiento, como las que lo corrigen (ejecución, control, supervisión, cumplimiento).

En mi opinión, la razón por la que el autor se decanta por una sistemática tan amplia y genérica responde a la voluntad de ofrecer una solución para paliar la falta de compromiso en la aplicación de las normas que se ha puesto de manifiesto en el contexto del GATT. En ningún modo resultarían eficaces las normas codificadas y desarrolladas en la Ronda Uruguay si no existieran unos mecanismos adecuados para canalizar la voluntad política de observancia y cumplimiento de esas normas.

El autor analiza en esta parte general (pp. 49-64) las técnicas de aplicación más utilizadas en las organizaciones internacionales de carácter económico: vigilancia (surveillance), supervisión y solución de diferencias. Se detiene en la primera

de ellas aludiendo el carácter más obvio y aparente de las otras dos restantes. Parte de una premisa según la cual el Derecho internacional institucional admite dos posibles interpretaciones de la vigilancia: una restrictiva y literal que evoca la idea de coerción, control, en definitiva, supervisión; otra más flexible que incluye medidas cuya finalidad es promover conductas conformes a las normas de la organización. Resulta quizás que los poderes de vigilancia pudieran encuadrarse en los mecanismos de la supervisión. A continuación presenta una alternativa a esta idea principal que consiste en reclamar una cierta autonomía para la técnica de la vigilancia. Analiza con este propósito cuál es el contenido esencial de este método, para lo que le resulta imprescindible diferenciarlo de la supervisión. Adopta a este respecto dos perspectivas de análisis: una empírica que toma como referencia las funciones que cumplen cada técnica de aplicación y otra legal que se centra en la competencia de la organización interestatal para incluir dichas técnicas.

Si se atiende al primer criterio, la primera conclusión que se alcanza es que ambas técnicas ponen en práctica funciones similares, aunque con una intensidad diferente. Ahora bien, la vigilancia (*surveillance*) no se identifica con la función de asegurar el cumplimiento de las normas tanto como la supervisión, si bien es cierto que no es

ajena en todo punto a esta finalidad. Así, actúa fundamentalmente a través de la transparencia, como técnica de ejecución, para conseguir la adhesión a las normas internacionales económicas. Otras diferencias residen en el carácter coercitivo y *ex post facto* de la supervisión frente al método de la vigilancia (*surveillance*) como técnica preventiva y de carácter no sancionador. En cuanto a los instrumentos de vigilancia (*surveillance*) económica, éstos varían en intensidad desde los que excluyen cualquier intervención en la esfera estatal, hasta aquéllos que sí la incorporan. Cabe concluir en este punto que se trata de técnicas diferenciables pero conceptualmente dependientes.

Por lo que se refiere al criterio de la competencia de la organización interestatal para dotarse de estas técnicas de aplicación, el punto crítico se presenta en la distinción entre los poderes de vigilancia (*surveillance*) que normalmente se deben entender implícitos en cualquier organización interestatal por no suponer un elemento de intervención en el ámbito de jurisdicción estatal, y otros poderes que por ser más intervencionistas sólo se justifican atendiendo a las funciones y finalidades de la organización (doctrina de los poderes implícitos). A este respecto, la existencia de un código de conducta como el de la OMC es esencial para evaluar la oportunidad de extender o no el ámbito de actuación de esta téc-

nica. Esta extensión debe resultar evidente (implicación necesaria) a la luz de las disposiciones del código de conducta.

La idea de que a la vigilancia le está reservada una función distinta a la de la supervisión no me parece justificada y, menos aun, con utilidad práctica. Me parece difícil mantener esa distinción desde el momento en que se presupone que la vigilancia es una forma encubierta (*covert*) de supervisión.

Por último, se señala que la OMC no tiene poderes generales de vigilancia (*surveillance*) expresamente otorgados, pero sí que tiene una competencia implícita, tal y como se deduce del Art. III del Acuerdo OMC, en el que se indica que una de las funciones de la organización es facilitar la aplicación, administración y funcionamiento del Acuerdo OMC y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y Plurilaterales.

Una vez analizadas las técnicas generales de aplicación, el autor centra su atención en el código de la OMC (pp. 65-96) y, en concreto, en el sistema de solución de diferencias (pp. 97-107) y en el mecanismo de examen de las políticas comerciales (pp. 108-125).

En cuanto al primer aspecto, la Ronda Uruguay ha introducido mecanismos que contribuyen a la aplicación efectiva de las normas internacionales comerciales. Se cita,

con carácter general, el propio establecimiento de la organización con amplias funciones que implican poderes de ejecución, la estructura institucional de la OMC con comités responsables de los distintos ámbitos comerciales, el proceso efectivo y democrático de toma de decisiones, el mismo código de la OMC cuyas obligaciones se refuerzan y extienden a nuevos ámbitos materiales, el sistema integrado para la solución de las diferencias comerciales, etc. De forma específica se analizan los mecanismos de aplicación de las obligaciones del GATT y del GATS. El autor concluye con una evaluación global de la aproximación del sistema de la OMC a la ejecución de sus normas. Estima que hay aspectos que se pueden mejorar notablemente, como la propia estructura normativa del sistema, o el acceso de los particulares al código de la organización a través de su incorporación a las constituciones nacionales. Considera el autor que la OMC dispone tan sólo del sistema de solución de diferencias y del mecanismo de examen de las políticas comerciales como instrumentos eficaces de implementación de las normas OMC.

Por lo que se refiere al sistema de solución de diferencias, se ofrece un análisis completo de todo el proceso de arreglo de diferencias, para concluir que el sistema se refuerza considerablemente desde el punto de vista de su ejecución. El Acuerdo

OMC introduce cambios sensibles en el sistema de solución de diferencias que lo aproximan a un modelo de corte cuasi-jurisdiccional. Es importante destacar la creación de un Organismo de Apelación y la introducción de la regla del consenso negativo para el establecimiento de los paneles y la adopción de sus informes, al igual que los del Organismo de Apelación. La laguna más importante del sistema desde la perspectiva de la ejecución es que numerosos aspectos dependen todavía del consentimiento y la iniciativa de las partes en la diferencia. Este es un tema de actualidad que se ha suscitado en diversas ocasiones en el asunto del plátano y recientemente respecto de la contradicción entre los artículos 21.5 y 22 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*. Coincido con el autor en que quedan todavía muchos puntos débiles en el Entendimiento que merecen una revisión que vaya en aumento de la credibilidad del sistema.

En lo referente al Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales, el autor entiende que se trata de un instrumento de ejecución. Fundamenta esta postura en su carácter obligatorio (ningún Estado tiene la elección de “*opting out*”) y correctivo (cada Estado miembro de la organización evalúa y cuestiona las políticas y prácticas comerciales del resto de los miembros, conforme a los criterios económicos y legales

propuestos dentro de un marco normativo). Sin embargo, no es éste un mecanismo a través del cual se puedan ejecutar obligaciones específicas; no se trata de un proceso de adjudicación porque los pronunciamientos en este seno no son recomendaciones obligatorias. Sugiere además que el mero hecho de que no tenga específicamente este carácter no significa que la información evidenciada en el transcurso del proceso no se pueda utilizar posteriormente como fundamento de una reclamación que se sustancie en el sistema de solución de diferencias. En definitiva, su finalidad principal es inculcar a los miembros de la organización pautas de conducta acordes con el código de la OMC de forma *ex ante* y, subsidiariamente, abrir una vía de conexión con el mecanismo de solución de diferencias.

En la tercera parte (pp. 135-191) se dilucidan los problemas específicos que plantea la aplicación del código de la OMC en los países en desarrollo (pp. 137-147), los bloques comerciales (pp. 148-163) y la Comunidad Europea (pp. 164-191).

Si el orden internacional comercial aspira a tener un carácter multilateral, entiende el autor que es ineludible afrontar el problema del regionalismo. El objeto de este capítulo es el estudio de los problemas de administración de los bloques regionales dentro del marco de la OMC; no aspira, pues, a resolver el interro-

gante sobre si los bloques comerciales contribuyen a la liberalización del comercio internacional. Los problemas de ejecución del código de la OMC traen causa de la misma naturaleza o el proceso de formación del bloque regional, su estructura constitucional o sus implicaciones internas o externas. Así, pueden existir contradicciones inherentes entre los objetivos de un bloque comercial y la liberalización del comercio internacional. Además, el ámbito económico cubierto es más amplio que el de la OMC. Las políticas no relacionadas con la OMC se formulan en un entorno en el que esta organización tiene escaso desarrollo, por lo que resulta difícil discernir cuál será la influencia de las mismas en el contexto regulado por la OMC. El fenómeno del regionalismo conlleva el bloqueo del acceso al mercado en extensas regiones; las consecuencias más notorias son el incremento en el poder coercitivo del bloque regional y el retraso en el proceso de liberalización. Por otra parte, existe la tendencia de resolver las diferencias comerciales unilateral o bilateralmente, más que en un marco multilateral, y esto supondría una fragmentación del marco normativo comercial de la comunidad internacional.

Por último, se indica que, en cierta medida, la práctica de la OMC ofrece la oportunidad para presentar una estrategia de administración de

los bloques comerciales consistente con el objetivo del libre comercio. Se trata, en primer lugar, de la reforma del Art. XXIV GATT relativo a las uniones aduaneras y zonas de libre comercio. Esta reforma se consideró en la Ronda Uruguay y se adoptó un Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV que, desde la perspectiva de la ejecución, toma nota de la necesidad de reforzar el papel del Consejo para el Comercio de Mercancías. Estas disposiciones no son significativas, aunque el hecho de centrar la atención en los miembros individuales de los bloques en relación con las obligaciones del Art. XXIV y las obligaciones generales de la OMC es meritoria. En segundo lugar, la estrategia se fija en la fase posterior a la formación de la asociación.

Se ajusta razonablemente al esquema seguido por el autor, dedicar un capítulo a la Comunidad Europea (CE). El estudio de la política comercial comunitaria se deja al margen, para centrarse en los problemas relativos a la aplicación del código de la OMC. Se hace referencia a la revisión de las políticas comerciales, destacando que ni los informes de la Secretaría del GATT ni los de la Comisión de la CE analizan las prácticas particulares de los Estados miembros. Se incorpora igualmente alguna referencia al sistema de solución de diferencias, subrayando aquí el papel protago-

nista de la CE. El autor realiza un análisis descriptivo que se muestra poco receptivo hacia una cuestión capital como es la reticencia de la CE a implementar normas que liberalizan el comercio exterior o que reducen las ventajas comerciales de su industria. Se dejan fuera de discusión aspectos que creo relacionados con la implementación de las normas. El estudio de los instrumentos de defensa comercial que contradicen las prescripciones del GATT con una clara finalidad proteccionista, el efecto del derecho GATT/OMC en la CE, la naturaleza jurídica de los informes de los paneles y su eventual aplicación como canon de legalidad del Derecho comunitario, la repercusión de los ordenamientos jurídicos domésticos en las obligaciones de Derecho comercial internacional, los mecanismos administrativos existentes para hacer cumplir el derecho de la OMC, el papel de los particulares en el sistema de solución de diferencias, etc, son cuestiones que merecen ser integradas, en alguna medida, dentro de este libro.

La gran aportación de esta obra consiste en enfatizar la interconexión que existe entre el Derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos. Las normas y obligaciones internacionales incorporadas en los ordenamientos internos pueden reclamar actos de aplicación normativa, administrativa o judicial. Esta interrelación no ha sido considerada en profundidad por la doctrina ius-internacionalista, lo que aviva el interés que suscita este libro. El Derecho internacional comercial actúa en el plano interno y en éste, a su vez, se estipulan los mecanismos concretos para la aplicación de las normas convenidas. En el caso del Acuerdo de la OMC, no establece un sistema general de aplicación, sino que se limita a prever técnicas puntuales que, con carácter general, operan en supuestos en los que existe una distorsión en el sistema. Es, por lo tanto, responsabilidad de los ordenamientos estatales o de las organizaciones interestatales la aplicación de las obligaciones que hayan acordado.



**CASTÁN PÉREZ - GÓMEZ, Santiago: Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho Romano, Dykinson, 1996, p. 270**

**ELENA QUINTANA ORIVE\***

El autor acomete el estudio de un tema difícil: La existencia en el Derecho Romano de la figura de la concesión administrativa. La dificultad viene motivada por tratarse de una institución cuya normativa se halla dispersa en múltiples fuentes jurídicas, literarias y epigráficas, y por no haberse estudiado con carácter unitario por la doctrina romanística.

Que la concesión administrativa moderna es una institución de honda raigambre histórica lo prueba el hecho de que en Roma a pesar de que el uso de las cosas públicas de uso público - puertos, ríos, carreteras ... - estaba garantizado a todos los miembros de la comunidad, podía el "Estado", según su poder discrecional, concederlas en exclusiva a un determinado particular a cambio del pago de una renta.

El autor utiliza en su obra conceptos y términos jurídicos actuales, aproximándose, en este sentido, al método romanístico dogmático (Betti). No obstante, Santiago Castán hace también el debido estudio histó-

rico-crítico de las fuentes jurídicas romanas relativas a esta materia.

El trabajo, realizado con gran claridad y rigor, consta de dos partes: Una primera parte (Cap. I y II) en la que el autor realiza un estudio de las *res extra commercium*, y más concretamente de los bienes de dominio público (objeto de las concesiones administrativas), para adentrarse a continuación en el examen de la teoría del dominio público en el Derecho Romano - expresión que nace en la Francia revolucionaria, pero no la idea que aparece implícita en las fuentes romanas como recuerda el Prof. GALLEGO ANABITARTE en su libro: *El derecho de aguas en España*, pág. 47 - y centrando posteriormente el autor su atención en cuestiones tales como: el régimen jurídico de los bienes demaniales (inalienabilidad, imprescriptibilidad y nulidad de estipulaciones, legados y servidumbres); la afectación (destino) de los bienes al dominio público que puede producirse por declaración especial del ordenamiento jurídico (*publicatio*) o por causas naturales; los medios judiciales admitidos para

\*. Profesora Asociada de Derecho Romano. Universidad Autónoma de Madrid.

la defensa del uso público (interdictos y *actio iniuriarum*); y la situación en que se hallan estos bienes con respecto al Estado o a los particulares.

La segunda parte se inicia en el capítulo III con el examen del régimen jurídico de las concesiones romanas. Se abordan las características que son comunes a todas ellas: Los sujetos concedentes (Administración central -Estado o *Populus Romanus*- y entes locales menores -ciudades, municipios y colonias-) quienes las otorgan a través de sus representantes; los sujetos concesionarios (personas individuales o asociaciones de personas como las *societates publicanorum*); la forma jurídica empleada para conceder los bienes de dominio público (*locatio - conductio* = arrendamiento); el pago de la renta (requisito *sine qua non* para el disfrute de la concesión) y los distintos objetos de las concesiones.

Los capítulos restantes (IV - VIII) contienen el estudio de cada concesión en particular: Concesiones administrativas sobre tierras públicas de cultivo (Cap. IV), que son las concesiones más antiguas y el antecedente del derecho real de enfiteusis. Concesiones sobre suelo público edificable (Cap. V), en donde el autor aborda dos cuestiones de interés: La construcción ilícita (sin autorización) sobre suelo público y las concesiones para ocupar un edificio público ya cons-

truido. En caso de construcción ilícita, el "Estado" valorando cada supuesto tenía tres alternativas: demoler la obra ilícitamente construida, reivindicarla *in publicum*, es decir, la "arrebataban" al constructor ilegítimo convirtiéndola en un nuevo edificio público, o conservar en el disfrute al particular pero imponiéndole el pago de un *solarium*. Concesiones administrativas mineras (Cap. VI), teniendo especial interés en esta materia la *Lex Metallis Vipascensis* en donde se recoge el estatuto jurídico de las minas del distrito de Vipasca (Portugal), que contiene disposiciones no sólo de carácter jurídico sino también de carácter técnico: el sistema seguido para la ocupación de los pozos, las condiciones y los pasos a seguir por el *occupator* para convertirse en concesionario ... Concesiones administrativas sobre el mar y sus litorales (Cap. VII), que nos plantean especiales problemas dada la escasez de fuentes al respecto, y en donde el autor plantea la necesidad de una autorización para construir una edificación en el mar o en la playa o para ejercitar la pesca de forma exclusiva. Y para terminar, las concesiones administrativas de aguas públicas (Cap. VIII), que tienen por objeto la derivación de aguas públicas - ríos públicos y acueductos - para usos particulares.

En palabras del Prof. ANTONIO FERNANDEZ DE BUJAN, Director de la Tesis Doctoral que ha dado origen a la presente publicación: "La

presente investigación, que tengo el honor de prologar, constituye un eslabón en la reconstrucción del Derecho Administrativo Romano y contribuye

a la deseable conexión entre la investigación histórica y la dogmática moderna, tan necesaria para el progreso de la ciencia del derecho.”



# **FORO DE DEBATE**



**ARQUITECTURA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO:  
¿VÍNCULO INEVITABLE? (UN ESTUDIO ARQUITECTÓNICO  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA DE MADRID)**

**EDUARDO MELERO\***

No sé nada de arquitectura. Sin embargo creo que detrás de cada edificio hay, consciente o inconscientemente, una concepción del mundo que no se limita al modo en que van a vivir las personas que lo habitarán, sino que también incluye la función social que éstas desempeñan. Tampoco he podido hablar con el arquitecto de nuestra nueva facultad, pero lo más seguro es que él sí tuviera una idea de cómo íbamos a comportarnos quienes fuéramos a pasar parte de nuestro tiempo dentro de su creación, quiero decir del edificio.

Y nosotros/as que pasamos en ella una parte importante de nuestra vida, ¿nos hemos preguntado alguna vez qué filosofía de universidad se encuentra escondida entre las aulas y los pasillos?

Ya he dicho que no sé nada de arquitectura pero, por si acaso no ha quedado claro, lo repito. Sin ánimo de sentar cátedra sobre interpretaciones arquitectónicas e inconsciente colectivo, me propongo en estas líneas simplemente mirar la facultad desde otro punto de vista. No sé si será divertido, pero, al menos, espero que sí sea un poquito sugerente y provocativo.

Lo primero que llama la atención de la estructura de la facultad es la división vertical que se establece entre el espacio propio de los/as alumnos/as (el primer y segundo piso) y el de los/as profesores/as (la famosa cuarta planta). La propia labor docente reparte a unos/as y otros/as diferentes papeles, lo que queda reflejado arquitectónicamente hablando en la vivisección de la facultad en dos mundos diferentes. Símbolo de la distancia infranqueable existente entre estos dos mundos es la tercera planta que, salvo en la parte ocupada por

---

\* Becario FPU. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

la secretaría, no es más que un purgatorio de ladrillos invisibles que evita cualquier contaminación entre uno y otro lado.

En el ámbito horizontal el punto clave es la biblioteca. Ésta ha sido concebida por el propio arquitecto como una especie de catedral, como el templo del estudio. El lugar de la oración en el que los/as feligreses/as cumplen con el rito establecido. Conviene además recordar que catedral viene de cátedra. Catedral es la iglesia en que reside un obispo o un arzobispo, y la cátedra es el trono del obispo o arzobispo. No hay que olvidar que los primeros apuntes fueron las notas que tomaban los estudiantes de teología en los márgenes de sus biblias mientras el obispo glosaba las escrituras.

De la misma manera en que las catedrales marcaban el carácter de su ciudad, la biblioteca irradia el espíritu religioso a todos los rincones del edificio. La biblioteca está llena de luz, elevándonos hacia las alturas, como corresponde al gótico, que esconde en su seno el germen del nuevo hombre (no se sabe si también de la nueva mujer) renacentista.

Las aulas, por el contrario, invitan al recogimiento. No son más que la transposición de los templos medievales al ámbito académico. Los muros gruesos, la escasez de ventanas, son elementos que incitan a la humildad, virtud necesaria en todo/a estudiante de derecho. De este modo se crea el espacio adecuado para la razón, ya que a ésta le corresponde como actitud emocional la humildad.

Es en las aulas donde los monjes/as esperan la llegada de la palabra revelada. Con los hábitos recién estrenados, los/as estudiantes aprenden rápidamente el noble arte amanuense, en un esfuerzo sin parangón por recuperar oficios extinguidos. Los/as profesores/as se convierten en sacerdotes y sacerdotisas del derecho. A los que no se les replica, ni siquiera se les pregunta, como desde siempre ha establecido el rito católico, apostólico y romano. No podía ser de otra manera, ya que el derecho comparte con la teología el cénit de los saberes dogmáticos. Ya no estamos ante la humildad, sino ante su hermana pequeña, la sumisión.

La tarima juega también el papel de frontera simbólica. Impide el acercamiento hacia el/la profesor/a que se produciría si éstos/as dieran la clase a nivel del suelo. Pero sobre todo evita su empequeñecimiento. Sacerdotes y sacerdotisas, poseedores de la verdad revelada, no pueden aparecer vulnerables, pues se corre el riesgo de que su verbo no sea creído, y lo que aún es peor, que sea públicamente rebatido.

El espíritu románico, del terror del año mil, ha sido sabiamente reinterpretado a la luz de las ideas propias de esta segunda crisis del milenio ante la que nos encontramos. Los fluorescentes y la formación de los asientos destinados a los/as alumnos/as son más propios de una granja o de una cadena de montaje que de un aula. El espacio de cada alumno/a se ha reducido al mínimo vital imprescindible. Por su parte, la luz artificial constante, permanentemente necesaria, hace que sea muy difícil saber si es de día o de noche, intentando así engañar los mecanismos fisiológicos de alumnos/as reacios/as por naturaleza a un trabajo constante y continuo. Es el triunfo del espíritu calvinista que propugna la salvación de las almas a través del sacrificio en el trabajo y no por medio de la oración. Este neocalvinismo no es más que el reflejo en un mundo cerrado, y en gran medida irreal, como es el universitario, de lo que sucede más allá de las paredes de la facultad, donde impera el liberalismo económico a sus anchas una vez derribado el muro de las lamentaciones, perdón, quiero decir del comunismo.

Las aulas se convierten en fábricas en pequeñito. ¿Pero qué es lo que producen?. Intentemos crear el silencio necesario para poder escuchar lo que nos dicen los pupitres. (Les escucharemos mejor cuanto más tiempo pasemos sentados en ellos).

Las mesas han sido diseñadas para una utilización óptima cuando se copian apuntes. No están pensadas para la consulta de fuentes legales mientras se explica la materia. (Quien haya realizado, por ejemplo, un examen de administrativo ya sabe a lo que me refiero). Así como el manillar de triatlón permite a los ciclistas alcanzar mejores marcas, la inclinación de la mesa permite a los/as alumnos/as batir sus marcas de escritura y maximizar sus esfuerzos en pos de la obtención del apunte perfecto. Gracias a dios, queda muy atrás la época en que estaba prohibido y castigado con multa tomar notas de las clases magistrales<sup>1</sup>.

Habría que preguntarse también si el espacio existente entre la mesa y el asiento es el más adecuado para mantener una actitud de escuchar, de razonar, de pensar, o si por el contrario fomenta las actitudes pasivas, de circuito cerrado entre el oído y la mano convirtiendo a la inteligencia en una ilustre convidada de piedra. Espacio que, además, parece haber sido diseñado tomando como medida el imprescindible folio para coger apuntes.

---

<sup>1</sup>. Aunque no sólo gracias a dios, sino también a la desobediencia de algunos profesores, como Francisco de Vitoria, quienes pagaban de su propio bolsillo las multas impuestas a los que cogían apuntes pese a la prohibición.

Pero si hay algo por lo que nuestro querido arquitecto será reconocido a lo largo de los tiempos, es por su capacidad para haber interpretado el espíritu de los/as protagonistas de la facultad: los y las estudiantes. Con una lucidez sin parangón, el arquitecto ha creado el paraíso en la tierra para los/as fundamentalistas del apunte, donde no sólo poder adorar la palabra garabateada, sino incluso consumir la mínima expresión del pensamiento en la hoguera<sup>2</sup> de sus suspicaces preguntas «¿puede repetir?; por favor, ¿puede ir más despacio?». Los/as estudiantes se vuelven así más papistas que el Papa (en este caso los/as profesores/as), encarnando esa frase de Rosa Luxemburgo que venía a decir que hay que moverse para poder sentir las cadenas.

Quedan todavía un montón de preguntas a las que sería bueno buscar una respuesta. ¿Cuál es la mentalidad de un edificio que tiene los ojos puestos en un bosque pero que puertas adentro es un monumento al despilfarro energético?, ¿en qué o en quién se inspiró el arquitecto?, ¿tendremos que esperar al apocalipsis, quiero decir a la demolición del edificio, para poder empezar a crear un mundo nuevo?.

Sólo me queda hacer una advertencia. Mi visión parte de unos valores concretos, sin los cuales lo más seguro es que no hubiera nunca llegado a ver la facultad de este modo. No comparto el actual modelo de enseñanza universitaria y, mucho menos, los valores, el curriculum oculto, que guarda en su seno. Considero que la enseñanza debería orientarse al trabajo con conceptos y no a su aprendizaje memorístico, a fomentar el espíritu crítico, a enseñar a poner el trabajo en común. Una universidad donde se tuviera en cuenta las preguntas que se hacen los/as alumnos/as, en vez de obligarles a repetir respuestas.

---

<sup>2</sup> Aunque no está muy claro si su llama procede del mismo fuego que el de la antorcha del saber que muestra el escudo de la Universidad Autónoma.