

UBO

ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Boniet
Boniet
Aequi
Aequi

Año 8 • Número 2

UBO

Universidad Bernardo O'Higgins

Ars Boni et Aequi es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la Editorial del primer número de la Revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

“El nombre escogido, “Ars Boni et Aequi”, tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la “técnica de lo bueno y lo equitativo” hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente “técnicas”, no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad –reclamo ineludible de su carácter de ciencia– hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho.”

Así, la Revista tiene el cometido de contribuir al desarrollo del Derecho, a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas de la Ciencia Jurídica, incluyendo Historia y Filosofía del Derecho, que invite a todos los operadores jurídicos a un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito que le es propio.

Año 8 n° 2, agosto 2012

ISSN: 0718-2457

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE

Jorge Van De Wyngard Moyano, Decano de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

CONSEJEROS

Dr. Julio Alvear Téllez (Universidad del Desarrollo, Doctor Universidad Complutense), Dr. Carlos Amunátegui Perelló (Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor Universitat Pompeu Fabra), Dra. Miriam Henríquez Viñas (Universidad de Las Américas, Doctora Universidad de Santiago de Compostela), Mg. Diego Munita Luco (Universidad Bernardo O'Higgins, Magíster Pontificia Universidad Católica de Chile), Juan Andrés Orrego Acuña (Universidad Internacional SEK, Doctor (c) Universidad de Mendoza).

CONSEJO EDITORIAL INTERNACIONAL

Martín Acevedo-Miño (Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina), B.A. (Majors in History and Political Science) M.A. (in History) J.D. (Law) Robert S. Barker (Distinguished Professor of Law, Duquesne University, Estados Unidos), LL.M. Dante Figueroa (Georgetown University, American University, Estados Unidos), Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda (Universidad Complutense, España), Dr. José Díaz Nieva (Universidad San Pablo CEU, España), Dr. Eulogio Pisfil Chavesta (Universidad Nacional de Trujillo, Perú), Dra. Cristine Zanella (Faculdade de Direito de Santa María, Brasil), Dr. Luis Ignacio Savid-Bas (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina).

COMITÉ DE REDACCIÓN

Mg. Regina Ingrid Díaz, Secretaria de Redacción. Mg. Carlos Isler, Mg. Eirka Isler y Dr. Fernando Villamizar, Asistentes de Redacción. Loreto Sáez, Emanuel Diet y Matías Godoy, Ayudantes de Redacción.

PAGINA REVISTA: <http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

Indexaciones: Al-día, El Mercurio Legal, Westlaw, Pro Quest, Latindex Directorio, EBSCO y Dialnet.

Avenida Viel 1497. Santiago-Chile, Fono: (56-2) 4774147- 4774150 - Fax: (56-2) 4774141

E-mail contacto: arsboni@ubo.cl

IMPRESIÓN-PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM

INSTRUCCIONES A LOS COLABORADORES

I. ACERCA DEL ENVÍO DE ESTUDIOS, ENSAYOS, CRÓNICAS Y COMMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

1. Los trabajos que deseen publicarse en la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse a la Secretaria de Redacción Sra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, o al Presidente del Consejo Editorial, Sr. Jorge Van De Wyngard Moyano, vía electrónica a sus respectivas casillas: reginad@ubo.cl; jwyngard@ubo.cl.
2. El texto electrónico deberá tener sus páginas numeradas y ser completamente legibles, e incluirá una biografía corta de cada uno de los autores (considerando: grados académicos, ocupaciones, cargos actuales y correo electrónico).
3. Los trabajos enviados para su publicación deben ser inéditos y adjuntarse una carta en la que los autores se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo, los autores de los artículos informarán si dicho trabajo se publicará como parte de un libro o un texto mayor.
4. Se deberá anteponer al artículo, su título, un resumen del mismo y las palabras clave, al menos en español, y preferentemente también en inglés.¹ El resumen del trabajo tendrá no menos de 100 ni más de 150 palabras.
5. Los títulos y subtítulos del artículo deberán ser claros y concisos debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
6. Aquellos autores cuyos artículos sean publicados recibirán un ejemplar de la respectiva Revista y 10 separatas de su trabajo publicado.
7. El envío de un original al editor supone que el autor cede a la Revista los derechos de reproducción del texto una vez admitido.

¹ En caso de sólo acompañar título y resumen en español, las traducciones al inglés se harán por parte de los editores de la Revista.

II. REVISIÓN, PLAZOS Y PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

1. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de doble anonimato, el cual consiste en la revisión y la evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, designado por el Comité Editorial de la Revista.
2. El resultado del arbitraje será comunicado al autor, quien tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones o recomendaciones hechas por los arbitadores para que finalmente sea aceptada su publicación.
3. El Comité Editorial puede rechazar los artículos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la Revista.
4. Los parámetros de evaluación son los siguientes: originalidad del trabajo; desarrollo de argumentos; redacción, sintaxis, ortografía, estilo, extensión y estructura del trabajo; pertinencia y actualidad de la bibliografía; concordancia entre títulos, resúmenes y palabras claves con el contenido del trabajo; calificación del trabajo cómo estudio, ensayo, crónica o comentario de jurisprudencia.

III. ASPECTOS FORMALES DE LOS TRABAJOS DE COLABORACIÓN: NORMAS DE REDACCIÓN Y DE ESTILO DE CITAS

1. Cada artículo debe estar encabezado por el título del mismo; el nombre del autor con el uso de su apellido o apellidos, según corresponda, y el respectivo nombre, los cuales deben ir en minúscula, salvo las letras iniciales, que deben ir en mayúscula. A pie de página, como cita, deberán incluirse la afiliación institucional del autor y su correo electrónico.
2. El tipo de letra a utilizar en el documento es Times New Roman, tamaño 12, y con un interlineado a espacio y medio.
3. La indicación de las citas, sea de autores o fuentes, se hará siempre en notas a pie de página numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del respectivo artículo irá el listado alfabético de referencias bibliográficas, en su caso, de páginas electrónicas consultadas, de jurisprudencia y legislación referidas.
4. **Referencias bibliográficas:** Las referencias bibliográficas de tratados, libros, monografías, artículos y documentos electrónicos se recomienda hacerlas conforme con el siguiente modelo, el cual corresponde a las normas NCH1143.OF1999 = ISO 690: 1987 sobre referencias bibliográficas, la

que ha sido declarada norma chilena oficial por Resolución n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999; y la norma NCH1143/2. OF2003 que es una homologación de la norma ISO 690-2 y que ha sido declarada norma chilena oficial por Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003:

A) *BIBLIOGRAFÍA CITADA*

La lista se ordena alfabéticamente por su primer elemento, que es el apellido del autor, junto a su año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a), b), c), etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versales y el nombre en redonda. En ningún caso podrán ser citadas dos fuentes bibliográficas diferentes en una sola referencia. En esta lista, la referencia de los libros contendrá una indicación del número total de páginas; y la referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

Ejemplos:

a) *Referencia de libro*

BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 377 p.

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ número de edición (excepto la primera) / (lugar de publicación, editorial)/ paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

b) *Referencia de traducción*

AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Traducc. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 p.

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ número de edición (excepto la primera) / (Traducc. Nombre del traductor, lugar de publicación, editorial)/ paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

c) *Referencia de capítulo de libro*

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo y Picand ALBÓNICO, Eduardo (coordinadores académicos), *Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elementos: Autor(es) del capítulo o artículo/ (año de publicación): / "título del capítulo o artículo" / nombre del autor(es) o del coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo (indicando su calidad de editor(es) o coordinador(es), / título del libro (en cursiva) / (lugar de publicación, editorial) / paginación.

d) *Referencia de artículo de revista*

VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi* (nº 6): pp. 27-79.

Elementos: Autor(es) del artículo/(fecha): / "título del artículo" / título de la Revista (en cursiva) / (volumen (cuando la Revista lo incluye) o número): / paginación.

e) *Referencia de documentos en formato electrónico*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea", AA.VV.: *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 p., disponible en: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, fecha de consulta: 22 mayo 2007.

f) *Referencia s dos obras del mismo año del mismo autor*

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra, que sigue al primer apellido y el año de la obra.

NOGUEIRA (2007a) y NOGUEIRA (2007b).

B) *NORMAS JURÍDICAS CITADAS*

Se deberá considerar al final del trabajo en un listado, todas las referencias legales o normativas, bajo el título: Normas jurídicas citadas. Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. En el caso de una ley, se indicará el número de la ley y la denominación oficial si la tiene/el título de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de publicación (día, mes y año).

Ejemplo:

Ley N° 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos. *Diario Oficial*, 30 abril 2010.

C) *JURISPRUDENCIA CITADA*

En caso de comentarios de jurisprudencia de tribunales ordinarios, chilenos o extranjeros, deberán referirse a sentencias ejecutoriadas y contener la referencia exacta del tribunal, partes, fecha de resolución que se comenta y sede de su publicación, si no se incluye el texto de la sentencia en la edición.

Se deberá considerar al final de todo trabajo, un listado de todas las referencias jurisprudenciales. Dicho listado se limitará a las sentencias efectivamente referidas o citadas en el trabajo. Las sentencias se ordenarán cronológicamente y si existen diversas sentencias en el mismo tiempo, se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. En este listado final, la cita de las sentencias hará indicación de las partes / del tribunal / fecha (día, mes y año) / y a la sede de edición.

En el listado final las sentencias se indicarán de la siguiente forma:

- a) Nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del Caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata de sentencia de Tribunal Constitucional) y el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda). Seguido de dos puntos (:) y
- b) La referencia del tribunal que la haya dictado: Corte Suprema, Corte de Apelaciones de XXX, Tribunal Constitucional, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, etc. Enseguida, la fecha, señalando día

y año en números arábigos y mes en letras minúsculas. Se sugiere indicar además el tipo de acción y procedimiento correspondiente; y en fin, la identificación de la sede de edición en que se ha sido publicada la sentencia bajo su título completo o abreviado, según el estándar ISO y las indicaciones de volumen, año, secciones y página; o indicación de la base de datos de jurisprudencia de donde se extrajo y su respectivo número identificador. Tratándose de sentencias de Tribunales Constitucionales la cita contendrá el nombre del órgano correspondiente, el número de rol, la fecha de su emisión y el repertorio o base de datos donde se contiene. Respecto de las sentencias emanadas de tribunales internacionales se identificará el órgano jurisdiccional respectivo, el nombre de las partes o caso, fecha del fallo (día, mes y año) y la serie y número del mismo. En caso de que una sentencia haya sido publicada por dos sedes editoriales distintas, el autor deberá citar exclusivamente aquella que utilizó en su trabajo.

Ejemplos:

Tamayo con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 abril 1999 (acción de nulidad de concesión minera) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo 96 (1999), II, sección 7^a, pp. 65-73.

Contra Romo Mena (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 septiembre 1994, rol n° 38683-94, *Legal Publishing Chile* 20390.

Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989 (2000): Tribunal Constitucional, 4 agosto 2000, rol n° 309. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/>, fecha consulta: 15 diciembre 2015.

Caso Lotus (1927): Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia 7 septiembre 1927, Serie A n° 10.

5. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia y, sólo excepcionalmente, se admitirán textos de desarrollo. Opcionalmente, las referencias abreviadas se pueden incluir entre paréntesis en el texto principal y no en las notas en pie de página.

A) Referencia abreviada de obras

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie: sólo el primer apellido del autor (en versales), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citas de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos.

Los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la “*bibliografía citada*”, al final del trabajo (que se describe más arriba). Ejemplos:

- a) Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.
- b) Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.
- c) Si una obra tiene tres, cuatro más autores, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las notas al pie de página se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de *et al.*, año de publicación y página respectiva: ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.
- d) En el caso que se citen dos o más obras de diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación, separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis: “Varios autores (GARCÍA (2007) p. 84; NOGUEIRA (2007) p. 145; CEA (2006) p. 135) concluyeron que...”

B) Referencia abreviada de normas jurídicas

Se deberá indicar en cada caso el número de la ley y su año. Los lectores podrán verificar los datos completos de la ley señalada en el listado de normas citadas, al final del trabajo.

C) Referencias abreviadas de jurisprudencia

Las citas al pie de página de jurisprudencia de los tribunales ordinarios deberán indicar el nombre del tribunal, el nombre de las partes (en cursiva) y la fecha. En caso que se trate de sentencias del Tribunal Constitucional llevará el título o número de la norma jurídica que se haya discutido y el rol. Además, se indicará el año de dicha sentencia (entre paréntesis en redondas).

De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia en el listado de jurisprudencia citada al final del trabajo.

Ejemplo:

Corte Suprema de Justicia. *Tamaya con Atocha* (1999).

Tribunal Constitucional. *Ley 19.496, rol n° 980* (2008).

INSTRUCTIONS TO CONTRIBUTORS

I. CONCERNING STUDIES, ESSAYS, REPORTS AND COMMENTARIES TO JURISPRUDENCE SUBMISSION

1. The articles to be published in the Law Review of Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, must be submitted to the Editorial Secretary Mrs. Regina Ingrid Díaz Tolosa, or to the Chairman of the Editorial Board, Mr. Jorge Van De Wyngard Moyano, by email to their respective addresses: reginad@ubo.cl; jwyngard@ubo.cl.
2. The electronic text must have its pages numbered and fully legible, and it must include a short biography of each one of its authors (considering: degrees, jobs, current positions and email addresses).
3. The articles submitted for publication must be unpublished and the authors must attach a letter in which they agree not to submit them simultaneously for the consideration of other periodical journals. Also, the authors of the articles shall inform whether the paper will be published as part of a book or a larger text.
4. The article must be preceded by its title, an abstract and some key words, at least in English, and preferably also in Spanish.¹ The abstract shall have non less than 100 words and non-more than 150 words.
5. The titles and subtitles of the article must be clear and concise, and properly related to its contents without underlines of any kind.
6. Those authors whose articles are published will receive a copy of the respective Edition and 10 off-prints of their published work.
7. The submission of an original article to the editor supposes that the author cedes to *Ars Boni et Aequi* his or her reproduction rights once the text has been admitted.

II. ARTICLES REVIEW, DEADLINES AND PUBLICATION

1. The admission of the work will follow a double-blind system of review, in which a national or foreign scholar, who will be designated by the Editorial Board of Review, will review and evaluate the work.

-
2. The arbitration result will be communicated to the author, who will have to adjust the work according to the observations or recommendations made by the arbitrators in order to obtain the final publication of his or her work.
 3. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Board may reject them if they do not adjust to the guidelines of the Journal.

If the title and abstract are only in English, the editors of the journal will make the necessary translations to Spanish.

4. The evaluation parameters are: the originality of the work; the development of arguments; writing, syntax, spelling, style, size and structure of the work; the relevance and current importance of the bibliography; the coherence between titles, abstracts and key words with the content of the work; the classification of the work as a study, essay, report, or commentary to jurisprudence.

III. FORMAL ASPECTS OF COLLABORATIVE WORKS: STYLE RULES AND CITATIONS RULES

1. Each article must be headed by its title; the name of the author with his or her last name or last names, as appropriate, and his or her respective first name. The name of the author must be written in lowercase except the initial letters, which must be capitalized. The author's institutional affiliation and email must be cited in a footnote.
2. The document font is Times New Roman, size 12, and 1.5 line spacing.
3. Citations either of authors or sources shall be provided in footnotes, which will be consecutively numbered. Also, at the end of the respective article there must be an alphabetical list of bibliographic references, web pages, jurisprudence and legislation.
4. ***Bibliographical References:*** The bibliographic references of treatises, books, monographs, articles and electronic documents shall be done according to the following model, which corresponds to the standards NCH1143.OF1999 = ISO 690: 1987 on bibliographic references that has been declared as the official Chilean standard by the Resolution of the Ministry of Economy No.75, *Diario Oficial*, February 24th, 1999; and the norm NCH1143/2.OF2003, which approves the ISO 690-2 that has been declared as the official Chilean standard by the Resolution of the Ministry of Economy No.92, *Diario Oficial*, March 13th, 2003.

A) CITED BIBLIOGRAPHY

The list must be sorted alphabetically by its first element, which is the last name of the author, with its year of publication in parentheses. If there are two or more works by the same author published in the same year, they must be distinguished in parentheses by small letters a), b), c), etc., beside the year of publication. The last name or last names of the author must be written in small caps and the first name in round. Two different bibliographic sources cannot be cited in one single citation. In this list, the citation of books shall contain an indication of their total number of pages; and the citation of journal articles and book chapters shall contain the initial and final page numbers.

Examples:

A) CITATION OF BOOKS

ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (3rd edition, New York, Barnes Noble Inc.) 216 p.

Elements: Author(s), institution or person, / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first one) / (place of publication, editorial) / pagination (in works with more than one volume the citation should indicate the number of the volume without mentioning the pages).

B) CITATION OF TRANSLATIONS

AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Trans. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 p.

Elements: Author(s), institution or person, / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first one) / (Trans. Name of the translator, place of publication, editorial) / pagination (in works with more than one volume the citation should indicate the number of the volume without mentioning the pages).

C) CITATION OF BOOKS' CHAPTERS

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo and MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo and Picand ALBÓNICO, Eduardo (coordinators), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145-184.

Elements: Author(s) of the chapter or article/ (year of publication): / “title of the chapter or article” / name of the author(s) or coordinator(s) of the book when it differs from the author of the chapter or article (the citation must clarify whether the person is acting as an editor or coordinator), / title of the book (in italics) / (place of publication, editorial) / pagination.

D) *CITATION OF PERIODICAL'S ARTICLES*

WALDRON, Jeremy (2005): “Foreign Law and the modern *Jus Gentium*”, *Harvard Law Review* (vol. 119 n° 1): pp. 129 – 147.

Elements: Author(s) of article / (date): / “title of the article” / title of periodical publication (in italics) / (volume (when the Journal includes it) or number): / pagination.

E) *CITATION OF ELECTRONIC DOCUMENTS*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): “Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea”, AA.VV.: *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 p., available at: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, accessed 22 May 2007.

f) Citation of two works of the same year by the same author

When citing two or more works by a specific author that are published in the same year, the works will be distinguished by a letter that will follow the first last name of the author and the year of the work.

NOGUEIRA (2007a) and NOGUEIRA (2007b).

B) *CITED STATUTORY MATERIAL*

At the end of the work it shall be included a list of all the legal and normative citations under the heading “Cited Statutory Materials”. This list is limited to the rules effectively quoted or referred in the work. In the case of laws the following elements must be indicated: the number of the law and its official name, if any / the title of the official reporter / the date of publication in the official reporter / date of access.

Example:

Declaration of Independence of the United States of America (4 July 1776)
U.S.C.A. *Constitution* (first volume, pp. 1-5).

Statute of the Permanent Court of International Justice. League of Nations,
16 December 1920, available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/40421d5e4.html>>, accessed 26 March 2012.

C) *CITED CASES*

In the case of commentaries to jurisprudence of Chilean or foreign courts the citation must refer to fully enforceable judicial opinions and it must contain a precise reference of the court, parties, the date of the discussed judicial opinion and the place of its publication, if the text of the judgment is not included in the publication.

At the end of each work, a list of all the mentioned cases must be included. This list is limited to the cases that are effectively mentioned or cited in the work. Judicial opinions shall be chronologically ordered and if there are judicial opinions from the same date, they will be alphabetically sorted by the name of the parties. In this final list, the citation of the judicial opinions will include the parties / court / date (day, month and year) / and its reporter.

In the final list, judicial opinions shall be indicated as follows:

- c) Name of the parties in italics (if it is a civil case), name of the accused (if it is a criminal case), Case name (in the case of international judicial opinions), the name by which the request is known (if it is Constitutional Court opinion) and the year of the opinion (in parentheses and rounded). Followed by a colon (:) and
- d) The reference of the court that issued the decision: Supreme Court, Court of Appeals of XXX, Constitutional Court, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, etc... Then, the date, which shall mention in Arabic numbers its day and year of its publication and in lowercase letters the month of its publication. It is also suggested to indicate the type of action and procedure, and finally, the identification of the reporter where the judicial opinion has been published under its full or abbreviated name according to the ISO norm and the indications of volume, year, sections and page; or the indication of the jurisprudence database where it was extracted with its respective identification number. In the case of opinions of Constitutional Courts the citation shall contain

the name of the judicial body, the role number, the date when it was issued and the directory or database where it can be found. In relation with judicial opinions issued by international courts, it is necessary to identify the name of the respective court, the name of the parties or case, the date of the judicial opinion (day, month and year) and its serial and number. If a judicial opinion has been published by two different reporters, the author shall only cite the one used in his/her work.

Examples:

Tamayo con Atocha (1999): Supreme Court, April 6, 1999 (action for the annulment of a mining concession), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 96, II, section 7^a, pp. 65-73.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (1971): International Court of Justice, Advisory opinion, June 21, 1971, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Lotus Case (1927): Permanent Court of International Justice, judgment September 7, 1927, Ser. A n° 10.

5. **Footnotes:** Footnotes must be numbered in Arabic characters and they must be inserted in a superscript format, which will include references or short citations to works, norms and jurisprudence, and, only exceptionally, the inclusion of text will be permitted. Optionally, short citations can be included in parentheses in the main text and not in footnotes.

A) SHORT CITATION OF BIBLIOGRAPHY

In the short citations of books, journal articles and other materials the footnote must include: only the first last name of the author (in VERSALES), year (in parentheses) and the page or numbers of precise pages where the cited materials appear. It is recommended not to make citations of works that have not been directly confronted by the author.

Readers can check the full details of the citations in the “*Cited Bibliography*” at the end of the work (described above). Examples:

- a) Works by one author: MANSON (1978) p. 52.

-
- b) Works by two authors (the last names are joined by the conjunction and):
FIX-ZAMUDIO and VALENCIA (2003) p. 247.
 - c) If a work has three, four or more authors, all authors have to be cited in the final reference list. In the footnotes will be written only the first author surname followed by *et al.*, year of publication and respective page:
ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.
 - d) In case of citing two or more works by different authors in a same reference, the names and respective publication years have to be written separated by a semicolon within the same parenthesis: "Several authors (GARCÍA (2007) p. 84; NOGUEIRA (2007) p. 145; CEA (2006) p. 135) concluded that..."

B) *SHORT CITATION OF STATUTORY MATERIALS*

It shall be indicated in each case the number of law and its year. Readers can check the full details of the cited law in the list of cited statutory materials at the end of the work.

C) *SHORT CITATION OF CASES*

The footnotes of jurisprudence of courts shall indicate the name of the court, the name of the parties (in italics) and the date. In case of Constitutional Court opinions, the citation shall include the title or number of the challenged norm and the role. Also, it shall also indicate the year of the judicial opinion (in parentheses).

Thus, readers can check the full details of the judgment in the list of cited jurisprudence at the end of the work.

Example:

Supreme Court. *Tamaya con Atocha* (1999).

Constitutional Court. *Law 19.496, role n° 980* (2008).

ÍNDICE

INSTRUCCIONES A LOS COLABORADORES.....	3
Editorial	
JORGE VAN DE WYNGARD MOYANO	21
ESTUDIOS	
The role of judges <i>ad hoc</i> on international permanent courts: a critical analysis	
GUSTAVO LUIZ VON BAHTEN	25
Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual	
MÓNICA M. BORETTO	81
El derecho penal del enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores	
RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ.....	145
Alcances de la cesión de derechos hereditarios	
ADRIANA CECILIA PALAVECINO CÁCERES	185
ENSAYOS	
Movimientos sociales: visiones de alternatividad política desde Sur y Centro América. Casos: Bolivia, Ecuador, Brasil y México	
DOUGLAS EDUARDO MOLINA ORJUELA SERVIO ALBERTO CAICEDO CÓRDOBA	211
El derecho en la era de la virtualidad. Nuevas realidades, nuevo derecho virtual	
DALIA CARREÑO DUEÑAS.....	251

CRÓNICAS

Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005 – 2011)

ÁLVARO ROBERTO DELGADO LARA 277

Breve comentario sobre obligaciones determinadas o de resultado y obligaciones generales de prudencia y diligencia o de medios en la legislación y doctrina francesas

MARCELA VALERIA ARROYO MATTEUCCI 289

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Inmunidad de Estado: Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia recaída en el Caso “Inmunidad jurisdiccional del Estado”

GABRIELA TERESITA MASTAGLIA..... 303

Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO 323

EDITORIAL

Ponemos a disposición de la comunidad jurídica nacional un nuevo número de nuestra revista jurídica, que ya transcurre sólida por sus ocho años de existencia, actualmente en ediciones semestrales.

En este número se mantiene una tendencia que ya se ha ido perfilando con fuerza en las últimas ediciones, cual es la de recibir aportes no sólo de académicos e investigadores nacionales, sino también de profesores de otros países, particularmente del Continente Latinoamericano.

De este modo, nuestra revista se está convirtiendo de manera progresiva en un espacio para la discusión y el aporte jurídico a nivel internacional, de manera coincidente con una de las líneas estratégicas que ha estado desarrollando la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins, en el sentido de avanzar hacia una integración con la comunidad jurídica latinoamericana.

De hecho, el pasado jueves 7 de junio, en dependencias de nuestra Universidad, se efectuó la ceremonia de lanzamiento de una Red Latinoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho, que sumó a Universidades de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Perú y a la que prontamente se agregarán instituciones de Bolivia, Paraguay, México y, más adelante, las demás naciones latinoamericanas. Ese esfuerzo de integración nos permitirá seguir profundizando la línea de la revista, en orden a canalizar la producción científica de nuestros pares de otras partes del Continente, contribuyendo de ese modo al estudio del derecho comparado en nuestro país.

Estas labores académicas están también en línea con la política global de la Facultad, de avanzar en estándares integrales de calidad en todas sus actividades y que, en una primera etapa, se han visto ahora coronadas con la reciente obtención de la acreditación para nuestra carrera de derecho en el pasado mes de junio. Al respecto, cabe hacer notar que en Santiago existen 30 carreras de derecho en funcionamiento, pero sólo cuatro de ellas se encuentran acreditadas, siendo una de ellas la de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la conciencia de que solo a través del esfuerzo del trabajo bien hecho es que se pueden alcanzar grandes logros, estamos ciertos que este nuevo

ejemplar de nuestra revista se constituirá en un elemento valioso para los diferentes actores que dan vida al amplio mundo de lo jurídico en nuestro país.

Jorge Van De Wyngard Moyano
Decano de la Facultad de Derecho y Comunicación Social
Universidad Bernardo O'Higgins

ESTUDIOS

THE ROLE OF JUDGES *AD HOC* ON INTERNATIONAL PERMANENT COURTS: A CRITICAL ANALYSIS

*El papel de los jueces ad hoc en las
cortes permanentes internacionales:
un análisis crítico*

GUSTAVO LUIZ VON BAHTEN*

ABSTRACT: The scope of this study is analyzing the institution of judges ad hoc, since its origin on the Permanent Court of International Justice (PCIJ) until its treatment on the most important present international permanent courts: the International Court of Justice (ICJ), the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) and the European Court of Human Rights (ECHR), among others. Furthermore, this work brings up considerations about the necessity and importance of judges ad hoc on the contemporary international legal system, and their relation with essential topics such as legitimacy, nationality, the States' consent and the principle of the *jus cogens*. Moreover, the present paper aims to clarify that justifications presented to include this old rule on the current legal system are not valid on a globalized multilateral society, being absolutely essential abolishing the figure of the

* Brazilian attorney. PhD in Labour Studies (University of Milan). LLM in International Law, Trade, Investments and Arbitration (University of Chile - University of Heidelberg). <gbahten@gmail.com>.

Artículo recibido el 30 de abril y aprobado el 26 de mayo de 2012.

judges ad hoc and to innovate the international order, adequating it to the dramatic changes occurred on the last 50 years, and inserting it on a post-habermasian paradigm.

KEY WORDS: judges ad hoc – international courts – consultive competences – legal judge

RESUMEN: El objetivo de este estudio es el análisis de la institución de los jueces *ad hoc*, desde sus orígenes en la Corte Permanente de Justicia Internacional hasta su tratamiento en los más importantes tribunales internacionales permanentes de la contemporaneidad: la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros. Por otro lado, este trabajo nos lleva a consideraciones sobre la necesidad e importancia de los jueces *ad hoc* en el actual ordenamiento jurídico internacional, y su relación con temas esenciales como la legitimidad, la nacionalidad, el consentimiento y el principio del juez natural. Más, el presente trabajo tiene por objeto aclarar que las justificaciones presentadas para incluir esta regla anacrónica en el sistema legal actual no son válidas en una sociedad multilateral y globalizada. Así, es imprescindible la abolición de la figura de los jueces ad hoc, de modo a adecuar el orden internacional a los dramáticos cambios ocurridos en los últimos 50 años, insertándole en un paradigma post-habermasiano.

PALABRAS CLAVE: jueces *ad hoc* – tribunales internacionales – competencia consultiva – juez natural

OVERVIEW

In the last few years it is undeniable that the increment on the globalization process, for better or not, brought significant epistemic changes¹ and challenges², particularly on fields related to International Law. In this current "multilateralized" world, the internationalization of many subjects - which were before exclusive competences of internal law - and the relativization of the concept of sovereignty³ were still not able to bring up a general international jurisdiction⁴, but, in spite of that, the contemporary society is marked by the

¹ SOROS (2002).

² STIGLITZ (2003).

³ SEIDL-HOHENVELDERN (1992).

⁴ MÉRIGNHAC (1905) p. 78.

strengthening of an international order, with a relevant increase in the number of international institutions, many of them with jurisdictional scope.

Therefore, this present international jurisdictional panorama –characterized by the emergence of new subjects and a brand new structure on international relationships– deserves an appropriate reflection, capable to overcome an archaic conception of International Law based on the concept of absolute sovereignty, incompatible with the principles of interdependence, harmonic mutual growth, sustainable development and cooperation.⁵

If the judges' role on international courts is not anymore being merely *bouches de la loi* –in accordance to the classic Montesquieu's lesson–, in a world where there is an increasing active posture from the magistracy on the construction of an International Law with a real *effet utile*, on a dworkinian attitude⁶, all questions related to who our judges are and what do we wish on that subject assume greater relevance.

Following this premise, the scope of this paper is presenting the institution of judges *ad hoc* on the main international Tribunals, and analyzing their compatibility with the most recent developments on International Law.⁷

On the first part of this study, it will be constructed an objective analysis of the theme of judges *ad hoc*. This work begins with a historical background, looking for the roots of the institution of judges *ad hoc* on the PCIJ Statute, and its influence on the main contemporary international permanent Courts, such as the ICJ, the ITLOS, the ICHR and the IEHR, besides of an analysis *en passant* about the main rules concerning the nationality of the adjudicators in other decisory organs, as the European Court of Justice (ECJ), the Panel's structure on the World Trade Organization (WTO), the International Criminal Court and also on arbitration rules, such as the ones stated by the International Chamber of Commerce (ICC), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Moreover, it will be laid out a presentation of some important issues concerning to the present treatment of this matter, as the role of judges *ad hoc* in consultive proceedings (*Namibia case*), their nomination as a faculty of the parties (*Aegean Sea case*) and the main rights and duties of those members,

⁵ DELOS (1950) p. 305.

⁶ MURPHY and PRITCHETT (1961) p. 107, CORDERO (1987) p. 255.

⁷ JIMENEZ DE ARÉCHAGA (1980) p. 180.

analyzing particular aspects like the requirements for their nomination, their remuneration, their immunities and privileges, the oath and the incompatibilities of that function.

On its second part, this paper will introduce considerations about the importance and necessity of the constitution of judges *ad hoc* on a pragmatist paradigm, through a criterious analysis of the main arguments pro and against such institution. The research will raise the idea that many aspects used to justify the intervention of judges *ad hoc* on international permanent tribunals do not resist to a deeper investigation, when considered as parts of a post-habermasian paradigm with inspiration on the transmodernity proposed by Dussel.

Furthermore, it will be offered some considerations about the role of judges *ad hoc* and its relations with the principle of the *juge naturel*, as well as a discussion concerning some difficulties on this subject, such as the case of the evolution of the conception of nationality.

In sum, this study has the scope to bring up a complete panorama of the judges *ad hoc*'s performance on the main international permanent courts, their purposes, and their role on the persecution of a brand new concept of International Law on a contemporary globalized and transnational society.

I. JUDGES *AD HOC* ON THE MAIN INTERNATIONAL PERMANENT COURTS

1. The origin of the modern concept of judges ad hoc – the PCIJ

In order to precisely understand the importance of this subject, it is necessary going back in time to find the roots of the institution of judges *ad hoc*, which are stated on the PCIJ Statute, in the beginning of the 20th century.

It was perfectly understandable that, on a post-World War I scenario, when international society was occupied trying to solve the States' internal problems and looking for a way to guarantee the peace and to take up again economic development—which had achieved its efflorescence on the *Belle Époque*—States kept reticent to accept a new international legal system which obliged them to abdicate from its own sovereignties in favor of a unique international order.

So, it is clear, when analyzing the structuration of the PCIJ Statute, on the early 20's, the concern of making the dream of an efficient international system and the challenge to keep intact the sovereign power of each State agrees. As a result of that thought, the plan elaborated by Lord Root and Lord Phillimore for the PCIJ Statute tried to add in a same legal order this ambivalent posture

which was prevalent in those times. The PCIJ Statute was so, an attempt to make feasible on the international praxis the intervention of a Court with universal scope.

An example of that concern in maintaining the identities of the States on this new legal panorama is the rule of the article 31 of the PCIJ Statute⁸, which creates the basis of the institution of judges *ad hoc* on international permanent Courts. As a result of intense debates⁹, the inclusion of that article is the root of this work, since it is based on that clause that, later, the ICJ and several other contemporary international jurisdictional organs –such as the ITLOS, the ICHR and the ECHR– incorporated similar rules in their own statutes.

Accordingly to the logic that prevailed on the PCIJ's norms, the equality between the parties should be expressed not only on the application of material norms, but also on the proceeding rules.¹⁰

So, in cases when one State which was party on an international controversy had already an own national between the judges and the other party had not, it was configured a huge disproportion among the litigants, which would be inconceivable for the whole system.

⁸ PCIJ, Statute, article 31: *"Judges of the nationality of each of the contesting parties shall retain their right to sit in the case before the Court. If the Court includes upon the Bench a judge of the nationality of one of the parties, the other party may choose a person to sit as judge. Such person shall be chosen preferably from among those persons who have been nominated as candidates as provided in articles 4 and 5. If the Court includes upon the Bench no judge of the nationality of the contesting parties, each of these parties may proceed to select a judge as provided in the preceding paragraph. / The present provision shall apply to the case of articles 26, 27 and 29. In such cases, the President shall request one or, if necessary, two of the members of the Court forming the Chamber to give place to the members of the Court of the nationality of the parties concerned, and, failing such or if they are unable to be present, to the judges specially appointed by the parties. Should there be several parties in the same interest, they shall, for the purpose of the preceding provisions, be reckoned as one party only. Any doubt upon this point is settled by the decision of the Court ./ Judges selected as laid down in paragraphs 2, 3 and 4 of this article shall fulfill the conditions required by articles 2, 17 (paragraph 2), 20 and 24 of this Statute. They shall take part in the decision on terms of complete equality with their colleagues"*.

⁹ LEAGUE OF NATIONS / ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS (1920), SCHWEBEL (1999) p. 320.

¹⁰ SCOBIE (2005) p. 428.

There was a proposal, when jurists were discussing the elaboration of the Statute, to avoid this disparity simply preventing the nationals of judging in cases related to their countries of origin, declaring their incompetence on those specific demands. However, the great powers did not agree with the fact of having to give up from their nationals as judges precisely when their own interests were being discussed.¹¹

After that negative, it was necessary taking another way to guarantee the equality between the litigants. The solution found to preserve the stability and fairness was not excluding a magistrate, but adding another one, nominated by the party which had no nationals between the judges.¹²

Furthermore, once the Tribunal accepted the institution of judges *ad hoc*, that same understanding had to be extended also to situations when no party had a national among the titular bench of judges.

It comes up, on this way, the figure of the judge *ad hoc*, appointed by one party to serve as judge on a specific *litis*, possessing, however, the same rights and obligations imposed to the other members of the Tribunal.

Besides guaranteeing the isonomy, other reasons were pointed to justify the insertion of this article on the PCIJ Statute, *exempli gratia*, the strengthening on the Tribunal's legitimacy, the possibility for the parties to explain their points of view before a national which is able to have a better understanding of their internal circumstances, their specificities, their language and their internal law, besides stimulating the States' participation on the agenda of those relevant international *fori*.

In brief, the justification for the insertion of this rule on the PCIJ Statute, given by Lord Phillimore is that *"it would be necessary to make it possible for parties to be represented on the Court by a member of their nationality; or that at any rate it would be necessary to prevent one party being represented if the other party were not. There were several ways of obtaining this end; the judge of the nationality of one party might be excluded, or a judge of the nationality of the other might be added, but, in his opinion, it would be preferable to give a national representative for both parties, not only to protect their interests, but to enable the Court to understand certain questions which require highly*

¹¹ JIMENEZ DE ARÉCHAGA (1980) p. 180.

¹² *Ibidem*.

*specialized knowledge and relate to the differences between the various legal systems”.*¹³

2. The contemporary courts

A) THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Later, after the World War II, when there was the foundation of the United Nations¹⁴ and, subsequently, the creation of the ICJ¹⁵, the historical moment was very similar to the one happened when the PCIJ’s Statute was elaborated. In those times, there was also a great lack of confidence on the real *effet utile* of international organizations, because of the concrete inefficaciousness of organizations such as the League of the Nations¹⁶ and the PCIJ on avoiding international conflicts.

Thus, the foundation of the United Nations did not try to establish a real supranational order, but it was a clear attempt to create a forum where all the States would be able to express their points of view and, through multilateral efforts, to keep peace, order and justice.¹⁷ The UN was not elaborated to act as a vertical power over the States¹⁸, but as a possibility of a multilateral institution guaranteeing the material isonomy between different countries, independently of their wealth, size or location.

By this notion, it is perfectly understandable why the ICJ preserved the referred clause of the article 31 of the PCIJ’s Statute on its own rules.¹⁹ And it was exactly on the ambit of the ICJ that the main discussions specifically about that norm were brought up, as what happened at the *Aegean Sea case (Turkey vs. Greece)* and at the *Namibia case (Namibia vs. South Africa)*. There is also, on the ICJ, a vast jurisprudence which counts with the relevant and decisive participation of judges *ad hoc*, as will be exposed later on this study.

¹³ LEAGUE OF NATIONS / ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS (1920) p. 528.

¹⁴ STEINER in AMBOS and CHOUKR (2000) p. 293.

¹⁵ GHEVONTIAN (1992) p. 136.

¹⁶ ALBRECHT-CARRIÉ (1958) p.604.

¹⁷ MELLO (1995) p. 159.

¹⁸ HEGEL (1997) p. 303.

¹⁹ GUILLAUME (1992) p. 10.

The rules of the PCIJ's Statute on this topic were practically copied *ipsis literis* on the ICJ Statute, elaborated in 1945.²⁰

Nonetheless, the inclusion of that rule which allows the nomination of judges *ad hoc* seems to be no more adequate on the globalized world configured in the beginning of a new millennium. As discussed before, this rule has roots on the classic constitutionalism of the 19th century²¹, when the concept of sovereignty was absolute, and it shall not be applied in present times, when the concept of sovereignty is relativized, particularly on fields such as human rights and environmental protection. The institution of judges *ad hoc* is not compatible with the attempts to set up an international system based on cooperation, harmony and interdependence, when the rights do not belong only to States, but also when the international society imposes duties to all nations.

In spite of that, it is also useful stressing that, for the reason of being for a long time the only international court with a universal scope, the ICJ Statute (1945) had a deep influence on a great amount of statutes of contemporary international organisms with jurisdictional range, spreading the institution of judges *ad hoc* on several international jurisdictional institutions.

B) *THE INTERNATIONAL TRIBUNAL OF THE LAW OF THE SEA*

Many jurisdictional international organs were deeply influenced by the ICJ Statute, which brought up the classic institution of judges *ad hoc*.

This is the case, *exempli gratia*, of the ITLOS²², which is able to resolve controversies sprang up of the interpretation or application of the United Nations Convention on the Law of the Sea, signed at Montego Bay.

²⁰ MELLO (2001) p. 647.

ICJ Statute, article 31: "1. Judges of the nationality of each of the parties shall retain their right to sit in the case before the Court. / 2. If the Court includes upon the Bench a judge of the nationality of one of the parties, any other party may choose a person to sit as judge. Such person shall be chosen preferably from among those persons who have been nominated as candidates as provided in articles 4 and 5. / 3. If the Court includes upon the Bench no judge of the nationality of the parties, each of these parties may proceed to choose a judge as provided in paragraph 2 of this article".

²¹ MARTINS (1998) p. 14.

²² BARRAL (2004) p. 90.

On the ITLOS, when one of its 21 judges²³ is a national of one of the parties, he/she is still able to judge, retaining his/her original and regular competence. The other litigant party, however, has the right to point a judge *ad hoc*. When there is no national judge on a particular *litis*, both parties are able to nominate one judge *ad hoc* of their own trust.²⁴

Furthermore, the ITLOS's Statute guarantees isonomy between regular judges and judges *ad hoc*, regarding subjects such as remuneration²⁵, incompatible activities²⁶, conditions relating to participation²⁷, privileges, immunities²⁸, oath²⁹, among others³⁰, which will be better described on a posterior chapter on this study.

C) THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The ICHR is an international independent permanent tribunal placed in Costa Rica and part of the system of the Organization of the American States. Its main scope is preserving and boosting fundamental human rights on the American ambit.

The treatment of judges *ad hoc* in the ICHR³¹ is exactly the same which happens in the ICJ and in the ITLOS. There are also statements about the gua-

²³ REZEK (2002) p. 357.

²⁴ Cfr. ITLOS Statute, article 17: "1. Members of the Tribunal of the nationality of any of the parties to a dispute shall retain their right to participate as members of the Tribunal. 2. If the Tribunal, when hearing a dispute, includes upon the bench a member of the nationality of one of the parties, any other party may choose a person to participate as a member of the Tribunal. 3. If the Tribunal, when hearing a dispute, does not include upon the bench a member of the nationality of the parties, each of those parties may choose a person to participate as a member of the Tribunal".

²⁵ Vid. *Ídem.*, article 18.4.

²⁶ Vid. *Ídem.*, article 7.

²⁷ Vid. *Ídem.*, articles 2 and 8.

²⁸ Vid. *Ídem.*, article 10.

²⁹ Vid. *Ídem.*, article 11.

³⁰ *Exempli gratia*, *Ídem.*, articles 17.4, 17.5, 17.6.

³¹ BARRAL (2004) p. 297.

ICHR Statute, article 10: "1. If a judge is a national of any of the States Parties to a case submitted to the Court, he shall retain his right to hear that case. /2. If one of the judges called upon to hear a case is a national of one of the States Parties to the case, any other State Party to the case may appoint a person to serve on the Court as an *ad hoc* judge. / 3. If among the judges called upon to hear a case, none is a national of the States Parties

rantees of equality between the magistrates, besides of rules related to rights, duties and responsibilities of judges *ad hoc*³², which also will be presented on a posterior chapter on this article.

D) EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The ECHR, based in Strasbourg and bound to the Council of Europe, is an international jurisdictional organ responsible to assure the rights stated on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950.³³

In cases related to a specific State, the judge pointed by it must be part of the Committee or the Chamber competent to settle that controversy. Nevertheless, when the *national judge* is not able to serve as a judge on that specific case, for any reason, the State has the faculty to nominate a judge *ad hoc*.³⁴

to the case, each of the latter may appoint an ad hoc judge. Should several States have the same interest in the case, they shall be regarded as a single party for purposes of the above provisions. In case of doubt, the Court shall decide. / 4. The right of any State to appoint an ad hoc judge shall be considered relinquished if the State should fail to do so within thirty days following the written request from the President of the Court. / 5. The provisions of articles 4, 11, 15, 16, 18, 19 and 20 of the present Statute shall apply to ad hoc judges”.

³² *Exempli gratia*, in the ICHR Statute, articles 2 (qualifications), 11 (oath), 15 (immunities and privileges), 16 (service), 17 (emoluments), 18 (incompatibilities), 19 (disqualification), 20 (disciplinary regime).

³³ GUILLAUME (1992) p. 17.

³⁴ This rule is stated on the article 27, paragraph 2, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: “1. To consider cases brought before it, the Court shall sit in committees of three judges, in Chambers of seven judges and in a Grand Chamber of seventeen judges. The Court’s Chambers shall set up committees for a fixed period of time. / 2. There shall sit as an *ex officio* member of the Chamber and the Grand Chamber the judge elected in respect of the State Party concerned or, if there is none or if he is unable to sit, a person of its choice who shall sit in the capacity of judge”.

The discipline of judges *ad hoc* on the ECHR is also expressed on the ECHR Statute, article 29: “1. (a) If the judge elected in respect of a Contracting Party concerned is unable to sit in the Chamber, withdraws, or is exempted, or if there is none, the President of the Chamber shall invite that Party to indicate within thirty days whether it wishes to appoint to sit as judge either another elected judge or an *ad hoc* judge and, if so, to state at the same time the name of the person appointed. / (b) The same rule shall apply if the person so appointed is unable to sit or withdraws. / (c) An *ad hoc* judge shall possess the qualifications required by article 21 § 1 of the Convention, must not be unable to sit in the case on any of the grounds referred to in Rule 28 of these Rules, and must be in a

Furthermore, many other articles of the ECHR Statute refer to that norm, ensuring the real *effet utile* of that main rule. *Exempli gratia*, article 13³⁵ prohibits a national from one of the parties to act as the President of a Section/Chamber and article 1 (i)³⁶ guarantees the equality between regular judges and the *ad hoc* ones, what is confirmed by other rules, as the ones contained on articles 1 (h) and 5, paragraph 4.³⁷

E) OTHER INTERNATIONAL ORGANS USED TO THE SETTLEMENT OF DISPUTES

In spite of not having particular rules concerning to the designation of judges *ad hoc* -the main facet of this research- it is useful stressing that many international organizations with the scope to settle disputes deal with questions related to the nationality of the judges and arbitrators as a relevant matter.

a) The European Court of Justice

On the ECJ there are absolutely no restrictions concerning to the judges' nationalities, based on the continuous strengthening of trust on their

position to meet the demands of availability and attendance provided for in paragraph 5 of this Rule. / 2. The Contracting Party concerned shall be presumed to have waived its right of appointment if it does not reply within thirty days or by the end of any extension of that time granted by the President of the Chamber. The Contracting Party concerned shall also be presumed to have waived its right of appointment if it twice appoints as ad hoc judge persons who the Chamber finds do not satisfy the conditions laid down in paragraph 1 (c) of this Rule. / 3. The President of the Chamber may decide not to invite the Contracting Party concerned to make an appointment under paragraph 1 (a) of this Rule until notice of the application is given to it under Rule 54 § 2 of these Rules. In that event, pending any appointment by it, the Contracting Party concerned shall be deemed to have appointed the first substitute judge to sit in place of the elected judge. / 4. An ad hoc judge shall, at the beginning of the first sitting held to consider the case after the judge has been appointed, take the oath or make the solemn declaration provided for in Rule 3. This act shall be recorded in minutes. / 5. Ad hoc judges are required to make themselves available to the Court and, subject to Rule 26 § 2, to attend the meetings of the Chamber".

³⁵ ECHR Statute, article 13: "Judges of the Court may not preside in cases in which the Contracting Party of which they are nationals or in respect of which they were elected is a party, or in cases where they sit as a judge appointed by virtue of Rule 29 § 1(a) or Rule 30 § 1 of these Rules".

³⁶ *Ídem.*, article 1 (i): "The terms "judge" and "judges" mean the judges elected by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe or ad hoc judges".

³⁷ *Ídem.*, article 5, paragraph 4: "Ad hoc judges shall take precedence after the elected judges according to age".

independence and impartiality. There is no rule precluding a judge neither to decide on a case involving his State of origin nor to compel the presence of a *national judge* on a certain bench.³⁸

b) International Criminal Court

The International Criminal Court is responsible to adjudicate individuals who are accused of the gravest crimes on the international level, as crimes against humanity, war crimes and genocide.

The Rome Statute, which constituted the International Criminal Court, brings no specific rule concerning "national judges", what, in practice, has the effect to allow the participation of nationals on judgements and to preclude the designation of judges *ad hoc*.

c) The World Trade Organization

The WTO's dispute settlement system has jurisdiction to decide about controversies related to its members and derived from agreements signed on the WTO's sphere, including the constitutive one.³⁹

³⁸ GUILLAUME (1992) p. 26.

The statute of the ECJ clearly states that: "article 18: No Judge or Advocate General may take part in the disposal of any case in which he has previously taken part as agent or adviser or has acted for one of the parties, or in which he has been called upon to pronounce as a member of a court or tribunal, of a commission of inquiry or in any other capacity. If, for some special reason, any Judge or Advocate General considers that he should not take part in the judgment or examination of a particular case, he shall so inform the President. If, for some special reason, the President considers that any Judge or Advocate General should not sit or make submissions in a particular case, he shall notify him accordingly. Any difficulty arising as to the application of this article shall be settled by decision of the Court. A party may not apply for a change in the composition of the Court or of one of its chambers on the grounds of either the nationality of a Judge or the absence from the Court or from the chamber of a Judge of the nationality of that party".

³⁹ DREYZIN DE KLOR et al. (2004)

Besides being independent from their States of origin⁴⁰, on the Panel's structure of the WTO nationals simply cannot analyze cases when their countries of origin are parts⁴¹, unless there is an expressed agreement of the parties.⁴²

To avoid criticisms that the WTO structure is dominated by developed countries, and to improve the legitimation of the WTO's system⁴³, however, some measures have been taken, as, for example, the right assured to developing countries - involved on a controversy against a developed country - to require the nomination of a Panel's member who is national from another developing State.⁴⁴

d) MERCOSUL

In the MERCOSUL's dispute settlement, the arbitral Tribunal should be constituted by three arbitrators. Each member of the controversy is able to nominate one of them, and the third one must not be a national from any of the parties.⁴⁵

e) *International Centre for Settlement of Investment Disputes*⁴⁶

The *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States* (Washington Convention, of 1965) imposes relevant rules concerning to arbitral proceedings.

⁴⁰ *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes Annex 2 of the WTO Agreement*, Art. 8 (9): "Panelists shall serve in their individual capacities and not as government representatives, nor as representatives of any organization. Members shall therefore not give them instructions nor seek to influence them as individuals with regard to matters before a panel".

⁴¹ BARRAL (2004) p. 47.

⁴² NORONHA (1991) p. 63.

In accordance with the *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes* (Annex 2 of the WTO Agreement), article 8 (3): "Citizens of Members whose governments are parties to the dispute or third parties as defined in paragraph 2 of article 10 shall not serve on a panel concerned with that dispute, unless the parties to the dispute agree otherwise".

⁴³ MERCURIO (2004) p. 811.

⁴⁴ *Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes* (Annex 2 of the WTO Agreement), article 8 (10): "When a dispute is between a developing country Member and a developed country Member the panel shall, if the developing country Member so requests, include at least one panelist from a developing country Member".

⁴⁵ BECHARA (2001) p. 48.

⁴⁶ HUNTER and REDFERN (1986) p. 32.

The arbitral tribunals should be composed by an uneven number of arbitrators or by a sole one, nominated by the parties. The majority of arbitrators must not be nationals of the State which is a party; neither have the same nationality of the other party, unless whether both parties agree on that.⁴⁷ As usually the tribunals are composed by three members, in *praxis*, national arbitrators could be pointed only through a consensus.⁴⁸

Furthermore, in accordance to the ICSID rules, when it is necessary for the Chairman to nominate the members of a Tribunal, he is not able to choose them among nationals of the State party neither of the State whose national is a party.⁴⁹

F) The International Chamber of Commerce

The ICC, placed in Paris, is one of the world's most important organs in offering the administration of international arbitral proceedings.

Under the ICC rules it is allowed that each party on a controversy designates a co-arbitrator, who may be chosen without restrictions concerning to nationality. However, when nominating a sole arbitrator or the Chairman, the ICC rules recommend indicating a non-national arbitrator. Nevertheless, when it is not possible to act in conformity to that recommendation, or when the circumstances allow and there is no opposition from any party, it is possible nominating a national member. It is important stressing that, accordingly to the

⁴⁷ LEW *et al.* (2003) p. 784.

⁴⁸ *Vid. Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*, article 39: "The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting State party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the dispute; provided, however, that the foregoing provisions of this article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties".

⁴⁹ *Vid. Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*, article 38: "If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute".

ICC rules, when one party does not point its co-arbitrator, the ICC will nominate one, rather among the nationals of the country where the party is from.⁵⁰

g) *The UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration*

The *UNCITRAL Model Law* states that there must be no restrictions concerning to the nationality of the arbitrators, but, coherently with its scope of liberalization of the arbitral structure in accordance to the parties' will, an agreement may preclude the actuation of nationals on the composition of an arbitral tribunal.⁵¹

Nonetheless, when an authority must appoint a sole arbitrator or a Chairman, the article 11.5 states that this nomination must be preferably among arbitrators of a nationality different from the parties.⁵²

⁵⁰ ICC rules, article 9: "(5) *The sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal shall be of a nationality other than those of the parties. However, in suitable circumstances and provided that neither of the parties objects within the time limit fixed by the Court, the sole arbitrator or the chairman of the Arbitral Tribunal may be chosen from a country of which any of the parties is a national. (6) Where the Court is to appoint an arbitrator on behalf of a party which has failed to nominate one, it shall make the appointment upon a proposal of the National Committee of the country of which that party is a national. If the Court does not accept the proposal made, or if the National Committee fails to make the proposal requested within the time limit fixed by the Court, or if the country of which the said party is a national has no National Committee, the Court shall be at liberty to choose any person whom it regards as suitable. The Secretariat shall inform the National Committee, if one exists, of the country of which such person is a national.*"

⁵¹ UNCITRAL model law on international commercial arbitration, Chapter III, article 11 – (1): "*No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.*"

⁵² *Ídem.*, article 11 (5): "*The Court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of sole or third arbitrator, shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.*"

II. THE CONTEMPORARY TREATMENT OF THE SUBJECT

1. *Rights and duties of judges ad hoc*

Judges *ad hoc* must receive the same treatment dispensed to regular judges⁵³, and that is assured by the main Court's Statutes.⁵⁴

This equality is applied for rights, duties and responsibilities⁵⁵, common to all categories of magistrates in the international level, and reflected in particular topics concerning, *exempli gratia*, the requirements for their nomination, the incompatibilities, their immunities and privileges, their earnings and the requisiteness of a solemn oath.

A) REQUIREMENTS

To be designated as a judge *ad hoc*, the candidate must fulfill the same requirements⁵⁶ which are necessary to be elected as a regular judge on an International Court.⁵⁷ Those high standards are usually the same that are required to exercise the highest judicial functions under municipal laws, *exempli gratia*, to be a member of a Supreme Court.

⁵³ MOSQUERA (1988) p. 33.

⁵⁴ ITLOS Statute, article 17.6: "They shall They shall participate in the decision on terms of complete equality with their colleagues"; ICJ Statute, article 31, paragraph 6 : "Judges chosen as laid down in paragraphs 2, 3, and 4 of this article shall fulfill the conditions required by articles 2, 17 (paragraph 2), 20, and 24 of the present Statute. They shall take part in the decision on terms of complete equality with their colleagues".

⁵⁵ ICHR Statute, article 20: "In the performance of their duties and at all other times, the judges and staff of the Court shall conduct themselves in a manner that is in keeping with the office of those who perform an international judicial function. They shall be answerable to the Court for their conduct, as well as for any violation, act of negligence or omission committed in the exercise of their functions. 2. The OAS General Assembly shall have disciplinary authority over the judges, but may exercise that authority only at the request of the Court itself, composed for this purpose of the remaining judges. The Court shall inform the General Assembly of the reasons for its request. 3. Disciplinary authority over the Secretary shall lie with the Court, and over the rest of the staff, with the Secretary, who shall exercise that authority with the approval of the President. 4. The Court shall issue disciplinary rules, subject to the administrative regulations of the OAS General Secretariat in so far as they may be applicable in accordance with article 59 of the Convention".

⁵⁶ SCHWEBEL (1999) p. 325.

⁵⁷ SCOBIE (2005) p. 427.

There is no rule compelling States to constitute an own national to serve as a judge ad hoc. In fact, frequently smaller and/or least developed States point foreign judges of their trust to act in specific cases, as judges ad hoc.

Some international tribunals allow that a State points a judge ad hoc regardless to his/her nationality⁵⁸, as what happens in the ICJ⁵⁹ and in the ECHR.⁶⁰ On the other hand, there are courts with specific criteria, such as the ICHR⁶¹, that obliges the States to appoint a national of an Organization of American States (OAS) member.⁶²

Judges *ad hoc* must be independent⁶³ on the exercise of their functions, being autonomous and impartial, just as titular judges. A judge ad hoc is not representing a government or a State⁶⁴, he/she is “merely” a judge.

Also, judges ad hoc must possess recognized competence⁶⁵ on the field that he will judge⁶⁶, usually with a high reputation on the academic area, or experience occupying high offices on the internal judicial structure.⁶⁷

⁵⁸ ARAUJO (2002) p. 46.

⁵⁹ ICJ Statute, article 2: *“The Court shall be composed of a body of independent judges, elected regardless of their nationality from among persons of high moral character, who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices, or are jurisconsults of recognized competence in international law”.*

⁶⁰ BARRAL (2004) p. 279.

⁶¹ ICHR Statute, article 4: *“The Court shall consist of seven judges, nationals of the member states of the OAS, elected in an individual capacity from among jurists of the highest moral authority and of recognized competence in the field of human rights, who possess the qualifications required for the exercise of the highest judicial functions under the law of the State of which they are nationals or of the State that proposes them as candidates”.*

⁶² NIETO (1993) p. 76.

⁶³ ITLOS Statute, article 2.1: *“The Tribunal shall be composed of a body of 21 independent members, elected from among persons enjoying the highest reputation for fairness and integrity and of recognized competence in the field of the law of the sea”.*

⁶⁴ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 21.2: *“The judges shall sit on the Court in their individual capacity”.*

⁶⁵ CARNELUTTI (2002) p. 255.

⁶⁶ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 21.1 *“The judges shall be of high moral character and must either possess the qualifications required for appointment to high judicial office or be jurisconsults of recognized competence”.*

⁶⁷ MOSQUERA (1988) p. 35.

Moreover, it is necessary that judges *ad hoc* have "high moral authority", "reputation for fairness and integrity". Those are abstract concepts, but they try to ensure the Court's legitimation with the presence of members which are capable to emit fair and reliable sentences.

B) *INCOMPATIBILITIES*

Judges *ad hoc*, as the regular ones, are not able to be involved in any kind of activity which is not compatible with their independence, dignity, prestige or impartiality.⁶⁸

Exempli gratia, a jurist cannot participate of a case as a judge *ad hoc* in which he/she, or someone close to him/her, have direct interest, or in one in which he already participated as an attorney, consultant, judge, or "in any other

⁶⁸ *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, article 21.3: "During their term of office the judges shall not engage in any activity which is incompatible with their independence, impartiality or with the demands of a full-time office; all questions arising from the application of this paragraph shall be decided by the Court." article 19: "1. Judges may not take part in matters in which, in the opinion of the Court, they or members of their family have a direct interest or in which they have previously taken part as agents, counsel or advocates, or as members of a national or international court or an investigatory committee, or in any other capacity.2. If a judge is disqualified from hearing a case or for some other appropriate reason considers that he should not take part in a specific matter, he shall advise the President of his disqualification. Should the latter disagree, the Court shall decide.3. If the President considers that a judge has cause for disqualification or for some other pertinent reason should not take part in a given matter, he shall advise him to that effect. Should the judge in question disagree, the Court shall decide.4. When one or more judges are disqualified pursuant to this article, the President may request the States Parties to the Convention, in a meeting of the OAS Permanent Council, to appoint interim judges to replace them".

capacity".⁶⁹ Political, administrative⁷⁰ or commercial⁷¹ relationships with the object of the controversy would also put under suspicion his/her decisions and deslegitimate the Court as a whole. The judges, by their own, may also allege other reasons to not be assigned on a specific demand. The cases of incompatibility must be decided by the respective Courts.

⁶⁹ ICJ Statute, article 16: "1. No member of the Court may exercise any political or administrative function, or engage in any other occupation of a professional nature. 2. Any doubt on this point shall be settled by the decision of the Court". article 17: "1. No member of the Court may act as agent, counsel, or advocate in any case. 2. No member may participate in the decision of any case in which he has previously taken part as agent, counsel, or advocate for one of the parties, or as a member of a national or international court, or of a commission of enquiry, or in any other capacity. 3. Any doubt on this point shall be settled by the decision of the Court".

⁷⁰ ICHR Statute, article 18: "1. The position of judge of the Inter-American Court of Human Rights is incompatible with the following positions and activities: a. Members or high-ranking officials of the executive branch of government, except for those who hold positions that do not place them under the direct control of the executive branch and those of diplomatic agents who are not Chiefs of Missions to the OAS or to any of its member states; b. Officials of international organizations; c. Any others that might prevent the judges from discharging their duties, or that might affect their independence or impartiality, or the dignity and prestige of the office. 2. In case of doubt as to incompatibility, the Court shall decide. If the incompatibility is not resolved, the provisions of article 73 of the Convention and article 20(2) of the present Statute shall apply. 3. Incompatibilities may lead only to dismissal of the judge and the imposition of applicable liabilities, but shall not invalidate the acts and decisions in which the judge in question participated".

⁷¹ ITLOS Statute, article 7: "1. No member of the Tribunal may exercise any political or administrative function, or associate actively with or be financially interested in any of the operations of any enterprise concerned with the exploration for or exploitation of the resources of the sea or the seabed or other commercial use of the sea or the seabed. 2. No member of the Tribunal may act as agent, counsel or advocate in any case. 3. Any doubt on these points shall be resolved by decision of the majority of the other members of the Tribunal present." article 8: "1. No member of the Tribunal may participate in the decision of any case in which he has previously taken part as agent, counsel or advocate for one of the parties, or as a member of a national or international court or tribunal, or in any other capacity. 2. If, for some special reason, a member of the Tribunal considers that he should not take part in the decision of a particular case, he shall so inform the President of the Tribunal. 3. If the President considers that for some special reason one of the members of the Tribunal should not sit in a particular case, he shall give him notice accordingly. 4. Any doubt on these points shall be resolved by decision of the majority of the other members of the Tribunal present".

C) *IMMUNITIES AND PRIVILEGES*

Judges *ad hoc* must receive exactly the same diplomatic immunities⁷² which are offered to the other judges⁷³, while they are exercising their functions in an international Court. ⁷⁴

D) *OATH*

All members of the Court, including judges *ad hoc*⁷⁵, must make a public solemn declaration, promising that they will exercise their functions impartially and independently⁷⁶, exercising their legal powers conscientiously⁷⁷, keeping

⁷² MELLO (2001).

⁷³ GHEVONTIAN (1992) p. 137.

ICHR Statute, article 15: *"The judges of the Court shall enjoy, from the moment of their election and throughout their term of office, the immunities extended to diplomatic agents under international law. During the exercise of their functions, they shall, in addition, enjoy the diplomatic privileges necessary for the performance of their duties. 2. At no time shall the judges of the Court be held liable for any decisions or opinions issued in the exercise of their functions. 3. The Court itself and its staff shall enjoy the privileges and immunities provided for in the Agreement on Privileges and Immunities of the Organization of American States, of May 15, 1949, mutatis mutandis, taking into account the importance and independence of the Court. 4. The provision of paragraphs 1, 2 and 3 of this article shall apply to the States Parties to the Convention. They shall also apply to such other member states of the OAS as expressly accept them, either in general or for specific cases. 5. The system of privileges and immunities of the judges of the Court and of its staff may be regulated or supplemented by multilateral or bilateral agreements between the Court, the OAS and its member States"*.

⁷⁴ ITLOS Statute, article 10: *"The members of the Tribunal, when engaged on the business of the Tribunal, shall enjoy diplomatic privileges and immunities"*, ICJ Statute, article 19: *"The members of the Court, when engaged on the business of the Court, shall enjoy diplomatic privileges and immunities"*.

⁷⁵ MOSQUERA (1988).

⁷⁶ ITLOS Statute, article 11: *"Every member of the Tribunal shall, before taking up his duties, make a solemn declaration in open session that he will exercise his powers impartially and conscientiously"*.

⁷⁷ ICJ Statute, article 20: *"Every member of the Court shall, before taking up his duties, make a solemn declaration in open court that he will exercise his powers impartially and conscientiously"*.

secret when it is necessary.⁷⁸ This oath makes all judges legally and morally bound to act without any kind of partisanship.⁷⁹

E) REMUNERATION

Judges *ad hoc* must be remunerated accordingly to their functions, usually by the number of days⁸⁰ dedicated to a judgement⁸¹, on a value correspondently to the earning of the other judges.⁸²

2. Judges *ad hoc* and consultive competences

The international permanent Courts, besides their regular competence with jurisdictional character (settlement of controversies, solving a specific *litis*), have also competency over consultive issues. This competence⁸³ is provided, *exempli gratia*, on the statutes of the ICJ⁸⁴, the ICHR⁸⁵, the ECHR⁸⁶ and the ITLOS⁸⁷.

That consultive competence is not bound to any specific case, but it is a discussion, *in abstractu*, about the elucidation of possible interpretations of International Law. On the ICJ, for example, this consultive task is realized by

⁷⁸ ICHR Statute, article 11: "1. Upon assuming office, each judge shall take the following oath or make the following solemn declaration: "I swear" - or "I solemnly declare" - "that I shall exercise my functions as a judge honorably, independently and impartially and that I shall keep secret all deliberations." 2. The oath shall be administered by the President of the Court and, if possible, in the presence of the other judges".

⁷⁹ SCHWEBEL (1999) p. 327.

⁸⁰ ICJ Statute, article 32: "4. The judges chosen under article 31, other than members of the Court, shall receive compensation for each day on which they exercise their functions".

⁸¹ ITLOS Statute, article 18.4 : "The members chosen under article 17 of this Annex, other than elected members of the Tribunal, shall receive compensation for each day on which they exercise their functions".

⁸² ICHR Statute, article 17: "The *ad hoc* judges shall receive the emoluments established by Regulations, within the limits of the Court's budget".

⁸³ REZEK (2002) p. 355.

⁸⁴ MELLO (2001) p. 653

⁸⁵ BARRAL (2004) p. 298.

⁸⁶ *Ídem.* p. 284.

⁸⁷ *Ídem.* p. 100.

request of the UN General Assembly, the Security Council or other organs and specialized bodies⁸⁸ which are authorized to inquire those legal briefs.⁸⁹

Notwithstanding, it is worthy pointing out that it is not rare that those who bring a case *in abstractu* before the Courts, are interested, *de facto*, in establishing a Tribunal's understanding for a later use in a certain concrete situation.

Then, commonly, various States have a special stake on the resolution of a consultive opinion in one direction or another. The question presented, on those conflicts, is whether those States have or not the right to indicate a judge *ad hoc* to assist on its resolution.

There is an explicit rule, stated on article 102, paragraph 3, of ICJ's Rules⁹⁰, that compels the utilization of the norms related to judges *ad hoc*⁹¹ when the consultive function is bound with a legal controversy which is pending between two or more States.⁹²

Even so, this rule has not been applied, in praxis, by the Court. This hypothesis was already analyzed by the ICJ when South Africa presented a solicitation to put up a judge *ad hoc* on the *Namibia Advisory Opinion*⁹³, because of the fact that the decision of that consultive issue would have a huge impact on the resolution of a *causa in concreto*, the *Namibia case*, pending between South Africa and Namibia.

The ICJ's conclusion was in the sense of denying this possibility to South Africa⁹⁴, alleging that article 31 was not applied to all proceedings which have

⁸⁸ *Exempli gratia*, the International Labour Organization (ILO); the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO); the World Health Organization (WHO); the International Monetary Fund (IMF) and the World Bank.

⁸⁹ GHEVONTIAN (1992) p. 138.

⁹⁰ ICJ's Rules, article 102, par. 3: "*When an advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States, article 31 of the Statute shall apply, as also the provisions of these Rules concerning the application of that article*".

⁹¹ JIMENEZ DE ARÉCHAGA (1980) p. 182.

⁹² MELLO (2001) p. 653, SCOBIE (2005) p. 436.

⁹³ SCOBIE (2005) p. 437

⁹⁴ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (1971): "*The fact that, in order to give its answer, the Court might have to pronounce on legal questions upon which divergent views exist between South Africa and the United Nations does not convert the case into a dispute between States. (There was therefore no necessity to apply article 83 of the Rules of Court, according to which, if an advisory opinion*

consultive character, but only for those which deals about “a legal question actually pending between two or more States”. Furthermore, the ICJ’s conclusion about the definition of “legal questions actually pending” is very strict.⁹⁵ For the Court, it is necessary a *strictu sensu* interpretation to avoid that the Tribunal’s consultive competence becomes a real non-sanctionative instance in concrete contentious cases. And so, the Court justifies the non-interference of judges *ad hoc* on those cases because the subject analyzed on the attribution of its consultive competence is merely hypothetical, without the investigation of concrete facts, what, in practice, is a *conditio sine qua non* for the characterization and recognition of a “national interest”.

Data maxima venia, which is not the best understanding about the theme. Applying article 68 of the ICJ’s Statute⁹⁶, the conclusion is that the inclusion or not of judges *ad hoc* is a matter of Tribunal’s discretionary competence.

On this sense, it was presented the dissident opinion stated by Judge Gerald Fitzmaurice, in the *Namibia case*.⁹⁷

The Court’s preponderant posture, however, is on the sense that the allowance of the participation of judges *ad hoc* is not a discretionary measure, precisely because inserting judges is not a provision which is applied in contentious cases. The Tribunal’s understanding is -once more- restrictive, since the ICJ interprets that “provisions of the present Statute which apply in contentious cases” are in fact provisions which apply exclusively in contentious cases. Thus, because it is a topic concerning to the Tribunal’s organization, the application of article 31 would not be included on the Court’s discretionary competence, what, in practice, vetoes the nomination of judges *ad hoc*, unless when it is configured the hypothesis of article 102, paragraph 3, when, more than a special interest of a party, it is at risk the essence of a certain *litis*.⁹⁸

is requested upon a legal question “actually pending between two or more States”, article 31 of the Statute, dealing with judges ad hoc, is applicable; the Government of South Africa having requested leave to choose a judge ad hoc, the Court heard its observations on that point on 27 January 1971 but, in the light of the above considerations, decided by the Order of 29 January 1971 not to accede to that request”.

⁹⁵ HEINZE and FITZMAURICE (1998) p. 377.

⁹⁶ ICJ Statute, article 68: “In the exercise of its advisory functions the Court shall further be guided by the provisions of the present Statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable”.

⁹⁷ JIMENEZ DE ARÉCHAGA (1980) p. 182.

⁹⁸ *Ídem*. pp. 182 y 183.

The consultive competence of the international courts could be improved, converting it on an efficient mechanism for the protection and uniformization of principles of International Law.⁹⁹ There is no inconvenient to admit judges *ad hoc* in consultive tasks, because the decision is not binding, the principle of *juge naturel* is not applicable and the decision is *in abstractu*. Therefore, it seems to be natural and worthy to extend the legitimacy of the decisions accepting the nomination of judges *ad hoc*, which are representing different points of view, and may contribute a lot to the continuous development of this legal area.

3. The nomination of judges *ad hoc* as a faculty of the parties

It is significant noting that the permission given to a State to designate a judge of its own trust for a specific case (*ad hoc*) *in concretu* must never be converted on an obligation to nominate a judge.

In other words, the rule that allows the assignment of judges *ad hoc* has the status of a faculty, a discretionary power that can be exercised or not. As long as legal requirements are fulfilled, the nomination of judges *ad hoc* is qualified as a unilateral act, a single manifestation of the State's will which must not be bound neither to the Court's actuation nor to the contrary part's conducts.

When one of the States parties on a controversy has already an own national among the regular judges and the other party does not appoint a judge *ad hoc* for serving on that *litis*, the permanent judge must remain on his position. There is no reason to preclude a regular judge because of the individual conduct of one of the parties.

Nevertheless, there could be a situation when both parties have the right to constitute a judge *ad hoc*. There are no problems if no party decides to constitute a national judge.¹⁰⁰ However, there would be a great controversy if only one of the litigants wants to exercise this faculty. That hypothesis was already presented to the ICJ at the *Aegean Sea case*, when both parties had the right to point a judge *ad hoc* for the *litis*, but while Turkey effectively nominated a judge *ad hoc*, Greece preferred not to designate one.

On this case, justifiably, the Court decided to consent that the Turkish judge should be able to exercise normally his role, because the discretionary power non-exerted by one party must not harm the other party to put in use

⁹⁹ VICUÑA (2004) p. 20.

¹⁰⁰ SCHWEBEL (1999) p. 329.

its own right.¹⁰¹ Otherwise, the right to nominate a judge *ad hoc* would not be considered discretionary, but conditioned or subordinated to the behavior of the contrary party on a *litis*.

4. Provisional measures

Because of their urgent character (*periculum in mora*), it is possible to an international Court to decide about a provisional measure¹⁰² even before the nomination of judges *ad hoc*.¹⁰³ Provisional measures are temporary, and besides being legally binding (*La Grand case*), may be granted even *inaudita altera parte*, because their scope is assuring the process's *effet utile*.

That was already the understanding of the Permanent Court of International Justice, and it is, nowadays, a consensus on the jurisprudence of the main contemporary Courts.

III. REASONS USUALLY USED TO JUSTIFY THE INSTITUTION OF JUDGES AD HOC

1. Legitimation of the process

On Bobbio's definition, legitimacy consists on the presence, in a significative part of the population, of a consensus degree which is able to assure the obedience without the necessity of recurring to the use of force, unless on sporadic cases. That is the reason why every power tries to achieve the consensus being recognized as legitime, converting obeisance in adherence.¹⁰⁴ When this definition is applied on the field of International Law, it is easily remarkable that the consensus which is necessary to assure the efficaciousness of an international sentence is a real *conditio sine qua non* to justify the existence of an international jurisdictional order. It is precisely the States' adhesion to the international legal system and their submissiveness to the International Law which justify the existence of International Tribunals.

¹⁰¹ JIMENEZ DE ARÉCHAGA (1980) p. 181.

¹⁰² ICJ Statute, article 41: "The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party. (...)"; ITLOS Statute, article 25: "In accordance with article 290, the Tribunal and its Seabed Disputes Chamber shall have the power to prescribe provisional measures (...)".

¹⁰³ RIDRUEJO (1962) p. 233.

¹⁰⁴ BOBBIO (2000) p. 675.

In other words, in a jurisdictional system which requires the States' consent to make possible bringing a case relative to it under international Tribunals, simply there is no obedience to the Tribunal's imperatives without a previous adherence to the system. This prior attachment to the international legal order, on the same time, requests and guarantees the legitimacy of the system as a whole.

This previous consent increases the system's credibility because the States' participation on the international Courts make the decisions more legitimate, representing the consensus of a larger number of States. At the same time, the prior consent is conditioned by the system's legitimacy, because, following the Weber's thought¹⁰⁵, a State will never be submitted to the jurisdiction of a Tribunal which it believes is not lawful.

Therefore, it is remarkable the huge importance of assuring the legitimacy of the decisions on international tribunals, because it is crucial to a permanent development on an international legal system with a universalizing scope.

The first step to insure the international Court's legitimacy is ensuring that the parties feel represented by it, better said, that the parties trust that their points of view and particularities will be taken in account on the Court's proceedings and resolutions.

For that, it is necessary to break up with the old European and North American traditions on those Courts, ensuring the effective representation of the other legal systems. That is the reason of several contemporary criticisms suffered by many international dispute settlement systems, specially from African and Asiatic States.¹⁰⁶

The increment of representativity, however, is not only interest of the States which have no members on the regular composition of the Courts, but also it is a worry of the in Tribunals and of the international society as a whole.

A first topic in the search of a real multilateral legal view, assuring an expressive and well-balanced geopolitical representativeness is the fact that the main international Courts present proportional systems on the judges' election.¹⁰⁷ On the ICJ, *exempli gratia*, it is prohibited that two individuals of

¹⁰⁵ CADEMARTORI (1999) p. 95.

¹⁰⁶ MELLO (2001) p. 649.

¹⁰⁷ *Exempli gratia*, the ITLOS Statute, article 2 (2): "In the Tribunal as a whole the representation of the principal legal systems of the world and equitable geographical distribution shall

the same nationality serve as judges at the same time, and, furthermore, the Court's composition must reflect the world's main legal systems.¹⁰⁸

Notwithstanding, it is worthy pointing that the representativeness and identification¹⁰⁹ from the parties with the Tribunals does not come from the mere geopolitical composition of benches. The legitimacy, accordingly to a habermasian perspective¹¹⁰, would be dependent on the Tribunal's ability to promote agreements, with an effective application of a juridical order able to respect the regional particularities, attesting the nonpartisanship and autonomy of those Courts, insuring the efficaciousness of the decisions, stimulating the States' adherence and obedience.

On this context, it is relevant the analysis about the role of judges *ad hoc* on the legitimation of the international legal order.

From any theoretical framework adopted as a reference to analyze the concept of legitimacy on the international courts, it is remarkable that it is never dependent on the existence or not of judges *ad hoc*.

The main argument to defend the legitimacy of the international jurisdiction comes from the impartiality of the judges, not from their nationalities. It would be unconceivable a legitimated legal system without autonomous and unprejudiced judges when exercising their jurisdictional functions.

be assured", article 3 (2): "There shall be no fewer than three members from each geographical group as established by the General Assembly of the United Nations". Also, *International Criminal Court Statute*, article 36: "7. La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même État. (...) 8. a) Dans le choix des juges, les États Parties tiennent compte de la nécessité d'assurer, dans la composition de la Cour : i) La représentation des principaux systèmes juridiques du monde; ii) Une représentation géographique équitable; et iii) Une représentation équitable des hommes et des femmes; b) Les États Parties tiennent également compte de la nécessité d'assurer la présence de juges spécialisés dans certaines matières, y compris, mais sans s'y limiter, les questions liées à la violence contre les femmes ou les enfants».

¹⁰⁸ ICJ Statute, article 9: "At every election, the electors shall bear in mind not only that the persons to be elected should individually possess the qualifications required, but also that in the body as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured".

¹⁰⁹ LEWISCH (2003) p. 447.

¹¹⁰ CADEMARTORI (1999) p. 125.

It may be true that nowadays the constitution of judges *ad hoc* could stimulate the States' access to international Courts, on a paradigm strongly marked by the consent.

Nevertheless, certainly the decisions taken by those Courts would be, anyhow, "contaminated" by an apparentness of partiality. It is not only about being independent and impartial; it must necessarily look like it.¹¹¹

International judges often prove to deserve the trust of the whole international community with an independent actuation, with a real commitment to establish and develop an isonomic and fair international legal order. That is the legitimation as a constant construction, accordingly to Luhmann's proposition.¹¹²

We must trust on our judges, on the contrary, we should abolish international Tribunals, which would become senseless. If there is a lack of confidence on the international legal system, there is no doubt that this situation should not be permanent and legitimated, it must be modified.

The constitution of judges *ad hoc*, on this perspective, is a way to decrease the merit on the performance of the regular judges and specially, it puts in doubt the nonpartisanship of the permanent judges who are nationals of one of the parties on a controversy. The idea raised to the international society with the designation of those members *ad hoc* is that a national judge would be more qualified to decide fairer than his peers.¹¹³

Should an Italian be afraid of being judged by and Mexican? In the same idea, on the internal plan, should a muslim be afraid of being judged by a catholic? Or, a woman be afraid of being judged by a man? Or, a black citizen be afraid of being judged by a white judge? The answers for those questions must be negative; otherwise the failure is not on the judges, but on the whole legal system.

It is not the judges' nationalities, but the trust of the international community, allied to the nonpartisanship and independency manifested by the judges on the discharge of their functions, the respect for the regional particularities, and a good application of international Law which assures the legitimacy of the international legal order.

¹¹¹ MOSQUERA IRURITA (1988) p. 34.

¹¹² LARENZ (1997) p. 276.

¹¹³ LEAGUE OF NATIONS / ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS (1920) p. 531.

2. Judges *ad hoc* are reciprocally annulled

The existence of 'partial members' is a main characteristic of the old arbitral tribunals, when each party used to select a partial arbitrator and the Chairman was chosen by those two arbitrators.¹¹⁴ Notwithstanding, on the contemporary arbitral structure the partial arbitrators were banned¹¹⁵, and the members nominated by the parties are necessarily independent.

Some defenders of the existence of judges *ad hoc* sustain that, in practice, they are reciprocally annulled, and the difference will still be the vote of the other judges. Of course that supporting this argument is contradictory with the affirmation that *ad hoc* judges are able to act independently from the country that designated them.

What comes about, in practice, is that how judges *ad hoc* are selected directly by the litigant parties, States have a great tendency to indicate a jurist who has a point of view which will be interesting for them on a decision, as a real precondition for its invitation.¹¹⁶ *Exempli gratia*, if the State wants to defend a nationalization, certainly it would be catastrophic to nominate a liberal judge.

Consequently, it is very frequent that judges *ad hoc* decide pro their States of origin.¹¹⁷ That occurs, however, not derived from impartiality or lack of independence, of the judges, but in coherence to their prior thoughts.

On the other hand, the regular judge who is national from one of the parties not necessarily has the same legal understanding than his State of origin. Then, it is very common that a regular national judge votes against the interests of the State of his nationality¹¹⁸, and the "expected" nullification between those two judges does not occur.¹¹⁹

Jurisprudence shows that, in several opportunities, the participation or the absence of judges *ad hoc* was decisive on the resolution of a particular controversy. That took place at the *Lotus case*, at the *South West Africa case - second phase* and at the *Customs Regime between Germany and Austria case*.¹²⁰

¹¹⁴ MELLO (2001) p. 1386.

¹¹⁵ MURPHY AND PRITCHETT (1961) p. 106.

¹¹⁶ SCOBBI (2005) p. 440.

¹¹⁷ SCHWEBEL (1999) p. 327, SCOBBI (2005) p. 439.

¹¹⁸ SCHWEBEL (1999) p. 327.

¹¹⁹ MELLO (2001) p. 650.

¹²⁰ SCHWEBEL (1999) p. 327, SCOBBI (2005) p. 461.

Less frequent, nevertheless, is the hypothesis of judges *ad hoc* who voted against the countries that designated them, as happened, *exempli gratia*, at the *Arbitral award of the 31 July 1989 case*, at the *Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide case*, at the *Land, Island and Maritime Frontier dispute case*, and at the *Application for revision and interpretation of the judgement of 24 February 1982 in the case concerning the Continental Shelf case*.¹²¹ Those cases show the independence that must be applied by judges on international courts.

This argument, frequently used to support the maintenance of judges *ad hoc* on international courts is, in fact, a proof that the judge's nationality does not (and must not) influence a judgment, being senseless all kinds of prejudice against judges of any nationality.

3. Judges *ad hoc* are more familiarized with the internal law, circumstances and customs

There is also an argument that the presence of judges *ad hoc* could help on the interpretation of municipal law, because they would be more familiarized with the specificities of one of the parties on a controversy, and they would have a better understanding about internal costumes, language and legal practice.¹²²

Primarily, it is necessary apprehending that the main scope of the international courts is the uniformization of international law beyond general principles, notwithstanding, respecting the specificities of each region. That is the reason of the inclusion of rules, on the statutes of International Courts, enforcing that their composition must reflect the most important legal systems in the world, being able to understand those different legal points of view.

So, there is a consensus that the judge's precise understanding about the circumstances of a specific situation on a State, which may be decisive on a judgment, is a real *conditio sine qua non* for the Court's *effet utile* in the international legal system.

In spite of these considerations, nothing ensures that the nomination of judges *ad hoc* is the best method to inspire the whole Court to understand those particularities.

¹²¹ SCHWEBEL (1999) p. 329.

¹²² JIMENEZ DE ARÉCHAGA (1980) p. 181, HUNTER and REDFERN (1986) p. 158, SCOBBIE (2005) p. 434.

First of all, *in concreto*, almost half of the judges ad hoc on the ICJ are not nationals of the countries which pointed them¹²³, and not necessarily know the country's internal situation better than the other ones. That situation is similar on other international tribunals, and it is more common on issues related to small States, which frequently do not have enough qualified staff to act as judges on international Courts.

Of course this fact is distorting the whole international legal system, because those small States, which should be the most beneficiaries of the inclusion of judges *ad hoc*, have to nominate foreigners to present their internal situation to the other judges.

Secondly, it is necessary rejecting that a regular judge does not understand the situation of other regions. As discussed above, they are selected among qualified jurists, and during their experience on Courts they are necessarily studying different legal systems, and being presented to different circumstances all around the world. It is vital to international judges to integrate themselves on a global culture¹²⁴ and, autonomously, to exercise their jurisdictional powers.¹²⁵

More than that, there is the argument that the language is, sometimes, an obstacle, and translations are not always perfect and may generate some trouble for the judges. The Courts, however, have a high-qualified group of translators, and there is no doubt about their independence, impartiality and commitment with a fair trial.

Thirdly, about the specificities of municipal laws, the principle of the *jura novit curia* is not applicable for international tribunals when the subject regards to internal laws. So, it is unconceivable that a national judge must be the person responsible to present or explain the municipal Law to the other judges. In an accusative legal system, that is precisely the role of attorneys, who must be able to introduce the particularities of internal norms and jurisprudence to the international judges, which should take that on account when emitting a fair decision.

And more, if there are uncertainties particularities of national legislations or circumstances, it would be perfectly acceptable that the Court simply requires a consultant to help the understanding of the internal juridical systems and societies, in the same manner that happens on the internal plan when

¹²³ SCHWEBEL (1999) p. 329.

¹²⁴ CORDERO (1987) p. 19.

¹²⁵ COUTINHO (1996) p. 58.

national judges have to apply international law, *exempli gratia*, with *affidavits* and legal briefs. This idea of an advisory opinion was already supported by Mr. De Lapradelle¹²⁶ when discussing the PCIJ Statute, in 1920.¹²⁷ This advisory opinion must be a faculty of the Tribunal, asking for independent jurists or legal bodies, when the regular judges find useful or necessary.

The best solution, notwithstanding, seems to be the creation of a permanent body, which should be able to analyze the causes independently from the parties and from the judges. Acting free from the judgement's pression, they should be able to state a non-binding opinion which could be very important on the resolution of cases, similar to the structure of the ECJ and the nomination of the advocates-general.¹²⁸

This advisory group should be settled by qualified jurists from different States, as representative as possible, called *ad hoc* for the case related to its State of origin. That solution would fulfill the requirements to introduce the internal specificities to the Court without the harmful presence of the figure of judges *ad hoc* and their lack of legitimation.

4. Stimulation of the states' participation on the international legal system

The international legal system is usually based on consent¹²⁹, it is not compulsorily imposed to any State.¹³⁰ It is always necessary to a State to be in accordance to be judged by the international jurisdictional system.¹³¹

In accordance to Kelsen's respectable lesson: "*A permanent tribunal may have compulsory jurisdiction. Such compulsory jurisdiction exists if the treaty establishing the Tribunal imposes upon the contracting parties the obligation to recognize the jurisdiction of the tribunal in every case in which they are*

¹²⁶ LEAGUE OF NATIONS / ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS (1920) p. 535.

¹²⁷ SCOBIE (2005) p. 430.

¹²⁸ BARRAL (2004) p. 161, *Consolidated version of the treaty establishing the European Community*, article 222: "*The Court of Justice shall be assisted by eight Advocates-General. Should the Court of Justice so request, the Council, acting unanimously, may increase the number of Advocates-General. It shall be duty of the Advocate-General, acting with complete impartiality and independence, to make, in open Court, reasoned submissions on cases which, in accordance with the Statute of the Court of Justice, require his involvement*".

¹²⁹ RIDRUEJO (1962) p. 174.

¹³⁰ SCOBIE, IAIN (2005) p. 422.

¹³¹ MELLO (2001) p. 651.

*involved, whether the case is brought before the Tribunal by one of the parties or by an organ of the international community of which the Tribunal is an organ, or in any other way determined by the treaty. Under general international law no State is obliged to submit a dispute with another State to an international Tribunal. Such submission requires agreement of the parties to the dispute”.*¹³²

The possibility raised by the eminent Austrian jurist, of an acceptance *ex ante* of a mandatory international jurisdiction may be done through a facultative clause of the compulsory jurisdiction which, however, admits reservations.¹³³ A *post facto* agreement¹³⁴ is always harder to get, because the parties are already hostile and belligerent.

In accordance to the defenders of the existence of judges *ad hoc*, the possibility to designate a judge to a Court would be stimulation to different States for the acceptance of the jurisdictional powers of an international tribunal on a *litis*.¹³⁵

This thought, apparently reasonable, does not resist to a deeper reflection. That is because even nominating a judge *ad hoc* to be part of the Court's composition, the State must, above everything, rely on the other members of the Tribunal, once the decisions are taken in a collegiate manner.

Therefore, besides having an importance on the growth of the international institutions, it is not the mere nomination of judges *ad hoc* which may be the fundamental element to increase the States' adherence on the international legal system.

Supporting the idea that a State should feel safer when designating an own national to serve on an international court is to corroborate with an outmoded and protectionist conception of the International Law and to sustain the maintenance of the *status quo*.

The increase of the States' participation on the international legal system must be followed by the strength on the Court's legitimation, and cannot be done at any price, but responsibly, carefully and gradually.

¹³² KELSEN (1967) p.524.

¹³³ MELLO (2001) p. 651.

¹³⁴ KELSEN (1967) p. 524.

¹³⁵ HUNTER and REDFERN (1986) p. 158.

Even keeping a system based on the States consent¹³⁶, the tendency is that with the development of the International Law, the establishment of a consolidated jurisprudence¹³⁷ and the uniformization of international rules, it will be natural that States increase their confidence on the international systems of dispute settlement, and crescently recognize the competence of international courts.

IV. OTHER RELEVANT ISSUES

1. *The problem of how precisely define the nationality of an international subject*

The rules concerning nationality¹³⁸ and its relations with the designation of judges *ad hoc* involve two distinct aspects: (1) the nationality of the individual named as a judge on a specific controversy and (2) the parties' nationalities.

A) *THE JUDGE'S NATIONALITY*

The settlement of a judge's nationality has several important implications, *exempli gratia*: (1) the most part of international courts does not accept more than one national from a specific State serving as a judge at the same time; (2) the nomination of judges sometimes must follow some specific criteria regarding to their nationalities, as what happens on the ICHR, which only accepts judges who are nationals of OAS member States¹³⁹; (3) the necessity, or not, of the constitution of judges *ad hoc*.

Commonly there is no inconvenient on the definition of a judge's nationality, once it is a subject which depends exclusively on the internal Law of each State.¹⁴⁰

The uncertainties related to the judges' nationalities happen only when it involves some kind of pathological status, like judges with more than one nationality or even stateless ones (*apatrides*).

On the case of stateless judges, there must be no problems, because a judge who is not national of any State is, in any situation, equiparable to a foreigner. The same occurs in the case of citizens without State, as Palestinians and Kurds.

¹³⁶ VICUÑA (2004) p. 19.

¹³⁷ WALDRON (2005) p. 138.

¹³⁸ JONES (1956) p. 3.

¹³⁹ About this requirement, see specific chapter, "*Right and duties of the judges ad hoc*".

¹⁴⁰ ACCIOLY (2000) p. 357.

Moreover, in cases when a judge has multiple nationalities, the rule stated by the main courts is that the judge is considered national of the State where he unremarkably exercises his civil and political rights.¹⁴¹

In brief, the issues related to judges' nationalities are usually unproblematic and possible controversies have an elementary resolution.

B) THE PART'S NATIONALITY: THE CHANGING ROLE OF THE DIPLOMATIC PROTECTION

On the other hand, it is far from being pacific the understanding about how should be done the characterization of the parties' nationalities on an international controversy, peculiarly because of the recent popping up of new subjects on that ambit, many of them with transnational features of a vast structural complexity. From this point of view, the delineation of the concept of nationality has a crucial and growing importance on the development of the international legal system.¹⁴²

Specifically dealing with the theme of this article, a relevant argument against the nomination of judges *ad hoc* is precisely the difficulty of finding a clear and definitive concept for nationality, what makes unfeasible the *effet utile* of the constitution of judges *ad hoc*, destabilizing the system as a whole.

In order to understand this position and to apprehend how it is possible to apply the classic institute of judges *ad hoc* on a contemporary society full of intrinsic transnational relationships, it is necessary grasping how the parties should be represented on a *litis* before an international tribunal.

¹⁴¹ ICJ Statute, article 3: "(1) The Court shall consist of fifteen members, no two of whom may be nationals of the same state. (2) A person who for the purposes of membership in the Court could be regarded as a national of more than one state shall be deemed to be a national of the one in which he ordinarily exercises civil and political rights"; ITLOS Statute, article 3: "No two members of the Tribunal may be nationals of the same State. A person who for the purposes of membership in the Tribunal could be regarded as a national of more than one State shall be deemed to be a national of the one in which he ordinarily exercises civil and political rights"; International Criminal Court Statute, article 36: "7. La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même État. À cet égard, celui qui peut être considéré comme le ressortissant de plus d'un État est censé être ressortissant de l'État où il exerce habituellement ses droits civiles et politiques".

¹⁴² VICUÑA (2001) p. 525.

In a globalized world¹⁴³, it is increasing the overcoming of a positivist paradigm which recognized the States as the exclusive subjects of International Law¹⁴⁴, since "*the role of individuals and non-state actors in the international system has become significant*".¹⁴⁵

Nevertheless, on important international courts, such as the ITLOS and the ICJ¹⁴⁶, the *jus standi* of non-State actors is still not admissible, being always necessary the State representation of an individual interest.

It is significant stressing that it is no longer applicable the old concept of diplomatic protection, in which there was a real endorsement by the State which was able to act discretionarily claiming for its own right, assuming the individual's place on a controversy, and even receiving the indenizations as their own right. Nowadays, the legitimacy of a State on an international *litis* comes from the existence of a legal bond of nationality with the particular which has the interest *in concreto*.

On the international jurisprudence there are innumerable cases in which the resolution of conflicts regarding to nationality's facets was vital to the final decision of controversies. Since the PCIJ, until contemporary jurisdictional organisms, on arbitration and on the judicial spheres, that occurred. *Exempli gratia*, *Canevaro case*, *Salem case*, *Flegenheimer case*, *Mergé claim*, and *Iran-US A/18 case*.

Some specific decisions, notwithstanding, established new precedents on that subject, setting up new paradigms regarding the concept of nationality.

First of all, nowadays there is no doubt that the nationality must be effective. The principle of effectiveness – recognized at the classic *Nottebohm case (Liechtenstein vs. Guatemala)* – states that the nationality must not be merely apparent, but a real bond between the subject and the State is necessary.¹⁴⁷

Secondly, it is unquestionable that with the relativization of the concept of sovereignty and the strengthening of a brand new jurisdictional order, the

¹⁴³ VICUÑA (2004) p.3.

¹⁴⁴ JIMENEZ DE ARÉCHAGA (1980) p.204.

¹⁴⁵ VICUÑA (2004) p. 2.

¹⁴⁶ MELLO (2001) p. 650.

¹⁴⁷ HARRIS (1998) p. 594.

contemporary tendency is to soft the concept of diplomatic protection¹⁴⁸, as came about at the *Letelier-Moffit case*, and at the *Helms Burton act* and even on the fiduciary representation.

If the Law must reflect a certain society¹⁴⁹ inserted on a certain historical period¹⁵⁰, it is essential establishing a real *effet utile* to an epistemic change from a paradigm which used to assign value to the State sovereignty to a new model, in which the most important issue is the valorization of individual rights, through a brand new configuration of the conceptions of nationality and diplomatic protection.

Then, extending the hypothesis of access to diplomatic protection, its employment (besides still remaining progressively residual) becomes a strong tool to make possible an universalization of the international legal system, specially in complex situations which would not be contemplated by the jurisdictional protection under its classic perspective.

Coming back to the specific theme of this article, on the conjectures in which it is necessary defining the presence of national judges on international courts, a judge is considered a *national judge* when he/she has the same nationality of one of the parties of the controversy.

The more flexible the definition of the diplomatic protection, the harder is the task to adapt this new configuration to the nomination of judges ad hoc, specially when the situation involves legal people, whose nationality may be characterized by distinguishable manners, as demonstrated by the international jurisprudence.

The absolute concept of societary protection stated at the *Barcelona Traction case*, in 1970, was already overcome.¹⁵¹ Accordingly to that statement, only the country where the legal person is legally constituted is legitimated to protect its interests on the international sphere.

¹⁴⁸ In the context of the ICSID, there is also the tendency to extend the coverage of diplomatic protection to a greater number of cases, such as what happened in the *Fedax vs. Venezuela* and *Maffezini vs. Spain* cases. In this sense, see the recommendations of the International Law Association Conference (2006).

¹⁴⁹ DIEZ DE VELASCO (2005) p. 55.

¹⁵⁰ JO (2000) p. 41.

¹⁵¹ VICUÑA (2004) p. 42.

At the *Elettronica Sicula* case a new panorama starts to be configured, because the ICJ confirms the existence of rights that belong to shareholders' States of origin, even against the State where the society is legally established.¹⁵²

Moreover, nowadays there are already cases in which even the minoritarian shareholders¹⁵³ have access to diplomatic protection, having their rights guaranteed, as, *exempli gratia*, at the ICSID's *CMS v. Argentina* case.

So, there is an enormous diversity of criteria that try to fundament the institution of diplomatic protection of legal people, as the shareholders' nationality (protecting even the minoritarian ones), the domicile (local of incorporation, "paper nationality"), the *siège social*, the main place of business, among others.

Those difficulties occur independently of the existence of judges *ad hoc*, but it is clear that with this institution the problem is even more exacerbated. The problem's core is that if many States are able to represent the interests of a certain company before international tribunals, then judges from several nationalities may be considered "national judges", bringing up the necessity to nominate more members *ad hoc* to preserve the isonomy on the courts.

Exempli gratia, assuming that a company is constituted under the laws of a State A and has its *siège social* on a country B. This same company has majoritarian shareholders with the nationality of C, and minoritarian ones who are nationals of D. In a particular controversy, it is possible to claim that, in accordance to the international contemporary jurisprudence, States A, B, C or D have *locus standi* to argue for the same interests.

Supposing, also, that a certain international court possesses, in its regular composition, nationals of A and B, both independent and unprejudiced, without any link with the cause unless of their nationalities.

And then, if A represents the society, it is feasible that the other part nominates a judge *ad hoc* if it has no national among the regular magistrates. On this first hypothesis, the judge from B (where is the company's *siège social*) is not affected by the rules regarding to his nationality, and keeps normally his seat on the Bench.

Notwithstanding, if country B is representing the society's interests, it is the judge from B who becomes the *national judge*, and the judge from A,

¹⁵² VICUÑA (2004) p. 41.

¹⁵³ On a *latu sensu* definition of investor, especially regarding BITs.

on the preview conjecture considered as a *national judge*, is considered as a judge without any connection to the cause (even A being the State where the company is legally constituted).

A more serious situation may occur if State C (origin of the majoritarian shareholders) takes the main position, offering its own judge to the role of *national judge*. On this third possibility, the judges from A and B (on the other suppositions considered as “national judges”) remain their right to judge as a regular member of the court.

Then, it may exist a hypothesis when several judges from an international tribunal have, in some way, bonds of nationality with one of the parties.

Furthermore, in a world full of intense international relationships it is very probable that judges who are nationals of some countries, in special the developed ones, would be always considered as “suspects”, because of the existence of direct or indirect interests of their countries of origin on a plenty of cases.¹⁵⁴

On those situations, it would not be practicable to try to respect the isonomy through the nomination of more judges *ad hoc*, which would simply collapse the whole legal system because of its total lack of international legitimation.¹⁵⁵ Although, preventing those judges to act is also not feasible, because some judges will be always considered as partial ones. The best to do is keeping all judges on the cases, with the trust that they will exercise their functions autonomously and impartially, independently from their nationalities.

Through this relevant argument, it is possible to show another incompatibility between the nomination of judges *ad hoc* and the contemporary rules of international Law, inserted on a globalized and multilateral reality truly diverse from the circumstances when the institution was created.

¹⁵⁴ SCOBIE (2005) p. 432.

¹⁵⁵ On this sense, there is good analogy between this contemporary situation and the statement defend by Mr. Loder on the discussion of the PCIJ Statute. LEAGUE OF NATIONS / ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS (1920) p. 537.

2. *The principle of the legal judge*

A) *SOURCES*

The principle of the legal judge (*juge naturel*) has its origin in the Magna Carta, of 1215, which stated that “*no freeman shall be taken, or imprisoned, or be disseised of his freehold, or liberties, or free costums, or be outlawed, or exiled, or any otherwise destroyed; nor will we pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgement of his peers, or by the Law of the Land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either Justice or Right*”.

This understanding was also presented in the French law on August 16th-24th¹⁵⁶, and in the French Constitution in 1791.¹⁵⁷ Furthermore, the rule was expressed on the sixth amendment of the American Constitution, also promulgated in 1791, inspired by the English Bill of Rights, in 1689.¹⁵⁸

However, only on the French Constitution of 1814 the principle had been formulated with its contemporary name, *juge naturel*¹⁵⁹, influencing either the next Constitution, on August 14th, 1830¹⁶⁰.

¹⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (2001) p. 167.

¹⁵⁷ MÉRIGNHAC (1905) p. 54.

Tít. III, Chap. V, Art. 4: “*Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune comission, ni par d’autres attributions et évocations que celles qui sont determines par les lois*”.

¹⁵⁸ Amendment VI: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by Law, and to be informed of the nature and cause of accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favour, and to have the Assistance of Counsel for his defense*”.

¹⁵⁹ article 17: “*nul ne pourra être distrait de ses juges naturels*”.

¹⁶⁰ article 54 had added the idea that “*il ne pourra, en conséquence, être crée des comissions et des tribunaux extraordinaires à quelque titre et sous quelque dénomination que ce puisse être*”.

This principle was, after then, spread to many classic legal systems, *exempli gratia*, to the *Statuto Albertino* (Albertine Statute), in Sardegna¹⁶¹ and to the Weimar Constitution, 1919.¹⁶²

Nowadays, the principle of the *juge naturel* is assured by contemporary legislations all around the world, such as in Italy¹⁶³, Spain¹⁶⁴, Portugal¹⁶⁵, Austria¹⁶⁶, Argentina¹⁶⁷ and Germany.¹⁶⁸

¹⁶¹ MARQUES (2000) p. 215, art.71: “Nessuno può essere distolto dai suoi Giudici naturali. Non potranno perciò essere creati tribunali e Commissioni straordinarie”.

¹⁶² Art. 105: “Extraordinary courts are inadmissible. Nobody may be deprived of his ordinary judge. Legal regulations concerning military jurisdiction and court martial are not affected hereby. Military courts of honour are abolished herewith”.

¹⁶³ Italian Constitution, Art. 25: “No one may be moved from the normal judge preestablished by law. No one may be punished except on the basis of a law already in force before the offence was committed. No one may be subjected to security measures except in those cases provided for by law”. Translation of: “Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”.

¹⁶⁴ As prescribed on the Spanish Constitutions of 1876 (art. 16), 1931 (art. 28) and 1978 (Título I, Cap. II, Sección 1ª, art. 24: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. / La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”).

¹⁶⁵ Vid. Figueiredo (2004) p. 324.

¹⁶⁶ Art. 83, paragraph 2: “No one may be deprived of his lawful judge”.

¹⁶⁷ Argentinean Constitution. 1994, Article 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (...)”.

¹⁶⁸ Weimar Constitution, Article 101.1: “(I) Extraordinary courts shall not be allowed. No one may be removed from the jurisdiction of his lawful judge”. Translation of “Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden”.

In the same way, several international treaties deal with this theme and establish the principle of the *juge naturel*, *exempli gratia*, on the Universal Declaration of Human Rights, of 1948, which, on its article 10, states that "everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by a independent and impartial Tribunal, in determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him".

B) CONTENT

The principle of the *juge naturel* is a guarantee of legality¹⁶⁹ to all citizens, once it is an important consequence of the principle of the due process of law. The preservation of the *juge naturel* assures that everyone who are under a certain jurisdiction must have, at any time, "the limits of their own freedom" well-established. Moreover, the "*astrattezza dell'ordinamento giudiziario*"¹⁷⁰ disallows the election of judges based on partial criteria, *ad personam*, which could vitiate the necessary judicial autonomy and nonpartisanship.¹⁷¹

In the same way, on the municipal sphere, that principle is a guarantee for a fair trial, on the international ambit the States have the interest that the proceedings before international courts be endowed with legality and legitimacy. Therefore, the principle of the *juge naturel* can and must be applied also on that range, ensuring the effectiveness and the development of the international dispute settlement system.

The principle is constituted by four distinct features: the competence (the law must conferee the powers to the jurisdictional organ, also known as the principle of the 'legal judge'), the independence (the judge must be prominent, not subordinated to the parties), the impartiality (the judge must be a third, able to act objectively) and anteriority (the law which constitutes the judge must be prior to the facts on judgment, ensuring the system's previsibility).

To be able to develop a critical examination of the paper's main topic, it is absolutely essential to apprehend if the constitution of judges *ad hoc* is compatible with those facets of the principle of the *juge naturel*.

¹⁶⁹ FIGUEIREDO (2004) p. 321.

¹⁷⁰ CALAMANDREI apud MARQUES (2000) p. 216.

¹⁷¹ MARQUES (2000) p. 216.

a) Competence

On an effective international legal system, just the Law is able to establish the jurisdiction on a case *in concreto*.¹⁷² The only way to settle who will have the “power to enforce the Law in a bondable and cogent manner”¹⁷³ is through a legal determination of competences.¹⁷⁴

Actually, it is the competence attributed by law that legitimate the magistrate’s activity - and prevent doubts concerning their autonomy and nonpartisanship – what is an important evolution and radical change from the old precept of the *nemo iudex nisi qui inter adversarios convenisset*.¹⁷⁵

Nowadays, any other method to choose a judge would characterize an attempt against the legality, which is not compatible with the efforts to exclude the discretionarity and arbitrariness, which unfortunately are still present on international courts¹⁷⁶, of the international legal order.

Nevertheless, in the designation of judges *ad hoc* on international permanent courts there is no breach of legality, because it is the Law (expressed, *exempli gratia*, by treaties, Statutes or Conventions) which confers competences to those members. The institutional figure of judges *ad hoc* is already constituted by law, even when the individual which will hold the judge’s *locus* could only be known *a posteriori*.

Therefore, the competency of judges *ad hoc* on permanent courts is always assured by a legal command, without any violation of this aspect in the principle of the *judge nature*¹⁷⁷, the *legal judge*.

b) Anteriority

The issue of anteriority is related to the competence.¹⁷⁸ In the same time that the statement of the judge’s jurisdictional powers must be established by law, that law must be *previa* in relation to the facts which will be judged.¹⁷⁹

¹⁷² FIGUEIREDO (2004) p. 322.

¹⁷³ CHIOVENDA (1949) p. 354.

¹⁷⁴ GIFIS (1998) p. 85.

¹⁷⁵ PESSINA, *Storia delle leggi sul procedimento penale*, Napoli, 1912, p.7, in LEONE (1963) p. 21.

¹⁷⁶ KELSEN (1967) p. 526.

¹⁷⁷ CORDERO (1987) p. 260.

¹⁷⁸ *Ídem.*, p. 282.

¹⁷⁹ LEONE (1963) p. 274.

Unfortunately, it is still common that some international tribunals are constituted without the respect for this rule, in a clear violation of the *Stato di diritto*.¹⁸⁰ Examples of that undesirable discretionary behavior are the establishment of Tribunals *ad hoc* constituted *post factum*, with exclusive competence to certain subjects, such as the criminal Courts related to the tragedies which happened in the ex-Yugoslavia and in Rwanda.¹⁸¹

However, on the case of judges *ad hoc* on international permanent tribunals, the international legal texts which allow their nomination have always a prior character which, in that perspective, is also harmless to the principle of the *juge naturel*.

c) *Independence*

The judge's independence on international Courts is characterized by the fact that they are not representing governments or States, but only concerned with the best exercise of their jurisdictional functions.¹⁸²

The judges' autonomy¹⁸³ in relation to their States of origin (or in relation to any other State)¹⁸⁴ is a real *conditio sine qua non* for the development of a trustful international legal order, which may provide the constitution of a jurisdictional system based on the equality between States.¹⁸⁵

Judges *ad hoc* are oftentimes labeled as real representants of the parties on a certain controversy. It is not unreasonable that they are also known as "national judges". In many cases judges *ad hoc* show their independence (see specific chapter related to judges *ad hoc* that had decided against the interest of the countries which nominated them), but, even though, there is a huge mistrust about them on the international society.¹⁸⁶

Hence, there is a real paradox between the judges' independence and the establishment of judges *ad hoc*.

¹⁸⁰ CORDERO (1987) p. 257.

¹⁸¹ CAÑADO (1999) p. 386.

¹⁸² GHEVONTIAN (1992) p.13.

¹⁸³ CARNELUTTI (2002) p. 249.

¹⁸⁴ LEONE (1963) p. 269.

¹⁸⁵ KELSEN (1967) p. 523.

¹⁸⁶ FOUCHARD (1991) p. 176.

If the system ensures that there is an independent performance of the judges (considering the Court as a whole) there would be no reason to nominate a judge *ad hoc* based on that. On the other hand, if there is the assumption that there is no independence on the international tribunals¹⁸⁷, then the whole legal systems loose its meaning, and the international courts would be mere political *fori*, opened to all kinds of pressure.

d) Impartiality

The judges' impartiality must not be mixed up with the concept of neutrality. The neutrality is a subjective characteristic, bound to personal impressions that an individual (on this case, the judge) has about different aspects of a society. So, it is possible to declare that it is inconceivable that somebody could be perfectly neutral regarding to a subject, once the background knowledge, the idiosyncrasies, the reflections and the emotions of a particular individual are always present on his/her world's perception.¹⁸⁸

The nonpartisanship, from another standpoint, is an objective issue, what makes the judges overcome their lack of neutrality and act as an observer, facing up the controversy by an objective point of view, equidistant from the parties.¹⁸⁹

Judges *ad hoc* are, certainly, not neutral, as no other judge or individual. The question is to perceive until which point their impartiality is harmed by the fact that they are nominated *ad hoc* by a certain State.

The true is that the task of judges *ad hoc* is really herculean. This extreme difficulty comes from the fact that the State which designates him/her will certainly base its choice on the previous discernments demonstrated by the candidate, to constitute as a judge *ad hoc* somebody who has already a prior tendency to decide in some specific direction.

What frequently occurs is that this prior understanding, the reason of his nomination to exercise his functions on a specific controversy, is confused with partiality.¹⁹⁰

On the other hand, the permanent judge which is national of one of the parties not necessarily has the same point of view of his State of origin. This

¹⁸⁷ MOSQUERA (1988) p. 35.

¹⁸⁸ COUTINHO (1996) p. 72.

¹⁸⁹ CARNELUTTI (2002) p. 249.

¹⁹⁰ MURPHY and PRITCHETT (1961) p. 108

lack of convergence, therefore, makes the State which has a national between the regular judges be, in a certain way, penalized.

So, even assuming that judges *ad hoc* are exercising their functions impartially, the mere existence of that institution does not help to corroborate the nonpartisanship of the Tribunal as a whole, which, in praxis, has one of the votes priory defined.¹⁹¹ As stated by Scobbie, "*the paradox is that in international law, the maintenance of impartiality is the principal reason for the provision of judges ad hoc*".¹⁹²

CONCLUSION

If judges *ad hoc* already played a significant role on the development of international courts, this is not a tendency anymore. Indeed, their importance will be continuously decreasing on the next few decades, since judges *ad hoc* are now just memories from a past when international society was still making its first efforts in order to guarantee a world of integration, peace and justice.

Obviously, the current international legal order is still facing a plenty of obstacles, specially because States are still reticent about being judged beyond their borders. Nevertheless, undoubtedly, the international legal system is already firmly constituted as an important tool on the development of the international society as a whole, and the legal praxis during the last fifty years shows that the nationality of judges is not an aspect that should be taken into account by States.

In fact, the present globalized world must be understood as a part of a concrete paradigm, and, on this sense, understanding Dussel's thought may be a very effective tool on the system's development. The transmodernity proposed by him is not compatible with rhetorical figures which were inserted on a habermasian structure¹⁹³ and that nowadays remain as obstacles to objective developments. On this perspective, it is essential perceiving the concrete outcomes of the participation of judges *ad hoc*, and their explicit pragmatic posture must influence the international legal order.

Reflecting that neo-aristotelean conception, recent developments on the efficaciousness of international Law are bound specially to the crescent trust of

¹⁹¹ SCHWEBEL (1999) p. 325.

¹⁹² SCOBIE (2005) p. 428.

¹⁹³ HABERMAS (1997) p. 170.

the international community on the contemporary dispute settlement systems, which can be perceived by objective data.

The system's legitimacy is strengthened by the discernible independent and impartial attitude of international judges and by the application of the international Law focused mainly on the respect for the human dignity. Regional particularities have been increasingly taken into account by international Law, as a real *conditio sine qua non* for the development of the international legal structure, still based on the States' consent.¹⁹⁴

The discussion concerning the presence of judges *ad hoc* on international permanent tribunals has a great importance, because in *praxis*, their participation have been decisive on several cases, as demonstrated on this paper.

This article also proposed that judges *ad hoc* must be abolished from the international legal structure, because they are outdated remains of a time when there was a great lack of confidence on the *effet utile* of a multilateral order. Nevertheless, the inclusion of an advisory body, similar to the advocates-general's structure of the ECJ, could be important to increase the system's efficiency and legitimacy.

Moreover, this study proved that judges *ad hoc* are disadvantageous because of their preconceived logic affects the system as a whole. Titular judges are seen as partial ones, when in *praxis*, their actuation demonstrated that they are not representing a country or a government, being able to decide free of external influences. Also, judges *ad hoc* have a tendency to vote in accordance with the view of the countries which nominated them, and that is not because they are not independent or impartial subjects, but since their prior inclination to judge on a specific direction is a real prerequisite to be invited to serve as a judge on a certain case.

Furthermore, several developments on International Law had a negative impact on the institution of judges *ad hoc*, as the relativization of the concept of sovereignty and the evolution of the notion of nationality, bringing up an unbalanced legal structure which is not compatible with the principles of interdependence, harmonic development and isonomy between States, which have a universal scope.

In brief, judges *ad hoc* are overcome tools, which in spite of being perfectly understandable on a fragmentary system, must not remain on a contemporary

¹⁹⁴ MELLO (2001) p. 651.

multilateral society with universal interests and general objectives. As stated by Scobbie, "the claim that a judge *ad hoc* is capable of making a decision more 'acceptable' is based on presuppositions which lack foundation".¹⁹⁵

CITED BIBLIOGRAPHY

ACCIOLY, Hildebrando (2000): *Manual de Direito Internacional Público* (14ª edição, São Paulo, Saraiva) 528 p.

ALBRECHT-CARRIÉ, René. (1958): *A Diplomatic History of Europe since the Congress of Vienna* (New York, Harper & Row) 736 p.

AMBOS, Kay and CHOUKR, Fauzi Hassan (org.) (2000): *Tribunal Penal Internacional* (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais) 484 p.

ARAUJO, Luis Ivani de Amorim (2002): *Das organizações internacionais* (Rio de Janeiro, Forense) 153 p.

ARAUJO, Luis Ivani de Amorim (1971): *ONU: idéias e conceitos* (Rio de Janeiro, Spencer) 102 p.

BARRAL, Welber (2004): *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias* (Florianópolis, Fundação Boiteux) 333 p.

BECHARA, Carlos Henrique Tranjan (2002): *A solução de controvérsias no Mercosul e na OMC* (São Paulo, Aduaneiras) 138 p.

BOBBIO, Norberto (2000): *Dicionário de política* (5ª edição, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado) 1318 p.

CADEMARTORI, Sergio (1999): *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista* (Porto Alegre, Livraria do Advogado) 188 p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (1999): *II Tratado Internacional de Direitos Humanos* (Porto Alegre, Sergio Fabris Editor) 1731 p.

CARNELUTTI, Francesco (2002): *I Lecciones sobre el proceso penal* (Buenos Aires, Librería El Foro) 339 p.

¹⁹⁵ SCOBBIE (2005) p. 456.

- CHIOVENDA, Giuseppe (1949): *Saggi di Diritto processuale civile* (Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América) 397 p.
- COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda (1996): “Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal”, *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar* (Curitiba, EDIBEJ) 166 p.
- CORDERO, Franco (1987): *Procedura penale* (9° ed., Milano, Giuffrè) 1204 p.
- DELOS, J. T. (1950): *La Societé Internationale et les principes du Droit Public* (2 édition, Paris, Pedone) 350 p.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel (2005): *Instituciones de derecho internacional público* (15 ed., Santiago, Tecnos) 1124 p.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana et al. (2004): *Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul* (Rio de Janeiro, Konrad-Adenauer-Stiftung) 240 p.
- DWORKIN, Ronald (1999): *O império do Direito* (São Paulo, Martins Fontes) 513 p.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (2004): *I Direito Processual Penal* (Reimp. 1ª ed. 1974, Coimbra, Coimbra Editora) 600 p.
- FOUCHARD, Philippe (1991): “L´Arbitrage Judiciaire”, *Etudes offertes à Pierre Bellet* (Paris, Litec): pp 167 – 202.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2001): *La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid, Alianza Editorial) 226 p.
- GHEVONTIAN, Richard (1992): *Droit des relations internationales* (Aix-en-Provence, Presses Universitaires d´Aix-Marseille) 207 p.
- GIFIS, Steven H. (1998): *Dictionary of legal terms* (3rd edition, New York, Barron´s) 546 p.
- GUILLAUME, Gilbert (1992): *Contentieux International 1: les formations restreintes des juridictions internationales* (Paris, Pedone) 91 p.
- HABERMAS, Jürgen (1997): *I Direito e democracia: entre facticidade e validade* (Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro) 352 p.

- HARRIS, D.J. (1998): *Cases and materials on International Law* (5th edition, Sweet & Maxwell) 1123 p.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich (1997): *Princípios da filosofia do Direito* (São Paulo, Martins Fontes) 329 p.
- HEINZE, Eric and FITZMAURICE, Malgosia (editors) (1998): *Landmark Cases in Public International Law* (London, Ed. Kluwer Law International) 1376 p.
- HUNTER, Martin and REDFERN, Alan (1986): *Law and practice of international commercial arbitration* (London, Sweet and Maxwell) 462 p.
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1980): *El derecho internacional contemporáneo* (Madrid, Editorial Tecnos) 379 p.
- JO, Hee Moon (2000): *Introdução ao Direito Internacional* (São Paulo, Ltr) 720 p.
- JONES, J. Mervyn (1956): *British Nationality law* (Oxford, Clarendon Press) 306 p.
- KELSEN, Hans (1967): *Principles of International Law* (2nd edition, New York, Ed. Holt, Rinehart and Winston) 602 p.
- LARENZ, Karl (1997) *Metodologia da Ciência do Direito* (6^a edição, Lisboa, Calouste Gulbenkian) 727 p.
- LEAGUE OF NATIONS / ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS (1920): *Procés-verbaux des séances du comité* (La Haye, Van Langenhuisen) 757 p.
- LEONE, Giovanni (1963): *Trattato di Diritto processuale penale* (Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa - América) 579 p.
- LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A. and KRÖLL, Stefan M. (2003): *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague, Kluwer Law International) 953 p.
- LEWISCH, Peter (2003): "A theory of identification", *International Review of Law and Economics* (vol. 23 n° 4): pp. 439 – 451.
- MARQUES, José Frederico (2000): *Elementos de Direito Processual Penal* (2^a edição, Campinas, Millenium) 574 p.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (1998): *O Estado do Futuro* (São Paulo, Pioneira, Associação de Direito e Economia) 214 p.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque (1995): *Direito Internacional Americano - Estudo sobre a contribuição de um Direito regional para a integração econômica* (Rio de Janeiro, Renovar) 252 p.

____ (2001): *Curso de Direito Internacional Público*. (13ª edição, ver. e aum., Rio de Janeiro, Renovar) 2 Vol.

MERCURIO, Bryan (2004): "Improving dispute settlement in the World Trade organization: the dispute settlement understanding review-making it work?", *Journal of World Trade* (vol. 38 n° 5): pp. 795 – 854.

MÉRIGNHAC, A (1905): *Traité de Droit Public International* (Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence) 3 Vol.

MOSQUERA IRURITA, Tito (1988): *La Corte Internacional de Justicia* (Bogotá, Ed. Temis SA) 131 p.

MURPHY, Walter. F. and PRITCHETT, Herman C. (1961): *Courts, judges and politics: an introduction to the judicial process* (3rd printing, New York, Random House) 707 p.

NIETO NAVIA, Rafael (1993): *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos* (Bogotá, Ed. Temis) 277 p.

NORONHA GOYOS, Durval de (Comp.) (1991): *Essays on International Law* (São Paulo, Observador Legal) 390 p.

REZEK, José Francisco (2002): *Direito Internacional Público* (9ª edição, São Paulo, Saraiva) 403 p.

RIDRUEJO, José Antonio Pastor (1962): *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de la Haya; sistematización y comentarios* (Madrid, Rialp) 504 p.

SCHWEBEL, Stephen M. (1999): "National judges and judges *ad hoc*", *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (Paris, Pedone): pp. 319 – 329.

SCOBBIÉ, Iain (2005): "‘‘Une hérésie en matière judiciaire? The role of the judge *ad hoc* in the International Court", *The Law and practice of International Courts and Tribunals* (vol. 4): pp. 421 – 464.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz (1992): *International Economic Law* (2nd edition, The Netherlands, Martinus Nijhoff) 286 p.

SOROS, George (2002): *George Soros on globalization* (New York, Public Affairs) 191 p.

STIGLITZ, Joseph E. (2003): *A globalização e seus malefícios – a promessa não cumprida de benefícios globais* (4ª edição, São Paulo, Editora Futura) 328 p.

VICUÑA, Francisco Orrego (2001): "Changing approaches to the nationality of claims", *Liber amicorum Ibrahim F.I. Shihata: international finance and development law* (London, Kluwer Law International) pp. 503 – 525.

_____ (2004): *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society* (Cambridge, Cambridge University Press) 156 p.

WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern *Jus Gentium*", *Harvard Law Review* (vol. 119 n° 1): pp. 129 – 147.

CITED STATUTORY MATERIAL

Amendment VI of the American Constitution, Right to speedy trial, confrontation and witnesses, December 15th, 1971, available at <<http://caselaw.lp.findlaw.com>>, accessed 28 April 2012.

Annex 2 of the WTO Agreement. Available at: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm>, accessed 26 March 2012.

Constitución de la Nación Argentina, August 22, 1994. Available at: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>, accessed 26 March 2012.

Consolidated version of the treaty establishing the European Community, available at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:EN:PDF>>, accessed 26 March 2012.

Constitución Española, June 30, 1876. Available at: <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1876.pdf>, accessed 26 March 2012.

Constitución Española, December 9, 1931. Available at: <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf>, accessed 26 March 2012.

Constitución Española, 1978. Available at: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>, accessed 26 March 2012.

Costituzione della Repubblica Italiana, December 22, 1947. Available at: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>>, accessed 26 March 2012.

Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. Available at: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>, accessed 26 March 2012.

European Court of Human Rights Statute, available at: <http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_En/>, accessed 26 March 2012.

European Court of Justice Statute, available at: <http://www.jusline.com/Statute_of_the_Court_of_Justice_Langversion.html>, accessed 26 March 2012.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Available at: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/005.htm>>, accessed 26 March 2012.

French Constitution, 6 April 1814 available at: <<http://mjp.univ-perp.fr/france/co1814pr.htm>>, accessed 26 March 2012.

French Constitution, 8 August 1830 available at: <<http://mjp.univ-perp.fr/france/co1830.htm>>, accessed 26 March 2012.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Mai 23, 1949. Available at: <<http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>>, accessed 26 March 2012.

Inter-American Court of Human Rights Statute. Organization of American States, 1 October 1979, available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3decb38a4.html>>, accessed 26 March 2012.

International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 1 January 1998. Available at: <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf>, accessed 26 March 2012.

International Court of Justice Statute, available at: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>, accessed 26 March 2012.

International Criminal Court Statute, available at: <<http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>>, accessed 26 March 2012.

International Tribunal for the Law of the Sea Statute (Annex VI of the United Nations Convention on the Law of the Sea). Available at: <<https://www.itlos.org/index.php?id=12>>, accessed 26 March 2012.

Magna Carta, of 1215. Available at: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>>, accessed 26 March 2012.

Permanent Court of International Justice Statute. League of Nations, 16 December 1920, available at: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/40421d5e4.html>>, accessed 26 March 2012.

UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration, UNCITRAL, 1985, with amendments as adopted in 2006, available at: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>, accessed 26 March 2012.

United Nations Convention on the Law of the Sea. available at: <http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm>, accessed 26 March 2012.

Weimar Constitution, 1919. Available at: <http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php>, accessed 26 March 2012.

CITED CASES

Canevaro Claim Case, (Italy vs. Perú) (1912): Permanent Court of Arbitration, May 3, 1912, available at: <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1029>, accessed 26 March 2012.

S.S. Lotus (Fr. v. Turk.) (1927): PCIJ, judgment September 7, 1927, Ser. A n° 10, available at: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, accessed 26 March 2012.

Customs Regime between Germany and Austria (1931): PCIJ, advisory opinion, September 5, 1931, Ser. A/B n° 41, available at: <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1931.09.05_customs.htm>, accessed 26 March 2012.

Salem Case (Egypt vs. US) (1932): International Arbitral Awards, Special Agreement, June 8, 1932, available at: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/1161-1237.pdf>, accessed 26 March 2012.

Nottebohm case (Liechtenstein vs. Guatemala) (1953): ICJ, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=26&case=18&code=lg&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Mergé Case (1955): International Arbitral Awards, decision, June 10, 1955, available at: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XIV/236-248.pdf>, accessed 26 March 2012.

Flegenheimer Case (1958): International Arbitral Awards, decision, September 18, 1958, available at: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XIV/327-390.pdf>, accessed 26 March 2012.

South West Africa (Ethiopia v. South Africa) (1966): ICJ, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c1&case=46&code=esa&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (1971): ICJ, Advisory opinion, June 21 1971, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Aegean Sea Continental Shelf (Turkey vs. Greece) (1976): ICJ, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=gt&case=62&k=81&p3=0>>, accessed 26 March 2012.

Application for revision and interpretation of the judgement of 24 February 1982 in the case concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya) (1985): ICJ, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=c4&case=71&code=tltl&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Concerning the question of jurisdiction over claims of persons with dual nationality (1984): Iran-U.S. Claims Tribunal, April 6, 1984, Case n° A/18, *International Legal Materials* (vol. 23 n° 3): pp. 489 – 510.

Elektronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) (1989): ICJ, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=d8&case=76&code=elsi&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Land, Island and Maritime Frontier Dispute Case (El Salvador/Honduras: Nicaragua) (1990): ICJ, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index>>

<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=0e&case=75&code=sh&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Arbitral award of the 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal) (1991): ICJ, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=73&case=82&code=gbs&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt (United States, Chile) (1992): International Arbitral Awards, decision, January 11, 1992, available at: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XXV/1-19.pdf>, accessed 26 March 2012.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (1996): ICJ, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f4&case=91&code=bhy&p3=4>>, accessed 26 March 2012.

Fedax N.V. v. Venezuela (The Netherlands/Venezuela BIT) (1998): ICSID, March 9, 1998, Case n° ARB/96/3, available at: <<http://italaw.com/documents/Fedax-1998-Last.pdf>>, accessed 26 March 2012.

Maffezini v. Spain, (Argentina/Spain BIT) (2000): ICSID, November 13, 2000, Case n° ARB/97/7, available at: <<http://italaw.com/documents/Maffezini-Award-English.pdf>>, accessed 26 March 2012.

CMS Gas Transmission Company (Claimant) and The Republic of Argentina (Respondent) (2003): ICSID, July 17, 2003, Case n° ARB/01/8, available at: <http://italaw.com/documents/cms-argentina_000.pdf>, accessed 26 March 2012.

SOFT LAW. NUEVOS ENFOQUES PARA EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL*

*Soft Law. New approaches to
the progressive development of
international intellectual property law*

MÓNICA M. BORETTO**

RESUMEN: El comercio internacional de la propiedad intelectual (PI), promovido en gran medida por las tecnologías de la información y el desarrollo de Internet, requiere de soluciones pragmáticas y seguras. El Derecho Internacional Privado (DIPr) codificado es inoperante en este contexto. Para progresar en las soluciones, es

* Este estudio corresponde a una versión completa de la ponencia presentada en el *XXIII Congreso Argentino de Derecho Internacional "Juan Varisco Bonaparte / Jorge Alberto Giner"*, Santa Fe, 10 a 12 noviembre 2011, Sección Derecho Internacional Privado: Desarrollo del *soft law* e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales).

** Docente de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y miembro del Centro de la Propiedad Intelectual de la Universidad Austral de Buenos Aires. <borettopi@gmail.com>.

Artículo recibido el 14 de diciembre y aprobado el 5 de marzo de 2012.

necesario complementar el enfoque de las fuentes fundado en los tratados, con principios comunes elaborados por expertos. En este sentido el *soft law*, por la flexibilidad de armonización de principios y uniformidad de ciertas prácticas administrativas, ofrece una nueva perspectiva del DIPr. Estos instrumentos intermedios entre el derecho y el no derecho, proveen beneficios prácticos inmediatos, además de garantizar el acceso a la justicia de los consumidores de PI en el ámbito internacional.

PALABRAS CLAVE: *soft law* – propiedad intelectual – derecho internacional

ABSTRACT: Current intellectual property's international trade, promoted largely by digital technology and Internet development, requires pragmatic and secure solutions. Codified Private International Law (Conflict of Laws) is irrelevant in this context. To progress in the solution, it is necessary to add to those treaties common principles developed by experts. Accordingly, soft law, through harmonizing certain principles and uniform administrative practices, offers a new perspective on Private International Law. These hybrid instruments, provide immediate practical benefits, and ensure access to justice for Intellectual Property consumers in the international scope.

KEY WORDS: soft law – intellectual property – international law

INTRODUCCIÓN

La transformación del Estado, por influjo de los procesos de integración económica y la combinación del desarrollo de las tecnologías digitales e Internet como sistema de distribución mundial, ha modificado las formas de crear el derecho, y el *soft law* es una expresión de la adaptación a este nuevo contexto global. Tales cambios han alterado la concepción tradicional de la pirámide kelseniana del sistema de fuentes. La realidad reclama inmediatez y activismo para su adaptabilidad al nuevo entorno. Éstos han forzado la irrupción de técnicas de colaboración y coordinación que invierten los diseños constitucionales originarios, y es obvio que el ámbito territorial de actuación del estado debe armonizarse con la libertad de movimientos de los operadores privados, el desarrollo tecnológico y la expansión de los mercados financieros. Estos nuevos escenarios evidencian la crisis de los sistemas de representación que dejan al descubierto el debilitamiento de la fuerza legitimadora de las fuentes de origen parlamentario.

En este contexto el paradigma liberal decimonónico de la autonomía de la voluntad, proyectó la codificación a un rol secundario. Esta dependencia del derecho privado a la autonomía de las partes le garantizó un grado de adaptabilidad a los cambios. Son las partes y sus realidades dinámicas quienes van creando el derecho, conformando sus estructuras al ritmo de las prácticas del comercio internacional.

El *soft law* se identificaba en su origen con normas programáticas cuyo contenido era esencialmente formulado a través de *principios* y cuyo objetivo era promover la práctica de los estados en una determinada dirección. Su evolución ha permitido que algunos instrumentos alojen contenidos normativos específicos, pudiendo llegar a ser éstos incluso más potentes que los propios instrumentos convencionales. A modo de simple referencia, en el área de las contrataciones internacionales que involucran activos de PI, los imperativos tecnológicos han forzado la adopción de soluciones ágiles y flexibles, v.g. la Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas, y otros Derechos de Propiedad Industrial sobre Signos en Internet o la Política Uniforme son instrumentos que cumplen con el objetivo de crear un marco jurídico claro para los operadores que participan en Internet, aprovechando las oportunidades que ofrece el comercio electrónico.

El componente autonormativo de los dispositivos *soft*, los torna obligatorios a través del consentimiento. Por lo tanto este fenómeno adquiere efecto vinculante entre las partes y posee la virtud de equiparar los actores estatales y no estatales en la creación de un marco regulador uniforme. Con la ventaja de conferir profesionalidad, dinámica y seguridad jurídica al comercio internacional de la PI, al establecer reglas comunes y proveer resoluciones coherentes, eficaces para operar en un escenario mundial signado por la dinámica del cambio y la globalidad, en las que los sistemas estatales evidencian su ineptitud.

En efecto, el *soft law* provee instrumentos alternativos satisfactorios en la solución de controversias sobre PI y facilita las reglas para el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, siendo más amigable para los consumidores. En este sentido los instrumentos del American Law Institute (ALI), del Max Planck Institute, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (UNCITRAL) aportan perspectivas pragmáticas para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la PI. El resultado de esta estrategia es la adaptación normativa a la rápida evolución tecnológica mediante *principios* comunes aplicables a nivel internacional.

Para poder examinar los desafíos procesales y sustanciales del *soft law* y el efecto de las normas imperativas en el comercio internacional, en la PI,

debemos precisar los conceptos centrales de la cuestión. Tanto la expresión *soft law*, como PI, son ambiguas, nos detendremos previamente en las definiciones, para contextualizar su alcance y analizar con mayor rigor las soluciones propuestas.

I. SOFT LAW

1. Concepto, denominación y características

La expresión *soft law*, también denominada derecho blando, derecho flexible o pre-derecho, es bastante imprecisa, así como el rol que desempeña en el sistema de producción de normas. Cabe aclarar que en su origen no estaba asociada exclusivamente al ámbito internacional, pero ha sido en esta esfera donde alcanzó un mayor fundamento dogmático. No obstante su configuración actual derivada del derecho internacional y, en particular, de las organizaciones internacionales, ya era conocida en el derecho romano bajo el nombre de *lex imperfecta*.

Según Mazuelos, el término fue acuñado por Lord Mc Nair, para generar una distinción entre las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*.¹ Un expresión descriptiva de enunciados normativos formulados en términos de principios abstractos que se tornan operativos a través de su aplicación judicial. Instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir el *carácter no vinculante* y cierta *relevancia jurídica* tales como las resoluciones de organizaciones internacionales, los instrumentos de actores no estatales y los acuerdos *no normativos*.

Los rasgos característicos del *soft law* son : a) el carácter jurídicamente no vinculante, b) cierta relevancia jurídica, c) buena fe, elemento presente y dominante en las relaciones interestatales, así como en los acuerdos que derivan de las mismas, y d) no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento. En relación con los dos últimos, debe relativizarse su alcance. Aun cuando el incumplimiento de las disposiciones del *soft law* no fueran sancionables mediante las formas tradicionales, existe la *soft coerción*², con sus propios canales de sanción. Por tanto, una primera consideración que cabría realizar es que, a pesar de ser un fenómeno controvertido, es clara su relevancia en el ordenamiento jurídico internacional.

¹ DUPUY, R. J. (1975): "Droit déclaratoire et droit programmatore: de la costume sauvage á la soft law", en *L'élaboration du droit international public*, (Société française pour le Droit international, Colloque de Toulouse) p. 139, citado en MAZUELOS (2004) pp. 1 – 40.

² Vid. CAAMAÑO y CALDERÓN (2002) p. 263.

La clave del *soft law* está en descripción de los fenómenos que comprende y la sujeción al concepto de *derecho* que se adopte. Generalmente el término *law* evoca una obligación jurídica. Lo cierto es que en el proceso de evolución de las fuentes, el orden jurídico internacional ya no es un universo cerrado, y los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear derecho³, así como para hallar soluciones en áreas novedosas, donde existen lagunas o en las cuales la legislación es insuficiente, ineficaz o se carece de consenso.

En síntesis, el *soft law* se caracteriza por ser un instrumento jurídicamente no vinculante y poseer cierta relevancia jurídica, siendo su espacio natural de producción el derecho internacional, aun cuando se esté extendiendo, por su influencia y consecuencia de las propias obligaciones de legislar asumidas por los estados, a los derechos domésticos.

2. Naturaleza jurídica, función y categorías

El *soft law* es una fuente alternativa, caracterizada por su falta de coercitividad y desapego a la rigidez del principio de legalidad, indeterminada en su contenido, alcanza a todos los actos e instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio en sentido formal.

Desde una perspectiva analítica, el *soft law* posee una naturaleza híbrida constituida por *reglas* y *principios*. El derecho se compone de un conjunto de unidades denominadas *normas*, divididas en *reglas* y *principios*, en una relación de género a especie. Los *principios* son mandatos de optimización, de contenido determinado en su antecedente pero indeterminado en su consecuente. El contenido abierto e indeterminado de la consecuencia jurídica del *principio*, es el que atribuye a la norma un carácter más vinculado a la optimización o maximización de resultados, que al cumplimiento taxativo de los mismos. Caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado, la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (de las dispuestas en el propio ordenamiento). En cambio las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.⁴ Mandatos taxativos de contenido determinado en su antecedente y su consecuente. No obstante, se considera que los enunciados de antecedente y consecuente indeterminado no son *principios* en sentido estricto, sino *directrices*. Una distinción, a nuestro criterio, irrelevante a los fines *sub examine*.⁵

³ Vid. BARBERIS (1984) pp. 204 y ss.

⁴ Vid. ALEX Y (2002) pp. 86 y 87.

⁵ Vid. ATIENZA y RUIZ (1999) pp. 5 y 6.

Desde una *perspectiva ontológica*, el *soft law* se caracteriza por contar con presupuestos taxativos de consecuentes abiertos e indeterminados, que reclaman la maximización de sus objetivos. En este sentido tiene causa y objeto concretos, pero su finalidad es genérica, en la medida en que su desafectación del sistema formal de fuentes le impide contar con plenos efectos jurídicos. Por tanto, es ontológicamente un *mandato de optimización*, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero sólo en parte.

Desde una *perspectiva empírica*, cada acto o instrumento *soft*, puede tener una estructura de *regla* o de *principio*. En la práctica, existen instrumentos que se articulan como *reglas*, estableciendo un antecedente y un consecuente determinado, y otros simplemente con un consecuente indeterminado, que implica un mayor grado de compromiso de sus destinatarios. Por tanto, desde esta perspectiva el *soft law* comprende *reglas* o *principios*.

Desde una perspectiva formal, no se puede considerar al *soft law* dentro de la jerarquía de las fuentes enunciadas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta norma muestra una concepción estática bastante alejada de la realidad, que excluye este tipo de instrumentos. Sabemos que la creación de las normas internacionales es un proceso complejo en términos de consenso y lento en cuanto a su consecución. Presupone resoluciones adoptadas con el rango de compromiso, y por ende los estados son reticentes a incluirlas en la agenda. En este estadio intermedio que separa a los valores sociales emergentes de normas vinculantes, entre el *hard law* y el no derecho, es donde se sitúa el *soft law*, agrupándose en las siguientes categorías: a) Resoluciones no obligatorias de las organismos internacionales, b) Resoluciones de actores no estatales, c) Acuerdos interestatales no normativos, d) Tratados concluidos que no han entrado en vigor, e) Resoluciones de tribunales internacionales, f) *Soft law* material.

En cuanto a las funciones que el *soft law* cumple en el sistema del derecho internacional podemos enunciar las siguientes: a) Como avance del *hard law*, b) Como una alternativa al *hard law*, c) Como complemento al *hard law*, d) Como un parámetro interpretativo del *hard law*.

Así la calificación del *soft law* se ubica como fuente del derecho en cuanto principio general⁶, porque su función es clarificar el Derecho Internacional al reflejar el consenso real de los actores involucrados.⁷

⁶ Vid. BARBERIS (1973).

⁷ Vid. ALONSO (2002) pp. 63 – 94.

3. *Soft law en el derecho anglosajón*

El sistema del derecho anglosajón, de gran influencia a partir de la segunda mitad del s. XX en el derecho de PI de fuente convencional, deriva en gran medida del *Common Law*, vigente en el Reino Unido de Gran Bretaña y trasladado a sus colonias.⁸ En los Estados Unidos, por ejemplo, el sistema de fuentes actualmente se sustenta en la supremacía de la Constitución⁹, y bajo este principio las leyes aprobadas por el Congreso y los tratados en que el país sea parte, suponen un esquema de la jerarquía de las fuentes, similar al establecido en muchas constituciones posteriores inspirada precisamente en dicho modelo.¹⁰ Para situarnos en este sistema de fuentes, y poder discernir el alcance del *soft law* en el derecho de los Estados Unidos, debe tenerse presente las cuatro fuentes del cual deriva: a) la Constitución, b) las leyes, c) los reglamentos, y d) el *Common Law*. Sin embargo, una ley no desaparece automáticamente por el simple hecho de haber sido declarado inconstitucional, sino que debe ser derogado por una ley posterior.

Ahora bien tanto en los Estados Unidos como en la mayoría de los países del *Commonwealth* se aplica el *Common Law*, introducido por la promulgación de las leyes de recepción del derecho inglés, y en especial el proveniente de la jurisprudencia, como ley del estado siempre que no fuese contraria a las leyes locales o a las condiciones indígenas. Algunas leyes establecen su entrada en vigor en la fecha de fundación de la colonia, mientras que otras son deliberadamente vagas en ese sentido.¹¹ Por todo ello, los tribunales de los Estados Unidos a menudo citan casos previos a la Independencia cuando discuten la evolución de un antiguo principio de *Common Law*.¹² La segunda vía de recepción del derecho inglés, son las leyes británicas promulgadas en forma paralela en sus colonias. Dichas leyes todavía se citan para interpretar las leyes posteriores desarrolladas a partir de éstas.¹³ Por lo tanto una parte sustancial del

⁸ El profesor FRIEDMAN (2004) pp. 4 –5, señala que el Derecho inglés en sí mismo nunca llegó a ser del todo uniforme en la propia Inglaterra antes del s. XX. Como resultado, los colonos americanos recrearon la diversidad legal inglesa en sus colonias.

⁹ Vid. CURRIE (1993) p. 44. Comentario del juez Marshall sobre el caso *Mc Culloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

¹⁰ Vid. Constitución Argentina de 1853 (art. 31) y aplicada en tal sentido hasta la reforma constitucional de 1994. Así como la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en los casos *Martín con Administración* (1963), *Ekmekdjian con Sofovich* (1992), *Fábrica con Comisión* (1993), *Café con Administración* (1994).

¹¹ Vid. PRICE y BITNER (1969) p. 272.

¹² Vid. v.g. *Gomez v. Superior Court* (2005) con cita de *Lovett v. Hobbs*, 89 Eng. Rep. 836 (1680). La Corte se basa en una serie de casos que se originan a partir del caso *Lovett* con la finalidad de llegar a la conclusión de que Disneyland actuaba como transportista.

¹³ Se puede citar, v.g., el caso de la *Ley de Fraudes (Statute of Frauds)*, vid. *Phillippe v. Shapell* (1987).

derecho anglosajón contemporáneo emana del *Common Law* británico. Pero los tribunales de los Estados Unidos raramente siguen las decisiones tomadas en otros lugares, salvo que no exista una decisión estadounidense relevante, y siempre que los hechos y la ley aplicable a la cuestión sean casi idénticos, y los argumentos muy convincentes.

A) CONSIDERACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Gradualmente las apelaciones al derecho inglés fueron desapareciendo, a medida que las cortes estadounidenses desarrollaban sus propios principios de resolución de conflictos.¹⁴ Según Lawrence Friedman, "*la jurisprudencia estadounidense raramente cita elementos foráneos. Las Cortes ocasionalmente mencionan algún famoso caso o a Blackstone¹⁵, pero la actual ley británica casi nunca recibe mención*".¹⁶

Los defensores del originalismo o constitucionalismo estricto, como el juez de Antonin Scalia, sostienen que los jueces no deben fundar sus decisiones a través de los casos postrevolucionarios de sistemas legales extranjeros, aunque los argumentos esgrimidos sean persuasivos, con la única excepción de los casos que interpretan *Tratados Internacionales* a los que Estados Unidos haya adherido. Esta postura *originalista*, sostiene no sólo que la Constitución es la última fuente de la autoridad jurídica, sino que el único análisis válido consiste en averiguar el sentido original del instrumento en el momento de su creación. Por lo tanto, las discusiones sobre aplicación del derecho extranjero posterior a la Constitución son irrelevantes, puesto que no arroja luz sobre el significado original de la Constitución. Otros juristas, como los miembros de la Corte Suprema Anthony McLeod Kennedy¹⁷ o Stephen Gerald Breyer¹⁸ no

¹⁴ Vid. BROWN (1976) p. 686. Entre 1808 y 1828, los expedientes tramitados en los casos del Michigan evolucionaron desde una completa dependencia en las fuentes inglesas a una cada vez mayor relevancia de las fuentes americanas.

¹⁵ Sir William BLACKSTONE, prestigioso autor de los *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*, en 4 volúmenes (1765–), fundado en las lecciones que dictadas como catedrático en Oxford. Sus escritos tuvieron influencia decisiva en la Constitución de Estados Unidos.

¹⁶ FRIEDMAN (2004) p. 575.

¹⁷ A través de su carrera en la Corte Suprema de los Estados Unidos, KENNEDY ha mantenido ideales de conservadurismo moderado. Ha votado a favor del derecho al aborto y de los derechos de los homosexuales. Debido a estas tendencias, el juez KENNEDY ha sido blanco de críticas de los sectores conservadores de Estados Unidos y de elogios por parte del ala liberal. Tras el retiro de la Jueza Sandra Day O'CONNOR (quien también era moderada) se espera que KENNEDY sea el juez centrista más prominente del Tribunal y de una mayor sensibilidad a la aplicación del derecho extranjero. Para conocer más acerca de su cosmovisión *vid. KENNEDY (sine data)*.

¹⁸ El juez BREYER es considerado liberal y se caracteriza por mantener un acercamiento pragmático a los casos, interesado en mantener continuidad en la ley, con una posición

están de acuerdo con este punto de vista y citan leyes extranjeras de vez en cuando, siempre y cuando consideren que el estudio de dichas leyes ofrece información relevante y sus argumentos son persuasivos, útiles o provechosos. En cualquier caso, los precedentes extranjeros nunca se citan con carácter vinculante, sino como un reflejo de los valores compartidos entre las civilizaciones anglosajonas u occidentales.

Pero el aumento de la juridicidad en la comunidad internacional ha dado lugar a un mayor uso de la jurisprudencia de los tribunales internacionales a la consideración del derecho extranjero y por ende del *soft law*. La intersección de estos instrumentos plantea si la decisión de un tribunal puede fundarse en instrumentos jurídicamente no vinculantes, fuera de las partes. La función más amplia, e importante de la decisión de un tribunal, está dada por su influencia más allá del caso particular y por su impacto en las percepciones de las obligaciones legales. Estos efectos se materializan como una forma de *soft law* en el derecho anglosajón, cuyos precedentes judiciales son creadores de derecho.

Significa que a pesar de su incapacidad para obligar, un tribunal puede influir en el comportamiento del estado, implicando su reputación en el cumplimiento del derecho internacional, mediante el fortalecimiento de la reciprocidad subyacente a un acuerdo, o mediante la activación de las represalias. En este sentido, las sentencias de un tribunal influyen en el derecho estatal mediante los mismos mecanismos de los instrumentos internacionales vinculantes. A pesar de que las resoluciones del tribunal internacional son *soft law*, pueden evitar la necesidad de consenso estatal,¹⁹ facilitando la adaptación de los sistemas legales (incluidos los aspectos no vinculante de dicho sistema) a las cambiantes circunstancias y condiciones de la sociedad y los mercados.

Por lo tanto mediante la interpretación de las obligaciones legales a través de una jurisprudencia de leyes blandas, el *soft law* es capaz de expandir su influencia más allá de la jurisdicción del tribunal. De esta manera, los tribunales

menos conservadora respecto de la aplicación del derecho extranjero.

¹⁹ Este es el caso del *Convenio de Berna* que exige unanimidad para su revisión, y dado el número de miembros existente a la llegada de Internet, fue imposible su actualización, habiendo quedado en la versión del *Acta de Paris* de 1971. Finalmente se convocó a un comité de expertos para un *Protocolo adicional*, que culminó en los *Tratados de la OMPI* de 1996 (*Sobre Derecho de Autor, Sobre Artistas intérpretes o ejecutantes y Productores de Fonogramas*). No obstante carecen de normas de conflicto para dirimir las controversias transfronterizas y por ello el desarrollo e importancia del *soft law* a través de las recomendaciones y directrices de la OMPI, las leyes tipo de la UNCITRAL, las políticas en materia de nombres de dominio y los principios del ALI, entre otros instrumentos de relevancia jurídica.

crean un derecho internacional consuetudinario capaz de evolucionar sin el acuerdo formal de los estados.²⁰

El avance del *soft law*, mediante las recomendaciones, comunicaciones, programas, informes, dictámenes, otros documentos de trabajo no vinculantes, y muy especialmente a través de la jurisprudencia, sirven de parámetro de interpretación del *hard law*, y de atenuantes de la responsabilidad que pudiera derivarse de la infracción de éste, proviene conceptualmente del derecho anglosajón habiendo gravitado en el derecho convencional, especialmente en el ámbito de la PI y a partir de la segunda mitad del s. XX, como puede advertirse por ejemplo, en el principio de razonabilidad contenido en la prueba del triple *test* para aplicar las limitaciones o excepciones al derecho exclusivo de reproducción establecida originalmente en el art. 9.2 del Convenio de Berna, y extendida luego a todos los derechos de explotación en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC)²¹ y en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)²² para el entorno digital. También podría mencionarse las disposiciones ADPIC PLUS contenidas en los Tratados de Libre Comercio (TLC), entre otros.

B) *SOFT LAW COMO DERECHO DE PRINCIPIOS*

Desde la aparición del Estado moderno, el derecho, o más concretamente la norma jurídica, se concibe como expresión de la voluntad soberana y una

²⁰ Vid. GUZMAN y MEYER (2009) pp. 515 y ss.

²¹ Art. 13: "Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos".

²² Art. 10: "(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor". Declaración concertada respecto del artículo 10: "Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital. También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna".

manifestación de la idea de Justicia²³, identificada con un conjunto complejo de normas, a las que se llega mediante la deducción a partir de grandes principios racionales de validez universal y atemporal (*scientia iuris*), que forman un sistema, ordenado, de acuerdo con diferentes categorías y subcategorías, y completo, es decir, capaz de dar respuesta a todos los casos que se presenten.²⁴ Esta concepción admite los cambios producidos por influencia del *soft law* a través de los sistemas del *common law* en el derecho internacional. Se trata de cambios relativos a la estructura misma del derecho, abierto a principios, convenciones, recomendaciones, expresiones de voluntad de los órganos del estado, de organismos internacionales, y de los actores privados, que han adquirido una fuerza vinculante de la que anteriormente carecían en los sistemas jurídicos continentales. En este sentido, el derecho tiende a convertirse en lo que Zagrebelsky ha denominado un *diritto mite* (derecho dúctil), un derecho en el que la norma –regla se sustituye por la norma– principio, un derecho de principios propio de las sociedades pluralistas actuales.²⁵

II. DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

1. Criterios de codificación

El derecho comercial internacional puede ser concebido desde diversos puntos de vista. Desde una perspectiva normativista incluiría materias típicamente mercantiles que suscitan problemas de *conflictos de leyes*.²⁶ Esta concepción parte de la distinción entre *actos civiles* y *actos de comercio* presente en los códigos comerciales, que tras los eventuales conflictos de *calificaciones* se llegaba a los problemas conflictuales y a través de ellos al derecho mercantil internacional. Se trataba de normas de excepción al derecho civil internacional, según este razonamiento, cuyo hilo conductor era la materia regulada (acto de comercio) y la norma reguladora (norma de remisión o conflictual). El error del planteamiento consistente en cifrar el derecho comercial internacional desde la perspectiva nominal, al afirmar que es un derecho especial en razón de sus normas. Así muchos problemas de la realidad quedan excluidos del concepto.

Un enfoque material, en cambio, sostiene que es el resultado de la penetración del derecho mercantil clásico en las instituciones reguladoras del tráfico económico internacional.

²³ Vid. GARCÍA (1991) pp. 15 y ss., VON HAYEK (1986) pp. 105 y ss.

²⁴ Vid. KRIELE (1980) pp. 146 – 147, ALLISON (2004) p. 35.

²⁵ Vid. ZAGREBELSKY (1992) pp. 46 y ss.

²⁶ Vid. DIENA (1900) vol. I, TRAVERS (1932 – 1935) 5 vols., CAVAGLIERI (1936), ARMINJON (1948).

Pero en el proceso de codificación del derecho comercial internacional se ha adoptado una posición mas amplia, partiendo de la noción extrajurídica de *comercio internacional*, imprecisa y cambiante, pero anclada en su predicamento a partir de la *Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas* n° 2102²⁷ que define el *derecho del comercio internacional* sobre la base de tres elementos:

- a) **Materia regulada:** comprende las relaciones comerciales internacionales, tales como la compraventa internacional, instrumentos negociables, seguros, operaciones de transporte, propiedad industrial, propiedad literaria y arbitraje comercial; encargándose los sucesivos textos emanados de las Naciones Unidas de precisar su alcance. Como puede apreciarse incluye expresamente a la PI en sus dos ramas: propiedad industrial y el derecho de autor;
- b) **Carácter privado:** concibe al derecho del comercio internacional como el conjunto de normas que rigen las relaciones comerciales de naturaleza privada (derecho privado) de los diferentes países. Es un concepto eminentemente privatístico y diferente del que había regido hasta entonces, orientado hacia una concepción internacionalista. En este sentido, el preámbulo del Acuerdo sobre los ADPIC califica a los derechos de PI como derechos privados;
- c) **Carácter uniforme:** El derecho del comercio internacional así concebido trata de configurar, un nuevo *ius mercatorum* como una parte del derecho internacional privado, dedicado más que a resolver conflictos de leyes, a prevenirlos mediante la uniformidad jurídica. En este sentido, la PI por su ubicuidad y relación intrínseca con el desarrollo científico tecnológico requiere una perspectiva metodológica uniforme. Con este espíritu fue avanzando el derecho de fuente convencional.²⁸

La búsqueda de la uniformidad en el plano sustantivo internacional neutraliza la tendencia de imponer en este ámbito las concepciones jurídicas

²⁷ Vid. AGUILAR (1967) pp. 599 – 627.

²⁸ Vid. *Acuerdo entre la OMPI y la Organización Mundial de Comercio (OMC) de 1995* (art.4), sobre *Asistencia técnico – jurídica y cooperación técnica, tendiente a una legislación y práctica uniforme de la propiedad intelectual*. En el mismo sentido, *vid.* el Preámbulo y los arts. 1 y 2 del *Acuerdo sobre los ADPIC*. El *Preámbulo* del WCT, establece expresamente que “*Las Partes Contratantes, desearios de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de la manera más eficaz y uniforme posible*”.

propias de los ordenamientos nacionales. En la PI, más que en otras ramas del derecho, esta circunstancia es patente.

Esta posición, también plantea el inconveniente de la restricción de la voluntad de un órgano codificador, como la OMPI o la UNCITRAL, para imponer normas sustantivas vinculantes, en una materia tan sensible a las políticas públicas de los sistemas nacionales y los objetivos en materia de desarrollo y tecnología. En general, no se han dado excesivas muestras de actividad normadora de alcance material en este ámbito.²⁹ La agenda de una institución, por prestigiosa que sea, no puede condicionar la delimitación de un ordenamiento jurídico.³⁰

El derecho del comercio internacional es una realidad que sólo en ciertas ocasiones ha encontrado respuestas por la vía del derecho uniforme, dado los límites y dificultades que esta impone. Muchos sectores claves del comercio internacional siguen presentando una pluralidad de técnicas normativas, sin prescindir de las conflictuales, e incluso en aquellos casos en que se ha logrado una cierta uniformidad. Por otro lado, el catálogo de materias elegido en la UNCITRAL posee un carácter restrictivo. Ello sin duda ha obedecido a razones de estrategia codificadora. El proceso de unificación y armonización esta aún muy lejos de conseguirse pero, con todo, los resultados obtenidos han sido importantes.³¹ En definitiva, si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa el régimen de los intercambios comerciales, no puede soslayarse el análisis de los sujetos de dichos intercambios y el marco de su funcionamiento.

²⁹ Vid. ILLESCAS (1993) pp. 37 y ss.

³⁰ Prueba de ello es el fracaso de la *Conferencia de La Haya y la Unión Europea* (UE) en sus intentos de legislar sobre jurisdicción competente en los conflictos de PI en Internet y las limitaciones de los instrumentos resultantes como *Convención sobre elección de Foro* (2005) y el *Reglamento 44/2001* (UE). Otro ejemplo en la ambigüedad sobre responsabilidad de los proveedores de servicio en Internet en el ámbito de las *Directivas 2000/31/CE* (2000), *relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior* y *2001/29/CE* (2001), *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*.

³¹ V.g. *Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas* y el *Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual* (2009), la *Ley Modelo de la UNCITRAL sobre las Firmas Electrónicas*, con la *Guía para su incorporación al derecho interno* (2001) *Resolución 56/80 de la Asamblea General*. Vid. LEBEDEV (1981) pp. 73 – 90.

2. Nueva *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* es una noción histórica, cuya tradición es similar al conflicto de los estatutos (s. XIII), cuando se forma un concepto autónomo del derecho internacional privado, por obra de los glosadores y más tarde de los comentaristas. En esa época los estatutos coexistían con el derecho canónico, que regulaba los problemas relativos a la validez del matrimonio, por ser un sistema jurídico universal en occidente, y con la *lex mercatoria*, que resolvía las cuestiones propias del comercio internacional. La práctica de las ferias había dado lugar a un derecho universal aplicable a las relaciones mercantiles, y fundado en los usos comunes de los operadores del comercio internacional.

La expresión *nueva lex mercatoria* alude a un ordenamiento jurídico que, pese a los profundos cambios experimentados en la estructura de la sociedad internacional posee ciertos elementos comunes con su referente histórico. En la práctica se trata de un derecho autónomo nacido de las propias exigencias de la actividad y desarrollado al margen de los sistemas jurídicos nacionales.

Si el derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes en el comercio internacional, la nueva *lex mercatoria* se caracteriza por un catálogo de tratados que crean un derecho uniforme que incluye, entre otras materias, la PI. En este sector existe una práctica generadora de normas materiales comunes que los Estados recogen a través los tratados, directrices y recomendaciones, incorporándolas a su derecho interno.³²

El legislador estatal puede utilizar la técnica de la incorporación material o por referencia para hacer suyas las leyes modelo o los usos y prácticas comerciales. En este punto, la labor de la UNCITRAL y de la OMPI, junto a otras instituciones de carácter internacional, pone de relieve la importancia y rendimiento de una costosa labor institucional en orden a la consecución de auténticas fuentes del derecho del comercio internacional.

La nueva *lex mercatoria* constituye un factor significativo en el marco del derecho internacional general, en especial por su aporte a la profesionalización. Pero debe observarse que su recepción estatal y convencional está mediada por el derecho internacional público y, en particular por el derecho internacional económico. En la constitución del Fondo Monetario Internacional, los nuevos acuerdos de la OMC o en la elaboración institucionalizada de códigos de

³² La influencia de los *Convenios de París sobre propiedad industrial* (1883) y de *Berna sobre propiedad literaria y artística* (1886) en las legislaciones nacionales es indudable.

conducta, tan determinantes en materias como la transferencia de tecnología y PI en general, se pone de manifiesto los intereses internacionales inseparables de esa actividad *privada* que enfrentan a distintos grupos de estados, neutralizando el entusiasmo por un nuevo orden económico, signado por los intereses de los países más desarrollados.

3. Acción del *soft law*

Desde la perspectiva de la flexibilización como tendencia general del derecho encuentra el *soft law*, normas blandas o abiertas para el juez o el árbitro, que influyen tanto en el desarrollo legislativo, como en la actuación judicial. La proliferación de Leyes modelo elaboradas en foros internacionales, algunos actos de normativos característicos del derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales, actúan a menudo como fuentes en sentido impropio. Respecto del legislador, la función del *soft law* puede ser la de crear una directriz habilitante (por ejemplo, las directivas comunitarias); pero también puede perseguir un efecto dinamizador, simplemente abriendo nuevas áreas de expansión del derecho (por ejemplo, la política uniforme de la OMPI en materia de nombres de dominio y las Recomendaciones de la OMPI sobre el uso de marcas en Internet).

En este sentido, el *soft law* trata de procurar la unificación del derecho, sin soportar los costes de negociación que supone un proceso formal. Interesa la posibilidad de insertar en el razonamiento jurídico *principios* o *reglas* que exceden los de *ratio scripta*. Sin embargo, un abuso del *soft law* puede responder, según los casos, a una búsqueda de fuga del derecho que pretende proponer un nuevo realismo jurídico tendiente a identificar el derecho con la doctrina del derecho.³³

III. PROPIEDAD INTELECTUAL

1. Definición

El Convenio de Estocolmo, de 1967, mediante el cual se establece la OMPI, contiene una definición vinculante para los Estados miembros en el

³³ Un exponente de este planteamiento es la Sentencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París de 26 octubre 1979 en el asunto *Norsolor*. Ante la ausencia en un contrato internacional de referencia a una ley estatal que lo rigiese la Corte Arbitral consideró que convenía, teniendo en cuenta el carácter internacional del contrato, descartar cualquier referencia apremiante a una legislación específica y aplicar la *lex mercatoria* internacional.

art. 2.8): "A los efectos del presente Convenio se entenderá por: 'Propiedad intelectual'; los derechos relativos: a las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico".

El Acuerdo de Marrakech de 1994, mediante el cual se estableció la OMC, en el art. 1.2. del Anexo 1C, Acuerdo sobre los ADPIC, establece la siguiente calificación: "A los efectos del presente Acuerdo, la expresión *propiedad intelectual* abarca todas las categorías de PI que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II". Las normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio abarcan los siguientes derechos de PI: a) Derecho de autor y derechos conexos, b) Marcas de fábrica o de comercio, c) Indicaciones geográficas, d) Dibujos y modelos industriales, e) Patentes, f) Esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados, g) Protección de la información no divulgada, h) Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.

Más allá de las denominaciones que cada Estado pueda asignar en su legislación nacional,³⁴ la expresión PI comprende dos grandes áreas: a) Los derechos de autor y los derechos conexos³⁵, y b) La propiedad industrial³⁶.

³⁴ V.g. en España el término *propiedad intelectual* se refiere únicamente al derecho de autor, ley 23/2006. La ley argentina n° 11.723 de PI (1933), comprende sólo el derecho de autor. En el mismo sentido en Chile ley n° 17.336 de PI (1970). En Brasil la ley n° 9.279 (1996) regula la propiedad industrial y la ley n° 9.610 (1998), los derechos de autor.

³⁵ Los *derechos de autor* y los *derechos conexos* son aquellos que confieren a sus titulares derechos exclusivos de utilización de creaciones literarias y artísticas por un plazo determinado. Nacen con la creación y no están subordinados a ninguna formalidad a los fines de la procedencia de la protección (art. 5.2, *Convenio de Berna*). También están protegidos los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (derechos conexos).

³⁶ La *propiedad industrial* comprende la protección de signos distintivos, como las marcas de fábrica o de comercio, las denominaciones comerciales, y las indicaciones geográficas, que identifican un producto como originario de un lugar cuando una determinada característica del producto es imputable fundamentalmente a su origen geográfico. La protección de esos signos distintivos tiene por finalidad estimular y garantizar una competencia leal y proteger a los consumidores, haciendo que puedan elegir con conocimiento de causa entre diversos productos o servicios. La protección puede durar indefinidamente, siempre que el signo en cuestión siga siendo distintivo. Otros tipos de propiedad industrial se protegen fundamentalmente para estimular la innovación, la invención y la creación de tecnología. A esta categoría pertenecen las invenciones protegidas por patentes, los dibujos y modelos industriales y los secretos comerciales. El objetivo social

2. Características

Los derechos de PI son derechos de propiedad especial de naturaleza real y rango constitucional, que se caracterizan por la inmaterialidad y el don de ubicuidad de su objeto. Esta condición implica el reconocimiento legal de la exclusividad y en consecuencia el *ius prohibendi*. En efecto, son facultades de autorizar o prohibir, que confieren a su titular el monopolio de explotación por el tiempo que le acuerda la ley. A diferencia de la propiedad tangible son limitados en el tiempo. Técnicamente son *constructos* legales que dependen del reconocimiento que le asigne una autoridad estatal de conformidad con su legislación, y por lo tanto estrictamente territoriales. Cabe señalar que los *derechos exclusivos* conferidos (estándares convencionales) están por lo general sujetos a una serie de limitaciones y excepciones (restrictivas y de carácter local) encaminadas a establecer el equilibrio requerido entre los legítimos intereses de los titulares de los derechos, de los usuarios y del público consumidor.

3. Origen y evolución

La PI nació en el medioevo con las marcas, luego a finales del s. XV con las patentes de invención y en el s. XVI con el derecho de autor, Así cada soberano otorgaba un reconocimiento de acuerdo con sus intereses estrictamente locales. El objetivo era el de promover la industria, el comercio y las artes dentro del territorio, por lo que estas leyes primitivas eran eficaces únicamente dentro del marco de su jurisdicción. A mediados del s. XIX este modelo cambió cuando las grandes potencias mercantiles, Inglaterra y Francia, obtuvieron extensas protecciones para sus autores o inventores, mediante negociaciones bilaterales con sus contrapartes más débiles tales como Rusia, Bélgica o Suiza.³⁷

Este sistema creaba una protección universal (dentro de los principales estados civilizados de la época) para los autores ingleses y franceses. Dicha protección se fundaba en el principio de *país de origen*, es decir, si un autor inglés o francés tenía derechos de autor en su país, estos derechos serían reconocidos también en Rusia o Suiza (a veces únicamente en cuanto a la versión en su idioma original, y no las traducciones al idioma local). Sin embargo, este sistema conllevaba un desequilibrio para los autores nacionales de otros

es proteger los resultados de las inversiones en el desarrollo de nueva tecnología, con el fin de que haya incentivos y medios para financiar las actividades de investigación y desarrollo.

³⁷ Vid. v.g. las convenciones de 1864 entre Francia y Suiza; las de 1869 y 1881 entre Suiza y algunos estados germánicos; la convención alemano-suiza de 1892 en cuanto al uso de marcas registradas.

países.³⁸ No obstante, aún persiste una sensación adversa como las utilizadas por los Estados Unidos en las tácticas negociadoras (bilaterales) con terceros países en cuanto a las supuestas insuficiencias en el derecho de PI local. Este tipo de prácticas comportan el riesgo de que la PI se convierta en un blanco de las protestas populares en contra de políticas percibidas como exageradamente beneficiosas para países extranjeros y las empresas multinacionales, como es obvio por ejemplo en el caso de las semillas transgénicas, las patentes de los laboratorios farmacéuticos o de la música o films, en el que los países en vías de desarrollo se ven obligados a proteger por imposición de la OMC (ADPIC) y los instrumentos bilaterales.

A finales del s. XIX, los países centrales cambiaron de estrategia, en favor de un enfoque multilateral. De esta manera "todos" los autores gozarían de protección bajo el principio del trato nacional y ciertos estándares de protección. Así nació la *Convención de la Unión de Paris* de 1883 y de la *Unión de Berna* de 1886, de acuerdo con la legislación local de cada uno de los países miembros. Este enfoque multilateral era funcional a los autores e inventores de los países desarrollados mediante el establecimiento de un nivel mínimo de protección obligatorio (estándar convencional). Así el art. 2 del *Convenio de Paris* establece que: "1) *Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente Convenio. En consecuencia, aquéllos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales.* 2) *Ello no obstante, ninguna condición de domicilio o de establecimiento en el país donde la protección se reclame podrá ser exigida a los nacionales de los países de la Unión para gozar de alguno de los derechos de propiedad industrial.* 3) *Quedan expresamente reservadas las disposiciones de la legislación de cada uno de los países de la Unión relativas al procedimiento judicial y administrativo, y a la competencia, así como a la elección de domicilio o a la constitución de un mandatario, que sean exigidas por las leyes de propiedad industrial".*

Por otra parte el art. 5 del *Convenio de Berna* establece que "Los autores gozarán, ... de los derechos que las leyes respectivas conceden ... a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente

³⁸ Estos autores no gozaban de ninguna protección nacional, o bien de una protección mínima, como v.g. en Rusia o Suiza, mientras que los autores extranjeros gozaban en el mismo país de protecciones muchísimo más amplias que habían sido concedidos a sus poderosos gobiernos por el gobierno zarista o suizo. *Vid.* DESSEMONTET (2009).

Convenio. 2) ...Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se registrarán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”.

La PI se convirtió nuevamente en una expresión territorial en la mayoría de los aspectos. Es decir, para cada obra literaria, marca, o invento, hay un paquete de derechos nacionales, sujetos a diferentes legislaciones. Este es el actual sistema vigente, incluso después del acuerdo sobre los ADPIC de 1994 (OMC).

La consecuencia de la territorialidad se evidencia en *doctrina de la primera venta o del agotamiento local del derecho*. Implica limitar las importaciones que puedan efectuar terceras personas de los soportes realizados y difundidos con su consentimiento.

El concepto de agotamiento, surgió en el derecho alemán a principios del s. XX, y se ha expandido tanto en el ámbito de los derechos nacionales como en el de la UE.³⁹ Si bien las diferentes legislaciones estimaban legítimo que el titular de un derecho obtuviera una contrapartida justa por la puesta en circulación en el territorio de un Estado, se consideraba por el contrario injusto que obtuviera una doble remuneración o que utilizara las diferencias entre los mercados para obstaculizar las importaciones paralelas y organizara de ese modo una compartimentación de los países y de los mercados.⁴⁰ La controversia gira en torno a los casos de *importación paralela*, en referencia a la importación de productos fuera de los canales de distribución negociados contractualmente por el titular. No obstante, la jurisprudencia y la legislación reciente de algunos países como Japón o Suiza están abandonando el principio del agotamiento del derecho a nivel nacional base del razonamiento territorial de la doctrina del *agotamiento del derecho* (o también la *doctrina de la primera venta*), examinada únicamente dentro de un contexto nacional. Actualmente el agotamiento de los derechos de PI plantea numerosas cuestiones que constituyen otros tantos desafíos jurídicos. Con independencia de que sea regional o internacional, es un problema que excede lo jurídico y está vinculado en muchos aspectos a la política y la competencia a nivel internacional.

³⁹ Vid. sentencia básica en materia de patentes: *Centrafarm c. Sterling Drug* (TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), 1974). En materia de derecho de autor: *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG* (TJCE, 1971).

⁴⁰ Vid. GAUBIAC (2002).

En conclusión, significa que no existe un sistema internacional uniforme, porque la PI es un complejo sistema de derechos nacionales diferentes, agravado por la fragmentación de la jurisdicción competente. No existe una jurisdicción internacional que armonice los precedentes judiciales de los diferentes países y sus aplicaciones. Por tal motivo se han producido múltiples conflictos de leyes y casos de competencias paralelas.⁴¹

4. Criterios de armonización

La búsqueda de armonización del derecho de PI no es nueva. Surge a fines del s. XIX con la *Convención de París* y de *Berna*, continuando en el s. XX con el Acuerdo sobre los ADPIC que si bien no establece un régimen uniforme de protección de la PI, prevé estándares mínimos e introduce la posibilidad de recurrir a sanciones comerciales en el marco del sistema de solución de controversias de la OMC. Adicionalmente, en los últimos años el proceso armonizador se ha acelerado y profundizado en virtud de nuevas acciones:

- a) *Réplica normativa*. El uso del derecho comparado y de *leyes modelos* como las que sugiere la OMPI y la UNCITRAL (*soft law* institucionalizado),
- b) *Tratados bilaterales y regionales*. Una de las fuerzas motoras más importantes de la armonización surge del auge del bilateralismo, impulsado activamente por los Estados Unidos (y en una menor medida por Europa). EEUU ha suscrito o tiene actualmente en negociación en el orden de cincuenta acuerdos con países en desarrollo. Dichos acuerdos establecen estándares ADPIC plus para varios capítulos de la PI. El objetivo de estos acuerdos es alinear los regímenes de PI con los vigentes en los EEUU,
- c) *Adhesión y surgimiento de nuevas convenciones internacionales*. El Acuerdo ADPIC hizo obligatoria la observancia, con algunas excepciones, de las normas sustantivas de las *Convenciones de París* y *Berna* y del *Tratado de Washington* y *Roma*. Tal observancia es exigible aun para los países que no suscriban esas convenciones, excepto en el caso de la *Convención de Roma*, la que sólo es de observancia obligatoria para los países miembros.

⁴¹ Antes del mecanismo de solución de controversias instituido por la OMC, no existían recursos de protección para los titulares de los países que carecían de las protecciones mínimas en otros países, con la excepción de la conclusión de los acuerdos bilaterales, que favorecían únicamente a los titulares de PI de los países desarrollados. Una tesis doctoral escrita en Basilea a comienzos del s. XVIII propuso la unificación del derecho de PI. De allí que muchos autores propusieran un enfoque universal. En Francia BATTIFOL, NIBOYET y actualmente LUCAS, en Alemania TROLLER y ULMER, en los Estados Unidos GINSBURG, DREYFUS, en Suiza DESSEMONTET, entre otros.

Adicionalmente, han surgido los siguientes tratados internacionales: el *Tratado sobre Derechos de Marcas* (1994), el *Tratado de la OMPI sobre Artistas intérpretes o ejecutantes y Productores de Fonogramas* (WPPT, 1996), el WCT (1996), el *Tratado sobre Derecho de Patentes* (2000).

- d) *De soft law a estándar obligatorio*. Estándares adoptados como *soft law* constituyen uno de los principales mecanismos de armonización ya sea mediante la adopción de estas normas en los derechos nacionales, o por efecto de tratados bilaterales. Por ejemplo, el art. 17.2.9 del *TLC EEUU – Chile*, según el cual cada Parte reconoce la importancia de la *Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas* (OMPI, 1999) que amplía el concepto de *marca notoriamente conocida* más allá de la *Convención de París* y del *Acuerdo ADPIC*. La *Recomendación Conjunta de la OMPI* protege la marca notoria aun cuando no cause confusión entre los consumidores siempre y cuando: a) se encuentre una conexión con el propietario de la famosa marca que pueda causarle perjuicios, o b) puede entorpecer o restringir de manera injusta la distinción de la marca famosa.

5. **Principios de la propiedad intelectual en el sistema multilateral de comercio**

Los *Acuerdos de la OMC* son extensos y complejos porque abarcan una gran variedad de actividades, entre ellas la PI. Ahora bien, estos documentos están inspirados en dos principios fundamentales, que constituyen la base del sistema multilateral de comercio en esta área:

A) *Trato nacional*

El art. 3 establece que (1) “Cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección⁴² de la propiedad intelectual, a reserva de las excepciones ya previstas en, respectivamente, el *Convenio de París (1967)*, el *Convenio de Berna (1971)*, la *Convención de Roma* o el *Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados*. En lo que concierne a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, esta obligación sólo se aplica a los derechos previstos en el presente Acuerdo. Todo Miembro que se valga

⁴² A los efectos de los artículos 3 y 4, la *protección* comprenderá los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de PI así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de PI de que trata específicamente este Acuerdo.

de las posibilidades estipuladas en el artículo 6 del Convenio de Berna (1971) o en el párrafo 1 b) del artículo 16 de la Convención de Roma lo notificará según lo previsto en esas disposiciones al Consejo de los ADPIC.

(2) Los Miembros podrán recurrir a las excepciones permitidas en el párrafo 1 en relación con los procedimientos judiciales y administrativos, incluida la designación de un domicilio legal o el nombramiento de un agente dentro de la jurisdicción de un Miembro, solamente cuando tales excepciones sean necesarias para conseguir el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, y cuando tales prácticas no se apliquen de manera que constituya una restricción encubierta del comercio".

Significa conceder un trato igualitario para los extranjeros, como principio de no discriminación. Se aplica a los servicios, y a las marcas de fábrica o de comercio, el derecho de autor y las patentes. Este principio de *trato nacional* figura en los tres principales Acuerdos de la OMC, y en art. 3 del Acuerdo sobre los ADPIC (Anexo 1C, Acuerdo de Marrakech, 1994). El trato nacional sólo se aplica una vez que la PI ha entrado en el mercado. Por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión del trato nacional, aunque los productos fabricados en el país no sean sometidos a un impuesto equivalente. La reducción de los obstáculos al comercio es uno de los medios más evidentes de alentarlos.

B) NACIÓN MÁS FAVORECIDA

El art. 4 establece que "*con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros (...)*". Significa que los países no pueden por regla general establecer discriminaciones entre sus interlocutores comerciales.

IV. PRINCIPIOS DE LA AMERICAN LAW INSTITUTE

El ALI es una organización independiente, entidad civil, sin fines de lucro constituida en el Distrito de Columbia, Estados Unidos, con el objeto de producir trabajos académicos tendientes a aclarar, interpretar, modernizar y mejorar de alguna forma la legislación internacional. Está integrado por abogados, jueces y profesores de derecho. Su función es elaborar, analizar, revisar y publicar las recomendaciones de reformulación legislativa, modelos de estatutos y principios del derecho que tienen una enorme influencia en los tribunales, las legislaturas, en la doctrina y formación de los operadores jurídicos internacionales.

El ALI es reconocido por el éxito que han tenido sus *Restatement of Law* y su copatrocinio de *Actas Uniformes* como el *Código Comercial Uniforme*. Los *Principios* surgen del fracaso de la agenda e imposibilidad de consenso para un instrumento vinculante sobre leyes aplicables a contratos sobre licencias y transferencia de tecnología, además de la obstaculización de los Estados Unidos de las negociaciones sobre una Convención para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Con el fin de proveer una solución al problema de ausencia de normas de conflicto en la materia, en 2001 el ALI nombró a tres relatores y 26 panelistas, 13 estadounidenses y 13 del resto del mundo, para que prepararan los Principios en materia de jurisdicción, conflictos de leyes y reconocimiento de sentencias extranjeras en PI (en adelante los Principios), que fueron aprobados por la Asamblea General el 14 de mayo del 2007 y publicados en el 2008.⁴³ Los Principios constituyen un gran avance en la solución de los conflictos de PI transfronterizos. Su carácter no vinculante, no implica soslayar su impacto en el ordenamiento internacional. Se trata de un instrumento adoptado por un actor no estatal con incidencia en las conductas de los sujetos de derecho internacional y en los procesos de elaboración de normas y obligaciones en este ámbito, especialmente en la esfera judicial. La importancia de este tipo de normas *soft* es su contribución a la realización de una sociedad internacional más participativa con un derecho negociado más que impuesto. De allí su afinidad y complementariedad con el dogma de la autonomía de la voluntad.

Los *Principios* se orientan dentro de la categoría de *soft law* y por ende carecen de efecto vinculante. No obstante, el simple hecho de que existan y ofrezcan descripciones detalladas de las soluciones a complejos problemas para los cuales no existen tratados ni doctrina pacífica, deberían ser considerados por los tribunales. En tanto los *principios* aparezcan citados en la jurisprudencia, suma a las probabilidades de aplicación práctica.⁴⁴ Dada la composición heterogénea sus resoluciones son resistentes a las críticas en cuanto a su funcionalidad y adecuadas a diferentes sistemas legales en cuanto no están orientadas unilateralmente hacia las nociones anglo-americanas del debido proceso y la cortesía entre naciones (*comity between nations*).

⁴³ *Restatement of the Law, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (2008), American Law Institute, St. Paul (Minn.).

⁴⁴ *Vid. Fairchild Semiconductor Corp. v. Third Dimension (3D) Semiconductor, Inc.*, F. Supp. 2d, 2008 WL 5179743 (Dec. 10, 2008), texto en las notas al pie 39, 94 y 95, sobre la admisibilidad de la cláusula sobre elección de foro que designa a la corte federal del distrito de Maine para un litigio sobre, *inter alia*, sobre una patente china.

Técnicamente los Principios no son una recopilación jurídica (*Restatement of Law*), pues su propósito no es recopilar las leyes de conflictos de los Estados Unidos, sino a proveer soluciones prácticas a los conflictos de PI transnacionales. Son un instrumento de armonización, con reglas generales relevantes para los conflictos de PI, y compatibles con las principales tradiciones jurídicas⁴⁵, cuyas principales características son: a) Practicidad, b) Respetuosidad por otras normas establecidas sobre resolución de conflictos, c) Compatibilidad con las principales tradiciones jurídicas, d) Coherencia con todas las áreas de PI.

Los Principios están sistematizados en 36 secciones divididas en tres capítulos: a) jurisdicción, b) elección de derecho aplicable, c) reconocimiento de sentencias extranjeras.

1. Jurisdicción

Los *Principios* admiten una concepción amplia de la autonomía de la voluntad, por ende el punto de conexión principal es la elección de las partes, confiriendo vasto reconocimiento de los acuerdos de prórroga bajo la *Convención de La Haya sobre la Elección de Foro* (2005). No obstante, los *Principios* respetan los principios tradicionales de la competencia personal del domicilio o residencia habitual del demandado (*personal jurisdiction*) y la competencia en razón de la materia (*subject matter jurisdiction*), como criterios subsidiarios. Promueven la coordinación entre procesos simultáneos, y favorecen la consolidación de dichos procesos ante un solo tribunal. Establecen cuatro criterios para determinar la jurisdicción competente en materia de litigios de PI: a) *Foro elegido por las partes* (*Autonomía de la voluntad de las partes*, con ciertos límites para los contratos estándares), b) *Foro general* (Tribunal del domicilio o residencia habitual del demandado), c) *Foro de la materia del litigio* (Tribunal del país donde ocurrió la infracción, sujeto al límite de indemnización de ese país, responsabilidad extracontractual), d) *Forum contractus* (Tribunal competente en virtud del contrato, a falta de elección expresa o implícita vinculante según ley *fori*).

⁴⁵ Las notas de los relatores de la versión impresa de los *Principios* contienen una apreciación detallada de los diferentes casos y sus comentarios en varios países. Los tres relatores han sido la profesora GINSBURG, *Columbia University*, la profesora DREYFUS, *New York University*, y el autor. Las opiniones del autor no necesariamente coinciden con las de los demás relatores y no expresan la posición oficial del ALI. Como regla general, los *comentarios* que siguen a Los principios representan la posición oficial del ALI, mientras que las notas del relator (*Reporters' Notes*) representan únicamente la posición de los relatores

A) JURISDICCIÓN PERSONAL

a) *Residencia habitual*

El juez de su país del domicilio o residencia habitual del demandado, representa el principio del *juez natural*. Por ser la noción de *domicilio* mucho más estrecha que la de *residencia*, los *Principios* siguen los reglamentos europeos y algunas convenciones internacionales fundadas únicamente en la noción de *residencia habitual*, según los cuales una *persona física* no puede tener más de una *residencia habitual*.⁴⁶ En el caso de persona de existencia ideal (*ente legal*), el foro natural lo determina la residencia legal, el lugar de celebración o reconocimiento, la sede administrativa, o la sede principal de sus actividades comerciales. La cuestión acerca de la existencia, si un demandado es o no un *ente legal*, es una cuestión que debe examinada según las leyes de su sede o del país de incorporación o reconocimiento, subsidiariamente por la *lexi fori indirecta*, las normas de conflictos del foro. De todos modos los *Principios* sólo mencionan únicamente “*las leyes aplicables en otros casos*”.⁴⁷

b) *Doing business*

Las excepciones al principio del juez natural como el juez del país del Domicilio o residencia habitual del demandado, se plantean cuando extiende sus actividades fuera de su país mientras para introducirse en esos mercados. Principio del *doing business*, existente en los Estados Unidos. Este principio es inaplicable en el comercio electrónico.⁴⁸

El doing business, puede ser aplicado al aceptar tarjetas de crédito emitidas por instituciones financieras de ese país, u ofrecer la entrega del producto en ese país. A veces puede ser simplemente el intentar acatar las leyes del país de los compradores, o del país donde se entregan los productos. A la inversa, filtros lingüísticos u otros filtros que impiden que individuos de ciertos países adquieran los productos o servicios ofrecidos eliminarían la jurisdicción de esos países.

Por lo tanto, los *Principios* no aceptan un criterio demasiado amplio del *doing business*, excepto la doble conexión *substantially acting* en un país

⁴⁶ Comentario b – d Sección 313 en 140.

⁴⁷ Comentario a – d Sección 201 en 34 y el comentario b – d Sección 313 en 140.

⁴⁸ Una persona que ofrece bienes o servicios en Internet está “haciendo negocios” en todos los países desde los cuales se puede ver su oferta, o por lo menos desde los cuales se puede comprar lo que ofrece.

directing activities to that State.⁴⁹ La declinación de la competencia procede únicamente en el caso particular en el cual el juez natural (el juez de su país de residencia habitual o de reconocimiento) de un país miembro de la OMC los Principios permiten la aplicación del *doing business* con el fin de reconocer la jurisdicción de los tribunales del país en el cual el demandado "*solicita o mantiene contactos, negocios, o un público (...) con regularidad*".⁵⁰ (Principio de los lazos más estrechos). La idea es prevenir y sancionar los *paraísos de información (information haven)* de los países ajenos a la OMC. Sobre todo porque los arts. 41 y ss. del acuerdo ADPIC establece obligaciones de observancia para los países miembros, quienes deben asegurar medios justos y eficaces para la protección de los derechos de PI. En este caso se han apartado de la neutralidad y el bilateralismo que los caracterizan con el fin de considerar las diferentes niveles de desarrollo y efectividad de los sistemas procesales entre los diversos países miembros de la OMC.

c) Consolidación de procesos

En el caso de que existan varios demandados, existe la posibilidad de consolidarlos a todos ante el juez natural de uno de ellos con el fin de evitar el riesgo de que se dicten sentencias incoherentes, siempre y cuando el foro esté estrechamente vinculado con la totalidad del litigio, de tal manera que ningún otro foro pueda considerarse más próximo al litigio.

d) Incompetencia

La sección 207 enumera los fundamentos que determinan la insuficiencia de jurisdicción: a) Excepción de incompetencia. Los Principios establecen que el demandado se somete a la autoridad del tribunal en el cual se desarrolla el proceso si no impugna su jurisdicción de manera oportuna, es decir "*no después de la primer defensa con base en los hechos*"⁵¹, b) Rebeldía. El tribunal debe de examinar *ex officio* si las afirmaciones del demandante tienen o no *bases razonables*, c) Existencia de propiedad física del demandado en el foro escogido, d) Existencia de un derecho de PI que no está involucrado en el litigio, e) Nacionalidad del demandante o el demandado, f) Presencia del demandante en el país del foro, g) Realización de actividades comerciales en el foro, al menos que éstas sean el origen del litigio, h) El hecho que se le haya entregado una orden o notificación judicial al demandado, i) El cumplimiento de las formalidades necesarias para ejecutar el contrato involucrado en el litigio.

⁴⁹ Sección 204 (1) y (2).

⁵⁰ Sección 204 (3)(b).

⁵¹ Sección 203 (1) y (2).

Los Principios no incluyen la prueba de *forum non conveniens* dentro de las razones para descalificar la jurisdicción.

El riesgo de apartarse de las reglas de competencia jurisdiccional establecida en los Principios, así como en cualquier caso en el que la misma se determina erróneamente, es una sentencia claudicante, no reconocida en el extranjero.

B) JURISDICCIÓN EN RAZÓN DE LA MATERIA

Estas normas sirven de complemento a las leyes nacionales de competencia en razón de la materia, aunque de ninguna manera pretenden sustituirlas.

- a) *Aplicación del derecho extranjero.* Un tribunal no será considerado incompetente simplemente por tener que aplicar derecho extranjero.⁵²
- b) *Forum originis.* Cuando una sentencia extranjera declara la invalidez de un derecho de PI registrado en el extranjero, no será oponible frente terceros. Únicamente los tribunales del país en el que se encuentra registrado el derecho pueden decidir el alcance del derecho en ese país, una competencia exclusiva del juez del país de registro que dio origen al derecho.⁵³ En cualquier otro caso, el tribunal extranjero tendrá competencia concurrente para juzgar todos los casos, sin importar las fuentes territoriales de las demandas y de las defensas. Es decir, sin importar el *país de origen* del derecho.
- c) *Sentencias declarativas.* Estas sentencias son muy relevantes en el campo de PI dado de que la validez o invalidez de una patente, diseño, o marca registrada puede ser objeto de litigio en función de la territorialidad de los criterios de protección. Una infracción de los derechos de PI contenidos en un contrato de licencia puede variar según las jurisdicciones. Además, los contratos de licencia exclusiva (*licensing agreements*) vinculan a empresas transnacionales que se obligan siempre y cuando un tribunal se pronuncie en cuanto al alcance de dichas obligaciones, justamente para limitar este riesgo. Las sentencias declarativas deciden asuntos contractuales como, v.g. si una licencia se aplica a un nuevo proyecto o no, ó si procede una

⁵² Cabe mencionar que en derecho inglés se considera que un tribunal siempre debe declararse incompetente en los casos que tienen que ver con derecho extranjero. *Vid. Semiconductor Corp. v. Third Dimension (3D) Semiconductor, Inc.*, F. Supp. 2d, 2008 WL 5179743 (Dec. 10, 2008), en que se discuten cuestiones que emanan de la aplicación de un derecho de PI extranjero.

⁵³ *Vid.* art. 2(3) y art. 10 de *Convención de La Haya sobre los Acuerdos de Elección de Foro* (2005).

excepción bajo el derecho del lugar de cumplimiento ó sobre los usos y costumbres del lugar del contrato.⁵⁴

Estas acciones declarativas pueden diferir en cuanto a la sustancia, pero en litigios internacionales, tienen en común el hecho de que permiten dilatar el proceso. En un país cuyos tribunales pueden tardar años en dictar una sentencia definitiva, las acciones paralelas en otros países pueden verse paralizadas por *litis pendencia*, o asumir el riesgo de que se produzcan sentencias incoherentes o claudicantes. La solución que ofrecen los Principios es la de requerir que las acciones declarativas que alegan que un derecho de PI no es válido sean presentadas en el país en el que se encuentra registrado el derecho (competencia exclusiva del tribunal del país de registro). Las patentes europeas se consideran nativas de cada país en el que se solicite protección en la oficina europea de patentes de Munich, lo que implica una limitación a la solución propuesta. Los Principios se apartan del acertado criterio establecido en el art. 10 (1) y (3) de la Convención de La Haya sobre Elección de Foro (2005), que distingue entre los derechos de autor y otros derechos de PI, precisamente en función de la prescripción de formalidades que los diferencia. Todas las demás acciones declarativas, por ejemplo sobre contratos de licencia, seguirán las normas tradicionales en materia de jurisdicción.

d) *Las medidas provisionales.*

Se rigen por los criterios procesales tradicionales. La existencia de propiedad física relacionada con el derecho de PI que se disputa es una conexión suficiente para habilitar la jurisdicción en ese país. Pero si los bienes solamente están de paso, el ámbito de las medidas provisionales se limita a una detención transitoria mientras se localiza al titular legítimo y se lo incorpora al proceso. Los Principios toman en cuenta las normas comunitarias y el Acuerdo sobre los ADPIC en cuanto a las medidas de frontera.⁵⁵

⁵⁴ V.g. el contrato de edición, regulado en el art.40 de la ley argentina n° 11.723.

⁵⁵ El *Reglamento* (CEE) N° 3295/94, sustituyó al *Reglamento* (CEE) N° 3842/86 que establecía medidas dirigidas a prohibir el despacho con marcas falsificadas con el fin de mejorar la eficacia del sistema de protección aduanera, según las disposiciones del *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual* relacionados con el comercio en el marco de la OMC (*Decisión* 94/800/CE). El *Reglamento* 1383/2003 relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de PI y a las medidas a adoptarse. El *Reglamento* 1891/2004 adopta las disposiciones del *Reglamento* 1383/2003 con el fin de definir, armonizar y uniformizar la aplicación de algunos de los arts. del *Reglamento* base que pueden dar lugar a interpretaciones divergentes o precisar aclaración respecto a los requisitos a solicitar para la correcta aplicación del *Reglamento* 1383/03.

e) *Litigios múltiples*

Los *Principios* avalan la autoridad del primer tribunal para coordinar y consolidar el litigio. La tendencia general es hacia la *consolidación* más que hacia la *coordinación* entre los tribunales que proceden independientemente hacia resoluciones paralelas en diferentes países, ya que las decisiones sobre cada uno de los pasos, cada comunicación entre los tribunales, puede convertirse en objeto de apelación, e impedir el desarrollo eficiente del proceso.

De proceder la *consolidación*, ésta debe ser a favor de un tribunal con pericia en PI, así como la aplicación de un único derecho a todos los aspectos del litigio, con excepción de los casos en que alguna de las partes puede probar que en cierto país las consecuencias de aplicar dicha ley son distintas, puede pedir que el tribunal tome en cuenta estas diferencias.⁵⁶

Si procede la consolidación ante un tribunal, y éste decide aplicar un mismo derecho a la totalidad del litigio, los titulares del derecho de PI se beneficiarán en lucha contra la piratería, y los demandados perderán acceso al mercado mundial. Los riesgos inherentes a la *consolidación* es la aplicación del orden público, las normas imperativas y de policía de cada país.

f) *Arbitraje*

Los *Principios* no tratan el arbitraje. Los capítulos sobre jurisdicción y el reconocimiento de sentencias extranjeras no aplican en asuntos arbitrales, en este último rige la *Convención de Nueva York* de 1958.

2. *Elección del derecho*

A) *AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD*

El tribunal competente aplicará en la mayoría de los casos sus propias leyes (*lex fori*). Por lo tanto es importante la elección del tribunal con competencia exclusiva, sin importar el lugar de cumplimiento o incumplimiento del acuerdo de licencia. Los *Principios* se basan en la autonomía de la voluntad de las partes. La *consolidación de procesos* paralelos lleva al tribunal a examinar todos los datos del caso independientemente de donde ocurran, en consecuencia puede devenir en la aplicación de derecho extranjero.

⁵⁶ Sección 321.

B) *LEYES IMPERATIVAS*

La autonomía de las partes está restringida en las cuestiones de derecho público (penales, administrativas, fiscales, aduaneras o de certificación de origen). Los Principios se limitan a los aspectos del derecho privado relacionados con la validez y transmisión de los derechos de PI disponibles por partes. Por lo tanto cuestiones como la validez y el mantenimiento de los derechos, la existencia o el alcance de su protección, así como la transmisión, la duración o las reparaciones a los titulares escapan a la autonomía de las partes y se rigen por los derechos nacionales.

Finalmente, en los contratos estándares (con cláusulas predispuestas) la autonomía de las partes se limita a una elección razonable, según el nexo entre las mismas, la materia del contrato y el estado cuya ley se escoge (proximidad). Según los Principios es razonable elegir el derecho del estado del tribunal a favor del cual se ha prorrogado la jurisdicción, aunque la elección de foro no sea la única razón por la cual aplicar dicho derecho. El tribunal tomará en cuenta la residencia de las partes y sus bienes, así como la condición de la parte que no redacta el contrato (consumidor o particular). La capacidad para contratar es gobernada por el derecho de la residencia habitual de las partes.

C) *TERRITORIALIDAD*

La legislación de PI es territorial. Los derechos registrables como las patentes de invención o las marcas de comercio, se rigen por el derecho del país de registro, única legislación aplicable para determinar la existencia, validez, duración, atributos, violación y reparación.⁵⁷

En cuanto a derechos no registrados como *derechos de autor* y *derechos conexos* o *secretos industriales*, la territorialidad se refiere a la aplicación del derecho del estado cuya protección se reclama, de conformidad con el art. 5 (2) de la *Convención de Berna* de 1886 (Principio de *lex protectionis*). Por este derecho se rige la *competencia desleal*, cuya territorialidad se refiere al derecho del país en el que las partes compiten, y por ende, del cual se reclama la protección. En caso de duda, se aplicará la ley del país en el cual ocurre el daño, y no la ley del país en el que se alega que se cometieron los actos ilícitos.⁵⁸ También por este derecho se rige el *derecho de imagen* considerado no como un derecho a la privacidad sino como un derecho comercial (es decir

⁵⁷ Sección 301 (1).

⁵⁸ Sección 301 (2).

el derecho a “vender o conceder licencias de explotación sobre la imagen de una persona”).

D) EXTRATERRITORIALIDAD

Actualmente por vía del *soft law* se confiere alcance extraterritorial a ciertas disposiciones de PI. Internet ha acelerado la convicción de la legislación en la materia carecería de sentido si se agotara en la frontera. El principio de la territorialidad es inadecuado en un mundo fragmentado en 200 países para regir en particular los siguientes aspectos: a) Titularidad, b) Daño y el alcance de la reparación, c) Licencias internacionales.

Los Principios aunque reconocen la territorialidad de la legislación sobre PI, toman en cuenta la necesidad de soluciones uniformes en las tres áreas de mencionadas.

La titularidad inicial de la PI debería de ser única y constante en todo el mundo.⁵⁹ Así en los derechos registrables la titularidad inicial se rige por el derecho del estado de registro, a menos que haya una relación preexistente entre las partes. En tal caso se rige por el derecho que rige la relación preexistente.⁶⁰ La titularidad inicial de derechos no registrados de marcas, diseños industriales, o nombres comerciales se rige por las leyes del país en que la marca, el diseño o el nombre se identifica como origen de los bienes o servicios. La titularidad inicial sobre los derechos de autor se rige por las leyes del estado de residencia del autor en el momento de la creación. Solamente un derecho en todo el mundo registrará este asunto. No habrá discrepancia en el mundo en cuanto al estatus de *autor*. Esto concede seguridad a los usuarios que contratan con el autor y a la cadena de distribución. Esta solución favorece la explotación mundial de la obra. Si una obra tiene más de un autor (obra en colaboración), por ejemplo una película, los autores pueden elegir qué ley rige la titularidad. En caso de ausencia de elección se registrará por el derecho del estado en donde residan la mayoría de los autores. Si estas condiciones no logran determinar el derecho aplicable, los *Principios* declaran que se aplica

⁵⁹ Esto emana del valor primordial que tienen los derechos humanos como los proclama la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, la *Convención Europea de los Derechos Humanos* de 1949 y el *Pacto de la ONU sobre los derechos económicos, sociales y culturales* de 1966, que garantizan el derecho de PI a todos los seres humanos.

⁶⁰ Sección 311.

el derecho del estado en el que la obra fue explotada por primera vez⁶¹ o el derecho que rige la relación de empleo de los autores.⁶²

E) *TRANSMISIÓN*

Se rige por el derecho del lugar de explotación. De cada estado hacia el cual se transfieren los derechos. Los Principios establecen que la posibilidad de transferir un derecho de PI debería de depender del país de origen, para los derechos no registrables. Sin embargo, para los derechos registrados se mantiene el derecho del país de registro. De allí que pareciera justificarse que la posibilidad de transferir un derecho es simplemente uno de los atributos de ese derecho por el carácter imperativo de ciertas disposiciones locales. La transferibilidad no está sujeta a la autonomía contractual, y por tanto las partes no pueden cambiar las normas de transferibilidad, v.g. en cuanto a los derechos morales, o la protección de autores empleados o inventores. El resultado de aplicar los Principios será una validez gradual de la pretensión de las partes en expectativa bajo los derechos relevantes (impacto de las normas internacionalmente imperativas).

En cuanto a los derechos de contenido patrimonial y transable, los *Principios* se basan en el más amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes. La elección del derecho aplica únicamente en los campos y los asuntos disponibles y no abarca cuestiones del derecho público. Cabe señalar que no se requiere que exista nexo entre el derecho elegido por las partes y la materia del contrato. Las partes pueden elegir un derecho neutral, como en los casos de arbitraje internacional. Las únicas limitaciones a la autonomía de la voluntad en la cláusula de elección de derecho es la protección de la parte más débil en un contrato estándar. En estos casos rige el principio de la proximidad, presumiéndose más estrechamente vinculado con el país de residencia del consumidor en el momento de celebrarse el contrato.

⁶¹ Ver art. 5(4) de la *Convención de Berna*. El sitio de la primera publicación de la obra es el *país de origen* al determinar la aplicabilidad de la *Convención de Berna*. La *primera publicación* bajo la *Convención de Berna* puede ser muy limitada, como también lo puede ser la *primera explotación* bajo los Principios, por lo que estas dos nociones deben considerarse equivalentes. *Vid. Principios del ALI* sección 313 *Notas del Relator* 4 en p. 145.

⁶² Para el derecho sobre una patente europea, art. 60 (1) (segunda oración) de la *Convención de Munich sobre las Patentes Europeas* de 1973 estipula que se debe de aplicar la ley que rige la relación entre el patrono y el empleado, que sería la ley del estado en el que el empleado desarrolla la mayoría de sus actividades. Si no se puede determinar cual es ese estado, la ley aplicable será la del estado en donde se encuentra el establecimiento al cual responde el empleado.

La doctrina de la *prestación característica*⁶³, propone aplicar el derecho más interesado en el destino de la PI que coincide con la ley del lugar de cumplimiento. Sin embargo, los *Principios* en la sección 315 (2) (segunda frase), al igual que el art.122 de la ley suiza de 1987 estipulan que la ley de quien otorga el derecho es la que aplica al contrato (licenciante). Estas cláusulas logran coherencia entre: a) la *lex contractus* que rige la licencia exclusiva, b) el país en el cual la obra fue publicada o explotada por primera vez (*lex originis*), y c) el país hacia el cual se ha enfocado toda la organización del deudor de la prestación característica.

En los casos de transferencia de tecnología implica contratos de explotación muy controversiales, que involucran garantías de préstamos y transferencias involuntarias como la quiebra. En estos casos regirá el derecho del país de registro, o si el derecho no está registrado, la *lex protectionis*. Esta ley no necesariamente es la que rige el préstamo o la quiebra en sí.

Finalmente, la consolidación ante un solo tribunal puede llevar a aplicar un solo derecho, por ejemplo la *lex fori*, el derecho del estado de *residencia común de las partes (lex domicilii comuni)*, o el derecho de otro país con el cual el caso esta más estrechamente vinculado, tomando en cuenta las actividades y las inversiones en cuestión, así como los mercados hacia los cuales las partes dirigen sus esfuerzos. No obstante, los *Principios* reservan el derecho de las partes a solicitar que se aplique otra ley, siempre y cuando la parte pueda probar el contenido y pertinencia de esa otra ley (se.321). Fiel a la tradición anglosajona se excluye la aplicación de oficio del derecho extranjero. En todos los casos, las leyes imperativas del foro (*ordre public*) y las normas obligatorias de terceros países (*lois de police* o *lois d'application immédiate*) deben ser respetadas por el tribunal. Así como la mayoría de las convenciones recientes los *Principios* no aceptan el *renvoi*.

3. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

Los Principios se declaran aplicables al reconocimiento y ejecución cuando la sentencia fue dictada en concordancia con los mismos. Los requerimientos judiciales son válidos solo si los hubiesen podido emitir los tribunales del

⁶³ Esta doctrina ha sido generalizada y refinada por A.F. SCHNITZER, un académico alemán que como refugiado en Suiza pudo publicar allí sus escritos y de tal manera influenciar la jurisprudencia suiza. El Tribunal Federal Suizo la adoptó en los años 50, de modo que nuestro borrador del proyecto de ley sobre derecho privado internacional de 1979 se basa en ella, mientras que el resto de Europa siguió la misma concepción que había sido incorporada en la *Convención de Roma* de 1980 sobre el derecho aplicable a obligaciones contractuales.

estado ejecutor. Las sentencias declarativas, sólo pueden ejecutarse entre las partes. Este capítulo ofrece un incentivo a la aplicación de las normas sobre jurisdicción y la ley aplicable, facilitando el reconocimiento de sentencias extranjeras en los casos de indemnización. El tribunal de ejecución no examinará el derecho del país de la sentencia, salvo en caso de rebeldía. Los casos en los que no procede el reconocimiento y ejecución son: a) Falta de imparcialidad procesal, de integridad, y de notificación oportuna; b) Fraude hacia el tribunal que dicta sentencia; c) Incompatibilidad con el orden público del estado ejecutor; y d) Falta o insuficiencia de jurisdicción del tribunal elegido.

Entre las limitaciones facultativas se mencionan: a) La incoherencia con otras normas jurisdiccionales de los *Principios*; b) Elección errónea de derecho; c) *Litis pendencia*; y d) Incoherencia con las normas de consolidación o coordinación.

El tribunal decidirá bajo su derecho cuando las cuestiones de la imparcialidad del proceso, la integridad de los jueces del tribunal que dictó la sentencia o la existencia de un fraude. De otro modo, aceptará los hechos tal y como fueron establecidos por el tribunal que dictó sentencia, siempre que la sentencia no se haya dictado en rebeldía.

En cuanto a las indemnizaciones, los *Principios* buscan una solución equilibrada: a) debe hacerse valer en su totalidad; b) el reclamo de los daños y perjuicios limitado por el máximo que hubiese podido adjudicar el estado ejecutor; c) la validez de los requerimientos judiciales según la ley de los tribunales del estado ejecutor; y d) las sentencias declarativas, sólo pueden ejecutarse entre las partes, pero no contra de terceros.

4. Síntesis

- a) Los *Principios* ofrecen la ventaja de conciliar el enfoque europeo sobre el conflicto de leyes (mediante normas generales que definen amplias categorías y tipos de casos, aportando predictibilidad), y con el enfoque estadounidense sobre la jurisdicción, exceptuando los requerimientos estrictos del *doing business*.
- b) Incorporan una solución innovadora como la coordinación entre procesos paralelos, y favorecen la profesionalidad, mediante la consolidación de litigios internacionales de PI ante los jueces más competentes en razón de la materia.

- c) Abarcan todo el campo de PI, incluyendo los secretos industriales, o derechos de imagen, y la competencia desleal con soluciones extraterritoriales de ley aplicable a la totalidad del conflicto.
- d) Constituyen la primer serie de normas de *soft law* que toma en cuenta la importancia de Internet y la necesidad de apoyar el crecimiento de la economía mundial forjando sistemas que faciliten la administración de carteras internacionales de activos de PI, mediante licenciamientos globales.

V. PRINCIPIOS CLIP DEL MAX PLANCK INSTITUTE

Los Principios CLIP sobre conflicto de leyes en PI (Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property), fueron elaborados por el European Max-Planck Group on Conflict of Laws in intellectual property, un proyecto de investigación conjunto del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law (Hamburgo) y el Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law (Munich). Los Principios CLIP al igual que los Principios *ALI* cubren los aspectos relativos a la jurisdicción competente, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en la esfera de la PI. La publicación con comentarios y notas está programada para 2012, lo único que está publicado a la fecha son los principios.

Tienen por objetivo reducir las distorsiones y los impedimentos al comercio internacional en relación con los derechos de PI y facilitar el flujo de la información y el intercambio cultural a través de las fronteras, teniendo en cuenta el desarrollo de las tecnologías digitales de comunicación. Se expresan sobre la base de las normas e iniciativas en el derecho internacional privado existentes. A nivel judicial fomentan la cooperación sobre la base de la cortesía internacional y la confianza mutua. Si bien pretenden dotar de seguridad jurídica y previsibilidad, reconocen las limitaciones territoriales del ejercicio de los derechos de PI y los problemas de observancia. Así como el carácter soberano de los Estados para regular en qué condiciones los activos intangibles gozarán de protección legal, reconociendo una amplia autonomía de la voluntad para elegir el tribunal competente y la ley aplicable a la medida de lo posible. El contenido básico de los Principios CLIP debe ser valorado por su impacto en los tribunales y futuras regulaciones a escala nacional, comunitaria e internacional de los aspectos de la PI relacionadas con el derecho internacional privado.

1. *Jurisdicción competente*

La jurisdicción general se funda en la residencia habitual del demandado (art. 2:601). La jurisdicción especial: a) *Contratos*, en ausencia de elección, el tribunal del lugar de cumplimiento. En los contratos de cesión o licencia es el lugar de explotación, presumiéndose el mismo en el país para el que se concede la licencia o se transfiere el derecho, b) *Infracciones*. Por reclamaciones derivadas de una relación contractual el *forum contractus*; y para las de naturaleza extracontractual el tribunal donde la infracción se produce o pueda producirse, excepto que tal actividad no pueda razonablemente ser considerada como dirigida a dicho Estado. Las disposiciones sobre *infracciones ubi cuas* o de efecto global (*ubiquitous infringements*), con especial referencia al artículo 2:203, y las reglas específicas sobre determinación de la ley aplicable en materia de *secondary liability*, evidencian las enormes dificultades que plantea esta cuestión, c) En los *procesos múltiples* el tribunal competente será el que presente los vínculos más estrechos con la disputa en su totalidad, esta jurisdicción sólo se le reconoce en los tribunales del Estado en el que el demandado reside habitualmente (art. 2:206), d) En caso de *actuaciones coherentes*, por litigios entre las mismas partes sobre los mismos hechos ante tribunales de diferentes Estados, impone la obligación cualquier otro tribunal de suspender el procedimiento declinando la jurisdicción a favor del primero (art. 2:701), e) La *prórroga de jurisdicción* de admite ampliamente. Si las partes han acordado un tribunal competente para una determinada relación jurídica, tal tribunal será competente para conocer la totalidad de las obligaciones contractuales y no contractuales derivadas de misma excepto acuerdo en contrario. La validez del acuerdo se rige por la legislación nacional del tribunal designado, admiten una amplitud de forma para la celebración del acuerdo de foro y éste es independiente de las demás estipulaciones del contrato (art. 2:301). Mantienen la *jurisdicción exclusiva* a favor de los tribunales del país de registro para las cuestiones vinculadas con la inscripción y validez, y la consecuente autodeclinación de parte de cualquier otro posible tribunal (art. 2:401).

En cuanto a las *medidas provisionales y cautelares*, son entendidas como medidas destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho a fin de salvaguardar los derechos. Dichas medidas establecen una competencia y facultades del tribunal a favor del tribunal que tenga jurisdicción de conformidad con los arts. 2:101 a 2:401, de amplio espectro y pueden incluir el decomiso y destrucción de mercaderías infractoras. En este sentido son un ADPIC Plus. El objetivo es asegurar la prueba y la unificación de los procesos, para prevenir o sancionar de modo efectivo las infracciones (art. 2:501).

El instrumento se aparta del enfoque adoptado en los Principios del ALI, en la mayor previsibilidad de las soluciones, fundado en la circunstancia de que

el origen estadounidense de los Principios del ALI condicionan la distinción entre la jurisdicción personal y *subject matter jurisdiction*, que se traducen en la atribución de un mayor margen de apreciación a los tribunales.⁶⁴ De allí que los Principios CLIP influyeron en la determinación de la jurisdicción competente en una reciente decisión del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto eDate relativo a la concreción del lugar del daño, según el art. 5.3 Reglamento 44/2001, aunque referido exclusivamente a ciertas situaciones de infracción de los derechos de la personalidad. Por lo tanto su aplicación extensiva a los supuestos de infracción de derechos de PI sería inapropiada.

2. *Derecho aplicable*

Los Principios CLIP se fundan en los tres principios tradicionales: a) *Lex fori*, para las cuestiones de procedimiento, incluida la obtención de las pruebas. (art. 3:101). b) *Lex protectionis*, como tal es la ley del Estado para el cual se solicita protección, es aplicable a la existencia, validez, registro, alcance y duración de un derecho de PI y todas las demás cuestiones relativas al derecho, es el principio de territorialidad. (art. 3:102); y c) *Autonomía de la voluntad* (art. 3:103).

Los Principios CLIP hacen una interpretación del principio de territorialidad en dos cuestiones muy controversiales como: a) la titularidad originaria y b) las garantías reales sobre PI, y se deciden por la aplicación extensiva del principio *lex loci protectionis*, fundamentalmente para preservar la coherencia del sistema convencional. Pues no obstante el alto nivel de internacionalización de los derechos de la PI, no pueden eliminarse las diferencias sustanciales entre las legislaciones nacionales que responden básicamente a las discrepancias en las políticas e intereses estatales, determinantes de todas las soluciones territoriales que implica la *lex loci protectionis* y de allí que se mantenga en este ámbito. Esta es una diferencia con la posición adoptada por los Principios (ALI) expuesta en el acápite anterior, y con la situación legislativa de algunos países, como Francia y Portugal, que optaron por la aplicación del criterio del país de origen (*Lex originis*), que implica una solución extraterritorial para estas cuestiones.

Los Principios CLIP pueden ser un importante incentivo para los tribunales estatales y arbitrales en concentrar en un único litigio reclamos relativos a la infracción de derechos en una pluralidad de países, lo que ocurre en Internet y que en la práctica ha sido menos frecuente de lo que debería, en virtud de

⁶⁴ Vid. DREYFUSS (2004 – 2005).

las necesidades de los titulares de derechos en este ámbito y del alcance de las conductas eventualmente infractoras.

3. Reconocimiento y ejecución de sentencias

Regulado en la Parte 4, debe ser contrapuesto por la propuesta del Grupo Europeo de Derecho internacional privado para la inclusión en el Reglamento Bruselas I de reglas relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones de terceros Estados en la UE⁶⁵ y su eventual utilidad en la futura regulación en la UE. Los puntos de desacuerdo con los Principios ALI, como diferencias básicas el rechazo en los Principios ALI de la posibilidad de ejecutar decisiones provisionalmente ejecutivas (si bien se admite la eventual ejecución de medidas provisionales), así como la inclusión en determinadas situaciones de un control específico de la ley aplicada por parte del tribunal de origen, pueden ser más fáciles de superar con los Principios CLIP por su afán integrador.

4. Repercusión en el ámbito legislativo internacional

La influencia de los *Principios CLIP* puede advertirse en los siguientes ámbitos.

- a) *UE*. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 6.1 del Reglamento 44/2001⁶⁶, y en los procesos de revisión del Reglamento Roma I y Roma II, así como en la unificación en legislativa de patentes en el derecho comunitario.⁶⁷
- b) *UNCITRAL*. La formulación de reglas sobre ley aplicable en materia de garantías reales sobre PI, actividad desarrollada en paralelo del Grupo CLIP con la *UNCITRAL*, evidencian una influencia mutua de los trabajos realizados, potenciándose los resultados de ambos modelos.

⁶⁵ Vid. QUIÑONES (2006).

⁶⁶ Asunto *Painer*, pendiente ante el TJCE. Vid. DE MIGUEL (2011).

⁶⁷ Las decisiones *GAT v. LuK* (TJCE, 2006) y *Roche Nederland v. Primus y Goldenberg* (TJCE, 2006), han despertado una gran preocupación en la comunidad de patentes. Sobre la base de su razonamiento, increíblemente breve, tanto en vista de la complejidad de las cuestiones decididas, como del tiempo que ha llevado a la corte reflexionar acerca de sus decisiones, se dictaminó que, contrariamente a la práctica establecida en la actualidad, los tribunales del país de registro son los únicos competentes para juzgar la validez, aun cuando se plantee como una cuestión incidental. Tampoco es posible unificar las demandas contra empresas afiliadas por violación de patentes coordinadas en el paquete Europeo, ante los tribunales del país del establecimiento principal, o de la sede de las actividades. Vid. KUR (2006).

- c) *Conferencia de La Haya*. Los Principios CLIP adoptan parcialmente las soluciones del Convenio de La Haya sobre elección de foro de 2005, en relación con ciertos litigios sobre PI. En general, las soluciones propuestas en ambos instrumentos son coherentes. Así como la interacción con el desarrollo de un instrumento de *soft law* en materia de la ley aplicable a los contratos actualmente en proceso de elaboración en la Conferencia de La Haya. Los resultados alcanzados por los Principios ALI y los Principios CLIP puede servir de referencia para retomar el proyecto de Tratado sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, en función de la conflictividad de la PI y considerando los antecedentes en la materia.
- d) *OMPI*. Los Principios ALI y los Principios CLIP pueden eventualmente influir en que la OMPI se plantee la puesta en marcha de iniciativas tendente a hacer posible una mayor uniformización internacional en relación con los aspectos de Derecho internacional privado de la PI.

5. *Síntesis*

Los Principios CLIP deben ser aplicados como conjunto normativo de utilidad en la práctica judicial para colmar lagunas por referencia, en la interpretación en los derechos de fuente interna y convencional, considerando que las dificultades pueden ser mayores en relación con la aplicación de las normas de DIPr tradicionales fundadas en un criterio de territorialidad estricta, al menos en relación con la actividad de los tribunales nacionales. El posible papel de los Principios por parte de los árbitros cómo los mecanismos utilizados para determinar la ley aplicable en el marco del arbitraje comercial internacional condicionan en la práctica la utilización de las reglas sobre ley aplicable contenidas en conjuntos normativos de *soft law* como los Principios CLIP o los Principios ALI.

VI. DISPOSICIONES DE *SOFT LAW* DE LA OMPI

Entre las tareas principales de la OMPI está la de promover el desarrollo y la armonización progresivos de las leyes, normas y prácticas de sus Estados miembros en el ámbito de la PI. El fomento de los principios y normas internacionales comunes que rigen la PI exige la celebración de extensas consultas con los Estados y demás grupos interesados. La adopción de las Recomendaciones conjuntas relativas a las marcas notoriamente conocidas (1999), sobre licencias de marcas (2000), y sobre la protección de las marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos en Internet (2001), constituyen uno de los logros más significativos de la OMPI en búsqueda de nuevas formas de acelerar la elaboración de principios internacionales armonizados en la esfera del *soft law*. En ese orden y en vista de los imperativos prácticos, se optó por medios

de complementación de los tratados, mediante un enfoque más flexible de la armonización de los principios y normas en materia de propiedad industrial, así como de la coordinación de la administración, permitiendo beneficios prácticos más inmediatos para los administradores y los usuarios del sistema de la propiedad industrial. En materia de *nombres de dominio* la OMPI emprendió un proceso internacional a fines de los 90' con miras a formular recomendaciones para las cuestiones de PI relacionadas con los nombres de dominio de Internet, incluida la solución de controversias.

La OMPI llevó a la práctica los nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la PI, mediante normas *soft*. El resultado de esta política fue la adaptación normativa a la rápida evolución de la propiedad industrial mediante el estudio de nuevas opciones para acelerar la elaboración de principios armonizados comunes e internacionales. El nivel de conflictividad y la complejidad de los problemas suscitados con las marcas y los nombres de dominio en Internet y la urgencia en aportar una solución uniforme, no se compatibilizaban con un tratado. De allí la significación y utilidad de las disposiciones de *soft law* adoptadas, cuyo interés amerita una rápida mirada con fines ilustrativos en el contexto de la presente convocatoria.

1. Marcas

A) RECOMENDACIÓN CONJUNTA RELATIVA A LAS DISPOSICIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS MARCAS NOTORIAMENTE CONOCIDAS

Este documento, aprobado por el Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas (SCT) en 1999, fue la primera propuesta de la OMPI a fin de adaptarse a los cambios en el ámbito de la propiedad industrial, considerando nuevas opciones para acelerar la elaboración de principios internacionales comunes y armonizados. Sobre las disposiciones del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial relativas a la protección de las marcas notoriamente conocidas, recomiendan las disposiciones adoptadas por el SCT, como orientación para la protección de las marcas notoriamente conocidas.

B) RECOMENDACIÓN CONJUNTA SOBRE LICENCIAS DE MARCAS

El propósito de la Recomendación Conjunta es armonizar y simplificar los requisitos de forma para la inscripción de licencias de marcas y, así complementar el Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT) del 27 de octubre de 1994, el cual fue concebido con el fin de racionalizar y armonizar los requisitos de forma fijados por las oficinas nacionales y regionales para la presentación de solicitudes nacionales o regionales de marcas, la inscripción de cambios y

la renovación de registros de marcas. Este instrumento es segundo logro de la OMPI de adaptarse a la rápida evolución de la propiedad industrial mediante el estudio de nuevas opciones para acelerar la elaboración de principios armonizados comunes e internacionales del tipo *soft*.

C) *RECOMENDACIÓN CONJUNTA RELATIVA A LAS DISPOSICIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS MARCAS, Y OTROS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL SOBRE SIGNOS, EN INTERNET*

El objetivo de estas disposiciones es crear un marco jurídico claro para los titulares de marcas que desean utilizar sus marcas en Internet y participar en la evolución del comercio electrónico. Facilitan la aplicación de las leyes en vigor sobre marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos en Internet. Su aplicación está destinada a: a) determinar si, en virtud del derecho aplicable, el uso de un signo en Internet ha contribuido a la adquisición, mantenimiento o infracción de una marca u otro derecho de propiedad industrial sobre el signo, o si dicho uso constituye un acto de competencia desleal; b) permitir a los titulares de derechos en conflicto sobre signos idénticos o similares la utilización simultánea de esos signos en Internet; y c) establecer medidas correctivas. Las disposiciones actuales no tratan de la determinación del derecho aplicable, cuestión que queda al arbitrio de las normas de derecho internacional privado de los Estados miembros.

2. Nombres de dominio

Por nombre de dominio se entiende la dirección de un sitio web fácil de identificar y de recordar, como *yahoo.com* y *ompi.int*. Esas direcciones de sitios Web favorecen la conexión en Internet. Como son fáciles de recordar y de utilizar han pasado a ser identificadores comerciales y sustituyen cada vez más a las propias marcas, como en el caso de *amazon.com*. Al utilizar las marcas vigentes en calidad de nombres de dominio, por ejemplo, en el caso de *sony.com*, las empresas atraen a clientes potenciales a sus sitios web. Una de las cuestiones más importantes suscitadas durante los debates es la de la relación entre los nombres de dominio y las marcas. Si bien, inicialmente, los nombres de dominio tenían por objeto tan sólo la función de facilitar la conectividad entre ordenadores a través de Internet, debido a que son fáciles de recordar y de utilizar, han llegado a convertirse en identificadores comerciales. Actualmente, se utilizan en forma rutinaria en la publicidad con el fin de indicar la presencia de una empresa o de un negocio en Internet. Las empresas han empezado a darse cuenta del importante potencial de los sitios web como medio para proporcionar información y ofrecer productos o servicios directamente a los consumidores.

A medida que Internet se fue expandiendo, los nombres de dominio han entrado en un creciente conflicto con las marcas comerciales. Esa posibilidad de conflicto surge por la falta de conexión entre el sistema de registro de las marcas, por un lado, y el sistema de registro de los nombres de dominio, por el otro. El primer sistema (marcas) lo administra una autoridad pública (gubernamental) sobre una base territorial (nacional o regional) que da lugar a derechos que el titular de la marca puede ejercer en el territorio pertinente. El segundo sistema (nombres de dominio) lo administra generalmente una organización no gubernamental sin ninguna limitación funcional: los nombres de dominio se registran por orden de llegada y ofrecen una presencia mundial en Internet.

Algunas personas explotan sin ningún escrúpulo el potencial de conflicto inherente a ambos sistemas, registrando regularmente como nombres de dominio propios las marcas de otras personas o empresas (ocupación ilegal del ciberespacio). Los conflictos entre los nombres de dominio y las marcas presentan características inusitadas que amplían la capacidad del sistema judicial ordinario y plantean un problema muy serio en el ámbito del derecho internacional privado. Ese sistema también tiene una base territorial, de manera que no siempre puede dar una solución global a un conflicto con dimensiones mundiales. Además, los litigios pueden ser lentos y costosos, características que pueden producir una situación de hecho en la que resulta más rápido y menos costoso para el titular de una marca volver a comprar sus derechos respecto de un nombre de dominio que tratar de recuperar esos derechos entablando un litigio.

A) MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO SOBRE EL ESPACIO DE NOMBRES DE DOMINIO DE NIVEL SUPERIOR GENÉRICOS DEL SISTEMA DE NOMBRES DE DOMINIO DE INTERNET

El proceso internacional iniciado por la OMPI en junio de 1998 para formular recomendaciones sobre las cuestiones de PI relacionadas con los nombres de dominio de Internet, incluida la solución de controversias, concluyó el 30 de abril de 1999 con la publicación del Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de Internet, un trabajo conjunto con la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), organización especializada en los aspectos técnicos y encargada de la Política del Sistema de Nombres de Dominio de Internet (DNS).

La organización y administración del DNS ha sido objeto de intensos debates en el mundo entero durante varios años, con la finalidad de asegurar la institucionalización de tal manera que el sistema pueda adaptarse al creciente volumen de tráfico registrado en Internet y que pueda administrarse en forma competitiva y abierta, teniendo en cuenta los intereses de todas las partes involucradas.

La relación entre los nombres de dominio de Internet y las marcas se abordó a comienzos de 1996 en el marco del Comité Internacional Ad Hoc (IAHC), que elaboró el Memorándum de entendimiento sobre el espacio de nombres de dominio de nivel superior genéricos del sistema de nombres de dominio de Internet (gTLD-MoU), en mayo de 1997. Sobre la base del asesoramiento de la OMPI sobre cuestiones relacionadas con la PI y la solución de controversias, el IAHC (ulteriormente denominado Comité de Supervisión de Política (POC)) elaboró un sistema de solución de controversias para los conflictos eventuales entre marcas y nombres de dominio.

La publicación de la Declaración de política sobre la administración de los nombres y direcciones de Internet del Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América (el Libro Blanco), fue el resultado de extensos debates públicos celebrados a nivel internacional. El Gobierno de los Estados Unidos brindó respaldo internacional para iniciar un proceso equilibrado y transparente con la participación de los titulares de marcas, y de los miembros de la comunidad de Internet que no son titulares de marcas, para: a) elaborar recomendaciones destinadas a lograr un enfoque uniforme para la solución de controversias en materia de marcas/nombres de dominio relacionadas con la ciberpiratería (por oposición a los conflictos entre titulares de marcas con derechos legítimos en pugna), b) recomendar un procedimiento de protección de las marcas famosas en los dominios de nivel superior genéricos, y c) sobre la base de los estudios realizados por organizaciones independientes, tales como el Consejo Nacional de Investigación de la Academia Nacional de Ciencias, poder evaluar los efectos que tendría en los titulares de marcas y otros derechos de PI, el añadir nuevos gTLD y procedimientos de solución de controversias conexos.

B) DOMAIN NAME SYSTEM (DNS) POLÍTICA UNIFORME DEL SISTEMA DE NOMBRES DE DOMINIO DE INTERNET

En el ámbito de los nombres de dominio, gran parte de las controversias derivan de la ciberocupación indebida, es decir, el registro anticipado de marcas en tanto que nombres de dominio efectuado por terceras partes. *Los ciberocupas* se aprovechan del hecho de que el sistema de registro de nombres de dominio funciona por riguroso orden de solicitud y proceden al registro de nombres de marcas, personalidades y empresas con las que no tienen relación alguna. Dado que el registro de los nombres de dominio es relativamente sencillo y poco oneroso –menos de 100 dólares de los EE.UU. en la mayoría de los casos y gratuito en el ámbito nacional– los ciberocupas pueden registrar cientos de esos nombres como nombres de dominio.

En su calidad de titulares de esos registros, los ciberocupas suelen subastar los nombres de dominio que tratan de vender a los interesados a un precio muy superior al costo de registro. También es frecuente que conserven el registro y aprovechen la reputación de la persona o de la empresa con la que se asocia ese nombre de dominio para atraer clientes a sus propios sitios web. En la comunidad de Internet no hay ningún acuerdo que permita que los organismos encargados del registro de nombres de dominio lleven a cabo un examen previo para anticipar posibles nombres problemáticos. Las razones son varias, desde la voluntad de facilitar el registro en aras de la actividad empresarial, pasando por las dificultades prácticas de determinar quién es el titular de los derechos de un nombre, hasta la necesidad de tener en cuenta el principio de la libertad de expresión. Además, la importancia comercial cada vez mayor de los nombres de dominio de Internet ha generado un número creciente de casos de ciberocupación indebida, lo que se traduce en un mayor número de controversias y litigios entre los ocupantes indebidos y las empresas o individuos cuyos nombres han sido registrados y utilizados de mala fe.

El auge de Internet en tanto que plataforma para los negocios y las actividades empresariales fue particularmente importante en el último decenio, aunque no se elaboraron normas jurídicas internacionales para solucionar las controversias en el ámbito de los nombres de dominio. Para la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet (ICANN), organización responsable, entre otras cuestiones, de la gestión de los dominios de nivel superior genéricos como .com, .net y .org, era obvia la necesidad urgente de encontrar una salida al problema de las controversias. Por otro lado, se consideró que la negociación de un nuevo tratado internacional en ese ámbito demoraría demasiado tiempo y que si se promulgaban nuevas leyes nacionales, lo más probable es que hubiera demasiada divergencia entre unas y otras legislaciones. Lo que se precisaba eran procedimientos uniformes y vinculantes en el plano internacional para solucionar controversias en las que, con frecuencia, están implicadas partes de distintos países. La OMPI organizó una serie de consultas con los círculos de Internet, tras las cuales preparó y publicó un informe en el que constaban recomendaciones relacionadas con los problemas que se plantean en el ámbito de los nombres de dominio. Sobre dicha base la ICANN aprobó la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio (Política Uniforme), que entró en vigor el 1 de diciembre de 1999 por lo que respecta a todas las autoridades encargadas del registro de nombres de dominio de Internet acreditadas por la ICANN.

La OMPI es el principal proveedor de servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio con acreditación de la ICANN. Muchas autoridades de registro de nombres en los dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países han optado oficialmente por este servicio

de solución de controversias. En virtud de este procedimiento, el demandante tiene la facultad de interponer una demanda ante un proveedor de servicios de solución de controversias, en la que debe especificar: *a)* el nombre de dominio de que se trate, *b)* el demandado o titular del nombre de dominio, *c)* la autoridad ante la cual se procedió al registro del nombre de dominio, *d)* las razones en las que se basa la demanda.

Sobre la base de las circunstancias específicas, como la nacionalidad de las partes, se designa a un “mediador” o experto (de una lista de profesionales independientes facultados a tomar decisiones en ese tipo de casos) a fin de examinar la controversia y de tomar una decisión. Las partes tienen la facultad de designar a uno o tres expertos para que se ocupen del caso. Antes de ocuparse de un caso, los expertos deben confirmar que no existe ningún conflicto potencial de intereses y deben hacer una declaración por escrito en la que expongan cualquier circunstancia que deba tenerse en cuenta antes de su designación. En caso de que una de las partes implicada en la controversia tenga una objeción específica en relación con la designación de un experto, se examina su eventual reemplazo. Los factores que inciden en la decisión de los expertos son: *a)* El hecho de que el nombre de dominio sea *idéntico* o *similar al punto de crear confusión* a una marca de fábrica o de servicio respecto de la cual tenga derechos el demandante, *b)* El hecho de que el demandado tenga *cualquier derecho o interés legítimo* respecto del nombre de dominio (por ejemplo, la oferta legítima de bienes y servicios utilizando el mismo nombre), *c)* El hecho de que el nombre de dominio haya sido registrado y usado *de mala fe*.

Este mecanismo de solución de controversias alternativo es mucho más rápido, simple, económico y eficaz que la vía judicial tradicional. El plazo de duración no excede los dos meses y el procedimiento en línea garantiza el acceso a la justicia, a diferencia de los procedimientos contenciosos, que pueden ser difíciles, costosos, inseguros y mucho más largos. Las tasas son también menores que las que se aplican en los procedimientos contenciosos tradicionales, y los requisitos mínimos de presentación que se exigen contribuyen también a reducir los costos.⁶⁸ No se realizan vistas con asistencia de las partes, salvo en casos excepcionales.

Los casos se resuelven mediante la cancelación o la cesión del nombre de dominio o el rechazo de la demanda (es decir, se rechaza la demanda y

⁶⁸ Para la solución de un caso relacionado con uno a cinco nombres de dominio y con intervención de un solo experto, los costos se elevan a USD 1500 si intervienen tres expertos, el costo total sería de USD 3000 si el caso está relacionado con seis a diez nombres de dominio, el costo será de USD 2000 si sólo interviene un experto y de USD 4000 dólares si intervienen tres expertos.

el demandado conserva el nombre de dominio). Entre los casos más notorios figuran los relativos a los nombres de dominio *juliaroberts.com* y *jimihendrix.com*, que se solucionaron con la cesión a sus titulares o a sus derechohabientes. En otro caso el nombre de dominio *sting.com*, interpuesta por el cantante Sting, fue rechazada por una serie de razones, en particular, el hecho de que el titular del nombre de dominio era conocido también por el mismo apodo así como el hecho de considerar que ese nombre es una palabra común en inglés y no constituye necesariamente una marca exclusiva.

La Política Uniforme (DNS) no prevé compensación económica ni mandamientos judiciales. Las autoridades acreditadas de registro que hayan adoptado la Política Uniforme, deben dar seguimiento a la decisión que se tome tras un período de diez días, excepto que dicha decisión haya sido apelada.

C) EFECTOS VINCULANTES

Las resoluciones que dicta la OMPI son vinculantes en la medida en que las autoridades acreditadas de registro tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para dar seguimiento a la decisión adoptada, como la cesión del nombre de dominio en cuestión. Ahora bien, en virtud de la Política Uniforme (DNS), todas las partes tienen la posibilidad de someter la controversia ante el tribunal de una jurisdicción competente.

Las medidas adoptadas para generar mayor confianza en el sistema de nombres de dominio, son la flexibilidad y accesibilidad de los procedimientos de registro de nombres de dominio.⁶⁹ Este sistema se concibió originalmente para la solución de controversias en los dominios de nivel superior genéricos tales como .com, .net, y .org. Sin embargo, las autoridades de registro en los dominios de nivel superior correspondientes a códigos de países adhirieron al sistema y aplican voluntariamente la Política Uniforme (DNS) o similares.

Una de las cuestiones más preocupantes es la protección de los identificadores distintos de las marcas, como las indicaciones geográficas, los nombres propios, los nombres comerciales, y los nombres y siglas de organizaciones intergubernamentales internacionales. Por lo que respecta a los nombres de dominio y a la solución de controversias en ese ámbito, el panorama evoluciona constantemente. A causa del prestigio y confianza del sistema de solución de controversias, los usuarios de Internet son conscientes de la posibilidad de

⁶⁹ El número de demandas –apenas 2000 casos se habían presentado ante la OMPI a finales del año 2000– es insignificante, habida cuenta de los más de 33 millones de nombres de dominio que están en vigor en Internet en la actualidad.

tomar medidas frente a cualquier práctica abusiva en relación con los nombres de dominio y de la existencia de mecanismos simples, rápidos y eficaces de acción. Todo ello contribuye a generar seguridad jurídica a las transacciones internacionales en este ámbito y son una fuente de referencia para tu aplicación a otras áreas en las cuales este tipo de procedimiento asegura el acceso a la justicia especialmente a los interesados más débiles jurídicamente como los consumidores.

VII. UNCITRAL

La UNCITRAL es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Su función consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional, con el objetivo de incrementar las oportunidades y fomentar su desarrollo, formulando normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales. Sus actividades normativas son las siguientes: *a)* La elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial, *b)* La preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico, *c)* La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno, *d)* La prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación.

Con relación a la PI la UNCITRAL ha operado normativamente en dos áreas principales: *a)* Comercio electrónico y *b)* Operaciones garantizadas mediante disposiciones del tipo *Soft*.

1. Comercio electrónico

A) RECOMENDACIÓN SOBRE EL VALOR JURÍDICO DE LA DOCUMENTACIÓN INFORMÁTICA (1985)

Esta directiva está dirigida a las autoridades públicas y a las organizaciones internacionales que trabajaran en la preparación de textos jurídicos reguladores del comercio por la que se sugiere una revisión de la normativa aplicable en el ámbito de su competencia, al procesamiento automático de datos con el fin de eliminar todo obstáculo innecesario que dificulte el empleo del procesamiento automático de datos en el comercio internacional.

B) LEY MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO (1996)

Tiene por objeto posibilitar y facilitar el comercio por medios electrónicos ofreciendo a los legisladores un conjunto de reglas internacionalmente

aceptables encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y conferir una mayor previsibilidad al comercio electrónico. En particular, pretende superar los obstáculos que plantean las disposiciones legislativas y que no pueden modificarse mediante contrato equiparando el trato dado a la información sobre papel al trato dado a la información electrónica. Esa igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar la eficacia en el comercio internacional. Este instrumento *soft* fue el primer texto [legislativo] en el que se plasmaron los principios fundamentales de importancia capital para las operaciones en línea. Estos principios son reconocidos palmariamente como los elementos fundamentales del derecho moderno que rige el comercio electrónico, a saber: *a) No discriminación*. El principio de la no discriminación asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su ejecutabilidad por la única razón de que figure en formato electrónico, *b) Neutralidad respecto de los medios técnicos*. El principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada. Ante la rápida evolución tecnológica, el objetivo de las reglas neutrales es dar cabida a toda novedad que se produzca en el futuro sin necesidad de emprender una labor legislativa, *c) Equivalencia funcional*. En el principio de la equivalencia funcional se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel. En particular, enuncia los requisitos concretos que deben cumplir las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel con determinados conceptos, como los de *escrito, original, firma, y documento*.

Además de formular tales principios, la Ley Modelo establece normas para la formación y la validez de los contratos concertados por medios electrónicos, en la atribución de los mensajes de datos, el acuse de recibo y la determinación del lugar y hora en que se envíen y reciban los mensajes de datos. Determinadas disposiciones fueron enmendadas por la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales a raíz de las recientes prácticas seguidas en el comercio electrónico. Además, se ha complementado la parte II, relativa al comercio electrónico en relación con el transporte de mercancías, con otros textos legislativos, como las Reglas de Rotterdam (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo), y tal vez sea objeto de una labor suplementaria de la en el futuro.

C) *LEY MODELO DE LA UNCITRAL SOBRE FIRMAS ELECTRÓNICAS CON LA GUÍA PARA SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO (2001)*

La Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas tiene por objeto posibilitar y facilitar la utilización de las firmas electrónicas estableciendo criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las manuscritas. Por ello este instrumento puede ayudar a los Estados a establecer un marco legislativo moderno, armonizado y equitativo que permita regular con eficacia el trato jurídico de las firmas electrónicas de modo que su utilización confiera seguridad jurídica.

D) *CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (2005)*

Esta Convención tiene por objeto facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional garantizando que los contratos concertados electrónicamente y las comunicaciones intercambiadas por medios electrónicos tengan la misma validez y sean igualmente ejecutables que los contratos y las comunicaciones tradicionales sobre papel. Existen algunos requisitos formales, previstos en tratados de derecho mercantil internacional de amplia difusión, como la Convención de Nueva York (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que pueden obstaculizar una amplia utilización de las Comunicaciones Electrónicas. Con esta Convención se han querido eliminar esos obstáculos formales estableciendo una equivalencia entre la forma electrónica y la forma escrita en un instrumento *hard law*. Por otra parte cumple con objetivos tales como el de facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional, con la finalidad de fomentar la armonización de las reglas aplicables al comercio electrónico y de promover la uniformidad en la adopción de instrumentos nacionales basados en leyes modelo de la UNCITRAL relativas al comercio electrónico, así como de actualizar y complementar ciertas disposiciones de esas leyes modelo teniendo en cuenta las prácticas recientes.

La Convención se basa en instrumentos previos de la Comisión (*soft*) mediante los cuales se establecieron las pautas generales a través de los tres principios fundamentales de la legislación sobre comercio electrónico, antes mencionados y plasmados obviamente en la Convención (no discriminación, neutralidad tecnológica y equivalencia funcional).

La Convención es aplicable a todas las comunicaciones electrónicas intercambiadas entre partes cuyos establecimientos estén situados en Estados

diferentes y cuando al menos una de esas partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante (artículo 1). También puede ser aplicable por elección expresa de las partes. La Convención enuncia los criterios para establecer *la equivalencia funcional* entre las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel, así como entre los medios electrónicos de autenticación y las firmas manuscritas (art. 9). Del mismo modo, define el tiempo y el lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas, ajustando las reglas que tradicionalmente regían esos conceptos jurídicos al contexto electrónico e introduciendo elementos innovadores con respecto a las disposiciones de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (art. 10).

La Convención establece el principio general de que no se negará validez a una comunicación solamente porque se haya realizado por medios electrónicos (art. 8). Concretamente, dada la proliferación de los sistemas automatizados de mensajes, la Convención reconoce la fuerza ejecutoria de los contratos celebrados a través de esos sistemas, inclusive cuando ninguna persona física haya revisado los actos realizados a través de los sistemas (art. 12). Aclara que toda propuesta de celebrar un contrato cursada por medios electrónicos y no dirigida a una o varias partes determinadas se considerará una invitación a negociar, y no una oferta cuya aceptación la haga vinculante para la parte que la haya formulado, de conformidad con la disposición correspondiente de la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 11). Además prevé remedios en caso de que una persona física cometa un error al introducir la información en sistemas automatizados de mensajes (art. 14).

Por último, permite a las partes contratantes excluir su aplicación o modificar sus condiciones en la medida en que lo permitan las disposiciones legislativas por lo demás aplicables (art. 3).

E) RELACIÓN DE LA CONVENCIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y CON EL DERECHO INTERNO EXISTENTE

La aplicabilidad de la Convención a una determinada operación comercial internacional se determinará en función de las reglas jurídicas del Estado del foro (*lex fori*) que aplique el tribunal de ese Estado que esté llamado a dirimir la controversia. Así pues, si las reglas de derecho internacional privado de ese Estado requieren la aplicación del derecho sustantivo de un Estado Contratante para resolver la controversia, la Convención será aplicable como derecho de ese Estado Contratante, independientemente del lugar en que se encuentre el tribunal. La Convención también será aplicable cuando las partes en un contrato hayan convenido válidamente en que las disposiciones de la Convención constituirán el derecho aplicable al contrato.

Además, los Estados podrán también plantearse adoptar las disposiciones de la Convención a nivel interno. Esa decisión promovería la uniformidad, al ahorrar recursos judiciales y legislativos, e incrementaría la seguridad jurídica respecto de las operaciones comerciales, especialmente habida cuenta del auge de la utilización de aparatos móviles para realizar operaciones electrónicas. La adopción de la Convención se recomienda especialmente a los Estados que aún no hayan promulgado legislación en materia de comercio electrónico. Por lo demás, las comunicaciones puramente nacionales no se verán afectadas por la Convención y seguirán rigiéndose por el derecho interno.

F) FOMENTO DE LA CONFIANZA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO: CUESTIONES JURÍDICAS DE LA UTILIZACIÓN INTERNACIONAL DE MÉTODOS DE AUTENTICACIÓN Y FIRMA ELECTRÓNICAS⁷⁰

El presente documento se propone ayudar a los legisladores y los encargados de formular políticas a identificar las principales cuestiones jurídicas que intervienen en la utilización internacional de métodos de autenticación y firma eléctricas y considerar posibles soluciones al respecto. Dicha solución pretende equilibrar el interés por fomentar la seguridad en el intercambio de comunicaciones electrónicas mediante normas y criterios que sean reconocidos internacionalmente y aplicables con carácter transfronterizo es una de las tareas principales de la actividad normativa en la esfera del comercio electrónico.

En este orden cabe considerar que las tecnologías de la información han puesto a prueba diversos medios de vincular la información en forma electrónica a personas o entidades concretas, con objeto de garantizar la integridad de dicha información o de permitir que las personas demuestren su derecho o autorización para obtener acceso a un determinado servicio o depósito de información. Estas funciones suelen denominarse genéricamente métodos de *autenticación* electrónica o de *firma* electrónica. Conforme al derecho anglosajón sobre las pruebas, se considera que una información consignada o un documento es *auténtico* si existen pruebas de que el documento o la información consignada “es lo que afirma el proponente”. La noción de *documento* como tal es bastante amplia y suele abarcar “cualquier cosa en la que se consigne información de cualquier tipo”. La pertinencia de un documento como elemento de prueba se establece al vincularlo a una persona, lugar o cosa, proceso que en algunos foros de derecho anglosajón se denomina *autenticación*.

El enfoque de la *autenticación* y la *firma* puede ser muy diferente bajo los foros del sistema romanista. En general adoptan la regla de la libertad de forma para compromisos contractuales en asuntos de derecho privado, ya sea

⁷⁰ NACIONES UNIDAS (2009).

de forma expresa o implícita, a reserva, de un catalogo mas o menos amplio de excepciones que dependen de cada foro (normas imperativas). Significa que, por regla general, los contratos no tienen que ser *por escrito* o *firmados* para que sean válidos y ejecutorios. No obstante, existen foros que suelen exigir un escrito para demostrar el contenido de los contratos, salvo en cuestiones comerciales. Por lo general, las reglas sobre las pruebas establecen una jerarquía probatoria para demostrar el contenido de los contratos civiles y comerciales. En el procedimiento civil es habitual referirse a la noción de la *originalidad* de los documentos y el paradigma de una firma es la manuscrita y la prueba documental.

No obstante, aunque se presume la autenticidad por existir una firma, la firma por si sola no *auténtica* un documento. Independientemente de la tradición jurídica de que se trate, una firma, con contadísimas excepciones, no es válida por si misma. Su efecto jurídico depende del vínculo existente entre la firma y la persona a la que se atribuye la firma. En la práctica, pueden adoptarse varias medidas para verificar la identidad del firmante. Aunque una firma manuscrita es una forma habitual de *autenticación* y sirve para documentos de transacción que cambian de manos entre partes conocidas, en muchas situaciones comerciales y administrativas una firma es relativamente insegura. Esta situación es especialmente aplicable en el caso de operaciones comerciales internacionales, en las que se rigen por la *confianza*. La mayoría de los ordenamientos jurídicos cuentan con procedimientos o requisitos especiales concebidos para refrendar la fiabilidad de las firmas manuscritas, algunos de los cuales pueden ser de cumplimiento obligatorio para ciertos contratos: a) Certificación notarial; b) Atestación; y c) Sellos. Además, las firmas manuscritas se han utilizado en operaciones comerciales, tanto nacionales como internacionales históricamente, sin ningún marco legislativo o funcional especialmente concebido (*lex mercatoria*). De hecho, la inmensa mayoría de los contratos internacionales escritos —si es que hay *escritos*— no van acompañados forzosamente de un procedimiento especial en materia de forma o autenticación, se rigen por los usos y costumbres.

La utilización transfronteriza de documentos firmados puede ser un problema que se complica más cuando intervienen autoridades públicas. Por tradición, esos requisitos se cumplen por los denominados procedimientos de *legalización* vía consular. Por ese motivo fue adoptado el Convenio sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros de La Haya (1961), para una forma simplificada y normalizada (la *apostilla*). En muchos ordenamientos jurídicos no es necesario que los contratos comerciales figuren siempre en un documento o queden probados por escrito para que sean validos. La aplicación de normas estrictas sobre pruebas documentales suele orientarse a aportar un alto grado de fiabilidad a los documentos que

cumplen esas normas, lo que en teoría aumenta la certidumbre jurídica. El presente instrumento *soft* es una contribución en términos de principios institucionalizados a las posibles soluciones jurídicas en la utilización internacional de métodos de autenticación y firma eléctricas basados en la confianza para las operaciones en línea.

2. Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas

La Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas (Guía) tiene por objeto promover la concesión de crédito a bajo costo, incrementando para ello la disponibilidad de crédito financiero garantizado (*vid.* la recomendación 1 *a*). De acuerdo con este objetivo, el Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual (Suplemento) pretende conseguir que los titulares de derechos de PI puedan tener un acceso más fácil y menos costoso a créditos, aumentando así el valor sus activos intangibles como garantía de sus créditos, sin interferir en los principios básicos del régimen de PI. Podría darse el caso de que en algunos Estados los dos regímenes prevean reglas diferentes para la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de las garantías reales sobre PI, así como para establecer la legislación aplicable a las garantías reales constituidas sobre PI. En tal caso, la recomendación 4 *b*) mantiene la primacía del régimen propio de la PI, para que no sea desplazado, sin querer, si un Estado aprueba una norma recomendada en la Guía. Con tal fin, todo Estado que promulgue este régimen tendrá que asegurarse de que su legislación relativa a las operaciones garantizadas refleje en particular el enfoque funcional, integrado y global que se recomienda en la Guía⁷¹, sin modificar los principios y objetivos básicos de su derecho interno de la PI.

El Suplemento tiene por objeto orientar a los Estados con respecto a ese régimen funcional, integrado y global de las operaciones garantizadas, examinando el modo en que los principios son aplicables cuando el bien gravado es un derecho de PI. En consecuencia, salvo disposición en contrario del derecho interno de la PI, podrá constituirse una garantía real sobre PI, y hacerse oponible a terceros, gozar de prelación y ejecutarse, de conformidad con lo previsto en las recomendaciones generales. Esta legislación tornará más accesible y barato el crédito para los titulares de activos intangibles, beneficios de esta modernización, aumentando así el valor la PI como garantía para la obtención de crédito.

⁷¹ *Vid.* Capítulo I, párrafos 101 a 112.

CONCLUSIONES

- a) En vista del pragmatismo acerca de la aplicación de ciertos principios internacionales armonizados en el comercio internacional de la PI, la estrategia futura, en términos de fuentes, incluye la consideración de medios que complementen el enfoque basado en los tratados. Si los Estados juzgan de interés proceder de esta forma, es decir, el *soft law*, podrán adoptar un enfoque más flexible de armonización y coordinación administrativa, de manera que los resultados puedan lograrse más rápidamente, permitiendo beneficios prácticos inmediatos.
- b) No debemos descartar *per se* el carácter no vinculante de los dispositivos *soft*. El componente autonormativo los torna obligatorios a través del consentimiento, en la medida que las partes entiendan quedar vinculadas conforme a derecho o al margen de éste. Este fenómeno autonormativo que equipara a los actores estatales y no estatales, está asociado a la expresión *obligaciones voluntarias* cuyo significado parece aludir al hecho de que se trata de conductas no exigibles jurídicamente *erga omnes*. No obstante, confieren seguridad jurídica al establecer reglas de derecho uniforme con resultados prácticos inmediatos, mediante relaciones contractuales y resoluciones judiciales coherentes, muy eficaces en un escenario mundial signado por la dinámica del cambio y la globalidad.
- c) Al conocer cuál será el derecho aplicable y la jurisdicción competente, y poner a disposición mecanismos de solución de controversias efectivos, estos dispositivos *soft* proveen resultados alternativos satisfactorios y facilitan reglas el reconocimiento y ejecución de la sentencia. Tornan más amigable el comercio internacional de la PI para los consumidores.
- d) En este sentido los instrumentos de regulaciones *soft* de la OMPI y UNCITRAL están aportando en la práctica los nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la PI. El resultado de esta política es la adaptación normativa a la rápida evolución tecnológica mediante nuevos principios armonizados comunes e internacionales.
- e) Las normas *soft* facilitan el comercio internacional de la PI, ofreciendo a los legisladores un conjunto de reglas internacionalmente aceptables encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y a dar una mayor previsibilidad al comercio internacional. En particular, proveen recursos interpretativos tendientes a superar los obstáculos que plantean las disposiciones legislativas y que no pueden modificarse mediante contrato. Por ello son un recurso eficaz contra las normas estatales imperativas, pues imponen en el ámbito internacional criterios uniformes de interpretación

que contribuyen a legitimar, a través de los tribunales, un orden jurídico por encima de las diversidades políticas locales. En la PI, cuyas normas *hard* son estrictamente territoriales, los instrumentos *soft* son la única opción disponible para la regulación de los nuevos escenarios

- f) Los Principios ALI y CLIP deben ser aplicados por referencia como conjunto normativo de utilidad en la práctica judicial para colmar lagunas y armonizar la interpretación de los derechos de fuente interna y convencional, considerando las dificultades mayores que implicaría la aplicación de las normas de DIPr tradicionales fundadas en la territorialidad, al menos para los tribunales nacionales. El posible papel de los Principios en el arbitraje comercial internacional, es primordial, pues en la práctica su utilización puede ser el único marco normativo armonizador de las soluciones adoptadas en este ámbito.
- g) Estos principios armonizadores son esenciales como marco normativo para la PI en el entorno digital, pues en un ámbito regido por la territorialidad, el excluir los recursos *soft* simplemente imposibilitaría operar en ciertas esferas como Internet o limitaría considerablemente el alcance de las licencias internacionales.
- h) La Política Uniforme en materia de nombres de dominio es un ejemplo de normas *soft* de altísima eficacia operativa. Cabe señalar que este sistema no es estatal ni arbitral, es un procedimiento de naturaleza administrativa, operado por expertos, pero vinculante para las partes. Dada su pertenencia a un ámbito gubernamental especializado en la órbita de Naciones Unidas, es seguro, económico, sencillo y en línea, lo que garantiza un acceso a la justicia efectivo, y realización del valor justicia en sentido material, al satisfacer plenamente los intereses de las partes y los principios fundamentales de los Estados, finalidad última del derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. Ernesto GARZÓN VALDÉS, 1ª edición, Madrid, Centro De Estudios Constitucionales, CEPC); 610 p.
- ALONSO GARCÍA, R. (2002): "El soft law en el derecho comunitario", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (nº 154): pp. 63 – 94.
- ALLISON, J. W. F. (2004): *A continental distinction in the common law : a historical and comparative perspective on English public law Continental Distinction in the Common Law* (New York, Oxford University Press) 51 p.

- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1999): "Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos", *Isegoría* (nº 21): pp. 215 – 219.
- AGUILAR NAVARRO, M. (1967): "Orígenes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional", *Revista Española de Derecho Internacional* (vol. XX): pp. 599 – 627.
- ARMINJON, P. (1948): *Précis de droit international privé commercial* (París, Dalloz) 620 p.
- BARBERIS, Julio (1973): "Los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional", *Revista Instituto Internacional Derechos Humanos* (vol. 14). Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/14/dtr/dtr1.pdf>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.
- _____ (1984): *Los sujetos del derecho internacional actual* (Madrid, Editorial Tecnos) 204 p.
- CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. (2002): "Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?", *Civitas. Revista española de derecho financiero* (nº 114): pp. 245 – 285.
- CAVAGLIERI, A. (1936): *Il dirittocommerciale internazionale* (Padova, Cedam) 247 p.
- CURRIE, David (1993): *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos* (Buenos Aires, Zavalía Editor) 198 p.
- DESSEMONTET, Francois (2009): "Los principios de American Law Institute: propiedad intelectual y litigios transfronterizos", *Indret* (vol. 2): pp. 1 – 24.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro (2011): "Pluralidad de demandados y tutela de la propiedad intelectual: ¿Terminará *Painer con Roche*?", Disponible en <<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2011/04/pluralidad-de-demandados-y-tutela-de-la.ht>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.
- DIENA, G. (1900): *Trattato diritto commerciale internazionale* (Firenze, Ed..F. Camelli) vol. I.
- DREYFUSS, Rochelle (2004 – 2005): "The Ali Principles on Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts?", *Brook. J. Int'l L.* (nº 30). Disponible en <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/bjil30&div=28&id=&page=>>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

- FRIEDMAN, Lawrence M (2004): *American Law in the Twentieth Century* (Yale, Yale University Press) 736 p.
- GARCÍA PELAYO, M. (1991): *Del mito y la razón en el pensamiento político* (Madrid, Editorial Taurus) 218 p.
- GAUBIAC, Ives (2002): "El agotamiento de los derechos en el entorno analógico y digital", UNESCO, *Boletín de derecho de autor* (vol. 36 n° 4) 18 p.
- GUZMAN, Andrew T. and MEYER, Timothy L. (2009): "International Common Law: The Soft Law of International Tribunals", *Chicago Journal of International Law* (vol. 9 n° 2): pp. 515 – 535.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael (1993): "El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática", *Revista de Derecho Mercantil* (n° 207): pp. 37 – 94.
- KENNEDY, A. (*sine data*): "La Ética Judicial y El Imperio del Derecho". Disponible en Sitio web de la *Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana*, <http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/etica_judicial_y_del_defensor/18.pdf>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.
- KRIELE, M. (1980): *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional* (Buenos Aires, Ed. Depalma) 388 p.
- KUR, Annette (2006): "A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. Luk and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg", 37 IIC 844. Disponible en <<http://www.ip.mpg.de/ww/en/pub/organization/services/editorialoffices/info/content9009.cfm>>, fecha consulta: 1 noviembre 2011.
- LEBEDEV, M.C.H. (1981): "Unification des normes juridiques dans les rapports économiques internationaux (Quelques observations générales)", *Rev. dr. uniforme* (vol. II): pp. 73 – 90.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles (2004): "Soft Law, ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (n° 8): pp. 1 – 40.
- NACIONES UNIDAS (2009): *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas* (Viena, Comisión de las Naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional) 110 p. Documento disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

PRICE, Miles O. and BITNER, Harry (1969): *Effective Legal Research: A Practical Manual of Law Books and Their Use* (New Jersey, Rothman Reprints, South Hackensack) 633 p.

QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana (2006): "Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento Roma I de 15.12.2005", *Indret* (n° 3): pp. 1 – 22.

TRAVERS, Maurice (1932 – 1935): *Le droit commercial international* (París, Recueil Sirey) Vol. 5, Fascicule I, 661 p.

ZAGREBELSKY, G. (1992): *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia* (Turín, Einaudi), 217 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Martín y Cía. Ltda. S.A. c. Administración Gral. de Puertos (1963): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 6 noviembre 1963.

Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG (1971): TJCE, sentencia de 8 de junio de 1971.

Centrafarm c. Sterling Drug (1974): TJCE, sentencia 15/74, 31 de octubre de 1974, Rec., 1147.

Norsolor (1979): Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, sentencia 26 octubre 1979.

Phillippe v. Shapell Industries (1987): California Supreme Court, 29 October 1987, 43 Cal. 3d 1247.

Ekmekdjian c. Sofovich (1992): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 7 julio 1992.

Fábrica Constructora Soc. de Com. por Accs. c. Comisión Técnica Mixta Salto Grande (1993): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 7 julio 1993.

Café La Virginia S.A. c. Administración Nacional de Aduanas (1994): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 13 octubre 1994.

Gomez v. Superior Court (Walt Disney Co.) (2005): California Supreme Court, 16 June 2005, 35 Cal. 4th 1125.

GAT v. LuK (2006): TJCE, sentencia 13 julio 2006.

Roche Nederland v. Primus y Goldenberg (2006): TJCE, sentencia 13 julio 2006.

Fairchild Semiconductor Corp. v. Third Dimension (3D) Semiconductor, Inc. (2008): F. Supp. 2d, 2008 WL 5179743, Dec. 10.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Acuerdo de Marrakech (1994) Anexo 1C, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). Disponible en <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Acuerdo entre la OMPI y la Organización Mundial de Comercio (OMC) de 1995 sobre Asistencia técnico – jurídica y cooperación técnica, tendiente a una legislación y práctica uniforme de la propiedad intelectual. Disponible en <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/wtowip_s.htm>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Constitución Argentina de 1853. Disponible en <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convención de La Haya sobre la Elección de Foro del 30 de junio del 2005. Disponible en <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37es.pdf>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convención de Munich sobre las Patentes Europeas de 1973. Disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1986/25798&codmap=>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005). Disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Disponible en <<http://www.cnudci.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NYconv/Enforcing_Arbitration_Awards_S.pdf>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convención Europea de los Derechos Humanos de 1949. Disponible en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convenio de Berna sobre propiedad literaria y artística (1886). Disponible en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convenio de Paris sobre propiedad industrial (1883). Disponible en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Estocolmo, 14 de julio de 1967. Disponible en el Sitio Web de la OMPI, <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/convention/pdf/trtdocs_wo029.pdf>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Convenio sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros de La Haya (1961). Disponible en <http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=41>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Decisión 94/800/CE. Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994D0800:ES:HTML>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Declaración de política sobre la administración de los nombres y direcciones de Internet del Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América (el Libro Blanco). Disponible en <<http://www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/domainhome.htm>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Disponible en <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2001), relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, de

22 de mayo de 2001. Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:ES:HTML>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Directivas 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2000), relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), de 8 de junio de 2000. Disponible en <<http://www.boe.es/doue/2000/178/L00001-00016.pdf>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en Sitio Web de la Organización de las Naciones Unidas <<http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>>, fecha consulta: 2 noviembre 2011.

Guía Legislativa de la UNCITRAL sobre las Operaciones Garantizadas (2009). Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-ig/s/09-82673_ebook-S.pdf>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de Internet. Disponible en <<http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/es/docs/report.pdf>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Ley (argentina) n° 11.723 de propiedad intelectual (1933.) Disponible en <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Ley (brasileña) n° 9.279, del 14 de mayo de 1996, regula la propiedad industrial. <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=515>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Ley (brasileña) n° 9.610, del 19 de febrero de 1998, los derechos de autor. Disponible en <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=514>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Ley (chilena) n° 17.336 de propiedad intelectual (1970). Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Ley (española) 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Disponible en <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Ley Modelo de la UNCITRAL sobre las Firmas Electrónicas, con la Guía para su incorporación al derecho interno (2001). Disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996). Disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Pacto de la ONU sobre los derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Disponible en <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/21/ares21.htm>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Política Uniforme (UDRP). Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy. Disponible en <<http://www.icann.org/en/dndr/udrp/policy.htm>>, fecha consulta: 12 diciembre de 2011.

Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, 31 de agosto de 2011. Disponible en <<http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/draft-clip-principles-25-03-20117.pdf>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas (OMPI, 1999). Aprobada por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la OMPI en la 34° serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI 20 a 29 de septiembre de 1999. OMPI, Ginebra 2000. OMPI/Publicación 833 (en español). Disponible en <http://www.wipo.int/about-ip/es/development_iplaw/pub833.htm>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas, y otros Derechos de Propiedad Industrial sobre Signos en Internet. Adoptada por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la OMPI, 3 de octubre 2001. Disponible en OMPI, Publicación 845 de 2001, <http://www.wipo.int/about-ip/es/development_iplaw/pub845.htm>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Recomendación conjunta sobre licencias de marcas. Texto de las disposiciones adoptadas por el SCT, en su 4ª sesión (27 a 31 marzo 2000). Adoptada en una sesión conjunta de la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y de la Asamblea General de la OMPI, durante la 35° serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la

OMPI (25 de septiembre a 3 de octubre de 2000). Disponible en <http://www.wipo.int/about-ip/es/development_iplaw/pub835.htm>, OMPI/ Publicación 835 (en español), fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Recomendación sobre el valor jurídico de la documentación informática (1985). Disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1985Recommendation.html>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Reglamento 1383/2003 relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas a adoptarse. Disponible en <<http://www.davara.com/documentos/relacionados/propiedad/R138303CE.pdf>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Reglamento 1891/2004 adopta las disposiciones del Reglamento 1383/2003 con el fin de definir, armonizar y uniformizar la aplicación de algunos de los arts. del Reglamento base que pueden dar lugar a interpretaciones divergentes o precisan aclaración respecto a los requisitos a solicitar para la correcta aplicación del Reglamento 1383/03. Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:328:0016:0049:ES:PDF>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Reglamento 44/2001 (UE). Disponible en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20070101:ES:PDF>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Reglamento (CEE) N° 3295/94. Disponible en <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=1422>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Reglamento (CEE) N° 3842/86. Disponible en <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=10331>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n° 2102 (XX), 20 diciembre 1965. Relativa al Examen de las Medidas que se Deberán Adoptar para Impulsar el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional Privado con Miras, en Particular, a Fomentar el Comercio Internacional. Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/222/40/IMG/NR022240.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Restatement of the Law, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes (2008), American

Law Institute, St. Paul (Minn.). Disponible en <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7687>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual (2009). Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/security/10-57129_Ebook_Suppl_SR_IP_s.pdf>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

TLC EEUU – Chile. Decreto Núm. 312. Santiago, 1 de diciembre de 2003. Disponible en <http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_vally072.pdf>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Tratado de la OMPI sobre Artistas intérpretes o ejecutantes y Productores de Fonogramas (WPPT, 1996). Disponible en <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/index.html>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Tratado sobre Derechos de Marcas (1994). Disponible en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/tlt/trtdocs_wo027.html>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Tratados de la OMPI de 1996 Sobre Derecho de Autor. Disponible en <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/index.html>>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

Tratado sobre Derecho de Patentes (2000). Disponible en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/plt/trtdocs_wo038.html>, fecha consulta: 12 diciembre 2011.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. EL PROBLEMA DE SU LEGITIMIDAD A LA LUZ DE ALGUNOS DE SUS DEFENSORES Y DETRACTORES*

*Criminal Law of the enemy. The
problem of its legitimacy in the light of
some of its defenders and detractors*

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ**

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis de lo que en doctrina se ha denominado *derecho penal del enemigo*, manifestación del derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características que dan vida a esta polémica forma de entender el ejercicio de la fuerza estatal. En ese contexto se efectúa una síntesis de diversas posturas, tanto a favor como en contra, de esta forma de entender el derecho penal, con especial énfasis en la recepción

* Este texto constituye una parte de la tesis titulada *Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley N° 20.000*, elaborada por el autor para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Penal y Director Académico del Diplomado en Derecho Aduanero, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. <rhrios@gmail.com>.

Artículo recibido el 15 de abril y aprobado el 11 de junio de 2012.

favorable que ha tenido la misma en nuestro país. Así, una vez presentado este escenario, y a modo de conclusión, asumir una postura en torno a la legitimidad de dicha concepción en los parámetros de un Estado democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal – Derecho penal del enemigo – Günther Jakobs – ciudadano – legitimidad

ABSTRACT: This article is an analysis on that in doctrine has been named *criminal law of the enemy*, manifestation of the Law that is characterized by a reduction of the barriers of affectation of the fundamental guarantees, advancement of the barriers of punishment, and a marked punitive rigor, between other characteristics that give life to this polemic way of understanding the exercise of the state force. In this context there is effected a synthesis of diverse positions, so much to favor as in against, of this way of understanding the criminal law, with special emphasis in the favorable receipt that the same one has had in our country. This way, once presented this scene, and like conclusion, to assume a position concerning the legitimacy of the above mentioned conception in the parameters of a Democratic Rule of Law.

KEY WORDS: Criminal law – Criminal law of the enemy – Günther Jakobs – citizen – legitimacy

INTRODUCCIÓN

En doctrina se ha denominado *derecho penal del enemigo* (DPE), a la manifestación del Derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características. Para entregar una imagen global de esta concepción presentaremos los enunciados fundamentales de quien acuñó este concepto, el profesor alemán Günther Jakobs. Acto seguido, para hacer de inmediato un contrapunto, expondremos algunas de las principales críticas y reacciones que han surgido, en distintas latitudes en el mundo académico. Así, expondremos los reparos formulados por Manuel Cancio Meliá, destacado como uno de los principales críticos al pensamiento de Jakobs en lo que dice relación con el DPE. Luego, pasaremos revista a los argumentos planteados por el destacado penalista alemán Bernd Schünemann, quien resta todo tipo de valor a este tipo de manifestación, en especial, por erosionar los cimientos del derecho penal en un Estado de Derecho. Hecho este contrapunto, interesante será mostrar la recepción favorable que esta tesis ha tenido en nuestro país. Para ello hemos escogido la visión de dos autores

nacionales, a saber, los trabajos de los profesores Juan Ignacio Piña Rochefort y Mario Schilling Fuenzalida, cuyas tesis constituyen excelentes muestras de lo anterior, con el adicional de que cada una de ellos construye su adhesión a la tesis de Jakobs desde posturas totalmente diversas. El primero, haciendo eco del aporte de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann –con el puente necesario para llegar al pensamiento de Günther Jakobs–, mantiene una fidelidad total a dicha visión funcionalista radical aplicada al Derecho. Por su parte Schilling Fuenzalida se aleja por completo del camino lógico planteado por Piña Rochefort, intentando buscar una legitimación al DPE desde la construcción teórica del filósofo alemán Hans Jonas, justificando su adopción y utilización en las sociedades actuales en aras de una mayor seguridad y paz social. Este recorrido por las distintas opiniones a nivel doctrinario será el aspecto central de la primera parte de nuestro trabajo.

Luego, en un segundo momento, se asumirá una posición en torno a la propuesta de admitir (y legitimar) un DPE como parte del derecho penal que hemos conocido históricamente, dando o no cabida a los postulados planteados por Günther Jakobs y sus seguidores, para lo cual necesariamente presentaremos nuestros reparos respecto de aquellas posturas presentadas en la primera parte que nos merezcan tal reflexión crítica, con especial énfasis en los aportes brindados por los autores nacionales seleccionados en este trabajo.

I. EL PLANTEAMIENTO DE GÜNTHER JAKOBS¹

De acuerdo al profesor Günther Jakobs, la afirmación (tradicional) de que los seres humanos se vinculan entre sí en cuanto personas a través del Derecho corresponde a *“una cómoda ilusión”*.² Cómoda en cuanto se abstiene de comprobar cuándo dichas relaciones son jurídicas o ajurídicas, e ilusoria en cuanto a que si un *“esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social”*.³ De igual forma, señala, ocurre respecto a la persona, en cuanto institución creada por el Derecho. Según Jakobs, *“si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinado por derechos y deberes–, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado*

¹ Las explicaciones que aparecen a continuación remiten, en lo esencial, a lo expuesto en JAKOBS y CANCIO MELIÁ (2003), texto que presenta la ventaja de haber sido concebido por sus autores precisamente con el fin de exponer el concepto de DPE, así como algunas de las objeciones al mismo.

² *Idem.*, p. 13.

³ *Ibidem.*

cognitivamente"⁴, interpretación que transforma a dicho individuo en peligroso; es decir, en enemigo.

Entrando en materia penal en propiedad, el profesor Jakobs procede a desglosar los elementos del concepto de DPE partiendo por lo que entiende por pena a este respecto. Pena es coacción de diversas clases; primero, en cuanto portadora de significado, de respuesta al hecho de una persona natural en cuanto desautorización de la norma, haciendo irrelevante dicha desautorización y confirmando la norma, siendo, en consecuencia, tanto el hecho como la coacción medios de interacción simbólica. La pena, no obstante, no sólo significa (algo), sino que también produce algo físico: un efecto de aseguramiento, a través de la prevención especial que supone el lapso efectivo de la pena privativa de libertad; en este ámbito, la pena no pretende significar nada sino ser efectiva, dirigiéndose no contra la persona del infractor –en cuanto persona en Derecho– sino contra el individuo peligroso.

En tal sentido, Jakobs distingue una doble perspectiva, una que mira hacia el hecho pasado sometido a juicio –y la que referiría la pena en cuanto simbólica–, y otra hacia el futuro mediante la medida de seguridad, la cual no actúa como comunicación sino como lucha contra el peligro; por primera vez, Jakobs introduce la noción de DPE, por oposición al *derecho penal del ciudadano* donde la palabra *Derecho* significa algo distinto en cada caso.⁵ Así, Jakobs, "*denomina 'Derecho' al vínculo de personas que son titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con los enemigos no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del derecho penal*".⁶ De ello, Jakobs desprende que cualquier pena se dirige contra un enemigo, para lo cual esgrime antecedentes iusfilosóficos. En especial, se desprende lo anterior de autores que han utilizado la noción de contrato para fundamentar el Estado, representando al delito como una infracción al contrato, excluyéndose el delincuente de los beneficios de éste al excluirse de la relación jurídica.⁷

⁴ *Ídem.* p. 14.

⁵ *Cfr. Ídem.* pp. 14, 23 y 24. Diferenciación que no implica que el DPE deje de ser parte integrante del derecho penal.

⁶ *Ídem.*, pp. 25 y 26.

⁷ Así ROUSSEAU señala que el malhechor que ataque el *derecho social* deja de ser miembro del Estado al hallarse en guerra contra éste y se le hace morir "*más como enemigo que como ciudadano*". Por su parte –continúa *Ídem.*, pp. 26 y 27– en FICHTE se observa un planteamiento similar, en el cual "*quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano,*

Esbozando una crítica a dichos planteamientos iusfilosóficos, Jakobs señala que al separar radicalmente al ciudadano y su Derecho, por un lado y al injusto del enemigo por otro, los conceptos de Rousseau y Fichte son demasiado abstractos. El ordenamiento jurídico, sostiene Jakobs, ha de mantener al criminal dentro del Derecho por una doble razón: el delincuente tiene el derecho de arreglarse con la sociedad, ante lo cual deberá mantener su *status* de persona; y tiene el deber de reparación, deber que emana también de su condición de persona, no pudiendo por lo demás arbitrariamente desvincularse de la sociedad a través de su hecho.⁸

Jakobs, a continuación, expone el planteamiento de Kant, indicando que éste, al *“hacer uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado, ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal”*.⁹ Señala Jakobs que en la concepción de Kant *“toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana”*.¹⁰ De esta forma, todo aquél que se resista a entrar a dicha constitución debe ser expelido (o impelido a la custodia de seguridad), pero pudiéndosele tratar, en todo caso, como a un “enemigo”.¹¹ De esta forma, tanto Hobbes como Kant despersonalizan a quien amenaza la constitución existente¹², lo que implica que ambos reconocen una distinción entre el derecho penal del ciudadano y el DPE, reconociéndole al ciudadano su *status* de persona y desconociéndosela al enemigo. Para Jakobs, no obstante, ambos son “Derecho”, en sentidos disímiles: partiendo del supuesto de que tanto el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos peligrosos, como los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado las medidas respectivas que garanticen su derecho a la seguridad, Jakobs sostiene que el *“reo de alta traición”* de Hobbes y aquél que *“permanentemente amenaza”* de Kant no se encuentran contenidos dentro de este último derecho, lo que conceptualiza en la fórmula *“el derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el DPE el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, basta llegar a la guerra”*.¹³

y pasa a un estado de ausencia completa de derechos”; siendo la ejecución del culpable, coherentemente, no una pena sino una medida de seguridad.

⁸ *Ídem.*, p. 28. En definitiva se le resta el efecto comunicativo que lleva aparejada la realización del delito, entendiendo la misma como una forma de manifestación, de parte del ejecutor, apta para desligarse socialmente.

⁹ *Ídem.*, p. 30.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ídem.*, p. 31.

¹² *Ídem.*, p. 4.

¹³ *Ídem.*, pp. 32 y 33.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del DPE, Jakobs plantea dos posibles limitaciones, a saber, que el Estado no excluye al enemigo sometido a custodia de seguridad de su condición de propietario de cosas, y que asimismo puede contenerse en su libertad de hacer todo lo que puede en su contra, dejando abierta la posibilidad de un acuerdo de paz. No obstante, ello no modifica el hecho de que la medida contra el enemigo no significa nada, sino que es pura coacción; en resumen, el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma; el DPE combate peligros.¹⁴ Ahondando en su conceptualización, Jakobs, basándose en el concepto de *ius naturale*¹⁵ de Hobbes, parte sosteniendo que aquel estado de naturaleza nada tiene en común con el delito, pues no existiendo un orden definido de manera vinculante, dicho orden no puede ser quebrantado, es decir, no existen las condiciones de posibilidad para la realización de delito alguno. Es sólo en el Estado que el delito es posible, cuando “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”.¹⁶ El delincuente no pretende derrumbar al Estado o sus instituciones; de hecho, aspira a la protección de la vida y la propiedad que el Estado ofrece¹⁷, comportándose de manera autocontradictoria, o, como sostiene Jakobs, “optando (...) por un mundo insostenible, y ello no sólo (...) desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano teórico”.¹⁸ En consecuencia, el Estado moderno no ve al delincuente como un enemigo, sino como a un ciudadano que ha dañado la vigencia de la norma, lo que debe equilibrarse mediante la pena que restablezca dicha vigencia, “mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que (...) mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma”.¹⁹

Para que lo anterior tenga sentido debe esperarse que el autor, aparte de su hecho, ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, que actuará en fidelidad con el ordenamiento jurídico. En palabras de Jakobs, “del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera

¹⁴ *Ídem.*, p. 33.

¹⁵ En el cual, *Ídem.*, p. 34, sólo hablamos de un *ius* así denominado, pero en el cual no existe correspondencia con ninguna *obligatio*, siendo sólo una denominación de un estado normativamente ilimitado y sólo circunscrito por la violencia física de cada individuo.

¹⁶ *Ídem.*, p. 35.

¹⁷ Conforme *Ibidem.*, pone el ejemplo del sobrino que mata a su tío por la herencia, quien precisamente desea hacerse valer de una institución civil, como es la sucesión por causa de muerte, lo cual obviamente presupone la permanencia y no el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ídem.*, p. 36.

completamente contrafáctica, tampoco la personalidad".²⁰ Así como respecto a la vigencia de la norma, aquélla necesita de cierta corroboración cognitiva para ser real, en el sentido de que la conducta conforme a la norma, y no su infracción, debe ser lo esperable en lo fundamental de las demás personas²¹, lo mismo ocurre respecto a la personalidad del autor del hecho delictivo, es decir, ésta tampoco puede mantenerse de manera puramente contrafáctica, sin corroboración cognitiva. En particular, Jakobs entiende dicha corroboración como *"no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción o insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito"*.²² Jakobs sostiene, remitiendo al ejemplo de la custodia de seguridad, que es apreciable que en muchas reglas de Derecho se disminuye la tendencia a tratar como persona a quien defrauda de manera duradera la expectativa sobre su comportamiento personal. Ello además se demuestra en que el legislador ha pasado abiertamente a una legislación "de lucha" en diversos ámbitos –criminalidad económica, narcotráfico, terrorismo, crimen organizado, etc.–, combatiéndose en estos casos a individuos que en su actitud *"se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona"*.²³ En este punto Jakobs ve un paralelo con la diferenciación kantiana entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza, porque en estos casos no se trata de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro; adelantándose la punibilidad al ámbito de la preparación y dirigiéndose la pena al aseguramiento de hechos futuros más que a la sanción de los cometidos.²⁴ Ulteriormente, *"el individuo que no admite ser obligado a entrar a un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona"*²⁵, dándose que el estado de naturaleza es uno de ausencia de normas, determinando qué es norma quien gana la guerra y debiendo el perdedor someterse a dicha determinación.

Intentando clarificar estas cuestiones, y tomando como punto de partida los hechos ocurridos el día 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica, el profesor Jakobs aborda la dificultad de tratar como persona

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ídem.*, p. 37. Cfr. con la concepción de KANT.

²² *Ídem.*, p. 38.

²³ *Ídem.*, p. 40.

²⁴ *Ibidem.*, reconstruye la reflexión del legislador del siguiente modo: *"El otro me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] (statu iniusto), que me amenaza constantemente"*.

²⁵ *Ibidem.*

que actúa erróneamente al terrorista en vez de como a un individuo peligroso. Jakobs no niega que el terrorista pueda ser representado como delincuente por parte del Estado que declare que sus hechos son delitos, pero, según Jakobs, debe inquirirse si *"la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura –precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona– que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada"*²⁶, declarando que, de hacerse de ese modo, no ha de sorprender que se mezclen los conceptos *guerra* y *proceso penal*²⁷ o dicho de otro modo, quien no quiera privar al derecho penal del ciudadano de su vinculación a la noción de Estado de Derecho debiera reconocer como diverso aquello que hay que hacer contra los terroristas, es decir, DPE, *"guerra refrenada"*.²⁸ En síntesis, para Jakobs el derecho penal reconoce dos polos: el trato con el ciudadano y el trato con el enemigo. En el primero se espera hasta que el ciudadano exteriorice su hecho para reaccionar; en el segundo, se intercepta al enemigo en un estadio previo.²⁹

En cuanto a las implicancias procesales de esta polarización, expone Jakobs que éstas pueden verse tanto en la caracterización del procesado como *"sujeto procesal"* como en la *"desnuda coacción"* a la que el procesado es sometido.³⁰ Al respecto, sostiene Jakobs, ello ocurre *"no porque el imputado deba asistir al proceso –también participa en el proceso una persona imputada, y por convicción–, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento"*.³¹ La coacción, coherentemente con lo planteado, no es hacia la persona, que *"no oculta pruebas ni huye"*, sino hacia el individuo, quien puede poner en peligro el resultado del proceso, actuando a ese respecto como un enemigo.³² De igual modo que en el derecho penal sustantivo, señala Jakobs, *"estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados (...) son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado,*

²⁶ *Ídem.*, pp. 41 y 42.

²⁷ *Ídem.*, p. 42.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Conforme a *Ídem.*, p. 43, Jakobs pone el ejemplo del homicidio en el Código Penal alemán (StGB), §§ 21, 22, el autor comienza a ser punible sólo cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo; por oposición, en el caso del cabecilla de una asociación terrorista, quien resulta punible desde que funda la asociación, es decir, eventualmente años antes del hecho (StGB, § 129 a).

³⁰ *Ídem.*, p. 44.

³¹ *Ídem.*, pp. 44 y 45.

³² *Ibidem.*, pone los siguientes ejemplos extraídos del Código Penal Alemán: la prisión preventiva (StGB, §112, 112 a), la extracción de sangre (§81 a) la intervención en las comunicaciones (§100 a), otras investigaciones secretas (§100 c) y la intervención de agentes encubiertos (§110 a).

*siendo las regulaciones más extremas aquellas que se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas”.*³³

Recapitulando, Jakobs sostiene que el trato del delincuente como persona que ha cometido un error o como individuo al que ha de impedírsele mediante coacción que destruya el ordenamiento jurídico son dos perspectivas que tanto pueden ser legítimas como *“usadas en el lugar equivocado”*.³⁴ No obstante, la construcción de la persona de manera contrafáctica no puede ser permanente, al punto que quien no presta *“seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal”* no sólo no puede, sino que no debe ser tratado como persona, pues vulnera el derecho a la seguridad de las demás personas. Por tanto, sólo el DPE puede tratar con aquellos individuos que se niegan a entrar en una constitución ciudadana. Sin embargo, Jakobs objeta la inclusión de *“líneas y fragmentos”* de este DPE en el derecho penal general, creándose un DPE *“superfluo”* que amenaza de igual manera, v. gr., al presunto terrorista que a cualquier autor de un delito.³⁵ Insistiendo en la necesidad de entender como persona sólo a quien ofrece *“una garantía suficiente de un comportamiento personal”*, en íntima conexión con el fundamento cognitivo del ordenamiento jurídico, en cuanto realmente vigente y no meramente ideal, Jakobs expone la común suposición de la existencia de un *“orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena”*³⁶, siendo ejemplos de ello los Tribunales para la ex Yugoslavia, el

³³ *Ídem.*, pp. 45 y 46, señala los parágrafos 31 y siguientes de la ley introductoria de la Ley de organización de los órganos judiciales (EGGVG) alemana. Un ejemplo atingente en este punto sería lo ocurrido a partir de los eventos del 11 de septiembre de 2001, en palabras de JAKOBS: *“en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento –y sólo hasta el momento– no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros –¿Delincuentes? ¿Prisioneros de guerra?– muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra”*.

³⁴ *Ídem.*, p. 47.

³⁵ *Ibidem*, expone al respecto la evolución de la preparación del delito en los códigos alemanes, desde la no punición de la preparación en los Códigos penales prusiano de 1851 y del Reich (RStGB) en 1871, pasando por la introducción en 1876 del parágrafo 49 a, sobre actos de preparación de delitos gravísimos, agravado el año 1943 –es decir, en la época nacionalsocialista– que vinculó la pena a la del delito planeado; regulación vigente a la fecha de que Jakobs escribiere el texto que nos ocupa.

³⁶ *Ídem.*, p. 51.

Estatuto de Roma, etc.; respecto a lo cual Jakobs argumenta que dicha pena es más una instancia de creación de vigencia de la norma que de su mantenimiento. Luego, respecto a los autores de vulneraciones de derechos humanos, quienes no ofrecen seguridad suficiente de ser personas se puede hacer todo lo necesario para asegurar el estado comunitario-legal, conduciéndose a su respecto la guerra y no acciones de policía. Jakobs concluye que, al tratarse al autor como persona, o sea, de igual modo que a cualquier delincuente en cuanto ciudadano y bajo el pretexto de mantener la ficción de la vigencia de los derechos humanos, se encubre que en realidad se crea un orden en vez de mantenerlo –el orden “comunitario-legal” de una Constitución mundial– que no aplica penas contra personas culpables sino que persigue enemigos, en este caso de la vigencia de los derechos humanos; realidad que Jakobs considera debe ser llamada por lo que es: un DPE.³⁷

1. Reacciones al planteamiento de Jakobs

Como es de esperarse, las reacciones contra el concepto de DPE han sido vigorosas³⁸ y desde los más variados puntos de vista. A continuación se expondrán un par de objeciones, lo cual permitirá dar una visión más amplia del tema en debate, destacando en este apartado los trabajos realizados por Manuel Cancio Meliá, cuya obra se ha presentado como una de las más críticas en relación con la adopción de un modelo de DPE, y las argumentaciones del profesor alemán Bernd Schünemann, quien contribuye desde el plano dogmático a deslegitimar la adopción de esta manera de entender el derecho penal en la actualidad.

A) MANUEL CANCIO MELIÁ

El profesor Manuel Cancio Meliá ha señalado el contexto “*de expansión*” en que parece moverse el derecho penal moderno. Esta expansión corresponde a una de los supuestos de criminalización previa a la lesión de bienes jurídicos, acompañada de penas muy altas, conduciendo a un derecho penal de la puesta en riesgo, de rasgos antiliberales. Esta evolución presenta dos vertientes, que Cancio Meliá caracteriza bajo las denominaciones *derecho penal simbólico*

³⁷ *Ídem.*, p. 55.

³⁸ Si bien las referencias a las que se puede acudir son muy numerosas, en esta oportunidad se ha trabajado con una selección de las que han parecido ilustrar mejor la resistencia que ha despertado el concepto de DPE. Por de pronto –y como se había adelantado– resulta obvio referirse primero a la exposición de Cancio Meliá, que presenta la inestimable ventaja de encuadrarse dentro de un diálogo articulado *ex profeso* con el profesor Jakobs para el debate del concepto que nos ocupa.

y *resurgir del punitivismo*, que considera nucleares en el DPE.³⁹ Sobre lo que denomina *derecho penal simbólico*, señala que si bien los elementos de interacción simbólica son inherentes al derecho penal⁴⁰, entiende por dicha caracterización el que persigue como objetivo dar “*la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*”, es decir, en la que prima la función latente sobre la manifiesta.⁴¹ La preeminencia de dicha función se ve en la criminalización de meros actos de comunicación en diversos sectores de la regulación. Luego, lo que Cancio Meliá denomina como *resurgir del punitivismo*, busca tanto la introducción de nuevas normas penales que sí sean aplicadas, como la intensificación de la aplicación de las normas ya vigentes.⁴² Este movimiento gira de dirección respecto al movimiento despenalizador en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, suponiendo “*el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal*”.⁴³ Lo novedoso de este resurgimiento, según Cancio Meliá, es que por primera vez parece ser transversal, en el sentido de no corresponder al viejo eje izquierda política/demandas de descriminalización – derecha política/demandas de criminalización.⁴⁴ Los dos fenómenos descritos, continúa el profesor español, no pueden ser operativamente distinguidos con nitidez, toda vez que la introducción de legislación punitivista tiene inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal, sin perjuicio de lo esencial de la motivación simbólica del legislador; y viceversa, las normas “simbólicas” pueden perfectamente dar lugar a procesos penales “reales”.⁴⁵ El derecho penal “simbólico” no se detiene sólo en la identificación de un “hecho”, sino también (o más bien sobre todo) en un específico tipo de autor que no es definido como un igual, sino como otro. A la norma, que persigue esta definición de un “otro”, excluido de la identidad social, se asocia un punitivismo incrementado. Ambos rasgos unidos permiten entender el surgimiento del DPE.

Entre los posibles enfoques críticos, en primer lugar cabe recurrir a fundamentos externos a lo jurídico penal, en razón de constitucionalidad; en segundo lugar, cabe referirse a consideraciones fácticas en cuanto a su

³⁹ *Ídem.*, p. 64.

⁴⁰ *Ídem.*, p. 67 indica que CANCIO MELIÁ menciona enfoques como el de la criminología crítica y el de la prevención general positiva, por citar ejemplos disímiles.

⁴¹ En virtud de *Ídem.*, p.68 la expresión es de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ citado por CANCIO MELIÁ.

⁴² *Ídem.*, p. 69.

⁴³ *Ídem.*, p. 75. *Vid.* el caso extremo, descrito por CANCIO MELIÁ, de la regla estadounidense del *third strike* (cadena perpetua efectiva en caso de tres condenas criminales sucesivas).

⁴⁴ En lo señalado en *Ídem.*, pp. 70 a 75. *Vid.* la exposición de Cancio Meliá sobre el caso de la derecha e izquierda en términos políticos en España.

⁴⁵ *Ídem.*, p. 76.

efectividad preventivo-policial.⁴⁶ No obstante, Cancio Meliá se concentra en una tercera esfera de cuestionamiento, en cuanto a si el DPE –existente fácticamente– forma parte conceptual del derecho penal moderno.⁴⁷ Para negar dicha posibilidad, es decir, para delimitar nítidamente ambos conceptos, plantea la existencia de dos diferencias estructurales. La primera crítica sostiene que el DPE supone una reacción internamente disfuncional, en cuanto a la función de la pena. Dicha reacción ignora que la percepción social de los riesgos no guarda relación con su dimensión real. De los posibles “enemigos” –terroristas, narcotraficantes, etc.– no se desprende que alguno pueda seriamente poner en cuestión los fundamentos de la sociedad, al menos, sostiene Cancio Meliá, en los términos militares o cuasi-militares en que se plantea dicha condición de “enemigos”, lo que resulta patente si se compara en su dimensión meramente numérica las lesiones de bienes jurídicos producidas por las conductas catalogadas dentro del DPE con aquellas de mucho mayor masividad y sin embargo consideradas “normales”. Por tanto, ha de buscarse en otra parte la fundamentación de la concepción de Jakobs. Para Cancio Meliá, la respuesta remite a *“comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión”*⁴⁸, pero precisamente no por un riesgo fáctico exacerbado sino en un plano simbólico, en el que resulta crucial la relación entre norma y su quebrantamiento. En tal sentido, sostiene que los supuestos de conducta de “enemigos” se refieren al quebrantamiento de normas que versan sobre configuraciones sociales esenciales, pero especialmente vulnerables; así, el punitivismo, v.g., en materia de drogas arranca de la debilidad de la fundamentación axiológica y la poca efectividad de las políticas respectivas; en materia de crimen organizado, de su capacidad de infiltración en el tejido político y económico, amenazando al propio sistema institucional, etc.⁴⁹

De lo anterior, Cancio Meliá desprende una crítica al DPE, en cuanto a que si las conductas frente a las que responde (el derecho penal) afectan a elementos especialmente vulnerables de la configuración social, la respuesta jurídico-penal funcional no puede estar en un cambio de paradigma, sino precisamente en la manifestación de normalidad, es decir, en la reacción proporcionada según los criterios de un sistema jurídico-penal “normal”, negándosele al infractor la capacidad de cuestionar los fundamentos que amenaza, dejando fuera de su alcance la posibilidad de autoexclusión en cuanto “enemigo” por ser su cualidad de persona una atribución del Estado; en términos de Cancio

⁴⁶ *Ídem.*, p. 89.

⁴⁷ En *ídem.*, pp. 91 y ss., resulta interesante la discusión que plantea Cancio Meliá.

⁴⁸ *Ídem.*, p. 95.

⁴⁹ *Ídem.*, p. 97.

Meliá, “no cabe admitir apostasías del status de ciudadano”.⁵⁰ Por ello, cabe afirmar que el DPE es disfuncional porque reconoce la competencia normativa del infractor, en vez de negársela; la demonización de los autores es lo que precisamente da resonancia a sus hechos.⁵¹

B) BERND SCHÜNEMANN⁵²

Bernd Schünemann, profesor de la Ludwig-Maximilians-Universität München, ha desarrollado una importante crítica a los planteamientos formulados desde el funcionalismo sistémico de parte de Günther Jakobs, en lo que dice relación con el DPE.⁵³ Señala que Jakobs realiza una diferenciación entre las categorías de DPE y aquel correspondiente al ciudadano, mostrando a ambos como modelos ideales, que en la práctica no se presentan de manera pura, sino que se plasman de manera combinada, dependiendo de las decisiones que se tomen en cada Estado. Luego, Schünemann realza los rasgos característicos del DPE de Jakobs, indicando, como primero de dichos rasgos, que en él se presenta una “anulación de la posición de sujeto de derecho de todos aquellos ciudadanos que hayan sido caracterizados como enemigos por algún representante del poder estatal”⁵⁴, dando como ejemplo de esta primera constatación los casos de Estados Unidos de América e Israel, en relación a la forma en que se han desenvuelto en Guantánamo y Palestina, respectivamente.⁵⁵ Luego, nos señala que Jakobs sostiene que los enemigos deben ser tratados como “no-personas actuales”, lo cual implica en consecuencia un trato que no diferiría con el tratamiento que tendría que dárseles a los animales salvajes. Ante esto, Schünemann replica con dureza. El Estado al hacer uso de la fuerza en estas condiciones, el reproche del análisis debe centrarse en él, y no el presunto terrorista, por cuanto al adoptar un decisión en este sentido

⁵⁰ *Ídem.*, pp. 97 y 98.

⁵¹ *Ídem.*, p. 100.

⁵² Tomamos como referencia los planteamientos esbozados en SCHÜNEMANN (2010).

⁵³ *Ídem.*, pp. 153 y 154 señala que “Mientras que Günther Jakobs primeramente había presentado su concepto del DPE sólo a grandes rasgos, en el año 2003 publicó un artículo de doctrina más detallado sobre “Derecho penal del ciudadano y de Derecho penal del enemigo”, tanto en Alemania como en España. En efecto, la publicación no sólo ofrece claridad sobre la propia posición de Jakobs, sino también ha convertido el término DPE, tan discutido y criticado en los últimos años, en una categoría filosófico-jurídicamente elaborada. Ahora también se puede ubicar esa categoría claramente en la historia, a través de las líneas vinculantes que Jakobs tan sutilmente ha trazado con la Filosofía del Derecho de la Ilustración”.

⁵⁴ *Ídem.*, p. 145.

⁵⁵ *Ídem.*, pp. 145 y 146 sostiene que ambos países practican este derecho penal del enemigo, “los Estados Unidos de América lo han practicado en Guantánamo, e Israel lo practica en Palestina aún más radicalmente a través de una guerra selectiva no disimulada, con asesinatos de presuntos terroristas y de aquellos que se encuentran en sus cercanía”.

para combatir este tipo de peligros, sería el propio Estado quien estaría cayendo "al nivel de un animal salvaje"⁵⁶, y en ese plano, el actuar estatal carecería de toda legitimidad.⁵⁷

Acto seguido, Schünemann crítica el enfoque que Jakobs hace a la hora de determinar el objeto de combate en el contexto del DPE, por cuanto el profesor de la Universidad de Bonn instaría por una lucha contra enemigos basada en amenazas de penas previamente formuladas (exacerbadas), junto con un alto rigor en la aplicación de medidas a nivel procesal penal, todo basado en la condición de enemigo que ostenta aquel que realiza este tipo de conductas (crimen organizado, narcotráfico, terrorismo, entre otros). Así, para Schünemann el énfasis no debe estar puesto en el sujeto (enemigo para Jakobs), sino en el peligro específico asociado a conductas delictivas de crimen organizado, peligro que en definitiva requiere de acciones determinadas por parte del Estado para combatirlo, entre las cuales podría justificarse alguna reducción de garantías procesales penales, o bien que el legislador eleve el rigor penal de la sanción aplicable, pero todo en un contexto de respeto por las garantías y derechos que cimientan el derecho penal. En otras palabras, podría justificarse la adopción de medidas como las destacadas por Jakobs, pero sólo en la medida en que dicha justificación se base en al carácter del delito realizado, más no así cuando la decisión de adoptar tales medidas se base exclusivamente en el carácter de peligroso del sujeto –el enemigo– que realiza tal conducta, o bien que se dispone a realizarla.⁵⁸

En segundo término, Schünemann destaca otro rasgo del DPE como digno de llamar la atención, el cual vendría dado por la "extensión de los medios estatales de poder en el procedimiento penal".⁵⁹ Esta extensión de los medios de control a nivel penal, debe necesariamente –según Schünemann– enmarcarse en los parámetros del Estado de Derecho. La evolución de la respuesta penal ante esta nueva forma de criminalidad organizada, debe ser eso, una evolución, y no una involución en el camino recorrido y avanzado en torno al reconocimiento de derechos y garantías en el contexto del proceso penal⁶⁰, por ende la dificultad planteada es netamente un "problema de modernización de

⁵⁶ *Ídem.*, p. 146.

⁵⁷ Señala *Ídem.*, p.146 que esta situación "la legitimación del monopolio de fuerza estatal, que sólo puede ser establecido por el Derecho, se pierde".

⁵⁸ Como señala *Ídem.*, p. 147, "[p]or consiguiente, no se trata de modo alguno de la clase especial de individuos, sino del peligro específico del delito organizado como causa de una reacción específica del Estado necesaria que, a su vez, debe naturalmente ser controlada por el Estado de Derecho".

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ *Ídem.*, p. 149 indica que "Frente al delito organizado, incluyendo al terrorismo moderno, debe ser reforzada la fuerza instrumental de la justicia penal. Pero ese aumento del poten-

*la justicia penal como respuesta a una modernización del delito*⁶¹, por lo que la obtención de estas finalidades –en las cuales se enmarca esta ampliación de los medios de coerción tradicionales– debe hacerse siempre desde el “Estado de Derecho del derecho penal”.⁶² En este sentido, lo que Schünemann cuestiona de la concepción de Jakobs es esencialmente el tratamiento que se hace respecto del sujeto que es catalogado como enemigo. Crítica en particular su total anulación en cuanto sujeto procesal, dejando de lado una serie de garantías y derechos que deberían serle reconocidos en caso de no mediar esta condición de no-persona. Por ende, en caso que se acepte esta injerencia en la libertad del individuo⁶³, deben establecerse “controles que actúen ya en un momento en el que el afectado no pueda ser aún informado de la investigación iniciada en su contra, si es que no se quiere perder de entrada el éxito de las investigaciones”⁶⁴, con lo cual descarta cualquier concepción de protección absoluta respecto de derechos y garantías procesales penales.

Volviendo a la génesis de la concepción de Jakobs, Schünemann enfatiza que su principal desacuerdo estaría en la “*tesis central para la diferenciación normativa entre derecho penal del ciudadano y DPE*”⁶⁵ estableciendo que en el primer caso dicho derecho penal mantendría la vigencia de la norma, en cambio, en aquel enfocado en los enemigos, se combatirían derechamente peligros. Con este desacuerdo, Schünemann quiere destacar la vuelta atrás que significa adoptar la tesis de Jakobs en este punto, por cuanto ve en la idea de mantención de la vigencia normativa a través del derecho penal resabios de concepciones absolutas (retribucionistas) de la pena, dejando de lado lo que en esencia debe ser la tarea del derecho penal, a saber, proteger de manera preventiva bienes jurídicos, y, como consecuencia de ello, evitar peligros.⁶⁶

Ahora, desde una perspectiva empírica, Schünemann acomete contra la tesis de Jakobs concentrándose en las premisas que la sostienen. La principal de estas proposiciones asume que “*no todo delincuente es un opositor en*

cial de fuerza debe ser hecho soportable mediante una paralela extensión de las reservas de Estado de Derecho”.

⁶¹ Ídem., p. 147.

⁶² Ídem., p. 148.

⁶³ Se señala en SCHÜNEMANN (2010) pp. 149 y 150 que “[l]a criminalidad organizada depende de una comunicación interna elaborada, de modo que las tecnologías modernas para controlar la comunicación deben ser indefectiblemente incorporadas a los instrumentos de persecución penal, como ya ha ocurrido también en numerosos Estados. Sin embargo, ese amplio control de la comunicación social entraña, al mismo tiempo, peligros imprevisibles para la libertad del individuo”.

⁶⁴ Ídem., p. 150.

⁶⁵ Ídem., p. 161.

⁶⁶ Ídem., p. 162.

*general del orden jurídico, sino que existiría una propia categoría de individuos delincuentes que se habrían apartado del Derecho presuntamente de modo permanente, al menos en forma decidida".*⁶⁷ Este exceso de individualismo a la hora de analizar el comportamiento desviado, a criterio de Schünemann, resulta por lo menos llamativo, por cuanto Jakobs se ha caracterizado en su historia y desarrollo intelectual por un fuerte apego a la teoría de sistemas⁶⁸, lo cual no resulta coherente con esta visión individual del comportamiento, desprovista de las implicancias de las relaciones sistémicas que a partir de allí puedan generarse. Luego, estos delincuentes que se han apartado del Derecho⁶⁹ hacen que esta tesis se torne insostenible en términos semánticos, por la razón de que no existen personas que reúnan esta característica (orientadas de manera general en contra del sistema jurídico). Para refutar esto, Schünemann da un ejemplo en el plano de la criminalidad organizada, destacando el hecho de que *"un jefe de la mafia puede ser un marido y padre que atiende las disposiciones del derecho de familia"*⁷⁰, con lo cual se muestra, en un caso extremo, cómo un delincuente –que objetivamente podría ser catalogado como enemigo, siguiendo los parámetros entregados por la tesis del DPE– sí en otros aspectos de su desarrollo como persona responde de manera satisfactoria a las expectativas normativas que sobre él recaen, y que en el caso del ejemplo, dicen relación con obligaciones legales de familia, lo cual derrumba, ya sea a nivel fáctico o bien a nivel psicológico, la pretensión de Jakobs de que existirían personas que estarían orientadas de manera general en contra del Derecho.

Por lo anteriormente señalado, Schünemann es de la idea categórica de rechazar al DPE como una manifestación del derecho penal. Haciendo la advertencia de que dicho rechazo no conlleva en lo absoluto la proscripción de todas aquellas medidas que surjan desde el Estado para combatir delitos graves como lo son aquellos asociados al crimen organizado, terrorismo o narcotráfico, entre otros, básicamente para no pasar por alto el mayor peligro que tales conductas llevan aparejado, *"por eso, la sospecha de un delito más grave justifica medidas más intensas de investigación, del mismo modo que su prueba legítima una pena más grave. Sin embargo, también con un delito grave*

⁶⁷ *Ídem.*, p. 163.

⁶⁸ Aquí en RODRÍGUEZ y ARNOLD (2007) p. 130, la referencia habría que entenderla hecha a la Teoría de Sistemas Sociales de Niklas LUHMANN, quien *"plantea la hipótesis de que las sociedades modernas, incluida la sociedad mundial, están constituidas a nivel estructural por sistemas especializados en cuanto a sus funciones, ya sea en problemas o en formas típicas de reducción de complejidad. Se trata, por consiguiente, de sistemas sociales autorreferenciales y autopoieticos, donde se autoproducen los elementos (comunicaciones, decisiones, temas, etc.), con los cuales se producen los elementos que los reproducen. Es decir son sistemas cerrados y autónomos"*.

⁶⁹ *"Personas básicamente delincuentes"* como las cataloga JAKOBS.

⁷⁰ SCHÜNEMANN (2010) p. 164.

queda siempre dotado el inculpado de derechos y recursos jurídicos propios. Él queda como ciudadano, aun cuando recaiga sospecha en su contra de que se ha comportado de modo enemigo. En un Estado de Derecho no puede existir un enemigo como no-persona".⁷¹

2. Posturas a favor del DPE

A continuación revisaremos dos posiciones doctrinarias que desde distintas esferas buscan justificar y legitimar entre nosotros los planteamientos de Günther Jakobs en relación al DPE. Primeramente nos avocaremos a exhibir los argumentos del profesor Juan Ignacio Piña Rochefort, quien desde una posición funcional-estructuralista mantiene un hilo conductor con el pensamiento de Jakobs, respondiendo a la misma matriz desde la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann. Luego, sintetizaremos los principales aspectos de la tesis de Mario Schilling Fuenzalida, quien desde una perspectiva totalmente distinta a las anteriores, busca una legitimación para el DPE desde la ética de Hans Jonas, en base al principio de responsabilidad estatal y la heurística del temor.

A) JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT

Desde una perspectiva funcional-estructuralista, Juan Ignacio Piña elabora una postura de defensa de la concepción del DPE de Jakobs, tomando como principales argumentos las herramientas conceptuales de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann.⁷² La tesis del profesor Piña, la rescata desde el libro de su autoría, titulado *Derecho penal. Fundamentos de la responsabilidad* (2010), siendo con esto uno de los pocos autores nacionales que han tomado postura sobre el tema, y en particular, una posición a favor de los alcances del concepto de DPE. Veamos a grandes rasgos en qué consiste la defensa de Piña Rochefort. En primer término sitúa la discusión en torno a esta manifestación del derecho penal y una eventual tensión con el principio de igualdad. Antes de esbozar una respuesta ante esta interrogante, Piña opta por una vertiente descriptiva para abordar la existencia del DPE, señala que estamos ante "*un episodio de*

⁷¹ *Ídem.*, p. 166. GARCÍA (2006) p. 926, al hacer referencia a la crítica realizada por Schünemann señala que el autor alemán considera la formulación del Derecho penal del enemigo como incorrecta ya desde el plano analítico y reprochándole ser consecuencia de aquella circularidad propia de la dogmática penal a la que califica de ausente de consecuencias.

⁷² Para adentrarse en la teoría del profesor de la Universidad de Bielefeld, puede consultarse el trabajo elaborado por los discípulos de Luhmann, RODRÍGUEZ y ARNOLD (2007). También útil como introducción al pensamiento luhmanniano, podemos citar el Glosario, elaborado por los profesores CORSI *et al.* (1996). Sin perjuicio de lo anterior, si se quiere directamente adentrarse en las tesis más importantes del profesor alemán, puede consultarse su obra traducida al español LUHMANN (1998) y el trabajo realizado por GIMÉNEZ (1993).

nuestra realidad legislativa y político-criminal, (que) es innegable (...) la afirmación de que actualmente parece existir –y difundirse vertiginosamente– un sector del derecho penal que incorpora en su regulación consideraciones que calzan con este concepto es difícil de negar".⁷³ Luego, al igual que todo autor que decida adentrarse en el tema, realiza una síntesis de los aspectos centrales que caracterizan al DPE⁷⁴, para luego constatar que dicha tesis ha sido objeto de abundantes críticas en sus afirmaciones descriptivas (existencia del DPE) y valorativas (legitimidad de esta manifestación del derecho penal).

Asumiendo que el DPE existe, Piña Rochefort, se enfoca en torno a la legitimidad de dicha manifestación, para ello indica que se hace necesario afrontar de manera previa dos temas: "(a) cómo se construye el DPE y (b) Si su construcción surte efectos en el resto de las estructuras del Derecho penal".⁷⁵ Acto seguido, destaca la afirmación (crítica) de uno de los principales opositores de la posición de Jakobs, a saber, Manuel Cancio Meliá, en cuanto éste señala que "*desde la perspectiva del sistema jurídico-penal actualmente practicado, el concepto de DPE sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-Derecho penal presente en las legislaciones positivas*"⁷⁶, ante lo cual Piña agrega un "*por ahora*", advirtiendo con ello que es cosa de tiempo para que esta forma de legislar pase a ser –legítimamente hablando– parte del derecho penal. Es más, desde la constatación de la adopción de estas técnicas legislativas (la que reúne las características del DPE) se puede observar claramente una reconfiguración del sistema jurídico penal "*mediante la reconfiguración de estructuras que éste utiliza en sus operaciones*"⁷⁷, lo cual no es más que la forma normal en la cual los sistemas se reestructuran, y el sistema jurídico-penal no es la excepción. Ahondando en esta reestructuración sistémica, agrega que la estructura de "persona" se está reconfigurando desde el momento en que se ha dado un reconocimiento a la figura del *Hostis* como un "*entorno no deseado*". Esta reconfiguración

⁷³ PIÑA (2010) p. 233.

⁷⁴ *Ídem.*, pp. 233 y 234 señala que "[l]as características del DPE ya han sido sintetizadas adecuadamente: (a) en él puede encontrarse un amplio adelantamiento de la punibilidad (b) asociada a penas desproporcionadamente altas (y que no consideran relevante esa anticipación para reducirla) y (c) flexibilización o supresión de determinadas garantías procesales".

⁷⁵ *Ídem.*, p. 234 indica que para abordar una interrogante acerca de la legitimidad del Derecho penal del enemigo pueden usarse diversos caminos, citando para ello por ejemplo, líneas argumentales referidas a semánticas externas (como la *dignidad humana* o *derechos fundamentales*) las cuales obstarían insubsanablemente a la legitimidad de una construcción de esta naturaleza (y que han sido las bases argumentativas de mayor peso a la hora de criticar la concepción de JAKOBS).

⁷⁶ Citado por *Ídem.*, nota al pie n° 862, p. 234.

⁷⁷ *Ibidem.*

opera como tal, a pesar de que se busque restringir la estructura de *Hostis* a “malhechores archimalvados”, pasando este *Hostis* a ser la excepción del concepto de “persona”, es decir, al definir “persona” tendremos presente la exclusión de este concepto de aquellos que identifiquemos como *Hostis*, es decir, con exclusión de la estructura de “enemigo”.⁷⁸

Luego, Piña utiliza un argumento en pos del DPE basándose en su potencialidad. Así sostiene que “cualquier afirmación que cuestione que el llamado DPE pueda formar parte conceptualmente del derecho penal, debe considerar que ello es una pregunta que tiene sentido en este momento pero que es posible que en un futuro deba contestarse con un sí rotundo. La presencia de su lógica, si bien aislada, no será posible de mantener en una ‘cuarentena’ permanente pues ya en los episodios en los que aparece reconfigura estructuras del sistema jurídico-penal”.⁷⁹ Acto seguido, lanza el siguiente pronóstico: “Si el DPE es un derecho penal de autor y no del hecho, quiere decir que nuestro derecho penal está reconfigurando sus estructuras de imputación al autor (aunque recién asistamos al comienzo de dicho proceso)”.⁸⁰ Este proceso en génesis, tiene claro eso sí el lugar y rol que le corresponde a aquel que es catalogado como enemigo. Estos enemigos, a la luz de la tesis del DPE, son pura

⁷⁸ *Ídem.*, p. 234.

⁷⁹ *Ídem.*, pp. 234 y 235.

⁸⁰ Señala PIÑA (2010) p. 235 que “[a] mayor abundamiento, cuando se denuncia que la cualidad de persona, en cuanto “atribución” corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana y que no puede haber “exclusión” sin ruptura del sistema, parece no repararse en que la propia cualidad de persona es la que se está reconfigurando “incorporando la exclusión”. Más que ruptura del sistema, hay que temer a su reconfiguración sobre la base de nuevos conceptos de enemigo y persona.

"contingencia⁸¹ generadora de riesgo⁸²", por cuanto no ofrecen las garantías mínimas de seguridad cognitiva en relación a su comportamiento personal.⁸³

Ahora bien, en lo que dice relación a la categorización empleada por Jakobs para referirse a los enemigos como "no-personas", señala que no puede tomarse tan a la ligera esta afirmación, por cuanto a través de dicho concepto se permite reconfigurar el concepto de "persona", incorporando la "exclusión", cambiando para siempre lo que hemos venido entendiendo por "nuestro garantista y buen derecho penal liberal".⁸⁴ Luego, Piña invierte el argumento utilizado por los críticos del DPE, en cuanto a que éste debe concebirse fuera de los márgenes del derecho penal ordinario, por cuanto

⁸¹ *Ibidem.*, indica que "[l]a contingencia significa algo que puede o no ser. En el caso de la actividad humana, este problema está ligado al de la voluntad y la capacidad de negación. La eterna pregunta de la sociología, ¿cómo es posible la sociedad?, está íntimamente ligada al problema de la contingencia y a mecanismos tales como normas, valores, socialización, etc., cuyo objetivo central es el de reducirla (...) La contingencia es propiedad de los sistemas y está en relación con la gama de posibilidades de acción de que ellos disponen. El problema de la contingencia se encuentra, virtualmente, siempre presente cuando está dado un sistema psíquico que experimenta sus posibilidades de acción y la necesidad de actuar selectivamente con ellas (...) Luhmann toma el concepto de contingencia de Santo Tomás, para quien contingente es algo no necesario ni imposible. Remite, por consiguiente, a la impredecibilidad del comportamiento humano, es decir, a la experiencia que todo puede también ser distinto a lo esperado (...) Un hecho es contingente cuando es visto como selección entre otras posibilidades, las que, a pesar de la selección, de alguna forma permanecen en cuanto posibilidades". LUHMANN citado por RODRÍGUEZ y ARNOLD (2007) pp. 103 y 104, "[c]ontingente es aquello que no es ni necesario ni imposible; es decir, aquello que puede ser como es (fue, será), pero que también puede ser de otro modo. El concepto designa, por lo tanto, lo dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) a la luz de un posible estafo diferente; designa objetos en un horizonte de cambios posibles. Presupone el mundo dado, es decir, no designa lo posible en sí, sino aquello que, visto desde la realidad, puede ser de otra manera". Cfr. LUHMANN (1998a) pp. 115 y 116.

⁸² LUHMANN (1998b) p. 163 señala que "[e]l concepto de riesgo se refiere a la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares que se toman en el presente (decisiones que son tomadas sin tener conciencia de lo que sucederá en el porvenir), por consiguiente, es una forma para realizar descripciones presentes del futuro desde el punto de vista de que uno puede decidirse, en atención a los riesgos, por una alternativa u otra".

⁸³ PIÑA (2010) p. 235, siguiendo a Jakobs, señala que "su comportamiento (el de los enemigos) ya no es calculable conforme a las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Desde el momento que se les define en términos de posibilidades cognitivas, se les ha excluido de la cobertura normativa de 'persona' tal como se hace con un animal fiero o con un rayo. Desde ese momento cobra sentido y coherencia no adscribirle el estatus de persona, tal como no se incorporan en él a los animales o a los eventos de la naturaleza. Contra ellos no se re-estabilizan normas sino que se neutraliza la fuente de riesgos. El DPE es al enemigo lo que la jaula al tigre de Bengala o el pararrayos a la tormenta: pura neutralización".

⁸⁴ *Ibidem.*

de la constatación que se haga de cada aplicación de esta lucha contra los enemigos, tenemos que asumir, que lejos de estructurarse fuera de los límites del derecho penal, el DPE se consolida día a día como parte integrante de este proceso de reconfiguración de las fronteras del derecho penal (formando parte del mismo, y legitimándose como tal).⁸⁵ Concluye Juan Ignacio Piña que entonces el DPE primeramente no es un derecho penal que sea excepcional, y en segundo término, tampoco es un derecho dirigido a no-personas. Estas premisas deben ser dejadas de lado, por cuanto el enfoque principal no debe estar en los aspectos del DPE, ya que este si se ve la práctica cada día recibe mayor aplicación, por lo que es útil plantearse el hecho de que es el derecho penal "ordinario" el que ha cambiado, y dentro de esto, el concepto de persona ya no puede entenderse de la misma manera en la cual se la ha venido concibiendo, "si esto es deseable o no ya no es un asunto jurídico, sino de orden político (y la política no parece estar mayormente alarmada por esto). De este modo, el rechazo visceral del DPE por la mayoría de la doctrina no surte ningún efecto ni es capaz a estas alturas de controlar su consolidación silenciosa en el plano de las estructuras de imputación".⁸⁶

B) MARIO SCHILLING FUENZALIDA

Schilling desarrolla su tesis a lo largo de su obra *El nuevo Derecho Penal del Enemigo*.⁸⁷ Sostiene, ante la abundante y copiosa crítica que ha surgido en torno a la construcción teórica de Jakobs, que la expresión DPE "no es una expresión diabólica del Estado autoritario como se la pretendido pintar. Respeta el ordenamiento jurídico, es acorde con el respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho. Tal vez si Jakobs no hubiera utilizado las distinciones de 'persona y no-persona'; y la expresión 'enemigo', sus ideas no habrían provocado la ira internacional de los académicos".⁸⁸ Luego, nos presenta cuáles serían los fundamentos filosóficos del DPE, sintetizando los mismos en ocho premisas, a saber: "El derecho penal del ciudadano y el DPE se yuxtaponen como dos tendencias de un mismo derecho penal; El DPE es indicativo de una pacificación insuficiente tanto de los pacificadores como de los rebeldes; El DPE es, en todo caso, Derecho y no mera violencia estatal punitiva; En el

⁸⁵ Se señala en *Ídem.*, p. 236 "[c]ada vez que se toman en cuenta consideraciones excluyentes en el ámbito del Derecho penal sustantivo, del Derecho procesal penal o incluso del Derecho penitenciario, es el propio sistema el que refuerza la selección, consolidando la estructura 'enemigo' y reconfigurando todas las demás que tienen relación con él (desde el iter criminis hasta la proporcionalidad; desde las reglas probatorias hasta las privaciones de libertad durante los procesos judiciales; desde las normas de ejecución penitenciaria hasta la entronización de la dispersión de presos)".

⁸⁶ PIÑA (2010) p. 236.

⁸⁷ SCHILLING (2010).

⁸⁸ *Ídem.*, p. 190.

*DPE se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, en lugar de comunicación; El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico; Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; No todo delincuente es un enemigo; Los enemigos no son personas”.*⁸⁹ Schilling a partir de esta premisas –tomadas del planteamiento de Jakobs– busca la conexión de las mismas con el principio de responsabilidad desarrollado por Hans Jonas, intentando en definitiva (re)construir una tesis que permita legitimar el DPE desde la ética del Estado “en su rol de garante de la paz y seguridad individual de las personas”⁹⁰, y con especial énfasis en la prognosis de responsabilidad estatal en relación con las futuras generaciones. Aquí, sostiene Schilling, el riesgo ya no vendría dado por los avances tecnológicos, en los términos de una sociedad del riesgo en la nomenclatura de Ulrich Beck⁹¹, sino derechamente que el mismo provendría de una fuente social (no tecnológica) como lo sería la criminalidad contemporánea, lo cual redundaría en una reformulación del concepto de DPE desde una “dimensión ético-política”.⁹²

Para justificar el puente argumentativo entre la tesis de Jakobs y los postulados de Hans Jonas, Schilling hace un recorrido por los principales aspectos sostenidos por este último en su obra *El Principio de Responsabilidad. Ensayo para una ética en la civilización tecnológica*. A grandes rasgos, Schilling al citar a Jonas sostiene que éste encamina su ética “principalmente al peligro de destrucción de la vida humana ante el avance técnico, su preocupación no se asocia a los desarrollos sociales ni menos aún al avance progresivo de la delincuencia, por peligrosa que ésta sea”.⁹³ Constatado los énfasis de la ética jonasiana, en el sentido de circunscribirse a los riesgos asociados a la naturaleza (catástrofes) y a los avances tecnológicos que puedan redundar en la desaparición de la humanidad, Schilling da un paso más allá y da a la tesis de Jonas un carácter de legitimador del DPE. Basa este nexo legitimador en una cierta “analogía” que permitiría aplicar al DPE los principios de la ética de la responsabilidad de Jonas, así como los postulados de la heurística del miedo de dicho autor. Las diferencias que pueden apreciarse en la preocupación

⁸⁹ *Ídem.*, pp. 63 y 64.

⁹⁰ Esta reformulación que propone Schilling toma como cimiento los aportes de Hans Jonas en relación a la responsabilidad y la heurística del temor, *Cfr.* JONAS (1995).

⁹¹ *Vid.* BECK (1998).

⁹² *Vid.* SCHILLING (2010) pp. 151 – 184.

⁹³ *Ídem.*, p. 165.

genuina de Jonas –desastres naturales y avances tecnológicos– y lo que Schilling pretende –solución a problemas sociales asociados a la criminalidad “*peligrosa, organizada, contumaz e incorregible*”– serían más que nada de escalas, por cuanto “*la preocupación de Jonas es la humanidad en cuanto a la vulneración de su derecho máspreciado: la vida y su continuidad como tal*”, lo cual Schilling plasma en un “*derecho a la seguridad de la humanidad y sus generaciones venideras*”.⁹⁴

Entonces el vínculo estaría dado por esta preocupación común: el devenir de la humanidad. La especificación dada por Schilling en la construcción de su ética legitimadora estaría entonces en que esta preocupación por el futuro de la humanidad estaría circunscrita a su seguridad, entendiendo la misma como un derecho humano universal e inalienable.⁹⁵ En este contexto, los “enemigos” para Schilling serían aquellos que logran situarse en una posición tal que mediante sus conductas puedan llegar a “*socavar las estructuras mismas sobre las que descansa el Estado de Derecho*”⁹⁶, tornando a dicho Estado en inoperante y con respuestas ineficaces en relación a las pretensiones sociales de seguridad, las cuales surgirían como una necesidad ante la vulnerabilidad a la cual se vería expuesta la sociedad ante la “*intervención tecnológica del criminal incorregible y peligroso*”. Con ello vemos como en la construcción del concepto de enemigo enarbolada por Schilling (en base a la construcción de Jakobs) existe un alto componente de (potencial) peligrosidad.

Luego, Schilling, echando mano a los derechos humanos, busca reforzar su construcción en el sentido de que tanto la paz como la seguridad se presentan como derechos esenciales en el contexto de una vida en sociedad, y que como tales requieren de una respuesta estatal eficiente a la hora de protegerlos. Así, la respuesta que se deba dar al accionar de “*criminales peligrosos e incorregibles*”⁹⁷ que perturben y/o impidan el ejercicio de tales

⁹⁴ Ídem., pp. 165 y 166.

⁹⁵ SCHILLING (2010) p. 166 señala que “[e]n ciertos extremos como el terrorismo y el uso de armas de destrucción masiva ambas éticas son equivalentes. Jonas desarrolla la heurística del temor ante la vulnerabilidad de la naturaleza sometida a la intervención tecnológica del hombre; nosotros en tanto la aplicaremos a la vulnerabilidad de la sociedad sometida a la intervención tecnológica del criminal incorregible y peligroso que se manifiesta en las formas descritas por Jakobs. Jonas teme a la guerra total y biológicamente devastadora; nosotros tememos al conflicto social moralmente devastador, generado por grupos altamente peligrosos para la seguridad de los ciudadanos. El objeto de responsabilidad humana en Jonas es la naturaleza y, por supuesto, comprendida en ésta el ser humano; nosotros extenderemos esa responsabilidad humana a la paz social. Para Jonas una responsabilidad de la política es atender a que siga siendo posible la política futura”.

⁹⁶ Ídem., p. 167.

⁹⁷ Ídem., p. 168.

derechos, puede plantearse en dos momentos: uno inmediato y otro remoto. En un tiempo inmediato, reconoce Schilling, que no habría una respuesta satisfactoria para repeler tales conductas, es más, el propio DPE resultaría estéril ante ataques de esta índole⁹⁸, por lo que el énfasis debería estar puesto en la respuesta remota que pueda dar el Estado ante conductas provenientes de estos enemigos, por cuanto *"se puede esperar que con la aplicación constante de instrumentos jurídicos más eficientes, las futuras generaciones disfruten de la cosecha, cuya siembra se realizó basada en el principio de responsabilidad (del Estado punitivo)"*.⁹⁹

Para que se pueda llegar al resultado de brindar seguridad y paz a las futuras generaciones, Schilling toma las premisas de Jonas y las reformula contextualizándolas en el problema de la delincuencia. El imperativo jonasiano utilizado correspondería al siguiente: *"obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra"*, o, expresado negativamente, *"Obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida"*.¹⁰⁰ Luego, concluye Schilling que tales imperativos son completamente aplicables en la fundamentación de un DPE e incluso de otro instrumento jurídico más eficaz para la reducción de la delincuencia, reformulando su enunciación en fórmulas en clave positiva: *"obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténticamente segura en la Tierra"*¹⁰¹, o, en clave negativa: *"No pongas en peligro las condiciones de seguridad de la humanidad en la Tierra"*.¹⁰² De estos imperativos,

⁹⁸ SCHILLING (2010) pp. 168 y 169 señala que *"La limitación a la proximidad espacial y a la contemporaneidad ha desaparecido arrastrada por el ensanchamiento espacial y la dilatación temporal para fines cercanos. Su irreversibilidad, asociada a su concentración, introduce un factor novedoso en la ecuación moral. A esto se añade su carácter acumulativo: sus efectos se suman, de tal modo que la situación para el obrar y el ser posteriores ya no es la misma que para el agente inicial, sino que es progresivamente diferente de aquella y es cada vez más el producto de lo que ya fue hecho. Esto se demuestra en la acción disvalórica del narcotráfico que, al generar un número superior de adictos va aumentando a su vez, los efectos colaterales, con delincuencia violenta contra las personas y sus propiedades, con la corrupción de los agentes del Estado, con la delincuencia económica para evadir el control. Más acumulativos son los daños creados al interior de la sociedad mediante ataques terroristas sistemáticos, por ejemplo, en los países del Medio Oriente. Para qué mencionar la red inteligente de pederastas asociados por las comunicaciones avanzadas, gracias a la técnica contemporánea. La 'nueva acción de la delincuencia' usa la técnica, y todo el poder de la técnica, convirtiéndose la acción criminal en una acción acumulativa"*.

⁹⁹ *Ídem.*, p. 168.

¹⁰⁰ JONAS (1995) p. 40.

¹⁰¹ SCHILLING (2010) p. 171.

¹⁰² *Ibidem.*, aclara que para evitar malos entendidos con la tesis de Jonas, que *"debemos atender a que la diferencia entre la ética jonasiana original y la ética que buscamos se*

extrae Schilling la conclusión de que hay que combatir a un enemigo. ¿Quién sería este enemigo? Sería aquel que pone en entredicho, aquel que viola el contenido del imperativo. Esto Jonas no lo señala de manera expresa, pero, de manera tácita podríamos entender que Jonas “*nos refiere a un enemigo al cual combatir*”¹⁰³, y que en la tesis de Schilling correspondería al “*que obra de tal modo que los efectos de su acción son destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica en la tierra*”.¹⁰⁴ Estos que obran de esta manera son los que merecen ser catalogados como “*enemigos de la humanidad*”.¹⁰⁵ Esta constatación de quiénes serían los “enemigos” conlleva de plano la necesidad de un actuar de parte del Estado en relación con ellos en un nivel de “*políticas punitivas que sean más efectivas y más severas*”.¹⁰⁶ Este actuar estatal se justificaría siempre en el entendido que se está protegiendo un futuro, un porvenir en el cual la paz y la seguridad son los pilares esenciales para un pleno desarrollo social, y en definitiva, tomados como derechos que reclaman una protección estatal acorde a su condición de esenciales.¹⁰⁷

Junto con el principio de responsabilidad desarrollado por Jonas, Schilling utiliza otra de las concepciones del autor alemán, a saber, la heurística del temor. Jonas entiende por tal a un mecanismo que busca anticiparse y prevenir catástrofes naturales, así como el minimizar el riesgo de desaparición de la vida humana. En este camino, conjugado con la responsabilidad que esta tarea conlleva, se adquiere conciencia de lo que está realmente en juego: la continuidad de la humanidad. Esta toma de conciencia va de la mano con el temor asociado a la no consecución de dicho objetivo, el temor a la destrucción del entorno y de la vida humana de manera consecencial, resultado que se presenta del todo irreversible. Esto –el temor– no debe implicar una inmovilización de parte de quien la experimente, sino que por el contrario, en base a la responsabilidad que la labor arriba destacada conlleva, debe constituir un

encuentra no sólo en la escala de valores (cuya cúspide de ésta –la vida– en Jonas y –la seguridad– en un Derecho Penal más efectivo) sino además que dichos imperativos corresponderían, más bien, a ser aplicados principalmente por los agentes del Estado punitivo que participan en forma directa en la lucha contra la delincuencia”.

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ Señala *Ibidem.* que estos enemigos en concepto de SCHILLING, serían aquellos que no “*incluyen en su elección presente ni en el objeto de su querer, la futura integridad del hombre*”, por tal razón no queda otra alternativa que tratarlos como enemigos.

¹⁰⁶ *Ídem.*, p. 172.

¹⁰⁷ SCHILLING (2010) p. 173, señala que “*Conocemos plenamente el daño y la inseguridad, por no decir el miedo, que nos provoca las infinitas variedades del delincuente que acecha la sociedad, en sus diversas manifestaciones: el terrorista, el capo de la mafia, el asesino, el pederasta, el narcotraficante, el asaltante, el violador, el estafador, el ladrón, sin que podamos conocer la naturaleza ni la cura definitiva que nos conduzca a la paz y la seguridad comunitaria*”.

acicate a la hora de intentar tal finalidad. *"Solamente la prevista desfiguración del hombre nos ayuda a forjarnos la idea de hombre que ha de ser preservada de tal desfiguración; y necesitamos que ese concepto se vea amenazado –con formas muy concretas de amenaza– para, ante el espanto que tal cosa nos produce, afianzar una imagen verdadera del hombre"*.¹⁰⁸ Entonces, desde esta perspectiva ética, resulta más eficiente cuestionarse desde una perspectiva negativa en relación al porvenir, es decir, no preguntarse acerca de qué es lo que se quiere en relación al futuro, sino más bien indagar en torno a qué es lo que no queremos que ocurra el día de mañana.

Esta es la metodología presentada por Jonas para afrontar el reto de conservación de la humanidad ante los riesgos ecológicos y del desarrollo tecnológico. Schilling toma esta argumentación y la traduce al plano de la criminalidad en el sentido de que debemos plantearnos en la posición de que *"no queremos que el crimen adquiera mayor poder incluso a límites de penetrar el Estado democrático corrompiendo a sus agentes, o que siga creciendo a tasas y nivel de organización, que las futuras generaciones se encuentren con una sociedad aún más insegura que la actual y con un Estado incapaz de protegerlos. Con normas vacías cuyo Derecho Penal sea más bien un inventario de conductas contrarias a los valores de la sociedad antes que un instrumento jurídico que resuelva el conflicto penal de las sociedades democráticas (...) y precisamente el temor a que la acción destructiva y acumulativa de la delincuencia siga progresando es lo que nos sugiere a valorar la seguridad no sólo como bien jurídico sino también como bien moral altamente apreciado"*.¹⁰⁹ ¿Qué rol juega el Estado en esta cruzada de sobrevivencia? Schilling entiende que el rol estatal es crucial para efectos de alcanzar esta seguridad ciudadana. Este papel constituye un *"deber inexcusable"*¹¹⁰ para el Estado que debe responder de la manera más enérgica posible ante esta responsabilidad, para evitar así *"los efectos remotos de la acción destructiva y acumulativa del crimen contemporáneo"*.¹¹¹

Finalmente Schilling hace la constatación de que en la práctica el DPE existe, viendo en él la mejor solución disponible para enfrentar el reto de entregar seguridad y paz social a los ciudadanos en un futuro¹¹², en palabras

¹⁰⁸ JONAS (1995) p. 65.

¹⁰⁹ SCHILLING (2010) p. 174.

¹¹⁰ *Ídem.*, p. 175.

¹¹¹ *Ídem.*, pp. 174 y 175, señala que *"Anticipemos la representación de este mal: terroristas y narcotraficantes más ricos que pueden adquirir todo tipo de armas, incluso de destrucción masiva; pederastas y violadores en serie con un mayor poder tecnológico de comunicación y rastreo de niños y víctimas sexuales; criminales reincidentes con un mayor conocimiento de las técnicas policiales y del Derecho para vulnerar su control"*.

¹¹² *Ídem.*, p. 177, señala que *"El Derecho Penal del Enemigo es una herramienta jurídica que nos permite derechamente evitar un mal supremo. Al menos su razón de ser apunta a*

de este autor, esta “*faceta del derecho penal*” constituiría “*un modo de expresión más apasionado de nuestro deseo social de vivir en paz*”¹¹³, por lo que en caso de que el Estado no adopte las medidas de técnica legislativa, o bien las adopte con una menor intensidad que la requerida, esta omisión o falencia tendrán como consecuencia necesaria efectos a nivel de integridad física y psicológica de las personas, por cuanto permitirían un desarrollo de la criminalidad asociada a estas esferas de protección, implicando en último término una erosión de “*la integridad moral del Estado*”¹¹⁴, lo que denotaría un actuar irresponsable por parte del Estado, al no haber dispuesto de todos los medios disponibles para salvaguardar el derecho a la seguridad personal de cada uno de los ciudadanos. Schilling sostiene que el Estado para combatir a aquella delincuencia asociada a delincuentes no posibles de rehabilitar¹¹⁵, debe utilizar como medio al DPE en términos de Jakobs, por cuanto constituye la principal “*herramienta jurídica para evitar un mal supremo*”.¹¹⁶

Así, de la síntesis realizada por Schilling respecto de lo sostenido por Jakobs en torno al DPE, podemos destacar el hecho de que en la primera de las premisas por él apuntadas, en lo que dice relación a la existencia y ubicación de dicha tendencia, nos señala que es necesario que ésta coexista con el derecho penal como una manifestación del mismo. DPE y derecho penal del ciudadano vendrían a ser parte integrante del derecho penal, donde ambos cumplirían fines distintos, uno aplicado a quienes hayan cometido un error, mediante la aplicación de una pena a su respecto, y el otro, aplicado a los enemigos¹¹⁷, a través de la respectiva medida de seguridad acorde a su peligrosidad.¹¹⁸ La

luchar contra el mal en la sociedad”.

¹¹³ Ídem., p. 175.

¹¹⁴ Ídem., p. 176.

¹¹⁵ Indica Ídem., p. 186 que “[c]ontra ellos, nada funciona más que un Derecho Penal más severo que restrinja su acción destructiva y acumulativa”.

¹¹⁶ Ídem., p. 177.

¹¹⁷ Ídem., p. 189 señala que enemigos serían todos aquellos que no prestan una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, por lo que el Estado debe tratarlos de manera diferenciada (no pueden ser tratados como ciudadanos), ya que de lo contrario se estaría afectando el derecho a la seguridad de las demás personas. “*No todos los delincuentes son enemigos, sino un número muy restringido de ellos. (Jakobs) Concentra su atención en los narcotraficantes, terroristas, criminales sexuales habituales, entre otros. Lo básico es la peligrosidad del individuo y lo que se intenta es neutralizar su acción hacia el futuro, en definitiva, proteger el derecho a la seguridad individual, propia de las personas*”.

¹¹⁸ Señala Ídem., p. 188 que “[e]n el Derecho Penal del Enemigo se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, en lugar de comunicación”. *Lo que se aplica al individuo peligroso contra el cual se procede a través de una medida de seguridad y no mediante una pena; se orienta básicamente a que el sujeto peligroso no vuelva a cometer hechos en el futuro. Por eso dice Jakobs se lucha contra un peligro en*

consecuencia de la técnica empleada por los delincuentes habituales, asociados a una peligrosidad mayor en comparación con el delincuente común, ha sido la transformación del "*derecho penal tradicional como un mecanismo insuficiente para neutralizarlos*".¹¹⁹

II. TOMA DE POSTURA EN TORNO A LA LEGITIMIDAD DEL DPE

Hemos intentado plasmar, a lo largo de este trabajo, una visión general de lo que en doctrina se ha llamado el DPE, haciendo un repaso por los postulados realizados por Günther Jakobs¹²⁰, para luego efectuar una aproximación a lo sostenido por diversos autores que se han mostrado partidarios de dicha tesis, buscando una legitimación desde diversas veredas. Así, vimos los planteamientos de Piña Rochefort y Schilling Fuenzalida. Como contrapartida se expuso la visión de otros autores que han planteado fuertes críticas a dicha postura –Cancio Meliá y Schünemann– para de esa forma tener una idea más extensa de los alcances de esta "categoría" del derecho planteada por Jakobs. De esta manera, creemos que lo relevante de este recorrido viene dado por conocer en qué consiste y qué aspectos caracterizan a esta concepción del derecho penal que se enfrenta a "enemigos" (individuos que no prestan seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, negándose a entrar en una constitución ciudadana), entendida como una forma certera y eficaz de enfrentar y abordar el peligro a la sociedad actual que representan las conductas por ellos realizadas. Por lo anterior, más allá de compartir o no en términos teóricos la propuesta realizada por Jakobs, en torno al tratamiento que debe dar el Estado a aquellos sujetos que no respondan a los caracteres de ciudadano en cuanto realicen conductas atentatorias contra la seguridad del resto de la sociedad, la utilidad de tomar en cuenta tales alcances está dada por la constatación de que los mismos pueden ser encontrados en nuestra realidad legislativa. Más allá de la etiqueta que pueda dársele a este fenómeno, es evidente que estamos hoy en día, cada vez con mayor frecuencia, siendo testigos de la creación de leyes en sede penal que se alejan cada vez más de los principios clásicos del derecho penal, los cuales se han tornado en la excepción dentro de esta técnica legislativa de lucha contra enemigos. Es esta constatación-advertencia la que nosotros destacamos de los planteamientos realizados por Jakobs, tal

lugar de comunicación. Esta es una de las distinciones básicas entre el derecho penal del enemigo y el derecho penal del ciudadano".

¹¹⁹ *Ídem.*, p. 187.

¹²⁰ Recordar que esta postura de JAKOBS puede apreciarse respecto de la misma una evolución, siendo esencial en dicho desarrollo la intervención en el Congreso realizado en Berlín el año 1999, donde tal como señala Cornelius PRITTWITZ, "*Jakobs no sólo constató la presencia del Derecho penal del enemigo en el Derecho penal alemán, sino que justificó su existencia*". Citado por DEMETRIO (2006) nota el pie n° 63, p. 491.

como señala Eduardo Demetrio Crespo, este planteamiento “*ha contribuido a una crítica y revisión general todavía incipientes del derecho penal actual, sus tendencias, y tópicos argumentativos*”¹²¹, lo cual nos debería permitir responder –en un acto de honestidad– la interrogante en torno a si nuestra legislación penal especial está más cerca de los estándares liberales del derecho penal o bien responden, estas nuevas leyes penales, a las necesidades de combatir con rigor punitivo a los enemigos sociales.

Ahora bien, luego de sintetizado el recorrido del presente trabajo, y sin perjuicio de las constataciones allí realizadas, queremos abordar a manera de conclusión, cuál es nuestra postura en torno a la legitimidad del DPE. Para asumir esta pregunta, en primer término podemos señalar que desde la perspectiva funcionalista de Jakobs y sus seguidores, se intenta justificar la incorporación del concepto de enemigo como parte integrante del derecho penal, señalando que estaría operando en la práctica una reconfiguración del concepto de persona, y consecuentemente, una restructuración de lo que debemos entender por derecho penal. Esto se basa en una visión netamente descriptiva del fenómeno, constatando su existencia, y por ende, se busca a partir de allí construir las bases de su justificación, incurriendo derechamente en una falacia valorativa o naturalista.¹²² Más allá de discutir o no la lógica sistémica de reconfiguración de la estructura “persona” a partir de la estructura “enemigo”, debemos partir de la premisa que el derecho penal está dirigido a seres humanos. Ello nos permite plantear que el hecho de que se pueda constatar la presencia de manifestaciones de este DPE en la práctica legislativa no habilita en lo absoluto a sostener que dichas expresiones sean o deban ser consideradas parte del derecho penal. Luego, a nuestro juicio, se requerirá algo más que la mera descripción de la existencia de tales legislaciones de lucha como para sostener que ellas puedan ser consideradas parte de un derecho penal en el marco de un Estado de Derecho. Aquí, siguiendo las prevenciones hechas por Kindhäuser, más que un derecho penal de corte liberal, estamos ante manifestaciones que son más cercanas a un derecho de policía, un Derecho en el cual se parte de la base de lo que se pretende combatir son peligros –encarnados en este caso en la imagen de enemigos– más que hechos que afecten determinados bienes jurídicos. Nadie puede desconocer la necesidad de tipificar y sancionar de manera efectiva la creciente criminalidad que surge en ámbitos de organizaciones criminales, como lo son

¹²¹ *Ídem.*, p. 507.

¹²² Se señala *Ídem.*, p. 506 que “[d]esde el punto de vista metodológico esta ‘teoría’ deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el ‘salto’ del ser al ‘deber ser’. O mejor, justificándolo de forma errónea, en la medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia. Por el contrario el modelo de Derecho penal del Estado de Derecho encuentra el vínculo entre el ‘ser’ con su ‘deber ser’ a partir del aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento jurídico”.

el narcotráfico, el terrorismo y/o delitos sexuales, tal como han destacado la mayoría de los autores que han realizado estudios en esta materia. Ahora bien, si aceptamos esta necesidad de una mayor represión en este tipo de delitos, con las consecuencias que ello conlleva también a nivel procesal penal –con el aligeramiento de determinadas garantías– esta tolerancia no puede ser en ningún caso absoluta en el sentido que implique sin más el desconocimiento del núcleo duro que está en la base del derecho penal (aquel dirigido a los ciudadanos, tomando para ello la diferenciación de Jakobs). El respeto de tales garantías y derechos –con reconocimiento constitucional y a nivel de tratados internacionales sobre derechos humanos– y la consecuencial dignidad humana, nunca deben ser dejados de lado, y constituyen como tales la piedra de tope para el ejercicio del *ius puniendi*. No compartimos en lo absoluto lo apuntado por Piña Rochefort entre nosotros, en el sentido de que esta problemática no dice relación con la dignidad humana ni menos con los derechos fundamentales, por cuanto sólo se trataría de un problema de reconfiguración de estructuras (de enemigo a persona) y que la noción de persona no debe ser cosificada, por cuanto ella apuntaría únicamente al rol que le corresponde realizar socialmente a cada individuo. Así, quien decide no realizar aquel rol, asumiendo una posición de *Hostis*, debe aceptar en consecuencia ser catalogado bajo el rótulo de enemigo (porque ese es el rol que decidió desarrollar) y aceptar las consecuencias de dicho actuar, que no es otra cosa que la aplicación a su respecto de un derecho penal especialmente diseñado para tales estructuras: El DPE. No compartimos esto, por cuanto, tal como hemos venido señalando, esta problemática no es algo que deba ser resuelto a nivel de coherencia de sistemas, tampoco a si existe una reconfiguración de la estructura del concepto de persona, ni menos qué rol cumplirá la estructura de enemigo en el sistema social.

La cuestión crucial a nuestro criterio radica en la demarcación irrestricta de que el derecho penal debe estar dirigido única y exclusivamente a personas/ciudadanos titulares de derechos y garantías, y que se encuentren en una posición tal que puedan ejercer los mismos tanto a nivel procesal, ya sea a nivel netamente penal, incluso en estadios de cumplimiento de penas, esto es, en sede penitenciaria. Parafraseando aquí a Schünemann, el asumir que debemos aceptar, y legitimar, un DPE, implica a *contrario sensu* asumir que en la otra cara de la moneda existe un derecho penal dirigido a “amigos”, que queremos reflejar con esto, que la antinomia entre ciudadano/persona versus enemigos es impropia.¹²³ Esto queda demostrado incluso con las posteriores explicaciones que el propio Jakobs y sus seguidores han explicitado en torno

¹²³ En este sentido, bien gráfico resulta lo planteado por Cancio Meliá, quien entiende que la expresión “derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, mientras que la de “derecho penal del enemigo” sería una *contradictio in adjecto*. Citado por DEMETRIO (2006) nota al pie n° 124, p. 507.

a que se presentaría un fenómeno de “despersonalización parcial” cada vez que nos veamos enfrentados ante un individuo que realice aquellas conductas dignas de ser catalogadas bajo los alcances de este concepto de DPE. Entonces, se asume desde dicha constatación de despersonalización parcial, que incluso el enemigo mantiene aspectos inherentes a su condición de persona (no pierde todas las características que rodean tal estructura, en términos funcionalista-sistémicos). Ello viene a demostrar la inconsistencia de aquella tesis en este punto –semántico si se quiere– pero cuya aceptación conlleva asumir todas las consecuencias penales y procesales penales que se destacan como partes integrantes –y copulativas– de esta manifestación de lucha contra el enemigo. Visto desde otra perspectiva, si se asume que el enemigo no pierde todas las aptitudes inherentes a la estructura de persona, entonces resulta altamente caprichoso el hecho de entender que su rol es sin más el de enemigo, olvidando este núcleo de persona que no se pierde incluso bajo el desenvolvimiento en el rol de enemigo, es decir, perfectamente se puede sostener que aquel “enemigo” sigue siendo “persona”, de lo contrario, habría que aceptar que la condición de persona, en los parámetros de este constructo, se definiría en base a la posesión de determinados porcentajes de aptitudes y condiciones que se prediquen de la misma, y que sean constatables en quién esté en tela de juicio por la realización de determinadas conductas catalogadas como delito.

Surge de inmediato la interrogante en torno a quién define hasta qué punto se es persona, y desde qué otro se pasa a ser enemigo.¹²⁴ Podría asumirse una respuesta y establecerse una certeza al respecto, pero jamás podrá obviarse el hecho –reconocido incluso por el propio Jakobs– de que aquel que sea catalogado como enemigo –en este proceso caprichoso– siempre mantiene aspectos propios e inherentes a una persona.¹²⁵ Ahora bien, ¿cuándo nace este enemigo? el surgimiento de este “enemigo” se constata *ex post facto* al momento de dar aplicación a esta supuesta manifestación del derecho penal, porque tal como sostiene Núñez, se “*construye la categoría de no persona a partir de la violación del derecho penal de los ciudadanos (personas), y, para*

¹²⁴ NÚÑEZ (2009) p. 401 señala que “*el derecho penal de enemigo se termina aplicando a ciudadanos cuya condición se ve degradada por una decisión, normalmente judicial o administrativa – y por tanto no necesariamente representativa de la voluntad popular – de someterlos a tal estatuto. Es una decisión judicial, ni siquiera legal, la que define que seres humanos, y cuáles no, son dignos*”.

¹²⁵ Señala DEMETRIO (2006) p. 494 que “*Buena muestra de ello es, por otra parte, desde la perspectiva procesal, que la decisión acerca de quién es enemigo se toma a priori, es decir, sin que el individuo sepa de qué se le acusa, y sin gozar de ningún derecho, de lo que Guantánamo es el ejemplo tristemente paradigmático e insólito en el “mundo civilizado”*”. También destacar lo que ocurre a nivel de garantías procesales, sobre todo lo que acontece con la presunción de inocencia, la cual se ve absolutamente desplazada en los márgenes del derecho penal del enemigo, en este sentido, *vid.* GRACIA (2006) p. 1058.

infringir el derecho penal de ciudadanos, se debe ser ciudadano y persona. Por lo tanto, el derecho penal de enemigo no tiene destinatarios reales, empíricos, sino que son creados por medio de la aplicación de este derecho penal, no antes".¹²⁶ Justificar lo contrario implica *per se* asumir una segmentación de los miembros de la sociedad, limitando en base a ello el acceso a determinados bienes y ejercicio de derechos y garantías fundamentales.¹²⁷

En este mismo sentido, podemos también plantear una visión de rechazo a la tesis de Mario Schilling, por cuanto la entendemos como una propuesta que en su esencia responde a parámetros netamente antiliberales, por cuanto se presenta como una tesis que aboga por una cesión de garantías individuales en pos de una mayor seguridad de la sociedad, dando por hecho que el resultado de esta disminución de garantías y derechos por parte del Estado redundaría automáticamente en una mayor seguridad y paz social.¹²⁸ Esto es del todo conflictivo de asumir, por cuanto, siguiendo en este punto a Demetrio Crespo, si estamos en la convicción de lo que está detrás del ejercicio de fuerza estatal es la protección de "*bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad*"¹²⁹, a través de todas las consecuencias penales y procesales penales que hemos destacado y que son características del DPE. Schilling funda su tesis en una lógica del peligro, lo cual implica una seria dificultad para concebir a esta técnica legislativa actual como parte integrante del derecho penal, por cuanto su lógica es diametralmente opuesta a los principios y máximas que gobiernan a esta faceta del Derecho. Se resiente desde ya la proporcionalidad que debe imperar en la base del ejercicio del *ius puniendi*, y en la misma medida ocurre un detrimento con la idea de que esta fuerza estatal debe ser la última alternativa de la cual se echa mano para efectos de intentar solucionar conflictos sociales,

¹²⁶ NÚÑEZ (2009) p. 401.

¹²⁷ *Ídem.*, p. 400 que "[e]l Derecho Penal del Enemigo (...) se trata de una regulación jurídica de las relaciones sociales y de las instituciones sociales que tiende excluir del acceso de ciertos bienes – específicamente del ejercicio de algunos Derechos Fundamentales – a ciertos individuos, todo ello, como una medida para proveer una aparente seguridad al colectivo social. En este caso, la privación de los derechos fundamentales de los enemigos".

¹²⁸ *Ídem.*, p. 479 indica que la consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantía y seguridad. En este mismo sentido, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Discurso para la investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla-La Mancha*, 2004, p. 20, citado por DEMETRIO (2006) p. 477, sostiene que las reformas que se realizaron en España al Código Penal en el año 2003, dejaron subyacente en el sistema un modelo "*político-criminal que antepone la seguridad a las garantías*".

¹²⁹ *Ídem.*, p. 480.

transformándolo de facto en un derecho penal de autor, con todas las perniciosas consecuencias que ello puede acarrear en una sociedad que se defina como democrática. En la tesis de Schilling, el fin de la paz social y la anhelada seguridad son suficientes para legitimar un actuar estatal diferenciado entre ciudadanos y enemigos.¹³⁰ Por ello, si el Estado omite actuar o bien actúa de manera deficiente ante tales delincuentes peligrosos, esa omisión o deficiencia “denotaría un actuar irresponsable por parte del Estado” (al no haber utilizado la herramienta jurídica para evitar estas consecuencias: el derecho penal del enemigo). Esta última aseveración de Schilling es errónea a nuestro criterio, por cuanto asume que la seguridad es alcanzable como tal, bastando para ello que el Estado actúe de manera intensa reprimiendo y castigando a aquellos que no pueden ser “rehabilitados”, a los “enemigos”. Esta ecuación: “tipificación de conductas peligrosas + reproche y castigo a enemigos = seguridad” pasa por alto la esencia propia del concepto de seguridad, y por otra parte asume y atribuye al derecho penal un potencial que jamás ha tenido –y tendrá– a saber, garantizar seguridad.

En este escenario entonces, si constatamos que en la práctica existen ciertas manifestaciones legislativas que responden de una u otra forma a los caracteres de esta construcción doctrinaria denominada DPE, ello no nos habilita, tal como hemos señalado previamente, para sostener que aquello sea y deba legitimarse como derecho penal. ¿Qué manifestaciones podemos destacar como representativas de esta forma de entender el derecho penal que existan hoy en nuestro ordenamiento jurídico? Podemos destacar, a modo de ejemplo, la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Ley N° 20.000), la ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad (Ley N° 18.314), así como la regulación del código penal en materia de delitos sexuales, y con mayor énfasis con las reformas efectuadas a dicha materia a través de la ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil (Ley N° 20.526), y la ley que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal (Ley N° 20.507). Merece también una mención el proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público (N° de Boletín 7975-25, 2011), en el cual se proponen una serie de modificaciones, entre las cuales destacan las vinculadas a los códigos penal y procesal penal, así como a la ley sobre control de armas.

¹³⁰ En este punto recordemos que la opinión de Jakobs es que el Estado no puede renunciar a ningún medio para proteger al ciudadano, porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplir su función de protección (cuando se está en presencia de conductas desplegadas por sujetos peligrosos, catalogados como enemigos).

Si tomamos cualquiera de las leyes (o proyectos de ley) que hemos citado a modo ejemplar, podremos encontrar presentes en ellas los caracteres que la doctrina asocia al DPE. Así, si hacemos un barrido por el articulado de la Ley N° 20.000 veremos cómo se da esta situación. Primero que todo, debemos destacar que con la dictación de esta ley se incorporó un nuevo tipo penal que su predecesora no contemplaba: el simple delito de microtráfico. Al crearse este tipo penal (artículo 4°), su regulación quedó entregada a la ya existente en materia de tráfico de drogas (hipótesis sancionadas con penas de crimen), por lo que las nuevas normas que se crearon con la Ley N° 20.000 no hicieron distinción alguna en cuanto a la existencia de algún tratamiento diferenciado en base a la gravedad de la pena asignada a cada tipo de conducta. Por lo tanto, como resultado, tenemos una regulación absolutamente desproporcionada y vulneradora de garantías a propósito de la investigación, juzgamiento y castigo de un simple delito (regulación ideada originalmente exclusivamente para delitos con pena de crimen). Dentro de estas normas que han sido extendidas en su aplicación al microtráfico, y que responden a los parámetros del DPE en términos de requisitos doctrinarios, podemos citar entre otras, el hecho de que la tentativa se castigue como consumada (artículo 18); La elevación de las penas a los funcionarios públicos que no denuncien este tipo de delitos (artículo 13); La no procedencia de la atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 7 del Código Penal (artículo 20); El hecho de que el plazo de detención pueda ser ampliado hasta en 5 días (artículo 39); La improcedencia de beneficios de la Ley N° 18.216 a quienes hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito de tráfico de drogas, salvo que se configure una cooperación eficaz (artículo 62); La aplicación de agravantes especiales que tienen la aptitud de elevar la pena hasta en dos grados (artículo 19); Secreto de la investigación hasta por 120 días, renovables por plazos máximos de 60 días (artículo 38); Empleo de técnicas particulares de investigación, tales como entregas vigiladas o controladas, agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, interceptaciones telefónicas (artículos 23, 24 y 25); Abogados patrocinantes de casos de drogas tendrán la prohibición de desempeñar cargos públicos (artículo 61).

Teniendo presente la constatación anterior, las cosas son lo que son, y no lo que se predique respecto de ellas. Una práctica legislativa que adelante barreras de punibilidad, que como consecuencia de ello no rebaje de manera proporcionada las penas asociadas este tipo de conductas, y que por el contrario exacerbe la reacción penal ante tales delitos, estableciendo penas del todo severas, luego, que se produzca un relajo o derechamente la supresión de determinadas garantías procesales, o en definitiva, que dicha técnica legislativa sea respuesta de una necesidad puramente simbólica, tal técnica de legislar no merece y no es posible legitimarla como una manifestación propia

de un derecho penal de corte liberal, respetuoso de las garantías y derechos esenciales, en los parámetros de un Estado de Derecho.¹³¹

Si la tendencia actual indica y nos muestra un aumento de esta forma de entender el fenómeno delictivo en relación con el ejercicio de la fuerza estatal, deben tomarse entonces los resguardos a nivel doctrinario con mayor fuerza y energía para efectos de evitar la erosión de los principios que cimientan el derecho penal, y tal como señala Detmold *“el quebrantamiento de la norma no puede obstar a que esa norma siga siendo una norma del sujeto que la ha quebrantado, es decir, a que este sujeto siga siendo ciudadano”*.¹³² Recapitulando, creemos que al asumir una posición crítica ante el DPE, restándole legitimidad por estar en disonancia con la dignidad humana, por enfocarse en un área de irrespeto hacia garantías y derechos fundamentales, y en general en relación con toda la tradición de principios que cimientan al derecho penal liberal, en márgenes democráticos, estamos asumiendo *per se* una posición crítica ante las bases del pensamiento que sustenta a la tesis del DPE, a saber, un rechazo a la fundamentación de la sociedad basada en estructuras y sistemas, en las cuales el ser humano queda al margen de este tramado basado en las comunicaciones que operan entre cada uno de los subsistemas que componen el sistema social, una dinámica autorreferencial que sitúa al ser humano en el entorno de estas interacciones, restándole un protagonismo a la hora de definir el devenir social.¹³³ Así vistas las cosas, al rechazar y restar validez al DPE, debe asumirse –y así lo hacemos– con igual fuerza y coherencia un rechazo a esta visión funcional-estructuralista de la sociedad, por cuanto el apego a las mismas conlleva obedecer y buscar como una finalidad esencial la coherencia y lógica interna del sistema¹³⁴, dejando de lado la esencia propia

¹³¹ DEMETRIO (2006) p. 497 indica que *“[e]s imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una ‘evolución’ del mismo, debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho, y no a golpe de las exigencias de “seguridad” de una sociedad que no conoce criterios de ‘razonabilidad’ acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada”*.

¹³² DETMOLD, M. J., *Laws as Practical Reasoning*, citado en KINDHÄUSER Y MAÑALICH (2011) p. 125. En este sentido también Peter-Alexis Albrecht, quien destaca, rebatiendo el DPE, la indivisibilidad de la dignidad humana (en alusión a la diferenciación entre personas y no personas o “enemigos”), citado por DEMETRIO (2006) nota el pie n° 41, p. 486.

¹³³ Sostiene HABERMAS (2005) p. 148 que *“el derecho no puede limitarse a cumplir los requisitos funcionales de una sociedad compleja, tiene también que satisfacer a las precarias condiciones de una integración social que en última instancia se efectúa a través de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente, es decir, a través de la aceptabilidad de pretensiones de validez”*.

¹³⁴ Señala ZAFFARONI (1993) p. 68 que *“[c]abe observar que es explicable cierto éxito de la teoría sistémica en los países centrales, donde el poder ha generado un nivel mínimo de bienestar y donde la prisionización parece recaer cada vez más sobre minorías étnicas,*

del desenvolvimiento del ser humano en sociedad, el cual está teñido siempre por un fuerte componente de subjetividad.¹³⁵

Lo anterior da base para sostener, tal como señala Mañalich –a propósito de la pérdida de la ciudadanía por aplicación de penas aflictivas– que se *"hace imposible legitimar las consecuencias del reproche sobre la base de una actitud reactiva por una falta de lealtad comunicativa"*¹³⁶ cuando este reproche se dirige a no personas, enemigos, o no ciudadanos. Luego, si asumimos que la legitimación necesariamente requiere un reconocimiento de parte del receptor/destinatario de las normas penales, en términos de atribución de libertad comunicativamente hablando¹³⁷, no podemos menos que concordar con Günther y su concepción de "persona deliberativa" como la base de fundamentación de todo sistema penal, y en particular a la pretensión de vinculación a la norma,

salvo en unos pocos países. Allí puede llegar a convencer la idea de que lo importante es el sistema, pero en nuestro margen eso es insostenible y no creemos que pueda convencer a la mayoría". Ahonda en la crítica, ZAFFARONI (2006) p. 273, al sostener que "la propuesta de Jakobs resulta inadmisibles porque: (a) históricamente se verifica que el derecho penal autoritario siempre se introduce como excepción y luego se generaliza y ordinariza. (b) No es posible distinguir nítidamente entre la pena que contiene y la que se pretende que cumple cualquier otra función. (c) Que cunda en la actualidad una legislación penal autoritaria no significa que deba legitimársela y aceptársela sin resistencia jurídica. (d) El DPE tiene una marcada raigambre antiliberal, que entronca con la teorización política del mejor jurista del nazismo, Carl Schmitt. (e) En lo penal también evoca la legislación nazista sobre 'extraños a la comunidad', proyectada por Edmundo Mezger que pretendía internar a todos los disidentes en campos de concentración. En síntesis, Jakobs trata de construir un derecho penal especial (del enemigo) compatible con un estado de derecho, pero no lo logra, pues toda teorización en tal sentido es por esencia autoritaria".

¹³⁵ LECHNER (2006) p. 518 señala que "[m]irando al futuro, tiende a reducir las posibilidades a lo que es factible en el marco de lo dado, a reducir la subjetividad a su utilidad para los sistemas funcionales. Ahora bien, la subjetividad produce y requiere tales cauces estructurales, pero no se agota en ellos. Ni los sujetos pueden disponer libremente de las lógicas funcionales, ni los sistemas logran apropiarse completamente de la subjetividad".

¹³⁶ KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011) p. 135 indica que a propósito de esta lealtad comunicativa, Mañalich señala que en Alemania actualmente, la reconducción de la norma de comportamiento a la libertad comunicativa del sujeto ha sido un proyecto que ha tomado como base la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas. En base a ello ha señalado Kindhäuser que "no hay, en una sociedad secularizada y pluralista, fundamentos sustanciales a priori para legitimar las normas que regulan el comportamiento. De ahí que la legitimidad solamente pueda ser extraída de la autonomía de los partícipes en el proceso de integración social", KINDHÄUSER, Urs, *Rechtstreue als Schuldkategorie*, ZStW 107, 1995, p. 718, citado por KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011) p. 119.

¹³⁷ HABERMAS (2005) p. 185 define libertad comunicativa como "la posibilidad recíprocamente presupuesta en la acción comunicativa, de tomar postura frente a una elocución o manifestación de un prójimo y frente a las pretensiones de validez entabladas con esa manifestación, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo".

pretensión que sólo podemos construir, en márgenes democráticos¹³⁸, en la interacción con ciudadanos, más nunca con enemigos. En este contexto, el único escenario de respeto por la dignidad humana y los derechos y garantías que le son propios al ser humano en su condición de tal¹³⁹ debe ser el marco en el cual se debe desarrollar el ejercicio de la fuerza estatal, de lo contrario, estaría tensionando de tal manera estas premisas fundamentales, que redireccionaríamos el actuar estatal a una posición en la cual se convertiría al Estado en una “fuente de peligro”¹⁴⁰ para el respeto y libre ejercicio de garantías y derechos reconocidos constitucionalmente, situación que nos lleva a deslegitimar toda manifestación legislativa que apunte en esta dirección, y a mayor abundamiento,

¹³⁸ En este sentido sostiene GÜNTHER (2007) pp. 121, 122 y 123 que *“la democracia presupone responsabilidad en al menos dos sentidos. En un nivel general, los ciudadanos en una democracia, como consecuencia de la secularización, son responsables de las leyes que les gobiernan. La legislación democrática presupone que los ciudadanos mismos asuman la responsabilidad sobre sus leyes; en lugar de ser responsable dios, la tradición, la historia, o alguna otra forma de autoridad exclusiva (...) de cualquier forma, como línea general, quizá la parte más importante de la autocomprensión pública de los ciudadanos es que ellos y nadie más son, en última instancia, responsables de su orden legal. En una segunda dimensión, la democracia presupone ciudadanos responsables; ciudadanos que se atribuyen mutuamente responsabilidades como participantes en la deliberación pública. Si la deliberación pública es el rasgo más importante de la legislación democrática, entonces cada ciudadano debe ser entendido como alguien capaz de deliberar sobre la validez de las normas legales (...) Una democracia no presupone un deber de cada ciudadano de ejercitar sus capacidades deliberativas, pero considera a los participantes en los procesos públicos de formación de la voluntad como personas poseedoras de tal capacidad, y exige procedimientos en los cuales la capacidad pueda ser ejercida de modo eficaz. Del mismo modo, una democracia no obliga a los ciudadanos a actuar de modo acorde con sus juicios deliberativos, pero presupone que son capaces de hacerlo (...) Mi tesis es que en una democracia existe un vínculo interno entre el ciudadano como persona deliberativa en el ámbito legislativo y como destinatario deliberativo de la ley”*.

¹³⁹ ÑUÑEZ (2009) p. 401 indica que *“[c]omo lo afirma Gracia Martín, el destinatario del Derecho – especialmente de sus sanciones – sólo puede ser el individuo, el ser humano, un ente pre jurídico, natural. Es el hombre quien crea al Derecho y no a la inversa. Y tal creación ha de tener en cuenta los atributos propios del ser humano para estructurarse, como su responsabilidad. Esta última, arranca sin lugar a dudas de un sustrato ontológico del ser humano, de lo contrario sería imposible exigirla normativamente: Si el Derecho no se dirige a las fuerzas de la naturaleza ni a los animales, sino al hombre, entonces habrá de ser la estructura óptica del ser humano lo primero que tiene que entrar en consideración. Y es base de aquella esencia, justamente su dignidad. Luego, negar la dignidad, en este contexto, es negar – de paso – una de las bases que estructura al propio sistema jurídico”*.

¹⁴⁰ Antonio Bascuñán Rodríguez, a propósito de la tensión existente entre el derecho penal y derechos fundamentales, constata dos modelos alternativos que dan cuenta de dicha tensión. Así el primero de ellos, el cual denomina *clásico*, el *ius puniendi* es considerado una fuente de peligro para los derechos fundamentales, respecto de la cual sería necesario establecer arreglos institucionales que posibiliten su control. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “Derechos fundamentales y derecho penal”, en varios autores, *Los derechos fundamentales*, SELA, 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 319 y ss. citado por MAÑALICH (2005) p. 245.

tal como sostiene Habermas, “*el principio del derecho no solamente exige el derecho a libertades subjetivas en general, sino a iguales libertades subjetivas (...) sólo entonces entra en juego la pretensión de legitimación del derecho positivo*”¹⁴¹, aptitud que sólo será posible en la medida que el modelo de coerción estatal “*no destruya los motivos racionales de obediencia al derecho. Es decir, el derecho coercitivo no puede forzar a sus destinatarios a renunciar de cuando en cuando al ejercicio de su libertad comunicativa y a dejar de tomar postura frente a la pretensión de legitimidad del derecho*”¹⁴², situación que se pasa absolutamente por alto en la dinámica del DPE.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BECK, Ulrich (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Buenos Aires, Paidós) 393 p.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio (1996): *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* (México, Universidad Iberoamericana/ITESO/Anthropos) 191 p.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2006): “El Derecho Penal del Enemigo *darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *I Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Buenos Aires, Editorial B de F) pp. 473 – 510.

GARCÍA CAVERO, Percy (2006): “¿Existe, y debe existir un Derecho Penal del Enemigo?”, CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *I Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Buenos Aires, Editorial B de F) pp. 925 – 948.

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar (1993): *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, S. A.) 400 p.

GRACIA MARTÍN, Luis (2006): “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo”, CANCIO MELIÁ,

¹⁴¹ HABERMAS (2005) p. 186.

¹⁴² KINDHÄUSER y MAÑALICH (2011) p. 187 señalan que el derecho coercitivo “*no puede forzarlos –a los destinatarios del derecho– a abandonar en el caso particular su actitud realizativa frente al derecho y a sustituirla por la actitud objetivante de un actor que decide atendido a sus preferencias y calculando utilidades; tal cosa ha de dejarla a la discreción de ellos. Lo cual significa que las normas jurídicas siempre han de poder ser seguidas por convicción*”.

Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *I Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Buenos Aires, Editorial B de F) pp. 1051 – 1080.

GÜNTHER, Klaus (2007): “Acción voluntaria y responsabilidad criminal”, ALCÁ CER GUIRAO, Rafael (compilador), *En el problema de la libertad de acción en el Derecho Penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc) pp. 95 – 130.

HABERMAS, Jürgen (2005): *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4ª edición, Madrid, Editorial Trotta) 689 p.

JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003): *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Thompson Civitas) 103 p.

JONAS, Hans (1995): *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (Barcelona, Herder) 400 p.

KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo (2011): *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho* (Buenos Aires-Montevideo, Editorial B de F) 287 p.

LECHNER, Norbert (2006): *Obras escogidas 1* (Santiago, LOM Ediciones) 589 p.

LUHMANN, Niklas (1998a): *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general* (2ª edición, Barcelona, Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/CEJA, Pontificia Universidad Javeriana) 445 p.

_____ (1998b) *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia* (Traducc. Josexto BERIAIN y José María GARCÍA BLANCO, Madrid, Editorial Trotta) 260 p.

MAÑALICH, Juan Pablo (2005): “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?”, *Revista de Derecho y Humanidades* (nº 11): pp. 245 – 258.

NÚÑEZ, José Ignacio (2009): “Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario”, *Política Criminal* (vol. 4 nº 8): pp. 383 – 407, disponible en <http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A3.pdf>, fecha de consulta: 20 octubre 2011.

PIÑA, Juan Ignacio (2010): *Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad* (Santiago, Abeledo Perrot) 258 p.

RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo (2007): *Sociedad y Teoría de Sistemas* (4ª edición, Santiago, Editorial Universitaria) 200 p.

SCHILLING, Mario (2010): *El Nuevo derecho penal del enemigo* (Santiago, Librotecnia) 199 p.

SCHÜNEMANN, Bernd (2010): *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites* (Buenos Aires, Hammurabi) 191 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006): *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición, Buenos Aires-Montevideo, B de F) 269 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1993): *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal* (2ª edición, Santa Fe de Bogotá, Temis) 255 p.

_____ (2006): *Manual de Derecho Penal, Parte General* (2ª edición, Buenos Aires, Ediar) 788 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal, *Diario Oficial*, 12 noviembre 1874, versión actualizada al 11 mayo 2012, disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idVersion=2012-05-11>>, fecha consulta: 10 abril 2012.

Ley N° 18.216, establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala. *Diario Oficial*, 14 de mayo de 1983.

Ley N° 18.314, determina conductas terroristas y establece su penalidad. *Diario Oficial*, 17 de mayo de 1984.

Ley N° 20.000, substituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes sustancias sicotrópicas. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2005.

Ley N° 20.507, tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. *Diario Oficial*, 3 de abril de 2011.

Ley N° 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. *Diario Oficial*, 13 de agosto de 2011.

ALCANCES DE LA CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

Scopes on transfer of inheritance rights

ADRIANA CECILIA PALAVECINO CÁCERES*

RESUMEN: El presente artículo pretende responder a diversas interrogantes que se han planteado en torno a la cesión de derechos hereditarios, tales como, si es título o modo de adquirir, si es un contrato solemne o consensual, si se debe inscribir cuando en la sucesión hereditaria hay inmuebles y fundamentalmente si se cede la calidad de heredero o solo los derechos en el activo sucesoral, mediante la revisión de doctrina y jurisprudencia nacionales, asumiendo que se cede solo el activo del as hereditario, a partir de algunos postulados de la teoría del negocio jurídico y de las reglas de interpretación de los contratos. No se trata de una reflexión excesivamente metafísica, sino que se persigue esbozar algunas ideas y alternativas de solución a problemas empíricos que suscita la figura, atendida su enorme aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE: cesión derechos hereditarios – herencia - contratos

ABSTRACT: The present article tries to answer to diverse questioning that have appeared concerning the *transfer of inheritance rights* such as if it is a title or a manner of acquisition, if it is solemn or consensual

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Magister en Derecho con mención en Derecho Privado de la Universidad de Chile, docente de Derecho Civil, Universidad de Talca.

Artículo recibido el 30 de abril y aprobado el 8 de junio de 2012.

contract, if it is necessary to inscribe when in the hereditary succession there is real estate and fundamentally if the inheritor's quality is yielded or only the rights in the assets sucesoral, reviewing for that nationals doctrine and jurisprudence, assuming that transfer only the assets of the hereditary ace, from some postulates of the theory of the juridical business and of the rules of interpretation of the contracts. It is not a question of an excessively metaphysical reflection, but it is tried to outline some ideas and alternatives of solution to empirical problems that the figure provokes, attended his enormous practical application.

KEY WORDS: transfer of inheritance rights – inheritance - contracts

I. LA CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS. GENERALIDADES Y PRESUPUESTOS

Numerosas son las razones para afirmar que la cesión de derechos hereditarios es una figura compleja y su estudio, una tarea ardua. Primeramente, por su dispersión locativa, ya que es difícil hallarla en la literatura jurídica, encontrándola en la referida a los Contratos, en los textos sobre Derecho Sucesorio, o en los concernientes a los Derechos Reales. Luego, porque la mayor parte de las veces no es abordada con la detención y profundidad que permita resolver las dudas que suscita su aplicación práctica. Por último, porque persisten desde el s. XIX hasta hoy posturas doctrinarias disímiles en torno a su naturaleza jurídica, solemnidades y los derechos que transfiere.

Con el propósito de delimitar el objeto de esta figura, es útil recordar que la herencia puede definirse desde una perspectiva objetiva y desde una perspectiva subjetiva. Mirada desde una perspectiva objetiva es la totalidad de los derechos y obligaciones transmisibles del causante, su patrimonio. Mirada desde una perspectiva subjetiva, es un derecho real *"que consiste en la facultad o aptitud de una persona para suceder en el patrimonio del causante o en una cuota de él"*.¹ Usualmente el objeto de la cesión de derechos hereditarios es la totalidad o una cuota de la herencia considerada como universalidad jurídica, es decir, en sentido objetivo.

Ahora bien, el modo natural y obvio a través del cual el heredero adquiere la herencia es la sucesión por causa de muerte, definida por RODRÍGUEZ como *"un modo de adquirir gratuitamente el dominio del patrimonio de una persona cuya existencia legal se ha extinguido natural o presuntivamente y que consiste*

¹ SOMARRIVA (2003) p. 46.

en el traspaso a los herederos de todos sus derechos y obligaciones transmisibles, que extingue los derechos y obligaciones intransmisibles, que es fuente de derechos personales para los legatarios de género y modo de adquirir el dominio de cosas singulares para los legatarios de especie o cuerpo cierto”²

Pero también es posible transferir la totalidad del activo de la herencia o una cuota de él por acto entre vivos, mediante la cesión de derechos hereditarios regulada en los artículos 1909 y 1910 del Código Civil.

En efecto, tal como explica BARCIA: *“En virtud de la cesión del derecho real de herencia, un heredero cede una cuota o el total de los derechos hereditarios que tuviera en una sucesión”³*

Este autor aclara que para que pueda haber cesión del derecho de herencia es necesario como presupuesto que la sucesión esté abierta, es decir, que se haya producido el fallecimiento del causante porque de acuerdo al artículo 1463 del Código Civil, los pactos sobre sucesión futura tienen objeto ilícito y son susceptibles de declararse nulos.

II. LA CESIÓN: ¿TÍTULO O MODO DE ADQUIRIR?

1. *Modo de adquirir*

SOMARRIVA sostiene que la cesión de derechos hereditarios es la tradición del derecho real de herencia, explicando que: *“Podría, entonces, pensarse que la cesión de derechos hereditarios es un contrato, sin embargo, ello sería un error, pues la operación jurídica en estudio no es sino la tradición de los derechos hereditarios, que ha merecido del legislador una reglamentación especial y quizá sea esa la razón porque no se ocupó de ella al referirse a la tradición en el tít. VI del Libro II. Y así lo afirmamos porque la cesión no crea obligaciones, sino que, precisamente, extingue aquélla que emane del contrato de donde deriva: a saber, efectuar el traspaso de los derechos hereditarios”⁴*

Añade este autor que la consecuencia de concebirla como modo de adquirir es que debe ir precedida por un título, que usualmente será la compraventa, pero también podría ser una permuta, o una transacción sobre objeto no disputado, una dación en pago, el aporte en propiedad a una sociedad, entre otros.

² RODRÍGUEZ (2002) p. 16.

³ BARCIA (2007) p. 90.

⁴ SOMARRIVA (2006) pp. 112 - 113.

En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ BENAVENTE y DOMÍNGUEZ ÁGUILA bajo el epígrafe "La tradición", sostienen que: *"Es posible que el heredero ceda, a cualquier título, la herencia, esto es, la universalidad, sin considerar bienes determinados. Es lo que se conoce como la 'cesión del derecho de herencia' y que puede resultar de una compraventa, de una permuta, de una donación o de cualquier otro título gratuito u oneroso que justifique la enajenación. Esa cesión hará pasar la universalidad hereditaria si al título le sigue la tradición, que se efectuará conforme a las normas generales de este modo de adquirir".*⁵

2. Título

Otros autores sostienen que la cesión de derechos hereditarios sería más bien un título, un contrato genérico, un negocio jurídico, lo que se vería confirmado por su ubicación en el título XXV del Libro IV del Código Civil, entre los contratos de permuta y arrendamiento, respectivamente.

En efecto, SOZA plantea que: *"No concordamos con Somarriva (...) quien afirma que la cesión de derechos hereditarios constituye la tradición de los mismos. La cesión está regulada como contrato, y creemos que es un negocio obligatorio: una vez hecha la cesión, que puede ser onerosa o gratuita, el cedente queda obligado a transferir los bienes cedidos".*⁶

La autora explica que Bello utilizó el término "cesión" para fundamentar la transferencia que se basa en distintos tipos de títulos y se apoya en la teoría del negocio jurídico cuando señala que: *"El hecho de usar Bello la palabra cesión, no tiene otra función que la de permitir que este negocio tenga la suficiente abstracción como para fundamentar una transferencia que se base en distintos tipos de títulos, y la de ahorrarse, por otra parte, la tarea de regular esta figura varias veces: en la compraventa, en la donación, la permuta, etc. En otras palabras, la cesión en sí misma es el título o negocio obligatorio abstracto, en realidad mera forma negocial, susceptible de acoger, en concepto de causa, múltiples contenidos jurídicos".*⁷

Tampoco es exacto, como afirma SOMARRIVA, que de la cesión no nazcan derechos y obligaciones para las partes, antes bien, el heredero cedente debe responder frente al cesionario de su calidad de heredero y reembolsarle el valor de los frutos, créditos o efectos hereditarios de que hubiere aprovechado,

⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE (2011) p. 161.

⁶ SOZA (2004) pp. 91 - 111.

⁷ *Ibidem*.

mientras que el cesionario es obligado a indemnizar al cedente de los costos necesarios y prudenciales que haya hecho en razón de la herencia.

Por otro lado, BARCIA indica que este contrato puede ser a título gratuito u oneroso, dependiendo la naturaleza del título translativo que se invoque.⁸

También se ha dicho que es aleatoria porque *“en este contrato el cedente o vendedor sólo responde de su calidad de heredero, pero no de que en la herencia se comprenda tales y cuales bienes; en que no se conoce el valor del derecho vendido, faltando así el término de comparación llamado justo precio”*.⁹ En razón de esto, no procedería la rescisión de la cesión de derechos hereditarios por lesión enorme.¹⁰

III. LA CESIÓN ¿ES SOLEMNE O CONSENSUAL?

Otro cuestionamiento a propósito de la cesión de derechos hereditarios es si requiere constar en escritura pública para perfeccionarse o no. Nuevamente las posiciones están divididas.

⁸ BARCIA (2007) p. 90.

⁹ SOMARRIVA (2006) p. 118.

¹⁰ Sin embargo, algunos autores estiman que si la venta de derechos hereditarios pierde su carácter aleatorio podría rescindirse por lesión enorme. PLANIOL y RIPERT indican que la rescisión de la cesión es posible cuando el monto del activo y del pasivo es exactamente conocido al momento del contrato. En el mismo sentido, DALLOZ plantea que la venta puede ser anulada por falta de precio suficiente, si el adquirente, autorizado de antemano por el heredero para hacer inventario, ha podido conocer así el estado de la sucesión antes de la venta. Citados por SOMARRIVA (2006) p. 119. Por su parte, la Corte Suprema, *Fernández con Fernández* (2011) considerandos 14° y 15°, ha resuelto: “14°: Que, anotado lo anterior, corresponde que sea confrontado con el caso en examen y al efectuar esa labor se advierte, de manera inconcusa, que don Luis Alberto Fernández Cisternas procedió a la “transferencia” “cesión” de derechos; empero, aquéllos no pueden radicarse de manera específica en una parte material del bien raíz, como pretende la parte actora, circunstancia ésta que impide valorar los derechos que se ceden. En efecto, no puede estimarse que se esté en presencia de la cesión de derechos hereditarios referidos a un inmueble determinado, en que el cedente tenga radicados los derechos; que se trate del único bien hereditario, ni que se estén cediendo íntegramente los derechos que se tengan sobre el mismo; 15°: Que, en razón de los fundamentos antes expuestos, no cabe sino concluir que el contrato cuya rescisión por lesión enorme fue acogida en virtud del fallo recurrido, consiste en uno de “cesión de derechos hereditarios”, en virtud del cual, el cedente vendió, cedió y transfirió a la cesionaria, -demandada-, los derechos que al cedente le correspondan como cónyuge sobreviviente de doña Teresa de Jesús Meza Ramos respecto del bien raíz que individualiza. Tal aserto lleva a concluir la improcedencia de la lesión enorme en la situación en comento, a la luz de las reflexiones que se han vertido en los motivos que preceden”.

1. No requiere escritura pública

SOMARRIVA, consecuente con su posición en torno a la naturaleza jurídica de esta figura, señala que el contrato que da origen a la cesión puede ser solemne o consensual. Si estamos ante una venta requiere escritura pública por lo prescrito en el artículo 1801, inciso segundo, del Código Civil. Lo mismo ocurre con la permuta. Pero la cesión misma no está sujeta a formalidad alguna.¹¹

Este autor argumenta al respecto que: *“Otra consecuencia que deriva, pues, del hecho de que en la cesión de derechos hereditarios no se traspasen bienes determinados, sino una universalidad jurídica regida por el estatuto jurídico de los bienes muebles, es que en ella no es necesario cumplir con dichas formalidades”*.¹² Se refiere a las formalidades habilitantes exigidas a propósito de la enajenación de bienes raíces, por lo tanto, para este autor no es necesario que conste en escritura pública, salvo cuando la ley expresamente lo exija respecto del título que la anteceda.

2. Requiere escritura pública

SOZA y OLAVARRÍA plantean que el análisis sistemático de los artículos 1801, 1898 y 1407 del Código Civil permite sostener que la cesión de derechos hereditarios debe constar por escritura pública, pero SOZA aclara que la solemnidad no sería la forma de efectuar la tradición sino que además se debe verificar una entrega real o simbólica de los bienes cedidos.¹³ En efecto, la primera de esas disposiciones prescribe en su inciso segundo que: *“La venta de los bienes raíces, servidumbres y censos, y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública”*. Lo propio se prescribe respecto de la permuta y la donación.

IV. ¿REQUIERE INSCRIPCIÓN LA CESIÓN DE HERENCIA QUE COMPRENDE INMUEBLES?

1. No requiere inscripción

La opinión mayoritaria de la doctrina nacional plantea que, como el objeto de la cesión es la cuota en la herencia tomada como universalidad y no se refiere a derechos sobre bienes determinados, muebles o inmuebles, no

¹¹ SOMARRIVA (2006) p. 120.

¹² *Ídem.*, p. 80.

¹³ OLAVARRÍA (2004) pp. 198 - 200.

requiere inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Al respecto, SOMARRIVA¹⁴ invoca los siguientes argumentos:

- a) Los artículos 1909 y 1910 del Código Civil que regulan la cesión no exigen para que despliegue sus efectos, la inscripción en el Conservador.
- b) El artículo 686 del Código Civil, al regular la forma de efectuar la tradición de los derechos reales sobre bienes raíces, no menciona el derecho real de herencia.

Entonces, de acuerdo con este autor, la tradición se hará conforme a alguna de las formas previstas en el artículo 684 del Código Civil, vale decir, mediante la entrega real, o valiéndose de una entrega ficticia o simbólica de los bienes objeto de la tradición. A vía de ejemplo, añade que podrá ser si se otorga una escritura pública con declaración de que se transfieren los derechos; si se hace entrega del testamento; si el cesionario pide la posesión efectiva de la herencia o impugna un inventario; si interviene en la partición; si se pide nombramiento de partidor, etc.

Agrega SOMARRIVA que tampoco recibe aplicación el artículo 688 del Código Civil que alude a las inscripciones especiales de herencia cuando éstas contienen inmuebles, porque la cesión de derechos hereditarios no es un acto que tenga por objeto bienes inmuebles, en consecuencia, tanto da si la cesión se efectúa antes o después de practicarse dichas inscripciones.

En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE plantean que: *“Otra importante consecuencia radicaré en la naturaleza jurídica que, como bien, tiene la herencia. El Código acepta como summa divitio de los bienes la distinción entre muebles e inmuebles (arts. 566 y 580). Pero siendo la herencia diversa de sus elementos, no puede ser calificada de acuerdo a la naturaleza de éstos. No es pues ni mueble ni inmueble, pero desde que por obligación legal debe aplicársele alguno de los estatutos, tendrá que regirse por el de los muebles. El de los inmuebles es, como se sabe, excepcional”*.¹⁵

¹⁴ SOMARRIVA (2006) pp. 116 y ss.

¹⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE (2011) p. 158. En el mismo sentido, la Corte Suprema, *Donoso con Cortés* (2011) considerandos 14° y 15°, ha dictaminado: “14°: Que, tampoco el artículo 688, tratando de las transmisiones hereditarias, exige la inscripción de dichas transmisiones, sino en el caso de que los herederos pretendan disponer de los inmuebles de la herencia, de lo que se deduce que esta inscripción si bien es facultativa y útil para otros efectos legales, sólo es necesaria, siguiendo la regla general establecida por el artículo 686, cuando se dispone de inmuebles determinados, y no cuando las herencias se transmiten como universalidad jurídica, o los asignatarios transfieren sus cuotas en la misma universalidad (C.S. 23 sept. 1905, Rev.Tomo 3; sec. 1ª. P. 130); 15°: Que,

2. *Requiere inscripción*

Los autores que critican la posición anterior plantean objeciones tales como: ¿De qué forma se conserva la historia de la propiedad raíz? o ¿Cómo se evita un eventual fraude en la enajenación de derechos de los incapaces?¹⁶ En esta perspectiva ubicamos a FIGUEROA.¹⁷

Por su parte, SOZA distingue entre la cesión que hace un coasignatario de cuota y la cesión del único heredero.

En cuanto a la primera situación, distingue entre la cesión de cuota antes y después de obtenida la posesión efectiva de la herencia. Antes de la posesión efectiva, puede haber cesión según lo dispuesto en el artículo 1230 del Código Civil y en tal caso si bien no se puede exigir que el cesionario pida la posesión efectiva, los inmuebles debieran inscribirse a nombre de él, pero no se trataría de la tradición de estos inmuebles sino simplemente de la inscripción necesaria para que de consuno con el resto de los herederos pueda disponer de los bienes inmuebles comprendidos en la sucesión.

asimismo, el artículo 1909 del Código Civil autoriza a los asignatarios para ceder a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone y sin más responsabilidad que la de su calidad de heredero o legatario, lo que significa evidentemente que esa autorización lleva envuelta la facultad de efectuar la tradición del derecho cedido, sin necesidad de ninguna inscripción, puesto que no se mencionan los bienes reales sobre los que puede recaer esta facultad".

¹⁶ La Corte Suprema, *Durán con Bustamante* (2005) considerandos 1° a 3°, ha señalado: "Primero: Que en cuanto a la acción de petición de herencia, a la época en que se celebró la cesión de derechos hereditarios que a Carlos Arturo, Christian Vicente y Jeanette del Carmen, todos Bustamante Maturana, correspondían en la herencia quedada al fallecimiento de su padre, don Carlos Arturo Bustamante Morales, de que da cuenta la escritura pública de 7 de enero de 1986, el texto vigente del artículo 254 del Código Civil, establecía textualmente *No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez con conocimiento de causa; Segundo: Que del precepto recién transcrito aparece nítido que al tiempo de aquella cesión, a diferencia de lo que acontece a partir de la modificación que le introdujo la Ley N°19585, de 26 de octubre de 1998, no se requería autorización judicial para efectuar la enajenación de los derechos hereditarios de los hijos menores, de suerte que lo actuado por la madre de los demandados, doña Luisa del Carmen Maturana Cornejo, también demandada en autos, es válido y produjo todos sus efectos jurídicos, por lo que debe ser desestimada la defensa alegada por los hermanos Bustamante Maturana en el sentido que dicho acto era nulo de nulidad absoluta; Tercero: Que, con todo lo dicho resulta que se encuentra acreditado que la actora adquirió la totalidad de los derechos hereditarios quedados al fallecimiento del causante, lo que la habilita para impetrar la acción de petición de herencia y acceder a ella en la forma pedida".*

¹⁷ FIGUEROA (1997) pp. 664 y ss.

Si la cesión se hace luego de solicitada la posesión efectiva y de haberse inscrito ésta a nombre del heredero cedente, aunque no puede exigirse al cesionario que la posesión efectiva esté inscrita a su nombre ya que puede probar su calidad de cesionario invocando la escritura pública de cesión, quedará igualmente habilitado para concurrir como comunero a la partición de la herencia. Pero en forma previa, deberán efectuarse las inscripciones especiales de herencia a nombre de cada uno de los comuneros, tanto herederos como cesionario, para disponer de los inmuebles de común acuerdo.

Respecto a la situación del único heredero cedente, según SOZA, éste debiera pedir en forma previa la posesión efectiva para ceder la herencia, puesto que de lo contrario, si es el cesionario quien la solicita, figurará como heredero una persona totalmente ajena al causante, que no tiene derecho a heredar ni por testamento, ni por ley. Categóricamente afirma que: *“no cabe que el cesionario obtenga el ‘certificado de heredero’”*.¹⁸ En otras palabras, en este caso, SOZA plantea que si lo cedido es la herencia entera, el único heredero debe transferir los inmuebles contenidos en la cesión, a través de la inscripción del título en el Conservador, se trataría lisa y llanamente de la transferencia del dominio sobre los bienes raíces y no del derecho real de herencia.

V. ¿SE CEDE LA CALIDAD DE HEREDERO O ÚNICAMENTE LOS DERECHOS EN EL ACTIVO SUCESORAL?

1. *No se transfiere la calidad de heredero, solo el activo sucesorio*

DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE señalan que en su concepto, *“no es enteramente justificada la idea de que por tradición se adquiere la herencia. O, mejor dicho, la idea de tradición del derecho de herencia debe ser precisada, pues no se trata de una sustitución del heredero por el cesionario, sino del traspaso del activo sucesoral que puede encontrarse en la herencia. La calidad misma de heredero y la responsabilidad que de ella se deriva para el sucesor frente a los acreedores hereditarios o testamentarios, subsiste en manos del heredero. El cesionario adquiere la universalidad frente al cedente, pero frente a terceros, tan sólo el aspecto activo, pues en cuanto al pasivo, depende de la calidad de heredero y no tienen ellos por qué perseguir necesariamente al cesionario”*.¹⁹

En el mismo sentido, SOZA plantea que si se considera *“la herencia como derecho real, cuando se efectúa la cesión, el cedente se desprende de su*

¹⁸ SOZA (2004) pp. 91 - 111.

¹⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE (2011) pp. 161 - 162.

derecho real de herencia para entregárselo al cesionario, lo cual va contra las más elementales reglas de la sucesión hereditaria. En efecto, la adquisición del derecho real de herencia significaría para el cesionario asumir la condición de heredero, lo cual naturalmente no ocurre, ya que la asunción de deudas, que es la característica prototípica de la herencia, no se produce en este mecanismo, sino cuando expresamente se conviene así".²⁰

Se trataría de la concreción del principio latino "*Semel heres semper heres*" (una vez heredero, heredero para siempre). PERIÑÁN explica que: "*En el fondo de esta máxima, y de las que la completan, late la necesidad de garantizar la seguridad que los terceros reclaman acerca de la titularidad de las relaciones jurídicas contenidas en un patrimonio que se ha quedado sin titular, respondiendo a mi entender, a la lectura del Derecho sucesorio como un conjunto de normas que favorecen, sobre todo y en un principio, al mercado en general y no necesariamente al heredero (...) En resumen, si la sucesión, originariamente supone la asunción de la posición del causante en sus relaciones jurídicas ¿cómo asumir que esa posición será temporal?, ¿qué seguridad ofrecería la temporalidad de la cualidad de heredero a quienes hubieran mantenido relaciones patrimoniales con el causante? El sucesor será heredero mientras viva, independientemente de que haya llegado a esa condición a través de un testamento o de la ley, o de que la haya asumido voluntariamente o no". Indica este autor, a propósito de la cesión de derechos hereditarios que: "*la in iure cessio hereditatis y la venditio no dan lugar a la transmisión de la sucesión, sino a la adquisición de cosas concretas*".²¹*

2. El cesionario pasa a ocupar la situación jurídica que tenía el heredero cedente

SOMARRIVA sostiene, en cambio, que el cesionario carga también con las deudas hereditarias, consecuencia de la aleatoriedad de la cesión.

Es la conclusión a que puede llegarse a partir de la interpretación armónica de diversos artículos del Código Civil. Así, el artículo 1264, a propósito de la acción de petición de herencia, señala que: "*El que probare su derecho a una herencia*", vale decir, no circunscribe la titularidad de la acción únicamente al heredero, sino a todo aquél que pruebe su derecho a una sucesión, como podría ser perfectamente el cesionario. También el artículo 1320 que regula el

²⁰ SOZA (2004) pp. 91 - 111.

²¹ Aunque este autor aclara que en el Derecho Chileno no se aplicaría este principio, pues los artículos 1080 y siguientes y 1090 y siguientes del Código Civil, admiten la institución de heredero sometida a plazo suspensivo y resolutorio y a modo. PERIÑÁN (2005) pp. 123 - 139.

derecho a pedir la partición del extraño que compró su cuota a un coasignatario. Lo propio ocurre en el artículo 1216 a propósito de la acción de reforma de testamento, si el legitimario transfirió sus derechos a otra persona. Por su parte, el artículo 1684 señala que la nulidad relativa puede ser solicitada por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios. Y, finalmente, el artículo 1910 inciso tercero, que al regular el derecho de acrecer que sobreviene luego de efectuada la cesión de derechos hereditarios, dispone que en este caso beneficiaría al cesionario.

Esta es la posición mayoritaria no solo de la doctrina sino también de la jurisprudencia nacional. En efecto, la Corte Suprema ha dicho que: *“En la cesión del derecho de herencia se cede las consecuencias patrimoniales que resultan de la calidad de heredero. Por eso, la cesión del derecho real de herencia propiamente tal puede definirse como la cesión o transferencia a título oneroso que el heredero hace del todo o parte de su derecho de herencia a otra persona. El cesionario debe tomar o adquirir el derecho de herencia en toda su amplitud y cargar también con la participación que le quepa en el pasivo, vale decir, con las obligaciones y gravámenes que a su cuota hereditaria le corresponda; y si el cedente hubiere pagado alguna deuda o carga hereditaria, el cesionario deberá reembolsarle los costos necesarios y prudenciales. En consecuencia, en nuestro derecho el cesionario del derecho de herencia adquiere todos los derechos que tenía el heredero cedente y al mismo tiempo toma a su cargo todas las obligaciones que pesaban sobre éste en razón de la herencia”*.²²

En el mismo sentido, se ha señalado que: *“La venta de derechos hereditarios importa la cesión de la calidad de heredero. Comprende los bienes y*

²² Corte Suprema, *Morales con I. Municipalidad de Rengo* (2008) considerando 8°, agrega que: *“(…) en un contrato deben ser considerados como partes los contratantes, ya hayan actuado por sí o por medio de mandatario o representantes legales. Asimismo, deben incluirse como partes los sucesores a título universal. Estos últimos confunden su personalidad patrimonial con la del causante, son entonces acreedores y deudores de todo lo que era de aquél, al ser continuadores de la persona del difunto. Luego, en el contrato cuya resolución se demandó en el expediente Rol N° 53.851, existieron dos contratantes, por una parte, la I. Municipalidad de Rengo y por otra, don Orlando Jesús Herrera Migueles, María Teresa Miranda Gálvez, Fermín Ferrada y/o Juan Bautista Morales Cornejo. En efecto, la señora Miranda Gálvez puede estimarse como parte en su calidad de única heredera de don Orlando Herrera Migueles, el señor Ferrada en calidad de comprador y al haber asumido las obligaciones del vendedor señor Herrera para con la Municipalidad ya citada y; finalmente, el actor en calidad de cesionario de los derechos hereditarios del señor Herrera”*. En este caso, se considera como sucesor a título universal al cesionario del cesionario primigenio. Pero llama la atención que se considere a la única heredera también como responsable de las deudas. Es una suerte de clonación del heredero, que no se desprende de su calidad de tal por la cesión, como se afirmó en el considerando precedente. Claramente hay una inconsistencia.

derechos comerciables que forman la universalidad de la herencia adquirida total o cuotativamente por el cedente. Lo que se transfiere por la cesión es la herencia misma considerada como un valor jurídico patrimonial, o más bien, las consecuencias económicas de la calidad de heredero. En estas condiciones, el cedente debe responder de su calidad de heredero y, además, de todos los objetos que formaban parte de dicho patrimonio; el cesionario pasa a ocupar el lugar jurídico que tenía el cedente y adquiere el derecho de aprovechar de todos los beneficios jurídicos y económicos que éste obtuvo en la herencia, tiene derecho a todas las cosas que estaban comprendidas en la herencia a la época de la apertura de la sucesión. Es un caso de verdadera subrogación personal en cuya virtud el cesionario pasa a ocupar, como se dijo, el lugar jurídico que tenía el cedente y adquiere el derecho de aprovechar todos los beneficios de orden pecuniario que este obtuvo en la herencia".²³

VI. CRÍTICA Y POSICIÓN PROPIAS

1. Naturaleza jurídica

En este punto coincido con SOZA en cuanto a que parece lógico concebir a la cesión de derechos hereditarios a título oneroso como un concepto abstracto, un negocio jurídico que tiene por objeto enajenar derechos hereditarios y que se comunica con los diversos títulos específicos que justifican dicha enajenación, sea una compraventa, una permuta, o el aporte de estos derechos a una sociedad. Esto permite conectarla con principios propios de los contratos onerosos insertos en el ordenamiento jurídico y con un estatuto normativo común o general que daría coherencia a la figura, en tanto en cuanto logre encauzar la voluntad de las partes y ofrecer solución ante eventuales lagunas que dejaron al momento de celebrar el pacto. Pero visualizo este estatuto jurídico coherente respecto del contrato de cesión del derecho de herencia propiamente tal, esto es, la cesión a título oneroso, regulada en los artículos 1909 y 1910.

Como explica BETTI: *"En todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella (...) una razón práctica típica inmanente a ella, una 'causa', un interés social a que aquélla responde".²⁴*

²³ Sin embargo, llama la atención que la sentencia -Corte Suprema, *Fisco de Chile con Jaya* (1989) considerando 5° de la sentencia de reemplazo- si bien dice que el cesionario ocupa el lugar jurídico del heredero, enfatice los derechos que tiene en el activo sucesorio sin referirse a las deudas.

²⁴ BETTI (2000) p. 154.

En este orden de ideas, en la cesión a título oneroso del derecho de herencia, cuya figura paradigmática es la venta de derechos hereditarios, se advierte una finalidad o denominador común que sería el de permitir la circulación de los bienes de la sucesión cuando por tratarse de comunidades hereditarias numerosas, los costos y los conflictos asociados a ellas desincentivan a los herederos a perseverar en los trámites necesarios para liquidar y partir la herencia, o disponer de consuno de los bienes hereditarios, pues ello implicaría prolongar indefinidamente la inmovilidad de dichos bienes, resultando más sencillo transferir sus derechos hereditarios a cambio de una cantidad contante y sonante que recibirán en breve tiempo. Por así decirlo, los herederos hacen líquido su derecho a la herencia antes de esperar las resultados de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria, su motivación sería la riqueza inmediata. Por su parte, el cesionario se preocupará de dar curso a los trámites precisos para adquirir finalmente el dominio sobre los bienes concretos que componen la masa hereditaria que son los que le importan. Su motivación es adquirir muy probablemente a un precio más conveniente, la totalidad o una cuota del activo sucesorio. No parece razonable sostener que su pretensión consista en adquirir pasivos.

Y este interés social se observa prácticamente en todas las cesiones de derechos hereditarios a título oneroso, cualquiera sea el título específico de que se trate. Así como la sucesión por causa de muerte es la entelequia jurídica que permite el traspaso a los herederos del patrimonio del causante que ha quedado congelado con la muerte de su titular, la cesión de derechos hereditarios complementa esta finalidad de libre circulación de los bienes hereditarios, traspasando el activo sucesorio a un tercero, independientemente que la finalidad concreta para el heredero en cada caso sea diversa: recibir una cantidad de dinero o precio, u otro bien a cambio, o hacer un aporte a una sociedad. Se daría en todos los casos *“la recíproca interdependencia de uno y otro elemento a la unidad funcional del todo de que forman parte”*²⁵ que es la cesión de derechos hereditarios a título oneroso.

Asimismo, cuando la cesión es a título oneroso, se despliegan unos efectos jurídicos propios y distintos a los de la cesión a título gratuito, por de pronto, el cesionario a título gratuito carece de la acción de saneamiento por evicción, de conformidad a lo previsto en los artículos 1422 y 1423 del Código Civil.

²⁵ *Ídem.*, p. 161.

2. Solemnidades

En atención a lo señalado precedentemente, como el objeto cedido son los derechos sucesorios, parece desprenderse del Código Civil una regla conforme con la cual las operaciones a título oneroso referidas a una sucesión hereditaria deben constar por escritura pública.²⁶ Así lo dispone expresamente a propósito de la venta de una sucesión hereditaria el artículo 1801, inciso segundo, del Código Civil. Entonces, aplicando los postulados de la teoría del negocio jurídico, toda cesión de derechos hereditarios debe constar por escritura pública aún cuando no se exija por la ley, para mantener la coherencia de la figura. Por ejemplo, debe exigirse cuando la cesión de derechos hereditarios asume la forma específica de aporte a una sociedad.

3. Si contiene inmuebles conviene inscribirla

En relación a este punto, comparto con SOZA que la cesión de derechos hereditarios que contenga inmuebles debiera inscribirse en el Conservador con el propósito de que el cesionario y los herederos de tales bienes puedan disponer de consuno de ellos, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 688 del Código Civil. De cualquier modo, las razones son de conveniencia práctica para poder disponer de los inmuebles habidos en la herencia, pues la inscripción en ningún caso es la tradición de los derechos hereditarios, la que se efectúa de conformidad a lo previsto en el artículo 684 del mismo cuerpo legal, habida cuenta que lo transferido son derechos sobre los bienes hereditarios considerados como universalidad jurídica, que trasciende la clasificación de muebles e inmuebles, y a la que se aplicará el estatuto de la tradición de los muebles que es la regla general.

4. ¿Se cede la calidad de heredero o solo los derechos en el activo sucesorio? ¿Puede el heredero desprenderse de su calidad de tal?

En nuestra opinión, no necesariamente se cede la calidad de heredero, dependerá de la voluntad de las partes que concurren a la cesión. Lo usual es que ocupen la cláusula tipo: *“Por el presente instrumento, don cede y transfiere a don todos los derechos que le corresponden o que puedan corresponderle, por cualquier motivo o título en la herencia referida, cesión que don acepta y adquiere para sí. En consecuencia, don podrá intervenir en todos los trámites a que dé lugar la posesión*

²⁶ BARCIA (2007) p. 91, se pregunta si la teoría del negocio jurídico puede aplicarse respecto del derecho real de herencia, para sostener que trasciende la clasificación de mueble e inmueble, configurándose como estatuto autónomo.

efectiva de la herencia indicada y en la partición posterior de los bienes heredados, con los mismos derechos con que podría haberlo hecho el cedente, si hubiera actuado personalmente”.

Una interpretación literal de esta cláusula nos permite concluir que la voluntad real de las partes es que se ceda solo el activo. ¿Qué entiende comprar el cesionario? Evidentemente solo el activo, no pretende transformarse en sucesor del patrimonio del causante, ni responsable eventual de sus deudas. Nadie cuerdo compraría el pasivo de una herencia. Estimo que a este respecto ni siquiera se daría un verdadero problema de interpretación porque la fórmula utilizada por las partes no genera dudas sobre su voluntad real: vender y adquirir el activo sucesorio, respectivamente. ¿En virtud de qué argumento podemos atribuir al cesionario la continuidad de la personalidad del causante, y una eventual responsabilidad por las deudas hereditarias y testamentarias cuando solo compró derechos y acciones en la herencia?

Si se adjudica al cesionario también el pasivo sucesorio, se torcería la voluntad claramente manifestada en el contrato de cesión de derechos hereditarios y sabido es que, en materia de interpretación de contratos la norma clave es el artículo 1560 del Código Civil conforme con el cual: *“Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.*

Según BARCIA, existen dos posiciones en la doctrina clásica de la interpretación de los contratos, para la primera *“en la medida que la voluntad de las partes conste de forma clara no es posible interpretar, aunque el juez tenga antecedentes que la voluntad real era otra”.* Expone que: *“para una segunda posición (...) ello sería perfectamente posible, pero sólo en la medida que la voluntad contraria a la claramente manifestada sea ‘evidente’”.*²⁷

Pues bien, cualquiera sea la postura sobre la interpretación de los contratos a que adhiramos, lo cierto es que si el tenor del contrato de cesión es prístino en orden a señalar expresamente que lo cedido son las acciones y derechos en la herencia, ¿en virtud de qué antecedente podríamos entender que el cesionario estaba interesado también en el pasivo sucesorio, es decir, en transformarse en sucesor a título universal del causante?

²⁷ Ídem., p. 27.

Distinto sería el caso cuando lo que se cede es el derecho real de herencia y se ha consignado en esos términos en la cesión.²⁸ En este caso lo que se cedería sería la herencia mirada desde una perspectiva subjetiva, la posición jurídica del heredero como titular del derecho real. Sin embargo, no es frecuente ver cesiones con este tipo de redacción ni es pacífico que el heredero se pueda desprender de su la calidad de tal.²⁹

Entonces, a partir de los términos empleados por las partes en el contrato de cesión, tanto la voluntad real como la voluntad declarada se orientan hacia lo que he venido sosteniendo, que en este negocio jurídico la finalidad es la transferencia de los derechos en el activo sucesorio, pero no aparece explícita ni implícitamente la intención de las partes de que el cesionario adquiriera la calidad de heredero, o el pasivo sucesorio.

²⁸ SILVA (1985) p. 192. plantea que puede haber cuatro formas de cesión: "a) Se cede exclusivamente el derecho de herencia. El cedente responde de su calidad de heredero y el cesionario adquiere el derecho a suceder al causante en lo que resulte del activo y pasivo; b) Se hace la misma cesión, pero se señalan algunos bienes a manera de ejemplo o para dar mayor énfasis a la cesión. El contrato dirá más o menos así: 'Cedo mi derecho de herencia o hereditario, o mi cuota hereditaria en la sucesión de mi padre, que comprende tales bienes'. La situación es idéntica a la cesión anterior: el cesionario adquiere lo que resulte y el cedente sólo responde de su calidad de heredero. c) Se cede exclusivamente la cuota indivisa en los bienes que eran de propiedad del causante y que a la época de la cesión pertenecen en común a todos sus herederos (Esta cesión necesita posesión efectiva inscrita (...)) El cedente responde de su calidad de dueño de la cuota cedida y el adquirente la incorpora a su patrimonio. La cesión no comprende deudas (pasivo). d) Se cede el derecho de herencia y además cuotas en los bienes comunes. Esta cesión, por la segunda parte, requiere de posesión efectiva inscrita. Hecha así, el cedente responde de su calidad de heredero, por el derecho de herencia, y además de su condición de copropietario sobre los bienes que eran de propiedad del causante.

Como se ve, la nota diferencial la da la obligación que contrae el cedente. Cuando éste sólo responde de su calidad de heredero, hay cesión del derecho de herencia, aunque se haya obtenido la posesión efectiva, pues se puede hacer tal cesión antes o después de haberse obtenido tal posesión. Lo cedido comprende activo y pasivo (deudas).

En cambio, si el cedente se dice dueño de su cuota y responde como tal, lo cedido es la cuota indivisa en la cosa común. Requiere además de posesión efectiva inscrita y el cesionario no tiene nada que hacer con las deudas del pasivo del patrimonio del heredero". No concordamos con los distinguos que hace el autor respecto de las cesiones de derechos hereditarios que se circunscriben a bienes específicos, por las razones que esgrimo a propósito de las cesiones "patológicas" (véase *infra*, apartado 5 de la sección VI de este artículo).

²⁹ Así, LACRUZ BERDEJO y otros, citados por ELORRIAGA (2005) p. 96, señalan que: "El heredero no enajena o transmite su título de tal, su condición sucesoria, porque es personalísimo e intransferible inter vivos: por tanto, el adquirente de la herencia no es sucesor universal mortis causa del difunto, sino un mero receptor de los bienes que recibe el heredero: un sucesor inter vivos y a título particular, que por la consumación del contrato adquisitivo deviene propietario de las cosas, acreedor de los créditos del causante, etc... más nunca heredero".

Por ello, concuerdo con SOZA, DOMÍNGUEZ ÁGUILA y DOMÍNGUEZ BENAVENTE en cuanto a que el cesionario no es un sucesor universal: primero, porque no puede haber sucesión universal por contrato; luego, porque las obligaciones del causante no se transfieren por la sola cesión pues para que quede personalmente obligado por las deudas debe pactarse en esos términos; en tercer lugar, los acreedores hereditarios y testamentarios deben aceptar al nuevo deudor para que exista novación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1635 del Código Civil; en cuarto lugar, porque si se pacta la transferencia de las deudas, tampoco responderá *ultra vires hereditatis*, es decir, más allá de la cantidad de la herencia. De igual modo, tampoco es sucesor universal del heredero porque el cedente no transfiere todo su patrimonio, ni una parte alícuota de él; transfiere solamente un conjunto de acciones y derechos adquiridos por sucesión por causa de muerte.

En razón de lo señalado, estimo que el cesionario ocupará el lugar del cedente en el activo hereditario, pero no adquiere la calidad de heredero, la cual no es transferible, pues es una calidad equiparable al estado civil, que depende de las relaciones de familia. En este sentido, el cesionario pasa a tener los mismos derechos del heredero cedente (pues es justamente lo que ha adquirido: la totalidad de las “acciones y derechos”) y podrá solicitar la posesión efectiva de la herencia; la partición de bienes e intervenir en ella según el artículo 1320 del Código Civil; ejercitar las acciones de petición de herencia y reforma del testamento, según lo disponen los artículos 1264 y 1216 del mismo cuerpo legal; y de acuerdo con el inciso tercero del artículo 1910 del Código Civil el cesionario tiene derecho al acrecimiento, salvo estipulación en contrario. No necesita adquirir la calidad de heredero para ser titular de estos derechos.

Ahora bien, en cuanto a la aleatoriedad característica de este contrato, no se justifica necesariamente en el hecho de que el cesionario adquiera el pasivo de la herencia, como sostiene SOMARRIVA, sino más bien en que al momento de adquirir los derechos sucesorios, como no se ha efectuado la liquidación y partición de la masa hereditaria, objeto de la cesión, aún no se sabe, por una parte, si el activo superará al pasivo y, por otra, si el heredero cedente se adjudicará algún bien mueble o inmueble. El heredero cedente responde solo de su calidad de heredero, pero no de que la herencia efectivamente tenga un activo.

Por lo demás, resulta curioso que al heredero se le pague por desprenderse de su responsabilidad en las deudas del causante, en circunstancias que legalmente él es el continuador de la persona del mismo. Resultaría más comprensible si la cesión fuera a título gratuito.

Otro argumento en este sentido que podría darse lo constituye la acción subrogatoria regulada en el artículo 1238 del Código Civil en virtud de la cual ni siquiera repudiando la asignación, el heredero se libra de responder de las deudas del causante, puesto que los acreedores en cuyo perjuicio se repudia, pueden subrogarse en los derechos de sus deudores asignatarios.³⁰

¿Pero si no compra la calidad de heredero puede el cesionario pedir igualmente la posesión efectiva de la herencia? Creo que sí, porque usualmente estos contratos contienen un mandato expreso que faculta al cesionario para pedirla, pero aunque no exista, igualmente puede intervenir, como puede hacerlo para la partición, para interponer la acción de petición de herencia, etc. Pues compra las acciones y derechos y uno de esos derechos consiste justamente en solicitar la posesión efectiva. No concuerdo con SOZA cuando indica que si hay un solo heredero y vende sus derechos en la herencia no puede otorgarse la posesión efectiva al cesionario por no ser heredero del causante. Evidentemente, la autora es coherente con su posición de que el cesionario no adquiere la calidad de heredero. Pero en tal caso, tanto la resolución judicial como la resolución administrativa que otorgan la posesión efectiva habrán de enunciar al heredero cedente junto al cesionario, la fecha de la escritura pública y la notaría donde se celebró el contrato, bastando tal enunciado, en mi opinión, como explicación suficiente de por qué se le concede a persona distinta del único heredero, o si se prefiere, en nombre del heredero.

5. Cesiones "patológicas"

Denomino así a las cesiones de derechos hereditarios en que se consigna que lo que se cede es *"la totalidad de las acciones y derechos en la herencia quedada al fallecimiento de ... y que recaen única y exclusivamente en un bien raíz 'x' ..."*. Es patológica porque las partes la denominan cesión de derechos hereditarios e incluso solicitan que se incorpore en la resolución que concede la posesión efectiva, en circunstancias que no lo es, pues lo que se vende y se compra respectivamente son derechos en un bien raíz específico del patrimonio del causante. El cesionario no adquiere derechos universales en el activo sucesorio, sino solo en ese bien en particular. Si el heredero cedente se lo adjudica no habría problema. Pero si no, habría una venta de cosa ajena.³¹

³⁰ RODRÍGUEZ (2006) p.65.

³¹ Al respecto, la Corte Suprema, *Villagrán con Villagrán* (2006) considerandos 3° a 6°, ha resuelto: "3°. Que la sentencia que se revisa ha establecido que no obstante la cesión y venta de derechos hereditarios, quedados al fallecimiento de su nombrada madre, no inscrita, que anteriormente el 10 de abril de 1979 celebró el demandante Mario Villagrán Medina con su hermano Sergio Villagrán Medina, el segundo contrato aludido en los fundamentos que anteceden, tiene objeto y causa, y por ende no es nulo; 4°. Que, en efecto, en el caso

El artículo 1815 del Código Civil da plena validez a la venta de cosa ajena, lo cual no genera entonces la nulidad por tal motivo, cuando se presenta ésta.

Cuando se hace la individualización de un bien raíz determinado, estamos ante una venta que perfectamente se reputa válida, según lo expuesto, pero debemos distinguir dos situaciones: primero, si efectivamente al cesionario le han adjudicado dicho inmueble y, segundo, si dicho bien fue adjudicado a otro comunero, caso en el cual estamos en presencia de la venta de cosa ajena, ya que el heredero realizó la venta de derechos en un bien que no le pertenecía.

Dado lo anterior, se debe afirmar que la venta de cosa ajena tiene validez, sin perjuicio, por supuesto, del derecho del verdadero dueño.

Entonces, si los derechos hereditarios se venden con vinculación a determinados bienes de la masa hereditaria o comunidad universal de bienes, el

que nos ocupa, la sentencia recurrida considera que el contrato impugnado tiene objeto porque existe la obligación de entregar por parte del vendedor demandado don Sergio Alfredo Villagrán Medina, y de pagar el precio por parte del demandado comprador don Guillermo Hernán Godoy Fernández, ya que el artículo 1460 del Código Civil confunde el objeto del acto jurídico con el objeto de las obligaciones (considerando segundo de la sentencia de segunda instancia). Sin embargo, sea esta la interpretación correcta o la que sea del artículo 1460, ello no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto en ambos casos el objeto existe. En efecto, de acuerdo a la sentencia impugnada, serían las obligaciones que emanan de él, y en el otro los derechos que le corresponden al vendedor en la propiedad que se individualiza en dicho contrato por las herencias que éste menciona. Por tal razón, no existe falta de objeto, sino, y como lo dice el fallo, una venta de cosa ajena que produce otra sanción, y no la nulidad absoluta, como se dirá en el considerando sexto; (...) 6°. Que, en cuanto a las infracciones de los artículos 1814, 1815 y 1817 del Código Civil que denuncia la recurrente, debe igualmente desecharse por las siguientes razones: a) La del artículo 1814 inciso 1°, por cuanto la cosa vendida no es inexistente, sino lo que se ha alegado respecto de ella es que no habría existido en poder del vendedor. Además es un argumento que se hace valer solo para la casación y debe ser rechazado; b) En cuanto al artículo 1815, está bien aplicado porque lo que se alega es que una parte de lo vendido ya no era de propiedad del vendedor justamente por haberse vendido anteriormente al demandante. El error del recurrente es que en nuestra legislación la venta de cosa ajena no es nula, que es la acción que ha ejercido el recurrente, sino que inoponible al verdadero dueño, y esta es la razón fundamental por la cual la sentencia impugnada rechaza la demanda; y c) La infracción del artículo 1817, en un caso especial, señala cual de los compradores debe ser preferido, por lo cual no tiene nada de contrario al artículo 1815, ni tampoco la sentencia desconoce en parte alguna el derecho preferente que pudiera tener el demandante, sino que lo que rechaza es la acción deducida. En conclusión, no hay error de derecho en la sentencia recurrida, puesto que ella se funda en una aplicación acertada del artículo 1815 del Código Civil y del principio de que la compraventa de cosa ajena no es nula, sino que inoponible al verdadero dueño, indistintamente que este lo haya adquirido del anterior dueño o de un tercero”.

cesionario no adquiere de inmediato el dominio en esa forma singularizado, pero tiene la facultad de intervenir en la liquidación de la herencia, con el propósito de proteger los intereses que le asisten para así permitir que le adjudiquen aquellas cosas a que se señaló estar vinculado el derecho hereditario, teniendo de este modo el cesionario el derecho a que el cedente le respete la titularidad que el mismo le ha dado.³²

CONCLUSIONES

a) La cesión de derechos hereditarios es un contrato de transferencia de los derechos patrimoniales de un acervo hereditario, sea éste universal o parcial, de un heredero en favor de otra persona. Esta figura es de naturaleza contractual, porque para su perfeccionamiento se requiere el consentimiento o acuerdo de voluntades del heredero y del cesionario y surgen a partir de él derechos y obligaciones para ambas partes. Sin embargo, cabe precisar que, se trataría de una figura envolvente y abstracta que se comunica con los diversos títulos específicos que justifican la enajenación de los derechos hereditarios, sea una compraventa, una permuta, o el aporte de estos derechos a una sociedad. Esto permite conectarla con principios propios de los contratos onerosos insertos en el ordenamiento jurídico y con un estatuto normativo común o general que daría coherencia a la figura, en tanto en cuanto logre encauzar la voluntad de las partes y ofrecer solución ante eventuales lagunas que dejaron al momento de celebrar el pacto.

b) Una de las finalidades por las que se celebra este contrato es la necesidad de liquidez urgente por el heredero interesado en la cesión a quien apremia contar con un activo líquido en lugar de derechos sobre una herencia deferida, aceptada pero aún no liquidada ni adjudicada, o simplemente no adjudicada. Por su parte, el cesionario estará interesado en adquirir el activo sucesorio a un precio más conveniente que si adquiriese los bienes hereditarios como

³² Sin embargo, cabe indicar que para FIGUEROA (1997) pp. 668, 688 y 690, *“Es incontestable que al fallecer el causante, el o los herederos adquieren el derecho de dominio directamente sobre las cosas singulares hereditarias, sin pasar como algunos autores han querido -por una etapa intermedia, nebulosa, representada por el derecho real de herencia, en el cual los herederos tendrían un derecho sobre la universalidad continente, pero no lo habrían individualizado todavía en cosas singulares. Esta última interpretación debe rechazarse, y, en cambio, aceptarse que cada heredero adquiere un derecho cuotativo sobre cada cosa singular hereditaria desde el momento mismo del fallecimiento del causante (art. 956 C.C.) y sin perjuicio de que la repudiación posterior pueda operar con efecto retroactivo (arts. 1239 y 722 del C.C.)”.* Insiste en que *“...el derecho real de herencia resulta inseparable del derecho de dominio sobre las cosas que lo componen”* y en que *“... no se puede negar que el título de dominio del cesionario sobre cada uno de los bienes hereditarios es la misma cesión”.*

especie o cuerpo cierto y en un tiempo más breve. Esos serían los intereses particulares de cada contratante, pero también existe un interés social a que este negocio jurídico responde que no sería otro que la libre circulación de la riqueza. Por ello el contrato de cesión de derechos hereditarios propiamente regulado por el Código Civil en los artículos 1909 y 1910 es a título oneroso, por ser la venta de la herencia la figura paradigmática que con mayor frecuencia se da en la práctica.

c) Lo cedido, por regla general, no es la calidad de heredero del cedente, por lo tanto, el cesionario no es responsable del pasivo sucesoral, a menos que se pacte la asunción de deudas entre el cedente deudor, el cesionario y el acreedor pues se exige *ex lege* el consentimiento de este último en el artículo 1634 del Código Civil. De no haberse estipulado expresamente la asunción de deudas, el cesionario no adquiere la posición del heredero. Si lo que se pacta en el contrato de cesión de derechos hereditarios es que el cesionario adquiere la totalidad de las acciones y derechos en la herencia o una cuota de la misma, pero no, en cambio, la condición de heredero, que por su intransmisibilidad sigue ostentando éste, es evidente que el cesionario no adquirirá la misma herencia como universalidad jurídica, con activo y pasivo, pues así solo puede ser adquirida por el heredero. Al tener el cesionario un título adquisitivo de naturaleza particular, adquirirá la herencia no de la misma manera que el heredero sino de forma distinta, o sea, como conjunto de bienes y valores patrimoniales, excluidas las deudas.

d) Dependerá de los términos empleados por las partes en su contrato. Cuando se consigna que lo cedido son la totalidad de las acciones y derechos en una herencia, tanto la voluntad real como la voluntad declarada se orientan a que en ese negocio jurídico la finalidad sea la transferencia de los derechos en el activo sucesorio, pues no aparece explícita ni implícitamente la intención de las partes de que el cesionario adquiera la calidad de heredero, o el pasivo sucesorio. Sabido es que la regla de interpretación *contra stipulatorem* opera en otros tipos de contratos como los por adhesión y bajo cláusulas generales de contratación, pero en un contrato de cesión redactado en los términos indicados no cabría atribuir al cesionario responsabilidad en las deudas, pues sería torcer la voluntad real y declarada de las partes, y vulnerar con ello lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil, norma clave en materia de interpretación de contratos. Evidentemente, a quien corresponderá interpretar es al juez en el evento de una contienda entre las partes.

e) Si la cesión de derechos hereditarios indica que lo cedido es la totalidad de las acciones y derechos en la herencia de 'x' causante agregando que recaen únicamente en determinado bien raíz, no estaríamos propiamente ante una cesión de derechos sobre la herencia, sino que ante una venta perfectamente

válida, respecto de la cual, debemos distinguir dos situaciones: primero, si efectivamente al cedente le han adjudicado dicho inmueble y, segundo, si dicho bien fue adjudicado a otro comunero, caso en el cual estaríamos en presencia de la venta de cosa ajena, ya que el heredero realizó la venta de derechos en un bien que no le pertenecía. Dado lo anterior, se debe afirmar que la venta de cosa ajena tiene validez, sin perjuicio, por supuesto, del derecho del verdadero dueño. En este caso, estimo que no correspondería incorporar al cesionario en la resolución que conceda la posesión efectiva de la herencia, sea judicial o administrativa, por cuanto no ha adquirido derechos en la universalidad de la herencia, sino sobre bienes específicos que la componen, pero que en ese momento no hay certeza de que verdaderamente pertenezcan al heredero cedente, como también si se trata de los únicos bienes que la integran. Por tal motivo no es técnicamente correcto considerarla como cesión de derechos hereditarios total ni menos parcial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BETTI, Emilio (2000): *Teoría General del Negocio Jurídico* (Granada, Editorial Comares) 530 p.
- BARCIA, Rodrigo (2007): *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De las fuentes de las obligaciones Tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 294 p.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón (2011): *Derecho Sucesorio Tomo I* (3ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1440 p.
- ELORRIAGA, Fabián (2005): *Derecho Sucesorio* (Santiago, Editorial Lexis Nexis de Chile) 778 p.
- FIGUEROA, Gonzalo (1997): *El patrimonio* (2ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 760 p.
- OLAVARRÍA, Oscar (2004): *Elementos del Derecho Sucesorio Chileno* (Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile) 285 p.
- PERIÑÁN, Bernardo (2005): "El principio *Semel heres Semper heres* y la confusión de las obligaciones en el Derecho Romano", *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos* (vol. 27): pp. 123 - 139.
- RODRÍGUEZ, Pablo (2006): *I Instituciones de Derecho Sucesorio* (3ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 828 p.

SILVA, Enrique (1985): *Acciones, Actos y Contratos sobre Cuota. El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 370 p.

SOMARRIVA, Manuel (2003): *I Derecho Sucesorio versión de René Abeliuk* (6ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 771 p.

_____ (2006): *Indivisión y partición* (5ª edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 854 p.

SOZA, María de los Ángeles (2004): "La cesión del 'derecho real' de herencia y de una cuota hereditaria", *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 17): pp. 91 – 111.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil.

JURISPRUDENCIA CITADA

Fisco de Chile con Jaya (1989): Corte Suprema, 14 septiembre 1989, rol n° 13.298, Base de Datos electrónica *Westlaw* CL/JUR/866/1989, fecha consulta: 28 abril 2012.

Durán con Bustamante (2005): Corte Suprema, 28 julio 2005, casación en el fondo, rol n° 3359-2003, *Westlaw* CL/JUR/2162/2005, fecha consulta: 28 abril 2012.

Villagrán con Villagrán (2006): Corte Suprema, 15 mayo 2006, recurso de casación en el fondo, rol n° 1211-2004, *Westlaw* CL/JUR/7608/2006, fecha consulta: 28 abril 2012.

Morales con I. Municipalidad de Rengo (2008): Corte Suprema, 24 enero 2008, casación en el fondo, rol n° 6329-06, *Westlaw* CL/JUR/1434/2008, fecha consulta: 28 abril 2012.

Donoso con Cortés (2011): Corte Suprema, 19 octubre 2011, recurso de casación en el fondo, rol n° 10030-2010, *Westlaw* CL/JUR/8281/2011, fecha consulta: 28 abril 2012.

Fernández con Fernández (2011): Corte Suprema, 13 octubre 2011, recurso de casación en el fondo, rol n° 5982-2010, *Westlaw* CL/JUR/8169/2011, fecha consulta: 28 abril 2012.

ENSAYOS

MOVIMIENTOS SOCIALES: VISIONES DE ALTERNATIVIDAD POLÍTICA DESDE SUR Y CENTRO AMÉRICA. CASOS: BOLIVIA, ECUADOR, BRASIL Y MÉXICO

*SOCIAL MOVEMENTS: VIEWS OF POLITICAL
ALTERNATIVENESS FROM SOUTH AND CENTRAL
AMERICA. CASES: BOLIVIA, ECUADOR, BRAZIL,
MEXICO*

DOUGLAS EDUARDO MOLINA ORJUELA*
SERVIO ALBERTO CAICEDO CÓRDOBA**

RESUMEN: El presente escrito está dirigido a realizar un análisis comparativo sobre nuevas formas de organización política y de derecho alternativo que se vienen generando en Latinoamérica, con el propósito de identificar nuevos referentes en esta área. Es importante señalar cómo éstas nuevas formas de organización política no necesariamente se inscriben dentro de la legalidad dominante, sino que culminan en una serie de acciones y movimientos sociales, que

* Politólogo con énfasis en gestión pública, Especialista en gerencia de proyectos educativos, tesista de Maestría de Desarrollo Rural. Profesor, Investigador - Director del Observatorio de Política Latinoamericana (OPLA) de la Universidad de San Buenaventura - Sede Bogotá. <douglasemolina@gmail.com>.

** Psicólogo, Magíster en Planificación del Desarrollo con énfasis en medio ambiente. Ex-director ejecutivo de la asociación de Corporaciones Autónomas Regionales, se ha desempeñado como consultor en temas de conflicto y medio ambiente con el Ministerio de Medio Ambiente, Planeación Nacional y Naciones Unidas, y como profesor en temas de medio ambiente y teoría del conflicto de las Universidades San Buenaventura, Javeriana, Jorge Tadeo Lozano y Sabana. <scaicedoc@gmail.com>.

Artículo recibido el 23 de febrero y aprobado el 2 de mayo de 2012.

muchas veces no encajan en las teorías y conceptos contruidos para interpretarlas; esto nos obliga a descentrar la mirada de aquellas instituciones y procedimientos que tradicionalmente hicieron parte de la comprensión de lo que era la política y el derecho.

PALABRAS CLAVE: nuevos movimientos sociales - alternatividad política – postcolonialidad - América Latina

ABSTRACT: This paper focuses on the elaboration of a comparative analysis about the new ways of political mobilization and alternative law generated in Latin America. It's important to know how this new paths of organization are not necessarily framed under the dominant legality but are the culmination of various social movements and actions that can't be properly explained by the very theories and concepts designed to understand such phenomena; this forces to decentralize the view from the institutions and processes that were part of the usual understanding of law and politics.

KEY WORDS: new social movements - political alternativity - post-colonialism - Latin America.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito se propone un análisis de los movimientos sociales en Bolivia, Ecuador, Brasil y México, enmarcado en la posición de Boaventura de Sousa Santos (2009), relacionándolo con diversas epistemologías de índole latinoamericano. El punto particular de este escrito es la identificación de las nuevas formas de organización política. Para identificar esas nuevas formas es necesario revisar esas miradas que se encuentran en la despolitización, escenario más cómodo para pensar la crisis de la política, de las instituciones jurídicas y por ende el debilitamiento de las democracias contemporáneas.

Lo anterior, con el fin de encontrar explicaciones más acordes a nuestra realidad y que recojan la diversidad de prácticas y dinámicas que no caben en las racionalidades contruidas desde comprensiones hegemónicas del mundo, aunque implique incluso salirse de los cánones contruidos por el proyecto moderno occidental. Es por ello que, frente al desencanto o pérdida de fe en lo político, no se pueden seguir contruyendo explicaciones que insistan en las distancias entre gobernantes y gobernados, en la crisis de las instituciones o en el triunfo del individualismo en la época actual.

En este sentido, el punto de partida de este escrito es presentado, a manera de hipótesis, planteando cómo la política ha recobrado su centralidad,

no ya en las instituciones tradicionales que construyó la modernidad para ella, sino en otros espacios donde la política y el Derecho alternativo renacen, se renuevan, son reinterpretados y reasumidos en espacios viejos y nuevos que se resignifican, e incluso cobran nuevos sentidos en los símbolos, en los espacios alternativos, en las subjetividades.

Muchas son las preguntas de carácter general que se intentan responder: ¿Cómo entender las nuevas formas políticas y la legalidad alternativa en un país diverso?, ¿cómo entender la política y el derecho en un país donde la ilegalidad se confunde con la legalidad, donde los migrantes reconfiguran la identidad nacional, donde el Estado no es el único actor pleno de soberanía, donde los derechos son garantizados para algunos?, ¿cómo asimilar y aprender de la particularidad de las respuestas políticas de algunos grupos sociales de América Latina?

I. DESPOLITIZACIÓN O CRISIS DE LA DEMOCRACIA

Teniendo en cuenta que lo que “está en juego en la discusión acerca de la naturaleza de lo político es el futuro mismo de la democracia”¹, es importante reconocer cómo las democracias modernas no sólo son regímenes que nunca han funcionado de forma ideal, en tanto se han fundamentado en promesas difíciles de cumplir, sino que han caído en la peligrosa trampa de la representación que se convierte en dominación y en la nombrada por Rosanvallon “dolorosa experiencia de la corrupción del poder”.²

Para entender el éxito o fracaso de la democracia es importante tener en cuenta dos dimensiones: por un lado, el funcionamiento de las instituciones asociadas o ligadas a ella y por el otro a todas aquellas prácticas, espacios, tiempos y comprensiones en donde merced a la desconfianza se han dado nuevas formas de la política. Intentar auscultar o explorar esas nuevas formas de la política y de derecho, o aquellos poderes desinstitucionalizados o descentrados de los espacios en donde se instauró antaño la política, es en últimas un ejercicio de desoccidentalización de la mirada.

Diferentes autores han intentado entender las transformaciones de la política y del Derecho en un mundo cada vez más globalizado e interdependiente. En ese sentido, muchas han sido las aproximaciones que han explicado los cambios que han tenido la política y las instituciones jurídicas a lo largo de la historia, para entender desde allí cuáles son los elementos que

¹ MOUFFE (2007) p. 16.

² ROSANVALLON (2007) p. 22.

las caracterizan hoy, cómo se configuran y reconfiguran los conceptos desde las múltiples y complejas dinámicas de la época actual. Para algunos politólogos reconocidos como Sartori (1989) la política deja de ser el centro de la vida social al ser desplazada e incluso eclipsada por otras disciplinas como la economía o la sociología. Esta pérdida de protagonismo de la política es entendida como una crisis de sentido, a través de la cual la política pierde a lo largo de la historia su identidad y autonomía.

Existe un creciente fenómeno de despolitización de la sociedad, que ha socavado los niveles de adscripción y pertenencia que los individuos tenían frente a la política. Se denuncia también cómo el individualismo y el consumismo, han alejado al hombre de los espacios de decisión política y lo han conminado a la inmovilidad en términos políticos.

Para autores como Lechner (1981), la política ya no es lo que fue; en ese sentido no se puede seguir esperando de ella los grandes proyectos y utopías que en algún momento de la historia la caracterizaron, ni puede pensarse que a través de la política sea posible la construcción de un orden social. La política cobra nuevos significados en los movimientos sociales que intentan refundar la utopía y apostarle a la construcción de otros mundos posibles.

Autores como Rosanvallon analizan cómo el origen de la llamada despolitización o de pérdida de credibilidad en la política en la época actual, está referido a la erosión general del papel de la confianza en el funcionamiento de las democracias modernas, que genera un consecuente aumento de las reacciones de desconfianza por parte de los ciudadanos. Esto forma una suerte de "contrapolítica, fundada sobre el control, la oposición, la disminución de poderes que ya no se buscan prioritariamente conquistar".³

Coincidiendo con los planteamientos de este autor, se admite con él que la expresión política se ha diversificado. Por ende la participación política debe desmarcarse del voto como única instancia de incidencia en las decisiones concernientes a una comunidad. Cada vez más los ciudadanos encuentran fuera del voto, otras medidas para expresar sus reclamos o quejas. Por ende, la soberanía del pueblo no se entiende de manera procedimental, sino que se comprende como la soberanía de un pueblo que veta las decisiones, que las rechaza de diferentes maneras o por diferentes canales, muchos de ellos extrainstitucionales.

³ *Ídem.*, p.38.

Aproximaciones como la de Beck, enmarcadas en la sociedad del riesgo, se sustentan en la pérdida de centralidad de los pilares constitutivos de la primera modernidad (partidos, sindicatos) explicada esta por su ausencia de adaptación a las contingencias que trae consigo la modernidad reflexiva. Con el fin de explicar las nuevas formas de la política en la actualidad, Beck acuña el término de subpolítica para entender cómo en la actualidad lo político no irrumpe en las arenas tradicionales, caso el parlamento, los partidos políticos, etc., sino que aparece en lugares muy diferentes a estos.⁴

De otro lado, Giddens (1997) se inserta en un escenario postradicional, para pensar desde allí la política de la vida, como aquella referida a los procesos de autoactualización de las tradiciones que son forzadas a justificarse a fin de no perecer en un mundo en donde la globalización penetra el proyecto reflexivo. De esta forma se refunda una democracia dialógica en la que se está preparado para discutir y debatir con el otro, reconociendo también sus derechos en el ámbito jurídico.

Desde otra orilla, e intentando superar los reduccionismos de un liberalismo racionalista e individualista, que entiende a la política o, como un mercado de opciones que entran en competencia y en el que impera lo técnico o, como el lugar privilegiado del consenso racional de voluntades; Mouffe (2007) rescata el carácter colectivo de lo político e intenta poner en discusión su naturaleza misma, al vincularlo al conflicto como elemento connatural de lo político y propio de las sociedades en donde impera la divergencia y el antagonismo entre actores.

Dentro del pensamiento social latinoamericano uno de los pensadores más importantes es el portugués Boaventura de Sousa Santos (2003), quien inició sus reflexiones a partir de los años ochenta en trabajos con comunidades en el Brasil. En ese momento, Santos encuentra que en las comunidades se generan formas propias de manejo de los conflictos, que no se insertan dentro de la legalidad dominante. Estas corresponden a la lógica de los derechos alternativos y van acompañados de un mapa social distinto al dominante, se trabaja desde escalas sociales, significaciones y perspectivas diferentes; se hace evidente que estas comunidades no miran los conflictos desde el punto de vista de la legalidad, sino de la búsqueda de unas relaciones sociales donde se elimine la violencia.

A partir de este trabajo, con el profesor Mauricio García estudian las diferentes formas de justicia social que se dan en Colombia, las cuales se

⁴ ROSANVALLON (2007) p. 36.

expresan en el libro *Caleidoscopio de las justicias*, publicado en el año 2005. En los últimos años el desarrollo del pensamiento de Santos se ha enriquecido con el estudio del peso que han asumido las formas de organización social en Latinoamérica, que han pasado de la reivindicación jurídica, a la lucha política, en un proceso no carente de conflictos, pero que invita a un cambio en las ciencias sociales. Para Santos, uno de los hechos más significativos es la refundación Constitucional de Ecuador y Bolivia, en la cual se evidencia el peso de movimientos indígenas, trabajadores, campesinos, que han logrado instaurar gobiernos propios con un nuevo contrato social que transforma la democracia liberal dominante.

Pero esta situación no se puede identificar como una lucha socialista; tampoco corresponde al peso de los movimientos sociales que se planteó en los noventa por autores como Touraine (1987, 1998, 1999). Estas formas de organización en muchos casos se apoyan en tradiciones culturales indígenas del continente, que entran en diálogo con otros grupos e intereses, en un proceso dinámico, el cual las ciencias sociales eurocéntricas, no son capaces de explicar. Incluso, estas formas de organización han planteado la lucha por la resignificación de los términos, en este sentido han esbozado, desde los mismos textos constitucionales, concepciones alternativas de desarrollo y Estado.

Frente a la incapacidad de las ciencias europeas para dar cuenta de estas nuevas realidades, la epistemología del sur plantea generar alternativas a las diferentes formas de monocultura que se instalaron con estas Ciencias Sociales. A través de la monocultura y del rigor del saber estas ciencias impusieron clasificaciones que desconocen la diversidad de las formas europeas de organización. Este concepto es de tiempo lineal, se niegan los tiempos espirituales y míticos que están en la base de culturas indígenas tradicionales. La lógica globalista desconoce y subvalora las lógicas locales, ya que se considera una inevitabilidad que América Latina se inserte al mundo con tratados de libre comercio. Finalmente, con la lógica productivista se asume que toda persona actúa como un egoísta en la lógica del mercado, desde el cual no hay lugar a solidaridades, que se abrían quedado estacionadas en el tiempo antiguo.

La epistemología del sur tiene dos características: la ecología de saberes y la traducción intercultural. Desde la ecología de saberes se reconoce que en el mundo no hay ignorancias sino saberes distintos; saberes que se construyen territorialmente por las comunidades, dentro de relaciones particulares con los otros y con la naturaleza. Desde la ecología de saberes se plantea que es necesario reconocer esas nuevas formas de organización social, la injusticia social se basa en una injusticia cognitiva, en la negación de formas propias de organización de las comunidades y los pueblos frente a situaciones de injusticia, de globalización, a formas de organización política que no respetan los

valores y tradiciones de los pueblos. Estos movimientos han luchado contra la lectura hegemónica de la democracia, donde todo se decide por votos y no hay posibilidades de llegar a consensos, o de reconocer la representatividad política de las autoridades tradicionales.

La traducción intercultural parte de la construcción a través del diálogo, en lo que Santos⁵ denomina como inteligibilidad recíproca entre experiencias; la epistemología del sur es propositiva, puede partir de la lucha contra las hegemonías pero no se queda ahí, se plantea como el establecimiento de un pensamiento propio latinoamericano que surge del diálogo entre tradiciones y saberes distintos. Por ejemplo, este pensamiento político parte de reconocer que la refundación de nuevos Estados en América Latina se enfrenta con la inevitabilidad de la democracia, la necesidad de intercambios comerciales, el diálogo con otros países que pueden no compartir los nuevos planteamientos de estos Estados.

La epistemología del sur se genera a través de grupos de indígenas, negritudes, campesinos y desplazados por diversos motivos, que en el proceso de cambio han construido sus propias reglas, sus propias cosmovisiones. La epistemología del sur no se queda en el ideal socialista, ni en la historia marxista. Reconoce la necesidad de explorar que en América Latina se han dado historias paralelas que no siguen la misma lógica dominante. De este modo es claro que la idea de liberación que existe en América Latina influenciada por la Revolución Francesa, no es significativa para muchos de estos grupos sociales, o incluso, tan sólo se puede adoptar en la medida que se generen diálogos y significados comunes frente a nuevas utopías que se están construyendo y cuyo norte no se puede predecir.

Con Santos se siembra la esperanza de la diversidad política, social y económica. Dar cuenta de esas formas de organización que se han generado es la clave de la epistemología del sur y es a lo que apunta este escrito.

II. SOBRE LA ALTERNATIVIDAD POLÍTICA

Cuando se hace referencia a la alternatividad política, necesariamente se está considerando la existencia de una fuerza dominante. En los análisis clásicos del tema de la dominación indudablemente el punto de referencia lo son los postulados de Marx expresados en su texto Manifiesto del Partido Comunista; para Marx la dominación política tiene un soporte en un tipo de reglas y relaciones económicas, fundadas en un modo de producción. Es

⁵ SANTOS (2008) p. 54.

decir, son las condiciones materiales las que posibilitan un sistema político determinado. Esos postulados de Marx explicaban la necesidad histórica de la violencia para transformar las relaciones políticas de dominación que sostenían la explotación de los trabajadores en el capitalismo. Para Marx la contradicción principal entre trabajo y capital, expresada en la organización de clases sociales y fuerzas políticas llevaba a la lucha de clases; todo ello lleva a la inevitable superación de ese enfrentamiento en un modo de producción alternativo.

Contraria a esa versión marxista, donde la sociedad se define en función de la dinámica socio-histórica, a partir de los planteamientos económicos de Adam Smith y de los planteamientos psicológicos y políticos de Tomas Hobbes, se ha planteado una versión de la evolución social marcada por lo que se denomina como individualismo metodológico, desde esa perspectiva son las decisiones individuales la clave para explicar los rumbos que adopta la sociedad. Cada actor individual defiende sus intereses, en el caso de la sociedad capitalista, esa defensa individual de intereses lleva al equilibrio. Los actores individuales que defienden sus intereses pueden ser personas, o grupos, o empresas que actúan como una unidad en la dinámica económica, política y social. En esa medida, esta perspectiva no es inicialmente compatible con la perspectiva marxista de que la dinámica histórica tiene su propia dinámica material y que de lo que se trata es de interpretar la época.

Una perspectiva socio-histórica distinta a las anteriores que busca explicar el surgimiento de dinámicas de oposición en la ciencia política es la de la llamada teoría de la acción colectiva. Partiendo de esta teoría hay varias perspectivas algunas de las cuales son interesantes para la discusión:

a) Para Maldonado, la ruptura de las nociones clásicas para explicar la sociedad y sus dinámicas obligan a pensar el problema de la constitución de la sociedad civil: "Caracterizada negativamente, como se ha presentado en varios países latinoamericanos, la sociedad civil se compone de todos los sectores sociales no beligerantes en situaciones de conflicto armado generalizado. Así, el concepto de sociedad civil excluye a las fuerzas militares, la guerrilla y los movimientos paramilitares –allí en donde éstos existen".⁶ En esta medida, es claro que la acción colectiva en busca de propuestas alternativas a las dominantes proviene de la sociedad civil. Pero eso no significa que la sociedad civil se confunda con las denominadas organizaciones civiles como ONGs, sindicatos; en su lugar, el autor propone que la sociedad civil se distingue por las formas de expresión política y de organización que tienen

⁶ MALDONADO (2000) p. 14.

como fin la defensa de los bienes públicos. Esto significa que la sociedad civil “es, a finales del siglo XX y en los albores del siglo XXI, la de pensar una sociedad que haga la vida posible y cada vez más posible. Pero no únicamente la vida humana, sino también toda la vida sobre el planeta. Se trata, en fin, de pensar una lógica social que signifique la afirmación, la necesidad absoluta y el desarrollo de la vida, de la vida de los individuos tanto como de las etnias, razas, tradiciones, culturas, lenguas y creencias a las que pertenecen”.⁷ Lo característico de la sociedad civil es que se organiza por su propia cuenta, por sus propios mecanismos, no lo es que va contra el Estado.

b) En la perspectiva de Touraine (1987, 1998) el centro de la dinámica social contemporánea evidencia formas de organización social que luchan por sus derechos particulares y por derechos colectivos que no se organizan como movimientos de clase social, sino que se identifican por reivindicaciones y propuestas históricas particulares, sin que pretendan constituirse en organizaciones administrativas, tal como ocurrió con los partidos y sindicatos. Esas formas de organización se han denominado como Nuevos Movimientos Sociales y su estudio fue clave a finales del siglo pasado.

c) Tilly (1978), desde la teoría de la movilización de recursos, ha estudiado desde el punto de vista histórico las razones sociológicas que han dado lugar a la aparición de protestas y de revoluciones sociales. En esta búsqueda el autor ha planteado explicaciones históricas de las revoluciones que van más allá de las condiciones históricas planteada por el marxismo, esto lo lleva a concluir que no son los pobres los que han organizado las revueltas, y que la evolución de las protestas está estrechamente relacionado con la respuesta del establecimiento y la consiguiente capacidad de organización de los grupos que protestan.

Por otra parte, Boaventura de Souza Santos (2003) plantea una ruptura conceptual y metodológica con la sociología y el derecho tradicional. En primer lugar reconoce como base de la comprensión de la vida social, el involucramiento y reconocimiento de las particularidades de la vida social, cultural económica y política de las distintas comunidades; perspectiva metodológica que el denomina como perspectiva edificante que lo lleva a plantear una cartográfica simbólica y un derecho postmoderno.

En segundo lugar, desde esa perspectiva metodológica y epistemológica, el autor plantea la validez de los mapas de realidad construidos desde distintas escalas; de este modo, es claro que en espacios locales, las comunidades

⁷ *Ídem.*, p. 16.

han construido sus propias reglas de resolución de conflictos, sus propias estructuras políticas; pero ese espacio simbólico está atravesado e interactúa con el espacio global donde se debaten lógicas y criterios distintos.

En tercer lugar, en los últimos años, y frente a la construcción de constituciones indigenistas y pluralistas en Bolivia y Ecuador, Santos plantea la necesidad de construir ciencias sociales alternativas desde nuestros países, ciencias sociales donde las concepciones eurocéntricas de democracia y participación son insuficientes e incluso se convierten en formas de neocolonización. En esta medida se habla de epistemología del sur, como la construcción de formas de organización y de lectura de la realidad que responde a lógicas propias de los países del sur.

III. SOBRE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES

El término de movimientos sociales es bastante complejo y en la teoría se encuentran diferentes conceptos que han planteado a lo largo del tiempo varios autores definiéndolos como “actores políticos colectivos con carácter movilizador y con espacios de participación que persiguen objetivos de cambio, a través de acciones no convencionales, actuando con cierta continuidad”. Barrera (2002) también coincide con dicha definición añadiéndole que “los movimientos sociales se han hecho en el camino, alrededor de los conflictos sociales y políticos que los constituyen”; como manifestaciones de la acción colectiva, los movimientos sociales son desafíos colectivos planteados por personas que comparten objetivos comunes y solidaridad en una interacción mantenida con las elites, los oponentes y las autoridades.⁸

Otra definición de movimiento social es aquella que lo considera como construcción subjetiva social que permite pensar la realidad y el propio pensar que se organice sobre dicha realidad. Así se podrían definir como la articulación concreta entre necesidad, utopías y experiencias en determinado espacio y tiempo, lo que conlleva la capacidad de construir alternativas hacia diferentes horizontes de posibilidades y de un futuro indeterminado, es decir, un proyecto colectivo donde los sujetos representan una potencialidad realizada con múltiples posibilidades de sentido, que pasan a una alternativa particular de sentido.⁹

Estas definiciones que ofrecen varias perspectivas, desde la subjetividad hasta la acción colectiva, presentan varias características que son importantes

⁸ Cfr. TARROW (1997).

⁹ Cfr. ZEMELMAN (1997).

para validar la construcción y desarrollo de un movimiento social. La primera de ellas es que son acciones colectivas, es decir que, las personas que hacen parte de estos, tienen objetivos comunes y se mantienen en una interacción que les permite desarrollar acciones encaminadas al bienestar de todos. La segunda característica es que son actores políticos, lo que significa que a través de sus acciones buscan la consolidación de proyectos que reivindican los derechos de las personas, construyendo una sociedad más justa y equitativa. También se caracterizan por la articulación y comunicación con el resto de movimientos sociales populares para construir un punto de partida común. Así, también nos demuestra que están en constante cambio pues se construyen desde la experiencia y se hacen con el tiempo, a medida que hay conflictos sociales, económicos, culturales articulando las demandas en dichas situaciones.

IV. MOVIMIENTOS SOCIALES EN BOLIVIA Y SU PARTICIPACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN DE ESTADO Y DEMOCRACIA

En Bolivia ha habido varios cambios en la vida política durante las últimas décadas. La implementación de modelos neoliberales en una sociedad mayoritariamente indígena, que cuenta con más de ocho millones de habitantes y que se conforma por varias etnias, reuniendo entre estas Aymara, Quechua y Guaraní, ha conllevado diferentes situaciones que han permitido la emergencia de movimientos sociales que a lo largo de su historia han nacido por reivindicación de derechos laborales por factores como despidos masivos, disminución del valor de la fuerza de trabajo, soberbia de la clase política, menosprecio de la política por necesidades y aspiraciones de la población y a lo largo del tiempo se han ido transformando en la lucha por la búsqueda del final de la era neoliberal y el nacimiento de nuevas formas de izquierda en el campo político, con la participación de la población indígena.

En su historia, han existido diferentes movimientos siempre vinculados al ámbito laboral: los mineros, sindicatos de obreros, y hacia la década del 70 se empiezan a ver movimientos sociales en los que el tema principal es la vinculación indígena en la vida política del país, y una lucha constante por acabar con el colonialismo, con movimientos permanentes, organizados y fortalecidos con proyectos estratégicos, teniendo como base la estructura y organización de los sindicatos. Por ello la elección de un presidente que se autorreconociera indígena, decidido y vinculado a la descolonización, fue un gran avance para el país¹⁰, a pesar de que a lo largo de su gobierno implementó y desarrolló diferentes acciones que deslegitimaron su discurso.

¹⁰ Cfr. LORA (2007).

Es cuestión de este escrito, presentar un recorrido histórico a través de los diferentes movimientos sociales bolivianos y como han apoyado y aportado en la construcción de lo político en su país. Para ello primero se presenta como marco conceptual la definición de movimiento social, luego un desarrollo histórico de los movimientos sociales de Bolivia y por último de que manera estos han aportado en la construcción de lo político.

Como manifestaciones de la acción colectiva, los movimientos sociales son desafíos colectivos planteados por personas que comparten objetivos comunes y solidaridad en una interacción mantenida con las elites, los oponentes y las autoridades.¹¹ En Bolivia el principal desafío ha sido el cambio político y esto debido a que la mayor parte de su población es indígena las acciones colectivas se han visto influenciadas por este aspecto, la lucha contra el capitalismo y el neoliberalismo en las últimas décadas, dejan entrever el aspecto emancipatorio y la búsqueda de identidad nacional, reconstruyendo la capacidad colectiva para poner retos a las políticas actuales y así crear unas nuevas en conjunto con toda la sociedad civil, incluyendo a los ciudadanos indígenas y campesinos, para la construcción de una nueva democracia en donde se tome el riesgo de cambiar el ejercicio tradicional de la política y del poder.

En los movimientos sociales, como expresan Andrade, Herrera y Ospina (2008), se depositan aspiraciones de cambios sociales de gran amplitud y se espera que en estos se permitan procesos de organización social, que permanezcan más allá de la movilización, que fortalezcan su subjetividad para lograr la construcción de un horizonte político que articule la movilización de las clases populares con la perspectiva de transformar la sociedad.

Vargas-Hernández, en su informe sobre las nuevas expresiones de acción colectiva de los movimientos sociales en Latinoamérica, explica que los nuevos movimientos sociales indígenas de América Latina y el Caribe surgen a partir de 1992, cuando tienen un alcance nacional y local. En los últimos años, los movimientos indígenas dejan de considerarse revolucionarios para pasar a ser sociales y con preocupaciones similares que las de aquellos movimientos que buscan cambiar a la sociedad o la posición de un grupo en la sociedad. Como es el caso que se expone, en Bolivia los grupos indígenas y campesinos buscan vincularse en la vida política del país, asumiendo una nueva posición en su sociedad.

¹¹ Cfr. TARROW (1997).

Aunque a lo largo de la historia de Bolivia hayan emergido diferentes movimientos sociales, el indígena es aquel que ha cobrado más importancia en los últimos años. Este tipo de movimientos demandan una serie de derechos políticos, económicos y sociales arraigados en los periodos de la colonia y post colonia enfrentando una lucha de clases y conflicto étnico bajo proyectos políticos dentro de contextos políticos nacionales y luchas por la tierra.¹²

En América Latina desde hace unos años, han empezado a emerger gobiernos de centro-izquierda que se apoyan en movimientos de base social e indígena debilitando el modelo neoliberal que prevalece, como es el caso de Bolivia, y su reconocido gobierno de Evo Morales, en el que más adelante se ahondará.

Este autor propone por otra parte a los movimientos sociales que están contra el neoliberalismo y la globalización, pues se enfocan en la apertura de los enmarcados agrícolas al libre comercio y mercados de energía a las inversiones extranjeras, teniendo impactos durables en la sociedad civil, alentando a los movimientos sociales a avanzar en la participación en temas cruciales como el acceso a la información, trabajo apropiado y estándares ambientales, entre otros.

Los tipos de movimientos sociales descritos anteriormente permiten hacer una idea de la historia de éstos en Bolivia. A continuación se presenta una reseña acerca de estos, retomada de Juan Carlos Chamorro en su reseña "Movimientos sociales en Bolivia".

Para empezar a hablar de movimientos sociales bolivianos es necesario partir de los partidos políticos que han estado en el poder. Uno de ellos el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), partido político de izquierda, para el año 1951 se presentó a las elecciones presidenciales con Víctor Paz Estenssoro. Al ser de izquierda, las grandes empresas mineras, el capital extranjero y la embajada de Estados Unidos no estuvieron de acuerdo, por lo que el presidente saliente Mamerto Urriolagoitía, días después realizó un autogolpe de Estado y el poder quedó en manos de una junta militar encabezada por el general Hugo Ballivián Rojas. Para el siguiente año se produce el evento conocido como "la revolución" de Víctor Paz Estenssoro, quien buscó en los obreros organizados apoyo para el partido MNR, derrocando la dictadura.

¹² Cfr. VARGAS-HERNÁNDEZ (2006).

Así Estenssoro asume la presidencia con apoyo del pueblo en una auténtica revolución popular. En ella fue fundamental la participación de los mineros; es considerada una de las más importantes de América Latina después de la mexicana, que se presentó en 1910. Para este entonces la población indígena estaba marginada de la vida económica y política y al presentarse este hecho se empezaron a dar grandes cambios en el país: 1. Se autoriza el voto universal, rompiendo la democracia excluyente, dándole voto a la mujer y a los analfabetos; 2. Control total de la economía. Bolivia es dueño de sus recursos naturales y de sus empresas de producción; 3. Nacionalización de las minas. Se firma el decreto que legaliza esta acción y más del 80% de los ingresos de exportaciones y los recursos del subsuelo pasaron a poder del estado; 4. Se crea COMIBOL, empresa minera interestatal; 5. Reforma agraria, que suprime el régimen de hacienda de la región andina; 6. Promulgación del código de la educación boliviana y se produce una revolución educativa. La educación se convierte en universal y obligatoria. Se instalan núcleos escolares para el sector rural sin plantearse de manera discriminatoria para los campesinos e indígenas; 7. En cuanto a la economía, durante el período de MNR se presenta un proceso hiperinflacionario en la economía nacional que llevó a la moneda boliviana a devaluarse en un 900 por ciento los primeros años de Gobierno.

Otros partidos políticos, grupos descontentos con el gobierno y algunos sectores del mismo partido MNR intentaron conspirar contra el gobierno de Estenssoro, lo que desencadenó la adopción de medidas represivas, como campos de concentración en las minas y el altiplano, torturando a centenares de presos. Luego de varios años del gobierno, el distanciamiento con los obreros y mineros y los altos niveles de corrupción terminaron con el gobierno de este presidente

Como se puede ver en el episodio de la historia boliviana llamado "la revolución", se encuentra la participación del primer movimiento social organizado. Los mineros apoyaron la toma del poder del partido MNR bajo la cabeza de Víctor Paz Estenssoro, desatando una revolución popular y permitió la creación de otros movimientos, como la Central Obrera Boliviana (COB), los comités cívicos y FEJUVE.

La Central Obrera Boliviana –COB– era un sindicato que agrupaba a miles de trabajadores de Bolivia, constituyéndose en una gran fuerza para demandas salariales y reivindicaciones laborales en todo el país. Nace en el año 1952 durante "la revolución", participando en la junta, junto con los mineros, fabriles, gráficos, periodistas, personas de clase media. La Central se fortaleció tanto que se convirtió en el centro de las luchas sociales y sindicales de los trabajadores bolivianos y un referente ideológico y de autoorganización

de las clases subalternas del país. Luego de varios años con la implementación de políticas neoliberales y bajo los preceptos del libre mercado en la economía y la competencia se le da un rol protagónico a la empresa privada. Así se presenta una crisis en la minería y no resistió la competencia con el sector privado, ocasionando el cierre de muchas empresas y los despidos masivos de mineros.

Aquellos que resultaron perjudicados con las medidas, formaron cooperativas que brindaban servicios mineros. Así se dobló el número de mineros asalariados, lo que debilitó el movimiento obrero, perdiendo fuerza en las movilizaciones debido a políticas de desindicalización, reestructuración productiva por reformas liberales y así también los movimientos sociales, en lugar de detenerse, crearon nuevas formas organizativas y de movilización, creando centrales regionales, gremiales, comerciantes y en general agrupaciones de trabajadores sindicalizados.

Los comités cívicos nacen en cada departamento al desaparecer los gobiernos municipales bajo el gobierno del MNR. Son organizaciones civiles que representan a la ciudadanía para dar a conocer a las autoridades y al gobierno las demandas exigentes. En estos comités participa la ciudadanía en general. En la actualidad el comité cívico más importante es el Comité Cívico Pro Santa Cruz (que pertenece a Santa Cruz, ciudad amazónica frontera con Brasil) y trabajan en proponer soluciones regionales por la cercanía de liderazgo de los prefectos. En el 2006 este comité convocó a un cabildo, en el que participaron más de un millón de personas. Alternó a este evento otros comités se reunieron en la búsqueda de la creación de Gobiernos Regionales Autónomos.

Las Federaciones de Juntas de Vecinos (FEJUVE) son el resultado de la organización de vecinos de varios sectores, son netamente barriales y están ubicadas en dos barrios en los que habían mineros desempleados e indígenas de idioma aymara. En la actualidad la FEJUVE El Alto es una de las organizaciones que juegan un rol primordial en las movilizaciones que determinan los acontecimientos políticos en Bolivia.

Durante el período de tiempo entre 1959 y 1980 se presenta un período de gobiernos contradictorios. Inicia con Barrientos durante 1964-1969. La Revolución Cubana en 1959 influyó en América Latina, cambiando el equilibrio de poder y abriendo espacios para movimientos marxistas que se intentaron tomar el poder. Los ejércitos de América Latina recibían preparación antiguerrillera por parte de Estados Unidos como parte de una política anticomunista. Como consecuencia, durante el gobierno Barrientos se bajaron los salarios 40% y se decomisaron las radioemisoras de los mineros. En el

período de reposición salarial y de devolución de radioemisoras, el general se irritó y la noche del 23 de Junio de 1967, conocida como la noche de la "fiesta de San Juan", por orden del mismo, los militares emprendieron fuego contra los campamentos mineros, algunos ingenios y al pueblo civil de Llallagua.

Al período del general Barrientos, le sigue Alfredo Ovando durante los años 1969-1971, quien llega al poder con un golpe de Estado, cerró el Parlamento y organizó un gabinete mixto entre jóvenes intelectuales de izquierda y militares. El período de Ovando se caracterizó porque abrió las relaciones con países socialistas. El cuarto congreso de la COB propuso el camino al socialismo y a los trabajadores. En las universidades se produjeron movimientos docentes-estudiantes contra la mala administración universitaria, luego los estudiantes se unieron a las fuerzas populares para luchar por la soberanía nacional y la defensa de recursos naturales. Para 1971 se creó la Asamblea Popular, que sustituía al Parlamento con la participación de los obreros, mineros, fabriles, campesinos, intelectuales y universitarios. En el mismo año se crea el Partido Socialista y se funda el Movimiento de la Izquierda Revolucionaria (MIR).

Luego de este período viene otro golpe de Estado por parte del general Hugo Banzer, que dura desde 1971 hasta 1977, quien declaró ilegales a quienes pertenecían a partidos de izquierda, canceló la COB y todas las organizaciones sindicales, clausura las universidades y exilia a muchos bolivianos. Desarrolla varias acciones represivas con muertes, torturas, encarcelamientos y desapariciones de personas de izquierda y comunistas. En 1977 y bajo la presión interna y externa se convoca a elecciones. Desde esta fecha y hasta 1982 Bolivia tuvo nueve presidentes, siete de facto y sólo dos constitucionales. Un período inestable y caótico a nivel político, económico y social.

En 1980 vuelve a presentarse un nuevo golpe de Estado, esta vez por parte del general Luis García Daza. Durante el golpe, los paramilitares del general atacaron las oficinas de la COB y torturaron y asesinaron al principal dirigente sindical del partido socialista, Marcelo Quiroga Santa Cruz, junto con otros dos dirigentes.

Luego del período de gobiernos contradictorios, llega el de los nuevos movimientos sociales. El primero de ellos llamado Katarismo, era un movimiento que demandaba la revolución indígena de Tupak Katari y buscaban la inclusión de los indígenas en la vida política del país. Las protestas y demandas lideradas por ese movimiento se dieron entre los años 70 y 80. Para la década del 90, el líder del sector indígena era el guerrillero Felipe Quispe Huanca, "El Mallku", del Ejército Guerrillero Túpac Katari y líder de la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia –CSUTCB–.

Para 1992 es tomado preso junto a Álvaro García, acusados de terrorismo, y luego de hacer presión los movimientos indígenas, fueron dejados libres.

Otro movimiento que surge es el de los cocaleros. Surge debido al cierre de las minas por la caída en los precios del estaño, principal recurso minero de Bolivia, dejando a miles de trabajadores desocupados, que para encontrar un trabajo se desplazaron a algunos valles a cultivar hojas de coca. Son como los hijos de los mineros, tienen la misma estructura organizacional que los mineros y utilizan las asambleas, marchas, bloqueos, entre otros, como forma de manifestación. Al iniciar el movimiento, el discurso que se manejaba era campesinista, es decir, como derecho a cultivar la hoja de coca y en los años 90 pasó a ser indigenista, donde hacen respetar el cultivo de la hoja de coca como una tradición milenaria

En 1995, un dirigente de productores de hoja de coca surge en la escena local. Evo Morales defiende el cultivo legal de la hoja de coca y se pone al frente de la erradicación forzosa y otras políticas en contra de los intereses de los productores de coca de la región. Poco tiempo después Morales llega a ser diputado del Parlamento Nacional. A partir de esto, los sindicatos campesinos empiezan a pugnar por llegar a controlar las estructuras estatales gubernamentales, hasta que los movimientos sociales pasan a ocupar alcaldías e incrementan sus ímpetus por tener presencia en el Parlamento.

Este hecho es de bastante importancia, pues es desde aquí que los movimientos sociales son quienes luchan por acceder al Gobierno. Ya no entregan la responsabilidad de lo político en un representante, en una vanguardia, ellos mismos ocuparán los cargos políticos, en especial, los campesinos. Así nació el Movimiento Al Socialismo (MAS), partido político que en sus inicios estuvo conformado por dirigentes de la Confederación de Cocaleros del Trópico del Chapare, de la cual Evo Morales era el principal dirigente. Desde ese momento se convirtió en una de las fuerzas políticas más importantes del país.

Debe tenerse en cuenta que el movimiento cocalero se comenzó a fortalecer desde el cuarto gobierno de Víctor Paz Estenssoro, el cual formuló una política antidroga muy acorde con los designios provenientes de Estados Unidos y que criminalizaba a muchos campesinos, lo cual generó un conflicto de baja intensidad que se extendería por varios gobiernos hasta llegar el periodo gubernamental de Hugo Banzer Suárez, de 1997-2001, el cual endureció aun más la política en contra de la coca, llegando a eliminar los subsidios que se otorgaban por la hectáreas de coca remplazadas por cultivos no ilícitos,

causando aun más movilizaciones y simpatía por el movimiento de los cocaleros, que ya para estas fechas estaba a cargo de Evo Morales.¹³

Para el año 2000 se presenta un suceso llamado "la guerra del agua". Se presentaron grandes bloqueos de campesinos, lo cual volvió a poner la fuerza de los movimientos sociales en la sociedad. Mientras en Europa, Estados Unidos y otros países industrializados aparecía el movimiento antiglobalización como una expresión inicial contra las políticas neoliberales, los campesinos bolivianos protagonizaban la movilización más enérgica contra estas políticas.

Mientras los conflictos sociales habían sido hasta ese día demandados, a partir de la fecha se hace un cuestionamiento profundo de las instituciones y los procesos democráticos del país. Los grupos sociales comienzan a demandar del Estado beneficios para la población civil y se pone en tela de juicio la manera como el Estado ha estado manejando los recursos del país.

La privatización del agua era parte de las políticas privatizadoras impulsadas por el Banco Mundial para América Latina. Fue así que en 1999 el gobierno boliviano resuelve conceder a una empresa transnacional, la Bechtel, Aguas del Tunari en su nombre local, la facultad de gestionar y distribuir toda el agua de la ciudad de Cochabamba y alrededores. La empresa no se hacía responsable por la construcción de proyectos de agua importantes para la zona y se le permitía libremente el alza de tarifas. Se decía que incluso el agua de la lluvia sería manejada por esta empresa. Esto fue considerado por la población como un atropello. Indígenas y campesinos de Cochabamba convocaron a toda la ciudadanía a realizar intensas movilizaciones, luego de varios días de protestas y bloqueos, represión y muertos, lograron evitar la privatización del agua en su provincia.

De aquí al 2003 la conflictividad sectorial y las reivindicaciones de indígenas, campesinos, pobres urbanos y trabajadores fueron en aumento, hasta cuando se produce la "Guerra del Gas", debido a la intención del entonces presidente, Gonzalo "Goni" Sánchez de Lozada, de comercializar y vender gas a Chile. Como "Goni" no quiso desistir de esta medida, se produjo una revuelta popular en la ciudad de El Alto, liderada por la Federación de Juntas de Vecinos, FEJUVE – El Alto, y la COR (Central Obrera Regional). Llegaron hasta La Paz y El Alto cocaleros, campesinos y mineros de todo el país junto a sus sindicatos y federaciones. En el barrio El Alto hubo bloqueos con piedras y zanjas en calles y arterias que conectan a países vecinos como Perú y Chile.

¹³ CALDERÓN (2009) p. 162 – 166.

Las zonas amazónicas del oriente del país estuvieron incomunicadas por cerca de un mes con el occidente del país, no permitiéndose el abastecimiento de alimentos, combustible etc.

Fue aquí, en la “Guerra del Gas”, que nació la demanda de la nacionalización de los hidrocarburos, como medida para salir de la pobreza del pueblo boliviano. Aquí, los mineros tuvieron una participación importante, pues en 1985 muchos de ellos se desplazaron a vivir en El Alto, en los distritos 3 y 8. En estos distritos (zonas Senkata, Santiago II y Nuevos Horizontes) fue donde se realizó la resistencia más fuerte a la represión de los militares. Sánchez de Lozada, por presión del pueblo y de un sector de los medios de comunicación que pedían su renuncia en sus editoriales, huyó del país a Estados Unidos.

Desde esta etapa hasta el gobierno de Evo Morales se vive un período de tránsito en el que Carlos Mesa asume la jefatura de Estado, con un apoyo implícito de Evo Morales y Felipe Quispe. Se vuelve a presentar la situación de la privatización del agua, desencadenando bloqueos y marchas para evitar esto. Para el 2005 Bolivia se encontraba de nuevo bloqueada. Campesinos, trabajadores, pobres urbanos e indígenas eran los protagonistas en las calles. Además nueve plantas de multinacionales del gas fueron ocupadas, y el resto militarizadas para defenderlas del pueblo, quien pedía la nacionalización de los hidrocarburos, principal recurso energético de Bolivia. El 6 de junio se celebró en La Paz un cabildo con la asistencia de decenas de miles de personas. Allí, la Federación de Mineros propuso la creación de una Asamblea Popular, retomando la tradición del 70. Mesa renunció.

Un año después de esto, en el 2006 se realizaron elecciones entre Evo Morales, presidente del MAS, y de las seis federaciones de productores de hojas de coca del Chapare (valle de Cochabamba) y Jorge “Tuto” Quiroga. En esa jornada salió electo Evo Morales con cerca del 54 por ciento de los votos. Morales asumió la presidencia en enero de 2006, pasando a ser el primer dirigente indígena y cocalero en asumir la jefatura de Estado. Las medidas que tomó al asumir la jefatura de Estado fue elegir gobernadores departamentales, hacer referendos autonómicos, asamblea constituyente, nacionalización de hidrocarburos, nueva ley de tierras y emprendió una lucha contra el analfabetismo, además de iniciar un nuevo tipo de democracia en América Latina donde incluye a los pueblos indígenas en las decisiones políticas de Estado.

Haciendo el recorrido histórico por lo que han sido y significado los movimientos sociales, se podría concluir sosteniendo que la construcción de Estado en Bolivia se hizo a través de las organizaciones sociales, desde la base, pues todas las situaciones a nivel político, económico y social, al

afectar el bienestar de la sociedad boliviana, despertó el sentir de comunidad de los sectores más afectados y la conciencia ciudadana frente a las políticas implementadas por el Estado, en este caso neoliberal, en la que la intervención estatal solo privilegia a la inversión privada extranjera. La implementación y puesta en práctica de esta política conllevó el distanciamiento entre la sociedad civil y el Estado, lo que desencadenó a su vez la emergencia de los diferentes movimientos sociales que a lo largo de la historia lucharon por la nacionalización y su inclusión en el Estado y la política.

El recorrido que han hecho los diferentes movimientos sociales en Bolivia demuestra que la apertura democrática, incluyendo a todos los sectores poblacionales, en un país donde predomina la población indígena, campesina y rural, se logró a través de la movilización y la acción colectiva, organizada y con proyectos políticos claros.

Los movimientos sociales inician lo que podría ser el final de la época neoliberal en Bolivia y el nacimiento de nuevas formas de izquierda en el campo político, pues el movimiento popular responde al tiempo que la comunidad y la política institucional, mientras que el gobierno difiere en cuanto a prioridades y tiempos, creando tensiones en la sociedad, aunque lo que viene sucediendo es el fin de un ciclo político de una democracia vacía de contenido ligada a proyectos neoliberales.

V. MOVIMIENTOS SOCIALES, POPULARES Y ACCIONES COLECTIVAS EN ECUADOR

Los movimientos populares y sociales han representado gran parte de la historia de Ecuador. Durante la segunda mitad del s. XX su presencia en la sociedad a través de la resistencia, denuncia y protesta ha demostrado la lucha por las transformaciones sociales, económicas, políticas e institucionales del país. A lo largo de las décadas se han desarrollado movimientos o acciones colectivas de los diferentes sectores poblacionales: estudiantes, mujeres, campesinos, obreros, indígenas que se han ido convirtiendo en organizaciones articuladas entre sí que reivindican los derechos de los habitantes incidiendo en reformas políticas y sociales.

Según el Mapa de movimientos sociales en el Ecuador (2008) informe realizado por María Andrade, Gonzalo Herrera y Pablo Ospina sobre la historia de los movimientos sociales, la historia de Ecuador desde 1960 empieza a tener cambios que generan en la sociedad el surgimiento del primer movimiento social. El país para esta época se caracterizaba por ser en su mayoría rural y comenzaba a vivir cambios estructurales derivados del capitalismo. Así, empezó un proyecto que buscaba la sustitución de importaciones y la

intervención del Estado en el desarrollo con financiación de los ingresos del petróleo, ello, aparte de cambios económicos y políticos, trajo consigo cambios demográficos: la distribución espacial de la población y procesos de estratificación acelerada, lo que conllevó a que la población se concentrara en las ciudades con un crecimiento importante.

Para 1970 las consecuencias fueron claras. El crecimiento de las ciudades las convirtió en escenarios principales de construcción y fortalecimiento de organizaciones barriales, de lucha por tierra y vivienda. Los nuevos pobladores de las ciudades (urbanos marginales y suburbanos) fueron quienes se hicieron cargo de construir y de buscar el acceso a los servicios básicos: agua, luz eléctrica y alcantarillado, abriendo oportunidades de movilización social. Dichas organizaciones al lograr la satisfacción de sus necesidades y demandas (servicios básicos y vivienda propia) terminaron su protesta. Sus demandas fueron parciales por lo que no se articularon con propuestas a largo plazo o con la construcción de proyectos amplios de organización social.

El hecho de que este movimiento no haya logrado consolidarse como proyecto político y social puede tener varias razones. Una de ellas es el tipo de demandas que tenían, como anteriormente lo expliqué, sin promover la participación y organización social a largo plazo, o también porque la categoría urbano/barrial hace referencia a un espacio de movilización donde se dan la confluencia de más actores y sectores organizados y no a un sujeto de movilización como tal, estructurado con fuerza social, sino que su objetivo es solucionar demandas concretas y no desarrollar la autonomía para satisfacer las demandas.

El cambio del sistema político y la adopción estatal de nuevos roles, marcados por la reforma agraria, el crecimiento industrial, la urbanización acelerada, exploración del petróleo, entre otros, generan condiciones para el debilitamiento del mismo.¹⁴ Estos acontecimientos llevan al desarrollo de sindicatos públicos y el acceso masivo a la educación (básica, secundaria y universitaria) durante la década del 70.

En cuanto al movimiento de estudiantes, resultado del acceso masivo a la educación, es una condición ligada a la educación y su desarrollo político, producto de un vínculo con la izquierda, ya que los partidos políticos de esta corriente formaban en la universidad una fuente de reclutamientos de militantes de sus partidos, supliendo el trabajo organizativo en el campo popular, por ende la movilización popular se convirtió en movilización de estudiantes,

¹⁴ Cfr. ANDRADE *et al.* (2008).

como plantea Verdesoto¹⁵ y estallaba las movilizaciones sindicales y urbanas pues las demandas exigían reproducir el sistema universitario como mecanismo de movilidad social y facilitador de la inserción laboral. De aquí que no se puede desligar ese movimiento de los procesos revolucionarios de los 70: sindicales, obreros, urbanos/barriales, para llegar a un proceso revolucionario en el que se protegía al estudiante y le garantizaba el acceso gratuito a su derecho.

En el caso de las organizaciones campesinas que pugnaban por el acceso a la tierra, cuando fue concedida su demanda, nuevos grupos campesinos luchaban por la articulación al mercado y el aprovechamiento de los programas de desarrollo rural que el estado desarrollaba en busca de integrar a los campesinos al mercado interno.

Eso refleja que las actividades y demandas del movimiento campesino se articulan con los procesos y la realidad social y política de ese momento en Ecuador¹⁶, En un primer momento muestran vinculación con los movimientos sindicales que buscan mejorar las condiciones laborales, luego pasan a enfrentar la lucha por la tierra, enfrentamientos contra los dueños de ésta y la reforma agraria. El segundo momento viene cuando empieza a surgir el movimiento indígena y a la sombra de éste, oponiéndose a reformas neoliberales, aumento de precios del combustible, privatización de la seguridad social campesina, recursos naturales y la implementación de Tratados de Libre Comercio. Con el movimiento indígena guarda un vínculo estructural pero en sí se constituye en relación directa con la reivindicación de derechos y defensa de servicios por parte del estado en el campo: "La característica del movimiento campesino es un gran proceso organizativo que cubre gran parte de las provincias o cantones, con mucha capacidad de movilización pero con muy poca articulación interna o entre las grandes organizaciones. Como parte del movimiento campesino, existen estructuras de aglutinación y participación, promovidas por organizaciones no gubernamentales, entre estos se encuentran; La Mesa Agraria y el Foro de Recurso Hídricos, ámbitos de confluencia que constituyen espacios de discusión y reflexión en torno a propuestas técnicas para la formulación de políticas públicas, programas sociales o proyectos políticos".¹⁷

Para el movimiento indígena fueron fundamentales todos estos acontecimientos, pues a principios de la década del 90 y extendiéndose hasta el 2000,

¹⁵ ANDRADE et al. (2008) p. 40.

¹⁶ Cfr. ANDRADE et al. (2008).

¹⁷ *Ídem.*, p. 36.

se impulsaron y desarrollaron los procesos organizativos. Con las mujeres las consecuencias del capitalismo se reflejaron en que se incorporaron como fuerza de trabajo asalariada, permitiéndoles separarse del ámbito familiar, encontrando identidad y convirtiéndose en sujetos activos de derechos y deberes.

Plantea Barrera (2002) que para estos años, Ecuador vive una época de crisis económica. La reforma que se quiso implementar sufría de muchos vacíos y altos niveles de conflictividad. Los diferentes grupos de poder económico y político no llegaban a consensos, ni lograban articular sus intereses y trajo consecuencias como la discontinuidad en las políticas de los gobiernos. El tránsito hacia una economía de lógica liberal, conllevó a un deterioro de las condiciones de vida de los indígenas, que consideraron como pérdidas: deterioro de las condiciones de intercambio de los productos agrícolas e industriales, las limitaciones al mercado laboral y la disminución en los salarios para la obra de mano no calificada

En los territorios indígenas existía la “administración étnica” que consistía, según Andrés Guerrero citado por Barrera (2002), en la administración que mezclaba lo público y lo privado; con los cambios antes expuestos, esto terminó y se empezaron a agrupar intereses, estrategias y autoridades y rutinas de reproducción de relaciones de poder en las que sobresalían los dueños de las tierras y territorios hacendados, propietarios agrarios, que se encargaban de la explotación de los indios. La institución de la iglesia era la intermediaria, así la terna del poder era: el patrón, el cura y el teniente político, y así se mantuvo por casi un siglo. Estos hechos desencadenaron varias posibilidades de articular iniciativas de organización local, regional y nacional, basadas en tener unos nuevos dirigentes que permitieran y dieran el paso a la mediación y dirección autónoma.

Así, esta etapa en la que se conforma el movimiento indígena ecuatoriano, se da porque el deterioro de vida de la población indígena produce una acción colectiva como el resultado de procesos históricos a nivel económico, político, social y hasta cultural, fortaleciendo la capacidad indígena de construir formas autónomas de dirección y manifestación, que tiene como resultado la formación de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE).

En 1990 se presenta el primer levantamiento indígena. Este brindó las condiciones para que el movimiento se pudiera expandir y contagiar de la movilización social con el respaldo de la comunidad y de la sociedad. La oportunidad de este evento se dio por el debilitamiento por el cual el estado pasaba, la legitimidad de los gobiernos y la ausencia de más movimientos

sociales con más convocatoria y movilización. El logro más importante de este levantamiento avanzar en la resolución del conflicto que existía por las tierras y en las demandas por la educación bilingüe intercultural.

Sus luchas tenían varios puntos importantes: la lucha por un estado plurinacional, respeto de su territorialidad y autodeterminación, lucha generalizada de los pueblos indígenas aún en la actualidad; políticas estatales, en especial, las dirigidas a el tema agrario, al ámbito ambiental y energético; políticas específicas para los pueblos indios como la educación bilingüe intercultural, salud, y demandas por infraestructura y cubrimiento de servicios básicos. De ello se puede decir que las demandas del movimiento indígena en su etapa de emergencia y posicionamiento, así como tienen un aspecto étnico también tienen aspecto ciudadano, mostrando una complejidad en la que se ratifican como actor social político, sujeto de derechos y elemento importante en la construcción de ciudadanía y democracia.

Para el año 1995 la CONAIE decide establecer el partido político Pachakutik para poder luchar directamente en el congreso por los objetivos ya descritos; en el año 1998 este partido logra quedarse con el 10% de los constituyentes para el establecimiento de la nueva constitución del país, en la cual lograron cambios importantes a la situación de los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos y se establecieron una serie de derechos "colectivos" basados en el Convenio n° 169 de la OIT que Ecuador ya había adoptado en ese mismo año. Por ejemplo, en el artículo 14 menciona "participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley"¹⁸ así mismo el artículo 1° dice que "quichua, shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley".

A pesar de estos logros, la elección de Jamil Mahuad y su decisión de pasar al dólar como moneda nacional en 9 de enero del año 2000 a fin de detener la crisis económica y la devaluación del sucre llevó a la unión de varios movimientos sociales para exigir su renuncia. La CONAIE con la Coordinadora de Movimientos Sociales (CMS), realizaron veintiún parlamentos provinciales en los meses previos al anuncio de la dolarización y a dos días de este último se instaló una asamblea nacional en Quito la cual con apoyo de los militares pudo irrumpir en la sede de gobierno y eventualmente causar la dimisión de Mahuad. Hay que considerar que durante este mismo periodo de tiempo los demás movimientos sociales que no fueron incluidos dentro de las actividades de la CONAIE o de la CMS se organizaron en la denominada Federación Ecuatoriana de Indígenas Evangélicos (FEIE) lo cuales no

¹⁸ CALDERÓN (2009) p. 219.

participaron tan activamente en el proceso de dimisión de Mahuad como la CONAIE.

El descontento general de estas organizaciones y a población continuó durante el periodo del vicepresidente Gustavo Noboa a cargo del país lo cual condujo a nuevas movilizaciones en las cuales la CONAIE logro convocar a otras fuerzas como la Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), logrando así la destitución de Noboa en el año 2002.

Con la llegada de Lucio Gutiérrez al poder estas diferentes organizaciones esperan el cambio que habían buscado y se llegó a un compromiso, dentro de cuyos objetivos estaba el establecer un verdadero estado de participación democrática y un sistema económico más equitativo, sin embargo los acercamientos de este con grupos político de derecha, Estados Unidos y sectores empresariales nacionales e internacionales empezaron a genera distanciamientos con el nuevo gobierno, sobre todo por parte de la CONAIE pero muchos otros decidieron quedarse del lado del nuevo presidente y este supo conseguir adeptos dentro de las comunidades indígenas con el fin de por lo menos aparentar que el si tenía apoyo por parte del pueblo ecuatoriano.¹⁹

Solo hasta que Gutiérrez comenzó a tomar medidas autoritarias hacia el fin del año 2004, se lograría una movilización colectiva reunificada en contra del mandatario lo cual culminó con su salida, con las elecciones adelantadas para finales del año 2005 estas organizaciones concentraron sus esfuerzos en la campaña de Rafael Correa, en ese entonces desconocido pero que estas organizaciones consideraban como candidato aún a sus ideologías.

VI. MOVIMIENTOS SOCIALES POPULARES Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN BRASIL

Brasil, es uno de los países del cono sur caracterizado por una enorme emergencia de movimientos sociales durante el s. XX. Con base en la metodología de Paulo Freire y la teología de la liberación, surgen varios movimientos que demandan el cumplimiento de los derechos y de bienestar para los ciudadanos, en especial para aquellos grupos de sectores populares que podrían denominarse como minoritarios. Ya sea como movimientos populares, alternativos o de oposición, se han visto enfrentados a varias situaciones en las que sus luchas y resistencias han tenido una fuerte participación en la construcción de la historia social y política del país.

¹⁹ *Ídem.*, p. 222.

Como manifestaciones de la acción colectiva, los movimientos sociales son desafíos colectivos planteados por personas que comparten objetivos comunes y solidaridad en una interacción mantenida con las elites, los oponentes y las autoridades.²⁰ Desde el período de la independencia el principal desafío colectivo en Brasil ha sido la construcción de la democracia, en donde por cortos periodos de tiempo los movimientos sociales organizados influenciaron algunas prácticas políticas, poniendo en práctica iniciativas populares de ley.

El s. XVII estuvo marcado por dos sucesos claves de la historia. El primero de ellos, inspirado en la revolución francesa y norteamericana, fue la lucha por la independencia que demandaba por la igualdad y representación popular soberana, con tres dimensiones a saber: económica, por los elevados impuestos de la corona, en especial por el oro; política, a través de manifestaciones contrarias a la administración del gobernador y por último ideológica, que tenía influencias de pensadores franceses liberales como Rousseau, Diderot y Montesquieu. En el año 1888 se logra la independencia de Brasil junto con otro hecho que marco este siglo, la abolición de la esclavitud negra, conseguida luego de importantes luchas y movimientos emprendidos por esclavos.²¹

En este período histórico, la mayoría de estas luchas aunque fueron estimuladas y emprendidas por los sectores populares, eran lideradas por las élites, es decir, el clero, los militares, ciudadanos de clase media y élites intelectuales que asesoraban a los líderes populares. Con los hechos presentados se puede notar que los movimientos sociales al inspirarse en situaciones sociales y políticas europeas, se desvinculan de la realidad nacional, sin tener bases que fundamenten sus acciones y un proyecto político que permita la organización y participación de los sectores populares en lo político.

Al llegar el s. XVIII, hasta 1850 se presenta un período que va a ser significativo para la construcción de la ciudadanía social y política. Tras haber conseguido la independencia y la abolición de la esclavitud, se empiezan a presentar otro tipo de situaciones que se caracterizan por heterogeneidad de los participantes, ambigüedades en las alianzas y falta de unidad, lo que conlleva a que al interior de los movimientos se presenten traiciones, acusaciones y acciones desarmadas que afectarán a los sectores populares, a pesar de haber sido quienes protagonizaran algunos de los más importantes eventos como lo plantea Sampaio (2004) es la Rebelión de Cabanagem (1835) uno de

²⁰ Cfr. TARRON (1997).

²¹ Cfr. SAMPAIO (2004).

los más notables movimientos populares en el Brasil, que se toma al gobierno y constituye el primer y único gobierno popular de base indio-campesina, con una duración de 10 meses hasta cuando las élites retoman el poder y someten bajo fuertes represiones a la población hasta el año 1840, cuando han acabado con más del 30% de la comunidad.

Tras este hecho se siguen desarrollando movimientos sociales que buscaban cambios sociales, oponiéndose a proyectos oligárquicos, reivindicando por derechos como el voto universal, libertad de expresión, trabajo como garantía de vida, entre otros. En la segunda mitad de siglo, algunos movimientos considerados como mesiánicos son desaparecidos con fuerza policial, lo que promueve el surgimiento del mutualismo en estos.

Los acontecimientos que caracterizaron los movimientos sociales del s. XVIII en Brasil, develan que las acciones colectivas aún no poseían las características suficientes para convertirse en un movimiento que aportara en la construcción del futuro, sus peticiones se ligan a los problemas de la época, de manera reformista y no revolucionaria, lo que se debe a la falta de unidad y de puesta en práctica de un proyecto político que les permita actuar en forma comunitaria y solidaria, características principales de un movimiento social.²² Sin embargo sus luchas y resistencias son apoyo para los hechos que acontecen en el s. XX donde el auge está en los movimientos de acción popular.

La historia de América Latina en el s. XX se caracteriza por una transición política desde los regímenes oligárquicos de comienzos de siglo a la democracia parlamentaria; ciclo de regímenes de excepción apoyados por política de los Estados Unidos; lucha por la clase obrera y trabajadora y por los derechos de las mujeres. En Brasil, los movimientos sociales empiezan a pasar a una fase más madura en donde con sus discursos temáticos, tienen la voluntad de intervenir en la política incidiendo en el cambio de la realidad y la solución a los conflictos sociales que enfrenta la población. La sociedad civil se encuentra más organizada y maneja diferentes estrategias como la organización en columnas propia de las guerrillas, huelgas, marchas, ocupaciones de tierras particulares, edificios públicos, manteniendo su orientación al poder de manera conflictiva. A través de esta organización se logran forjar espacios públicos de negociación, reivindicación, participación y conquista de derechos.

²² Cfr. TARROW (1997).

Por el contexto que se vive tanto en Brasil como en el continente, el Movimiento Sindical Urbano lucha por una mejora salarial y de condiciones de trabajo. Los primeros años de este siglo están marcados por la historia sindical que promueve discusiones en los medios obreros sobre el rumbo del movimiento sindical, se lleva a cabo el primer gran movimiento huelguista de este sector, se forma el Centro Comunista de Rio de Janeiro, que a su vez impulsa la fundación de un Partido Comunista Brasileño. Sin embargo los movimientos se enfrentan a una cuestión por la que siempre se vieron en potencial peligro, y es que, las cuestiones sociales manifestadas a través de algunos actos y estrategias de manera conflictiva se tratan como cuestiones policiales que toman medidas arbitrarias contra estos.²³ En el año 1930 se da un golpe de estado, instaurándose como el nuevo presidente a Getulio Vargas. Durante este período los movimientos de las clases populares reciben otras consideraciones, dejándolas de tratar como casos policiales, el poder establecido atiende algunas de las reivindicaciones y las transforma en derechos, la clase que principalmente se ve beneficiada con ella es la obrera, aunque esto es el resultado de sus años de lucha y resistencia. En 1932, se presenta una revolución constitucionalista y es dos años después cuando se promulga una nueva constitución que contiene derechos como el del voto a la mujer mayor de 18 años, educación para todos y se crea la justicia del trabajo y la justicia electoral.

Entre 1937 y 1945 se presenta una dictadura llamada "Estado Novo", en la que los derechos humanos quedan en un segundo plano. Al finalizar esta etapa, empiezan a surgir movimientos populistas. El populismo se caracteriza por una intensa participación social en el contexto del proceso de redemocratización del país y los movimientos empiezan a apoyar partidos clandestinos. El partido comunista se vuelve a la ilegalidad; los sindicatos se multiplican y surgen movimientos sociales que reclaman reformas de base y políticas sociales como transporte, educación y salud.

La segunda mitad del siglo, inicia con el levantamiento de movimientos cristianos comprometidos en luchas por justicia social, que tienen énfasis en prácticas educativas y culturales y desarrollo de instrumentos pedagógicos para la práctica liberadora que propone Paulo Freire, caracterizada por ser una práctica de educación como acción cultural, para la ciudadanía, concienciando y con técnicas de alfabetización, para lograr una pedagogía que en la actualidad se usa en contextos donde la situación de aprendizaje forma parte del conflicto social.²⁴ En este contexto nace la Acción popular que años

²³ Cfr. SAMPAIO (2004).

²⁴ Cfr. BERGER (1990).

después se vincula con la lucha armada. El año 1956 es cuando se forman las ligas campesinas como producto de pequeñas organizaciones que reivindican un amplio sector de trabajadores, se extienden por el territorio nacional defendiendo sus derechos y la reforma agraria. Es hasta 1960 cuando los movimientos sociales se politizan transformando demandas individuales en reivindicaciones más amplias; las luchas del gobierno por frenar estas acciones de las ligas campesinas permitió la instauración del sindicalismo rural que serán reconocidos hasta 1962, y generando un estatuto del trabajador rural.

El golpe de estado de 1964, es un poco el resultado de la situación política que se vivía en toda Latinoamérica. Durante esta época se publica el AI-5, documento donde se eliminan las garantías del Estado de Derecho, se cierra el congreso nacional y las legislaturas estatales, se censuran los medios de comunicación. Frente a ello se promueven 3 tipos de comunicación de resistencia: la comunicación masiva dispuesta a los intereses del capital internacional, comunicación alternativa, donde la prensa y los artistas se congregan en torno a un proyecto histórico nacional y por último la comunicación popular que era la utilizada por los movimientos sociales de base, convirtiéndose en la única posibilidad para que estos movimientos y sus manifestaciones no fueran considerados como casos policiales. En esta comunicación intervienen tres entidades de profesionales e intelectuales que son difíciles de acallar por el gobierno: la iglesia, Comunidad de Abogados y Asociación Brasileña de Prensa. De la iglesia se desprenden las Comunidades Eclesiales de Base, hacia el año de 1968, relacionadas con el movimiento sindical y que ayudan al surgimiento de los movimientos populares que se organizan en barrios periféricos luchando por mejores condiciones de vida. Con el apoyo y financiamiento de algunos de sus miembros se crean centros de documentación, de educación popular y comunicación, se producen materiales de apoyo para cumplir el papel de reelaborar una educación popular más comprometida con el nivel de conciencia de las clases populares. Para los miembros de estas comunidades la participación era un derecho a intervenir en la toma de decisiones y participar era comprometerse en la causa de la justicia social para concienciar a la población oprimida acerca de sus condiciones de vida y proponer alternativas de solución a dichas situaciones. Estos se constituyen como los nuevos movimientos sociales.²⁵

Durante los últimos años del s. XX, los movimientos sociales se articulan local y nacionalmente gracias al fortalecimiento de la sociedad civil. Se logra la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente libre y democrática, con participación popular y años más tarde una campaña para elecciones

²⁵ *Ibidem.*

representa el momento de afirmación democrática más representativo en la historia del país. Se inicia el proceso de elaboración de una nueva constitución en un momento de movilización y lucha por la formación de espacios de negociación y participación de sectores populares, los movimientos que han venido forjándose se articulan para participar activamente en el proceso constituyente y se logran introducir derechos civiles individuales, colectivos y sociales que garantizan un estado democrático de participación popular.

Finalmente, en la construcción de lo político relacionado con estos movimientos, se podría decir que los movimientos sociales populares en Brasil están marcados por una serie de acontecimientos en los fueron protagonistas en la búsqueda de formas de democracia participativa, sin embargo sus luchas por encontrar soluciones políticas en la transición del autoritarismo a la democracia, no lograron concretar un proyecto de sociedad que tuviera la capacidad de construir colectivamente los derechos de la sociedad, por el contrario en estos movimientos las fuerzas sociales se ven divididas ahora en escenarios de adaptación y de desajuste²⁶, pasando de la lucha social directa al campo de la participación institucional buscando en la mitad el consenso para lograr la estabilidad y la transformación, así los movimientos populares que quedan tienen el reto de mantener su autonomía del estado y de los partidos políticos y el poder de presión sobre el Estado y fomentar mecanismos de participación que garanticen la acción colectiva.

VII. MOVIMIENTOS INDÍGENAS DE MÉXICO Y SU RELACIÓN CON LA CONSTRUCCIÓN DE LO POLÍTICO

A pesar de ser un país con la mayoría de su población indígena, México, ha sido uno de los países de América Latina que en su historia ha estado más atrasado en cuanto a legislación indígena se trata, ya que estos grupos no habían sido considerados como pueblos y así ningún derecho colectivo histórico y territorial podía ser reclamado. Es en ese contexto donde surge el más grande y organizado Movimiento Indígena con características definidas y unos horizontes trazados en la búsqueda y reivindicación de sus derechos como ciudadanos y habitantes de un territorio. En este escrito y a manera de análisis, se presenta un recorrido histórico de lo que ha sido y lo que ha identificado el movimiento indígena en México y la incidencia en la construcción de lo político.

²⁶ Cfr. FALERO (2007).

En su artículo *La rebelión zapatista y el movimiento indio en México*, Barabas (1996) hace una aproximación histórica a los movimientos sociales. Hacia la década del 70, el gobierno mexicano buscaba expandir sus fronteras agrícolas generando la colonización de la selva, por parte de los indígenas y mestizos pobres que emigraron de un lugar llamado los Altos de Chiapas por sus condiciones de pobreza, religión y cultura. Muchos colonos empezaron a predicar la idea de que, bajo la concepción de la Teología de la Liberación, dicha migración era en búsqueda de la tierra prometida y de la libertad. Al llegar a esas tierras se organizan bajo la forma de Comunidades Eclesiales de Base²⁷, en donde todos participaban en asuntos colectivos y teniendo en cuenta las características de este tipo de movimiento social, reciben el apoyo de organizaciones que agrupaban jornaleros y sindicatos de cafeteros y ganaderos. Durante este período de tiempo se considera la selva como un espacio multiétnico con nuevas formas de organización colectiva y nueva conciencia política.

Siguiendo con la autora, en 1975 se crean unas organizaciones indígenas a solicitud del gobierno, se encargaban de proporcionar la representación indígena dentro de los marcos de la política nacional. Conformadas por maestros e intelectuales bilingües se afinaron demandas étnicas, haciéndolas más propias pero ubicadas dentro de lo establecido por el gobierno. En oposición se crean organizaciones independientes del indigenismo oficial y sus corporaciones indígenas, dando paso en 1988 al Frente Independiente de Pueblos Indios (FIPI) que convocaba a todos los indígenas de diferentes grupos del país. Años más adelante FIPI articuló a varias organizaciones independientes en distintos estados del país, todos en torno a la propuesta de autodeterminación de los pueblos. Con respaldo de la izquierda, el Partido de la Revolución Democrática (PRD) incluyó demandas de la oposición india como respaldo de un programa político. Con estos hechos se inicia la década del 90 caracterizada por pocos miembros en el FIPI, líderes que en pocos casos representaban realmente a sus comunidades y unas bases comunitarias que desconocían la propuesta.

El año 1990 empieza con un pronunciamiento en relación con la demanda de autodeterminación comunitaria de uno de los estados con mayor población indígena, Oaxaca, que logra que el estado reconozca la

²⁷ Según BERGER (1990) Las Comunidades Eclesiales de Base, están apoyadas en la metodología de Paulo Freire y en la teología de la liberación. Su función es ayudar al surgimiento de movimientos populares reivindicando intereses del pueblo. Guardan una relación muy estrecha con el movimiento sindical y con la iglesia, convirtiéndose en uno de las pocas posibilidades de manifestación que es difícil de controlar a la fuerza con medios policiales.

pluriculturalidad y envíe a la Cámara legislativa una iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución estatal. Lo que no se esperaba era que dichos cambios tuvieran aspectos contraproducentes para los indígenas. El modelo general pensado para la creación de regiones autónomas pluriétnicas de México es aceptado por FIPI sin detenerse a observar que el texto tiene vacíos teóricos de formulaciones tanto del gobierno como de los intelectuales que participaron en el hecho. Así el Frente Independiente demanda junto a otras organizaciones impulsando la reforma al artículo constitucional 4, para reconocer la pluriculturalidad del país. Sin embargo la ley reglamentaria no fue sancionada, por el contrario se aprobó una ley agraria que fue una medida para allanar camino a iniciativas privadas transnacionales en adquisición de tierras²⁸, como los son Tratados de Libre Comercio.

Así para el año 1991 solo el PDR reconocía la vigencia de las culturas indígenas y prometía el desarrollo y justicia en regiones indígenas, recogía las propuestas del FIPI y de organizaciones independientes planteando que la solución a las problemáticas indígenas estaba en una reforma integral del estado que garantizará participación indígena en asuntos del gobierno.

Durante tres años más, siguieron surgiendo varias organizaciones que demandaban una reforma agraria, principalmente la reforma del Artículo 4 mediante una ley reglamentaria. El año 1994 va a ser fundamental en todo el proceso histórico de los movimientos indígenas. En el mes de enero de este año, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) irrumpe en un estallido insurreccional tomando bajo su control ocho cabeceras municipales de Chiapas²⁹, presentando 34 demandas dirigidas al gobierno, de las cuales 6 se relacionan con derechos indígenas, principalmente la autonomía política, respeto por los derechos y dignidad de los pueblos indios y un alto a la discriminación y desprecio hacia ellos. Este hecho da un vuelco a los procesos que se venían dando y en el centro de la discusión política, los indígenas se ubican reconociéndoseles en su lucha histórica por la libertad; la demanda por autonomía política se generaliza como reivindicación del resto de organizaciones, su orgullo por ser indígenas los hace protagonistas de actos rebeldes, como secuestros a políticos, tomas al gobierno, manifestaciones por derechos humanos, entre otras, contra instituciones que siempre fueron de humillación y engaño.

A lo largo de este año se presentan varios hechos que empiezan a configurar lo que se convertirá en un movimiento Zapatista, con proyectos

²⁸ Cfr. BARABAS (1996).

²⁹ Cfr. VÉLEZ (2008).

económicos, sociales y políticos definidos. La Primera convención Nacional electoral de los Pueblos Indígenas que demandan reformas constitucionales y la creación de una Comisión Nacional de Desarrollo Social y Procuraduría Agraria, fortalecen el movimiento indígena que se iba haciendo nacional, reclamando autonomía, aunque no todas las organizaciones que servían de base al movimiento, conocían su significado ni modelos para construirla; se presenta la propuesta La autonomía indígena en México: reformas constitucionales para entrar a la vida democrática.³⁰

El movimiento zapatista se puede definir entonces como el conjunto de personas que se adhieren, promueven y recrean las demandas, acciones e ideario del EZLN.³¹ En este movimiento como se ha podido ver participan tres actores: el EZLN, las comunidades indígenas civiles de base y la sociedad civil.

El EZLN refleja la parte política-militar que se estructura como una organización castrense y liderada por el Comité Clandestino Revolucionario Indígena. Las comunidades indígenas son aquellas que habitan en territorios zapatistas, apoyan el ejército Zapatista pero no hacen parte de su estructura militar, y la sociedad civil son personas u organizaciones que apoyan el zapatismo. Las ideas centrales son la crítica al neoliberalismo y la propuesta de enfrentarse mediante la rebeldía, negativa a tomar poder político oficial, necesidad de construir de forma autónoma el bienestar en colectivo, búsqueda constante del diálogo y creación de espacios de discusión para que todas las resistencias se unifiquen. En el marco del movimiento son creadas instancias políticas civiles llamadas Juntas de Buen Gobierno³², como resultado de un proceso de reorganización interna de las comunidades indígenas zapatistas. Las Juntas coordinan gestiones políticas de estas comunidades en un nivel superior al municipal en los territorios zapatistas. Sus acciones debe fortalecer básicamente cuatro aspectos: la autonomía, entendida como el dominio de territorio, autogestión de recursos, autogobierno, identidad zapatista; el desarrollo como satisfacción de derechos como la salud, educación, tierra, comercialización y justicia; la resistencia, que es la protección al hostigamiento económico, político, social y militar y por último la democracia que se entiende como la implantación de mecanismos de gestión política para llevar a cabo el principio de “mandar obedeciendo”.

³⁰ Cfr. BARABAS (1996).

³¹ Cfr. MARTÍNEZ (2008).

³² Cfr. *Ibidem*.

Este principio de la cultura política zapatista que comprende tres aspectos: interpretación del entorno, sustancia identitaria (étnico-religiosa) y autonomía de resistencia, está inmerso en el autogobierno, característica de la autonomía, considerando 4 mecanismos de participación a saber: las asambleas, la rotación de autoridades, el servicio público gratuito y la revocación del mandato.

La democracia zapatista³³ deja entrever que en sus finalidades y como meta principal busca el ejercicio efectivo de los derechos políticos, civiles y sociales para los integrantes de sus territorios, también implementa mecanismos políticos para evitar las arbitrariedades del estado y así lleva a que sus miembros se conviertan en sujetos políticos con la capacidad para autogobernarse, cumpliendo así los objetivos de las Juntas y del movimiento zapatista.

El movimiento indígena está y ha estado en constante relación con lo político. Su incidencia se ha visto ligada con los procesos democráticos en el ámbito de la vida política que es la comunidad y desde allí es donde se ha intentado mantener independencia del estado a pesar de encontrarse en una realidad articulada con la sociedad global. Con unas bases en los movimientos sociales de finales del s. XX y con claridad en el proyecto político, social y económico este movimiento logró incursionar en el ámbito estatal manteniendo sus luchas y resistencias por la autonomía y la identidad étnica. Aunque no han sido una democracia representativa³⁴, la autoridad colectiva ha servido de guía para la interacción social, política y económica y sus procesos se han basado en el consenso y no en la mayoría, respetando la legitimidad como mecanismo de deliberación. Sus líderes comunitarios no son quienes ordenan o toman decisiones, sino que son los moderadores en el diálogo político para que los pueblos asuman claramente la diferencia cultural.

Por ello los movimientos indígenas de México, en especial el Zapatista, son un claro ejemplo de la necesidad de organización, desarrollo, participación, autonomía y legitimidad que las acciones colectivas deben adquirir con sus actos políticos, sociales o culturales por medio de los cuales se manifiesten, para llegar a plantearse más que como un movimiento social de resistencia civil o de oposición en actores políticos conscientes de los desafíos globales a los cuales se enfrentan, conociendo el poder y las consecuencias que los modelos económicos suponen para sus vidas y culturas, y de los escenarios políticos de los cuales emergen y se desarrollan, para no seguir siendo marginados ni excluidos.

³³ *Ibidem.*

³⁴ Cfr. BARTOLOMÉ (1996).

CONCLUSIONES

Los movimientos sociales anteriormente descritos tienen varias características en común. Por un lado la búsqueda y reivindicación de derechos como ciudadanos, por el respeto a la diferencia y como actores de la construcción de la democracia, por ejemplo en un país como Ecuador donde hasta 1997 se percibía como un caso exitoso de democratización y ahora se ha convertido en un caso de inestabilidad política.

Así a medida que avanzaron en el tiempo, con su organización y con unas demandas claras, en la mayoría de los casos, muchos avanzaron en la propuesta de un proyecto político colectivo donde los sujetos movilizados alrededor de conflictos sociales y políticos, con identidad y sentido de pertenencia puedan constituirse en sujetos políticos en el seno de su comunidad por medio de la implementación de sistemas propios de evaluación, seguimiento y planeación, que faciliten la participación directa de la comunidad y su articulación a la política del país, construyendo una democracia participativa.

El movimiento urbano o barrial presenta una propuesta organizada territorialmente por distritos para poder posicionar a sus dirigentes o representantes más cercanos y hacer de las organizaciones barriales, comités como una estrategia de recuperación del sentido de comunidad en las ciudades, en concordancia con su manera de percibirse: una organización que va de los comités, pasa por las asociaciones y llega a las federaciones. Sin embargo este tipo de proyectos puede llevar a la consolidación de caudillismos barriales.

El movimiento campesino logró la consolidación de su propuesta y construyeron una agenda común y propia, en oposición al neoliberalismo, en algunos momentos en oposición al capitalismo, pero que igual ha tenido distintos momentos y expresiones, con el único inconveniente que con un marco general de la propuesta, es decir, la situación y los ideales que se buscan, y con un marco estratégico, donde se analizan las condiciones sociales, políticas, civiles que pueden afectar o aportar al movimiento, se caracteriza como un movimiento bastante individualista pues su autonomía y unidad organizativa es un proceso que no logra consolidarse, sus prácticas políticas tienden a ser personalistas, con agendas subordinadas al gobierno, y sus dirigentes tienen agendas propias, por lo que existen muchas disputas entre las organizaciones y entre estas y el movimiento indígena.

Las movilizaciones estudiantiles demandan el derecho a la educación y todo lo que este encierra: gratuidad, libre acceso, garantías para la educación de calidad, acceso a colegios y universidades. Ese es su proyecto político, y

al presentarse la privatización, el movimiento estudiantil se ha visto obligado a otros procesos de movilización para ampliar sus reivindicaciones propias. El movimiento considera a quienes pertenecen a él como sujetos de derechos específicos, criticando aquellos aspectos que vulneren esta condición, como por ejemplo el machismo, o el adulto centrismo (aquella visión en la que el adulto es el centro de todo) y defendiendo aquellos que les permitan llegar a dicha condición: participación, soberanía nacional, derechos sexuales y reproductivos, objeción de conciencia, respeto por la diversidad, protección del medio ambiente, justicia, equidad, cultura de paz, entre muchos otros que conlleva el ser ciudadano. Lo interesante de este tipo de movimiento es que buscan diferentes estrategias de tomar el espacio público, manejar medios de comunicación y enlazar varias redes, desarrollando nuevas acciones de visibilización y prácticas políticas.

Las mujeres como movimiento social se enfrentan a la dificultad de organizar dicho proyecto. El tema de mujer y género ha avanzado bastante en el área de derechos y en lucha por la igualdad de oportunidades, pero no se han logrado articular sus propias demandas sino que siempre terminan envueltas en las organizaciones populares que las mezclan con demandas locales, y procesos para mejorar sus condiciones económicas. De este movimiento se encuentran tres actores que ponen sus intereses en la construcción del proyecto político: las instituciones, con perspectiva de derechos bajo un programa nacional o internacional; las organizaciones de mujeres que asumen la agenda institucional, disputando sus necesidades inmediatas en los ámbitos sociales y por último las organizaciones feministas que buscan su proyecto propio, sin embargo aún desarrollan debates sobre la definición de ciertos conceptos como: "el deber ser de lo feminista, el feminismo en relación a sí mismas y en relación a otros sujetos políticos, espacios donde la autodefinición como feminista es un requisito, el aborto y los derechos sexuales y reproductivos son consignas que no se negocian o matizan, y se define como horizonte, una sociedad no patriarcal como base para una emancipación real de las mujeres".³⁵

Para concluir, el movimiento indígena ecuatoriano, tal vez uno de los más importantes y reconocidos, ha sido de los pocos que ha sabido aprovechar los contextos de crisis que se presentan: la reforma agraria, falta de continuidad en gobiernos y políticas públicas, disputa entre las clases, para incentivar a la movilización colectiva, siendo así reconocido por otros actores y sectores de la sociedad y el estado. Al surgir este movimiento los anteriores a este empezaban a desaparecer, por ejemplo el movimiento campesino se

³⁵ ANDRADE *et al.* (2008) p. 49.

amparó bajo este para poder consolidarse con autonomía y unidad. Esto lleva a que la agenda inicial del movimiento tenga alcances más allá de lo planeados y se deba aumentar el campo de acción social.

Este tipo de movimientos demandan una serie de derechos políticos, económicos y sociales enfrentando una lucha de clases y conflicto étnico bajo proyectos políticos dentro de contextos políticos nacionales y luchas por la tierra³⁶. El movimiento indígena ecuatoriano es un claro ejemplo de que la alianza política forjada detrás de la base de las comunidades fue el inicio de un constante y progresivo despertar de los pueblos que en su más alto nivel fue la referencia para todos los latinoamericanos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDRADE, María, HERRERA, Gonzalo y OSPINA, Pablo (2008): Mapa de movimientos sociales en el Ecuador (Quito, Instituto de Estudios Ecuatorianos) 88 p., disponible en: <<http://www.iee.org.ec/usr/local/apache/htdocs/iee.org.ec/investigaciones/MOVIMIENTOS%20SOCIALES/movimientosSOCIALES.pdf>>, fecha de consulta: 5 enero 2012.
- BARABAS, Alicia M. (1996): La rebelión zapatista y el movimiento indio en México (Brasilia, Serie Antropológica 208) 16 p.
- BARRERA, Augusto (2002): "El movimiento indígena ecuatoriano: entre los actores sociales y el sistema político", *Nueva Sociedad* (n° 182): pp. 90 - 105.
- BARTOLOMÉ, Miguel (1996): *Movimientos etnopolíticos y autonomías indígenas en México* (Brasilia, Serie Antropología 209) 21 p.
- BERGER, Christa (1990): "Movimientos sociales y comunicación en Brasil", *Comunicación y Sociedad* (n° 9): pp. 9 - 27.
- CALDERÓN, Francisco (2009): *Movimientos socioculturales en América Latina: Ambientalismo, feminismo, pueblos originarios y poder empresarial* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores) 384 p.
- CHAMORRO, Juan Carlos (2008): "Movimientos sociales en Bolivia", *Informe para Fjerne Naboer* (Dinamarca), 11 p., disponible en: <<http://www.fjernena-boer.dk/pdf/bolivia/Movimientos%20sociales.pdf>>, fecha de consulta: 5 enero 2012.

³⁶ VARGAS-HERNÁNDEZ (2006).

ESCOBAR, Arturo (1999): *El final del salvaje: naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea* (Bogotá, CEREC/ICAN) 418 p.

____ (2001): *Política cultural & cultura política una nueva mirada sobre los movimientos sociales latinoamericanos* (Bogotá, Taurus) 492 p.

FALERO, Alfredo (2007): "Movimientos sociales, construcción de subjetividades colectivas y nuevos procesos sociopolíticos: un análisis sociológico a partir de los casos de Brasil y del cono sur", *Ciências Sociais Unisinos* (vol. 43 n° 2): pp. 127 - 135.

GIDDENS, Anthony (1997): *Modernidad e identidad del yo* (Traducc. José Luis GIL, Barcelona, Editorial Península) 299 p.

LECHNER, Norbert (1981): "Acerca de la razón de Estado", *XVI Congreso Latinoamericano de Sociología, San Juan, Puerto Rico* (Santiago de Chile, FLACSO) 33 p.

LORA CAM, Jorge (2007): *Bolivia: Movimientos Sociales Emancipatorios y la lucha por la descolonización del Estado y del Derecho*, 19 p., disponible en: <www.rebellion.org/noticia.php?id=56497>, fecha de consulta: 5 enero 2012.

MALDONADO, Carlos Eduardo (2000): "Formulación de la pregunta: ¿Qué es la sociedad civil?", PARENTI, FRANCISCO (compilador), *Lo público y lo privado* (Rosario, Ed. Universidad Nacional de Rosario) pp. 53 - 73.

MARTÍNEZ ESPINOZA, Manuel Ignacio (2008): "Democracia para la dignidad. Movimientos políticos sociales y ciudadanía como aportes a las reflexiones sobre la democracia en América Latina: el caso del Movimiento Zapatista", *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas* (n° 123): pp. 151 - 183.

MOUFFE, Chantall (2007): *En torno a lo político* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica) 144 p.

ROSANVALLON, Pierre (2007): *La contrademocracia: La política en la era de la desconfianza* (Buenos Aires, Editorial Manantial) 320 p.

SAMPAIO, Ana Patricia y ARAÚJO, Laudicéia (2004): "Movimientos sociales en la construcción de la democracia en Brasil", ALBUQUERQUE, Maria do Carmo, SAMPAIO de Almeida, María (Organización), *La Construcción Democrática Desde Abajo en el Cono Sur* (Sao Paulo, Instituto Polis) pp. 82 - 114.

- SANTOS, Boaventura de Sousa (2003): *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia* (Bilbao, Editorial Desclée de Brouwer) 480 p.
- _____ (2009): *Epistemología del sur* (México, Siglo XXI Editores) 368 p.
- SARTORI, Giovanni (1989): *La política: Lógica y método en las ciencias sociales* (México, Fondo de Cultura Económica) 336 p.
- TARROW, Sidney (1997): *El poder en movimiento: Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política* (Madrid, Alianza Editorial) 352 p.
- TOURAINÉ, Alain (1987): *Movimientos sociales y sistemas políticos en América Latina* (Santiago de Chile, Oficina Internacional del Trabajo, Programa Regional del Empleo para América Latina y el Caribe) 256 p.
- _____ (1998): *Igualdad Y Diversidad* (México, Fondo de Cultura Económica) 108 p.
- _____ (1999): "¿Nuevos Movimientos Sociales?", *¿Cómo salir del liberalismo?* (México, Editorial Paidós) pp. 53 - 80.
- TILLY, Charles (1978): *From Mobilization to Revolution* (Nueva York, Random House) 349 p.
- VARGAS-HERNÁNDEZ, José G. (2006): "Nuevas expresiones de acción colectiva de los movimientos sociales en Latinoamérica", *III Conferencia Internacional La obra de Carlos Marx y los desafíos del siglo XXI* (Habana) 11 p., disponible en: <http://www.nodo50.org/cubasigloXXI/congreso06/conf3_vargas.pdf>, fecha de consulta: 5 enero 2012.
- VÉLEZ TORO, Santiago (2008): *Movimientos sociales: análisis del discurso alterglobalización del EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional)* (Bogotá, Tesis Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales) 85 p.
- ZEMELMAN, Hugo (1997): "Sujetos y subjetividad en la construcción metodológica", Zemelman, Hugo y León, Emma (coordinadores), *Subjetividad: umbrales del pensamiento social* (Barcelona, Editorial Anthropos) pp. 21 - 36.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convenio n° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, disponible en <http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf> fecha de consulta: 5 enero 2012.

EL DERECHO EN LA ERA DE LA VIRTUALIDAD. NUEVAS REALIDADES, NUEVO DERECHO VIRTUAL*

*The Law in the era of virtuality. New
realities, new virtual Law*

DALIA CARREÑO DUEÑAS**

RESUMEN: La era de la virtualidad que caracteriza el s. XXI, sin duda afecta el mundo legal con la consecuente redefinición del mismo; ésta cambia las coordenadas de espacio y tiempo del hombre actual. El propósito de este trabajo es plantear los retos a los que se ve abocado el universo jurídico con los avances tecnológicos y los cambios sustanciales en el ser y el actuar humanos, inscritos en esta época digital. Las implicaciones de un derecho virtual son portentosas para todas las áreas del derecho, en el derecho constitucional, el derecho de familia, el derecho comercial, derecho laboral, etc. Una de las afectaciones inmediatas está en la comprensión e interpretación de

* Artículo parte del resultado de la Investigación *La formación del ser humano en la era de la virtualidad* dentro del proyecto de investigación Institucional de la Universidad Santo Tomás Bogotá. Conferencia presentada en el ciclo *Dialogando desde el Sur*, enero 11 2012, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

** Licenciada en Filosofía y Letras, Licenciada en Filosofía y Ciencias Religiosas, Abogada, Especialista en Derecho Penal, Magister en Educación, estudiante cursos de Doctorado Intensivo en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Docente Universidad Santo Tomás Colombia. Universidad Católica de Colombia. Miembro del grupo de Investigación Social y Humanística, clasificado COLCIENCIAS C. <daliacarreno@usantotomas.edu.co>. **Artículo recibido el 16 de abril y aprobado el 28 de mayo de 2012.**

derechos y garantías emergentes, como la cibervida, sin desconocer las paradojas inmersas suscitadas por esta reconfiguración de la realidad social del hombre del s. XXI.

PALABRAS CLAVE: Virtualidad – Realidad virtual – Hiper cuerpo – HiperEstado – Cibervida

ABSTRACT: The era of virtuality that characterizes the century, certainly affects the legal world and the consequent redefinition of it, it changes the coordinates of space and time of modern man. The purpose of this paper is to outline the challenges that the universe is doomed legal with the technological and material changes in the human being and doing, enrolled in this digital age. Virtual Law implications are marvelous in all areas of law. One of the damages is immediate understanding and interpretation of rights and guarantees emerging as ciberlife, without disregarding the embedded paradoxes raised by this reconfiguration of social reality, the man of the century.

KEY WORDS: Virtuality – Virtual reality – Hyperbody – HyperState – Cyberlife

INTRODUCCIÓN

Es necesario precisar qué se entiende por virtualidad desde el marco de reflexión de la razón práctica, no desde la perspectiva de la razón instrumental, ya que ésta la restringe al aspecto pragmático o de desarrollo de meros aplicativos.

La virtualidad, que como concepto desde la fundamentación filosófica ha sido esbozada por Lévy, se erige en un tópico de profunda actualidad dentro de las reflexiones contemporáneas en la ciencia, la política, la cultura y el orden legal.

La cultura digital y el avasallamiento del consumo¹ inmerso en ella, comporta el replanteamiento de las concepciones presentes sobre la realidad y el hombre mismo, para dar paso a un entramado llamado *realidad virtual*. En toda la historia del pensamiento filosófico, se ha abordado el estudio de la realidad y el hombre, lo que introduce como novedoso hoy día la filosofía de lo virtual, son ciertos conceptos básicos tales como lo fractal, la inteligencia

¹ El consumo siempre ha estado presente en la vida en conjunto de los hombres, pero nunca como hoy día, que se encuentra en su forma magnificada. Cfr. BAUMAN (2011).

colectiva, las dinámicas darwinianas, los nudos problemáticos, el hipertexto, el hipercuerpo, la noción de panobjeto –“*En la sociedad de consumidores nadie puede convertirse en sujeto sin antes convertirse en producto*”²– y el hiperconocimiento. Todos estos constructos finalmente inciden en la recreación de nuevas estructuras de vida y de la acción humana en todas sus dimensiones.³

La cuestión de fondo que surge es: ¿cómo afecta el pluriverso virtual las consideraciones, los fundamentos y las instituciones jurídicas mismas? ¿Cuáles son los bienes jurídicos emergentes objeto de definición y tutela? Por otro lado, ¿será que el destino que le espera al derecho (a la propiedad, los contratos, los delitos) es la transformación en su condición de virtualizado y globalizado, como consecuencia de las tendencias actuales? ¿Cómo logrará el derecho regular manifestaciones de la virtualidad en espacios y tiempos más allá del aquí y del ahora? ¿Estaremos ante la presencia de ciberjueces, cibernotarios encargados de los controles en el mundo global y virtual? ¿Es necesario reenfocar el concepto de Estado, territorialidad y ciudadanía, cuando el territorio está en las redes y en otros mundos paralelos y espacios posibles? En este espacio se vislumbrarán o señalarán algunos escenarios virtuales que merecen ser analizados por los estudios del vasto universo legal, dejando marcos abiertos para la reflexión.

I. LA REALIDAD VIRTUAL

El mundo de la virtualización invade gran parte de la vida contemporánea y especialmente se prevé que todas las instituciones educativas, religiosas, jurídicas, etc... generalicen en corto tiempo el uso de las nuevas tecnologías, como soporte en todos sus procesos. Tales procesos de incorporación tecnológica no son completamente nuevos en la historia, lo revolucionario son las transformaciones ontológicas y antropológicas que subyacen a estas *nuevas formas de lo virtual*, que transmutan la realidad actual. Bajo este lente virtual se están trazando rutas inéditas de acción y de intervención en el mundo material y social.

La noción de lo virtual parece haberla estructurado Lévy⁴, por el influjo de Deleuze, Lipovetsky, Baudrillard y otros pensadores franceses. Lo que interesa a la filosofía y para el objeto de este trabajo, no es el uso en el sentido prosaico y común bajo el cual algo es virtual cuando no existe realmente, como un sinónimo de ideal o irreal. Bajo la visión que sustenta Lévy, lo virtual

² *Ídem.*, p. 25.

³ Como lo plantea para la reflexión argumentativa. *Cfr.* LÉVY (1999).

⁴ Si bien es un concepto que desde Aristóteles ya tenía consideraciones y en la edad media retoma vivo interés, desde la estructura potencia y acto. *Cfr.* *Ídem.*, (1999).

y lo actual forman una pareja indisoluble, dos formas distintas de ser que se complementan y existen efectivamente. Lo virtual no es la privación de lo actual ni de lo real. Más exactamente lo actual constituye una respuesta a lo virtual.

Básicamente la idea que quiere enfatizar Lévy, es que de esta manera la realidad resulta más compleja, más dinámica y de mayor riqueza que como tradicionalmente se la concibe, un aumento de creatividad en la resolución de situaciones. Al parecer entonces, la virtualización, el consumismo y los procesos de expansión acelerada de la tecnología. *"En la era actual, la mayoría tiene la cabeza enterrada, pero en una marea de desktops, laptops, celulares y dispositivos que caben en la palma de la mano"*⁵, en interacción mutua, van copando la totalidad de la vida humana: lo cotidiano, los sitios de trabajo, el Estado, el derecho, el ejercicio de la profesión, la diversión, la política, la economía, la escuela, el cuerpo, las emociones, los objetos y en general los espacios de formación del ser humano. *"El hiperconsumo crece como un sucedáneo de la vida a la que se aspira (...) cabe augurar un largo porvenir a la fiebre consumista"*.⁶

Así se conforma una revolución consumista, que implica que una sociedad global asuma en sus intereses y propósitos el consumo, constituyéndose en su atributo⁷, definiendo un entorno líquido *"en el que se inscriben hoy por hoy los objetivos de vida y al que parecen estar atados en un futuro cercano. Un moderno entorno líquido resiste toda planificación, inversión y acumulación a largo plazo"*.⁸

Desde los espacios académicos conviene adoptar una postura reflexiva ante todo este fenómeno, de tal manera que se contribuya a la interpretación y a la valoración de las posibles implicaciones para el hombre y el derecho de hoy. Lévy, incluso comenta que *"el sufrimiento de experimentar la virtualización sin comprenderla es una de las principales causas de la locura y de la violencia de nuestro tiempo"*.⁹ Quizá resulte exagerada esta apreciación sobre la locura y la violencia contemporáneas; a lo mejor ellas dependen de otros factores además de la virtualización. Puede surgir también una duda a este respecto, ¿Hasta qué punto es válido creer que las cuestiones básicas de la vida humana contemporánea se resuelven sólo con las técnicas de la información? Esta y

⁵ BAUMAN (2011) p. 35.

⁶ LIPOVETSKY (2008) p. 52, señala que siempre ha existido consumo, pero nunca en la historia de la humanidad de forma tan determinante en todas las formas y expresiones vitales.

⁷ Cfr. BAUMAN (2011).

⁸ *Ídem.*, p. 51.

⁹ LÉVY (1999) p.131, indica que los tiempos actuales permean desformalización y desestructuración, desde allí se ha de advertir los nuevos proyectos comunitarios y sociales.

otras interrogantes efectivamente pueden estar latentes en la aproximación al tema de interés que se indaga aquí, y no eximen de mantener un análisis cuidadoso, evitando llegar a conclusiones fáciles o superficiales, o presionados por posturas ideológicas.

El concepto de lo virtual lleva tres sentidos para Lévy: la acepción del sentido común, el sentido filosófico y la noción técnica de mundo virtual. Generalmente las personas al hablar de la realidad virtual, lo hacen con una confusión entre estos tres niveles.¹⁰ En primer lugar, el uso corriente mencionado, el del sentido común, considera que lo virtual es algo imaginario, falso o pura ilusión. Constituye el sentido más débil de lo virtual, en contraste con el sentido fuerte, que se ubica en un plano técnico, ligado a la informática.

Lévy¹¹ sugiere la idea de pensar la realidad más allá de los esquemas clásicos de potencia-acto, entendiendo que la virtualización *“no es una des-realización –la transformación de una realidad en un conjunto de posibles–, sino una mutación de identidad, un desplazamiento del centro de gravedad ontológico del objeto considerado: en lugar de definirse principalmente por su actualidad –una solución–, la entidad encuentra así su consistencia esencial en un campo problemático”*.¹² De acuerdo a esto, en el proceso de virtualización la realidad misma de la cosa que existe toma fuerza en el *nudo de tensiones problemáticas* de la cual ella representa una posible y nueva solución.

El derecho por su vinculación con la economía ha sido virtual desde siempre. Hoy es virtual en la medida que es actualización y reactualización permanente. Los bienes jurídicos son dinámicos, se co-crean en la medida que la realidad de lo social demanda su protección, en multiplicidad de formas y expresiones. La propiedad, los contratos, han sido virtuales pero hoy son sustancialmente transformados con contenidos: móviles, transitorios y dinámicos, fractales en últimas.

El consumo, en su sentido más existencial como *“sociedad de consumidores se caracteriza por refundar las relaciones interhumanas a imagen y semejanza de las relaciones que se establecen entre consumidores y objetos de*

¹⁰ De acuerdo a LÉVY (2007) p. 33, este uso confuso distrae la reflexión sobre el concepto fuerte de lo virtual centrándose en su carácter débil como lo señala.

¹¹ La virtualidad se trata de una reconsideración ontológica, no se trata meramente de aplicativos tecnológicos, surge una nueva realidad como advierte. Cfr. LÉVY (1999).

¹² Conforme a *Ídem.*, p. 19, lo que caracteriza esta realidad virtual, es el nudo de problemas o posibilidades de manifestación de la realidad, en toda la contundencia de la existencia social y sus instituciones.

consumo"¹³; señala la diferencia que marca la dimensión virtual de la dimensión tradicional. En el orden jurídico del s. XXI, este lleva a que los fenómenos jurídicos presenten tantas transformaciones y expresiones en nuevas entidades, que terminan desdibujando los límites que la misma norma impone; el ritmo del consumo y la virtualidad avanzan y se modifican ilimitadamente "*las relaciones sociales en general parecen volverse crecientemente desterritorializadas, abriendo el camino hacia nuevos derechos a opciones y cruzando fronteras que hasta hace poco estaban custodiadas por las aduanas, el nacionalismo, el lenguaje y la ideología*".¹⁴

II. HOMBRE Y SOCIEDAD VIRTUALES

En el contexto de la virtualidad que coexiste con lo que algunos llaman la posmodernidad¹⁵, hace presencia una red de *tejidos* conceptuales que dan cuenta de una nueva forma de comprensión y expresión de la realidad. Ante este panorama un tanto denso y confuso para algunos, la pregunta por el hombre, y el derecho cobra y recobra un enorme interés.

A decir de Lipovetsky¹⁶, ésta es la era del exceso: exceso en las formas de consumo que conlleva, exceso en la satisfacción y sobreestimación del individuo a su manera. Exceso en las ofertas, exceso en la capacidad de elección, exceso de tecnología en el mundo de lo humano. Irrumpe con el exceso el "*momento de quiebre entre la estratificación por acumulación y la estratificación por consumo*"¹⁷, el consumo, el gasto es la nueva forma de estratificación social.

Tanta abundancia mantiene a los individuos *seducidos* en ella misma, atrapados en ella sin poderse sustraer. Se es libre en el exceso, y en él los hombres se potencian hacia cosas superiores. A través y por medio de la seducción son. Los cubre una idea de libertad, de *identidad*, de aprobación moral y sin duda *de estar bien*: "*La vida sin imperativo categórico, la vida KIT modulada en función de las motivaciones individuales, la vida flexible en la era de las*

¹³ BAUMAN (2011) p. 24, señala como la sociedad de consumidores explica las reconversiones y transformaciones ontológicas que vive el hombre del s. XXI, no es cuestión de moda o de asuntos de una generación.

¹⁴ DE SOUSA SANTOS (1998) p. 55, señala que la desterritorialización como concepto de la nueva conquista ontológica, por explorar por las consecuencias en todos los ordenes del pensar.

¹⁵ Desde los años setenta se introduce esta noción para comprender al hombre de finales del siglo XX. Cfr. LYOTARD (1995).

¹⁶ Paradójicamente estas sociedades en inmersas en crisis de modelos económicos, desigualdades sociales y pobreza, origen el consumo como exceso de ofertas y posibilidades de compra, nada es tan exótico que no esté en un exhibidor. Cfr. LIPOVETSKY (2006).

¹⁷ DEL PERCIO (2010) p. 89.

combinaciones, de las opciones, de las fórmulas independientes que una oferta infinita hace posibles; así opera la seducción".¹⁸

Este exceso trae consigo el repliegue del individuo en un *hipermí-mismo*. Resulta paradójico que el exceso conduzca a la vida del solitario, a la huida de los otros, del compromiso social, en últimas a huir del ser sí mismo y ha caído en el mundo. Constituye (...) un modo eminente de estar-en-el-mundo, en el que el Da-sein queda enteramente absorto por el "*mundo*" y por la coexistencia de los otros en el uno. Estamos saturados de *mundo y objetos*.

Esta saturación es la que paradójicamente mantiene un tipo de unidad, es el vínculo con el día a día, que caracteriza este mundo construido por todas las generaciones; quizá más que en cualquier momento histórico afecta a todos, no se trata de una cuestión de la *gente joven*. Este movimiento de saturación, pareciera que trajera como consecuencia, una enorme provisionalidad, casi suspensión de los absolutos, de lo permanente, de los principios. Pues si tenemos algo como cierto y seguro, el saber, el poder, el trabajo, la familia, los partidos, el derecho etc., pronto quedan abandonados a la suerte del *boom* que causa una nueva forma de pensarse y por lo tanto de existir. Parece que este hombre –lleno pero a la vez vacío– está en desbandada de compromisos, de afiliaciones, de fuerza, de voluntad; ninguna de las estructuras y principios que sustentan las instituciones humanas, despiertan los apegos y afectos de otros tiempos; han de luchar contra la indiferencia de aquellos, que en épocas anteriores eran sus seguidores: "*Nuestra sociedad no conoce prelación, codificaciones definitivas, centro, sólo estimulaciones y opciones equivalentes en cadena*."

De ello proviene la indiferencia posmoderna, indiferencia por exceso, no por defecto, por hipersolicitud, no por privación".¹⁹

Este des-centramiento o des-entrañamiento de lo humano, esta des-territorialización de expresiones de la vida humana, pone de presente, ¿cuál es el rol del derecho, de la ley en sociedades desterritorializadas y desmaterializadas? Ante lo virtual de la sociedad de este siglo, ¿qué tipo de derecho es el que se

¹⁸ LIPOVETSKY (2006) p. 19, señala que las consecuencias para la vida ética y moral, desde la mirada del consumo y el mercado, es definitiva la vida virtuosa, del orden y de la justicia es también mercadeada.

¹⁹ *Ídem.*, p. 39, indica que la indiferencia que expresa la crisis de metarelatos, lo gaseoso de los límites, el reordenamiento social, nada conmueve, la provisionalidad hasta de la existencia.

requiere?, o peor aún ¿se requiere del derecho? Pues *"Bajo las condiciones actuales, no se puede lograr más que culturas globales plurales"*.²⁰

Parece que lo humano existe en diversas formas como en las simulaciones de comunidades, como Habbo, Second Life (en su momento de mayor entrada 70 millones de habitantes), Facebook (800 millones de habitantes), Google, Gmail etc. Allí, en estos espacios, también se es, se siente, se ama, se comercia, se delinque y seguramente se permite aquello que los límites sociales, en esta forma de expresión de lo humano más convencional, impiden. Parece presentarse la reinención o más bien la mutación de lo humano en nuevas formas, nuevos seres, apoyados en la tecnología y los medios de comunicación. Pensar que el cuerpo queda sumido, queda reducido a la pantalla de control, de cualquier propuesta tecnológica, no es aventurado: El mundo circundante se puede reducir a su representación como pantalla de control.²¹ Se yergue, a decir de Lipovetsky, un narciso, el Narciso como el arquetipo de estos tiempos, el representante de esta época, como la clave para entender los nuevos signos de este tiempo. De esta manera Narciso rompe con el concepto de ciudadano, de ciudadanía, retando al Estado a nuevas formas de entender lo social.

III. HOMBRE SIN TIEMPO

Ante la posibilidad de ser en diversas formas y opciones, otra de las características del hombre actual, el hombre de este siglo, es el *sin tiempo*, la velocidad de las comunicaciones, las tecnologías, los servicios, acercan el futuro, lo advierten, están al servicio de todos. El pasado, como obsoleto, como lo sin sentido y sin forma, no es de interés; además representa lo anacrónico, detenta los absolutos, tan desacreditados por estos días. Las claves *del hoy* son las únicas, son las que crean identidad y vínculos. Tenemos un permanente y vital hoy. Se goza en el día a día, sin mirar atrás y desprovistos de la preocupación por el mañana. Ante estos nuevos tiempos, ante lo contingente del tiempo y del espacio, se tiene siempre, en esta atemporalidad, mundos alternos, atractivos y ante todo posibles: *"Desde el momento en que entran en juego la subjetividad, la significación y la pertenencia, ya no es posible seguir pensando en una sola extensión o una cronología uniforme, sino en una multitud de tipos de espacialidad y de duración. Cada forma de vida inventa*

²⁰ Conforme a DE SOUSA SANTOS (1998) p. 47, si se adviene una cultura global plural, el orden legal debe ser repensado sin duda.

²¹ BAUDRILLARD (1997) p. 2 señala que una de las formas de entender la sociedad del s. XXI es la pantalla de control, teléfonos, servidores, tv y un sin número de aplicativos. La forma ontológica es la pantalla, con los aditivos propios que la caracterizan como los microchips, los circuitos.

*su mundo (de la bacteria al árbol, de la abeja al elefante, de la ostra al pájaro migrador) y con este mundo, un espacio y un tiempo específicos”.*²²

Esta mutación en el tiempo, esta virtualidad del tiempo del hombre, le permite abandonar la tradición y el arraigo sin mayores miramientos o excusas; no son necesarios, ya no dicen nada. Además no se tiene continuidad, no se carga con el peso del río portentoso de la tradición; se necesita estar libres y sin referentes. Ya no hay confianza en las fortalezas del pasado, ya expiró su fecha, están vencidas, ya no se pueden consumir. Las guerras, el terrorismo, la crisis económica, el pesimismo latente, la corrupción, horadaron el tiempo y el espacio de estas propuestas. Sólo quedan las ofertas tranquilizadoras, anestésicas, bellas y, ante todo, atemporales. No debe preocupar el tiempo como linealidad, como continuidad; es chocante, ofensivo, pues remite al fracaso del pasado y a la cruel incertidumbre del presente. Los múltiples tiempos posibles, ofrecen una gama halagadora y optimista de los anhelos del hoy, sin fecha de expiración.

Este hombre atemporal ya no da cuenta del pasado, de su arraigo, no desea sentirse apegado a nada, parece de mal gusto, poco *cool* siquiera mencionarlo. La mundialización y el consumo desdibujaron la riqueza que cohabitaba. El pasado, los lazos de cultura. En el ciberespacio, se pertenece a un hipermundo, sin fronteras, sin rasgos, allí se está; los individuos se integran al hipermundo, a los mundos, como participantes, como *avatares*:

*“Los verdaderos poderes que determinan las condiciones en las que todos actuamos en estos tiempos se mueven en el espacio global, mientras que nuestras instituciones de acción política siguen, en gran medida, amarradas al suelo; son como antes, locales”.*²³

En los escenarios virtuales el avatar se entiende como representación y personificación de un conjunto de rasgos que constituyen una personalidad, es el nuevo ciudadano. En estos mundos, en el hipermundo, no importan las raíces, la religión, el linaje familiar o la posición política o económica. El avatar no da cuenta de su pasado, sólo es, en el hoy, en el actual día: *“Cuando el futuro se presenta amenazador e incierto, queda la retirada sobre el presente, al que no cesamos de proteger, arreglar y reciclar en una juventud infinita. A la vez que pone el futuro entre paréntesis, el sistema procede a la ‘devaluación del pasado’, por su avidez de abandonar las tradiciones y territorialidades arcaicas*

²² LÉVY (1999) p. 99, señala que la linealidad, es superada en todas sus dimensiones, la nueva forma de comprensión es desde el rizoma y lo fractal.

²³ BAUMAN (2010) p. 117.

e instituir una sociedad sin anclajes ni opacidades; con esa indiferencia hacia el tiempo histórico emerge el 'narcisismo colectivo'".²⁴

Necesariamente esta virtualización del hombre, en su destiempo, afecta a manera de mutación, unas nuevas consideraciones sobre la familia y su figura fundante: el padre; aparecen otros padres, quizá estrellas de tv, de cine, cantantes, equipos de fútbol, ¿será por eso que sus vidas, expuestas en la pantalla, se convierten en los nuevos modelos a seguir, en los portadores de la ley, la compostura y los límites? Señalan el éxito, la fascinación, la entrega, el esfuerzo, ¡la autenticidad! Nos proponen salir de la vida gris y cotidiana y acercarnos a través del consumo a la vida glamorosa, sofisticada y bella. *"América se ha convertido en una nación de 'fans'".²⁵*

IV. UN NUEVO HOMBRE REPENSANDO EL DERECHO: HIPERCUERPO E HIPERESTADO

Quizá, el anuncio de Levy: *"Hoy en día, un movimiento general de virtualización afecta no sólo a la información y a la comunicación, sino también a los cuerpos"*²⁶, sea lo que nos defina como hombres virtuales. Hombres virtuales que viven a juicio de Lipovetsky²⁷ un proceso de personalización, caracterizado por la devoción al consumo, como expresión de una nueva forma de ser y vivir en este tiempo. Parece que la máxima de los medios y del consumo es: éste es su cuerpo, es decir nuestro cuerpo. Este *nuestro cuerpo*, ya no es a escala humana, tampoco se demanda que lo sea, pues entre más chico es más sofisticado y funcional, hay más inversión económica y tecnológica dentro de la moda de lo reducido. Está todo llamado a ser miniaturizado, concentrado, cada vez más pequeño, más funcional: *"Han llegado los tiempos de una miniaturización, de un telemando y de un microproceso del tiempo, de los cuerpos, de los placeres"*.²⁸

²⁴ LIPOVETSKY (2006) p. 51, señala que el capitalismo en su extensión ética y moral de consumo inmediato, también ha logrado entronizar la idea radical del presente, el crédito permite acceder al mercado sin pausa ni ahorro. La existencia del s. XXI, está afectada por el hoy, porque como producto de consumo también tiene fecha de expiración, por ello no tiene pasado y el futuro es inabordable.

²⁵ *Ídem.*, p. 73 indica que los líderes espirituales que habían logrado conducir la vida política y social, hoy tienen la referencia de estrellas, de figuras de los medios y quienes siguen su guía moral, tienen el carácter de ser un *fan*.

²⁶ En conformidad a LÉVY (1999) p. 13, el cuerpo expresa los movimientos del pensar, la historia se expresa en lo real. El cuerpo se idealiza en el consumo de ahí que existe un solo cuerpo al que todos se han de plegar. La moda, el tamaño y la medida del cuerpo tiene un referente el de la vitrina de mercancías.

²⁷ LIPOVETSKY (2006) p. 5.

²⁸ BAUDRILLARD (1997) p. 4, señala que los temores que causan el límite, el orden, el fracaso son redimensionados por la pantalla en expresiones totalizantes de felicidad y plenitud.

El cuerpo sufre las ambivalencias y las contradicciones de la industria y de la tecnología. Si existe algo, que pierde vigencia, que se convierte en obsoleto, es este cuerpo singular-colectivo o hipercuerpo. *“Cada cuerpo individual se convierte en parte receptora de un inmenso hipercuerpo híbrido y mundializado”*.²⁹

Este cuerpo, en su realidad virtual, ha de ser en tanto fractal: psiquismo, afectivo–afectado, integrado–fragmentado, desterritorializado, multiforme, quizá multiposible en los multiescenarios de las actualizaciones de la realidad virtual. Podría a lo mejor estar liberado del dualismo –cuerpo, alma– en constante relación dialéctica o analógica entre la individualidad (que le da la subjetividad y la contingencia) y la colectividad (que le da el hipercuerpo, el psiquismo colectivo y la inteligencia colectiva); *“el individuo afectivo, aunque esté siempre conectado a su cuerpo, se desenvuelve fuera del espacio físico. Desterritorializado, desterritorializante, existe, es decir, que cree más allá del ‘allí’ ”*.³⁰

Implica, ante el advenimiento del ciber mundo, que el derecho deba ser también virtual, extendido, complejo y multiforme como este hipercuerpo que está modelando un nuevo ciudadano: *“En la actualidad no puede construirse un nuevo consenso de ciudadanía (‘patriotismo constitucional’, por emplear la expresión de Jürgen Habermas), como se hacía hasta hace bien poco: mediante la garantía de protección constitucional frente a los caprichos del mercado, conocidos por devastar las conquistas sociales y por socavar el derecho al respeto social y a la dignidad personal”*.³¹

El derecho virtual tiene la exigencia de ser un espacio de convergencia trasdisciplinar para no rezagarse en su intento de entender el mundo cultural en el cual está inserto. Debe recuperar la legitimación o encontrar otras formas alternativas, en las que logre actualizarla, como quiera que el Estado ha perdido esta función por la crisis del Estado nación moderno: *“La cuestión de la legitimación queda completamente abierta de nuevo tras la retirada del Estado de la función sobre la que se fundamentaron sus pretensiones de legitimidad durante casi todo el siglo pasado”*.³²

²⁹ LÉVY (1999) p. 30, indica que de allí que exista un hipercuerpo social, que comunica y determina las maneras de ser y entender las instituciones, la globalización del cuerpo.

³⁰ Según *Ídem.*, p. 98, al ser superado lo lineal de la realidad por la realidad en tanto virtualidad, surge lo desterritorializado como realidad, en la medida que se existe no sólo de manera formal, sino también material en los mundos virtuales. Todo está atravesado por la desterritorialización, lo emocional, lo social, lo jurídico.

³¹ BAUMAN (2010) p. 26.

³² *Ibidem.*

El derecho punitivo del Estado es un escenario sensible a esta otra fenomenología del cuerpo, *el hipercuerpo*. Este nuevo hipercuerpo concita al derecho a la tarea de elaborar nuevas lecturas, miradas y estrategias de interpretación y comprensión del cuerpo, es decir desde la virtualidad se debe repensar jurídicamente al hombre mismo.

Ya Foucault desde el s. XVIII había advertido la estrecha relación del imperio penal estatal y el cuerpo. El castigo estaba centrado en el cuerpo, en infligirle dolor, en causarle daño: *"hasta el siglo XVIII el cuerpo de los individuos es fundamentalmente la superficie de inscripción de suplicios y penas; el cuerpo había sido hecho para ser atormentado y castigado"*.³³ Para el s. XIX, hay un cambio en las mentalidades europeas, transformadas en panópticas, y es el cuerpo quien cobra otra dimensión, la de ser objeto de control.

Esta connotación del cuerpo, como objeto de vigilancia, permitió que el orden punitivo, entre otras instituciones, centrara su acción en corregir, reformar, ajustar y disciplinar el cuerpo, llevando a que se adaptara a las exigencias de producción: *"En el gran panoptismo social cuya función es precisamente la transformación de la vida de los hombres en fuerza productiva, la prisión cumple un papel mucho más simbólico y ejemplar que económico, penal o correctivo"*.³⁴ Ante la emergente virtualidad y la sensación de inseguridad propia del presente siglo, *la vigilancia sobre el cuerpo está magnificada*, lograda a través de las ayudas que las nuevas tecnologías y sus dispositivos ofrecen para invadir y violentar el cuerpo. La sacralidad de lo humano está avasallada y totalmente expuesta; se han sacrificado principios, derechos fundamentales y garantías en aras de la seguridad y la lucha contra enemigos internos y externos: *"las personas, actualmente interconectadas a través de las Redes, las 'networked persona' en el concepto de Rodotá, o bien, las personas perennemente en línea para otros, podemos ser descubiertas, seguidas, vigiladas, supervisadas, también en nuestra actividad privada, en lo que constituye una evidente limitación de nuestra esfera de autonomía. Y las otras "personas" no cableadas, no en línea, también"*.³⁵

Si el hombre virtual entroniza una distinta fenomenología corporal, una autorreferencia fractal, como ser extendido, en red el s. XXI tropieza con el orden legal de tradición dualista que caracterizó el Estado-nación moderno, centrado, no disperso, uniforme y necesario para imponer límites a la vida en sociedad. *"Actualmente las teorías éticas, políticas, sociales y jurídicas, han*

³³ FOUCAULT (1996) p. 132.

³⁴ *Ídem.*, p. 137.

³⁵ BRENNAN (2010) p. 23.

*abandonado los compartimentos estancos y se interceptan en un productivo espacio de elaboración interdisciplinar (...) no debe sorprender que los juristas se ocupen de la economía o de la literatura o del psicoanálisis o del tiempo”.*³⁶ Así entonces el derecho ha de ser repensado, reconstruido desde las paradojas y contradicciones que subyacen a la vida en conjunto en el ciber mundo del s. XXI.

Los operadores judiciales corren el riesgo de enfrentarse, desde estructuras y dispositivos del s. XVIII, con un arsenal normativo pensado en categorías del s. XIX, a enjuiciar a los hombres del s. XXI, creando así engendros que no responden a las nuevas formas de vida, a los juegos del lenguaje, a las maneras de organización en conjunto. La clave de interpretación de los nichos sociales simbólicos actuales, es asumir el derecho (no sólo por los operadores judiciales) como función que debe encarnarse en la vida en común: *“El derecho como práctica social discursiva; la estructura, funciones y niveles de discurso; su discontinuidad semántica y las operaciones de poder que están en la base de su presunta uniformidad; el derecho y su articulación con lo ilusorio en la constitución de categorías estratégicas como la del ‘sujeto’; su articulación con la ideología y el poder como relación, que permiten definir su doble, paradójica función”.*³⁷

Así este cuerpo, el *hipercuerpo*, tan lleno pero vacío, se mueve entre contradicciones y contrasentidos. La intimidad esta vacía, pero llena de los mundos del hipermundo: la intimidad, el Yo, construido por otros o desde los otros. La conciencia del super-individuo, su personalidad está ahora móvil, provisional, se puede combinar y recombinar. Existe una mutación del yo en otros; existe una mutación de la conciencia en otras conciencias. No existe la conciencia individual, única, remordiéndose en solitario. Esta conciencia virtual es múltiple, es dinámica y esta plegada por los afectos a los mundos posibles, en últimas al movimiento propio de aquello que *motiva* la acción. *“La conciencia es producto de la selección, del alineamiento y de la visualización parcial de una afectividad a la que le debe todo”.*³⁸

Ante tanta movilidad del yo, de la conciencia, de la intimidad, surge el llamado a la igualdad, *todos iguales, la lucha por la similitud*, una democratización de los roles, no sólo para mujeres, no ya sólo para hombres, o sólo para niños, sólo para negros etc. Ese llamado a la igualdad genera preguntas como ¿quién o qué es el otro? ¿Cuál es su estatuto antropológico? ¿Estará

³⁶ CÁRCOVA (2009) p. 125.

³⁷ *Ídem.*, p. 124.

³⁸ LÉVY (1999) p. 94.

roto el encuentro en la alteridad, dado que estamos fundidos e integrados en el hipercuerpo, en el hiper mundo? ¿cómo introducir principios y derechos esenciales para el orden social?

Esta es una sociedad obscena, sin secretos, obscena por lo saturada, porque acaba con la representación, por lo llena de vidas privadas ante las pantallas: *"Ya no es la obscenidad de lo oculto, reprimido, oscuro, sino la de lo visible, de lo demasiado visible... de lo que ya no tiene secreto, de lo que es enteramente soluble en la información y la comunicación"*.³⁹

En estas confusiones y fusiones entre lo público y lo privado, estar al día por ejemplo en política, por la proliferación de los medios y casi como un artículo de consumo, significa asumir la democracia como tendencia y como moda. Pero ésta conlleva una contradicción, ya que todos los días, nuestros líderes justifican guerras, corrupción, burocracia, etc. en aras de la bandera de la democracia. La tendencia política es la democracia, pero sin compromiso, sin afecto, sin sentido, es pura fascinación, *"fascinación es la pasión desencarnada de una mirada sin objeto, de una mirada sin imagen. También en la información o en lo político no sucede nada, y sin embargo, nos sentimos saturados"*.⁴⁰

La acción política del narciso se ve envuelta también por el Estado, por un *hiperEstado* que vigila y cubre todos los espacios y rincones de la vida (incluso lo poco que nos queda de intimidad) nada escapa al *hiperEstado*, somos *parte de él*, ya no hay motivo para desacreditarlo, hace presencia, es omnipresente en lo local y lo regional. Con esta *invasión del hiperEstado*, el gran observador –el gran hermano– los límites de lo público y lo privado se pierden; eso explica o justifica la indiferencia del narciso como salida, como opción. *El hiperEstado* se configura así en otra forma de virtualidad de lo social y de lo normativo en donde lo público, perdido en lo individual y viceversa, se manifiesta como *transparente*, ya que todo esta expuesto, no hay trasgresiones y mucho menos trascendencia. *"Ha concluido el aliento de la trascendencia. Sólo queda la tensión de la inmanencia"*.⁴¹

³⁹ BAUDRILLARD (1997) p. 7, señala que la virtualidad es exposición, visibilidad. Todo lo público y privado está a un clic de distancia. Los hombres virtuales, las instituciones están abiertas y accesibles, no haya nada vedado.

⁴⁰ *Ídem.*, p. 8, indica que el avasallamiento del consumo, crea otra paradoja entre la abundancia, la sobreexposición y el vacío. En medio del exceso no sucede nada, no hay transformación política hacia otras formas de convivencia y estructuras sociales. Si bien la revolución árabe o la primavera árabe, puede estar advirtiendo unos nuevos caminos, es necesario esperar, aún es prematuro.

⁴¹ *Ídem.*, p. 14, señala que la vigilancia tecnológica, presenta al Estado, como un HiperEstado, capaz con el desarrollo de la ciencia de presentar la vida los ciudadanos, ante su presencia de manera inmediata. Las redes del hiperEstado están tendidas.

Con la figura del hiperEstado, se explica parte de la crisis del Estado-nación moderno. *“Asistimos en nuestro tiempo a la crisis del tipo de ejercicio del poder público representado por el Estado-nación organizado burocráticamente y por el derecho legal-formal como modo de control social”*.⁴² El Estado en la dimensión de virtualidad, como HiperEstado se manifiesta en tanto desterritorializado. Su rol de proteger y garantizar derechos, al igual que limitar el ejercicio de las libertades y acciones; sus fines como Estado debe procurarlos en y para una comunidad de ciudadanos también virtualizada, interconectada y desterritorializada en el ciberespacio. Los ciberciudadanos viven aceleradamente otras formas de encuentro, de relaciones y de interpretaciones de lo social. El mundo del ciberespacio requiere la interpretación de un derecho también virtual.

La práctica judicial de un hiperEstado no puede tener las mismas coordenadas de tiempo y espacio: *“La estructura propia del proceso judicial requiere un tiempo demasiado largo para llegar a la resolución del caso, mientras que las nuevas tecnologías –especialmente las informático-comunicacionales– generan una aceleración de la vida de interrelación social”*.⁴³ Un hiperEstado, virtual está llamado a ponerse al día en las ventajas de las tecnologías, a estar al servicio de las garantías y derechos fundamentales. Sus funcionarios deben comprender la cibercultura y los fenómenos del consumo, como la identidad de los nuevos asociados *“la complejidad de esas interrelaciones demanda una capacitación por parte de funcionarios y empleados judiciales que obviamente no lo pueden dar las facultades de derecho”*.⁴⁴

V. EL DERECHO VIRTUAL APLICADO

El derecho virtual del s. XXI, estará atravesado por características y estructuras como el ser desterritorializado y fractalizado. De esta manera el derecho comprende la cibercultura emergente que está reconstruyendo y reconfigurando un nuevo mundo, el cibermundo. Estas nuevas formas de lo social no pueden pasar inadvertidas por los diversos escenarios jurídicos. Al estar inmerso en hiperrealidades e hipermundos desmaterializados, la naturaleza propia del derecho necesariamente se afecta. Este nuevo derecho posindustrial, requiere nuevas fuentes para su construcción más allá de las meramente formales, pues

⁴² DEL PERCIO (2010) p. 100.

⁴³ *Ídem.*, p. 102.

⁴⁴ *Ídem.*, p. 103, señala que la exigencia a los funcionarios en un hiperEstado actual, pasa por una interpretación del mundo que ha cambiado y demanda nuevos roles y formas de resolver los problemas que surgen en los ciberciudadanos, el mundo del derecho debe estar inserto en un mundo que expira día a día, que el consumo y la tecnología, cambian constantemente.

la sociedad y el rápido cambio de las mismas todo lo transforman. Se hace necesario un concepto de fuente del derecho, amplio, abierto y participativo. Las fuentes del derecho en el mundo del consumo y en la virtualidad han de ser desde las manifestaciones sociales creadoras y con sentidos diversos. Una noción más próxima, pero que requiere ser pensada en clave virtual es la propuesta de las fuentes como *"los hechos y los actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas"*⁴⁵, que inscribe el derecho más allá de la estatalidad, en la supranacionalidad, más allá de las férreas estructuras que no comprenden ni interpretan el mundo cambiante, abierto y multiposible del ciber mundo.

En un mundo virtual, surge la demanda por un derecho ampliado, incluyente y participativo, pues las redes y las interconexiones dejan expuesto el orden estatal y legal a un clic de distancia. Los ciberciudadanos, gracias a la interconexión en redes se constituyen en intérpretes y participantes activos en la vida del Estado y de la Constitución, es una sociedad abierta, transparente y ante todo participativa: *"en los procesos de la interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay numerus clausus de los intérpretes constitucionales! (...) En realidad es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas –en la medida en que son participantes materiales–, porque la interpretación Constitucional recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista"*.⁴⁶

Las redes sociales son otras de las nuevas formas de movilización y revolución de lo social, se han constituido en expresiones masivas de sanción política y social sin precedentes. El mundo en las redes, de la virtualidad y del consumo está dando cuenta de la necesidad que tiene un HiperEstado de interpretar, por la masiva presencia y actuación de los ciudadanos de bienes jurídicos emergentes. Las redes son las voces que denuncian y señalan, quizá es la reconfiguración de la sociedad civil y de la neoparticipación en y desde lo virtual.

Esta es la fractalización del derecho, que no implica caos, conlleva otra mirada y otras tendencias amplias, pluriversas, inclusivas y sin duda omni-comprendivas. Es posible que las regulaciones requeridas en estas dimensiones

⁴⁵ BOBBIO (1987) p. 158, indica quasi la realidad virtual, plantea retos a todos los órdenes de la vida social del hombre del s. XXI, el mundo del derecho y específicamente las fuentes mismas han de resignificarse, deben volverse a pensarse. El mundo virtual es una nueva conquista y una nueva antropogénesis.

⁴⁶ HÁBERLE (2009) p. 2.

virtuales sean desde un hiperderecho ultranacional y transestatal, no territorializado con un hiperlegislador, además colegiado.

Un ejemplo evidente de esta revolución lo constituye el desarrollo del derecho comercial, en el contexto de la globalización, cuya tendencia como estructura es virtual. Este evidencia una renovada y transformada relación transaccional, consagrada en la denominada *lex mercatoria* o *nova lex mercatoria*; su accionar está más allá de los Estados mismos, sus regulaciones están des-estatizadas, des-localizadas y fractalizadas.

Este comercio está en el escenario de otro concepto de economía, en donde lo que circula ya no es el capital, la tierra o el trabajo: “*El recurso económico básico –“el medio de producción”, para usar la expresión de los economistas– ya no es el capital ni son los recursos naturales (“la tierra” de los economistas”) ni “el trabajo”. Es y será el conocimiento*”.⁴⁷ De ahí que lo que configura –la propiedad– en la virtualidad, tiene adheridas las características de desterritorialidad, desmaterialidad y fractalidad. Hoy la riqueza tiene otras fuentes gracias a las nuevas tecnologías, sus dimensiones son bastas, tiene tanto valor que en sí misma es un sistema económico⁴⁸: “*Se ha transformado en metáfora, desmaterializándose (...) la riqueza desmaterializada representa su expresión sublime*”.⁴⁹

“*Es riqueza invisible e intangible; es la riqueza elevada a puro concepto*”⁵⁰ además de estar en permanente cambio y renovación. Verbigracia la protección a los bienes en las plataformas virtuales, como la concedida a un habitante propietario de Haboo, quien fue víctima de hurto: “*Las propiedades virtuales presuntamente robadas pertenecían al mundo virtual del Hotel Habbo, un servicio en el cual podemos amueblar nuestras habitaciones a cambio de un pago a la empresa responsable. Al parecer, los detenidos realizaron mudanzas de muebles a sus propias habitaciones sin autorización de sus dueños*”.⁵¹

⁴⁷ DRUCKER (2000) p. 8.

⁴⁸ Como ejemplo, empresas con estructura y movimiento fractal, Microsoft, Shell.

⁴⁹ GALGANO (2005) p. 23.

⁵⁰ *Ibidem.*, señala que la desmaterialización de la riqueza, que entroniza las nuevas formas de la conquista virtual. Que no significa no existencia, por el contrario significa otra existencia, otra posibilidad de impacto económico. En el mundo virtual de consumo, la inmediatez que aparea la desmaterialización, abre caminos a que la riqueza esté en manos de personas talentosas y muy jóvenes: *los nuevos ricos geek*.

⁵¹ Cfr. CARRASCO (2007).

La globalización de los mercados ha logrado reintegrar las relaciones estrechas entre economía y derecho, fracturadas a partir de los presupuestos del iluminismo y la revolución industrial.

Ya no son los Estados los protagonistas que mueven la economía, son las empresas, que por su carácter de desterritorialidad, inmaterialidad y fractalidad, se inscriben en el contexto de la virtualidad. Nuevas empresas virtuales con: una *lex mercatoria*, principios supranacionales (consagrados en la Unidroit) tribunales internacionales y flamantes figuras contractuales con cláusulas como la *Gross disparity* y el *Hardship*, son las que hacen la verdadera y portentosa sociedad sin Estado, la *business community* o mejor aún virtual society: "Aunque la transnacionalización del derecho estatal no está restringida al campo económico, es aquí donde logra su mayor relevancia".⁵²

Por lo anterior se instituye un nuevo derecho comercial en tanto virtual, que ha de amparar bienes y servicios desterritorializados. Los consumidores están extendidos, fractalizados y en sedes virtuales; los domicilios y la responsabilidades contractuales entran en la dimensión virtual y exigen protección del HiperEstado para proteger los intereses comunes de una aldea cada vez más global y abierta.

VI. EL DERECHO EMERGENTE A LA CIBERVIDA Y SUS PARADOJAS

El derecho a la vida, inserto en la virtualidad adquiere tonalidades y subjetividades que llevan a la reflexión y al replanteamiento de los lugares simbólicos que habitamos más allá de las coordenadas de espacio y tiempo, sin que se trate de trascendencia. En las comunidades virtuales, hay una existencia simbólica, a través de los decires, de la expresión de la realidad de lo que somos. El avatar nos representa.⁵³ Si también tenemos una existencia virtual, allí la subjetividad entra en este interjuego, y por lo tanto toda acción o expresión es verdadera, sentida y real –en tanto virtual–. La consecuencia es que las acciones en la red digital son vívidas, de ahí que es bien polémico el pronunciamiento de la Sala M de la Cámara Nacional en lo Civil de Buenos Aires, para quienes no existe infidelidad virtual, señala el tribunal: "No basta con el intercambio de palabras o mensajes cargados de erotismo y de fantasías entre los dos polos de comunicación de la red, pues la infidelidad virtual, en tanto no pase a 3D (sic), no llega a consumir el encuentro carnal que configuraría el adulterio".⁵⁴

⁵² DE SOUSA SANTOS (1998) p. 83.

⁵³ De acuerdo a IBÁÑEZ (1994) p. 68: "Avatar es, en la mitología hindú, una encarnación. Para ser sujetos tenemos que encarnarnos en el orden simbólico".

⁵⁴ Noticia disponible en el sitio web de RCN La Radio, 12 de octubre de 2011, *Desestiman en la justicia de Argentina, emails como prueba de infidelidad*, <<http://www.rcnradio.com>>

Se abre, así la oportunidad para señalar elementos probatorios emergentes al interior del pluriverso digital en las realizaciones y regulaciones del universo legal.

La vida en el s. XXI, como derecho está marcado por las comunicaciones, se erige el derecho emergente a estar en la red, a vivir en la red, a la cibervida, es decir a la vida intercomunicada; es posible incluso que podría formar parte de la dignidad, o como una más de las dimensiones de la persona objeto de tutela. Ya existen iniciativas, por ejemplo en Colombia para que el uso de la internet sea considerado un servicio público, garantizado por el Estado. Pero al mismo tiempo esta *hipercomunicación* de la vida social de los ciudadanos, como parte de su vida digna, según algunos gobiernos debe tener límites.

Actualmente algunos Estados, adelantan proyectos de ley que buscan restricciones a la forma como las personas *hacen uso de las interconexiones sociales en la red* –más allá del tema de los delitos informáticos–, v.g. la Ley Lleras en Colombia, la Ley Sinde en España relativa a la regulación y protección de los derechos de autor, la Stop Online Privacy Act (SOPA). Esta última, aunque también centrada en la protección de los derechos de autor, toca aspectos sensibles de regulación frente al uso de información personal falsa, por los ciberhabitantes en el curso normal de su vida en la red, es decir, en aplicación práctica, usted puede mentir en la vida real, cambiar su nombre por razones diversas, pero en la red o en las comunidades sociales sería un delito. Cabe señalar que ya existe una ley en los EEUU que regula ciertas acciones sociales en el ciberespacio denominada *Ley de Abuso y Fraude de Computadores* (CFAA), usada en el sonado caso de Lori Drew, una mujer adulta que usando un nombre falso y pasándose por un joven adolescente, en MySpace, enamoró y luego constriñó a Megan Meier, una niña de 13 años de Missouri, quien se suicidó el 16 de octubre de 2006.

El debate actual, del cual el orden legal no escapa, es planteado por *las paradojas de la virtualidad*, que se dan en antinomias: entre lo público y lo privado como primera contradicción y como segunda la seguridad y la información.

La virtualidad y el consumo han volcado la existencia a lo público, todos y todo queda expuesto. El Estado, su estructura e instituciones están en la red, desde donde inciden en las vidas de sus ciudadanos; los políticos en las redes construyen significados y sentidos en lo social. La vida política participativa

com/noticias/desestiman-en-la-justicia-de-argentina-e-114204>, fecha consulta: 10 abril 2012.

tiene otros canales y alcances. No se puede pensar las revoluciones del mundo árabe sin las redes. Esta hipersolicitud tiene grandes impactos en lo público. Se participa de un colectivo⁵⁵, aquellos que tienen acceso a las redes forman parte de ella, tienen voz y existencia. Lo antidemocrático se manifiesta ante la no posibilidad de entrada a las redes, ellos *los no cibernautas*, replicarán lamentablemente el modelo de exclusión en todos los mundos posibles.

Ante esta hiperexposición, la tensión frente a la intimidad y a la privacidad adquiere caracteres mayores y requiere una atención especialísima, prácticamente emergente como un nuevo bien jurídico tutelable. La vida cotidiana de los individuos, y la invulnerabilidad de los Estados mismos, terminan siendo objeto de visibilización. Los límites del resorte privado tanto de lo colectivo como de lo particular se ven amenazados y día a día las exigencias por la privacidad, se acrecientan: "*Facebook deberá obtener el consentimiento de los usuarios para ciertos cambios en cuestiones de privacidad como parte de un acuerdo por cargos federales de que engañó a consumidores y los obligó a compartir más información personal de la que querían*".⁵⁶ Los casos sonados en la *ciberaldea*, de Anonymous y wikileaks, plantean serias polémicas, frente a las garantías y derechos con nuevas connotaciones por reivindicar. Problemática abordada en la primera Cumbre Mundial de Editores, organizada por la Red Mundial de Editores (Global Editors Network, GEN), que acaba de finalizar en Hong Kong "...son millones de personas a través de Internet, redes sociales, blogs y múltiples plataformas las que intervienen en el proceso de generación de contenidos... Internet es por definición un espacio de libertad casi absoluta"⁵⁷, de ahí que para el orden legal quedan abiertas todas las consideraciones y actualizaciones en su intención emancipadora.

Finalmente, cabe advertir algunos de los nuevos espacios que se abren para ser repensados como realidades jurídicas, en el complejo escenario de la virtualidad. Una de estas es la familia, que aparte de condiciones sociológicas, psicológicas y antropológicas que la conforman debe adjuntarse las subjetividades de la virtualidad y el consumo. Los matrimonios en la red, los parentescos virtuales, las adopciones en las plataformas, las nuevas ciberconexiones afectivas, con seguridad van a terminar en los estrados judiciales. "*Así, se le*

⁵⁵ Cfr. LÉVY (2004).

⁵⁶ Vid. artículo *Facebook tiene prácticas engañosas*, en el sitio web *El Tiempo*, 30 de noviembre de 2011, disponible en <http://www.eltiempo.com/tecnologia/actualidad/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10857924.html>, fecha consulta: 10 abril 2012.

⁵⁷ Noticia de Ricardo Kirschbaum, en diario electrónico *Clarín*, 2 de diciembre de 2011, *El derecho a la información, en la era de las redes sociales*, disponible en <http://www.clarin.com/sociedad/medios/derecho-informacion-redes-sociales_0_601739925.html>, fecha consulta: 10 abril 2012.

*exige a un juez de familia que dé respuesta a los nuevos conflictos familiares con instrumentos caducos (...) ¿Podemos entonces, exigirle razonablemente a un juez que resuelva los conflictos vinculados con esa complejidad emergente en las nuevas relaciones familiares?'*⁵⁸

También en este contexto del derecho virtual, como era del aprendizaje y el conocimiento, se manifiestan realidades con hondas repercusiones jurídicas. En el ciber mundo se están presentando graves lesiones a principios como la intimidad y la honra, a través de expresiones de violencia en las redes o el matoneo virtual, que afecta a miles de jóvenes en todo el mundo, y que requiere de la atención de un HiperEstado que garantice estos derechos y fines sociales como la convivencia, el respeto y las diferencias en un pluriverso virtualizado.

En el orden jurídico laboral, desde la perspectiva virtual, urge una "Reconversión",⁵⁹ pero por parte del Estado o del HiperEstado, que responda a las reconfiguraciones de las relaciones laborales, los nuevos contratos, los nuevos perfiles y la desterritorialización misma de los tiempos y espacios de trabajo. La reconversión ha relegado al Estado a las manos del consumo y el mercado: *"El arte de la "reconversión" laboral en su nueva forma actualizada difícilmente haya surgido de la burocracia gubernamental, mastodonte que se destaca por su inercia (...) Ese trabajo queda en las manos más diestras del mercado de consumo, ya famoso por medrar y disfrutar entrenando a sus clientes en artes sorprendentemente afines. El sentido profundo de la conversión del Estado al culto de la "desregulación" y la "privatización" radica en haber transferido a los mercados la tarea de la reconversión laboral"*.⁶⁰

Nuevas regulaciones laborales serán necesarias ante la precarización del trabajo, no sólo por la virtualización, sino a cuenta también de la crisis de los modelos económicos y los desequilibrios sociales.

CONCLUSIONES

La virtualidad, en el sentido filosófico, permite ser una clave de interpretación de los complejos fenómenos humanos que vive el hombre del s. XXI; este concepto es omnicompreensivo y sugiere de manera crítica las paradojas inmersas en este escenario de vida.

⁵⁸ DEL PERCIO (2010) p. 103.

⁵⁹ BAUMAN (2011).

⁶⁰ *Ídem.*, p. 23.

Una nueva antropología se está construyendo atravesada por las tecnologías y el consumo, lo que representa para el orden legal un reto para su comprensión y regulación o desregulación, más allá de las instituciones tradicionales.

Proponer un derecho como virtualidad se constituye en una opción de sentido y significado frente a los derechos y garantías en la desterritorialización, el hiperEstado, el hipercuerpo y sin duda en la cibervida.

Todo el orden legal del s. XXI, en perspectiva virtual se enfrenta a los nuevos fenómenos de lo social y cultural. El operador judicial y el legislador enfrentan el reto de poder comprender e interpretar los pluriversos y las complejidades de la condición social del hombre de hoy.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAUDRILLARD, J. (1997): *El Otro por sí mismo* (Madrid, Cátedra) 87 p.
- BAUMAN, Z. (2010): *Tiempos líquidos* (Barcelona, Tusquets Editores, S.A) 169 p.
- ____ (2011): *Vida de Consumo* (México, Fondo de Cultura Económica) 205 p.
- BOBBIO, N. (1987): *Teoría general del Derecho* (Bogotá, Temis) 269 p.
- BRENNAN, Ramón G. (2010): "Bicentenario de la Revolución de Mayo", *Las Técnicas Biométricas, La Vigilancia y los Derechos Humanos* (Buenos Aires, El Faro Imprenta) pp. 23– 43.
- CÁRCOVA, C. M. (2009): *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas* (Buenos Aires, AbeledoPerrot) 267 p.
- CARRASCO, S. (2007): "¿Se puede cometer un delito de robo en un mundo virtual?", *Derecho y Nuevas Tecnologías*, (13 de diciembre de 2007) disponible en <<http://www.derechonntt.com/?p=124>>, fecha consulta: 10 abril 2012.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1998): *La globalización del derecho* (Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia) 288 p.
- DEL PERCIO, E. (2010): *La condición social* (Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones) 205 p.
- DRUCKER, P. (2000): *La sociedad poscapitalista* (Bogotá, Norma) 224 p.
- FOUCAULT, M. (1996): *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona, Gedisa) 174 p.

GALGANO, F. (2005): *La globalización en el espejo del derecho* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni) 243 p.

HÁBERLE, P. (2009): *Sociedad Abierta de los intérpretes constitucionales. Una Contribución para la interpretación pluralista y "procesal" de la Constitución* (Buenos Aires, Documento PDF) 23 p.

IBÁÑEZ, J. (1994): *El regreso del Sujeto* (Madrid, Siglo veintiuno editores) 193 p.

LÉVY, Pierr. (1999): *¿Qué es lo virtual?* (Barcelona, Paidós) 141 p.

_____ (2004): *Inteligencia colectiva: por una antropología del ciberespacio* (Traducc. Felino MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Washington D.C., Organización Panamericana de la Salud) 142 p. Disponible en <<http://inteligenciacolectiva.bvsalud.org/public/documents/pdf/es/inteligenciaColectiva.pdf>>, fecha consulta: 10 abril 2012.

_____ (2007): *Cibercultura. La cultura de la sociedad digital* (Barcelona, Anthropos) 230 p.

LIPOVETSKY, G. (2006): *La era del vacío* (Barcelona, Anagrama) 220 p.

_____ (2008): *La sociedad de la decepción* (Barcelona, Anagrama) 127 p.

LYOTARD, J. F. (1995): *La posmodernidad (explicada a los niños)* (Barcelona, Gedisa) 123 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley "Lleras" (Colombia), Ley n° 1520, 13 abril 2012, Por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del acuerdo de promoción comercial, suscrito entre Colombia y los EE.UU. y su protocolo modificadorio, en el marco de la política de comercio exterior e integración económica. Disponible en <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley152013042012.pdf>>, fecha consulta: 15 abril 2012.

Ley "Sinde" (España) relativa a la regulación y protección de los derechos de autor, Ley 2/2011, *Boletín Oficial del Estado*, 5 marzo 2011.

Stop Online Privacy Act (SOPA) (EE.UU.), 26 de octubre de 2011, disponible en <<http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112%20HR%203261.pdf>>, fecha consulta: 10 abril 2012.

CRÓNICAS

LAS LEYES PENALES EN BLANCO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005 - 2011)*

Criminal law in blank in the jurisprudence of the Constitutional Court (2005 - 2011)

ÁLVARO ROBERTO DELGADO LARA**

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto determinar cuáles son los criterios seguidos por el Tribunal Constitucional chileno para declarar que una ley penal en blanco es inconstitucional, por contrariar el principio de legalidad o tipicidad de las leyes penales, recepcionado por nuestra Constitución en su artículo 19 n° 3 y, junto con ello, exponer las cualidades que deben poseer tales preceptos legales, a juicio de dicho Tribunal, para que aprueben el examen *posteriori* de constitucionalidad. Para efectuar esta labor se estudian los fallos sobre recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la materia,

* Es pertinente señalar que solamente se analiza jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la Reforma constitucional del 2005 (Ley N° 20.050, *Diario Oficial*, 26 junio) que le concedió la atribución de conocer y resolver los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y por ello no me referiré a los criterios seguidos por la Excma. Corte Suprema de Justicia de Chile, mientras tenía tal atribución, ni efectuaré comparaciones entre una u otra magistratura, pues se entiende que obedecían a parámetros distintos a los del Tribunal Constitucional que no vienen al caso mencionar. Asimismo, también es oportuno advertir que, aun cuando se estudiaron la casi totalidad de los fallos sobre la materia, sólo serán debidamente citados algunos de ellos, los que a juicio del suscrito permitan obtener más notoriamente cuál es la tendencia que tiene el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco.

** Abogado, Candidato a Magister en Derecho, mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Asesor Jurídico y Profesor de Carabineros. <alvaro.delgado17@gmail.com>.

Artículo recibido el 8 de enero y aprobado el 2 de mayo de 2012.

y aquella interpretación que dice que la Constitución tolerará la existencia de ciertas leyes penales en blanco, interpretación fundada en la decisión del constituyente original de no incluir el término *completamente* en el citado artículo, dejando en su defecto sólo las palabras *descrita expresamente*, como fue finalmente aprobado y es el texto subsistente hasta la actualidad.¹

PALABRAS CLAVE: ley penal en blanco – recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad – principio de legalidad o tipicidad - jurisprudencia constitucional

ABSTRACT: This paper aims to identify the criteria used by the Chilean Constitutional Court to declare criminal laws in blank unconstitutional, for going against the principle of legality -article 19 n° 3, Chilean Constitution- and, with it, to display the qualities that must possess such legal provisions, in opinion of that Court, to pass the post test of constitutionality. To make this work are studied the judgments in actions of inapplicability due to unconstitutionality on the subject, and that interpretation that the Constitution tolerates the existence of certain criminal laws in blank, interpretation based on the original constituent decision not to include the word *fully* in that article, failing leaving only the words *expressly described* as it was finally approved and text to present subsisting.

KEY WORDS: Criminal law in blank - actions of inapplicability due to unconstitutionality - Principle of legality or criminality - Constitutional Court

INTRODUCCIÓN

Desde la reforma constitucional del 2005, nuestro Tribunal Constitucional, en la rutina de su nueva atribución, resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución (art. 93 n° 6), ha desarrollado nutridos criterios sobre cuándo ciertas figuras penales vulnerarían el principio de legalidad penal, también conocido como de tipicidad, y que está consagrado en el inciso final del artículo 19 n° 3, a saber: "*La Constitución asegura a todas las personas: 3° (...) Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta esté expresamente descrita en ella (...)*".

¹ En este sentido se puede ver a EVANS DE LA CUADRA (1986) pp. 33 - 35.

Es así que, y en palabras del mismo tribunal, el mencionado principio establece, por una parte, un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona.² De modo, que la aplicación del principio de tipicidad implica que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, pues de lo contrario estaría incurriendo en la creación de preceptos penales imprecisos, doctrinariamente denominados como las leyes penales en blanco, las cuales, como bien ETCHEBERRY³ señala, citando a BINDING, “*son aquellas leyes incompletas, que se limitan a fijar una determinada sanción, dejando a otra norma jurídica la misión de completarla con la determinación del precepto, o sea, la descripción específica de la conducta punible*”, o como igualmente expone el profesor GARRIDO⁴, citando una definición del jurista español LUZÓN PEÑA, “*ley en blanco es aquella en que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido de otra norma extrapeenal a la que se remite*”, es decir serían aquellas leyes del ámbito penal que no describen plenamente la conducta punible, siendo socorridas en la descripción de la conducta por otras normas. Sin embargo, tal como enseguida se expondrá, el Tribunal Constitucional ha resuelto que no todas las leyes penales en blanco lesionan el mencionado principio de tipicidad, sino que por el contrario éstas son posibles en nuestro ordenamiento jurídico, pero aquello dependerá tanto de los caracteres de la norma incompleta como de la naturaleza jurídica y calidad de la norma complementaria.

I. LAS LEYES PENALES EN BLANCO INFRACTORAS DE LA CONSTITUCIÓN

Para determinar cuáles serían aquellas leyes penales en blanco que no se ajustan a la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional ha diferenciado tres categorías de leyes penales en blanco, distinguiéndolas unas de otras de acuerdo de la naturaleza jurídica y el rango jerárquico de la norma complementaria, en: leyes penales en blanco *impropias* cuando a la norma que se hace referencia es de rango legal; en *propias* cuando está perfeccionada por disposiciones infralegales como reglamentos, ordenanzas o cualquier otra fuente emanada de alguna autoridad administrativa; y una tercera categoría conocidas como *leyes penales abiertas*, que no tiene norma complementaria alguna, ni siquiera

² Tribunal Constitucional. Rol n° 1432 (2010).

³ ETCHEBERRY (2001) p. 83.

⁴ GARRIDO (2003) p. 90.

preceptos infralegales, sino que la determinación o complementación queda entregada al mismo juez del fondo.⁵

Ahora bien, para esta judicatura el problema de inconstitucionalidad se presentaría sólo en las leyes penales en blanco propias y en las abiertas, ya que en las leyes en blanco impropias al tener como norma complementaria a otra de rango legal se satisface la exigencia constitucional (*ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta esté expresamente descrita en ella*), y respecto a las leyes penales abiertas, en esta oportunidad, tampoco merecen mayor análisis (aun cuando me referiré a ellas en las conclusiones como resultado de la presente investigación), pues existe cierto consenso que éstas *per se* son derechamente inconstitucionales, dado que la descripción de la conducta penalmente reprochable ni siquiera existe en la norma infralegal, toda vez que será el juez quien la determine o pormenore la conducta típica.⁶ Por ello, sólo es pertinente analizar cuándo, a criterio del Tribunal Constitucional, las leyes penales en blanco propias contravienen el texto constitucional.

II. REQUISITOS EXIGIDOS A LAS LEYES PENALES EN BLANCO

Como se enunció, el Tribunal Constitucional ha tolerado la existencia de ciertas leyes penales en blanco propias, las cuales a pesar de no tener debidamente descrita la conducta prohibida o exigida en el texto legal, sino que por defecto se remite a una disposición de rango inferior, no infringirían el principio de tipicidad, pero siempre y cuando se den ciertas cualidades tanto en la norma legal como en la norma administrativa auxiliar.

Es así que, de acuerdo a lo que ha acontecido en el conocimiento de esta materia, para que una ley penal en blanco propia no sea objeto de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tendrá que poseer las siguientes cualidades: a) Que la norma legal cuente con el núcleo central de la conducta punible; b) Que en el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino; y c) Que el precepto infralegal complementario tenga cierta calidad que satisfaga la exigencia de constitucionalidad.

⁵ Esta clasificación de leyes penales en blanco propias, impropias y abiertas es bien célebre en la doctrina penal y constitucional, las cuales también suelen agregar una cuarta categoría conocida como *las leyes penales en blanco al revés*, que se caracterizan por describir la conducta, pero no establecen la pena asignada al delito, remitiéndose a otra norma infra legal que sí señala la pena. Para todo se puede ver: ETCHEBERRY (2001), GARRIDO (2003), POLITOFF *et al.* (2004), VIVANCO (2006), entre otros.

⁶ Tribunal Constitucional. *Rol n° 1011* (2008).

1. *El núcleo central*

La primera exigencia que se vislumbra en la jurisprudencia constitucional analizada, para no declarar inconstitucional una ley penal en blanco, consiste en que el texto legal contenga un núcleo central de la conducta punible, y el que, además, debe estar suficientemente caracterizado en la misma ley, tal como se puede observar en el siguiente extracto de un fallo del Tribunal Constitucional, al señalar que: *“en definitiva, lo que la Constitución exige es que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley (STC rol N° 24, C. 4°); que la ley establezca la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible, es decir, que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentre establecida (STC rol N° 1432, C. 30°; rol N° 1443, C. 27°)”*.⁷ Consiguientemente, se desglosa que la exigencia constitucional se asienta en que la norma legal debe contener por sí misma la descripción esencia del hecho prohibido o exigido, entendiendo, por tanto, que aquello que no sería transferible a la precepto complementario es el “verbo rector” de la figura penal, pues este último es aquel elemento del tipo penal que contiene la definición del acto u omisión reprochado⁸, dando como resultado que solamente será constitucionalmente aceptable que el mandato legal abandone a la disposición complementaria aspectos meramente accidentales, como la misión de pormenorizar los conceptos contemplados en la ley⁹ o la de precisar las condiciones en que la conducta punible ocurrirá¹⁰, pero nunca podrá entrar a definir lo prohibido mismo.¹¹

2. *Remisión expresa a la norma de destino*

Asimismo, debido a que las leyes penales en blanco propias no están complementadas por otras normas de carácter legal, como solamente sí ocurre con las impropias, el Tribunal Constitucional ha señalado que para que el precepto legal sea considerado acorde a la exigencia constitucional, este debe efectuar una remisión expresa a la norma de destino o complementaria, tal como se puede apreciar de la siguiente transcripción tomada del considerando cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional rol n° 1011 (2008), que

⁷ Tomado del punto 6° de la parte Resolutiva de la Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n° 1441 (2010), pronunciada ante requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ciertos Artículos del Código Tributario por tratarse de supuestas leyes penales en blanco, pero se resolvió en definitiva desestimar el requerimiento por estimar que tales figuras penales son constitucionales al tener la suficiente descripción de la conducta prohibida y no requerir de normas complementarias.

⁸ POLITOFF *et al.* (2004) p. 188.

⁹ *Ídem.*, p. 97.

¹⁰ VIVANCO (2006) p. 324.

¹¹ BUSTOS y HORMAZÁBAL (1997) p. 92.

dispone: *“esta Magistratura ha sentenciado que al establecer la reserva legal de la descripción de la conducta punible en el octavo inciso del numeral 3º del artículo 19, con la fórmula ‘expresamente’, la Constitución ha garantizado el principio jurídico fundamental ‘no hay delito ni pena sin ley’, pero, asimismo, ha tolerado la existencia de las denominadas leyes en blanco impropias o de reenvío, esto es, aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona (...)”*. Ahora bien, dado que los fallos estudiados no expresan claramente los fundamentos del porqué de este requisito, al parecer tendría relación u obedecería a la idea planteada por parte de la doctrina penal que sostiene que al existir una remisión al precepto complementario, el contenido de este último se estaría incorporando al precepto legal, y por tanto se integraría a su estructura y adquiriría el mismo rango y calidad¹², pero ¿Con esa remisión la norma administrativa se transformaría en ley? ¿Eso sería constitucionalmente aceptable?

3. *Que la norma complementaria tenga cierta claridad*

Al igual que los puntos anteriores, también se desprende de los fallos estudiados un tercer requisito, pues el Tribunal Constitucional ha resuelto que la norma infra legal complementaria debe tener cierta calidad que permita satisfacer los requisitos de tolerancia constitucional, es decir que permita complementar adecuadamente la conducta exigida, y en caso contrario la ley penal no sólo será en blanco sino que además una ley penal abierta, tal como se puede ver en lo acontecido en la sentencia de la causa rol nº 781 (2007), sobre requerimiento de inaplicabilidad inconstitucionalidad del delito de incumplimiento de deberes militares, figura penal contemplada en el nº 3 del art. 299 del Código de Justicia Militar, interpuesto por un Oficial de Carabineros de Chile, quien estaba siendo procesado por dicho delito por la justicia militar, y en la que el Tribunal Constitucional determinó que debido a que el reglamento de disciplina existente para esa institución, es decir la norma infralegal complementaria, no se hace cargo de calificar qué infracciones serían incumplimiento o falta a los deberes militares, no se satisfacía la exigencia constitucional de complementar debidamente la figura penal, quedando por consecuencia determinar al juez del fondo la definición del ilícito, y por ello, para ese caso, se estaba más en frente a una ley penal en blanco abierta que a una ley penal en blanco propia y, por corolario, una norma inconstitucional.

¹² VIVANCO (2006) p. 324, citando, a su vez, al Profesor CURY.

Cabe añadir, que para parte de la doctrina¹³ la calidad del precepto complementario también estaría dado por la publicidad que se ha hecho de este, pues para que la norma complementaria de la ley penal en blanco esté acorde con el mandato constitucional, igualmente debería recibir una publicidad semejante a la de una ley. Sin embargo, se ha podido observar que la jurisprudencia constitucional permitiría desatender esta exigencia doctrinaria, cuando los destinatarios del mandato Infra-legal se trate de un grupo específico de personas, quienes por la propia especialidad de sus funciones o las cualidades personales que reúnan, no debería estimarse otra cosa que conocen la norma complementaria. Con motivo de esto último, para una mejor ilustración, se transcribe el extracto de otro fallo sobre la materia, a saber: *"OCTAVO.- (...) Por otra parte, la remisión para describir la conducta punible se encuentra establecida en el propio cuerpo legal Código de Justicia Militar, al disponer el inciso primero de su artículo 431: "El Presidente de la República dictará encada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar." Fundado en esta norma, se encuentra vigente el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, N° 1445, de fecha 14 de diciembre de 1951, con modificaciones, cuyo Capítulo I, integrado por 28 artículos, se denomina 'De los Deberes Militares'. Con todo, esta remisión legal al Reglamento se cuestiona tanto por el rango de esta norma como por la debilidad de cognoscibilidad o de conocimiento claro acerca de la conducta punible, tomando en cuenta que no consta la publicación en el Diario Oficial del mencionado Decreto Supremo 1.445, seguida a su dictación.*

NOVENO.- Que, sin perjuicio las observaciones expuestas y siguiendo el grueso de lo razonado precedentemente, puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del "núcleo central" de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los "deberes militares" no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de 'disciplinadas' que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas".¹⁴

¹³ *Ídem.*, p. 325.

¹⁴ Tribunal Constitucional, rol n° 468 (2006), considerandos 8° y 9°, que resolvió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, también relativa al delito de incumplimiento de deberes militares, contemplado en el art. 299 n° 3 del Código de

CONCLUSIONES

Sucintamente, se puede advertir que de la jurisprudencia estudiada, el objeto de análisis del Tribunal Constitucional, ante un Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una presunta ley penal en blanco, será determinar si el precepto legal contiene la suficiente descripción o definición de la conducta penada, ya que en caso negativo, será declarado inconstitucional; pero aún así, no será declarado que transgrede el mandato constitucional si tal precepto legal, a lo menos, describe el núcleo central de la conducta punible, pues en ese sentido podrá ser complementado por la integración de otras normas, aun que sean disposiciones Infra-legales. Y en este último caso, es decir ante una ley penal en blanco propia, necesariamente deberá existir en el texto legal una remisión expresa a la norma Infra-legal objeto de remisión, disposición auxiliar que, por lo demás, deberá poseer un contenido que precise o pormenore, y con la debida publicidad, a fin de que se entienda como un complemento coherente de la norma legal, ya que de lo contrario, se declarará que se trata de una ley penal en blanco, pero de aquella subcategoría denominada como *ley penal en blanco abierta*, y por ende debería ser declarada inconstitucional.

Sin perjuicio de lo anterior y como consecuencia de lo mismo, se entiende como una segunda conclusión que, según el criterio del Tribunal Constitucional, las leyes penales en blanco impropias y propias serían siempre constitucionales, pues en caso que falte el complemento legal, para las impropias, o falte alguno de los elementos mencionados precedentemente, para el caso de las propias, ya no serán leyes penal en blanco, sino que, por defecto, serán leyes penales abiertas, las que sí siempre son inconstitucionales, pues no se ajustan por ningún lado la garantía constitucional contemplada en el art. 19 n° 3.

Por otro lado, me atrevo a decir que no se comparte aquella interpretación jurisprudencial y doctrinal que da por cierto que nuestra Constitución Política toleraría la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando cumplan con los requisitos precedentemente enunciados, ya que sostengo que tales leyes están derechamente vedadas por la Carta Fundamental, pues a pesar de que el constituyente original extrajo la expresión *completamente* del proyecto constitucional que fue enviado por la Comisión Redactora, no necesariamente significa que esa fue la intención del constituyente (permitir las leyes penales en blanco propias), sino que es sólo una interpretación que se ha dado, tan válida como aquella que diga lo contrario, toda vez que no existe antecedente alguno del verdadero motivo por el cual no

Justicia Militar, pero declarando que para ese caso en particular el precepto impugnado es constitucional al tener todos los requisitos que se han enunciado precedentemente.

se incorporó tal concepto en el texto definitivo del art. 19 n° 3. Es así que, sin querer entrar a confeccionar un tratado sobre el tema, pero sí esbozando algunas ideas, se puede señalar que la interpretación que he criticado se estima que se aleja de aspectos formales y de fondo de la supremacía constitucional, tal como que el mandato constitucional aún sigue ordenando que quien debe describir la conducta penada debe ser la ley, y no otra norma, ahí verá el legislador cuan detallada será la descripción que deba hacer para la acertada inteligencia de la conducta exigida o prohibida; además, no existe pasaje ni disposición alguna en la Constitución Política que permita al legislador delegar o remitirse a otros órganos la facultad de describir o, en su defecto, complementar la descripción de las conductas punibles, de modo que en virtud de un principio general de derecho debería ser nulo todo aquel acto realizado por órganos sin la respectiva competencia y previamente investido de ella. Para mayor abundamiento, el principio de legalidad o tipicidad penal es una garantía constitucional, la que a su vez está resguardada por la garantía contemplada en el numeral 26 del art. 19, es decir el principio de legalidad o tipicidad penal como derecho fundamental que es sólo puede ser afectado o regulado por una ley. Así se podría seguir buscando, sin necesidad de escarbar mucho, otras falencias como ¿qué pasa con el principio de seguridad jurídica?, pues la determinación de conductas punibles requieren de una extremada certeza, ya que ellas atentan contra los derechos más esenciales de la persona humana como su libertad y dignidad, los que a su vez son límites a la soberanía del Estado. Pero esa respuesta y el desarrollo de las anteriores, tal como se dijo, deberían ser materia de otra obra, pues exceden con creces el objeto de esta investigación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán (1997): *Lecciones de Derecho Penal* (Madrid, Editorial Trota) 260 p.
- ETCHEBERRY, Alfredo (2001): *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica) vol. I.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica) 566 p.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica) vol. I.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica) 613 p.

VIVANCO, Ángela (2006): II. *Curso de Derecho Constitucional, Aspectos dogmáticos de la carta fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 555 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código de Justicia Militar, *Diario Oficial*, 19 de diciembre de 1944.

Decreto Supremo N°100 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado Constitución Política de la República. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2005.

Ley N° 20.050, sobre Reforma Constitucional. *Diario Oficial*, 26 de junio de 2005.

Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. *Diario Oficial*, 18 de mayo de 1981.

JURISPRUDENCIA CITADA

Requerimiento formulado, en virtud del artículo 82 N° 2 de la Constitución, Junta de Gobierno (1984): Tribunal Constitucional, 4 de Diciembre del 1984, rol n° 24. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/585>>, fecha consulta: 20 marzo 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Pineda, Luis Enrique (2006): Tribunal Constitucional, 9 de noviembre de 2006, rol n° 468. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/156>>, fecha consulta: 4 marzo 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Silva Martínez, Pablo (2007): Tribunal Constitucional, 27 de Septiembre de 2007, rol n° 781. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/23>>, fecha consulta: 20 marzo 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Vargas Díaz, Antonio Hernán (2008): Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 2008, rol n° 1011. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/999>>, fecha consulta: 20 marzo 2011.

Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Vargas Sáez, Jacqueline del Carmen (2009): Tribunal Constitucional, 4 de noviembre de 2010, rol n°1441. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1613>>, fecha consulta: 20 abril 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Mazuela Montenegro, Leonardo (2009): Tribunal Constitucional, 5 de agosto de 2010, rol n° 1432. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1480>>, fecha consulta: 4 marzo 2011.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Aguas Andinas, respecto del artículo 25 de la Ley 19.300, en rol N° 6312 – 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago (2009): Tribunal Constitucional, 23 de julio de 2009, rol n° 1433. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=1433-09>>, fecha consulta: 4 marzo 2011.

BREVE COMENTARIO SOBRE OBLIGACIONES DETERMINADAS O DE RESULTADO Y OBLIGACIONES GENERALES DE PRUDENCIA Y DILIGENCIA O DE MEDIOS EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA FRANCESAS

BRIEF COMMENT ON CERTAIN OR RESULT OBLIGATIONS AND GENERAL OBLIGATIONS OF PRUDENCE AND DILIGENCE OR OBLIGATIONS OF MEANS IN THE FRENCHES DOCTRINE AND LEGISLATION

MARCELA VALERIA ARROYO MATTEUCCI*

RESUMEN: El objetivo de esta crónica es analizar en base a la legislación y opinión de los autores exclusivamente en su idioma francés original, una clasificación de las obligaciones de origen doctrinario, la única que el redactor del Código Civil Chileno, don Andrés Bello, no transfirió desde la principal fuente de nuestra codificación civil, el Derecho Civil Francés y su Código Napoleónico. En las primeras, la obligación está estrictamente determinada: el deudor es obligado

* Abogado Mg. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Postulada en Asesoría Jurídica de la Empresa y Magíster en Derecho de Empresa, Universidad del Desarrollo. Asesor Externo de la Honorable Cámara de Diputados de Chile. <marcelaarroyomatteucci.abogado@gmail.com>.

Artículo recibido el 4 de abril y aprobado el 15 de abril de 2012.

a un resultado preciso, como el transportista que debe hacer llegar la carga a destino; en las segundas, el deudor no está obligado sino a emplear los mejores medios posibles, actuar con el máximo de prudencia y diligencia para obtener el resultado pero sin garantizarlo, como el médico que hace todo lo posible para sanar a su paciente. Una clasificación que de tener consagración expresa vendría en solucionar explícita e incuestionablemente numerosas controversias jurídicas de plena actualidad.

PALABRAS CLAVE: clasificación de las obligaciones – doctrina y legislación francesas – Código Civil francés – obligaciones determinadas o de resultado – obligaciones generales de prudencia y diligencia o de medios

ABSTRACT: The aim of this chronicle is to analyze on the basis of the legislation and opinion of the authors exclusively in his French original language, a classification of the obligations, the only one that the editor of the Chilean Civil Code, Andrés Bello, not transferred from the principal source of our civil codification, the French Civil Law and its Napoleonic Code. In the first ones the obligation is strictly certain: the debtor is obliged to a precise result, as the transporter who must make come the load to destination; in the second ones, the debtor is not forced but to using the best possible means, acting with the maximum of prudence and diligence to obtain the result but without guaranteeing it, as the doctor who does everything possible to cure his patient. A classification, that having express consecration would come in solving explicit and unquestionably numerous juridical controversies of full current importance.

KEY WORDS: classification of the obligations - Frenches doctrine and legislation - French Civil Code - certain or result obligations - general obligations of prudence and diligence or obligations of means

I. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN

Interesa para saber cuándo la obligación se entenderá cumplida. Cuando la obligación es de resultado, el deudor es responsable desde que dicho resultado no es alcanzado, porque hay incumplimiento de su obligación, situación de la cual sólo podrá escapar probando la existencia de fuerza mayor o caso fortuito. En cambio, si la obligación es de medios, el deudor será responsable sólo cuando no actuó con la diligencia que se requería, y ello deberá ser probado por el acreedor. Por ello se dice que mientras en la obligación determinada

la culpa del deudor se presume en caso de incumplimiento, en la obligación general de prudencia y diligencia ella debe ser probada.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Demogue, en su *Tratado de las Obligaciones* (1925), formula esta clasificación, distinguiendo entre *obligaciones de medio* y *obligaciones de resultado*, idea que ya había sido concebida en el Derecho Romano, y desarrollada posteriormente por numerosos autores.

Derecho Romano

En materia contractual, esta clasificación se encuentra claramente establecida. Existen contratos peligrosos para los acreedores, y son aquellos en que una parte remitió un cuerpo cierto a otra, con cargo ésta última a restituirlo, quedando el deudor obligado a un acto determinado, cual es esa restitución. Si no cumple su obligación, su responsabilidad nace por ese sólo hecho, a menos que pruebe que el incumplimiento se debió a causa ajena a su voluntad.

En otras convenciones los juriconsultos señalan que la obligación del deudor no estaba tan exactamente determinada, no había prometido un hecho preciso pero sí un “esfuerzo constante y sincero” para dar cumplimiento a su obligación, además de actuar de buena fe y abstenerse de todo dolo. Por lo tanto, para que el deudor sea condenado debe examinarse su conducta y probarse su falta de diligencia.

Derecho Antiguo

En este período los autores abandonan la idea de protección, contentándose con el análisis de la intención de las partes, lo que les revela que el deudor a veces se obligó estrictamente a una cosa y, por lo tanto, no será necesario apreciar su conducta; mientras que en otras se obligó a ejecutarla sin negligencia ni imprudencia, y habrá que examinar su comportamiento, si actuó o no con culpa.

Domat resume esta teoría diciendo que cuando no hay ni dolo ni mala fe en el hecho que causó el perjuicio, hay que considerar aún si hubo negligencia o culpa, o nada puede ser imputado al obligado. Así, si alguien toma un caballo y lo lleva a un lugar pedregoso y en noche oscura, y éste se accidenta, o si por su falta de cuidado se desbarranca, se le podrá imputar culpa. Pero si le fuera robado a pleno día en el camino, es el dueño el que sufrirá la pérdida, ya que nos encontramos aquí ante un caso fortuito. Pero aunque no haya culpa alguna de parte de a quien se está demandando una indemnización, ello no es

suficiente para liberarlo, porque a veces se debe indemnización de perjuicios sin que haya culpa alguna, por el sólo hecho de existir la obligación, y es el caso del que vende una cosa que creía le pertenecía.

Código Civil Francés

En el artículo 1137¹ se contempla la obligación de conservación del cuerpo cierto, que el Derecho Antiguo consideraba como una obligación de prudencia y diligencia, además de sostener que el deudor debe actuar como un buen padre de familia. El artículo 1147² se refiere a las obligaciones determinadas, afirmándose que es suficiente constatar el incumplimiento por el deudor y que no hay una causa extraña que lo justifique, para establecer su responsabilidad.

Evolución Posterior

Glasson hace alusión a esta clasificación cuando opone a la *obligación de dar o de hacer* la *de precaución o de diligencia*. M. Georges Robin y M. Planiol se refieren también a ella. Saleilles habla de "*la culpa dejada a la apreciación del juez*" y "*la culpa definida por la ley*".

Pero es en Demogue en que esta clasificación se aprecia en plenitud, cuando nos habla de *obligaciones de medio* y *obligaciones de resultado*, en que por una parte tenemos un deudor obligado a un acto determinado, y otro que sólo ha prometido conducirse con prudencia y diligencia en una orientación determinada. Desde la aparición del libro de Demogue (1925) problemas relativos a la responsabilidad, culpa y carga de la prueba encuentra solución gracias a esta clasificación. Y ciertamente también ha tenido detractores como Henri Capitant y Paul Esmein, pero parece ser que sus críticas atacan más bien la terminología usada por *Demogue* que la clasificación misma.

Más allá del Código Civil Francés, la codificación europea ha dado consagración legal a esta clasificación netamente doctrinaria cuando hace

¹ Art. 1137: "*L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. / Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent*".

² Art. 1147: "*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*".

responsable al deudor “de no haberse comportado con los cuidados que exigen las relaciones leales o una relación jurídica determinada”.³

Cabe destacar que si bien fueron los romanos y los juristas del Derecho Antiguo quienes primero la concibieron, sólo la aplicaron al ámbito contractual, extendiéndose sólo con posterioridad al extracontractual, convirtiéndose en una clasificación general aplicable a ambos campos.

En materia contractual se ha verificado un aumento del número de obligaciones determinadas en desmedro de las de prudencia y diligencia, perdiendo los jueces con ello su poder de apreciación y análisis de la conducta del deudor y de la culpa, como consecuencia de la necesidad de conocer las consecuencias jurídicas de los actos, lo permitido y lo prohibido. De allí que los romanos quisieron asegurar una protección eficaz para ciertas personas mediante el reforzamiento de la responsabilidad.

En materia extracontractual, la Costumbre, la Ley y la Jurisprudencia cooperan en esta tendencia, ya sea por la creación de usos que trazan reglas de conducta cada vez más precisas, la dictación de códigos como el *Código de la Ruta*, y la creación de la *obligación de guarda*, respectivamente.

En materia contractual, la Jurisprudencia, por una necesidad de proteger al acreedor, determina el contenido de los contratos fundándose en la intención presunta de las partes, y para ello aumenta los casos en que el deudor es obligado a una prestación determinada. Ha creado en ciertos contratos una obligación determinada de seguridad que afecta a una de las partes.

III. ANÁLISIS DE LA CLASIFICACIÓN

Para estos efectos hay que partir de dos principios fundamentales: 1. El de la fuerza obligatoria de la ley y del contrato; 2. El de que nadie está obligado a más de lo que establece la ley y el contrato.

1. *Obligación Preexistente*

Las disposiciones legales como las contractuales son obligatorias, y las obligaciones que ellas establecen deben ser ejecutadas. Cuando hay un contrato, la obligación es creada por él, y la responsabilidad nace de la inejecución de ella. Hay dos etapas: una en que la obligación existe, la otra en que se

³ Art. 240 del Código Polaco de las Obligaciones.

produce el incumplimiento. Por lo tanto, la responsabilidad contractual nace de la violación de una obligación preexistente.

Pero el problema se presenta con las obligaciones extracontractuales, en que la ley impone una obligación que al ser incumplida va a traer la responsabilidad para el deudor, obligación preexistente impuesta por la ley. No va a haber nunca responsabilidad si no hay obligación preexistente, lo que fue demostrado por Planiol. Sin embargo, Josserand no está de acuerdo y sostiene que esta obligación preexistente solamente es posible en materia contractual, ya que la responsabilidad extracontractual nace con el acto, y esta responsabilidad es una obligación, no nace de la violación de una obligación como en materia contractual.

Pero este punto de vista es discutible ya que antes del actuar ninguna obligación existiría, y una vez cometido el acto nacería la obligación de reparar el daño causado, la cual es siempre determinada y consiste en la indemnización de perjuicios o la reparación propiamente tal.

Se ha sostenido que en campo extracontractual existe esta obligación preexistente, que consistiría en no causar un daño a otro por nuestra culpa, y cuyo incumplimiento generaría responsabilidad. Se podría responder que ésta no es una obligación verdadera puesto que ella pesaría sobre todos y beneficiaría a todos, y sólo la comisión de su infracción determinaría quién es el acreedor y quién el deudor. Pero una obligación puede existir entre personas de número indeterminado, ello no es contrario a su naturaleza. La obligación preexistente en materia extracontractual es un deber general que consiste en no causar daño a otro, porque si no fuera así, no se justificaría la condenación del autor, ya que por no haber actuado como debía es que es responsable.

En cuanto a las obligaciones stricto sensu y las cuasicontractuales, la obligación preexistente no presenta dudas debido a que tanto el deudor como el acreedor están plenamente determinados.

2. *Análisis del Contenido de la Obligación*

La segunda premisa es que nadie está obligado a ejecutar otra prestación que la que la ley o el contrato impone. De allí la importancia de analizar el contenido de la obligación y de diferenciarlo de otro problema que se presenta, que es el de la responsabilidad. Por lo tanto, lo primero a saber es el contenido de la obligación; por ejemplo, el artículo 1137 del *Código Civil Francés*, en cuanto a la restitución de la cosa por parte del deudor, en el caso que ésta perezca. Habrá que saber si estaba obligado a conservarla, a cuidarla, y en qué medida. Si las partes no han precisado esto en el contrato, se aplica

en artículo 1137, el deudor debe velar sobre la cosa como un buen padre de familia. Luego de establecido esto, se debe entrar al análisis de la responsabilidad, y responderá de la culpa leve.

En las obligaciones determinadas, la precisión del contenido de éstas soluciona en gran parte el problema de la determinación de la responsabilidad, ya que basta constatar el daño causado para afirmar su existencia, salvo la situación del caso fortuito. Esto no es tan sencillo en las obligaciones de prudencia y diligencia, porque una vez determinado el contenido de la obligación hay que probar que el deudor incumplió ésta, y es necesario analizar su conducta para llegar a esta conclusión.

3. Principio y Criterio de la Clasificación

Tanto en materia contractual como extracontractual hay una obligación preexistente de la cual hay que precisar su contenido, para luego abordar el problema de la responsabilidad.

Así, en las obligaciones determinadas, tanto la ley como el contrato obligan al deudor a un acto positivo o negativo preciso; mientras que en la obligación general de prudencia, la ley y el contrato sólo lo obligan a conducirse en una dirección dada, imprimiendo a su actuar toda la prudencia y diligencia posible, pero no está obligado a alcanzar el resultado al cual están dirigidos sus esfuerzos, sólo a proceder con prudencia y diligencia en ese intento.

Para ello, en las obligaciones contractuales hay que buscar cuál es la voluntad de las partes; y en las obligaciones legales, precisar la voluntad del legislador, cuál es en la especie la obligación que el contrato y la ley quisieron crear. Pero en esta búsqueda hay tres problemas susceptibles de presentarse:

1) Que un mismo deudor en ciertos casos puede estar obligado al mismo tiempo a una prestación determinada y a una obligación general de prudencia y diligencia, ya que una relación jurídica puede contener varias obligaciones.

2) Como la obligación contractual está determinada por la voluntad de las partes, puede suceder que después de creada una obligación determinada, las partes la transformen en una obligación general de prudencia y diligencia; o vice-versa, reforzar una obligación de este tipo convirtiéndola en una obligación determinada.

3) La obligación de prudencia y diligencia puede no ser una sola, puede tener contenidos variados, en relación al grado de diligencia prometido.

Superando estos problemas, en materia contractual, será el contrato objeto de los primeros análisis, o las disposiciones legales supletorias a falta de estipulación expresa de las partes. En materia extracontractual habrá que consultar en principio el texto que crea la obligación, y si es necesario se recurrirá a la ayuda de la Jurisprudencia que ha interpretado estos textos. En ambos campos se ha verificado una evolución que ha llevado al aumento de las obligaciones determinadas en reemplazo de las de prudencia y diligencia.

Pero aún se puede recurrir en esta materia a la interpretación contenida en artículos como el 1162⁴, en que en la duda hay que interpretar la disposición a favor del obligado, o sea, como simple obligación general de prudencia y diligencia. Además, está el artículo 1157⁵ que dispone que cuando una cláusula pueda interpretarse en dos sentidos, se preferirá aquél en que tiene algún efecto, y como el objeto de la obligación debe ser posible, si era imposible para el deudor cumplir la obligación considerada como determinada, debe entenderse ésta como de prudencia y diligencia; confirmado esto en el campo legal con la premisa que el legislador no pudo crear obligaciones cuya ejecución fuere imposible.

4. Obligación de Seguridad

Esta es una situación especial que es menester analizar, y lo importante es determinar la naturaleza de esta obligación en los contratos en que es admitida. En ella el deudor pudo haberse obligado a hacer sólo lo que su prudencia y diligencia le permitían, pero también, puede haber estado obligado a una prestación determinada, y en este caso, incluso de contenidos diversos. Esta es la situación del contrato de transporte, en el que el transportista es el deudor. Los tribunales han concluido que se trata de una obligación determinada de seguridad y ello está acorde con la tradición del Derecho Romano, en que la obligación determinada fue creada para reforzar, hacer más gravosa la situación del deudor en caso de incumplimiento.

Pero el problema es de qué obligación determinada se trata: 1. Si ella consiste en no causar accidente alguno al pasajero durante el transporte, con lo que la víctima sólo tendría que probar que fue herida por el hecho del transporte; 2. Si la obligación es de conducir al pasajero a destino sano

⁴ Art. 1162: "*Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation*".

⁵ Art. 1157: "*Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun*".

y salvo, y bastará el hecho del accidente durante el transporte para presumir que sobrevino debido a él.

La Jurisprudencia prefiere la segunda interpretación, que facilita la prueba a la víctima, pero implica que el transportista pueda excederse en las precauciones, lo que puede involucrar una cierta pérdida de la libertad de autodeterminación por parte del pasajero durante el transporte.

Pero esta obligación de seguridad existe también en materia extracontractual, y si la entendemos como extendiéndose tanto a los bienes como a las personas, en ella se resumirían todas las obligaciones extracontractuales. Hay que tener en cuenta el esfuerzo de los tribunales de transformar, en ciertos campos, la obligación general de prudencia y diligencia en obligación determinada, como sucede con la obligación determinada de guardia (respecto de animales y cosas inanimadas).

IV. UTILIDAD DE LA CLASIFICACIÓN

1. *Existencia de Culpa*

La necesidad de la culpa para establecer la responsabilidad por el incumplimiento es evidente en las obligaciones generales de prudencia y diligencia, y es el juez el que debe constatar la imprudencia, la negligencia, el error de conducta, en síntesis, la culpa del deudor, para lo cual será necesario proceder a un estudio de la conducta de éste. En las obligaciones determinadas ninguna de estas situaciones se da, ya que el mero incumplimiento genera responsabilidad y no sería importante buscar el motivo de ese incumplimiento, si hubo o no negligencia o imprudencia, salvo la constatación de la existencia de un caso fortuito que impidió el cumplimiento de la obligación. Es por ello que en materia contractual se dice que la culpa no es una condición de la responsabilidad.

Pero esta diferencia es aparente porque en ambos tipos de obligaciones la culpa debe presentarse; lo que pasa es que en la obligación determinada ella está ya probada por el solo hecho del incumplimiento, no ejecutar la prestación que ordena el contrato o la ley es cometer una infracción, hay culpa del deudor desde que incumple, siempre que no se deba a causa extraña a su voluntad. No es necesario buscar otra incorrección en su conducta para establecer su responsabilidad.

En la obligación general de prudencia y diligencia la violación de la obligación requiere probar la imprudencia y negligencia, y habrá incumplimiento sólo si el deudor no puede probar que puso en su actuar la diligencia requerida.

Así, *culpa del deudor* y *hecho del incumplimiento* deben ser consideradas como expresiones sinónimas.

Planiol define la culpa como faltar a una obligación preexistente, noción insuficiente ya que habría culpa cuando hay incumplimiento. Pero en las obligaciones generales de prudencia y diligencia es necesario establecer cómo hay que proceder para declarar que hay imprudencia y negligencia, y para ello hay que comparar la conducta del deudor con aquella de uno abstracto, la de un deudor prudente, previsor, perspicaz. La culpa se generaría entonces por un error de conducta que no habría cometido nunca un deudor prudente, ya que una persona así ejecuta las obligaciones que la ley y el contrato le imponen.

2. Carga Probatoria

En las obligaciones generales de prudencia y diligencia, la imprudencia y negligencia deben ser probadas por el acreedor (la víctima). En las obligaciones determinadas, el caso fortuito debe ser probado por el deudor (autor del perjuicio), que el incumplimiento no fue por hecho suyo.

3. Influencia de la Cosa Juzgada en materia Criminal

Tratándose de una obligación general de prudencia y diligencia, la absolución en materia penal impide una condenación en materia civil, ya que con ella queda demostrada la ausencia de imprudencia y negligencia, elemento básico para que haya incumplimiento y responsabilidad.

Tratándose de la obligación determinada incumplida, la Jurisprudencia ha determinado que la condenación en materia civil del deudor es posible aún cuando haya absolución, inculpabilidad en el ámbito penal, porque con ella sólo queda demostrada la ausencia de imprudencia y negligencia, pero el juez en lo civil no necesita analizar aquí la conducta del deudor, le basta con constatar el incumplimiento en los hechos que conlleva en sí mismo la responsabilidad.

V. ALCANCE DE LA CLASIFICACIÓN

Desde el punto de vista lógico, tiene un alcance absolutamente general, ella constituye una *suma divisio*, y ninguna obligación puede escapar a la alternativa de que el deudor debe un resultado o sólo su diligencia.

Pero en el aspecto práctico, no se trata sino de una subdivisión de las obligaciones de hacer, porque sólo en ellas el acreedor tiene derecho a un

resultado o no lo tiene. Al contrario, la obligación de dar y la de no hacer son siempre necesariamente obligaciones de resultado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEMOGUE, René (1925): *Traité des Obligations en générale*, Tomo V (1ª edición, Paris, Librairie Arthur Rousseau) 7 vols.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil Francés.

Código Polaco de las Obligaciones.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

INMUNIDAD DE ESTADO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA RECAÍDA EN EL CASO “INMUNIDAD JURISDICCIONAL DEL ESTADO”

*State immunity: Comment
to International Court of Justice
judgment in the Case ‘Jurisdictional
Immunities of the State’*

GABRIELA TERESITA MASTAGLIA*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad analizar y comentar la reciente sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en materia de inmunidad de jurisdicción de Estados, en el caso *Inmunidad Jurisdiccional del Estado* planteado por la República Federal de Alemania y la República de Italia. La sentencia aborda temas de gran actualidad en el derecho internacional tales como el alcance del principio de la soberanía de los Estados frente al sistema legal de los derechos humanos y el derecho humanitario. Asimismo la Corte en este caso trata nuevamente la temática de las normas de *ius cogens* y sus implicancias frente al derecho de inmunidad de jurisdicción de los Estados en procesos planteados ante tribunales nacionales.

* Profesora Protitular a cargo de la Cátedra de Derecho Internacional Público del Departamento de Derecho y de Profesora Adjunta a cargo de las Cátedras de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales del Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, ambos de la Facultad “Teresa de Ávila” de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Paraná. <gtmastaglia@yahoo.com.ar>.

Artículo recibido el 30 de abril y aprobado el 15 de mayo de 2012.

PALABRAS CLAVES: inmunidad de jurisdicción de Estados — Responsabilidad del Estado – derechos humanos – Derecho Humanitario – *jus cogens*

ABSTRACT: The present work has for purpose analyze and comment the recent judgment dictated by the International Court of Justice on jurisdictional immunity of States, in the case *Jurisdictional Immunity of the State* raised by the Federal Republic of Germany and the Republic of Italy. The judgment approaches topics of great current importance in the international law such as the scope of the principle of sovereignty of the States in the legal system of the human rights and the Humanitarian Law. Likewise the Court in this case analyze again the subject of the *jus cogens* norms and its implications in the right of immunity of jurisdiction of the States in processes raised in national courts.

KEY WORDS: jurisdictional immunities of the State – State Responsibility - human rights – Humanitarian Law - *jus cogens*

I. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN DE ESTADOS. PRINCIPALES CONCLUSIONES DEL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

En fecha 3 de febrero de 2012 la Corte Internacional de Justicia (la Corte) dicta sentencia en el caso *Inmunidad Jurisdiccional del Estado (Alemania v. Italia – Grecia interviniente)*. La Corte decidió por doce votos contra tres que Italia había violado su obligación de respetar la inmunidad reconocida a la República Federal de Alemania por el derecho internacional al admitir las acciones civiles intentadas contra ella por violaciones al derecho internacional humanitario durante el Reich alemán entre 1943 y 1945 (votaron a favor los jueces: Owada, Tomka, Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, Xue, Donoghue y en contra los jueces Cançado Trindade, Yusuf y Gaja, este último juez *ad hoc* por Italia que hizo uso de las facultades conferidas por el art. 31, inc. 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia); por catorce votos contra uno declaró que la República italiana había violado su obligación de respetar la inmunidad reconocida a la República Federal de Alemania por el derecho internacional al adoptar medidas de ejecución forzada sobre la Villa Vigoni y al declarar la ejecutoriedad en su territorios de las decisiones judiciales griegas sobre la violación del derecho internacional humanitario en Grecia por el Reich alemán; así como que debía promulgar una legislación apropiada o recurrir a otro medio de su elección a los fines de privar de efecto las decisiones de sus tribunales (en contra votó

el juez Cançado Trindade); por unanimidad rechazó las demás cuestiones planteadas por Alemania.

Los criterios principales sentados por la Corte en materia de inmunidad de jurisdicción de Estados son los siguientes:

- a) Determina que existe una práctica generalizada por la que se admite el derecho de inmunidad de jurisdicción de los Estados.¹
- b) Determina que la inmunidad de jurisdicción no es absoluta y que debe distinguirse entre actos de imperio (*acta jure imperii*) y actos comerciales o privados (*acta jure gestionis*).²

¹ Así dice la sentencia en comentario: “56. Aunque ha habido un gran debate en relación a los orígenes de la inmunidad del Estado y la identificación de los principios que han sustentado esa inmunidad en el pasado, la Comisión de Derecho Internacional concluyó en 1980 que la norma de inmunidad del Estado había sido adoptada como una norma consuetudinaria internacional general sólidamente enraizada en la práctica actual de los Estados (...) Esa conclusión estuvo basada en un análisis exhaustivo de la práctica de los Estados y después ha sido confirmada por el conjunto de leyes nacionales, de decisiones judiciales, de afirmaciones de un derecho a la inmunidad, así como por los comentarios de los Estados sobre lo que después ha devenido en la Convención de las Naciones Unidas. Esta práctica de los Estados, ya sea que la invoquen en su beneficio o la acuerden a otros, evidencia que se parte generalmente del principio de que existe en derecho internacional un derecho a la inmunidad del Estado extranjero del que se deriva la obligación de los otros Estados de respetarlo y darle efecto”. Traducción de la autora de: “56. *Quoi-que la question des origines de l’immunité des Etats et des principes qui la sous-tendent ait fait l’objet de longs débats, la Commission du droit international a, en 1980, constaté que la règle de l’immunité des Etats avait été adoptée en tant que règle générale du droit international coutumier solidement enracinée dans la pratique contemporaine des Etats’ (...)* La Cour estime que cette conclusion, qui reposait sur une analyse exhaustive de la pratique des Etats, a depuis lors été confirmée par un ensemble de lois nationales, de décisions judiciaires, d’affirmations d’un droit à l’immunité, ainsi que par les commentaires des Etats sur ce qui allait devenir la convention des Nations Unies. Il ressort de cette pratique que les Etats, que ce soit lorsqu’ils invoquent l’immunité pour leur propre compte ou qu’ils l’accordent à d’autres, partent généralement du principe qu’il existe en droit international un droit à l’immunité de l’Etat étranger, dont découle pour les autres Etats l’obligation de le respecter et de lui donner effet”.

² Así dice la sentencia en comentario: “59. (...) La Corte nota que un gran número de Estados realiza actualmente una distinción entre los actos *jure gestionis*, respecto de los cuales han limitado la inmunidad de jurisdicción que reivindican para sí mismos y acuerdan a otros, y los actos *jure imperii* (...) 61. Las Partes son contestes en considerar que los Estados gozan, como regla general, de la inmunidad en los casos de actos *jure imperii*. Esa es la posición adoptada en la Convención de las Naciones Unidas, la convención europea y el proyecto de convención interamericana, así como en las leyes sancionadas por aquellos Estados que han legislado la cuestión y la jurisprudencia de los tribunales nacionales (...)”. Traducción de la autora de: “59. (...) *la Cour relève que de nombreux Etats (...)* opèrent aujourd’hui une distinction entre les actes *jure gestionis* à l’égard desquels ils ont

- c) La Corte considera que el derecho internacional consuetudinario establece el reconocimiento de la inmunidad del Estado aún en aquellos casos en que las fuerzas armadas u otros órganos de aquél son acusados de haber cometido en el territorio de otro Estado actos que den origen a la responsabilidad por daños en el curso de un conflicto armado.³
- d) La Corte concluye que la inmunidad de jurisdicción de Estado es aplicable aún en casos en que se acusa al Estado de graves violaciones de derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional de los conflictos armados.⁴
- e) La aplicación de la regla de inmunidad de jurisdicción del Estado no puede ser dejada sin efecto aun cuando en el procedimiento seguido contra aquél se invoquen violaciones a normas de *jus cogens*.⁵

limité l'immunité qu'ils revendiquent pour eux-mêmes et accordent aux autres et les actes jure imperii (...) 61. Les Parties s'accordent à considérer que les Etats jouissent, en règle générale, de l'immunité dans le cas d'actes jure imperii. Telle est l'approche adoptée dans la convention des Nations Unies, la convention européenne et le projet de convention interaméricaine, ainsi que dans les lois adoptées par ceux des Etats qui ont légiféré sur la question et dans la jurisprudence des tribunaux nationaux (...)".

³ Así dice la sentencia en comentario: "78. A la luz de las consideraciones precedentes, la Corte estima que el derecho internacional consuetudinario impone siempre el reconocimiento de la inmunidad del Estado en aquellos supuestos en que las fuerzas armadas u otros órganos son acusados de haber cometido en el territorio de otro Estados actos que den origen a la responsabilidad por daños durante un conflicto armado (...)". Traducción de la autora de: "78. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé (...)".

⁴ Así dice la sentencia en comentario: "91. La Corte concluye que, en el estado actual del derecho internacional consuetudinario, un Estado no se ve privado de la inmunidad por la sola razón de que sea acusado de violaciones graves al derecho internacional de los derechos del hombre o del derecho internacional de los conflictos armados. Al formular esta conclusión, la Corte señala que no se pronuncia más que sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado mismo ante los tribunales de otro Estado; la cuestión relativa a si y en qué medida la inmunidad puede aplicarse en los procesos penales seguidos contra un representante del Estado no ha sido planteada en el caso". Traducción de la autora de: "91. La Cour conclut que, en l'état actuel du droit international coutumier, un Etat n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés. En formulant cette conclusion, la Cour tient à souligner qu'elle ne se prononce que sur l'immunité de juridiction de l'Etat lui-même devant les tribunaux d'un autre Etat; la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure l'immunité peut s'appliquer dans le cadre de procédures pénales engagées contre un représentant de l'Etat n'est pas posée en l'espèce".

⁵ Así dice la sentencia en comentario: "97. Consecuentemente, la Corte concluye que, aun cuando se admitiera que las acciones intentadas ante la jurisdicción italiana comprendían casos de violaciones de reglas de *jus cogens*, la aplicación del derecho internacional

- f) La Corte establece que la inmunidad de ejecución de la que gozan los Estados en relación a sus propiedades situadas en territorio extranjero va más allá de la inmunidad de jurisdicción de la que gozan esos mismos Estados ante los tribunales extranjeros y aun cuando la inmunidad de jurisdicción haya sido renunciada o no sea oponible, de ello no se sigue que ipso facto que los bienes del Estado condenado ubicados en el territorio de otro Estado pueden ser sometidos a medidas de ejecución.⁶

consuetudinario relativo a la inmunidad de los Estados no se encuentra afectada". Traducción de la autora de: "97. *En conséquence, la Cour conclut que, même en admettant que les actions intentées devant les juridictions italiennes mettaient en cause des violations de règles de jus cogens, l'application du droit international coutumier relatif à l'immunité des Etats ne s'en trouvait pas affectée*".

⁶ Así dice la sentencia en comentario: "113. (...) la Corte observa que la inmunidad de ejecución de la que gozan los Estados en relación a sus propiedades situadas en territorio extranjero va más allá de la inmunidad de jurisdicción de la que gozan esos mismos Estados ante los tribunales extranjeros. Aun cuando una sentencia haya sido legalmente dictada contra un Estado extranjero, en circunstancias tales que éste no puede invocar la inmunidad de jurisdicción, de ello no se sigue *ipso facto* que el Estado en contra del cual el pronunciamiento ha sido dado puede ser sujeto a medidas de ejecución en el territorio del Estado del tribunal o en el de un tercer Estado, en vistas al cumplimiento de la condena impuesta por el fallo en cuestión. De igual manera, ninguna renuncia por un Estado a su inmunidad de jurisdicción ante un tribunal extranjero significa por sí misma que ese Estado ha renunciado a su inmunidad de ejecución en relación a sus bienes situados en territorio extranjero. Las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a la inmunidad de ejecución y aquellos que reglan la inmunidad de jurisdicción (entendida *strictu sensu* como el derecho de un Estado de no ser sometido a un procedimiento judicial ante los tribunales de otro Estado), son distintas y deben ser objeto de una aplicación separada". Traducción de la autora de: "113. (...) *la Cour fera observer que l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats en ce qui concerne leurs biens situés en territoire étranger va au-delà de l'immunité de juridiction dont bénéficient ces mêmes Etats devant les tribunaux étrangers. Même si un jugement a été régulièrement rendu à l'encontre d'un Etat étranger, dans des circonstances telles que ce dernier ne pouvait pas se prévaloir d'une immunité de juridiction, il n'en résulte pas ipso facto que l'Etat condamné puisse faire l'objet de mesures de contrainte, sur le territoire de l'Etat du for ou sur celui d'un Etat tiers, en vue de faire exécuter le jugement en cause. De même, l'éventuelle renonciation par un Etat à son immunité de juridiction devant un tribunal étranger ne vaut pas par elle-même renonciation à son immunité d'exécution en ce qui concerne les biens qui lui appartiennent et qui se trouvent en territoire étranger. Les règles du droit international coutumier relatives à l'immunité d'exécution et celles qui gouvernent l'immunité de juridiction (entendue stricto sensu comme le droit pour un Etat de ne pas être soumis à une procédure judiciaire devant les tribunaux d'un autre Etat) sont distinctes et doivent faire l'objet d'une application séparée*".

II. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

A los fines de una mejor comprensión del fallo de la Corte Internacional de Justicia resulta necesario efectuar una breve síntesis de los antecedentes del caso.

En el mes de junio de 1940 Italia comenzó a participar en el Segunda Guerra Mundial aliada al régimen alemán. En el mes de septiembre de 1943 Italia se rindió a los Aliados y, en los meses siguientes, declaró la guerra a Alemania. Las fuerzas armadas alemanas, sin embargo, ocupaban una gran extensión del territorio italiano y entre el mes de octubre de 1943 y el final de la guerra, perpetraron atrocidades contra la población de ese territorio, incluyendo la masacre de civiles y la deportación de un gran número de ellos para ser empleados en trabajos forzados. También tomaron prisioneros, tanto en Italia como en otras partes de Europa de cientos de miles de miembros de las fuerzas armadas italianas, a muchos de los cuales se les denegó el status de prisionero de guerra y fueron deportados a Alemania y a territorios ocupados por ese Estado para ser destinados a trabajos forzados.

Con posterioridad a la guerra se celebraron tratados o se dictaron leyes por Alemania tendientes a regular las consecuencias legales y económicas del conflicto armado, que contemplaban el pago de indemnizaciones a víctimas del régimen nazi. Alemania celebró inclusive un acuerdo con Italia en donde se obligaba a pagar una suma de dinero en beneficio de ciudadanos italianos que por su raza, fe o ideología hubieran sido sujetos a medidas de persecución del régimen nacional socialista.

En el año 2000 Alemania sanciona una ley por la cual dispone la conformación de fondos a los que podían acceder sujetos individuales que hubieran sido empleados en trabajos forzados y otras injusticias durante el período del Nacional Socialismo, pero excluía de ese beneficio a aquellos que hubieran detentado el status de prisioneros de guerra, excepto que se hubieran encontrado detenidos en campos de concentración o se encontraran comprendidos entre otras categorías específicas.

Ciudadanos italianos que habían quedado excluidos de estas disposiciones legales promovieron demandas ante los tribunales italianos contra el Estado alemán a los fines de que se les pagara una indemnización por los daños sufridos, los cuales entendieron que no era aplicable el derecho a la inmunidad de jurisdicción en aquellos casos que involucraran crímenes en términos del derecho internacional. Algunos de ellos previamente habían promovido demandas y planteado sus casos ante tribunales alemanes e inclusive ante la Corte Europea de Derechos Humanos sin éxito.

También en Grecia fueron iniciados diferentes procesos a los fines de lograr una reparación por ciudadanos griegos o parientes de víctimas de una masacre por pérdidas de vidas humanas y de propiedades contra Alemania pero, habiendo obtenido sentencias favorables ante los tribunales locales, las mismas no pudieron ser cumplimentadas dado que el Ministerio de Justicia griego no dio la autorización requerida para ello conforme a la legislación griega. Es así que los accionantes griegos intentaron la ejecución de las sentencias dictadas en Grecia ante los tribunales italianos, petición a la que éstos últimos hicieron lugar, disponiendo la traba de una hipoteca judicial sobre un bien inmueble de propiedad de Alemania situada en territorio italiano.

La República Federal de Alemania planteó el caso ante la Corte Internacional de Justicia el 23 de diciembre de 2008 contra Italia. La República Helénica (Grecia), con fundamento en el art. 62 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia solicitó tomar intervención en el caso sin asumir la calidad de parte en el mismo. El art. 62.1. del Estatuto dispone que: *“Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir”*.

Grecia sostenía que la decisión a adoptar por la Corte sería de gran importancia para el orden legal griego y que constituiría una guía para los tribunales griegos en casos futuros o aún pendientes de resolución.

En lo sustancial Alemania solicitó a la Corte que declarara que Italia al admitir reclamos de naturaleza civil basados en violaciones del derecho internacional humanitario cometidos por el régimen alemán durante la Segunda Guerra Mundial entre septiembre de 1943 y mayo de 1945 contra la República Federal de Alemania había violado sus obligaciones bajo el derecho internacional en tanto no había respetado la inmunidad de jurisdicción del Estado alemán; que al adoptar medidas previas de ejecución sobre Villa Vigoni, la cual era propiedad del Estado alemán usada con fines no comerciales, Italia había incurrido en la violación de la inmunidad de jurisdicción de Alemania; y que al declarar que las sentencias dictadas en Grecia sustentadas en hechos similares a los planteados en los casos italianos podían ser ejecutadas en Italia, también incurrió en violación del derecho de inmunidad de jurisdicción que le asistía.

Italia sostenía en su defensa que el derecho internacional consuetudinario se había desarrollado de tal manera que el Estado no gozaba de inmunidad de jurisdicción en relación a actos que hubieran traído aparejado la muerte de personas, daños personales o a la propiedad en el territorio del Estado del tribunal al que habían sido sometidos los casos, aun cuando esos actos fueran actos *jure imperii* y que la denegación de inmunidad se encontraba justificada en la particular naturaleza de los actos que eran materia de los reclamos ante

los tribunales italianos y las circunstancias en que tales reclamos eran hechos. Italia afirmaba que tales actos constituían serias violaciones de los principios de derecho internacional aplicable a los conflictos armados, específicamente crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; que las normas de derecho internacional de esta forma contravenían normas perentorias o de *jus cogens* y se les había negado a los apelantes toda otra posibilidad de acceso a la jurisdicción para el juzgamiento de sus reclamos, por lo que los tribunales italianos constituían su último recurso.

III. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EJECUCIÓN

No es la primera vez que se plantea un caso relativo a la inmunidad de jurisdicción ante la Corte Internacional de Justicia.

La Corte se ha pronunciado sobre la inmunidad de jurisdicción en relación a un funcionario de la Organización de las Naciones Unidas en la Opinión Consultiva del 29 de abril de 1999, *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos* y en el caso *Asunto relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000* (República Democrática del Congo v. Bélgica) (sentencia del 14 de febrero de 2002), en el cual se trató la inmunidad de jurisdicción penal en el exterior de un ministro de relaciones exteriores.

La particularidad que presenta el caso objeto de la sentencia en comentario es que la Corte trata por primera vez la inmunidad de jurisdicción de un Estado ante los tribunales nacionales de otro Estado, la aplicación del derecho a la inmunidad de jurisdicción en casos en que se habían invocado graves violaciones al derecho internacional, específicamente la perpetración de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad y, en consecuencia, a normas imperativas o de *jus cogens*. También trata por primera vez la cuestión relativa a la inmunidad de ejecución de bienes del Estado.

El tema de la inmunidad de jurisdicción y ejecución no es novedoso en Derecho Internacional. La importancia del fallo radica en que la Corte Internacional de Justicia se pronuncia al respecto tratando cuestiones relevantes relativas al tema y dando homogeneidad a los que ha sido en gran medida fruto de la práctica generalizada de los Estados manifestada a través de leyes y pronunciamientos judiciales nacionales y algunos escasos tratados internacionales o proyectos de convenciones.

La inmunidad de jurisdicción constituye un derecho del Estado a no ser juzgado por los tribunales nacionales de otro Estado. La inmunidad de ejecución del Estado constituye el derecho a que los bienes del Estado ubicado

en territorio extranjero no sean objeto de medidas compulsivas tendiente a la ejecución de sentencia.

La teoría de la inmunidad de jurisdicción se pergeña en el s. XIX y se consolida en el s. XX, aunque presentando variantes. En un principio se sostenía que la inmunidad de jurisdicción era de carácter absoluto y, luego progresivamente, comienza a abrirse paso la tesis que postulaba que dicha inmunidad de jurisdicción no podía ser de carácter absoluto, sino relativo, y que debía restringirse a aquellos casos en que se encontrara involucrado un acto *jure imperii* o de gobierno. Ante un acto privado, comercial o *jure gestionis* del Estado no mediaba inmunidad de jurisdicción del aquél.

La misma tesis se traslada a los bienes del Estado ubicados en territorio de otro Estado, postulándose que tales bienes no pueden ser objeto de actos de ejecución o de medidas cautelares (v.g. procedimientos ejecutivos; ejecución de sentencias, embargos de bienes, subasta, etc.), si se destinan al ejercicio de funciones públicas, no así en el supuesto de que se destinen a otros fines de carácter privado o comercial.⁷

La Corte Internacional de Justicia recepta la tesis de la inmunidad de jurisdicción relativa, concluyendo en base al examen que hace de la práctica de los Estados que existe un derecho a la inmunidad de jurisdicción en supuestos de actos *jure imperii* y un derecho de inmunidad de ejecución si los bienes del Estado se destinan al cumplimiento de funciones públicas.

El fundamento de esos derechos se encuentra en el principio de la soberanía de los Estados y se expresa en la máxima *par in parem non habet imperium* (los iguales no tienen jurisdicción uno sobre otro).

En ese sentido la Corte sostiene que la regla de la inmunidad de jurisdicción de los Estados ocupa un lugar importante en el derecho internacional y en las relaciones internacionales y que deriva del principio de la igualdad soberana de los Estados contemplado en el inc. 1 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas y que es uno de los principios fundamentales del orden legal internacional.⁸

Hasta este punto la Corte reafirma los principios sostenidos en leyes y pronunciamientos de tribunales nacionales, en los pocos tratados internacionales o proyectos existentes sobre la materia y por la doctrina en general.

⁷ CASANOVAS Y LA ROSA (2005) p. 314.

⁸ Cfr. párrafo 57 de la sentencia en comentario.

La particularidad a este respecto está dada en el hecho de que erige al derecho de la inmunidad de jurisdicción como un instrumento fundamental no ya tan solo del derecho internacional sino también de las relaciones internacionales íntimamente ligado al principio de la igualdad soberana de los Estados.

La segunda cuestión importante a la que la Corte refiere, reiterando lo que sostuvo en el caso *Asunto relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000* - citado precedentemente-, es que el derecho a la inmunidad de jurisdicción es de naturaleza procesal en tanto se limita a regular el ejercicio de la jurisdicción en relación a conductas particulares y que, en consecuencia, es sustancialmente distinto de las normas de fondo que determinan si la conducta es legal o ilegal.⁹

Esta postura tendrá especial importancia en la argumentación de la Corte para resolver la cuestión atinente a la confrontación de la regla de inmunidad de jurisdicción con las normas imperativas o perentorias. La Corte en tal sentido afirma que no existe conflicto entre ambas normas en tanto las normas sobre inmunidad de jurisdicción son procedimentales y están limitadas a determinar si los tribunales nacionales pueden ejercer o no jurisdicción en relación a otro Estado sin entrar a analizar si los hechos objeto del proceso son legales o ilegales. En virtud de ello concluye que reconocer el derecho a la inmunidad de jurisdicción de Estado no implica reconocer la legalidad de una situación creada por la violación de normas de *jus cogens* o prestar ayuda para mantener la situación, así como que la inmunidad de jurisdicción es una cuestión independiente de la responsabilidad del Estado o de su obligación de reparar los daños provocados.¹⁰

La Corte asimismo expresa que las reclamaciones de los ciudadanos italianos podrían ser objeto de futuras negociaciones entre los Estados involucrados en el caso en vistas a una solución de la cuestión.

El juez Bennouna aborda este problema en su opinión individual, advirtiendo que la inmunidad de jurisdicción en casos que involucran crímenes internacionales plantea problemas éticos y jurídicos esenciales para la comunidad internacional que no pueden ser desechados al calificar a la inmunidad de jurisdicción como una simple cuestión de procedimiento. Postula en esa tesitura que el derecho a la inmunidad de jurisdicción se acompaña del deber del Estado de asumir su responsabilidad internacional por los medios

⁹ Cfr. párrafo 58 de la sentencia en comentario.

¹⁰ Vid. párrafos 91 y 100 de la sentencia en comentario.

adecuados y que en el caso de los conflictos armados, esos medios son la negociación interestatal.

El juez Koroma en su opinión individual, en ese sentido, apuntaba que si bien el derecho internacional humanitario contemplaba a las personas como las últimas beneficiarias de las reparaciones por violaciones de derechos humanos, de ello no se seguía que las víctimas pudieran reclamar directamente contra el Estado extranjero.

Ya en relación a la inmunidad de ejecución, además de distinguir entre bienes destinados al cumplimiento de actos de gobierno y de gestión a los fines de determinar el alcance de la misma, también deja sentado claramente que en el supuesto de que el Estado no esté amparado por la inmunidad de jurisdicción, ello no implica automáticamente que no le asista la inmunidad de ejecución de sus bienes si ellos están destinados al cumplimiento de funciones de gobierno o de actos *jure imperii*.

Los tribunales locales en el supuesto de que se peticione la ejecución de una sentencia sobre tales bienes deberán denegar la misma, salvo renuncia del Estado a dicha prerrogativa, aun cuando no le asista al Estado extranjero el derecho a la inmunidad de jurisdicción.

La inmunidad de ejecución se encuentra más ligada aún al principio de soberanía del Estado, dado que la ejecución de sus bienes implica un acto directo contra su propiedad y afecta a los medios con que cuenta para cumplir los actos de gobierno en ejercicio de su soberanía.

IV. ACTOS *JURE IMPERII* Y ACTOS *JURE GESTIONIS*

El siguiente problema que aborda la Corte Internacional de Justicia es la distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* y, dentro de esta segunda categoría trata el supuesto de los actos cometidos en el territorio del Estado del foro y, específicamente, actos de sus fuerzas armadas en el desarrollo de un conflicto armado.

El problema más difícil de resolver en el esquema planteado por la tesis de la inmunidad de jurisdicción relativa es el referido a la distinción entre actos de imperio y actos de mera gestión o privados o comerciales.

No existe un criterio válido universalmente para determinar cuándo se está ante un acto *jure imperii* y cuando se está ante un acto *jure gestionis*.

La doctrina postula dos tesis al respecto. Una teoría atiende a la finalidad del acto, esto es, si tiene una finalidad pública o no. Una de las objeciones que se opone a este tesis es que puede ocurrir que un acto que sea de carácter privado tenga una finalidad pública directa o indirectamente. Otra tesis postula que lo debe considerarse es la naturaleza del acto. Si el acto solo puede ser realizado por el Estado o en su nombre, constituye un acto de poder público, se trata de un acto de gobierno; si también puede ser realizado por un privado, aunque se persiga una finalidad pública, es un acto de gestión.¹¹

En su disidencia el juez Yusuf destaca esta dificultad en su opinión en disidencia expresando que: *"Debe recordarse que aún la tradicional distinción entre jure gestionis y jure imperii, la cual es usualmente empleada con propósitos prácticos para agrupar ciertas excepciones, dependiendo de la naturaleza del acto involucrado, lejos está de ser universalmente aplicada en una manera uniforme dado que la categorización de ciertos actos en una clase u otra todavía es una cuestión controvertida entre los Estados y los tribunales nacionales. Además y lo que es más importante, la definición del concepto básico que sustenta la distinción, esto es, transacciones comerciales, se mantiene elusivo. Al mismo tiempo, las excepciones y las derogaciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado aumentan todo el tiempo"*.¹²

Tanto en la legislación nacional en los casos en que ella existe, como en las convenciones o proyectos de tratados internacionales, se establecen listados de supuestos de excepción a la inmunidad de jurisdicción. A título de ejemplo cabe citar la ley argentina sobre inmunidad de jurisdicción de Estados, Ley 24.488, o la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2004).

Pese a los esfuerzos realizados para establecer claramente los actos que pueden entrar o no en una u otra categoría en las disposiciones legales, los tribunales suelen verse en enfrentados a la necesidad de determinar previamente si el acto sobre la que se sustenta la pretensión del accionante es de imperio o

¹¹ CASANOVAS Y LA ROSA (2005) p. 305.

¹² Traducción de la autora de "25. It should be recalled that even the traditional distinction between jure gestionis and jure imperii, which is often used for practical purposes to group together certain exceptions, depending on the nature of the acts involved, is far from being universally applied in a uniform manner, since the categorization of certain acts under one class of acts or the other still remains a matter of controversy among States and national courts. Moreover, the definition of the basic concept underlying the distinction, namely commercial transactions, remains elusive. In the meantime, the exceptions and derogations to which State immunity is subject keep growing all the time".

de gestión, inclusive para establecer si resulta aplicables las excepciones previstas por la legislación nacional al derecho de la inmunidad de jurisdicción.

Ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina se planteó un caso en que el accionante interponía la demanda contra la República de Venezuela, reclamando una indemnización por los daños y perjuicios que le había ocasionado el accionar de personal policial de la Dirección Sectorial de Inteligencia Política, un organismo dependiente de ese país, al que señaló responsable de su secuestro personal, del robo y hurto de bienes de su propiedad, así como también de ataques perpetrados contra su honor, prestigio personal y profesional.¹³

A diferencia del caso objeto de comentario en este artículo los actos fueron perpetrados en territorio venezolano. La Ley 24.488 en su artículo 2, inc. e) contempla como excepción al derecho de la inmunidad de jurisdicción las demandas contra Estados extranjeros por daños y perjuicios derivados de delitos y cuasidelitos cometidos en el territorio argentino.

La Corte Suprema de Argentina adhirió al dictamen del Procurador General, el que citaba precedentes del tribunal en que el mismo establecía que la pauta de interpretación para determinar si un Estado puede ser juzgado por los tribunales del foro es la naturaleza de la actividad, sin perjuicio de la finalidad pública, perseguida por todo Estado en su actuación, aun al realizar actos de gestión.

La Corte de Argentina así, más que analizar si el caso encuadraba en alguna de las excepciones de la ley, decide en función de la naturaleza del acto que da origen al reclamo.

La Corte Internacional de Justicia pone énfasis, más que en las teorías referidas, en determinar que la calificación de los actos en una u otra categoría, no constituye un pronunciamiento sobre la legalidad del acto y, más que tratar de encuadrar el acto en una u otra categoría, aborda el tema de si los actos de las fuerzas armadas que evidentemente constituye actos de *jure imperii*, ya se contemple su naturaleza o su finalidad, obligan al Estado al que pertenecen a responder por los daños ocasionados por ellas en el curso de un conflicto armado en el territorio del Estado del foro.

Trata la excepción a la inmunidad de jurisdicción analizada por la Comisión de Derecho Internacional e incluida en el art. 12 de la Convención de las

¹³ Corte Suprema de la Nación Argentina. *Ceresole v. República de Venezuela* (2001).

Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, así como en el art. 11 de la Convención Europea sobre Inmunidad de Jurisdicción (1972)¹⁴, en razón de cuyo texto podía abrirse el debate sobre la posibilidad de excepcionar el derecho a la inmunidad de jurisdicción en tales casos, para concluir que tales normas no recogen el derecho internacional consuetudinario aplicable.

Es de señalar que la primera convención citada no se encuentra en vigencia y no ha sido firmada por Alemania ni por Italia y la segunda no es aplicable a estos dos Estados por no ser parte Italia, por lo que la Corte resolvió el caso analizando la práctica internacional en la materia –legislación y jurisprudencia nacionales e internacional– exclusivamente para actos cometidos por las fuerzas armadas en el territorio de otro Estado, concluyendo que tales convenciones no se ajustan al derecho consuetudinario aplicable como ya ha sido señalado. Sostiene que la norma consuetudinaria internacional continúa disponiendo que se acuerde inmunidad de jurisdicción al Estado aún en procedimientos por responsabilidad por daños por hechos cometidos en el territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas y otros órganos del Estado en el curso de un conflicto armado.

Bajo el mismo esquema de análisis –determinación del derecho internacional consuetudinario en la materia–, la Corte concluye que no constituye una excepción a esa regla aplicada exclusivamente a los Estados la alegación de que se han perpetrado serias violaciones al derecho internacional humanitario o al derecho internacional de los derechos humanos, ni que el argumento de que fuera el último recurso para lograr la indemnización reclamada se hubiere erigido en el derecho internacional como una hipótesis para excepcionar el derecho de inmunidad de jurisdicción.

¹⁴ El art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes dice: "Lesiones a las personas y daños a los bienes. *Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión*". También analiza el art. 11 de la Convención Europea sobre Inmunidad de Estados de 1972.

V. NUEVAMENTE SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Como siempre en los casos planteados ante la Corte Internacional de Justicia, emerge la cuestión atinente a la determinación de derecho internacional aplicable en la materia de la que trate el conflicto.

Si bien se afirma que la enumeración de las fuentes de derecho internacional enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no constituye un orden jerárquico que establezca la primacía de unas fuentes sobre otras, por lógica la Corte examina en primer término si existe un tratado que vincule a las partes para establecer el alcance de sus derechos y obligaciones a la luz del mismo.

Desechada esa posibilidad en el caso dado que no existe ningún tratado en la materia del que hubieran sido parte ambos Estados en la contienda, la Corte trata el tema analizando la práctica nacional e internacional, estableciendo sus conclusiones con fundamento en las mismas en cada uno de los aspectos del caso que se le plantearon (inmunidad de jurisdicción, excepciones por la naturaleza de las reclamaciones, por la violación de normas de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, por violación de normas de *jus cogens* y por la ausencia de otras vías o recursos para lograr una indemnización e inmunidad de ejecución) que no existía tal práctica internacional.

Es de destacar en este punto que la Corte no analiza antecedentes que vinculen a Alemania y a Italia directamente, ni menciona ninguno. Más aún señala la diferencia de criterios en la jurisprudencia alemana e italiana. Ello permite presumir que no existe una costumbre jurídica que vincule a ambos Estados, por lo que termina decidiendo la cuestión en función de la práctica generalizada de la mayoría de los Estados. Considera el proyecto de convención internacional interamericano y las dos convenciones ya citadas, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la legislación de distintos Estados y los pronunciamientos de diferentes tribunales nacionales, inclusive alemanes e italianos. Esto es, establece cuál es la norma consuetudinaria atendiendo a la práctica generalizada de los Estados y de un tribunal internacional.

Respecto de la jurisprudencia de los tribunales griegos e italianos, de conformidad con las consideraciones efectuadas por la Corte serían los únicos que habrían admitido excepcionar la inmunidad de jurisdicción en procesos judiciales como los implicados en la contienda.

VI. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO DERECHO DE LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS O COMO DERECHO DE LAS PERSONAS

Tanto de la lectura de las consideraciones de la mayoría de la Corte en el fallo, como de las opiniones individuales vertidas por los jueces Koroma, Keith, Bennouna, Yusuf, Cançado Trindade y Gaja (juez *ad hoc*), emerge la tensión existente en el derecho internacional actual entre los intereses y necesidades de los Estados y las personas físicas, especialmente en lo que hace a sus derechos humanos o sus derechos en el marco del derecho internacional humanitario.

La pregunta a formular es: ¿quién o cuál es el centro de la escena jurídica internacional? ¿El Estado? ¿La persona? ¿Debe darse primacía al uno sobre el otro? ¿Debe buscarse un equilibrio entre uno y otro?

El juez Yusuf apela al equilibrio entre unos y otros al afirmar que cuando la inmunidad de jurisdicción entra en conflicto con derechos fundamentales consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, que el Estado del foro se encuentra asimismo obligado a garantizar y aplicar en su territorio y cuya realización refleja los valores de la comunidad internacional, es necesario encontrar un equilibrio entre dos categorías de funciones que deben ser valoradas en la comunidad internacional.

El juez Bennouna también apunta en su opinión por separado a dicha cuestión al referir al deber que surge para el Estado de reparar las consecuencias de sus actos ilícitos frente al derecho de la inmunidad de jurisdicción.

Por otra parte el caso presentaba una arista particular. Alemania reconocía tanto la gravedad de los actos cometidos por las fuerzas armadas del Reich, como también su responsabilidad internacional habiéndose hecho cargo de importantes pagos en concepto de indemnizaciones tanto al Estado italiano como muchas víctimas.

La segunda particularidad está dada por las posibles consecuencias jurídicas y políticas de un fallo rechazando la posición alemana. De haber sido así se habrían sentados las bases legales para que cualquier Estado pudiera ser juzgado por los tribunales de otro Estado alegando la excepción a la inmunidad de jurisdicción en casos de reclamaciones por daños de las víctimas o sus herederos en cualquier supuesto de violación de una norma de *jus cogens* ¿Quiénes determinarían si el Estado estaba amparado o no por la inmunidad de jurisdicción? ¿Quiénes determinarían si el caso involucraba una norma de *jus cogens* o no? Los tribunales del foro local. Entiéndase, no se trata de tribunales internacionales sino de tribunales locales, que tal como señalara el

juez Yusuf que votó en disidencia, no comparten un criterio universalmente válido en la materia.

Lo mismo cabe decir respecto de las normas de *jus cogens*, que dependen para la calificación de tal de una comprobación del tribunal interviniente en el caso de cuáles normas son válidamente tenidas por tal por la comunidad internacional y en función de una norma internacional (el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969) que las define en base a criterios formales por el método de producción de la norma pero no por su contenido, cuestión que ha sido dejada librada a la práctica de los Estados y a la labor de los tribunales internacionales. La propia Comisión de Derecho Internacional reconoció en el comentario al texto del Proyecto que el enunciado del art. 53 “*no está exento de dificultades ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de ius cogens*”.¹⁵

Se abrirían así posibilidades políticas impensadas en el ámbito internacional socavando el principio de la igualdad soberana de los Estados, con el consiguiente riesgo de crear condiciones de intervención en la política interna o externa de los Estados.

De ahí el enfoque interestatal del fallo pero al mismo tiempo la advertencia de que el criterio no se extiende a la responsabilidad penal de los funcionarios estatales por crímenes internacionales como método de disuasión para prevenir tales crímenes o la apelación del juez Bennouna a una respuesta al reclamo en el ámbito internacional por vía del consenso entre Estados.

Negar el rol del Estado, negar que el Estado es en definitiva la estructura institucional por la que la comunidad nacional e internacional se organiza para proveer a sus intereses comunes, anteponiendo sin limitación alguna los intereses individuales de las personas por más justificados que ellos sean; negar las dificultades que establece la convivencia de las naciones entre sí y el delicado equilibrio impuesto por el derecho internacional en las relaciones entre ellas, implicaría negar las noción de bien común o de orden común y el principio de alteridad que se impone en la propia noción de Derecho. Negar los derechos de la persona sin limitaciones implicaría vaciar de contenido moral a la norma legal internacional y desconocer su fin último que es proveer a los intereses de esa persona humana ya sea a nivel individual o como integrante de una comunidad nacional e internacional. Ni una postura individualista

¹⁵ DE LA GUARDIA (1997) pp. 289 – 290.

en pro de los derechos humanos a ultranza ni una posición estatista extrema resultan viables para lograr un orden de paz y justicia para todos.

El desafío del Derecho Internacional actual y de la política internacional es encontrar el equilibrio entre esos dos extremos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol (2005): "*La inmunidad del Estado*", DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Madrid, Tecnos) pp. 299 - 318.

DE LA GUARDIA, Ernesto (1997): *Derecho de los tratados internacionales* (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma) 565 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 16 de diciembre de 2004. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 59° período de sesiones, A/RES/59/38.

Convención Europea sobre Inmunidad de Estados, Consejo de Europa, Basilea, 16 de mayo de 1972.

Ley (argentina) n° 24.488, regula la inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros, *Boletín Oficial de la Nación*, 28 de junio de 1995.

JURISPRUDENCIA CITADA

Opinión Consultiva *Diferencia relativa a la inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos* (1999): Corte Internacional de Justicia, 29 de abril de 1999, disponible en <<http://www.icj-cij.org>>, fecha consulta: 25 abril 2012.

Ceresole v. República de Venezuela (2001): Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 25 de septiembre de 2001, Fallos de la Corte Suprema de Justicia T. 324, p. 2885, disponible en <<http://www.csjn.gov.ar>>, fecha consulta: 25 abril 2012.

Asunto relativo a la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo v. Bélgica) (2002): Corte Internacional de Justicia,

14 de febrero de 2002), disponible en <<http://www.icj-cij.org>>, fecha consulta: 25 abril 2012.

Inmunidad jurisdiccional del Estado (Alemania v. Italia – Grecia interviniente) (2012): Corte Internacional de Justicia, 3 de febrero de 2012, disponible en <<http://www.icj-cij.org>>, fecha consulta: 25 abril 2012.

ALGUNOS COMENTARIOS
ACERCA DE LA EQUIDAD NATURAL
A LA LUZ DE LA SENTENCIA
DE FECHA 12 DE MARZO DE
1984, DICTADA POR LA CORTE
DE APELACIONES PRESIDENTE
AGUIRRE CERDA

*SOME COMMENTS ON THE NATURAL EQUITY
IN THE LIGHT OF THE JUDGMENT DATED 12ND
MARCH 1984, DICTATED BY COURT OF
APPEALS PRESIDENT AGUIRRE CERDA*

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO*

RESUMEN: El instituto de la equidad natural, constituye un tema trascendente en materia jurídica, pues, la misión de este gran principio es corregir los vicios o defectos de lo *justo positivo*, a fin de obtener una solución más adecuada al caso sometido a la decisión del tribunal. En este análisis de jurisprudencia, se revisa un fallo dictado por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, sentencia que significó un aporte de la ciencia del Derecho a lo menos, al incluir el principio de la equidad natural como principal fundamento.

PALABRAS CLAVE: equidad natural – interpretación – expropiación

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Estudiante del Programa de Formación Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Becas Chile 2010. <rivera_lex@yahoo.es>.

Artículo recibido el 9 de abril y aprobado el 15 de mayo de 2012.

ABSTRACT: The institute of the natural equity, a transcendent topic constitutes in juridical matter, so, the mission of this great beginning it is to correct the vices or faults of it *positive just person*, in order to obtain a solution more adapted to the case submitted to the decision of the court. In this analysis of jurisprudence, is checked a judgment dictated by the Court of Appeals President Aguirre Cerda, judgment that meant a contribution of the science of the Law to less, to including the beginning of the natural equity as principal foundation.

KEY WORDS: natural equity – interpretation – expropriation

PRESENTACIÓN

En las líneas que siguen, nos proponemos analizar someramente las consideraciones de hecho y de derecho en que se funda la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, emanada de la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, dictada en el causa *Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero*, y a la luz de dicho análisis, tratar de elucidar algunos aspectos relevantes en torno a la interpretación de la ley, principalmente en lo que se refiere al rol que juega la equidad natural, como elemento hermenéutico supletorio. Asimismo esperamos enunciar los aspectos jurídicos relevantes que aborda este fallo, tales como el principio de inexcusabilidad, elementos de la interpretación de la ley, lagunas legales, analogía, entre otros, y como todos ellos sirven al tribunal de alzada para argumentar su fallo.

En primer lugar, y como es obvio, enunciaré los hechos en que se funda la causa, contenidos en los considerandos iniciales del fallo (considerandos 1º a 4º inclusive). A continuación analizaré las normas legales y los principios de Derecho aplicables al caso en cuestión, para luego, entrar en el tema principal de este ensayo, cual es el rol que se le debe asignar a la *equidad natural* en el campo del Derecho Civil.

Con todo, y antes de entrar al análisis mismo de la jurisprudencia, me parece conveniente realizar una consideración previa, a fin de precisar con claridad el objeto de mi análisis.

A diferencia de otras ramas del Derecho, como ocurre -por ejemplo- con el Derecho Penal, en que se busca por parte de los juristas que lo cultivan, fundar sus instituciones en principios de índole moral, los civilistas tienden a analizar de forma escolástica las normas del Código Civil y demás leyes complementarias, sin preocuparse de las externalidades de dichas reglas y los efectos que provocan. Por ello, creo relevante que los juristas se ocupen de aquellas instituciones que morigeran el rigor de la normas del Código de Bello

y demás leyes que conforman a esta rama del Derecho. En este ámbito, cobra importancia la equidad natural, cuyo concepto se remonta a la filosofía griega.¹

I. LOS HECHOS DE LA CAUSA

Conforme al Considerando 1° de la Sentencia en comento: *“Doña Luz Tocornal Ross ha deducido contra el Servicio Agrícola Ganadero (S.A.G.), como institución sucesora legal de la Corporación de Reforma Agraria y de la Oficina de Normalización Agraria, demanda –en juicio ordinario– para que, en virtud de las razones de hecho y de derecho que en ella se exponen, se declaren, respecto de la expropiación del predio denominado “Hijuela B del Fundo Las Vizcachas”, comuna de Puente Alto, inscrito a favor de la actora a fojas 216, bajo el n° 193, del Registro de Propiedad de 1966 del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto, las siguientes peticiones que, en orden sucesivo y subsidiario, formula: Primera: la nulidad de la expropiación por inexistencia de causa; segunda: la extinción de la expropiación por desaparecimiento de su objeto; tercera: la extinción de la expropiación por decaimiento del acto administrativo; cuarta: anulación del acto administrativo, por afectarlo todos o alguno de los siguientes vicios: ilegalidad sobreviviente, caducidad del acto, abuso del derecho por parte de la institución expropiante, y fraude a la ley al efectuarse la expropiación; y quinta: se declare que se acoge la acción de retrocesión o reversión del dominio del predio expropiado, pues a éste no se le dio el destino exigido por la ley que autorizó el acto expropiatorio. Termina pidiendo que, para el evento de acogerse cualquiera de las peticiones formuladas, se cancele la inscripción de dominio que hoy existe a favor de la Corporación de Reforma Agraria, a fojas 711, bajo el N° 882, del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, como también la inscripción de aguas, y que, como consecuencia de lo anterior, se declaren vigentes las anteriores a favor de la actora, todo con costas [...]”*²

El Considerando 2° del fallo, agrega que: *“El abogado procurador fiscal del Departamento Presidente Aguirre Cerda, asumiendo la representación judicial del Servicio Agrícola Ganadero, a fojas 45 contesta la demanda, oponiendo –en primer lugar– como excepción perentoria la falta de jurisdicción del tribunal, para conocer y resolver la cuestión planteada, ya que, según afirma, los tribunales ordinarios de justicia carecen de competencia necesaria para pronunciarse sobre la validez, permanencia y efectos de los acuerdos expropiatorios de la Corporación de Reforma Agraria, pues conforme a lo previsto en el artículo 4°*

¹ En este sentido, *vid.* Ducci (1989) p. 79.

² Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, *Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero* (1984) p. 90.

del Código Orgánico de Tribunales, es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas, lo que sólo podrían hacer si existiera un texto legal expreso que le otorgara facultades para hacerlo. Además, opone las excepciones de encontrarse extinguidas las acciones tendientes a dejar sin efecto el acto expropiatorio, ya que, en virtud de los decretos leyes 754 y 1.283, de los años 1974 y 1975, respectivamente, debieron ser ejercidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1975, como también la excepción de haber renunciado la demandante a las acciones para intentar su libelo de autos, en cuanto se refiere al acuerdo N° 2.007, de 1971, del Consejo de la ex Corporación de Reforma Agraria, todo lo que consta del documento que rola a fojas 39 donde hizo tal renuncia. Termina refiriéndose derechamente a las peticiones formuladas por la demandante y a los argumentos aducidos por ella, los cuales refuta o contradice para finiquitar sus alegaciones solicitando que la demanda sea rechazada, en todas sus partes, con costas".³

En el Considerando 3° se expresa que: *"Las partes –en sus respectivos escritos de réplica y dúplica– han reafirmado las posiciones hechas valer en los trámites anteriores, sin agregar mayores antecedentes al juicio. Igualmente la demandante –en la segunda instancia– al expresar agravios, a fojas 86, ha reiterado las peticiones ya formuladas en su libelo de fojas 7 y siguientes, impugnando las consideraciones y reflexiones que tuvo el juez a quo para desechar las acciones deducidas [...]"*.⁴

Son hechos sustanciales, establecidos en la causa:

- a) El "Consejo de la Corporación de Reforma Agraria, por acuerdo N° 2.007, adoptando en su sesión de 20 de agosto de 1971, expropió – por la causal del artículo 10 de la Ley 16.640– el predio denominado "Hijuela B del Fundo Las Vizcachas", comuna de Puente Alto, Rol de Avalúos N° 3.800-52, perteneciente a doña Luz TOCORNAL DE ROMERO. Este acuerdo fue publicado en el Diario Oficial de 1° de septiembre del mismo año";⁵
- b) "Que el mismo organismo, por acuerdo N° 4.192, aprobó en sesión de 25 de agosto de 1972 la tasación provisoria y determinó en la suma de

³ *Ibídem.*

⁴ *Ibídem.*

⁵ Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda (1984) *Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero* (1984) pp. 90 – 91.

*E° 196.132 la indemnización que debía pagarse por la expropiación del predio ya individualizado”;*⁶

- c) *“[L]a expropiación del predio referido se inscribió a favor de la Corporación de Reforma Agraria, a fojas 711, bajo el N° 882, del Registro de Propiedad de 1973, del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto”;*
- d) *Que el Consejo de la Corporación de Reforma Agraria, por acuerdo 482, adoptado en sesión de 10 de abril de 1975, resolvió reconsiderar el acuerdo expropiatorio N° 2.007, en el sentido de excluir de la expropiación una superficie de 17,6 hectáreas físicas, equivalentes a 11,74 hectáreas de riego básico, manteniendo en su poder una superficie de 93,2 hectáreas físicas, equivalentes a 44,8 hectáreas de riego básico;*
- e) *Que la institución expropiante, en 1971, tomó posesión material del predio expropiado;*
- f) *Que la Corporación de Reforma Agraria desde el día en que tomó posesión material del terreno expropiado hasta el día de la presentación de la demanda por la actora, el 15 de diciembre de 1980, no ha instalado asentamiento alguno en los terrenos por ella expropiados ni ha asignado o distribuido las tierras entre los campesinos;*
- g) *Que a fojas 65, rola la diligencia que el tribunal a quo le encargó a la receptora Clarisa Vidal, en la cual consta que el 24 de abril de 1981 se constituyó en el predio expropiado, constatando que no existen viviendas en el inmueble, no se ven signos de ocupación alguna, no hay habitantes ni moradores, no está agrícolamente explotado ni hay muestras de que hubiera estado, observándose abundante maleza, algunos árboles y restos de cercos cubiertos de zarzamora y que en el sector aparecen restos de un lugar de camping, con un letrero, desechos de letrina, de un quiosco y de ramadas. Durante la práctica de la diligencia no se encontró ni vio persona alguna en el predio;*
- h) *Que se ha acompañado a fojas 98 un certificado otorgado con el N° 104 por la Tesorería General de la República, con fecha 19 de mayo de 1982, que da cuenta de no haber emitido bonos de la Reforma Agraria a nombre de doña Luz Tocornal Ross de Romero ni de terceros,*

⁶ Ídem., p. 91.

en pago de la expropiación del predio denominado 'Hijuela B de Las Vizcachas', comuna de Puente Alto".⁷

II. ARGUMENTOS DE DERECHO

Respecto de la excepción de *falta de competencia*, el considerando 5° del fallo, señala que "[...] *cabe tener presente que el Poder Judicial no puede excusarse de conocer y resolver las acciones de carácter patrimonial que interpongan los afectados que se sientan lesionados con actos considerados como ilegales, indebidos o dañosos de los entes administrativos, cuyas leyes orgánicas les permiten ejecutar un sinnúmero de actos y contratos e intervenir ante los propios tribunales ordinarios de justicia de cuya falta de jurisdicción reclaman [...]*".⁸ En este caso, el tribunal de alzada esgrime como justificación a su intervención el llamado *principio de inexcusabilidad*, según el cual, reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aún a falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión. Esta base del ejercicio de la jurisdicción se encuentra establecida tanto a nivel constitucional (artículo 76 inciso 2° de la Carta Fundamental) como a nivel legal (artículo 10 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales). Se dice que la falta de ley para resolver el asunto no constituye una justificación válida para que el tribunal se niegue a conocer de un determinado asunto. Es por lo anterior, que en materia civil, el artículo 170 n° 5 del Código de Enjuiciamiento Civil dispone que: "*Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: [...] n° 5 La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo [...]*".⁹ Agrega el considerando 5° que: "*Por otra parte, tampoco es posible dejar a los particulares entregados a sufrir los posibles excesos de poder de los organismos administrativos, mientras no se establezcan los tribunales contenciosos administrativos, cuando existen tribunales ordinarios encargados de administrar justicia a quienes les corresponde 'el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal', cualquiera sea la naturaleza de estos negocios o la calidad de las personas que en ellos intervengan. Todo lo anterior y los innumerables fallos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia, que resulta inoficioso*

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Ibidem.*

⁹ El artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales señala: "*Siempre que según la ley fueren competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento bajo el pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto; pero el que haya prevenido en el conocimiento excluye a los demás, los cuales cesan desde entonces de ser competentes*".

*citarlos en esta oportunidad, hacen concluir que la excepción referida debe ser desestimada”.*¹⁰

En cuanto a la petición de la actora en orden a que el tribunal declare la nulidad de la expropiación en comento, por no existir la causa de utilidad pública invocada como pretexto. Señala el Tribunal, que la institución expropiante, “[a]l invocar las disposiciones de la Ley 16.640, no tuvo en miras el interés social ni la causa de utilidad pública que dicha ley señala, todo por cuanto hasta la fecha el inmueble se conserva inscrito a favor de dicha corporación (Considerando 7º)”.¹¹ El juzgador agrega, en el considerando 8º que: “En las expropiaciones la causa de ellas no es otra que la utilidad pública, concepto más amplio y comprensivo que las necesidades públicas corresponde exclusivamente al legislador en forma discrecional, actualizar y concretar en cada caso”.¹² La expropiación del predio materia de la *litis* se efectuó por la causal establecida en el artículo 10 de la Ley n° 16.640, la utilidad pública que el legislador ha señalado en el artículo 2º del mismo cuerpo legal, es la causa efectiva del acto expropiatorio, esto es, que la propiedad agraria cumpla su *función social*. Por tanto, si el propio legislador señala la causa real y lícita que justifica la expropiación, no es posible sostener que los actos ejecutados para realizarla carezcan de tal condición o elemento, es por ello que el tribunal concluye que existe causa del acto expropiatorio y, por tanto, desecha la alegación de la actora en orden a declarar la nulidad de la expropiación por este motivo.¹³

Asimismo, se arguye por la demandante que el acto expropiatorio carece de objeto, lo cual supone un vicio de nulidad del mismo. El tribunal argumenta la existencia del objeto de la expropiación señalando que “[e]s tan efectivo que existe que el propio actor reclama su restitución [...]”.¹⁴

En cuanto a la petición de la actora en orden a que el tribunal declare extinguida la expropiación por haber decaído el acto administrativo, ya que al no darle la institución expropiante los destinos dispuestos por la Ley n° 16.640, han desaparecido los presupuestos de hecho y de derecho indispensables para la subsistencia del acto. Siguiendo al tratadista Enrique Sayagués Laso, autor del *Tratado de Derecho Administrativo*, publicado en 1959, el Tribunal señala que: “[e]ntendemos por ‘decaimiento’ aquella forma de extinción del acto

¹⁰ Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda (1984) *Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero* (1984) p. 91.

¹¹ *Ídem.*, p. 92.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Vid.* Considerandos 9º a 11º del fallo en comento. *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

administrativo que se produce cuando éste pierde ‘su eficacia jurídica independiente de la voluntad de la administración, por circunstancias supervivientes que hace desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para su existencia’ (Tomo Primero, página 527, de la obra citada). Según el mismo autor, el decaimiento puede producirse en diversas circunstancias, tales como: a) cuando desaparece un presupuesto de hecho indispensable para la validez del acto; b) cuando se deroga la regla legal en que se fundaba el acto, siempre que dicha regla fuera condición indispensable para su vigencia; y c) cuando por modificarse el régimen legal se produzca un impedimento para que el acto pueda mantenerse; [...] Que el decaimiento es un modo de extinción de los actos administrativos que no tiene aplicación en el caso de las expropiaciones que por encontrarse totalmente consumadas o perfeccionadas han cumplido con todos los efectos de ellas y han agotado la finalidad que se persiguió al tomar la decisión de la autoridad administrativa”.¹⁵ La Corte agrega que “[a]l tiempo de que el dominio sobre el bien expropiado pasó a manos de la Corporación de Reforma Agraria, el acto expropiatorio quedó perfeccionado y cumplido, ya que la expropiación no es otra cosa que la transmisión de la propiedad privada al dominio público que opera, en virtud de un simple acto de autoridad, que arranca su origen de la propia voluntad soberana, encarnada en la ley que declara la utilidad pública de un bien ajeno que pasa al Estado, corporación o entidad expropiadora, una vez llenados los trámites de carácter simplemente administrativos señalados por la ley con tal objeto y que no siempre son unos mismos, en razón de las diversas leyes que pueden aplicarse y a las cuales determinadamente se remite el legislador en cada caso concreto en que hace declaración de ser útil a la colectividad o al Estado algún bien de terceros”.¹⁶ Por lo tanto, encontrándose la expropiación ya consumada –concluye el fallo– no resulta procedente aceptar el decaimiento del acto respectivo, razón por la cual la Corte desestima esta acción (Considerando 19º).

La Corte igualmente desestima la anulación fundada en el vicio fundado en la *caducidad*, por cuanto “[é]sta constituye un modo de extinguir un derecho cuando no ha sido ejercido dentro del término que la ley ha prefijado para hacerlo y resulta posible aplicarlo al incumplimiento de las obligaciones legales en que puedan incurrir los entes administrativo en sus cometidos y funciones, aun cuando éstas pudieran aparecer con un carácter imperativo. Es también conveniente recordar que el legislador ha reconocido expresamente que Cora no tiene plazos fatales, sino que términos susceptibles de prórroga,

¹⁵ *Ídem.*, pp. 92 – 93.

¹⁶ *Ídem.*, p. 93.

para cumplir lo dispuesto en el artículo 67 de la ley 16.640, como en otras disposiciones semejantes”.¹⁷

Por último, “[l]a actora dedujo –como quinta y última petición– la acción de retrocesión o reversión del dominio en forma subsidiaria a las anteriores y para el evento de que las formuladas como principales no resultaren acogidas, ya que es un hecho que en la actualidad Cora ni los organismos que jurídicamente la han sucedido en sus fines, patrimonio y obligaciones, no proyectan dar al inmueble expropiado el destino exigido por la Ley 16.640. Agrega que habiéndose burlado el objeto de la expropiación se ha atropellado una garantía constitucional, pues nunca se presupuestó, ni en la ley ni en la doctrina, que el expropiante pudiera, una vez adquirida la tierra, variar libremente su destino categóricamente señalado al autorizarse la expropiación. Si ello fuera posible se vulneraría abiertamente el fin constitucional al ordenar que sólo en virtud de una ley pueden autorizarse las expropiaciones. Ante estas violaciones ha nacido la ‘retrocesión’, institución en virtud de la cual –según la doctrina– compete al expropiado la acción para obtener la reversión a su patrimonio del dominio del cual se le privó, por cuanto no se le dado al inmueble el destino exigido por la ley expropiatoria, previo reintegro de la indemnización, hecho que en la especie no concurrió, pues nada recibió en pago como indemnización. Hace presente (el considerando 24º) que el fundamento jurídico está en la falta de causa expropiatoria, pues habiéndose autorizado el acto para satisfacer una necesidad colectiva, se ha violado el derecho de propiedad del expropiado sin que posteriormente se haya cumplido con el destino señalado por el legislador”.¹⁸ Respecto de la procedencia de la acción –señala la Corte– “[n]o se requiere disposición expresa, pues bastan sólo los principios generales de derecho, siendo la expropiación un acto con requisitos propios”.¹⁹ La demandada se defiende, a fojas 45, señalando que la Ley n° 16.640 “[n]o contempló la acción de retrocesión, estableciendo sólo una serie de derechos, acciones y recursos a favor del expropiado, encontrándose además, el acto expropiatorio, en este caso, ya perfeccionado y consolidado con el pago o consignación de la parte correspondiente”.²⁰

El tribunal de alzada continua con su argumentación, señalando que la palabra *retrocesión* según el Diccionario de la Lengua Española, en su segunda

¹⁷ *Ídem.*, p. 94.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Vid.* Considerando 25º de la Sentencia en comento. *Ídem.*, pp. 94 – 95.

acepción, designa a “[l]a acción y efecto de ceder a uno el derecho o cosa que él había cedido antes”.²¹

A continuación el fallo, recurre a la opinión de los tratadistas a fin de determinar la naturaleza jurídica de la retrocesión.²²

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001) tomo II, p. 1967. El fallo en comento señala que: “[e]l mismo sentido tiene el vocablo ‘reversión’, que es la restitución de una cosa al estado que antes tenía, aparte de expresar la acción o efecto de revertir. Por su parte, don Joaquín ESCRICHE –autor del DICCIONARIO RAZONADO DE LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA– expresa que ‘retrocesión’ es el acto por el cual una persona vuelve a otra el derecho o cosa que ella había cedido antes. El efecto de la retrocesión es que las cosas, créditos o derechos que se retroceden se restituyen al poder o a las manos de donde habían salido”. Vid. Considerando 26° del fallo analizado. Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda (1984) *Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero* (1984) p. 90. A nivel de Derecho comparado, “[l]a institución aparece ligada a la expropiación y ha sido incorporada en forma expresa en las legislaciones de países como Francia, Italia, Alemania, Suiza, España, México, Argentina y Uruguay. Se entiende por ‘retrocesión’ o reversión del dominio el derecho que se concede al propietario o a sus herederos para requerir y obtener la devolución del bien que le ha sido expropiado, cuando éste no ha recibido el destino previsto por la autoridad o en la ley al tiempo de la expropiación”. Ídem., p. 95. En este sentido, el Tribunal Supremo Español (2005) ha dicho que: “Es sabido que el derecho de reversión, o también llamado derecho de retrocesión de los bienes expropiados quedó establecido ya en el art. 43 de la Ley de 10 de enero de 1879, mantenido en el art. 72 del Reglamento de 13 de junio del mismo año, reiterado en los artículos 59 y 60 del Reglamento de 10 de marzo de 1881, reproducido en los arts. 60 y 61 del Reglamento de 10 de febrero de 1891, regulado por la Ley de 24 de julio de 1918, y vigente hoy en día por imperativo de los arts. 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, así como, por los artículos 63 y siguientes de su Reglamento de 26 de abril de 1957, estando configurado por la doctrina científica más autorizada como un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación pudiendo ser caracterizado como la consecuencia de una ‘invalidez sobrevenida’ a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa que la motiva, bien por no establecerse el servicio o ejecutarse la obra que motivó la expropiación, así como, también, si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, pudiendo en tales casos, el primitivo dueño o sus causahabientes, recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio, según se señala en el art. 54 de la Ley Expropiatoria, siendo la desaparición, del elemento esencial de la causa, la razón determinante que hace que surja el derecho de reversión y siempre, claro está, que se hubiera producido la expropiación de los bienes cuya reversión se pide” (Considerando cuarto).

²² Así, CANASI (1964) señala que “[e]lla consiste en la facultad que se otorga al expropiado para readquirir o retrotraer el bien del cual ha sido privado por la utilidad pública, toda vez que éste no haya sido destinado al fin que determinó la ley. Este autor hace extensivo este derecho no sólo al caso del bien expropiado al que se asignó un destino distinto de aquel que determinó el acto expropiatorio, sino también toda vez que dicho bien no fuera aplicado a objeto alguno. Para el mencionado tratadista es algo de lógica y necesidad jurídica efectuar la restitución del bien a su antiguo propietario. Alude, citando a autores italianos, que la retrocesión se traduciría en una acción real inmobiliaria que correspondería al propietario afectado contra cualquier poseedor del inmueble. También manifiesta que el derecho de readquisición se encontraría implícito o sobreentendido en las expro-

En el considerando 28°, la resolución expresa: “Que, a mayor abundamiento, parece oportuno mencionar que el tratadista Rafael Bielsa expresa: la retrocesión es consecuencia lógica de la falta de causa expropiadora. Si el Estado expropiador no afectase la obra o servicio en cuya virtud expropia bienes, éstos no realizarían su objeto y quedarían en el patrimonio del Estado sin la función para la cual se privó de ellos al expropiado, en cuyo patrimonio llenaban a lo mejor una función económica más eficiente. Justo es pues, como lo disponía la ley 189, que vuelvan a ese patrimonio sí el propietario lo pide. Desde luego, no es necesario que la ley establezca un derecho, pues éste resulta virtual e implícito del hecho mismo de no existir utilidad pública. Si así no fuese quedaría en las manos del gobierno expropiar cualquier cosa, mediante planes ligeros e irreflexivos o falsos, y luego cambiar de opinión sobre la afectación de estos bienes y haber expropiado a un adversario político o por móvil de iniquidad. Ello permitiría los mayores abusos, sobre todo por la práctica legislativa consistente en delegar en la autoridad administrativa la afectación mediante planos de la misma autoridad revocables ad litem”.²³

En su considerando 30°, el fallo se refiere expresamente al tema de las lagunas legales, al pronunciarse acerca de la defensa esgrimida por la parte demandada, en el sentido que la acción de retrocesión no se encuentra contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. El tribunal expresa que ello no significa que “[l]a haya suprimido o vedado a los tribunales ordinarios de justicia las atribuciones para intervenir en un caso de esta naturaleza, ya que según lo prescribe el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales cuando su intervención ha sido reclamada en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad ni aún a falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.²⁴ Agrega el considerando 31°: “Que de olvidarse la norma contenida en el artículo 10, al consagrar el principio de inexcusabilidad, ha revestido tal importancia para el constituyente que lo ha incorporado como inciso 2° del artículo 73”.²⁵ Cuando no hay ley aplicable al caso que se deba fallar –dice el considerando 32°, “[p]or mandato expreso de la ley, los tribunales deben recurrir a la ‘equidad natural’, ya que el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil prescribe que toda sentencia definitiva debe contener ‘la enunciación de las leyes y en

piaciones”. Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda (1984) *Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero* (1984) p. 95.

²³ *Ídem.*, pp. 95 – 96.

²⁴ *Ídem.*, p. 96.

²⁵ En la actualidad artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política del Estado.

su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo" (Considerando 32°).²⁶

El considerando 33° señala: *"Que también puede el juez, para solucionar los casos que no tienen una ley aplicable, apoyarse en la regla de interpretación de las leyes contenida en el artículo 24 del Código Civil, que le permite actuar del modo que más conforme le parezca al espíritu general de la legislación y la equidad natural"*.²⁷

Por su parte, el considerando 46° agrega: *"Que teniendo presente que el asunto materia de este juicio, a falta de ley expresa que lo resuelva, deberá ser decidido conforme a los principios de la 'equidad natural', resulta de toda conveniencia recordar que ésta, para los moralistas, no es otra cosa que una virtud anexa a la justicia, cuyo objeto es conferir a la voluntad el temperamento y deseo necesario para imponer la justicia cuando la razón natural y los principios de la moral no se encuentran en la posibilidad de aplicar una ley escrita o consuetudinaria. La equidad, pues, es el fundamento de la justicia y ella se encuentra en la base de las demás virtudes gobernándolas y manteniéndolas en sus propias esferas para dirigir y consolidar las relaciones humanas"*.²⁸

El considerando 51° expresa *"[q]ue consecuentemente con lo razonado en los motivos precedentes resulta –conforme a los principios de equidad natural– que no es posible mantener una expropiación en la que no se ha pagado parte alguna de la indemnización ni se ha cumplido función social alguna o finalidad establecida por la ley, lo que además de constituir un grave perjuicio para el afectado, redundaría en un enriquecimiento sin causa para una institución estatal, y pugna contra la equidad más elemental"*.²⁹

Por último, el fallo señala en su considerando 52° que *"[f]undándose en todas las consideraciones hechas en los motivos 24 al 51 de este fallo, el tribunal estima, de equidad y más conforme a los principios generales del Derecho, acoger la acción de retrocesión invocada como subsidiaria de otras peticiones de la demanda"*.³⁰

²⁶ Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda (1984) *Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero* (1984) p. 96.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ídem.*, p. 98.

²⁹ *Ídem.*, p. 99.

³⁰ *Ibidem*.

III. ANÁLISIS DEL FALLO

1. *El principio de inexcusabilidad*

Interesa distinguir con absoluta claridad las labores de *interpretar e integrar* la ley. La primera se traduce en una actividad tendiente a precisar el sentido y alcance de una norma jurídica, sea ésta de alcance general o particular; la segunda se traduce en un proceso intelectual y jurídico destinado a salvar los vacíos o lagunas legales que presenta el ordenamiento jurídico o a suplir las deficiencias de ese mismo ordenamiento. La diferencia fundamental entre estos dos conceptos consiste en que mientras la labor de hermenéutica supone la existencia de una norma jurídica, la labor de integración, en cambio, exige que frente a un caso jurídicamente relevante no exista regla jurídica que lo resuelva. De esta manera, mientras el proceso de interpretación supone fijar el sentido de una regla jurídica, la labor de integración supone la necesidad para el órgano jurisdiccional de *crear o producir* una norma jurídica que resuelva el caso sometido a su decisión. Esta necesidad proviene del llamado *principio de inexcusabilidad* consagrado en el artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política del Estado. Este principio consiste, básicamente, en que el tribunal debe inevitablemente resolver los asuntos que comparecen ante él, sin que pueda esgrimir como excusa para no hacerlo, la falta de ley que resuelva el asunto, es decir, la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico no puede impedir que el juez resuelva los asuntos sometidos a su conocimiento.³¹

Cuando existan lagunas legales, el juez debe proceder a:

- 1.- El tribunal debe proceder a constatar si el asunto es resuelto por alguna otra fuente formal o por algún otro tipo normativo distinto al de la ley en sentido estricto.
- 2.- Si el negocio carece de regulación en el conjunto del ordenamiento jurídico, el tribunal debe, conforme a lo establecido en los artículos 170 N° 5 de Código de Procedimiento Civil y 24 del Código Civil, recurrir a los elementos de integración de la ley, que son los principios generales del derecho y la equidad natural. Tanto los primeros como la segunda, se caracterizan no por contener normas, sino por constituir mecanismos que permiten elaborarlas.

³¹ BASCUÑÁN (1997) pp. 83 y ss.

Cuando el juez intenta completar el ordenamiento jurídico mediante los principios generales del derecho, debe proceder a efectuar tres operaciones sucesivas:

- 1.— Debe proceder a constar la existencia de una laguna legal, es decir, consignar que no existe regla jurídica que solucione la controversia sometida a su decisión. Técnicamente existe una laguna legal, toda vez que el universo de casos contemplados en el ordenamiento jurídico es menor al número de casos fácticos posibles. Cuando esto último acontece, falla la característica de la *completitud* del ordenamiento jurídico;
- 2.— Constatada la existencia de una laguna legal, el juez debe proceder a examinar las normas del ordenamiento jurídico a fin de *inducir* el principio general; y
- 3.— Mediante el mecanismo lógico de la *deducción*, debe proceder a *crear* la norma jurídica que resuelva el caso concreto, es decir, va a deducir del principio general, la norma jurídica específica.³²

Los artículos 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y 24 del Código Civil establecen la forma en que debe proceder el juez en caso de carecer de legislación aplicable a un asunto no regulado por el ordenamiento jurídico. En el fallo en comento, el tribunal señaló en el considerando 51° que “[...] *no es posible mantener una expropiación en la que no se ha pagado parte alguna de la indemnización ni se ha cumplido función social alguna o finalidad establecida por la ley, lo que además de constituir un grave perjuicio para el afectado, redundaría en un enriquecimiento sin causa para la institución estatal, y pugna contra la equidad más elemental*”.³³

2. *La equidad natural*

En términos generales, la equidad constituye una *virtud*. Una virtud es aquello que se encuentra en un punto medio entre dos extremos igualmente viciosos, desde este punto de vista, por ejemplo, la generosidad constituye una virtud, por cuanto ella se sitúa en un punto medio entre dos extremos igualmente viciosos, por una parte la prodigalidad y por la otra la avaricia.³⁴

³² En este sentido, *vid.* CALVO (2000) pp. 193 y ss., LARENZ (1994) pp. 363 y ss., LACRUZ *et al.* (2006) pp. 254 y ss.

³³ Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda (1984) *Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero* (1984) p. 99.

³⁴ *Vid.* ARISTÓTELES (1931) pp. 118 y ss.

Aristóteles señala que “[l]a justicia es la mayor de las virtudes, no habiendo ‘ninguna estrella matutina ni vespertina’, que sea tan maravillosa; diciendo el proverbio: ‘la justicia comprende todas las virtudes’. Y es la virtud perfecta en su más lato sentido, por ser la práctica actual de la virtud perfecta”.³⁵ Ahora bien, según él, ‘la justicia cívica’ tiene dos dimensiones, lo justo natural y lo justo político. Lo justo natural, es aquello que tiene “[...] en todos lados la misma fuerza, [es como] el fuego que arde del mismo modo aquí que en Persia”.³⁶

Por su parte, lo justo político es aquello “puesto” por la autoridad política, es decir, aquel Derecho que tiene como causa eficiente al legislador.

Ahora bien, como lo justo político constituye una creación humana, contiene necesariamente ciertos defectos o vicios, los cuales deben ser corregidos por lo justo natural. Estos defectos son:

³⁵ *Ídem.*, p. 120.

³⁶ *Ídem.*, p. 137. En este sentido, RODRÍGUEZ (1990) pp. 108 y 109, expresa que la equidad natural es el “[s]entido (en cuanto entendimiento o razón o modo particular de entender una cosa o juicio que se hace de ella) intuitivo de la justicia aplicada a un caso concreto o situación concreta, con prescindencia del derecho positivo”. Por otra parte, indica ESTEBANEZ, en un comentario a la Cuestión 57, Artículo 1º, contenido como Introducción a la Suma Teológica de SANTO TOMÁS DE AQUINO (1990) p. 460: “Siguiendo a Aristóteles, cuya autoridad cita en el *sed contra*, SANTO TOMÁS divide el derecho en dos únicas especies: el natural y el positivo. El criterio que usa para esta división es el modo en que el objeto de la justicia, el derecho, se configura en su medida exacta. Este modo es doble. El primero, cuando la naturaleza misma se la proporciona. A este objeto se le llama entonces justo por naturaleza o derecho natural. A la norma que le da las medidas se le llama norma natural. El segundo es cuando la medida del objeto la deciden o acuerdan los implicados en la transacción regulada por la virtud de la justicia. A este objeto se le llama entonces justo o derecho positivo, y a la norma aplicada, norma positiva. En ambos casos, el agente y el beneficiario deben conformar sus actos respectivos al objeto así configurado. Es obvio que el pacto no hace que una cosa sea justa. La arbitrariedad que ello significaría es precisamente contra lo que se dirige la teoría iusnaturalista. En la objeción segunda toma en cuenta nuestro autor este supuesto, del que es muy consciente, tanto él como toda la tradición iusnaturalista, y lo descarta. Para él, la ley humana positiva no es fuente autónoma de derecho, sino sólo la aplicación o síntesis práctica del derecho natural. Hay que subrayar bien esto, pues significa que el derecho positivo, el convenido, no puede ser otro que el mismo derecho natural, cosa que, por otra parte, no se cansa de repetir Santo Tomás. 4. El marco para la intervención de la voluntad y del pacto hay que buscarlo en otra zona. De ello nos ocuparemos en el apartado siguiente. Esta división del derecho en sólo dos miembros, el natural y el positivo, es doctrina firme y constante del Angélico. La ha dado anteriormente en la 1-2 q.95 a.4, y la recuerda unas cuestiones más adelante de la que estamos comentando, en la q.60 a.5, estando sensiblemente presente en todas sus exposiciones sobre el derecho. La tesis que defienden algunos de sus intérpretes de que el derecho de gentes constituye un tercer miembro o especie de esta división está manifiestamente en contra de la letra y también, creemos, del espíritu de los escritos tomistas sobre el tema”.

A) *AMBIGÜEDAD*: En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española define a la palabra 'ambigua' de la siguiente forma: "*Dicho especialmente del lenguaje: Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión*".³⁷ Es decir, una palabra es ambigua cuando presenta o tiene dos o más significados, de tal forma que puede existir confusión o duda al momento de aplicar uno y otro sentido.

B) *GENERALIDAD*: Santo Tomás de Aquino expone como respuesta a la Primera Objeción del Artículo 2º, de la Cuestión 57, lo siguiente: "*Que lo que es natural al ser que tiene naturaleza inmutable es necesario que sea tal siempre y en todas partes. Mas la naturaleza del hombre es mutable. Y, por esto, lo que es natural al hombre puede fallar a veces. Por ejemplo, tiene igualdad natural el hecho de que se devuelva lo depositado al depositante; y, por consiguiente, si la naturaleza humana fuera siempre recta, ésta debería siempre observarse. Pero, debido a que la voluntad del hombre se pervierte a veces, hay algunos casos en los que lo depositado no debe ser devuelto, a fin de que un hombre con voluntad perversa no lo utilice mal; como, por ejemplo, si un loco o un enemigo del Estado exige las armas depositadas*".³⁸ En otras palabras, la norma legal o positiva indica que el depósito deberá ser restituido por el depositario a petición del depositante (en nuestro Derecho, el artículo 2227 del Código Civil dispone que: "*La obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida [...]*"), mas en ciertos casos indicados por lo justo natural (por ejemplo restituirle una espada al depositante que enloqueció con posterioridad a la perfección del contrato) es dable no observar esta disposición, en aras de arribar a una solución *equitativa*, a saber: aquella que proteja la vida e integridad física del depositante demente y de terceros.

C) *LAGUNAS LEGALES*: Es imposible que el Derecho Positivo pueda contemplar soluciones para todos y cada uno de los casos posibles. La misión de lo justo natural, por tanto, es salvar o corregir estos tres defectos o vicios de lo justo legal.

La pregunta que a continuación debemos formular es ¿en nuestro ordenamiento jurídico la equidad natural cumple con estas finalidades? Para responder a esta interrogante, analicemos los defectos o vicios de lo justo político por separado:

³⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001) Tomo I, p. 134.

³⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO (1990), pp. 470 y ss.

A) *DEFECTO DE LA AMBIGÜEDAD*: Bello contempló expresamente a la equidad natural como elemento supletorio o subsidiario de interpretación de la ley, en el artículo 24 del Código Civil. Es decir, aún cuando la equidad aparezca como elemento subsidiario de interpretación de la ley, creo que en la mente de BELLO estuvo presente el deseo de corregir a este defecto de lo justo legal.

B) *GENERALIDAD*: Si bien Bello tuvo originalmente la idea de establecer en el artículo 23 del Código Civil, el principio contrario del que actualmente este precepto dispone, en orden a que lo favorable u odioso de una disposición deberá ser tomado en cuenta para ampliar o restringir su interpretación.³⁹

C) *LAGUNAS LEGALES*: Si bien el Código de Bello no se pronunció al respecto, este tema fue salvado por el Código de Procedimiento Civil, el cual –como se dijo– expresa en su artículo 170 N° 5 los requisitos que deben cumplir las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, en su numeral quinto exige: la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo. Por tanto, es posible ver como en nuestro Derecho, es incluida la equidad natural como elemento corrector de las lagunas o vacíos legales.⁴⁰

³⁹ En este sentido, señala el maestro BELLO (1832): “En caso de duda, si se trata de cosas favorables, es mas seguro ampliar [sic] la significación; y si se trata de cosas odiosas, es más seguro restringirla. Para distinguir lo favorable de lo odioso, atenderemos a las reglas siguientes: 1ª. Todo lo que sin causar un gravamen notable a persona alguna, cede en beneficio general de la especie humana, es favorable; y lo contrario es odioso; 2ª. Todo lo que tiende a la utilidad común y a la igualdad de las partes es favorable, y lo contrario es odioso; 3ª. Todo lo que va a mudar el estado presente haciendo consistir la ganancia de los unos en la pérdida de los otros, es odioso; *incommoda vitantis melior, quam commoda petentis est causa*; 4ª. Todo lo que contiene una pena es odioso; 5ª. Todo lo que propende a inutilizar un pacto y hacerlo ilusorio, es odioso; 6ª. En las cosas que participan de lo favorable y de lo odioso, debe compararse el bien con el mal, y mirarse como favorable aquello en que propenderá el bien, y como odioso lo contrario”. En igual sentido, opina DE MORA (1830): “[...] Todo lo odioso debe restringirse; todo lo favorable á la humanidad debe ampliarse. En la jurisprudencia criminal no se entiende por herida una lijera cortadura, aunque toda solución de continuidad en los tegumentos se llama herida en el sentido rigoroso de la palabra [...]”. Sin embargo, prevaleció la opinión de don Manuel Antonio TOCORNAL (1842) en orden a que “[l]a distinción que se hace de las leyes en favorables i odiosas, no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”. Vid. Artículo 23, primera parte, del Proyecto Inédito de 1853 en *Obras completas de Don Andrés Bello*, vol. XIII, Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. RAMÍREZ.

⁴⁰ En este sentido, LARENZ (1994) p. 418 expresa: “Los principios ético-jurídicos son pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden ‘justificar’ decisiones jurídicas. Se distinguen de los principios técnico-jurídicos, que se basan en razones de oportunidad, por su contenido material de justicia; por este motivo pueden ser entendidos como acuñaciones y especificaciones especiales de la idea del Derecho, tal como ésta se muestra en la ‘conciencia jurídica general’ en este grado

CONCLUSIONES

Uno de los problemas que suelen plantearse respecto de la interpretación de la ley es si la labor de interpretar constituye un acto de simple aplicación del Derecho o si, por el contrario, se trata de un acto de creación de Derecho. Es decir, si el tribunal es solamente un órgano aplicador de normas jurídicas, o en cambio, si la labor jurisdiccional también puede *crear* Derecho, mediante el establecimiento de normas jurídicas que luego pasen a integrar el ordenamiento jurídico.

La interrogante anterior encuentra su respuesta en dos sistemas: el modelo silogístico y el modelo discrecional. Responder afirmativamente a la cuestión, es decir, estar por el modelo discrecional, planteando que los jueces al dictar un fallo e interpretar la ley no ejecutan un mero acto de aplicación de la norma jurídica, sino que por el contrario, crean una norma jurídica al dictar dicha sentencia, implica demostrar que los postulados de la llamada *Escuela de la Exégesis* son erróneos. Para ésta, la labor del juez no es creadora de Derecho, puesto que consiste simplemente en subsumir la premisa menor en la premisa mayor para luego obtener una conclusión. Sin embargo, el silogismo jurídico presenta varios defectos o problemas que se pueden agrupar en tres: defectos semánticos (ambigüedad de las palabras de la ley), defectos sintácticos (vaguedad) y defectos lógicos (textura abierta).⁴¹

Tal como se indicó precedentemente, el Diccionario de la Real Academia Española define a la palabra *'ambigua'*.⁴² Una palabra adolece del defecto de la *ambigüedad* si presenta o tiene varios sentidos, de tal suerte que en ciertos casos puede existir duda acerca de si dicha palabra está tomada en uno o en otro de sus sentidos. Por su parte, una palabra es *vaga*, cuando sus fronteras

de evolución histórica. En cuanto 'principios', no son reglas inmediatamente aplicables a los casos particulares, son ideas directivas, cuya transformación en reglas, que posibiliten una resolución, tiene lugar en parte por la legislación, en parte por la jurisprudencia de los tribunales según el proceso que hemos descrito anteriormente de la concretización y del perfeccionamiento de principios más especiales mediante la formación de grupos de casos. Algunos de ellos tienen, como hemos visto, el rango de normas constitucionales; otros, como el principio de 'buena fe', están expresados en las leyes, o se infiere de ellas, retornando a la ratio legis, el fundamento signifiante de una regulación legal. En cuanto criterios 'teleológico-objetivo' codeterminan la interpretación y también la integración de lagunas; aquí constituyen la base de una 'analogía general' y de vez en cuando también de una reducción teleológica".

⁴¹ Vid. MORESO y VILAJOSANA (2004) pp. 152 y ss.

⁴² Como se dijo, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001) Tomo I, p. 134, la palabra *ambigua* se define de la siguiente manera: "*Dicho especialmente del lenguaje: Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión*".

de significado son difusas. Es decir, cuando existen casos en que claramente se aplica, otros en que claramente no se aplica y otros a los cuales no se sabe con claridad si ha de aplicarse o no (esta banda constituye una *zona de penumbra*, en la cual existe duda si el significado de dicha palabra debe ser aplicado). Técnicamente, se dice que una palabra es vaga toda vez que adolece de defectos de *intensión* y *extensión*. La *intensión* está dada por el conjunto de propiedades que de ser comprobadas nos permiten aplicar dicho vocablo, por su parte la *extensión* se refiere al número de casos a los cuales dicho vocablo se aplica. Así, una palabra es vaga cuando su extensión no tiene límites precisos y ello por cuanto su intensión ni está determinada. Por último, la *textura abierta* se refiere a que el significado de una palabra puede variar en virtud del desarrollo de la técnica, y por lo tanto, la pregunta que se plantea es si ¿las nuevas creaciones de la ciencia pueden considerarse dentro del significado de la palabra contenida en una determinada ley?⁴³

Creemos que los defectos del lenguaje exigen que el juez participe creativamente en el proceso de interpretación de la ley, por lo tanto, se debe procurar el abandono del método tradicional del silogismo jurídico planteado por la exégesis, por cuanto las premisas no son ajenas al juez, sino que, por el contrario, son atribuibles a él, y por ello, la conclusión a que debe arribar (sentencia definitiva) también le debe ser atribuible y no ajena al mismo.

⁴³ En este sentido, MORESO y VILAJOSANA (2004) pp. 154 – 155 expresan lo siguiente: “Cuando se trata de establecer cuáles son los objetos nombrados por una palabra de clase o expresión lingüística general, puede suceder que la misma se refiera, sin duda alguna, a ciertos objetos: que, sin duda, no se aplique a otros; pero que haya otros objetos a los que es dudoso si la palabra se aplica o no. Cuando esto sucede, decimos que el significado (o concepto) expresado por la palabra o expresión es vago. Éste es un problema de imprecisión del lenguaje distinto al de la ambigüedad, ya que ahora no estamos frente al desconocimiento del significado de una palabra (puede ser que lo tengamos muy claro después de haber analizado el contexto y la situación, o simplemente lo hayamos estipulado), sino ante la indeterminación de la extensión o denotación de la palabra en relación con su connotación o intensión. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que la ambigüedad es una propiedad de los conceptos o significados. Como explicación del fenómeno de la vaguedad se suele utilizar la metáfora del foco de luz. El significado de una palabra sería como un foco de luz con el que iluminamos el mundo. Habría, así, una zona de total luminosidad, en la que existiría un criterio automático de aplicación de la palabra a determinados objetos (que caerían dentro del haz luminoso), otra de total oscuridad, en la que tendríamos un criterio de exclusión automático de aplicación de la palabra a determinados objetos, y, por último, una zona de penumbra que se caracterizaría porque en ella se carece de criterio automático de aplicación o de exclusión del término. [...] En definitiva, en los casos de vaguedad, decidir si un objeto está o no incluido en el campo de aplicación de la palabra pasa a ser, de nuevo, el resultado de un acto de voluntad y no supone un acto de conocimiento basado en un saber lingüístico. Una persona con gran competencia lingüística sigue teniendo el mismo problema: debe tomar una decisión basada en razones extra lingüísticas en los casos que caen en la zona de penumbra”.

Merece un comentario independiente el rol que juega la *equidad natural*: creo que el artículo 23 del Código Civil debe ser objeto de una reforma, a fin de que se establezca el principio contrario al que en la actualidad se contempla en dicho precepto. Pienso que lo favorable u odioso si ha de ser tenido en cuenta por el tribunal para ampliar o restringir la aplicación de la norma, no sólo con el objeto de respetar los postulados del Filósofo, sino que para dejar abierta la posibilidad que se le otorgue al juez para alcanzar soluciones más *justas*.

Asimismo, es importante el papel que tienen en el campo del Derecho los *principios generales* del mismo. A través de ellos el tribunal puede morigerar el rigor de las normas contenidas en los códigos y leyes complementarias, de tal forma de dictar sentencias que estén más conforme a la realidad. Se dice que lo anterior, podría conllevar a la inseguridad jurídica, sin embargo, creo que al entrar en juego los principios del derecho, tales como la equidad natural, la buena fe, la justicia, el enriquecimiento injusto, la responsabilidad, etc., en mi opinión no pueden ser postergados en aras de la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARISTÓTELES (1931) *Obras Completas. La Ética a Nicómaco* (Madrid, Imprenta de L. Rubio Aguas) Tomo VI.

BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio (1997): *Material de lectura. Teoría General del Ordenamiento Jurídico* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Imprenta Lex) 102 p.

BELLO LÓPEZ, Andrés (1832): *Principios del Derecho de Jentes* (Santiago de Chile, Imprenta de la Opinión) 267 p.

CALVO GARCÍA, Manuel (2000): *Teoría del Derecho* (2ª edición revisada y aumentada, Madrid, Editorial Tecnos) 253 p.

CANASI, José (1964): *La retrocesión en la expropiación pública* (Buenos Aires, Ediciones Depalma) 164 p.

DE AQUINO, Santo Tomás (1990): *Suma Teológica* (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos) Tomo III, Parte II, II –IIa, *Del Derecho, Introducción a las cuestiones 57 a 60 por Emilio G. Estebanez, O. P., La virtud de la Justicia, Q. 57.*

DE MORA, José Joaquín (1830): *Curso de Derecho del Liceo de Chile: Derecho Natural* (Santiago de Chile, Imprenta Republicana) Lección 18ª. *De la equidad y de la interpretación de las leyes.*

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO y RAMS ALBESA, Joaquín (2006): *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General. Volumen Primero. Introducción* (4ª edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Madrid, Dykinson) 267 p.

LARENZ, Karl (1994): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Traducc. y revisión de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, Editorial Ariel, S. A.) 536 p.

MORESO, Josep Joan y VILAJOSANA, Josep María (2004): *Introducción a la Teoría del Derecho* (Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.) 221 p.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001): *Diccionario de la Lengua Española* (22ª edición, Madrid, Espasa) Tomos I y II.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1990): *Teoría de la interpretación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 182 p.

TOCORNAL, Manuel Antonio (1842): *Semanario de Santiago* n° 12, de fecha 22 de septiembre de 1842.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil.

Código de Enjuiciamiento Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Tribunales.

Constitución Política del Estado.

Ley n° 16.640.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tocornal con Servicio Agrícola y Ganadero (1984): Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, 12 marzo 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI, Segunda Parte, Sección Quinta, pp. 88 y ss.

Tribunal Supremo Español, Tercera sala sobre contencioso-administrativo, 4 noviembre 2005. Disponible en <<http://supremo.vlex.es/vid/expropiacion-reversion-requisitos-u-20112387>>, fecha consulta: 9 marzo 2012.

