

UBO

ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Boniet
Boniet
Aequi
Aequi

Año 11 • Número 2

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”.

Año 11 N° 2, diciembre 2015

ISSN 0718-2457 Versión impresa

ISSN 0719-2568 Versión en línea

DIRECTORA

Nathalie Walker Silva, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Van De Wyngard Moyano, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile (Presidente).

Dr. Jakob Fortunat Stagl, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dr. Carlos Isler Soto, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dr. Marcelo Nasser Olea, Universidad de Los Andes, Chile.

Dr. Julio Alvear Téllez, Universidad del Desarrollo, Chile.

Dr. Carlos Darío Barrera, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Dra. María Leoba Castañeda Rivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dr. José Díaz Nieva, Universidad Santo Tomás, Chile.

Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Universidad Central de Venezuela, Venezuela.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Universidad Alberto Hurtado, Chile.

Dr. Eduardo Hernando Nieto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.

Dr. Raúl Madrid Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Universidad Complutense, España.

Dr. Waldo L. Parra, Universidad de Chile, Chile.

Dr. Francisco Pinilla Rodríguez, Universidad Central, Chile.

Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dra. Cristine Zanella, Faculdade de Direito de Santa María, Brasil.

COMITÉ DE REDACCIÓN

Secretaría de Redacción

Ana Gabriela Santos Guardado, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Asistente de Redacción

Iván Verdejo Clavero, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Ayudantes de Redacción

Jhon Troncoso Liencura, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Felipe Godoy Veas, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Andrés Durán Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Chile.

PAGINA REVISTA

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

Indexaciones

Al-día, El Mercurio Legal, Westlaw, Pro Quest, EBSCO, Dialnet y Latindex – Catálogo.

Avenida Viel 1497, Santiago-Chile.

Teléfonos: (56-2) 4774147- 4774150 - Fax: (56-2) 4774141.

E-mail: arsboni@ubo.cl.

IMPRESIÓN - PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM.

ÍNDICE

Editorial

NATHALIE WALKER SILVA 7

ESTUDIOS

Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación

MIGUEL ALARCÓN CAÑUTA 11

La representación política, participación ciudadana e iniciativa popular de ley en Chile

LESLIE SÁNCHEZ LOBOS 49

Tribunal de la libre competencia: atribución propositiva del art. 18 N°4

ALEJANDRA PÉREZ CEBALLOS 75

Desmitificando a Adam Smith: Una revisión a partir de Jhon Rawls

FRANCISCA SOFÍA HERNÁNDEZ BUSSE 105

Debates en torno al perfil recomendable para los magistrados de un Tribunal Constitucional: el caso español y datos comparados

JORGE O. BERCHOLC 131

El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español

HENRRY SOSA OLÁN 167

El uso malicioso de una tarjeta comercial hurtada, robada o extraviada: ¿Quién debe soportar el costo de las transacciones no consentidas?

ERIKA ISLER SOTO.....203

RECENSIONES

Carvalho Leal, Virginia, Uscanga Barradas, Abril (Eds.): El derecho y sus razones (aportaciones de jóvenes investigadores), Bubok Publishing S. Sl., Madrid, España, 2013, 292 pp.

SERGIO PEÑA NEIRA..... 223

Instrucciones a los autores..... 229

Instructions to authors.....237

EDITORIAL

Escribo esta editorial a pocos días de haber participado como expositora en las V Jornadas de Derecho del Consumidor, instancia que tuvo lugar los días 19 y 20 de noviembre de 2015, en la Universidad Bernardo O'Higgins. Estas Jornadas –organizadas conjuntamente con la Universidad Católica del Norte y Andrés Bello–, contaron con más de treinta expositores, quienes abordaron temas de vital interés en materia de consumo. Así, se discutió en torno a tópicos tales como: el régimen al que se someten las cláusulas abusivas; la responsabilidad en materia de consumo; el manejo y flujo de la información en el consumo; los seguros y Derecho del consumidor, entre varios otros. Fue, sin duda, una gran oportunidad de intercambiar ideas con otros académicos en un área compleja del Derecho, en la que nos queda un importante camino por recorrer, pese a los avances que Chile ha podido lograr en este ámbito. Al respecto, una interrogante que estuvo presente en la mayoría de los paneles de expertos es la relacionada con la naturaleza de la normativa sobre consumo. ¿Es un área que puede subsumirse en el Derecho Civil o, por el contrario, estamos en presencia de una disciplina autónoma y con reglas propias, que se aleja de los estándares del Derecho Común? Pese a no haber consenso en las opiniones, creemos que la pregunta se planteó para quedarse, hasta conseguir una forzosa y satisfactoria respuesta, sobre todo por las implicancias prácticas que puede ocasionar el aplicar una u otra normativa; con principios que se orientan a finalidades distintas y, a veces, derechamente contrapuestas.

Además de la experiencia ya descrita, nos llena de orgullo poder comunicar a la comunidad jurídica que la Comisión Nacional de Acreditación ha acreditado a nuestra querida Universidad Bernardo O'Higgins por 3 años, en las áreas de Gestión Institucional, Docencia de Pregrado y Vinculación con el Medio. Esta noticia nos enorgullece, por cuanto hemos trabajado arduamente para reflejar los avances que hemos experimentado en nuestra labor como "Universidad docente, con proyecciones hacia la investigación".

En este contexto, la Revista *Ars Boni et Aequi*, que tengo el honor de dirigir, constituye una muestra destacada de la preocupación constante de la Universidad Bernardo O'Higgins por poder crear espacios de divulgación científica y de discusión, con el objeto de hacer avanzar la Ciencia Jurídica a formas más perfectas de protección de la persona humana.

Para concluir, diremos que el lector tiene en sus manos el volumen 11 N°2 de la Revista *Ars Boni et Aequi*, fascículo que incorpora siete artículos inéditos de autores nacionales y extranjeros, en las áreas de Derecho Político, Derecho del Consumo, Libre Competencia, Derecho Constitucional, Derecho de Familia, Filosofía del Derecho y Derecho Procesal. Si tuviéramos que escoger un elemento común que aglutine a todos los trabajos publicados en esta edición, sin duda diríamos que en cada uno se aborda una importante tensión entre lo público y lo privado. Invitamos, entonces, al lector a descubrir cómo se aborda este común elemento en cada uno de los trabajos escogidos.

Nathalie Walker Silva
Directora
Ars Boni et Aequi

ESTUDIOS

CONVENIENCIA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

Appropriateness of children's involvement in the mediation process.

MIGUEL ALARCÓN CAÑUTA*
Universidad Católica de Temuco
Temuco, Chile

RESUMEN: En este trabajo se estudia la conveniencia, desde el punto de vista jurídico, de la participación de los niños en el proceso de mediación como forma pacífica y menos invasiva de solución de conflictos, y los alcances que, a modo de crítica, tienen las consideraciones que se efectúen para arribar a la conclusión afirmativa o negativa, respecto de la regulación nacional en torno a la institución. Para ello se estima de gran relevancia las apreciaciones y premisas que la doctrina nacional y comparada dan a conocer respecto del interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, así como de la mediación, y las notas que la doctrina comparada nos presenta en cuanto a la interrogante principal planteada.

PALABRAS CLAVE: Derecho a ser escuchado, Principio de interés superior del niño, Mediación.

ABSTRACT: *In this paper we study the suitability, from a legal point of view, of children's involvement in the mediation process as a form peaceful and less invasive of dispute resolution, and its reach, by way of criticism, have considerations that are made to arrive at affirmative or negative conclusion regarding the national regulation around this institution. For it is highly relevant estimated the considerations and premises that national and comparative doctrine*

* Magister en Derecho Privado, Universidad de Barcelona, España, Abogado Universidad Católica de Temuco, Chile. Correo electrónico: <maac23@gmail.com>

Artículo recibido el 10 de julio de 2015 y aceptado para publicación el 3 de noviembre de 2015

disclosed regarding the children's best interests principle and the right to be heard, as well as mediation, and the notes that the comparative doctrine presents us of the main question posed.

KEYWORDS: Right to be heard – Principle of child's best interests – Mediation.

I. INTRODUCCIÓN

La mediación familiar se constituye en uno de los mecanismos más útiles y efectivos para la solución de una controversia jurídica evitando los excesivos costos emocionales y monetarios que involucra un procedimiento judicial. Desde esta perspectiva se plantean medios y herramientas para poder hacerla más eficiente en cuanto a los resultados que de la misma se puedan obtener por las parejas que concurren voluntariamente ante la labor del mediador.

Los acuerdos que son tomados por las partes del proceso tienen efectos no solo en cuanto a sus propias vidas, sino que en la vida diaria y, muchas veces, de forma permanente, de los hijos de aquellos.

En este sentido, se plantea la posibilidad de introducir dentro del proceso mismo de mediación familiar la participación de los hijos como una forma de anexar un recurso de eficiencia a la mediación en cuanto a la toma de acuerdos y decisiones por parte de los padres; todo ello desde el punto de vista del respeto y protección al interés superior del niño y el derecho a ser oído.

La pregunta que nos hacemos en este punto por tanto es, si la participación de los niños, niñas y adolescentes (NNA) es o no recomendable para maximizar el resultado positivo del proceso y si nuestra legislación actual, de ser factible esta posibilidad, lo permite dando pleno respeto del principio de interés superior del niño o niña, como eje vertebral en todo ámbito de cuestiones que digan relación con los intereses de los niños y niñas.

A través de este trabajo, trataremos de responder a esta interrogante, primero, analizando el concepto, objetivos e importancia de la mediación familiar, enfatizando en la relación estrecha que existe entre el proceso y los intereses de los NNA en cuanto a los ámbitos en los que las decisiones que tomen las partes impactan la vida de los hijos.

En segundo lugar, desde la base del reconocimiento normativo del derecho de los niños a ser oído, su análisis como tal y sus consecuencias tanto para ellos como para los terceros, determinaremos las consecuencias positivas y negativas de la participación de los NNA en el proceso de mediación.

Respondida esta pregunta, determinaremos la doctrina existente a favor y en contra de la participación de los niños en el proceso de mediación, conociendo las posturas mayoritarias, planteando la nuestra, para luego analizar críticamente, desde la base de nuestros resultados previos, la normativa existente en nuestra legislación y las posturas doctrinarias contrarias.

Finalmente, a modo de cierre, generaremos algunas conclusiones que nos parecen relevantes para la mejor comprensión y cohesión de las ideas vertidas a lo largo del trabajo.

II. MEDIACIÓN FAMILIAR E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

1. *Mediación Familiar. Concepto e importancia*

La mediación como forma alternativa de resolución de conflictos tiene una importancia determinante en la relaciones de familia, principalmente atendido la gran cantidad de conflictos, no solo que repercuten en el ámbito jurídico, que se generan tras un proceso de ruptura de la pareja estable o matrimonial, sino con mayor relevancia, por las consecuencias que se derivan de tales rupturas en el ámbito socio afectivo de los miembros del núcleo familiar, y mayor atención, en los niños¹.

La Ley N° 19.968, del 25 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia, establece en su artículo 103 que, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.

La mediación familiar se constituye en herramienta importante desde el punto de vista de la solución eficiente de la controversia jurídica², que al mismo tiempo toma en consideración, con mayor grado que otra forma de solución de conflictos jurídicos en el ámbito de la familia, los reales alcances que el proceso de ruptura tiene en todos los integrantes de la familia, integrando una relación más armónica entre bajos costos de transacción, mayor

¹ PAVEZ (2008) p. 186.

² En este sentido, PAVEZ (2008) p. 197, citando al State Justice Institute (SJI). Normas recomendadas para los programas anexos de mediación en los tribunales. Traducción al castellano por la Fundación Libra de Argentina, Buenos Aires, 1993.

satisfacción con el resultado, menores efectos perjudiciales en la relación entre las partes y una menor recurrencia entre los participantes³.

Tomando en cuenta lo anterior, se puede conceptualizar someramente la mediación familiar como aquella forma alternativa de resolución de conflictos, distinta a un proceso judicial propiamente tal, que en el ámbito de las relaciones jurídicas del derecho de familia, tiene por objeto extraer las reales pretensiones y/o aspiraciones de las partes en conflicto a través de una serie de actos no contenciosos, no obligatorios pero vinculantes en caso de acuerdo, de manera tal de encontrar conjuntamente y a partir de las experiencias de las propias partes, la solución más benigna y eficiente posible para los miembros del grupo familiar en su totalidad.

Desde esta perspectiva, importante en el proceso de mediación por tanto será la labor del mediador, quien no siendo un juez, se encargará de extraer desde la profundidad del ser de las partes, sus reales sentimientos y pretensiones en cuanto al problema jurídico que se plantea, encontrándose muchas veces con actitudes no colaborativas de parte de los asistentes a las sesiones de mediación, debiendo superar estas barreras con técnicas y estrategias que le permitan hacer aflorar las intenciones de las partes. El logro de lo anterior no solo se tomará como una acción eficiente del mediador, sino que es un requisito *sine qua non* del proceso mismo, toda vez que la necesidad de encontrar la solución más eficiente y benigna posible para los miembros del grupo familiar requiere primero el conocimiento por parte del mediador de las expectativas de las partes, de tal forma de orientarlas para que ellas mismas sean quienes generen los espacios comunes de solución del conflicto.

Llama la atención en nuestro concepto la referencia que se realiza a la solución más benigna y eficiente posible para los miembros del grupo familiar en su totalidad, lo que tiene su razón de ser.

La solución que el mediador ayuda a encontrar a las partes debe ser aquella que en la mayor medida de lo posible sea la más benigna y eficiente para todos los miembros del grupo familiar, donde no solo los adultos (en relaciones de convivencia de pareja estable o matrimonial) serán los actores principales del proceso, sino que mayor aun, los niños que se encuentren inmersos en ese núcleo familiar, a quienes de forma importante, sea cual fuere

³ STELLA pp. 5 - 9, citando a Ury, William *et.al.* Cómo resolver disputas - Diseño de sistemas para reducir los costes de conflicto. Traducción al castellano a cargo de Fundación Libra, al cuidado de Elena Highton, Gladys Álvarez y Graciela Tapia, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1995.

la decisión, les afectará; todo ello atendido a las especiales condiciones en que se encuentran. Así entonces, la relación que la mediación tiene con las consecuencias que desde el punto de vista de los intereses en juego tienen las partes no solo se traduce en un mecanismo eficiente para encontrar soluciones beneficiosas a los problemas de las partes; sino que más aún, es la herramienta que permitirá encontrar la solución más eficiente y benigna para los integrantes de todo el núcleo familiar y, con mayor medida, acorde a los intereses de los niños y niñas que en aquel se encuentren inmersos.

El respeto del principio del interés superior del niño se traduce especialmente en este ámbito de cuestiones, esto es, encontrar aquella solución que sea en la mayor medida de lo posible, la más eficiente y benigna para sus intereses, pues en definitiva será a estos a los que en mayor medida afectará, o incluso perjudicará, la ruptura de la pareja estable o matrimonial.

Teniendo en cuenta lo señalado, veamos algunas definiciones de la mediación familiar, que toman en cuenta su objeto, de tal forma de hacer algunas apreciaciones.

Según GARCÍA, tomando en cuenta lo establecido en la Carta Europea de Mediación, podría decirse que la mediación es voluntad de abrir caminos, de establecer lazos, de una forma creativa, allá donde no existe un espacio de comunicación, en el que un tercero, imparcial, independiente y sin poder alguno, suscite constantemente en quienes, encerrados cada uno en su monólogo se encuentran atrapados en el conflicto, el deseo de elaborar conjuntamente una salida, restableciendo un “yo” y un “tú” que permita un verdadero diálogo. Es una estrategia donde dos antagonistas aceptan perder para llegar a ser, ambos, ganadores⁴.

La autora agrega que para SUARES no se debe definir la mediación como la institución para solucionar conflictos, sino la que ayuda a las partes a encontrar otra forma de encarar y conducir sus disputas. Por otro lado, señala que al parecer VILLAGRASA y VALL RÍUS coinciden, en lo esencial, con SUARES, ya que el objeto de “facilitar las vías de diálogo” —en palabras de los primeros—, podría identificarse con ayudar a las partes a desempararse —en palabras de la segunda— de sus posiciones.

La idea de lograr un acuerdo facilitando la comunicación a través de la participación de un proceso guiado por un tercero imparcial, independiente

⁴ GARCÍA (2003) pp. 55 y 56.

a las partes se repite en otros autores, con ciertas diferencias entre ellos, pero conteniendo lo esencial⁵.

En la Ley Catalana N° 15/2009, de 22 de junio, sobre mediación en el ámbito del derecho privado se define a la mediación como el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral; como método de gestión de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance. En cuanto a los objetivos específicos de la mediación familiar enumera en su artículo 2 varios, de los cuales destacan aquellos relacionados con los conflictos —así lo establece— derivados de la potestad parental y del régimen y forma de custodia de los hijos, conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, entre otros.

2. *Relación de la Mediación Familiar y el Interés superior del niño*

Teniendo en cuenta lo señalado por los autores especificados y la legislación de aplicación principal en materia de mediación familiar en el ámbito de la comunidad autónoma de Cataluña, se extraña en el concepto y el planteamiento de los objetivos de la misma, la alusión que ya en párrafos anteriores de este acápite hacíamos en torno a la estrecha relación que existe entre los fines de la mediación, como el logro de acuerdos en base a decisiones que sean lo más benignas y eficaces para todo el núcleo familiar, y el interés superior del niño, como aquel estrechamente vinculado y afectado por tal acuerdo de los padres. Se manifiesta en este sentido la consideración entre

⁵ En esta línea se han manifestado BUSTELLO (1995) p. 10., donde expresa que: “La mediación familiar interdisciplinaria o compleja es aquella intervención de un equipo multiprofesional representado en la persona del o de los mediadoras/es, no vinculado a las partes de un conflicto familiar de separación o divorcio, matrimonial o no, que lo hace en un principio a solicitud de cualquiera de ellas o de ambas, con el objetivo de promover una forma alternativa, no jurisdiccionalmente contradictoria, de resolución del conflicto familiar originado por la cesación de la vida marital.”; Haynes (1995) p 11; Moore (1995) p. 44, lo define como la intervención, en una disputa o negocio, de un tercero aceptado, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en una disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable; Torres (2000): “toda actividad de un tercero neutral, tendente a acercar las posiciones antagónicas de las partes de un conflicto y, eventualmente, a proponer un acuerdo de solución”.

los autores de estimar como partes en el proceso de mediación a los padres, sin atender en los enfoques de la mediación familiar al carácter de interesado que también los niños tienen en el proceso.

Lo anterior, sin embargo, no es la regla general, y algunos autores se han pronunciado en el sentido último mencionado, aumentando el ámbito de eficacia de la mediación familiar al campo, precisamente, de los intereses de la familia en extenso, y no limitada solamente a aquellos intereses de las partes en conflicto. Tal es el caso de GARCÍA VILLALUENGA, para quien el objeto final de la mediación familiar es el logro de la comunicación entre las partes, tratando de plasmar intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas partes, y atienda, también a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de niños, niñas y personas que padecen algún tipo de discapacidad⁶.

Se aprecia en este autor, en la misma línea en que veníamos argumentando, la necesidad de tomar en cuenta esta estrecha relación entre la mediación familiar, como forma de poner término al conflicto, la familia y —decimos—, el interés superior del niño, atendido a que los acuerdos que las partes protagonicen personalmente, acciones y decisiones, tendrán repercusiones directas en todo el sistema familiar⁷. Importante en este punto es señalar que ya la Recomendación de 1998, Principio III⁸ obliga al mediador a mantener por sobre todo ámbito de cuestiones, incluso siendo el objetivo principal del proceso de mediación, el interés superior del niño.

Es esto lo que, al parecer, toma en cuenta nuestra legislación nacional si leemos el artículo 105 letra e) de la Ley N° 19.968 de 2004, donde podríamos señalar que tal norma da cuenta de la consideración de esta relación importante entre los objetivos y fines de la mediación y la consideración del interés superior del niño, al establecer que durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar porque se cumpla —como principio del procedimiento de mediación— el interés superior del niño, por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el

⁶ GARCÍA (2006) pp. 274 y 275.

⁷ CARVO (2008) p. 388

⁸ Establece que: “el mediador tendrá como objeto principal, el bienestar y el interés superior del menor e instigará a los padres a concentrarse en las necesidades del menor y recordará a los padres su responsabilidad primordial, el bienestar de sus hijos y la necesidad que tiene de informarles y consultarles”.

interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso⁹ —volveremos sobre este punto—.

Teniendo en cuenta lo dicho, y situándonos en el conflicto de ruptura de los padres, preciso es determinar el ámbito de aplicación del proceso de mediación, en lo que a nosotros nos interesa, para conocer de forma precisa los impactos que tendrán las decisiones de las partes en cuanto a sus intereses, y principalmente en los intereses de los niños y niñas.

Si bien se pueden encontrar otras manifestaciones de aplicación de la mediación familiar, es en los casos de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad¹⁰ en que tiene mayor preponderancia para nuestro estudio¹¹. En efecto, en todas estas situaciones existen grandes intereses de las partes, que no solo se traducen en sus aspiraciones personales, sino que tienen que ver en gran medida con situaciones que repercuten directamente en la vida de los hijos, como son la determinación de la patria potestad, la guarda y custodia, los alimentos, el régimen de relación directa y regular. Tales instituciones jurídicas tienen un efecto tan importante en la vida de los niños y niñas, pues velan por su desarrollo físico, psicológico y afectivo, que en definitiva son las manifestaciones más patentes que dentro del ámbito de las relaciones familiares tiene el interés del niño¹². Desde otro punto de vista, y en términos generales, el conflicto familiar, en específico, enferma todo el sistema de la familia; la quiebra matrimonial —y de la unión civil hoy en día— desestabiliza emocionalmente el matrimonio —y a las uniones civiles que conforman la pareja estable—, se transmite a los hijos y arrasa la intimidad del hogar¹³.

Se aprecia por tanto el impacto que sobre la vida de los niños tienen las decisiones que toman los padres en el proceso de mediación, hasta el punto de determinar una situación de hecho que perdurará en el tiempo, muchas veces tornándose permanente.

⁹ La norma en su redacción completa establece que el mediador deberá velar siempre por el “Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.”.

¹⁰ La legislación española habla de delación tutelar, plan de parentalidad y potestad parental.

¹¹ VILLAGRASA (2011) pp. 106 - 111.

¹² SANCHEZ-EZNARRIAGA (2011) pp. 72 - 76.

¹³ GARCIA (2003) p. 70.

3. *Modelos de mediación y la consideración de todos los integrantes de la familia*

En este sentido, es muy importante para lo que acabamos de señalar en párrafos anteriores, considerar los modelos de mediación que en la actualidad existen, a fin de entender la consideración que de la misma tiene nuestro ordenamiento jurídico para efectos del estudio que nos convoca.

Siguiendo a la autora SUARES, podemos diferenciar claramente tres modelos de mediación. Por una parte encontramos el modelo de Harvard que centra su atención en la búsqueda y captación de los intereses de las partes, de manera de lograr, a partir de los mismos, la solución a la controversia. Por otro lado, el modelo transformador apunta al cambio o transformación de las ideas que las partes tienen, en una relación de tipo competitiva, sobre sí mismas y sobre la otra, de tal manera de posibilitar el entendimiento, en lo que se denomina una relación cooperativa como facilitadora del acuerdo¹⁴.

Finalmente, el modelo circular narrativo, que la autora posiciona entre los antes señalados, y siguiendo a MANUERA¹⁵, encuentra sus fundamentos en la psicología del yo, el paradigma de la comunicación humana, la Teoría General de Sistemas¹⁶, en conceptos de cibernética y en la causalidad circularidad de las pautas de interacción familiar¹⁷. Para este modelo importan las relaciones que se generan entre los participantes de un sistema en el cual todos los componentes del mismo se encuentran interrelacionados de manera interdependiente. Con ello en mente, y decantando tales ideas en el proceso de mediación, el resultado del acuerdo necesariamente requiere de la participación de cada uno de los componentes del sistema, esto es, cada uno de los

¹⁴ SUARES (2008) pp. 46 - 47.

¹⁵ MUNUERA (2007). En su trabajo describe el modelo circular narrativo propuesto por Sara Cobb, "referente teórico del modelo circular narrativo", p. 88.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 86, expresa que: "La persona se encuentra inserta en un "sistema", siendo los miembros de ese sistema interdependientes. Han sido las contribuciones científicas de autores como Bertalanffy, Haley, Russell, Shannon, Von Neumann, Watzlawick, Wiener [...] las que ayudan en la comprensión de los procesos de comunicación en la familia, El ciclo de vida familiar: roles y reglas, los procesos de cambio...".

¹⁷ *Id.*, expresa que: "si bien en las cadenas progresivas lineales de causalidad, tiene sentido hablar acerca del comienzo y el fin de una cadena, tales términos carecen de sentido en los sistemas con circuitos de retroalimentación. En un círculo no hay comienzo ni fin. En el mundo no es posible encontrar el claro y lineal ordenamiento de causa y efecto [como sucede en el modelo lineal o de Harvard], a menos que se lo imponga artificialmente. La teoría general de sistemas considera que la causalidad es un proceso circular".

integrantes o miembros del núcleo familiar, que como elementos del sistema —familia—, se encuentran interrelacionados de manera interdependiente¹⁸.

Es precisamente desde esta última perspectiva que podemos comprender lo que a lo largo de los párrafos anteriores veníamos diciendo en torno a la estrecha relación entre los objetivos y fines de la mediación y la consideración del interés superior del niño, desde el punto de vista de la influencia o repercusiones que el acuerdo al que sus padres arriben tendrá en su vida. En efecto, desde el punto de vista de la Teoría General de Sistemas, la familia en la sociedad se circunscribe como un sistema que se interconecta con otros similares —otras familias—, compuesto internamente por elementos interrelacionados. Son los miembros de la familia. Tales miembros de la familia, como en todo sistema, se vinculan unos con otros, lo que significa que cualquier acontecimiento que tenga repercusiones en la vida de uno, necesariamente influirá en la vida del resto. En efecto, se describe la forma de la familia como sistema peculiar de interacciones, donde como entidad social de grupo, toda información acerca de los efectos de la acción de uno cualquiera de los integrantes de la misma, regresa para afectar al sistema mismo¹⁹, y consecuentemente a otros de sus integrantes.

II. EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Conociendo la vinculación clara que las decisiones y acuerdos que se toman en el proceso de mediación tienen en relación a los intereses del niño, lo cual a nuestro juicio ya habilitaría para que éste pueda participar activamente en los actos del proceso, es necesario determinar, antes de la respuesta definitiva a nuestro cuestionamiento, si es o no beneficioso para sus propios intereses su participación en la mediación familiar.

1. El derecho del niño a ser oído

La Declaración Universal de Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, establece en su artículo 12 que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar

¹⁸ *Id.*, señala que “G. Bateson [citando a Berger, 1993] demostró que todo conocimiento de los acontecimientos externos proviene de las relaciones existentes entre ellos. Se reconoce en el hecho de que, para adquirir una percepción más exacta, un ser humano recurrirá siempre a los cambios en la relación entre él y el objeto externo».

¹⁹ ROUIZ (1989) p. 121.

su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

A nivel comparado, la carta fundamental española en su artículo 39 consagra tanto la protección a la familia como a los hijos. En este sentido, la Ley Catalana 11/2010, del 27 de mayo, sobre los derechos y oportunidades en la infancia y adolescencia, en su artículo 7 reglamenta el Derecho a ser “escuchado” en los niños y los adolescentes, de acuerdo con sus capacidades evolutivas y con las competencias alcanzadas, y en cualquier caso, a partir de los doce años, donde deben ser escuchados tanto en el ámbito familiar, escolar y social como en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se encuentren directamente implicados y que conduzcan a una decisión que afecte a su entorno personal, familiar, social o patrimonial. Se expresa además que los niños y los adolescentes pueden manifestar su opinión por sí mismos o mediante la persona que designen, y que en el ejercicio del derecho a ser escuchado deben respetarse las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación.

Por nuestra parte, la Constitución Política de la República en el artículo 1 consagra la protección a la familia. A su vez, la Ley N° 19.968 de 2004 establece el derecho de los niños y niñas a ser escuchados en el procedimiento ordinario, de acuerdo al artículo 69 de la mencionada Ley, pudiendo escucharlos con objeto de tener en cuenta sus opiniones, atendiendo a su edad y madurez. A su vez, el artículo 105 letra e) establece que el mediador podrá citar a los niños, considerado su interés superior, en casos que sea estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación²⁰.

El derecho a ser escuchado, consagrado como tal en la Declaración Universal de Derechos del Niño y en el ordenamiento jurídico establece, más que lo señalado en el propio texto de la norma, que el niño deba ser oído en todas aquellas materias que le son de su interés²¹. En efecto, la consa-

²⁰ La norma en comento señala: “Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación”.

²¹ Couso (2006) p. 153, expresa que el derecho a ser oído de la Convención sobre los Derechos del Niño se referiría a cualquier niño que pueda tener algo relevante que comunicar

gración como obligación de los poderes públicos de “escuchar” importa que deba “oírse” a los niños. Tal aseveración, en la misma línea que VARGAS PAVEZ y CORREA CAMUS, tiene un sentido obligatorio directo hacia los entes que gestionan cualquier situación que tenga una estrecha relación con los intereses de niños y niñas, debido a que como ya se planteó, para cada gestión que se realice, y que pueda afectar sus intereses, se debe necesariamente tomar en consideración las pretensiones del propio niño, lo cual no se traducirá solamente en conversar con él para conocer lo que hace, lo que le gusta, las características de su entorno familiar, social, cultural, etc., sino que con mayor relevancia, sus intereses, inquietudes, aprehensiones y pretensiones internas que se relacionan con cualquier situación que genere consecuencias en él, y le afecte.

Tal es la preponderancia del derecho a ser oído, que en estrecha relación con el principio del interés superior del niño, determinan las herramientas básicas con las cuales podrá, y deberá, contar aquella persona que gestione tales procesos; todo ello pues, de acuerdo a lo argumentado por las autoras, el oír al niño o niña importa no solo plasmar en los actos la pretensión principal de la Declaración de los Derechos del Niño, esto es, que sean estimados como sujetos efectivos de derechos, sino que más allá, constituye la forma básica de concretar la participación efectiva²² de los niños en los procesos que les afectan desde su propia perspectiva y experiencia²³.

Teniendo en consideración lo antes expuesto, y de acuerdo con lo señalado por las autoras, aún si ni en la Declaración Universal de Derechos del Niño, ni en la Ley Catalana 15/2009 de 22 de julio, o en la Ley N° 19.968 de 2004 se establece, el derecho a ser oído se configura como un derecho de participación del niño en la esfera de cuestiones que le afectan. En este sentido, la Observación General N° 12 de 2009, del Comité de Derechos del Niño (Comité), en torno al derecho del niño a ser escuchado, estableciendo que tal derecho se constituye en uno de los valores fundamentales de la Convención de Derechos del Niño²⁴, señala expresamente “[...] que se trata de una participación que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo.”²⁵.

sobre un asunto que le afectará.

²² *Ibid.* p. 148.

²³ VARGAS Y CORREA (2011) p. 180.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño (2009) p. 5.

²⁵ *Ibid.*

De esta forma, conociendo la relevancia determinante que ostenta el derecho a ser oído, en estricta concordancia con el principio del interés superior, y la relevancia que el proceso de mediación determina sobre los propios intereses del niño, como se argumentaba en el acápite anterior, vemos la necesidad de la participación de los niños y niñas en el proceso de mediación, toda vez que no solo como derecho, sino que como obligación hacia los poderes públicos, opera como garante de la participación que ellos deben tener en los procesos que le afectan, atendidos los alcances que sobre la vida futura, a largo plazo, ostentan las decisiones que los padres tomarán a la hora de la ruptura de la pareja estable o matrimonial.

Lo anterior no es de poca importancia si tenemos en cuenta que la totalidad de las formas de participación de los niños en los procesos de familia se lleva a cabo en el ámbito judicial, ya sea como testigo, como sujeto de peritaje o en una audiencia especial al efecto. En tales circunstancias se puede cuestionar el respeto del mandato de participación efectiva de los niños en aquellas materias que le son de su interés, toda vez que en circunstancias como las señaladas, se coincide por la psicología que son factores estresores de alto grado para el desarrollo normal de las habilidades y capacidades de niños y niñas. En este sentido, se ha establecido que: "La asistencia del menor a una exploración psicológica forense, donde se va a evaluar su credibilidad y la presencia en una sala de visitas para declarar ante personas nuevas y desconocidas son situaciones que generan una respuesta de estrés muy importante en el niño.

Mira y Diges (1991): las condiciones de amenaza y estrés limitan la capacidad para fijarse y atender a los detalles; recordad ciertos aspectos esenciales de la situación;

Chrisianson (1992): el estrés actúa sobre la memoria de testigos en función de: el tipo de suceso, emocional o neutro, el tipo de detalles que se han de recordar, periféricos o esenciales dentro de un contexto emocional, la demora en la toma de declaración, las condiciones del recuerdo, estado de ánimo, ayudas, claves contextuales, etc"²⁶.

Ante esto, por tanto, la participación de los niños en un ambiente muy distinto al de un proceso judicial propiamente tal, se considera permitiría la proliferación voluntaria de sus capacidades de comunicación, no solo verbal,

²⁶ Universidad de Alicante, Licenciatura en Criminología, Asignatura: Psicología Criminal, "El menor como testigo".

sino que, y de mayor importancia, gestual²⁷; donde la labor del mediador será por tanto, la de oír al niño, poniendo atención a sus palabras, gestos, acciones, los cuales darán a conocer sus experiencias y pretensiones respecto a los acontecimientos²⁸. En este sentido, se considera además, y existen evidencias, que introducirlos en el proceso conlleva explicar la situación y reducir sus preocupaciones, y que su participación repercute positivamente en su autoestima y funcionamiento psicológico, ayuda a desarrollar la capacidad de la autosuficiencia, siendo más fácil al niño salir de la dependencia familiar, y facilita la adaptación a la nueva situación tras haber recibido una explicación²⁹.

2. Capacidad de los niños para participar en el proceso de mediación familiar

La participación de los niños y niñas en el proceso de mediación familiar, como vemos hasta ahora, es necesaria, pero debemos analizar si es beneficiosa para sus intereses.

La necesidad de la participación de los niños, como veíamos, se condice con lo señalado por SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, quien señala que “la proliferación de procesos familiares en los que de una u otra forma se ven involucrados menores, así como la evolución social y legal, que se ha venido produciendo en la consideración de estos menores, induce a una reflexión en torno a su situación y la forma en que debe aplicarse el principio de protección que los mismos demandan”³⁰.

Tales apreciaciones tienen importancia desde el punto de vista de la capacidad de los niños para poder participar del proceso de mediación, donde hoy en día pareciera ser un problema de difícil valoración y consenso.

²⁷ COUSO (2006) p. 153, menciona que lo que tenga que expresar el niño podrá hacerlo incluso a través de formas no verbales. Expresa que la fórmula usada, por ejemplo, por la Children’s Act inglesa de 1989 se refiere “no solo a deseos formulados en forma discursiva, sino también a sentimientos expresados de otra forma, lo que es muy relevante para niños con menores competencias lingüísticas o niños que en ciertas circunstancias no pueden verbalizar, pero sí demuestran de formas perceptibles (a veces, con vehemencia) sus sentimientos positivos o negativos frente a ciertas opciones”.

²⁸ VARGAS Y CORREA (2011) p. 184.

²⁹ VALERO (2010) p. 92.

³⁰ SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2011) p. 59.

Tomando las palabras de VALERO MATAS, en cuanto a la fijación de edad mínima para que un niño pueda participar en un proceso de mediación, la normativa reguladora de la posibilidad de escuchar a los niños en determinados asuntos que se expresan en el Código Civil español sería un mero trámite de exposición de normas, toda vez que estaría restringiendo dar voz a los niños y niñas, en vez de promover el ejercicio sin limitaciones. Lo anterior —expresa— se ve reafirmado en Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 163/2009, del 29 de junio, en la que tomándose en consideración el artículo 92 apartado 6 del Código Civil³¹ español, en relación al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero³², se interpretaba que los “[...] órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y solo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”³³. De acuerdo a ello, el autor señala que no existiría una obligación por parte de los jueces en España de oír a los niños en aquellos casos en que deba fijarse ciertas condiciones posteriores al divorcio o separación de sus padres —en este caso la guarda y custodia—, por lo que —peor aún—malamente podría esgrimirse una lesión de su derecho fundamental³⁴.

³¹ La norma establece, aún en la actualidad, que “en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

³² STC 163/2009, fundamento jurídico cuarto, segundo párrafo, se establece que “el apartado 2 de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho 'por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio' y que “cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”.

³³ STC 163/2009, fundamento jurídico quinto, párrafo segundo.

³⁴ VALERO (2010) p. 97.

En la actualidad existen múltiples normas relativas a la capacidad de los niños en relación a otras materias, que a simple vista parecieren algunas ser de mayor relevancia en cuanto impactos sobre sus propias vidas. En todas estas materias no se exige la mayoría de edad. Por otro lado, ya sabemos que con la ratificación de la Declaración de Derechos del Niños por los Estados miembros, se concretiza la labor de considerar a los niños como sujetos de derecho, pudiendo ejercitarlos por él o ella.

En ese sentido, y a modo de ejemplo, que la ley Catalana fije como límite de edad los 12 para el ejercicio del derecho a ser oído, impondría una limitación por motivos de edad al ejercicio efectivo por parte de los niños de su derecho a ser oídos, y consecuentemente, a participar en los procesos de su interés.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, independiente del fallo del Tribunal Constitucional ya citado, que el mismo VALERO considera no generar jurisprudencia³⁵, y siendo más optimistas, nos atrevemos a decir que de la normativa en estudio no parecer ser la regla general la fijación de una edad mínima para que los niños puedan ejercitar su derecho a ser oído.

En efecto, la redacción del artículo 7 de la Ley Catalana deja la puerta abierta a situaciones en que el niño tenga la madurez suficiente para poder ejercitar su derecho a ser oído a una edad inferior a los 12 años, lo cual a la luz de los estudios de psicología infantil pareciere ser la regla general, y no la excepción. A su vez, la redacción actual de la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, en su artículo 9, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pareciera tener una redacción abierta, donde, a pesar de hacer una referencia a la edad de 12 años, alude de forma principal al concepto de madurez, el cual será considerado de acuerdo al desarrollo evolutivo del niño y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.

En tal sentido, se ha considerado que los niños comienzan su aprendizaje y percepción de su entorno desde el momento de su nacimiento con cada experiencia vivencial, no al llegar una determinada edad³⁶. La misma

³⁵ *Ibíd.*, señala que: “Si a esto [a la modificación del artículo 9.2 del Código Civil español, que restringiría aún más la voz de los menores] le adicionamos, aunque no genera jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional, (STC) de 29 de junio de 2009 [...] se entorpece aún más, escuchar a los menores ante una ruptura familiar.”

³⁶ Se puede inferir de los estudios realizados por PAPALIA y WENDKOS (1978).

Observación General N° 12 de 2009 del Comité establece que el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niños no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión, y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. El Comité manifiesta que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones, sino que al contrario, deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas. Para ello establece además que “hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente³⁷. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”³⁸.

Pues bien, pareciera ser que nuestra legislación apunta en el sentido antes indicado, toda vez que no dispone un límite específico de edad para posibilitar la participación de los niños en los procedimientos judiciales y la mediación. Ante esto, la doctrina ha señalado que establecer un límite de edad específico para permitir la participación del niño en un procedimiento determinado es perjudicial, no solo en cuanto establecimiento de una limitación al ejercicio de los derechos del niño —que en ciertos casos pudiere ser justificado—, sino que más aún, porque tal limitación en muchos casos podría tornarse en arbitraria³⁹.

Teniendo nosotros en cuenta que el derecho del niño a ser oído es una manifestación patente de derechos fundamentales como el de opinión, libertad de expresión y pensamiento, ALAEZ, en base al reconocimiento de la capacidad de obrar iusfundamental para el ejercicio autónomo de ciertos derechos fundamentales que solo pueden ser ejercidos personalmente, establece como criterio preponderante el grado de madurez del niño que se adquiere de forma progresiva, en lo que él denomina la gradual autonomía

³⁷ En este punto cita a LANSDOWN (2005): “The evolving capacities of the child”, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF/Save the Children, Florencia.

³⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009) p. 9.

³⁹ En este sentido VARGAS et al. (2010) p. 10, señala que no es pacífico el tema, pero considera riesgoso establecer un parámetro de edad por la “rigidización en la aplicación de los mismos, sin considerar que los niños tienen experiencias de vida y formas de expresarse distintas”.

volitiva del menor⁴⁰. En este sentido, el Comité establece que la madurez de un niño se refiere a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado y de expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente; ello teniendo en cuenta que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, habiéndose demostrado que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Termina estableciendo que, por tal motivo, es que las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso⁴¹.

Con tal apreciación, las experiencias vivenciales que se generan en un contexto de ruptura de pareja estable o matrimonial, no necesariamente deberían ser absorbidas por el niño a una determinada edad, sino que a medida que transcurren, teniendo él sentimientos de apego hacia un progenitor, opiniones específicas con respecto a un tema que le interesa, entre otros. Todo lo cual se debe contextualizar a medida que transcurre su desarrollo, dependiendo de las situaciones que se generen en el caso particular.

De tal forma que la exigencia de una edad mínima en la cual se admita el ejercicio del derecho a ser oído no debiere configurarse en la regla general, tal como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, en donde se ha establecido en “reiteradas oportunidades [...] que la trascendencia de la decisión sobre el destino del niño exige que quien vaya a resolver lo conozca, no importando la edad, sino que ‘...sea cual fuere su edad, será indispensable verlo, porque ese constituye el verdadero y *único modo* de saber de él, más allá de los certificados, informes y constancias foliadas; para ser protegido el niño necesita la mirada del juez...’”⁴², lo cual pareciere estar apuntando ni siquiera a la necesidad de madurez por parte del niño para que ejercite su derecho a ser oído, sino que

⁴⁰ ALAEZ (2003) pp. 152, 153 y 154. Expresa que “¿cuándo adquiere el individuo la suficiente autonomía volitiva como para que predomine su autoprotección y quede relegada su heteroprotección? [...] lo cierto es que el de la madurez es el criterio que mejor pareciere adaptarse a su gradual y evolutiva adquisición de autonomía volitiva”, más adelante afirma que “exigir al menor una capacidad de decidir conforme a criterios propios del mayor de edad equivale a negarle la capacidad de autoprotgerse y a considerar que la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales corresponde, en último extremo a mayores de edad o menores que sean capaces de actuar como mayores.”.

⁴¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009) p. 11.

⁴² Es lo expresado por FIGUEREDO en documento sin fecha publicado en la sección de publicaciones jurídicas de la página web del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes.

por la sola condición de serlo, a quien le afecta una situación determinada, y quien debe poder ser oído por quien tiene las riendas de un proceso (judicial o extrajudicial) que conlleve consecuencias sobre su persona.

De todas formas, tal como lo señala SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, siempre que se contempla el criterio de la edad de los niños, o bien el de la madurez, necesariamente deberemos oír al niño, constituyéndose esto en una petición de principio⁴³. Termina el autor dando a conocer, a nuestro modo de ver, la necesidad de incorporar este criterio de la madurez de los niños en cuanto a la participación que él mismo pudiese tener en aquellas materias que le son de su interés, sin atenderse solo a la estrictez de la normativa o al solo criterio sesgado del juzgador; expresa que “la existencia de esa posibilidad amplia-toria permite corregir casos en que la aplicación exclusiva y rigurosa de la edad, dejaría sin ser oídos a menores que lo merecen”⁴⁴.

A todo lo anterior debe además agregarse que el niño, desde que posee derechos fundamentales —tal como ya lo señalábamos—, y siguiendo a CILLERO, tiene la capacidad de ejercerlos de forma autónoma, o no ejercerlos, correspondiéndole a él tal decisión; toda vez que con la Convención de Derechos del Niño se reafirma la consideración de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de ser persona humana⁴⁵. En este sentido, la autonomía progresiva del niño importa que pueda ejercer su derechos⁴⁶, y en lo que nos convoca, el derecho a ser oído. Y es que la autonomía progresiva se encuentra en estrecha relación con el interés superior del niño, más si tomamos en consideración que en términos prácticos, éste último se traduce, se puede conceptualizar, como el legítimo ejercicio de sus derechos⁴⁷.

Hace alusión, a modo de ejemplo, a la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Ac. 78.728, 02 de mayo de 2002.

⁴³ SANCHEZ-EZNARRIAGA (2011) p. 65, expresa que: “en las cada vez más numerosas acciones en que se contempla el criterio, preciso, exacto y seguro, de la edad, con otro indeterminado y relativo, referido al suficiente juicio o madurez del menor, además de la incertidumbre en su aplicación, hay que destacar que su expresión contiene en sí misma una petición de principio. Si para darle intervención o ser oído el menor, hay que dilucidar si tiene suficiente juicio, no puede adoptarse esta decisión, sin una valoración personal del menor, esto es, sin oírle personalmente”.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ CILLERO (1990) pp. 4 - 5.

⁴⁶ COUSO (2006) p. 150.

⁴⁷ CILLERO (1999), p. 134.

Lo anteriormente expuesto determina que la participación directa del niño en los procesos de su interés sea la regla general, así como que la participación a través de un representante se deje como último recurso en aquellos casos en los que de ninguna forma el niño pueda expresar por sí mismo, de forma verbal y física, sus pretensiones.

Sentado lo anterior, se debe reiterar la gran importancia que tendrá entonces la labor del mediador, en cuanto persona que deberá “oír” al niño, debiendo crear el espacio para que el mismo se sienta con libertad de exponer sus experiencias, opiniones, gestos, pretensiones. Oyéndolo, el mediador deberá extraer aquellas apreciaciones que sean determinantes, discriminar aquellas situaciones que no tienen relación con el caso, en aptitud receptiva.

Desde nuestro punto de vista, por tanto, más que la posibilidad y necesidad de que el niño participe activamente en procesos de mediación genera múltiples ventajas: la primera y más obvia, el respeto efectivo de su derecho a ejercitar su derecho a ser oído, desde que el mismo engloba la posibilidad de participación efectiva del niño en los procesos que tienen consecuencias sobre su persona, en cumplimiento con el principio de autonomía progresiva. En segundo lugar, y atendida la importancia de los procesos de mediación, y el fomento que los mismos han tenido desde varios años en los distintos ordenamientos jurídicos, la participación de los niños permite que el mediador amplíe el campo de acción en relación a las partes en conflicto, lo que le permite hacerse de información objetiva de primera fuente, no solo en cuanto al problema subyacente entre las partes, sino también en relación a la información que será relevante tomar en cuenta a la hora de orientar a las partes en vista de obtener soluciones que afectarán directamente al niño o niña. En este sentido, tales consideraciones son esenciales para que el mediador logre valorar la posibilidad de que el niño tiene para influir positivamente en el acuerdo⁴⁸. En tercer término, la participación activa del niño en el proceso de mediación permitirá que los padres, atendidos los conceptos analizados de la institución, puedan por sí mismos fomentar la comunicación entre ellos y para con los hijos, de forma tal que las decisiones y acuerdos que tomen,

⁴⁸ DÍAZ p. 7, expresa que: “aunque tales consideraciones puedan parecer ajenas a la mediación, no lo son, pues todas apuntan a la necesaria consideración previa por el agente mediador, por un lado, de las posibilidades reales de sometimiento del menor al proceso mediador, y, de otro, de la verosimilitud, consistencia y no condicionamiento de la voluntariedad del sometimiento del menor al referido proceso, así como de la real comprensión por el mismo, tanto de su contenido como de sus objetivos, esto es, la valoración de lo que podría denominarse capacidad natural, entendida como posibilidad real de toma de decisiones plenamente consentidas, válidas, y no condicionadas”.

tengan el valor agregado de surgir desde su valoración, con implicancia directa de los hijos, que hará más eficiente y posible de cumplir el acuerdo.

III. ANÁLISIS CRÍTICO A LA LUZ DE LA DOCTRINA EN CUANTO A LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

1. *Doctrina en torno a la participación de los niños en el proceso de mediación*

Dentro de la doctrina encontramos autores que se postulan a favor de la participación de los niños y niñas en los procesos de mediación, donde se aduce que es parte de la función del mediador educar a los padres e incluso actuar como defensores de las necesidades e intereses de los niños.

En este sentido, VARGAS PAVEZ⁴⁹ defiende la participación de los niños en el proceso de mediación, donde en caso de adolescentes debiera ser la regla general. En su mismo trabajo, señala que EDUARDO JOSÉ CÁRDENAS⁵⁰ sostiene que la incorporación de los hijos en la mediación debe respetar e inclusive reforzar el objetivo de la mediación familiar, que es poner a los padres en situación de conducir acordadamente la familia, en el momento de la separación de la pareja⁵¹. Se aprecia que en la línea de las argumentaciones del acápite anterior, el autor señala entre las ventajas que tiene la inclusión de los niños en un proceso de mediación “[...]el hecho que esta participación cumple con el mandato constitucional de informar a los niños y escuchar su opinión cada vez que se trata un asunto que lo concierne[...] [y] agrega otros beneficios congruentes con los postulados de la teoría de la mediación, como por ejemplo, que dicha participación permite visualizar las necesidades de los hijos y también con los postulados del enfoque sistémico de la familia en el sentido que “permite completar el circuito del sistema familiar”⁵².

Por su parte SUAREZ estima que la inclusión “[...]genera un espacio de confianza en que los niños pueden expresar todos sus sentimientos, dudas, confusiones y que los padres conozcan luego esa información y tomarla en cuenta al momento de decidir”⁵³.

⁴⁹ VARGAS (2002) pp. 164 y siguientes.

⁵⁰ Quien se desempeñó por muchos años como Juez de Familia en Argentina.

⁵¹ VARGAS (2002) p. 147.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ SUAREZ (2003) pp. 389 a 404.

En este mismo orden, en el trabajo de VARGAS PAVEZ se expresa además que “[...] las mediadoras argentinas Carolina Gianella y Sara Curi sostienen que habría dos objetivos básicos en la inclusión de los niños en el proceso de mediación: (a) la participación debe ayudar a potencia los recursos de los padres para la toma de decisiones y (b) la participación debe realizarse dentro de un encuadre capaz de evitar intervenciones iatrógenas, es decir, que no obstaculice el desarrollo de las funciones parentales en forma adecuada”⁵⁴.

Por otro lado, PARKINSON⁵⁵, condicionando la participación de los niños en el proceso de mediación a requisitos relativos a su protección, señala una serie de ventajas que tendría la inclusión de aquellos, entre las cuales se destacan ayudar a los padres a centrarse en los niños y desterrar los mitos, como sería el caso de que un niño no quiere ver a uno de los padres, cuando en realidad al niño le encanta verlo, además de proporcionar a los padres la información que les ayude a comprender las preocupaciones y sentimientos de niño, a fin de que puedan tenerlas en cuenta a la hora de tomar una decisión.

En esta línea de pensamiento, CARVO argumenta que los niños deben participar en el proceso de mediación en casos muy concretos, cumpliéndose una serie de requisitos, como son el acuerdo de los padres y su compromiso de no aleccionar a los niños una vez terminada la sesión, que se deje en claro al niño que no tiene responsabilidad en la decisión de los padres, que consultas a los hijos se realicen con especial cuidado y sensibilidad, que el mediador cuente con información complementaria así como con habilidades especiales y experiencia en la comunicación con niños y, en caso de no tenerla, que participen en el proceso profesionales experimentados en el trabajo con niños, como fueren psicólogos u orientadores infantiles.⁵⁶

Finalmente, CONTRERAS⁵⁷, antes de la entrada en vigencia de la ley N° 19.968 de 2004, establece la necesidad de que los niños y niñas tengan participación activa en los procesos de mediación de manera tal de, siguiendo a CILLERO, respetar el interés superior del niño en su vertiente de considerarlos sujetos de derecho. En este sentido, ya en esa época, cuando la Ley recién señalada estaba en pañales, el autor hace las prevenciones de no entender a los niños y niñas como objetos de protección con la regulación.

⁵⁴ VARGAS (2002) p. 147.

⁵⁵ PARKINSON (2005) pp. 201 - 204.

⁵⁶ CARVO (2008) p. 409.

⁵⁷ CONTRERAS (2002).

Desde la vertiente contraria, y siguiendo en este aspecto el trabajo realizado por CARVO, los autores que estiman la no participación de los niños en el proceso de mediación en síntesis señalan que minaría la autoridad y poder de decisión de los padres y que influiría en la neutralidad e imparcialidad del mediador; que la presencia de los hijos puede constituir un elemento perturbador por cuanto estos nada tienen que ver con los problemas de los padres, que no han intervenido en su gestación y no tienen recursos para solucionarlos, por lo que no deben conocer las divergencias y detalles íntimos que inevitablemente saldrán a la luz en las sesiones de mediación; cuando existen desacuerdos entre los padres respecto a lo que es mejor para los hijos, llamarles a mediación no es la mejor solución pues ellos necesitan que sus padres, como adultos que son, sepan lo que es mejor para ellos⁵⁸.

2. Análisis crítico en cuanto a la regulación nacional

Teniendo como base lo expuesto, tanto desde el lado de los autores que se manifiestan a favor y en contra de la participación de los menores en el proceso de mediación, así como lo argumentado a lo largo de este trabajo, es preciso hacer algunos comentarios críticos.

Partamos señalando que la regulación de la Ley N° 19.968 de 2004 nacional, en su artículo 105 letra e), a primera vista pareciera ser coincidente con el respeto del principio del interés superior del niño toda vez que establece un mandato al mediador de considerar tal interés superior en los procesos de mediación, y además, estaría posibilitando que los niños puedan participar en el mismo.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo que hemos señalado a lo largo de este trabajo, del análisis profundo de la mencionada norma se puede establecer que la consideración que el legislador tiene del proceso de mediación se basa en el modelo lineal o de Harvard, basado en los intereses de las partes, sin consideración de la dimensión relacional de la familia —tal como lo expresábamos al tratar la doctrina de Sara Cobb—. En efecto, a pesar de que la norma hace alusión al interés superior del niño, se aprecia de la misma que son los intereses de los padres los que serán considerados con preponderancia para el acuerdo, en circunstancias que el niño solo en casos muy excepcionales podrá participar de manera autónoma en el proceso de mediación dando a conocer su punto de vista, sus intereses, su historia.

⁵⁸ CARVO (2008) p. 406.

A nuestro modo de ver, tal norma confunde el entendimiento del interés superior del niño con el solo interés que es preciso considerar—desde la concepción de Harvard— para arribar a un acuerdo. Pero sucede que, tal como ya hemos tenido oportunidad de señalar, el interés superior del niño tiene estrecha vinculación con la autonomía progresiva del niño, en cuanto facultad de ejercer por sí mismo los derechos que le son conferidos, atendido el carácter de sujeto de derecho que le reconoce la Convención sobre Derechos del Niño.

Desde tal punto de vista, nuestra regulación tiene como regla general que el niño no pueda participar activamente en el proceso de mediación, siendo el mediador el que en definitiva velará por sus intereses, esto es, los defina teniendo en cuenta sus percepciones y experiencias personales. La misma norma establece que solo en casos excepcionales el niño podrá participar en el proceso, y que tal participación requerirá una previa consideración de oportunidad que solo el mediador determinará, sin oírlo. En efecto, podrá participar cuando a juicio particular del mediador sea necesario, recalándose, «cuando su presencia sea estrictamente indispensable», pero no para los intereses del niño, sino que «para el desarrollo de la mediación». Sin embargo, bajo ningún punto de vista se vislumbra cómo el mediador podrá determinar esto, sin antes siquiera oír al niño —lo dicho por SANCHEZ-EZNARRIAGA cobra aplicación aquí—.

Pues bien, se aprecia con tal norma una falta de respeto a la autonomía progresiva del niño, toda vez que se decide por él, nunca pudiendo ejercer por sí mismo sus derechos, en este caso, su derecho a ser oído, por no tener siquiera la oportunidad de decidir autónomamente si ejercerlo o no.

Vemos aquí una seria contradicción en la norma, toda vez que pretendiendo por un lado resguardar el interés superior del niño, al mismo tiempo, por otro, lo transgrede. La disposición coarta de manera clara el legítimo derecho del niño a ejercer sus derechos de forma autónoma, lo cual en definitiva encierra una infracción categórica al principio del interés superior del niño, desde que —como señala CILLERO y tuvimos oportunidad de expresar— imposibilita el legítimo ejercicio de sus derechos⁵⁹. Se aprecia en definitiva que no

⁵⁹ En este sentido COUSO (2006), p. 148, expresa que en la Children's Act inglesa, de 1989, el objeto es el bienestar del niño, el cual solo se obtiene si se considera sus deseos y sentimientos. Desde esta perspectiva, "si los procedimientos y prácticas concretas aseguran los deseos y sentimientos del niño ocuparán un rol central en la decisión, entonces esa ley protege derechos. En cambio, sin esa exigencia de atender a los deseos del niño, y sin asegurarles a estos centralidad en cada toma de decisión —mediante procedimientos

hemos tomado en cuenta las prevenciones que nos hacía CONTRERAS⁶⁰ mucho antes de la entrada en vigencia de la comentada Ley.

Bajo esta consideraciones, y siguiendo a COUSO⁶¹, se puede establecer que la norma es en exceso e injustificadamente paternalista⁶², pues coincidente a su vez con los postulados planteados por GARZÓN VALDÉS, no existe necesidad de instaurar una limitación tan severa y drástica al interés superior del niño. Como ya se expresó, el niño es plenamente capaz de ejercer sus derechos. La medida que plantea la norma de ninguna forma promueve o mejora, como acaba de verse, la autonomía del niño y la igualdad; por el contrario, la limita, en lo que vemos, una consagración de la arcaica consideración del niño como objeto de protección⁶³.

y prácticas eficaces para ello—, una ley que defina el interés superior del niño como la máxima satisfacción de sus derechos no está protegiendo derechos ni está superando los problemas históricos del concepto “interés superior del niño”.

⁶⁰ CONTRERAS (2002), expresa que “sería de inconmensurable interés escuchar la opinión de un niño o de un adolescente sobre estos tópicos, pero parecen estar destinados a ser ‘víctimas’ de nuestra ‘adultocracia’ ya que al tratar de protegerlos les estamos a veces imperceptiblemente restando derechos. Sin embargo, no debemos caer en la tentación de pensar que la salida sería una ‘niñocracia’, más bien esa idea nos devolvería al punto de partida. Todo análisis sobre el tema parece caer en la paradoja implícita con que titulo este artículo”.

⁶¹ COUSO (2006).

⁶² *Ibíd.* p. 147, establece que el principio del interés superior del niño no puede entenderse desde una concepción paternalista.

⁶³ GARZÓN (1988) pp. 165 - 168, señala que en casos de incompetencia básica en un área determinada, para entender que un paternalismo jurídico, o sobreprotección jurídica, es necesario, se deben cumplir ciertas condiciones, a saber: que se trate de casos en que exista una incapacidad manifiesta, que el autor denomina incompetencia básica, para desempeñar cierta área —en este caso, para ejercer cierto derecho—, y además, que la medida que adopta el ordenamiento jurídico en todo caso será adecuada para mejorar condiciones de autonomía e igualdad. Expresa que si “Las dos condiciones mencionadas son necesarias y su conjunción las transforma en suficientes. El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico)”. De esta forma, COUSO (2006) p. 152, citando a GARZÓN: “Si la medida no es empíricamente necesaria y adecuada para ello, a los perjuicios a los que se expuso el sujeto con una incompetencia

Teniendo en cuenta la doctrina mencionada en el acápite anterior, no tiene porqué considerarse que con la participación de los niños en el proceso de mediación los padres verán minado su poder de decisión, y que además podría existir una afectación de la imparcialidad del mediador, toda vez que el mediador no es quien decide la solución al conflicto entre las partes, sino que otorga las bases y orientaciones para que sean ellas quienes logren encontrar la solución que sea la más óptima, benigna y eficaz, para la solución de la controversia. Desde este punto de vista, la participación de los niños en el proceso de mediación ayuda a vislumbrar caminos diversos en cuanto a la orientación de los padres en la toma de sus decisiones, quienes se verán informados de primera fuente de las consecuencias que sus decisiones puedan tener en el ámbito de afectación de los intereses de los niños que bajo su cuidado se encuentren. Lo anterior por tanto, a nuestro modo de ver, se constituye en una protección a los intereses de todos los integrantes del núcleo familiar, y principalmente los de niños y niñas.

Por otro lado, ya se ha señalado que la participación de los niños en un proceso de mediación es a todas luces menos estresante y perturbadora que la participación que hoy en día tienen en un proceso judicial propiamente tal. Con esto, necesario es recalcar que el derecho a ser oído se protegería de forma más eficiente si se dan las condiciones para que en el proceso de mediación el niño pueda participar de manera no estructurada, sino libremente, de acuerdo a sus aspiraciones e inquietudes. Esto que no es baladí impone a quien ejerce la actividad de mediador, la obligación de estar capacitado para la entrevista con niños y niñas⁶⁴, ya sea en forma personal o con la colaboración de psicólogos u orientadores, de manera que en un contexto de tranquilidad y en orden de simetría, la participación de los niños, que no sería impuesta como en el caso de su participación en procesos judiciales, se realizaría de manera espontánea y sin transgresión de su faz psíquica. En este sentido, clarificadoras son las condiciones que establece el Comité para estimar la observancia del derecho del niño a ser escuchado en un proceso determinado, destacando, entre otras, la necesidad de ser transparente e informativo, voluntario, adaptado al niño, incluyentes, apoyado en la formación, responsable⁶⁵.

básica, se suma un nuevo perjuicio: su autonomía actual está siendo sacrificada sin sentido”.

⁶⁴ COUSO (2006) p. 153, expresa que *“la “escucha” de estos contenidos no discursivos exige dar tiempo al niño y contar con una competencia especial por parte de quien consulta su ‘opinión’”*.

⁶⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009) pp. 31 - 33. Clarificadoras condiciones establece él, para estimar la observancia del derecho a ser escuchado en un proceso determinado,

A mayor abundamiento, ya BUSTELO señala que las habilidades de un buen mediador deben ir relacionadas con “un buen conocimiento de su propio cuerpo, de sus percepciones y emociones, más un trabajo intenso en el lenguaje corporal, permitieron incluir esta mirada como actividad habitual,...”. Agrega que “muchas de las cosas que no se dicen, se expresan con el cuerpo. Saber leerlas e interpretarlas para traducirlas en palabras o acciones es de gran utilidad para la agilización del trámite de la mediación”⁶⁶.

Finalmente, considerar que los padres son los únicos que saben lo que beneficia a los hijos, de forma patente retorna a la estimación que con la Declaración Universal de Derechos del Niño se había superado, esto es, la consideración implícita de que el menor no es sujeto de derecho; una consideración en que solo se le atribuye la calidad de objeto de protección, sin la posibilidad de poder ejercitar los derechos que le son propios a su calidad de niño. Tal argumentación atenta claramente con los derechos de los niños y niñas consagrados en la Declaración y con el principio del interés superior. En este sentido, si bien el artículo 5 de la Convención de Derechos del Niño declara que la autonomía del niño es progresiva en virtud de la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres impartir orientaciones y dirección apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos⁶⁷, no los faculta de forma alguna a ejercerlos por él, y menos sin considerar su punto de vista u opinión.

Por otro lado, ¿de qué otra forma los padres en situación de ruptura podrán darse cuenta de las intenciones y pretensiones más íntimas de sus hijos si no es con su participación directa? Los niños, por muy pequeños que sean en cuanto a su edad, siempre tienen percepción concreta de lo que sucede a su alrededor, y son capaces de manifestar de múltiples formas sus necesidades. De acuerdo a esto, atendido el mal entendimiento social de que la patria potestad va más allá del solo ejercicio de los poderes parentales sobre los bienes de los hijos, si los padres no se detienen a oírlos, creyéndose dueños de su voluntad, no podrán darse cuenta del real alcance de sus decisiones en el núcleo de la familia. Qué mejor opción que oír a los hijos en un proceso de mediación al que voluntariamente los padres se han sometido, el cual podría eventualmente traer consecuencias ventajosas, si se garantizan, además, requisitos mínimos de protección física y emocional de los niños, de forma que su participación no le sea pernicioso.

destacando, entre otras, ser transparentes e informativos, voluntarios, adaptados al niño, incluyentes, apoyados en la formación, responsables.

⁶⁶ BUSTELO (1995) p. 84.

⁶⁷ CILLERO (1990) p. 6.

Esperamos que el Proyecto de Ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez ingresado al Congreso mediante mensaje presidencial con fecha 24 de septiembre del presente año⁶⁸ se haga cargo de manera efectiva de los reparos que a la legislación nacional actual ya se ha hecho tanto por la doctrina como por los organismos internacionales en torno a la consideración del niño como sujeto de derecho y en cuanto a la protección de su derecho a ser oído. Lo anterior no solo como declaración de principio, sino también mediante una intervención o cambio en los diversos procedimientos donde se discutan intereses de niños y niñas.

De acuerdo a ello, orientativo es terminar con algunos breves comentarios al mencionado Proyecto de Ley. El mismo es un acierto, consagra en forma específica el principio del interés superior del niño, entendiéndolo como el disfrute y satisfacción de sus derechos, así como el principio de autonomía progresiva y su derecho a ser oído.

Respecto de este último, destaca que en el artículo 19 inciso segundo se contemple que los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, velarán para que en los procedimientos en que participe directamente un niño existan medios adecuados a su edad, sexo y madurez, con el objeto que éste pueda formarse un juicio propio y pueda expresarlo, no obstante establecer antes — en el inciso primero—, que el ejercicio de este derecho estará limitado —entendemos nosotros— a la consideración o evaluación del desarrollo de las facultades del niño⁶⁹.

La redacción que plantea la disposición normativa en comento, entendemos, no es coincidente con los planteamientos que hiciéramos en torno a la posibilidad de que un niño pueda ejercer su derecho a ser oído en consideración a su madurez. En efecto, teniendo en cuenta lo reiteradamente fallado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en concordancia con los postulados de ALAEZ, indicábamos que los niños pueden ejercer su derecho a ser oídos aún sin siquiera ser necesaria una previa evaluación de madurez. En tal sentido, ya la Observación General N° 12 del Comité especificaba en el año 2009 que “aunque se encuentren con dificultades para

⁶⁸ Boletín N° 10.315-18 de la Cámara de Diputados de Chile.

⁶⁹ La norma en comento establece: “Derecho a ser oído. Todo niño tiene derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo con el desarrollo de sus facultades, en los procedimientos o actuaciones en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pudiere afectar sus derechos o intereses, especialmente en el ámbito familiar, escolar, sanitario, comunitario, administrativo y judicial”.

evaluar la edad y la madurez, los Estados partes deben considerar a los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a los niños que se expresan colectivamente o recabar sus opiniones”⁷⁰. Por su parte, orientativa es la redacción de los artículos 27¹ y 24⁷² de la Ley argentina N° 26.061, de 28 de septiembre de 2005, en los cuales se aprecia la posibilidad de que los niños puedan participar y expresar libremente su opinión, cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Ahora bien, debemos agregar que el término “madurez”, al cual hace referencia la Observación General N° 12 del Comité, tiene una connotación completamente distinta a los conceptos de “desarrollo de las facultades de un niño” que utiliza el Proyecto de Ley. Entendemos que este último hace referencia solo a un aspecto específico de la vida del niño, lo que podría tener como consecuencia una visión sesgada e incidir negativamente en la estimación que se tenga de su efectiva capacidad para ejercer el derecho a ser oído. En tal sentido, sería preferible que la norma usara el mismo término que la Observación General N° 12 utiliza, tal como lo hace la Ley argentina 20.061 en su artículo 2 letra b), o bien, hacer alusión a uno acorde con la definición de madurez que el Comité especifica. En definitiva, uno que contemple la consideración del desarrollo afectivo, cognitivo y emocional del niño, en estrecha relación con el principio de autonomía progresiva.

Por otro lado, y a mayor abundamiento, la limitación que se plantea en la norma proyectada nos hace recalcar con énfasis la necesidad de que en los diversos procedimientos en que tengan intereses los niños se cumplan de manera estricta las condiciones que la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño efectúa para considerarlos respetuosos del derecho del niño a ser escuchado, los cuales, como apreciamos, no se mencionan de manera alguna en la disposición normativa en comento. Incluso, y por el contrario, a nuestro juicio se consagra claramente otra forma de limitación de este derecho del niño. A saber, el hecho de que los órganos del Estado deberán establecer mecanismos efectivos para el respeto del derecho del niño a ser oído “de

⁷⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009) p. 7.

⁷¹ La norma señala: “Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”.

⁷² La disposición establece: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés [...]”.

acuerdo a sus disponibilidades presupuestarias”, esto es, limitando el efectivo ejercicio del derecho a cuestiones netamente económicas. Ante esta inconsecuencia legislativa, que esperamos sea eliminada, basta solo recordar que la Observación General N° 12 del Comité insta a los Estados parte a derribar las barreras que en el plano económico impiden el ejercicio efectivo del derecho de los niños a ser oídos, al señalar que “el objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras [...] económicas, [...] que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten”⁷³. En efecto, el Comité ya en el año 2009 observaba que, en la mayoría de las sociedades del mundo, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y a que esa opinión se tenga debidamente en cuenta seguía viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas⁷⁴. Y en el año 2002 recomendaba a Chile que definiera “[...]claramente sus prioridades en el ámbito de los derechos del niño a fin de garantizar que se asignen fondos “hasta el máximo de los recursos de que se disponga y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” para lograr el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños,[...]”⁷⁵. Estamos aún a tiempo de remediar esta situación.

Respecto de lo indicado inmediatamente antes, ilustrativo es el artículo 27 de la Ley argentina N° 20.061, en el cual, a diferencia de lo que señala nuestra pretendida legislación, se establece sin ninguna limitación el deber del Estado de garantizar el derecho del niño “a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; [...] d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”. Lo anterior además, es plenamente coincidente con el interés superior del niño que la misma legislación define como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías”⁷⁶, reafirmandose con tal redacción su carácter de principio, el cual no puede encontrar más limitaciones que no sean aquellas vinculadas estrictamente con su esencia. Se aprecia, pues, otra diferencia con nuestra futura legislación, en la cual se define al interés

⁷³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009) p. 33.

⁷⁴ *Ibid.* p. 6.

⁷⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2002) p. 4.

⁷⁶ Ley n° 20.061 de 2005, artículo 3.

superior del niño, entendemos de manera muy pobre, solo como “el disfrute y satisfacción de sus derechos”.

No cabe más que decir que si lo buscado por el Proyecto de Ley en comentario es una protección real del derecho de los niños a ser oídos en todos los procesos que digan relación con sus intereses, es necesario que la consagración adecuada de este derecho sea además acompañada de importantes modificaciones a otros cuerpos normativos, de tal manera de hacer efectivo plenamente y sin limitaciones el derecho. En lo que nos convoca, una modificación necesaria sería al sistema legal de mediación nacional. Esperemos ello sea considerado en la tramitación legislativa.

CONCLUSIONES

1. Se debe tomar en el concepto de mediación familiar la estrecha relación que existe entre los objetivos de la misma, como fuente de acuerdo entre las partes en conflicto (los padres), y las consecuencias que tales acuerdos o acciones generarán en el entorno familiar, que de forma clara afecta considerablemente a los hijos. En este sentido, debido a la forma en que están configuradas las familias en la actualidad, es en los hijos —el otro componente del núcleo familiar—, en los que en la mayoría de los casos repercutirá de mayor o menor medida la decisión a la que arriben los padres.

Teniendo en cuenta lo anterior, desde la conceptualización de la mediación familiar, entender que no solamente el objetivo principal es el acuerdo entre las partes, sino aquel acuerdo que sea en la mayor medida de lo posible beneficioso y eficaz para todos los integrantes del núcleo familiar, es considerar efectivamente el interés superior del niño como lo que es: un principio que orienta la labor del mediador para fomentar la producción del acuerdo entre los padres, que permite entender que en el proceso de mediación el menor es el centro de atención, y que tiene primacía respecto de los intereses de los padres, toda vez que orienta el conocimiento y protección de los reales e íntimos intereses de los hijos.

2. Desde la óptica en que definimos la mediación familiar, la participación de los niños en el proceso mismo es esencial. Por una parte el proceso es un espacio menos traumático de lo que pudiere ser una sala de audiencias, una entrevista con el juez, una oficina de pericia; e incluso, contando con las condiciones necesarias de seguridad para la faz psíquica del niño, es un espacio favorable para su normal desenvolvimiento, desde donde surjan de forma espontánea sus inquietudes, anhelos y pretensiones.

Por otro lado, la participación activa de los hijos en el proceso de mediación permitiría a los padres ponerse en el lugar del niño, y no desde sus experiencias como padres, permitiendo acomodar las decisiones que tomen a unos efectos que sean beneficiosos para él; o incluso, por qué no, evitar muchas veces el quiebre definitivo de la relación entre la pareja estable o el matrimonio en aquellos casos en que el punto de vista del niño determine un cambio de mentalidad en las posturas en principio cerradas o sesgadas de los padres.

3. Los argumentos en orden a establecer las desventajas o consecuencias negativas que tendría la participación de los niños en el proceso de mediación son visiones retrógradas de la niñez y adolescencia, y de la función que los niños cumplen en nuestra sociedad.

No en vano el refrán que señala que “los menores son el futuro del planeta”, donde tomando en cuenta los derechos consagrados en la Declaración de Derechos del Niño, a los mismos se les reconoce participación en todo espacio en que sus intereses estén en juego, por su calidad de sujetos de derecho. Tal reconocimiento se constituye, a la luz del principio del interés superior y el derecho a ser oído, en un mandato a todo ente público o privado, para que en cada gestión o proceso en que existan consecuencias para un niño o adolescente, él mismo tenga las herramientas y espacios óptimos y adecuados que permitan su participación.

En este sentido, la mediación familiar como espacio óptimo en el cual los padres puedan solucionar el conflicto que les aqueja, debe contar con las condiciones para que la participación de los niños sea adecuada y efectiva, con mediadores capacitados y habilitados para desempeñar su labor, donde además existan garantías de resguardo de su seguridad psíquica. Todo ello de manera que los niños y niñas sientan y sepan que su participación es relevante, pero en nada les perjudicará afectiva, emocional o físicamente.

4. La edad mínima para que un niño o niña pueda participar en un proceso de mediación debe dejar de ser la regla general, pasándose a un panorama legislativo y entendimiento colectivo de que, siendo necesaria la participación de los niños en los procesos que son de su interés, y con mayor razón en la mediación familiar, la fijación de una edad mínima se constituye en una barrera para permitir el ejercicio de su derecho de participación y ser oído... en una vulneración de los derechos del menor.

El entendimiento de que, no importando la edad de un niño, por el solo hecho de serlo, tiene el derecho a participar en los procesos de su interés, importa el respecto de sus derechos. ¿De qué otra forma sabremos si lo que nos quiera manifestar un niño puede tener relevancia capital para la solución del problema, o su determinación en un sentido más benigno y eficiente, si no permitimos de partida su participación? La necesidad de apelar a la madurez de los niños, en el entendido de que la misma no se adquiere al alcanzar una determinada edad, sino que dependerá de una serie de circunstancias y contextos diversos, nos permitirá sumar un paso más hacia el respeto efectivo de los derechos de los niños, y a construir una convivencia social en que, en aquellos casos en que exista ruptura de la pareja estable o matrimonial, las decisiones que se hayan tomado por los padres tengan el valor agregado de configurarse en la opción que en la mayor medida de lo posible sea la más benigna y efectiva para la vida de los padres, y en forma determinante, de los hijos.

5. Es preciso un cambio legislativo que contemple el proceso de mediación desde el punto de vista del modelo circular narrativo, dejando de lado la consideración lineal que se centra principalmente en los intereses de los padres. La regulación actual, tras más de diez años de vigencia, se presenta en exceso paternalista y aún no considera a los niños y niñas como sujetos de derecho. Por su parte, la legislación que se espera regule de manera integral los derechos de las niñas y niños, debe ser examinada y evaluada profundamente antes de su entrada en vigencia, a fin de contar con una normativa que de manera cierta y significativa otorgue un respeto y protección efectivo a los derechos de los niños, especialmente, en relación al interés superior y el derecho a ser oído.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALAEZ CORRAL, Benito (2003): *Minoría de edad y derechos fundamentales* (Madrid, Editorial Tecnos).
- BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, Daniel J. (1995): *La mediación familiar interdisciplinaria* (Madrid, Ensayo).
- CARVO LÓPEZ, Felisa-María (2008): «Los hijos menores ante el proceso de mediación». GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (coordinador), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Tomo I, España, Editorial Aranzadi S.A.).
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1990): "Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios". Instituto Interamericano del Niño, la Niña y

Adolescentes (IIN), pp. 1 - 15, disponible en: <http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf>.

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". Justicia y Derechos del Niño, Unicef, primera edición, Santiago, 1999, pp. 125 - 142, disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf>.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2002): *Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño*: Chile. Naciones Unidas, de fecha 03 de abril de 2002.

CONTRERAS SARONIC, Oscar (2002): "Los niños en mediación familiar ¿objetos de protección o sujetos de derecho?", *Terapias y Familia* (año 10, nº 16, diciembre).

COUSO, Jaime (2006): "El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", *Derechos del Niño* (Nº 3 - 4, octubre): pp. 145 - 166.

DÍAZ CAPPA, José, Fiscal de la Fiscalía de Illes Balears. *Mediación con menores. Límites Jurídicos para su aplicación*, Ponencia.

FIGUEREDO, Ana Del Carmen (sin fecha): *Derecho del niño a ser oído y participar en los procesos judiciales. Publicaciones jurídicas online del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes*, disponible en: <<http://www.juscoerrientes.gov.ar/publicacionesjuridicasbiblioteca/publicaciones/#prettyPhoto/30/>>.

GARCÍA GARCÍA, Lucía (2003): *Mediación familiar. Prevención y alternativas al litigio en los conflictos familiares*. I. Persona y familia (Madrid, Editorial Dykinson).

GARCÍA VILLALUENGA, L. (2006): *Mediación en conflictos familiares* (Madrid, Editorial Reus).

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988): ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho (Nº 5, 1988): pp 155 - 173, disponible en: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/es-ticamente-justificable-el-paternalismo-juridico-0/>>.

- HAYNES, John M. (1995): *Fundamentos de la mediación familiar* (Madrid, Editorial Gaia).
- MOORE, Christopher (1995): *El proceso de mediación* (Barcelona, Editorial Granica).
- MUNUERA GÓMEZ, Pilar (2007): «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas». *Portularia*, Universidad de Huelva (vol. VII, N° 1 - 2): pp. 85 - 106.
- PAPALIA, Diane E. y WENDKOS OLDS, Sally (1978): *Sicología del desarrollo: de la infancia a la adolescencia* (Madrid, Editorial McWraw Hill).
- PARKINSON, Lisa (2005): *Mediación Familiar. Teoría y Prácticas: Principios y estrategias operativas* (España, Editorial Gedisa).
- ROUIZ, Miguel (1989): "La familia, desde la teoría de la comunicación de palo alto". *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (N° 48, octubre - diciembre): pp. 117 - 136.
- SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis Zarraluqui (2011): "El menor en los procesos de familia", ALCÓN YUSTA, María Fuencisla y FEDERICO, De Montalvo (coordinadores), *Los menores en el proceso judicial* (Madrid, Editorial Tecnos).
- STELLA ÁLVAREZ, Galdys. *La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado*. Fundación Libra, disponible en: <<http://www.fundacionlibra.org.ar/index.htm>>.
- SUARES, Marínés (2008): "El modelo circular narrativo en Mediación Familiar", *Proyecto Hombre. Revista de la Asociación Proyecto Hombre* (N° 66): pp. 45 - 49.
- SUARES, Marínés (2003). *Mediando en Sistemas Familiares* (Editorial Paídos).
- TORRES ESCÁMEZ, S. (2000): "La mediación como medio de solución de conflictos jurídicos. La necesidad de su urgente regulación". *Actualidad Jurídica Aranzadi* (diciembre).
- UNIVERSIDAD DE ALICANTE, Licenciatura en Criminología, Asignatura: Psicología Criminal, El menor como testigo, disponible en: <<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3752/45/TEMA%209%20Psicolog%C3%ADa%20criminal.pdf>>.

VALERO MATAS, Jesús A. (2010): "La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*. Universidad de Santiago de Compostela (España, volumen 9, número 1): pp. 89 -100.

VARGAS PAVEZ, Macarena (2002): "Los niños en la mediación familiar", *Revista de Derechos del Niño* (Chile, N° 1, Año).

VARGAS PAVEZ, Macarena (2008): "Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile (Vol. XXI, N° 2, diciembre).

VARGAS PAVEZ, Macarena, CORREA CAMUS, Paula (2011): "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", *Revista Ius et Praxis*. Universidad de Talca (Año 17, N° 1): pp. 177 - 203.

VARGAS PAVEZ, Macarena, CORREA CAMUS, PAULA, Barros, PAULA y Cerda, Andrea (2010): Informe Final Estudio "Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia", *Universidad Diego Portales* (enero).

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (2011): "Nuevas aplicaciones del procedimiento de mediación familiar en el libro segundo del Código Civil de Cataluña", PÉREZ DAUDÍ, Vicente (coordinador), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña* (Barcelona, Editorial Atelier).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Ley n° 15/2009, del 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de agosto 2009.

Ley n° 26.061, del 28 de septiembre de 2005, de Protección Integral de los Derechos de niñas, Niños y Adolescentes.

Ley n° 19.968 Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial*, 24 de agosto 2004.

Ley Orgánica n° 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de enero de 1996.

Mensaje Presidencial n° 950-363: Proyecto de Ley de Sistema de

Garantías de los Derechos de la Niñez. 21 de septiembre de 2015.
Boletín N° 10.315-18 de la Cámara de Diputados de Chile.

Observación General n° 12 del Comité de los Derechos del Niño. «El derecho del niño a ser escuchado». Naciones Unidas, 20 de julio de 2009.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
Boletín Oficial del Estado, 25 de junio de 1889.

JURISPRUDENCIA CITADA

STC 163/2009, de 29 de junio.

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA, PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INICIATIVA POPULAR DE LEY EN CHILE

*Political representation, citizen
participation and popular initiative
law in Chile*

LESLIE SÁNCHEZ LOBOS*

Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: En el presente trabajo realizaremos, en primer lugar, un breve análisis de la evolución del modelo de representación política. Del mismo modo, examinaremos aquellos elementos más relevantes que influyen directamente en la supuesta crisis del mismo. Junto con lo anterior nos detendremos a revisar cómo la representación política y la participación ciudadana conviven en un sistema democrático representativo de partidos, centrándonos específicamente en el análisis respecto de la influencia que podría generar la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de un mecanismo de democracia directa. Así, intentaremos dilucidar las posibles ventajas que ello pudiera producir en el fortalecimiento del sistema democrático. Finalmente, realizaremos una exposición de la iniciativa popular de ley y las posibles complicaciones políticas y jurídicas que implicaría su incorporación en el sistema político y jurídico nacional.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Candidata a Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile-Universidad de Salamanca. Correo electrónico: <lvsanchez@uc.cl>

Artículo recibido el 7 de mayo de 2015 y aceptado para publicación el 20 de octubre de 2015.

PALABRAS CLAVES: Democracia, Representación, Participación e Iniciativa Popular de Ley.

ABSTRACT: *In this paper, we will make first, a brief analysis of the evolution of the political representation model. Similarly, we will examine the most relevant elements that directly influence the alleged crisis of that model. Along with this, we will review how political representation and citizen participation in a representative democracy coexist in a party system, focusing specifically on the analysis about the influence that could lead to the inclusion in our legal system of a mechanism of direct democracy. Therefore, we will try to elucidate the potential benefits that this could produce in strengthening the democratic system. Finally, we will expose the popular initiative and the possible political and legal complications that would involve its incorporation into the political and national legal system.*

KEY WORDS: *Democracy, Representation, Participation and popular initiative.*

I.- INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, el arribo al sistema político democrático responde a la evolución y análisis de dos elementos esenciales en la política y en el derecho constitucional, estos son: “el poder y la libertad”. Cuestiones tales como: dónde se aloja el poder, quién lo ejerce, cómo se ejerce o cómo se distribuye, fueron los profundos cuestionamientos de los siglos XVII, XVIII y XIX. El análisis en torno a tal binomio libertad-poder, configuró el motor de las teorías relativas a la soberanía, como dijera acertadamente Loewenstein “la discusión en torno a la soberanía no fue más pero tampoco menos que la racionalización jurídica del poder”¹. Por su parte, la ilustración y los movimientos filosóficos e intelectuales de la época provocaron una profunda transformación en el pensamiento político, lo cual significó dejar atrás el absolutismo monárquico para, paulatinamente, transitar hacia una monarquía limitada o constitucional y finalmente establecerse las monarquías parlamentarias. Aquella evolución fue producto del cambio de un paradigma de vital importancia, se establecía una nueva relación entre poder y libertad, relación que comprendía la protección de la libertad individual y la limitación del poder como garantía de derechos esenciales de las personas, tal cambio además implicó declarar que el poder dejaba de estar en manos de Dios y pasaba a estar en manos del pueblo. La separación entre teología y política fue la clave

¹ LOEWENSTEIN (1976) p. 24.

en la mutación del régimen y en la construcción del Estado moderno, será en ese contexto cuando el **contractualismo** logra instaurar la noción de que el poder está situado en el pueblo quien lo delega en uno o varios gobernantes.

En este sentido, teorías políticas como el Leviatán de Hobbes, el Contrato Social de Rousseau y los postulados de Pufendorf o Locke, contribuyen a consolidar una nueva concepción de la sociedad, del ser humano como sujeto de derechos inalienables reconociendo su capacidad de autodeterminación, esencialmente y proponen una nueva construcción del Estado. Así las cosas, es en el Estado liberal donde se forjan los principios de soberanía nacional, la separación de poderes y el reconocimiento de derechos inalterables a la persona humana. Pero es la Revolución Francesa la que jugará un rol determinante en la conformación de la representación política. De la mano de los postulados de Condorcet, Sieyés y Montesquieu se instauró la representación política como médula de los regímenes representativos, lo que permitió establecer la verdadera “frontera”² entre el Antiguo Régimen y el Nuevo Régimen. No obstante, sólo con el desarrollo de la tercera oleada constitucional posterior a la primera guerra mundial, nacerán los fenómenos de masas los cuales entre otros efectos permitirán el arribo del Estado democrático, dando lugar al principio democrático, el que contempla los siguientes rasgos: sólo el pueblo es el investido y poseen el título de mando pudiendo delegarlo en sus representantes; sólo las personas que dan cuerpo al pueblo pueden exigir y obtener obediencia; el principio de legitimidad popular debe permear todas las organización de los poderes públicos. Cuando eso ocurre, dice Martínez, estamos realmente frente a un Estado constitucional democrático³.

II.- DEMOCRACIA, REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y CRISIS DEL MANDATO POPULAR

La democracia, como forma de gobierno, ha estado presente en las más antiguas clasificaciones de estas. Es así como la encontramos en los trabajos de Aristóteles cuando trata los gobiernos rectos o desviados refiriéndose a ella de la siguiente manera: “donde libertad e igualdad se realizan de mejor manera”⁴. Por su parte, Montesquieu establece los rasgos distintivos de cada forma de gobierno diferenciándolas por su naturaleza y los principios, estableciendo que un gobierno republicano (democrático) es aquel en que el pueblo entero o parte del él tiene el poder soberano⁵. Ahora bien, si nos

² GARCÍA (2010) pp. 187 y 188.

³ MARTÍNEZ (1994) p. 27.

⁴ ARISTÓTELES (1970) pp. 175 y 251.

⁵ MONTESQUIEU (1972) pp. 55 y 63.

remontamos al origen de esta forma de gobierno, debemos hacer presente que éste fue de carácter **directo**, sin embargo diversos factores⁶ hicieron que la democracia fuera mutando hacia una forma **representativa**. Lo anterior a razón de diversas transformaciones, fundamentalmente las sufridas por el “mandato imperativo” de origen medieval el que implicaba un cuaderno de instrucciones y la posibilidad de revocación⁷ de sus representantes, el que fuera reemplazado por el “mandato representativo”, sustitución originada por la necesidad concreta de dotar al representante de independencia respecto de la monarquía y de ciertos grupos de poder, buscando con ello además el fortalecimiento del Parlamento.

Por otra parte, el crecimiento del electorado, dificultades técnicas, la extensión territorial de los Estados, la diversidad de intereses y la diversidad de voluntades a representar⁸, no dejaron otra opción que declarar a la democracia representativa como el modelo ideal conforme a las nuevas realidades⁹. En definitiva, como bien señala Sartori, surge la democracia representativa producto de las transformaciones de la concepción de representación, fruto de la metamorfosis del mandato imperativo al representativo y con ello se produce el surgimiento de los nuevos modelos de representación, germinando así la democracia representativa, la “democracia de los modernos” que tendrá como condición dos elementos esenciales: el Estado liberal-constitucional y el control político¹⁰.

Con todo, la representación política propiamente tal germina en el Estado liberal gracias a los postulados de Sieyés y Condorcet quienes, contraviniendo la teoría de soberanía popular de Rousseau -la que sostenía que la voluntad del pueblo sólo podía emanar de la sumatoria de todas las voluntades de los miembros del mismo pueblo sin mediación de representantes-, plantearon bajo el alero del concepto de Nación la posibilidad de que la soberanía

⁶ Podemos señalar como factores el crecimiento demográfico de los Estados, el surgimiento de nuevas clases sociales y principalmente el rol que ejercerá la burguesía en todo el desarrollo político y social del período de revoluciones y lógicamente el desarrollo del pensamiento político bajo los pensadores liberales y toda la nueva conceptualización que del poder y el sistema político surge con ello.

⁷ TORRES DEL MORAL (1982) p. 8.

⁸ TORRES DEL MORAL (1982) pp. 12 y 16.

⁹ Ver DE VEGA (1985), respecto de esta materia y el paso de la representación sostenida en las monarquías y el mandato imperativo a los de corte representativo o libres existe vasta literatura. Sin embargo, sugerimos revisar al autor antes señalado por lo clarificador de su trabajo.

¹⁰ SARTORI (1992) p. 43.

mediante una ficción político-jurídica pueda ser entregada parcialmente en manos de unos pocos representantes escogidos por la misma ciudadanía, para que actuaran en su nombre frente a la imposibilidad de tomar sus propias definiciones¹¹. Sin dejar nunca de poseer dicha soberanía, tal delegación tenía por finalidad dar forma a la voluntad general como expresión del sentir del soberano y única regla a seguir. Aquellos postulados finalmente dan origen a la construcción de dos modelos de democracia diferentes o, más específicamente, dieron lugar a dos maneras distintas de participar políticamente. Por un lado, la democracia directa y, por otro, la democracia representativa.

De allí ha de surgir un debate constante en cuanto a las virtudes de uno u otro sistema, habitualmente contraponiéndolos como polos opuestos, por consiguiente la inclusión de mecanismos de democracia directa como lo es la iniciativa popular de ley en sistemas de democracia representativa, también generan múltiples discrepancias, es así como ha planteado Hevia de la Jara que ellos pueden debilitar el poder de los representantes electos, al punto de evidenciar la falta de capacidad de los representados en la toma de decisiones de temas complejos, fomentar la posible imposición de una tiranía de la mayoría sobre las minorías. Por otro lado, señala el mismo autor que desde una perspectiva favorable pueden también ser consideradas como herramientas que fomentan el compromiso ciudadano con la democracia, mejoran la conformación de la voluntad soberana, pueden configurarse como mecanismos de limitación del lobby, sin ahondar en el profundo rol educativo que poseen en temas políticos, jurídicos y ciudadanos¹².

Sin embargo, la representación como ficción jurídica del S. XVIII y principios del S. XIX cumplió un rol determinante en los momentos históricos en los que el hombre necesitó desligarse de poderes absolutos-divinos, reconociendo su propia libertad y autodeterminación. No obstante, aquella representación no fue suficiente y los abusos de autoridad de los totalitarismos desencadenaron los cuestionamientos de la misma. Asimismo, la complejidad de las ciudades modernas y la necesidad de tomar decisiones rápidas y técnicamente acertadas provocaron el ocaso de instituciones como el Parlamento, surgiendo con ello la supuesta "crisis de la representación". En este sentido y graficando aquellas críticas al sistema representativo, expondremos algunas de las ideas de Sábica quien formula una fuerte crítica a la representación política y la democracia representativa, toda vez que el autor expresa que ésta es una forma de desplazar al ciudadano privándolo de toda forma de participación, ya sea como co-decisor o como refrendador de las decisiones

¹¹ ASTARLOA (2002-2003) p. 274.

¹² HEVIA DE LA JARA (2010) p. 157.

del Estado, por ser este un sistema autoritario, jerárquico y dominante¹³, llevándolo a formular declaraciones tales como “quizá el gobierno sea para el pueblo, pero no es del pueblo ni es ejercido por el pueblo”¹⁴. Pero tal declinación que en la actualidad nuevamente emerge como fenómeno político-jurídico complejo, provocando la desafección política y el desinterés, razón por la cual surge naturalmente una inquietud relativa a evaluar cómo aquellos mecanismos de democracia directa pueden constituirse como valiosas vías de escape o vías de solución frente aquellos problemas, particularmente en el ordenamiento jurídico nacional en el cual no se encuentran regulados mecanismos como la iniciativa popular de ley, labor que intentaremos desempeñar en el presente trabajo.

En esta misma dirección se expresa el mismo Sáchica quien reivindica elementos de la democracia directa, como la auto-dirección y el auto-gobierno, que se encuentran presentes en ciertas herramientas necesarias para lograr mayor participación popular. Será en ese escenario que advierte en la iniciativa ciudadana, herramienta destinada a promover un cambio constitucional o para proponer una ley en una materia que no ha tenido interés ni el gobierno ni el legislador, la cual se transforma y se configura más bien en una *petición de derechos* que debe obligar a los representantes del pueblo a votarla y al gobierno a sancionarla¹⁵.

Resulta necesario señalar y examinar algunas de aquellas causas que influyen directamente en la crisis de la representación política. A continuación realizaremos un somero análisis de algunos de los factores que estimamos más relevantes en tal proceso de desafección de la representación política, a pesar de que aquel fenómeno es claramente multifactorial, por consiguiente sus causas son variadas e intentar abarcarlas todas es una labor inalcanzable en estas páginas. Por lo mismo, nos remitiremos a las causas más significativas:

Al referirnos a la democracia representativa nos encontramos frente la posibilidad y la capacidad de elegir, de seleccionar, a quienes van actuar en la arena política como portavoces de quienes conformamos la sociedad, principalmente, en la toma de decisiones dando cuerpo a la voluntad soberana. En consecuencia, cuando hablamos de democracia representativa nos referimos a la existencia de un vínculo político entre los representados y los representantes, denominado “mandato”. Pero definir qué implica este mandato o qué significa tal vínculo, ha sido temas largamente debatidos por la doctrina,

¹³ SÁCHICA (1985) p. 11.

¹⁴ *Ídem.* p. 15.

¹⁵ *Ídem.* p. 49.

encontrando respuestas en la teoría del órgano o en la teoría francesa más clásica de la representación. Sin embargo, creemos que una comprensión más sencilla de lo que es el mandato es la descrita por Martínez para quien este vínculo implica que los representados siempre expresarán una voluntad, la que debe inspirar la actuación de los representantes de modo tal que exista una concordancia entre ambos¹⁶. Esa concordancia es el vínculo que, lógicamente, se verá expuestos a diversas complicaciones prácticas propias de la comunicación entre los actores.

Creemos que estas complicaciones en la relación entre mandante y mandatario surgen principalmente por el debilitamiento de la misma, relación que nace a raíz del voto, pero luego de aquel parece no existir vínculo alguno entre ambas partes. Es por ello que el representante da inicio a una gestión de forma autónoma, que aparentemente no tiene restricciones, limitaciones ni responsabilidades con la comunidad. La desvinculación con las necesidades sociales es muchas veces evidente, prueba de aquello es la escasa conexión de los personeros políticos con los movimientos sociales y sus demandas¹⁷, dando lugar así a la existencia de una “relación vacía”. Por consiguiente, la relación representante-representado ha cambiado al punto de generar una relación asistencialista. Las oficinas parlamentarias habitualmente cumplen un rol facilitador de prestaciones sociales determinadas y no necesariamente se concentran en recabar información e inquietudes que posteriormente se expresen en iniciativas legislativas y discursos en el pleno del Congreso.

En este sentido, Chueca¹⁸ explica esta desvinculación y la califica como “problema de origen” considerando como núcleo central de la quiebra de la representación política la carencia de cierta congruencia entre lo que la Nación quiere y lo que el órgano colegiado debe representar, lo cual habitualmente se intenta salvar a través de la modificación en la configuración de este órgano colectivo reduciendo así la complejidad de hacer presente a toda una ciudadanía, sin obtener resultados positivos. Por ende, tales factores de incongruencia finalmente provocan una “tensión” que luego crea una vía de quiebra.

¹⁶ MARTÍNEZ (1994) p. 117.

¹⁷ Creemos que precisamente un buen ejemplo de este argumento son las votaciones de los dirigentes estudiantiles Giorgio Jackson, Camila Vallejo, Gabriel Boric y Karol Cariola quienes hoy constituyen la denominada “bancada estudiantil” en el Parlamento, responden precisamente a la estrecha relación de confianza que lograron establecer con la ciudadanía, sustentada fundamentalmente en las demandas sociales que ellos reivindican, las que están en armonía con las demandas e intereses de gran parte de la población.

¹⁸ CHUECA (2004) pp. 37 y 38.

Por otra parte, debe tener presente la dificultad que enfrenta el órgano representativo al tener que representar una cambiante voluntad de los ciudadanos; concluye Chueca señalando que en definitiva será imposible determinar con certeza la voluntad colectiva. Compartimos el análisis de Chueca en torno a la dificultad que comprende conocer con certeza dicha voluntad, no obstante creemos que debe de realizarse tal esfuerzo de forma constante, pues de lo contrario la relación política entre ambos sujetos de la representación no tendrá sustento alguno. La sola selección de representantes sin vínculo permanente con su electorado da lugar a la formación de simples profesionales de la política, personas que ejercerán un cargo sin ninguna vinculación con la comunidad que los escoge, lo que finalmente sólo fomenta la conformación de las elites políticas o, como dice Cinta, sólo fomenta el surgimiento de candidatos que no poseen un verdadero interés social sino que sólo pretenden ingresar al “mercado del prestigio”¹⁹.

Por consiguiente, retomando nuestra idea inicialmente expuesta referente a las complicaciones de la democracia representativa como un vínculo jurídico que se desarrolla a través del “mandato” entre representantes y representados que debe propender principalmente a la concordancia entre ellos, ha emanado un evidente conflicto entre los criterios de ambos actores, existiendo una posibilidad siempre latente de un debilitamiento de tal vinculación. Empero afortunadamente pueden hallarse mecanismos para paliar la tensión entre identidad y la representación y para resolverla siguiendo a Martínez diremos que precisamente se encuentran disponibles los elementos de la democracia semi-directa²⁰.

En igual sentido se expresa el alemán Schneider para quien la causa de la supuesta crisis de legitimación en décadas anteriores fue precisamente la renuncia que la Ley Fundamental alemana hizo respecto de las formas plebiscitarias de la formación de la voluntad, tales como las consultas populares²¹, las iniciativas populares (volksbegehren) o referéndum populares, agrega que

¹⁹ CINTA (1977) p. 456. Respecto de este punto consideramos dable formular la siguiente distinción: ciertamente habrán muchos actores políticos que siempre han pertenecido a las élites sociales de sus respectivas sociedades, pero hay otros quienes sólo acceden a dichos grupos de poder a través de la posición social que alcanzan una vez que se han incorporado al sistema político. Con lo anterior no tenemos intención en criminalizar las lógicas intenciones personales y económicas de las personas que desean prestar un servicio público, solamente hacemos hincapié en la necesaria diferencia entre servir a la Nación y servirse de la misma.

²⁰ MARTÍNEZ (1994) p. 122.

²¹ PETER (1991) p. 259 y 260.

precisamente el ejercicio de la soberanía popular le otorga mayor autenticidad al proceso estatal de formación de la voluntad y de la toma de decisiones, entendida no como un autogobierno sino como aumento de la participación ciudadana en la vida política. Lo anterior de algún modo permite sostener la idea de que, si bien la democracia representativa es una forma correcta de lograr la representación política social, ella nunca ha estado exenta de problemáticas y con el correr de los años genera más controversias sociales y doctrinales. Aparentemente necesita de vías de oxigenación que le permitan cumplir su rol a cabalidad. Creemos que algunos elementos de la democracia directa o semi-directa pueden contribuir en su fortalecimiento; por ende, no deben descartarse a priori sino más bien debe concretarse estudios, debates, entre otros mecanismos, respecto a ellos y cómo podrían implementarse de la mejor forma posible en Chile.

Otra dificultad que aqueja a la democracia representativa y particularmente a la representación política, surge desde el planteamiento relativo a aspirar trasladar a las instituciones políticas representativas de la manera más fiel posible, la estructura u organización social existente en un Estado determinado. O sea, como expone Arruego²², la necesidad de que la composición de los órganos de representación del pueblo sean un “un reflejo exacto o un espejo” de la sociedad. Si siguiéramos dicha concepción la composición política parlamentaria dista mucho de la nuestra realidad nacional. Un escenario ejemplificador podría comprender esta falta de sincronía entre la representación y la sociedad civil. Así las cosas cabe preguntarse ¿cuántas mujeres habitan en Chile al año 2014? Son 8.513. 327²³. Luego, ¿cuántas mujeres ocupan hoy un escaño en la Cámara de diputados y en el Senado? En la Cámara de Diputados de 120 escaños sólo 18 son ocupados²⁴ por mujeres y en el Senado de 38 cupos senatoriales sólo 6 son ocupados²⁵ por mujeres. Aquí claramente no existe una correlación entre la realidad y la representación política. Y

²² En este punto el autor se refiere a las formas de representación y en particular se refiere al modelo “descriptivo” de la misma, sin embargo, existe el modelo simbólico y el “actuar por otro”. ARRUEGO (2005) p. 41.

²³ Estos datos fueron obtenidos en www.ine.cl, disponible en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/mujeres/mujeres.php (Fecha de consulta: 19 de abril de 2014).

²⁴ Estos datos fueron obtenidos en www.camara.cl, disponible en: <http://www.camara.cl/camara/diputados.aspx> (Fecha de consulta: 14 de marzo de 2014).

²⁵ Cabe destacar que originalmente era 7 mujeres en el Senado, pero la renuncia de la Senadora Ximena Rincón y la falta de designación de su remplazo redujo el número a 6. Es posible que una vez finalizado dicho proceso al interior de la Democracia Cristiana este número se mantenga o regrese a 7. Estos datos fueron obtenidos en www.senado.cl,

así podemos visualizar el caso de los pueblos originarios, discapacitados, sindicalistas entre tantos otros. Es en este contexto donde cabe preguntarse si la representación política logra hacer del órgano parlamentario un reflejo de la realidad de una Nación. Cuando ocurre lo anteriormente expuesto se produce lo que Caamaño²⁶ ha explicado como la traición del modelo representativo y la voluntad popular, generando una legitimación política aparente que no se ajusta a la verdadera demografía política de los votantes, punto que se encuentra en estricta relación con el particular sistema electoral binominal que hasta unos días atrás regía en nuestro país, el que influía determinante y desfavorablemente en la composición del Congreso Nacional, materia de la cual existe vasta literatura (no lo abarcaremos en esta oportunidad debido a la extensión del trabajo y a, la promulgación de una nueva ley electoral cuyos efectos sólo podrán ser analizados una vez que haya tenido aplicación práctica).

Con este planteamiento no queremos decir que sea estrictamente necesaria la existencia de una réplica exacta de la sociedad en los órganos de representación popular, por cuanto no siempre es posible, ya sea por la misma voluntad de los votantes como por el sistema electoral vigente o por la mediación de los partidos políticos²⁷. Pero sí creemos que es preocupante que no exista una relación causal entre la población y la composición del órgano supuestamente representativo. Empero, reconocemos que el sistema electoral nacional era el principal causante de dicha pérdida de armonía, como también el rol que los partidos políticos juegan en la designación de los candidatos y candidatas, por ello será necesario esperar la vigencia de la nueva ley electoral, porcentajes de cuotas y las posibles reformas relativas al financiamiento de las campañas políticas como elementos decisivos en el comportamiento futuro de la representación política.

En este contexto expondremos otro elemento igualmente determinante, los partidos políticos. Para el autor argentino Novaro la crisis de los partidos políticos, y la renovada gravitación de figuras que concentran la confianza de

disponible en: http://www.senado.cl/prontus_senado/site/edic/base/port/senadores.html
(Fecha de consulta: 14 de marzo de 2014).

²⁶ DOMÍNGUEZ (2004) p. 8.

²⁷ Quisiera agregar que efectivamente la representación política no necesariamente debe ser el reflejo exacto de la composición de una sociedad, pero sí debe abordar a lo menos las temáticas que dicha sociedad esté instalando como prioritarias. Como también debiera el sistema electoral, la estructura y reglamentos de los partidos políticos, favorecer la mayor participación posible de los aquellos grupos sociales considerados “minoritarios”, sin descartar mecanismo alguno como la ley de cuotas.

los ciudadanos²⁸, constituyen los nuevos desafíos a tratar. Expresa el autor que finalizando la década de los ochenta y principio de los noventa se produjo un quiebre entre la sociedad civil y el sistema político que generó un vacío que posteriormente fue llenado por liderazgos personalistas²⁹. Desde nuestra perspectiva la desvinculación que la ciudadanía ha ido desarrollando respecto de los partidos políticos es clara, y por consiguiente los atributos personales toman mayor preponderancia a la hora de seleccionar a los representantes. Así, las ideologías políticas pasan a un tercer plano en un listado en el cual los atributos personales y el marketing político ocupan el primer y segundo lugar. Es menester señalar en este ítem relativo a los partidos políticos que desafortunadamente el actuar de algunos personeros de los mismos no contribuye en nada en mejorar las apreciación ciudadana en torno al sistema político. Los actos de corrupción y el actuar poco probo, el financiamiento irregular de las campañas políticas, el tráfico de influencias y los conflictos de interés han cimentado el camino de la desafección política. Como si ello no bastara, las relaciones e implicancias entre el poder político y su estrecho vínculo con empresas directamente relacionadas con los temas legislativos relevantes a nivel nacional, promueven las dudas y las incomodidades sociales. En dicho contexto cabe preguntarse si será posible que se aprueben las modificaciones legislativas necesarias que transparenten nuestra democracia y la fortalezcan, si en definitiva tanto el análisis, modificación y aprobación de las futuras leyes encaminadas en prevenir dichos actos depende de estos mismos actores, quienes por años han usufructuado del sistema o, por lo menos, han guardado un cómplice silencio³⁰.

En la actualidad qué duda cabe que nuestra realidad nacional evidentemente está en dificultades en torno a la representación política y la idea de mandato popular. En efecto, presenciamos una crisis política que hace un tiempo ya se veía venir, así por lo menos se ha plasmado en la contingencia política nacional a través de hechos políticos relevantes que no es necesario recordar, porque la prensa nacional afortunadamente se encarga de aquello. Cabe entonces cuestionarse si la representación y el mandato popular de base liberar, forjado desde la lógica de la confianza ciudadana es y seguirá siendo el soporte legitimador del orden institucional. A la fecha salvo aisladas

²⁸ NOVARO (1995) p. 145.

²⁹ NOVARO (1995) pp. 148 y 149. El autor plantea que estos liderazgos carismáticos no son la solución al problema, toda vez que ellos no representan a un grupo sino que se “auto representan” generando imagen públicas.

³⁰ Aunque no es menester ahondar en este problema, basta recordar las dificultades que la implementación y realización de la declaración de patrimonio, ley de lobby y fideicomiso ciego, entre otros, representan para nuestra clase política.

opiniones como la de Ángel Garrorena quien ha planteado la posibilidad de “forjar una nueva teoría de la representación basada principalmente en un cambio de mentalidad, debiendo superar las ideas ochocentescas finalizando un camino jurídico-político que a juicio del autor está inconcluso”³¹. Muy por el contrario desde otra vereda es posible continuar detectando opiniones que postulan una defensa férrea de la representación política criticando fuertemente a aquellos que permanentemente exponen como vía de solución a la democracia directa o a lo menos mecanismos de democracia directa, opinión que es posible percibirla en Giovanni Sartori³², quien se ha encargado de rebatir y criticar tal tipo de democracia, por considerarla insuficiente, carente de sustento teórico y seriedad jurídica, declarándola inadmisibles.

Por tanto, descartando aquellas opiniones que continúan contraponiendo los tipos de democracia, nosotros estamos por detectar una posible solución a la crisis en aquellos postulados que se sustentan en la configuración de una democracia participativa. Razón por la cual hemos de traer a colación algunos de los postulados de Norberto Bobbio, para quien el fenómeno antes expuesto responde a lo que el autor define como “apatía política”³³ la cual se encuentra directamente relacionada con el nivel educacional y de cultura política del ciudadano. Con esto no se refiere Bobbio a la educación propiamente formal, sino aquella educación cívica tan carente en nuestro país. Por lo mismo creemos que de ser reincorporada y fortalecida traerá como consecuencia una mejor comprensión del sistema político, fomentando la formación de ciudadanos empoderados en sus derechos políticos, demandantes de mayor transparencia y probidad, con lo cual probablemente se fortalezca el vínculo de mandato representativo entre la casta política y la sociedad, evitando así la deslegitimación democrática. Por consiguiente, de alcanzar en nuestro país dichos estándares políticos y sociales, nos coloca en posición de plantear derechamente una ampliación de las instituciones de democracia directa como lo podría ser la incorporación de la iniciativa legislativa popular o proponer la configuración de una democracia ciudadana y electrónica, elementos que podrían en alguna medida contribuir a solucionar nuestro problema de desafección política.

Por tanto a modo conclusivo diremos que a nuestro juicio una definición acertada de democracia y la que utilizaremos en este trabajo, es la que nos otorga Bobbio cuando señala que un régimen democrático es “un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en las

³¹ GARRORENA (1990) pp. 27-63.

³² SARTORI (1999) pp. 2-6.

³³ BOBBIO (1986) p. 25.

que está prevista y proporcionada la más amplia participación posible de los interesados³⁴. Seleccionamos el presente concepto por cierto no de forma azarosa, sino por reunir unos de los elementos centrales de lo que nosotros comprendemos por democracia y el que será el núcleo fundamental de este trabajo, esto es la participación ciudadana.

III.- LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO ELEMENTO CENTRAL EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO

En el siguiente apartado pretendemos analizar la participación ciudadana como elemento del sistema democrático representativo esencial, para comprender la importancia de los mecanismos de democracia directa. El Estado constitucional moderno se configura a través de una base triangular del poder, ésta es: “representación-participación-democracia”, la cual se mantiene y mantendrá en el futuro. Porque tal como lo expresa Astarloa, mediante la participación política se articulan los mecanismos de relación entre el sujeto y el objeto del poder político, de modo que la participación política en el Estado democrático ya no es un simple hecho sino que es consustancial a la naturaleza del mismo³⁵. Sin perjuicio de aquello creemos que con el devenir del tiempo, esta arquitectura política y jurídica se ha desgastado, es preciso buscar mecanismos alternativos que refuercen la vida política a través del núcleo del sistema democrático éste es la participación ciudadana, detectando por ejemplo una buena alternativa de promoción de la misma la utilización de los mecanismos de democracia directa.

Así las cosas, cuando nos referimos a la participación política de la ciudadanía debiéramos considerar un presupuesto básico que es explicado muy correctamente por Biscaretti Di Ruffia el cual señala que aceptar el principio democrático en los Estados modernos implica necesariamente considerar la participación del pueblo en la realización de las funciones estatales³⁶. Sin embargo, cuando hablamos de participación política se piensa naturalmente sólo en el “acto de votar” en una u otra elección seleccionando candidatos, activando así la representación política y configurando una vez más la democracia representativa, así por lo menos ha sido pensado. Es por ello que Duguit expusiera que en el sistema representativo, la corporación de ciudadano no adoptarán decisión alguna no ejercerá otra función que la de elegir directamente o indirectamente los órganos de representación³⁷. Continuando

³⁴ BOBBIO (1886) p. 9.

³⁵ ASTARLOA (2002-2003) p. 283.

³⁶ BISCARETTI DI RUFFIA (1965) p. 289.

³⁷ DUGUIT (1926) p. 305.

con este enunciado, es dable recoger el análisis realizado por Arruego³⁸ en relación a considerar a la participación política del ciudadano como derecho fundamental de carácter jurídico-objetivo que debe orientar el actuar de los poderes públicos, no sólo protegiéndolos de ser lesionados o afectados como postura clásica, sino más bien a través de una actitud activa, una vinculación positiva que obligue realizar medidas fácticas y jurídicas encaminadas a la efectiva realización y vigencia de los derechos fundamentales como parte de la organización jurídico-política de un Estado. En este mismo sentido se expresa Paloma Biglino, para quien la participación política debe ser considerada y estipulada como un derecho público subjetivo, puesto que la forma en la cual es tratada la en los textos constitucionales toma suma relevancia, porque tal regulación constitucional de la participación puede ser la antesala o la sede desde la cual ha de proyectarse la democracia participativa³⁹.

Desde una perspectiva comparada es menester señalar que respecto de la participación ciudadana y su regulación constitucional y los efectos que ello genera es posible señalar que, algunos estados han seguido una tendencia proteccionista y promotora de la participación, garantizándola en su ordenamiento jurídico como un principio constitucional. En este sentido y a modo ilustrativo diremos que en Latinoamérica, tanto la Constitución Política de Colombia del año 1991 como la Constitución política del Ecuador del año 2008, consagran y regulan de forma garantista la participación de los ciudadanos, regulación que pasamos a examinar. En el caso de Colombia la participación ciudadana está contenida en la declaración de principios del texto constitucional, el cual establece que ésta será un Constitución democrática, participativa y pluralista. El profesor colombiano Sánchez expresa que el derecho de participación se ha presentado como eje central de la Constitución y está contemplada normativamente en tres niveles⁴⁰:

- 1.- Como principio (como fin del Estado de promoverla en todas las decisiones que afecten a la comunidad);
- 2.- Como derecho-deber (se contempla como un derecho-poder del ciudadano intervenir, emana de la soberanía popular y se presenta como un deber ineludible) y;
- 3.- Como mecanismo (se consagran diversas acciones instrumentales para presentar iniciativas legislativas, ser consultados, fiscalizar, y ejercer

³⁸ ARRUEGO (2005) pp. 86,87 y 88.

³⁹ BIGLINO (1987) pp. 88,94 y 96.

⁴⁰ SÁNCHEZ (1998) pp. 27 y 28.

acciones administrativas o judiciales en protección de sus derechos y libertades).

Por su parte la Constitución ecuatoriana ha dedicado todo un Capítulo a regular esta materia. El capítulo IV ha sido denominado “Participación y Organización del poder”. El mismo texto constitucional titula su capítulo I como “Participación en democracia”, apartado dentro del cual también se establecen principios de participación; en efecto los artículos 95 y siguientes estipulan que los ciudadanos y ciudadanas de forma individual o colectiva participarán de forma protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. Junto con ello la norma fundamental dispone que la participación es un derecho que podrá ser ejercido mediante mecanismos de democracia representativa, directa y comunitaria.

Las normas constitucionales antes señaladas permiten percibir con nitidez la preponderancia que en las democracias presidenciales de América Latina se le otorga a la participación de los ciudadanos, consagrándolas como un principio en el mismo texto constitucional. Ahora bien, si el desarrollo constitucional de la participación política presenta rasgos relevantes en Latinoamérica, con mayor razón es posible detectar características de importancia en países europeos. Así las cosas, en el caso español la Carta fundamental regula en su artículo 23 la participación política, regulación que según Astarloa, adquiere una naturaleza bifronte jurídico-constitucional, al considerarla por un lado como un principio vertebral del Estado y, por otro lado, como un derecho fundamental⁴¹. En otro caso, la Ley fundamental alemana igualmente contempla la participación política; en palabras del autor Peter en un Estado moderno de partidos no se puede renunciar al principio de representación como legitimador pero tampoco se puede excluir o declarar inconstitucional al de participación. Peter sostiene que ambos elementos son complementarios porque uno y otro provienen, en definitiva, del principio democrático de soberanía popular. Por ende, la lógica de colocarlos en escenarios contrapuestos sería un error jurídico-constitucional. El autor refuerza sus comentarios precisamente en las normas contenidas en la Ley Fundamental alemana, la que sostiene que “todos los poderes del Estado provienen del pueblo” (artículo 10.2.1. de la Ley Fundamental)⁴². Es por ello que contribuir en la formación de la voluntad estatal debe ser una posibilidad con la que la ciudadanía debe contar, a pesar de las opiniones en contrario que se

⁴¹ ASTAORLA (2002-2003) p. 284.

⁴² PETER (1991) pp. 268 y 269.

pueden presentar fundamentadas básicamente en el hecho de desnaturalizar el problema de fondo, la posible desparlamentarización de las decisiones, el debilitamiento de la representación política del Gobierno, la despolitización transitoria de quienes la votarían.

Con todo es posible recordar aquella correcta explicación de Bobbio, la democracia representativa implica que las decisiones que afectan a la colectividad no sean tomadas por la misma colectividad sino por personas elegidas para esos fines y nada más que para ello. Sin embargo, este principio de representación se debe extender a muchas otras instancias donde se llevarán a cabo otras deliberaciones de carácter colectivas⁴³. Compartimos plenamente lo que sostiene el autor toda vez que declara que no existe un sistema de democracia directa ideal ni tampoco uno representativo ideal, tampoco la solución está en pasar de un sistema a otro, sino que debe poder matizarse, pero cuando hablamos de un proceso de democratización real estamos hablando de pasar de la democracia política a la democracia de la sociedad civil, a la democracia participativa, expandiendo el poder a otras articulaciones de Estado a otros sujetos. En definitiva, el autor denomina este proceso como: “de la democratización del Estado a la democratización de la sociedad”⁴⁴.

En esta dirección cabe preguntarse si en el caso chileno ante esta aparente crisis de representación, qué tipo de efectos se pueden generar y cómo los poderes públicos se han hecho cargo de ello, serán sólo efectos negativos o podemos vislumbrar alguna consecuencia positiva que nos permita caminar hacia una democracia participativa. Creemos que existen efectos negativos y positivos. Los negativos son claros de definir e interpretar: desconfianza, apreciación negativa de la gestión, desinterés en continuar seleccionado representantes, escaso control social de las instituciones, funciones y el gasto público, malestar social. Los positivos son complejos de determinar porque son considerablemente menores, pero no por ello no existen. Muy por el contrario, sectores de la población frente al escenario de la poca credibilidad de la actuación de las instituciones políticas y de los partidos políticos, se proponen ser actores protagónicos de los procesos de cambios, ser intérprete de elementos modificadores e incluso de realizar acciones concretas que vayan en directa relación con sus intereses. Es así como surgen diversas agrupaciones y asociaciones de personas que organizadamente y orgánicamente exponen sus inquietudes y aspiraciones ante el aparato público. Prueba de ello son los grupos ambientalistas, animalistas, enfermos, minorías sexuales y principalmente el movimiento estudiantil del cual hemos sido testigos desde

⁴³ BOBBIO (1986) pp. 53 y 54.

⁴⁴ *Ídem.* pp. 42 y 43.

el año 2006, procesos que a la fecha han engendrado resultados como la reforma educacional y la ley de unión civil.

No obstante, en un Estado democrático y representativo como el chileno el movimiento social no puede ni debe ser la única vía de participación ciudadana, si bien los grupos sociales deben actuar como contrapoder, ejerciendo en control político y social, tal olvido ha llevado a que sean ellos quienes finalmente asumen desde su vereda una función mayor, ejercer tal actividad no es una labor sencilla y se plasma en la forma a través de la cual es realizada en muchas ocasiones con serios desmanes. Lo anterior nos lleva a intentar resolver cuáles son los espacios de participación con los que dichas agrupaciones pueden contar o utilizar y examinar si ellos son suficientes. Es por ello que cabe la duda si será necesario contemplar mecanismos de democracia directa que puedan satisfacer las demandas actuales de la sociedad civil, debiendo considerar que el Parlamento no es el único espacio de representación. Por ño mismo, debemos abrir nuestro proceso de toma de decisión a la población; parece que el camino correcto es la democratización de la instituciones o así lo han venido plasmando la ciudadanía y algunas gestiones de algunos gobiernos a través de las mesas de diálogo, entre otras, y de una manera más visible lo han realizado los gobiernos locales a través de consultas ciudadanas, presupuestos participativos, etc. Hablar de mayor y mejor participación siempre generará suspicacias respecto del fondo y a la forma, nuestra intención no es exigir obcecadamente la incorporación de ella en el orden constitucional nacional sin dimensionar las posibilidades técnicas y políticas. En el siguiente apartado examinaremos especialmente la iniciativa popular de ley como una herramienta de democracia directa.

IV.- LA INICIATIVA POPULAR DE LEY COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

En este orden de ideas que hemos venido desarrollando, nos hemos referido a la democracia representativa y a la participación ciudadana. Ahora nos corresponde intentar describir la manera en que éstas pueden armonizar a través de los mecanismos de democracia directa, particularmente mediante mecanismos de participación ciudadana. En esta oportunidad sólo abarcaremos uno de aquellos mecanismos, ésta es la “iniciativa popular de ley”. Básicamente porque tal herramienta implica poner en movimiento un procedimiento perteneciente a un órgano del Estado como lo es el procedimiento legislativo, con el objetivo de regular una determinada materia de interés social, para lo cual es necesario que la organización y redacción de la propuesta, y el cumplimiento de determinados requisitos como por ejemplo la recolección de firmas, la visibilidad de la demanda y su viabilidad, dependen en todo momento de las gestiones realizada por la comunidad. Como bien

describe Altman es un mecanismo de democracia directa que viene “desde abajo”⁴⁵, es decir, proviene desde las mismas bases sociales. Es por ello que este mecanismo es de aquellos que se reconoce especialmente como un elemento importante de participación ciudadana. Para Biscaretti di Ruffia es un resabio de la democracia directa⁴⁶, mientras para Hauriou es un “procedimiento de democracia semidirecta”⁴⁷, al igual que el referéndum, la iniciativa popular de ley y el derecho de revocación popular. Colocando un especial énfasis el autor en señalar que tales procedimientos quedan habitualmente limitados y acantonados. Nuestra finalidad no es esclarecer si estamos frente a un mecanismo perteneciente a la democracia directa o semidirecta, nosotros estamos por la idea de reconocer a la iniciativa popular de ley como un mecanismo esencialmente de participación ciudadana perfectamente aplicable en democracias representativas. Por esto, nuestra atención tendrá por finalidad analizar si lo señalado por Hauriou es efectivo, vale decir si estas instituciones participativas están realmente limitadas en las regulaciones jurídicas. Para ello examinaremos algunos elementos que nos darán luces respecto de este punto.

La iniciativa popular de ley ha sido definida por Hevia de la Jara como “el derecho de los ciudadanos a presentar un proyecto de ley para su necesario tratamiento en el Parlamento, y/o exigir una consulta popular para aprobar o rechazar cuestiones legislativas determinadas”⁴⁸. En este mismo sentido y según Paloma Biglino la iniciativa popular de ley, “es aquella que consiste en que un número determinado de ciudadanos presente una proposición de ley al Parlamento, órgano que conserva en todo momento la libertad de rechazarla o bien de admitirla y transformarla en ley”⁴⁹. Como es dable observar en estos conceptos ambos autores le atribuyen a la iniciativa popular una aptitud de carácter facultativa, es decir, la consideran como un derecho al que pueden optar los ciudadanos, pero sin generar una obligación específica respecto del órgano al cual se le plantea aquella demanda, por tanto no existe contemplada la posibilidad cierta de que aquella iniciativa surta efectos. Desde una perspectiva diversa David Altman señala que las iniciativas populares de ley constituyen herramientas de control y no una herramienta de decisión política, puesto que el legislativo no tiene la obligación de aceptar o legislar sobre el tema⁵⁰. Así las cosas, para este autor el rol que ha de jugar la

⁴⁵ ALTMAN (2010) p. 14.

⁴⁶ BISCARETTI DI RUFFIA (1965) p. 289.

⁴⁷ HAURIOU (1980) p. 72.

⁴⁸ HEVIA DE LA JARA (2010) p. 158.

⁴⁹ BIGLINO (1987) p. 77.

⁵⁰ ALTMAN (2010) p. 12.

iniciativa popular es diverso, puesto que cumpliría una función fiscalizadora cuyo objetivo es colocar determinados temas de relevancia social en la agenda legislativa, sin asegurar un resultado determinado. Por su parte Astaorla expresa que este mecanismo de democracia directa “es una manifestación instrumental de derecho de participación política”⁵¹, concepto que a nuestro juicio representa de mejor manera a la iniciativa popular toda vez que, hasta ahora y como veremos más adelante, su efectividad no es alta, por ende se configura esencialmente como un derecho de las personas mediante el cual pueden participar de la vida política. En consecuencia, lo que finalmente delimitará el sentido que podrá alcanzar esta herramienta dependerá en nuestra opinión, de la regulación que el constituyente o el legislador realice respecto de ella, en tanto su amplitud o rigidez serán materias que habrá que definir en el momento en que ella sea regulada.

Ahora bien, a pesar de las diversas interpretaciones que existen en torno a la iniciativa popular de ley es posible concordar en que su finalidad principal es la de poner en movimiento la facultad legislativa por parte de la ciudadanía. No obstante, la iniciativa popular exhibe varios tipos. En esta dirección se ha señalado que se puede clasificar en iniciativa popular de ley directa, la consiste en presentar una iniciativa para que sea directamente aprobada o rechazada por la misma ciudadanía; otra modalidad es la indirecta, que consiste en presentar la propuesta al Parlamento para que este la apruebe, rechacé o la modifique. También pueden clasificarse en aquellas que permiten la presentación de proyectos de ley y aquellas que contemplan la posibilidad de solicitar reformas constitucionales⁵². Respecto de este punto es menester hacer presente que se ha generado cierta confusión en cuanto al destino o propósito de este mecanismo toda vez que se ha asimilado a otras herramientas cuya finalidad es diversa. Por ejemplo, se ha asimilado al referéndum facultativo, sin embargo la iniciativa popular como lo expusieramos precedentemente comprende la presentación de un proyecto de ley o enmienda constitucional por los ciudadanos cuya finalidad es romper el *statu quo*⁵³.

Respecto de la incorporación de este mecanismo de participación ciudadana en sistemas de democracia representativa, Paloma Biglino sostiene que desde sus primigenias manifestaciones en la Carta fundamental francesa de 1793 y sus posteriores consagraciones en la Carta de Suiza, Weimar y la austríaca de 1920, la iniciativa popular de ley manifiesta su vocación

⁵¹ ASTAORLA (2002-2003) p. 285.

⁵² HEVIA DE LA JARA (2010) p. 161.

⁵³ ALTAMAN (2010) p. 17.

de ser compatible o complementaria con la democracia representativa⁵⁴. Por nuestra parte, diferimos de aquella comprensión porque consideramos que si bien la iniciativa popular de ley nace como una institución de democracia directa o semidirecta, en la actualidad se configura como un mecanismo de democracia participativa que tendrá como fin último permitirle a la ciudadanía la posibilidad de expresar una necesidad legislativa, creando un espacio de participación política, pero que no necesariamente producirá los efectos deseados. Por ende, su funcionalidad podrá verse mermada y su efectividad dependerá en definitiva de la forma en la que se encuentre regulada. Por tanto, será menester analizar cada uno de los factores que influyen directamente en su construcción legal a fin de comprender cuáles serán sus verdaderos efectos jurídicos y sociales, elementos de suma relevancia al momento de ser evaluada por la sociedad civil.

En este estado del arte podemos señalar que en nuestro país variados son los proyectos de ley presentados cuya finalidad es modificar la Constitución Política de la República incorporando “la iniciativa ciudadana para la generación de ley”⁵⁵. Qué duda cabe que incorporar a nuestra Constitución la iniciativa popular de ley es uno de los caminos a seguir hacia una mayor democratización del Estado, favoreciendo la participación política y la autonomía de la sociedad civil, pudiendo a través de ella conocer con mayor claridad cuáles son los verdaderos intereses colectivos. Sin perjuicio de aquello, todo dependerá de la forma en que pueda ser regulada. Por consiguiente se torna imprescindible considerar los siguientes elementos respecto de dicho mecanismo ciudadano para una futura regulación:

- 1.- Un primer aspecto a examinar es aquel que se refiere a las materias respecto de las cuales podría presentarse una iniciativa popular de ley. En este sentido se ha señalado que éste será el punto clave para evaluar la efectividad de la institución, toda vez que mediante el tipo de regulación y la extensión de las limitaciones o libertades se diferencia a una ley aplicable de otra que simplemente será letra muerta⁵⁶. Por nuestra parte la Constitución política de 1980 incorpora el “principio de reserva legal” y la determinación de competencias normativas, estableciendo procedimientos y restricciones. Por ejemplo señala: a.-cuáles son materia de ley, b.-el tipo de ley que se debe dictar y sus respectivos quórum, y c.- respecto de las materias distingue aquellas que son iniciativa exclusiva del

⁵⁴ BIGLINO (1987) p. 79.

⁵⁵ (PROYECTOS EN BOLETINES N° 7916-07-3663-07, N° 7560-07, N° 7436-07, N° 7206-07, N°5221-07, N°3575-07).

⁵⁶ HEVIA DE LA JARA (2010) p. 162.

Presidente de la República o de iniciativa parlamentaria. Respecto a lo anteriormente señalado, sólo uno de los proyectos presentados plantea permitir iniciativas ciudadanas en todo tipo de materias; por ende, resulta de suma importancia transparentar aquellos alcances a la ciudadanía y así no generar falsas expectativas en las personas, creyendo poder regular materias que no están dentro de dicha competencia, pero que probablemente serán de su interés. Por otra parte ha de buscarse el correcto equilibrio entre la satisfacción de los intereses ciudadanos y la seguridad, estabilidad del Estado y el sistema político. Ciertamente, deben existir limitaciones en cuanto a las materias que pueden ser objeto de iniciativa popular y tales limitaciones deben resguardar necesariamente a la propia Constitución. Deben evitar que grupos muy minoritarios utilicen este mecanismo en desmedro de la mayoría, se debe impedir que mediante ella se propendan fines demagógicos; en definitiva, que no puedan ser utilizadas para encubrir falsos consensos sociales⁵⁷.

- 2.- Es necesario que los proyectos señalen mínimos y máximos en cuanto al número de personas que deberán participar con su firma en dichas iniciativas, idealmente una cantidad alcanzable, por entidades con cierta estructura como por ejemplo sindicatos, pero también por agrupaciones de personas naturales que sin tener organización previa, surjan de un interés colectivo en común. En este sentido, algunos proyectos hablan de 100 personas, otros se refieren a 100.000 personas, incluso hay algunos que establecen porcentajes de personas, los que se obtendrán de votos válidamente emitidos en las elecciones parlamentarias o del número de inscritos por distritos o regiones. Asimismo, algunos establecen como requisito adicional el ser "patrocinado" por un abogado/a o dirigente gremial o vecinal de organizaciones con personalidad jurídica, por ejemplo juntas de vecinos, ONG, colegios profesionales, entre otros. Como también existen aquellos proyectos que delegan la determinación del procedimiento de presentación de las iniciativas populares a la dictación de otra ley de rango orgánica constitucional. Respecto de este punto surgen varios cuestionamientos, el primero que ya fue expresado respecto de la cantidad o el número de firmas requeridos y cómo ello puede favorecer o no la posibilidad de ejercerla, pero luego nace la inquietud respecto de dónde deberá realizarse tal firma y si existirá un procedimiento de control y verificación de la mismas, procedimiento que puede posteriormente configurarse como un requisito de admisibilidad de la propuesta legislativa.

⁵⁷ BIGLINO (1987) pp. 106 y 112.

A mi juicio los requisitos patrocinio y delegación de procedimiento en otra ley, sólo dificultarían o retardarían la concreción efectiva de tal instancia participativa. Parece ser más viable solicitar una cantidad determinada de personas sin mediación o intervención alguna, así como evaluar el rango de la ley que establecerá el procedimientos, por lo complejo que a veces resulta alcanzar ciertos quórum.

- 3.- Otro aspecto a considerar es que adicionalmente al agregar un nuevo precepto o inciso al texto constitucional, se establezca con claridad cuál será la vinculación que dichos proyectos de ley, que emanarán de la ciudadanía, tendrán con el poder legislativo, el valor de dichas iniciativas y especificar si éstas serán equivalentes a los mensajes y mociones, así como establecer el nivel de obligatoriedad que éste órgano (Parlamento) tendrá en cuanto a su conocimiento, tramitación y aprobación. De forma tal que ellos no sólo vengán a engrosar la ya abultada agenda legislativa, sino que además se generen mecanismos de participación también en su discusión, con la finalidad de que su aprobación final guarde relación con la intención social de la cual emanó.

- 4.- Finalmente y respecto al valor cívico atribuible al voto y su finalidad en cuanto a la elección de “representantes” para el parlamento, formularemos algunas observaciones. Conocida y latamente discutida ha sido la pérdida de legitimidad de diputados y senadores, discusión que no necesariamente implicaba poner en cuestionamiento una posible delegación de su función más relevante a la sociedad civil, situación que colocaría aún más en entredicho su rol social y legislativo. Efectivamente, si es la sociedad quien se representa a sí misma y propone por sí sola las materias de interés público a regular y/o modificar (ejercicio democrático que no se pone en duda), es dable preguntarse ¿qué utilidad tendría el sufragio como mecanismo de elección de representantes? y ¿qué papel le corresponderá ejercer bajo este nuevo escenario a los parlamentarios? Estas interrogantes sólo vienen a sumarse a las nuevas exigencias y desafíos que, tanto los movimientos sociales, ambientalistas, estudiantiles y gremiales, como la sociedad civil en su conjunto, han planteado al mundo político en general.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que no queda en duda es la necesidad de avanzar en estas materias y fomentar una mayor participación ciudadana, permitiendo así una mayor democratización del Estado. Por su parte, los movimientos sociales han demostrado tener claridad y seriedad en sus planteamientos y responsabilidad en su actuar, lo que permite ciertamente suponer que podrían promover un número importante de proyectos de ley. Quizá el momento de plantearnos el modelo clásico de representación y el hecho

de actuar por otro ha comenzado, la propuesta programática del nuevo gobierno que entra en curso, relativa a la creación de una nueva Constitución permite instalar este debate y tantos otros, es de esperar que estos temas de sociedad, de democracia participativa ya no sean sólo un proyecto más en la Agenda del Parlamento, ocupen un espacio protagónico en una nueva Carta Fundamental.

CONCLUSIONES

- 1.- La democracia como forma de gobierno es y será el sistema político que mejor ha funcionado en nuestro país. Sin embargo, las reglas del juego establecidas para el desarrollo de la misma parecen ser insuficientes, el sistema electoral, el funcionamiento de ciertas instituciones, el actuar de los partidos políticos, la escasa correlación entre Gobierno y ciudadanía no contribuyen en que ella se fortalezca y madure. Creo firmemente que nadie espera derrotar el sistema de representación ni tampoco eliminar instituciones como el Parlamento, solamente se espera un mayor acercamiento de las mismas hacia la sociedad, pero no sólo un acercamiento ideológico ni de asistencia territorial, clientelar u otro, sino que se trata de reconocer a las personas como entes capaces de madurar ideas y de llevarlas a la práctica de manera responsable. Por cierto creo que la democracia representativa debe mutar hacia una que permita mayor participación política ciudadana, que democratice instituciones y que nos haga sentir arquitectos de nuestros propios destinos públicos.
- 2.- Regular la iniciativa popular de ley nos parece una correcta vía de escape a los problemas de legitimidad que estamos presenciando, no obstante aquella regulación debe ser efectiva a fin de fortalecer la cultura cívica nacional. Esencialmente, debe ser una regulación constitucional nitida que no induzca a interpretaciones ambiguas. Deberá establecerse el tipo de iniciativa popular que adoptaremos y sus efectos, es menester fijar un plazo para llevar a cabo el procedimiento legislativo de aquellas iniciativas, deberá arribarse a un equilibrio respecto de las materias que pueden ser reguladas por esta vía y, principalmente, deberá configurarse una instancia administrativa de asistencia ciudadana, que contribuya en la difusión y que oriente a los ciudadanos con el objeto de alcanzar un correcto cumplimiento de los requisitos legales.
- 3.- Lo más complejo siempre ha sido determinar el momento en el cual realizar estas transformaciones profundas a los sistemas, afortunadamente hoy estamos más cerca que nunca de aquel momento. Si efectivamente se realiza un proceso constituyente con miras a elaborar una nueva Carta

Fundamental, estamos en el minuto preciso para replantearnos estos temas, ponerlos en debate y esperar que pueda cuajar de aquello.

BIBLIOGRAFÍA

ALTMAN, David (2010): "Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿controles políticos o políticamente controlados?", *Perfiles Latinoamericanos*, vol. n° 35: pp. 9-34.

ASTAORLA VILLENA, Patricio (2002-2003): "La iniciativa legislativa popular en España", *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. n° 10-11, 2° semestre 2001 y 1° semestre 2003: pp. 273-321.

ARISTÓTELES (1970): "*La política*" (traducido por Julián Marias y María Araujo, Madrid, Ediciones Instituto de Estudios Políticos, primera edición) pp. 175 y 251.

ABELLÁN, Ángel Manuel (1996): "Notas Sobre la evolución histórica del parlamento y de la representación política", *Revista de Estudios Públicos (Nueva Época)*, n° 92.

BISCARETTI DI RUFFIA, Pablo (1965): *Derecho Constitucional* (trad. por Pablo Lucas Verdu Madrid, Editorial Tecnos S.A.) p. 299.

BIGLINO CAMPOS, Paloma (1987): "La iniciativa popular en el ordenamiento jurídico estatal", *Revista española de Derecho Constitucional*, vol. n° 19: pp. 75-130.

BOBBIO, Norberto (1986): *El futuro de la democracia* (México, Fondo de Cultura Económico, primera edición en español).

CINTA, Ricardo (1977): "Estructura de clases, élites del poder y pluralismo político", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 30 n°2: pp. 443-466.

CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo (2004): "La quiebra de la representación política", *Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol. n°4, primera parte.

DE VEGA, Pedro (1985): "Significado constitucional de la representación política", *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, n° 44.

DOMÍNGUEZ, Francisco C. (2004): "Representación o Participación de las Minorías: sobre la determinación de algunos espacios constitucionales

- útiles a las políticas del reconocimiento”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, vol.3.
- DUGUIT, León (1926): *Manual de derecho constitucional* (trad. José G. Acuña, Madrid, Ediciones Francisco Beltrán, segunda edición) p. 305.
- GARCÍA RUIZ, José Luis (2010): *Introducción al derecho constitucional* (Cádiz, Servicio de publicaciones Universidad de Cádiz, primera edición) pp. 187 y 188.
- GARRORENA MORALES, Ángel (1990): “Apuntes para una revisión crítica de la representación”, en *El Parlamento y sus transformaciones actuales* (Madrid, Editorial Tecnos) pp. 27-63.
- HAURIU, André (1980): *Derecho constitucional e Instituciones política* (trad. José Antonio González Casanova, Editorial Ariel, Barcelona, segunda edición) p. 72.
- HEVIA DE LA JARA, Felipe (2010): “La iniciativa legislativa popular en América Latina”, *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*, vol. n° 52: pp. 155-186.
- LOEWENSTEIN, Karl (1976): *Teoría de la Constitución* (trad. Alfredo Gallego Anabiarte, Editorial Ariel, segunda edición) p.24.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1992): “Introducción a los Sistemas Electorales y al Sistema Electoral Chileno” (Santiago, Publicaciones de Corporación Participa, primera edición) p. 7.
- NOVARO, Marcos (1995): “El debate contemporáneo sobre la representación política”, *Revista Desarrollo Económico*, vol. 35 n°137.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (1994): *Las instituciones del gobierno constitucional* (Valencia, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U, segunda edición) p. 122.
- MONTESQUIEU (1972): “*El espíritu de las leyes*” (trad. Mercedes Blasquez y Pedro de Vega, Madrid, Editorial Tecnos, primera edición) pp. 55 y 63
- SÁCHICA, Luis Carlos (1985): *Democracia, Representación, Participación* (Costa Rica, Ediciones Capel, Primera edición) p. 11.

SÁNCHEZ, Ricardo (1998): *Política y constitución* (Santafé de Bogotá, Ediciones Fundación Universidad Central, primera edición) p. 27 y 28.

SARTORI, Giovanni (1992): *Elementos de Teoría Política* (Madrid, editorial Alianza, primera edición) p. 43.

SARTORI, Giovanni (1999): "En defensa de la representación política", *Revista Claves de razón práctica*, vol. n° 91: pp. 2-6

SCHNEIDER, Hans-PETER (1991): *Democracia y Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 259 y 260.

TORRES DEL MORAL, Antonio (1982): *Crisis del Mandato Representativo en el Estado de partido*, *Revista de Derecho Político*, N° 14.

RECURSOS WEB

www.adimark.cl

www.camara.cl

www.cep.cl

www.ine.cl

www.senado.cl

TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA: ATRIBUCIÓN PROPOSITIVA DEL ART. 18 N° 4

Court of free competition: Propositive attribution of art. 18 no. 4

ALEJANDRA PÉREZ CEBALLOS*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

RESUMEN: Este trabajo se estructura en tres partes importantes: el cambio que se produce con la Ley 19.911 en materia de libre competencia; las repercusiones de la atribución propositiva, su aplicación práctica; y el análisis de su efectividad y finalmente los esfuerzos del legislador para la aplicación práctica de la atribución.

Se planteará la necesidad de fortalecer la atribución propositiva e indicar cómo avanzar hacia una institucionalidad formal para la evaluación permanente de la relación desde el punto de vista de sus efectos en la competencia.

PALABRAS CLAVES: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Atribución Propositiva, Fiscalía Nacional Económica.

ABSTRACT: *This work is structured on three important parts: the change that occurs with Law 19,911 on free competition; the impact of proactive attribution, its practical application; and analysis of its effectiveness and finally the efforts of the legislature to the practical application of attribution. The need to strengthen the proactive allocation and indicate how to move towards a formal institutional*

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Bernardo O'Higgins. Correo electrónico: <alejandra.perez@ubo.cl>

Artículo recibido el 28 de mayo de 2015 y aceptado para publicación el 9 de noviembre de 2015.

framework for ongoing evaluation of the relationship from the point of view of their impact on competition will arise.

KEYWORDS: *Court of Defense of Free Competition, Propositiva Attribution, National Economic Prosecutor.*

I. INTRODUCCIÓN¹

En el año 2003, la Ley n° 19.911 introduce reformas al DL n° 211 de 1973 que fijó normas para la defensa de la libre competencia, marcando un hito relevante en la materia, surgiendo el Tribunal de la Libre Competencia, organismo principalmente jurisdiccional y que asume las funciones que hasta ese entonces pertenecían a la Comisión Preventiva y Resolutiva.

El TDLC es un tribunal especial, independiente y colegiado, dedicado exclusivamente al conocimiento de aquellas materias vinculadas a la libre competencia.

La mencionada reforma invistió a dicho Tribunal de todas aquellas potestades, que consideró necesarias, para resguardar el derecho a la libre competencia en los mercados, de manera jurisdiccional o administrativa. Pretendió perfeccionar el sistema de protección de la libre competencia en nuestro país.

El presente artículo tiene por objeto analizar la llamada atribución propositiva o requisitoria y las repercusiones y consecuencias que ha traído el despliegue de esa atribución a nivel legislativo y sectorial.

La hipótesis que se trabajará en esta oportunidad consiste en demostrar los efectos que produciría una posible superposición de competencia en base a las actividades de promoción de la libre competencia entre la FNE y el TDLC cuando se proponen modificaciones normativas al Presidente de la República.

Se analizará desde los fundamentos normativos el conflicto de límites entre las potestades de ambas entidades, proponiendo una solución al problema,

¹ Abreviaturas: CPE: Constitución Política del Estado; DL: Decreto Ley; DFL: Decreto con Fuerza de Ley; FDT: Fondo de desarrollo de las telecomunicaciones; FNE: Fiscalía Nacional Económica; ICG: Instrucción de Carácter General.; ICN: *International Competition Network*; JAC: Junta de Aeronáutica Civil.; LGT: Ley General de Telecomunicaciones; LOCBGAE: Ley de bases generales de la administración del Estado.; OCDE: **Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico**; TDLC: Tribunal de la Libre Competencia.

sobre aquella que prevalecerá, utilizando los criterios del análisis económico del derecho procesal, derivados de los costos de error y administrativos.

Lo anterior en defensa del fortalecimiento de la atribución propositiva, en progreso hacia una institucionalidad formal para la evaluación permanente de la regulación desde el punto de vista de sus efectos en la competencia.

II. FACULTAD PROPOSITIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las atribuciones del TDLC están contenidas en los Artículos 1°, 2°, 3°, 18° y 26° del DL 211, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado el 7 de marzo de 2005².

En cuanto a la llamada potestad Jurisdiccional o Sancionatoria, según el artículo 18 N°1, es aquella destinada a determinar las situaciones o conductas constitutivas de un injusto monopólico, y aplicar al caso concreto la pena o sanción pertinente, emitiendo la respectiva sentencia.

La potestad Consultiva (art 18 N°2) se ejerce con la finalidad de determinar en aquellos asuntos de carácter no contencioso la eventual contrariedad con la libre competencia, imponiendo las medidas respectivas si resulta la contradicción de las disposiciones de la ley antimonopólica.

² Artículo 18°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;

2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;

3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella;

4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y

5) Las demás que le señalen las leyes."

Respecto a la potestad Reglamentaria (Art. 18 N°3) se destina a emitir reglamentos antimonopólicos aplicables a la pluralidad de destinatarios que se encuentren en la misma condición.

Finalmente, y al margen a todas estas facultades que he mencionado, debo hacer énfasis respecto a una en particular, objeto principal de discusión en este artículo, esta es: la Potestad Propositiva o Requisitoria (Art. 18 N°4), siendo esta claramente una facultad distinta a la jurisdiccional (consagrada principalmente en el artículo 18° N° 1 del DL 211) y a la de dictar instrucciones generales (artículo 18° N° 3 del DL 211) que posee el ente antimonopólico.

Esta potestad tiene su origen normativo en el artículo 5° del DFL N°1³ al señalar que la función del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia “será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia” y su propósito es evitar la formación o preservación de monopolios o de fallas en los mercados, bajo la herramienta de poder proponer o recomendar la dictación, modificación o derogación de preceptos generales (legales o reglamentarios) para concordarlos con la libre competencia.

En base a dicha atribución, el Tribunal puede “proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales y reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”.

1. Naturaleza de la facultad propositiva

Actualmente, al ser una facultad puramente propositiva, se ve disminuida su capacidad de obligatoriedad y exigibilidad de la que tuvo históricamente, lo que, sin embargo, ha sido compensado con el fortalecimiento de la independencia del TDLC, otorgándosele a estas propuestas una mayor autoridad técnica y legitimidad.

³ Artículo 5°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

En cuanto a la naturaleza de esta potestad pública, en palabras de Domingo Valdés, estaríamos en presencia de una función controladora del orden jurídico, en el horizonte legal y reglamentario.

“No supone la resolución de un conflicto jurídico antimonopólico destinado a señalar lo justo en particular con motivo de una controversia que reclama una composición judicial o litis, por lo cual no exhibe una naturaleza jurisdiccional y, por lo tanto, no se le aplica el procedimiento judicial previsto en los arts. 19 a 29, ambos inclusive, del Decreto Ley 211”⁴.

No se está en presencia de una potestad administrativa, toda vez que el TDLC no actúa como órgano administrativo y que el resultado del ejercicio de esta potestad pública no se traduce en un informe, resolución administrativa o una respuesta a una consulta formulada.

Al respecto, el DL 211, en su artículo 31 es claro y explícito al diferenciar la facultad propositiva o requisitoria (del numeral 4) de las demás potestades públicas administrativas, señalando que “el ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento”.

Según palabras de los autores Velozo y González esta facultad es considerada una atribución *sui generis*, usualmente conferida en la práctica internacional a las agencias de competencia, atendiendo a la ausencia de un procedimiento previo y debidamente reglado, así como en la inexistencia o más bien improcedencia de recursos para impugnar su ejercicio.

En definitiva esta facultad es la forma en que el TDLC ejerce la función protectora de la competencia que le asigna según mandato del artículo 1º inciso primero del DL 211, específicamente en la labor de la formulación de las políticas públicas que se implementan por medio de la dictación, modificación o derogación de normas legales y reglamentarias.

Esta atribución la ejerce el Tribunal, de oficio y discrecionalmente, constituyendo además una importante herramienta de coordinación entre la autoridad protectora de la libre competencia y las autoridades sectoriales, propendiendo a una regulación de los mercados con miras a la eficiencia.

⁴ VALDÉS (2006) p. 695.

En relación al objeto de esta atribución, es lograr un ajuste normativo, a un precepto legal o reglamentario emanado o por ser emanado, mediante la dictación, modificación o derogación de los mismos, cuando según Domingo Valdés⁵, reúnan copulativamente los siguientes requisitos: i) promuevan o vulneren la libre competencia, y ii) tales preceptos sean de jerarquía legal o reglamentaria.

Adicionalmente se estima que es una herramienta fundamental para fines de “*advocacy*” o promoción, en relación con los sectores regulados, cuando es la propia norma o el cumplimiento de esta la que genera distorsiones que imposibilitan o restringen la libre competencia.

Es mediante esta atribución que el TDLC cumple su rol de promotor y defensor de la libre competencia, como colaborador del Presidente de la República y de cualquier otro órgano que cuente con facultades reglamentarias y legislativas, ejerciendo la proposición de la modificación o derogación de una normativa o la creación de una nueva regulación, “para fomentar la competencia o regular actividades económicas que se estén desarrollando de manera no competitiva”⁶.

Esta potestad que se le entrega al Tribunal “está específicamente orientada a realizar una vigilancia de la normativa legal y reglamentaria, de tal manera que, ésta no vulnere el estatuto base de la libre competencia en nuestro país”⁷. Se podría estimar que estamos frente a una potestad de carácter unificador de derecho en materia de libre competencia⁸. Complementando lo dicho es que el fundamento normativo de esta atribución se contempla en instrumentos internacionales sobre *Competition Assessment* y *Competition Advocacy* de la OEDC y la ICN.

El ingreso de Chile a la OCDE el año 2010, mediante la ratificación de la Convención de París de 1960, así como la afiliación del TDLC y la FNE a la ICN, son instancias necesarias y fundamentales para que nuestro país pueda adoptar reglas y recomendaciones, que en materia de *competition advocacy*, han sido propuestas por ambas entidades internacionales.

Según el Manual de Evaluación de la Competencia⁹:

⁵ VALDÉS (2006) p. 697.

⁶ SILVA PRADO (2011) p. 7.

⁷ JUNGSMANN DAVIES Y PEÑA BURGOS (2008) p. 7.

⁸ SEVERÍN HONORATO (2012) p. 24.

⁹ OECD (2007) p. 18-25.

“La evaluación del impacto competitivo es un proceso orientado al estudio de regulaciones, reglas o leyes que promulga un gobierno a fin de (1) identificar las que impidan de manera innecesaria la competencia y (2) contribuir a rediseñarlas de forma a que no se obstaculice la competencia indebidamente

(...) Algunos gobiernos han enfocado la evaluación de impacto competitivo tanto en las políticas nuevas como en las vigentes. Esta es la forma más eficaz para mejorar la atmósfera competitiva entre muchos sectores, aunque requiere de una voluntad política considerable”.

Por su parte la *International Competition Network* (ICN), creada el 2001, organización no gubernamental, tiene como finalidad abogar por la adopción de normas y procedimientos superiores en la política de competencia, la formulación de propuestas para la concordancia procedimental y sustantiva, y tratar de facilitar la cooperación internacional en beneficio de los organismos miembros, los consumidores y las economías de todo el mundo.

2. Procedimiento

Respecto a las etapas en que puede utilizarse esta facultad, inicialmente esta puede comenzar por solicitud de la Fiscalía Nacional Económica, por demanda de algún particular (Art. 20 DL 211), o de oficio por el propio Tribunal (art. 18 N° 4 DL 211).

Adicionalmente hay que distinguir dos etapas, considerando la vigencia de la norma cuestionada, en relación a las disposiciones sobre la formación de la ley que establece la Constitución de la República. De manera preliminar diremos que, cuando el Tribunal eleva el requerimiento, el Ministerio que lo recibe debe poner en conocimiento inmediato al Presidente de dichos antecedentes, el cual, al tratarse de una norma legal, “deberá adoptar las providencias necesarias para que ese requerimiento llegue al Congreso en forma íntegra y oportuna. Si se trata de una norma reglamentaria emanada de un ente público autónomo[...] también debe adoptar las mencionadas providencias, asegurando que el requerimiento llegue al destinatario final”.¹⁰

1.- Cuando la facultad propositiva se ejerce antes de que una normativa entre en vigencia: Se trata de la intervención de la autoridad especializada en materia de libre competencia, previniendo, antes de que una norma sea dictada, todos los ámbitos que puedan vulnerar la libre competencia

¹⁰ VALDÉS (2006) p. 700.

interviniendo en todos aquellos aspectos relacionados con proyectos de ley, reglamentos y tratados internacionales que sean necesarios para resguardar la estabilidad de la libre competencia en los mercados.

- 2.- Cuando la facultad propositiva se ejerce una vez que una normativa se encuentra vigente: Esta facultad es ejercida por la autoridad, al encontrarse en vigencia una normativa, logrando identificar con anterioridad a la consumación, una conducta contraria a la libre competencia que pueda perjudicar un mercado específico, ejerciendo la proposición de modificación o derogación de la normativa en cuestión, como así mismo la creación de una norma que logre subsanar los problemas y consecuencias provocados en dicho mercado.

A lo mencionado, se agrega que al ser el destinatario final de esta facultad el Presidente de la República, es el encargado de que el requerimiento llegue a concretarse, dependiendo sea el caso y naturaleza del requerimiento, teniendo la doble obligación, primero, al darle curso respectivo y adecuado a la proposición que formula el TDLC, canalizando por medio del Congreso Nacional la modificación o derogación de la normativa legal cuestionada, para que se condiga con la práctica competitiva óptima de un mercado; y en segundo término, debiendo instruir al Ministerio respectivo, la dictación o derogación de las disposiciones de carácter reglamentarias.

Es importante aclarar que al no utilizar el legislador el término “ley” en las disposiciones protectoras de libre competencia, se desprende que por normativa legal o precepto legal, debemos entender, en sentido lato, tanto a la ley propiamente tal, como a toda otra norma con carácter y rango de tal.

3. Límites a la facultad propositiva

En cuanto a los límites de esta atribución, de aspectos formales y sustantivos, considerando el carácter especializado de este Tribunal, que el ejercicio de esta facultad no es de carácter jurisdiccional, y que no se encuentra reglado, ésta debe ser ejercida de manera fundada, a pesar del amplio grado de discrecionalidad que posee el Tribunal, que ha sido entregado mediante un acto de fe del legislador.

Es por este mismo motivo, que el TDLC tampoco debiese recomendar o proponer una medida de carácter inconstitucional. Claramente al no ser el TDLC un Tribunal Constitucional, no le está encomendado ni permitido por el legislador la labor de determinar o verificar la existencia de aspectos inconstitucionales de las normas propuestas.

El vínculo que tiene el TDLC con la Constitución Política de la República radica en las limitaciones constitucionales, que el poder legislativo debe respetar para poder concretar en buen término, la eventual modificación normativa.

En este punto debemos distinguir entre límites de carácter formal y sustantivos:

A).- LÍMITES FORMALES: DICE RELACIÓN CON LA JERARQUÍA JURÍDICA QUE DEBE TENER LA NORMA PROPUESTA, PUDIENDO SER ÉSTA DE NATURALEZA LEGAL O REGLAMENTARIA.

En este aspecto, será relevante el quórum requerido para llevar a cabo la reforma que se proponga, es decir, determinar qué tipo de norma es exigida, y en caso de ser de naturaleza legal, qué tipo de ley, según sea el caso.

Sin embargo, este punto es ajeno a las atribución propia del TDLC, dado que en la normativa de protección de libre la libre competencia no se hace referencia a un desarrollo de carácter procedimental de cambio normativo, por tanto, serán las autoridades competentes quienes determinarán si estiman pertinente la proposición normativa, la manera en que esta se llevará a cabo, es decir, establecer de manera óptima, la forma y jerarquía normativa.

B).- LÍMITES SUSTANTIVOS

Referente a este aspecto, debemos señalar la relación existente entre la restricción impuesta al legislador, consagrada en el derecho de propiedad en el número 24° del artículo 19° de la Constitución Política de la República. Es el propio TDLC, en su Proposición 12-2011, quien establece que para determinar la constitucionalidad de un cambio normativo, se suelen identificar a lo menos tres interrogantes relevantes: ¿existe un derecho expropiable?, ¿existe alguna justificación de interés público que respalde una intervención reguladora sobre el derecho protegido? y, finalmente, ¿existe una privación o expropiación, o sólo una limitación o regulación no indemnizable?¹¹

Adicionalmente se señala que si bien el objetivo de esta atribución y en general la finalidad del TDLC, es fomentar la competencia, ésta no puede vulnerar otros bienes o derechos; al respecto la Corte Suprema ha señalado claramente que “el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene

¹¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2011).

como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad”¹².

En el mismo contexto, la OCDE el año 2004 indicó que “el objetivo [de la facultad propositiva del artículo 18° N° 4], no es promover la libre competencia por encima de otros valores, sino asegurar que la protección de otros valores no interfiera innecesariamente con la capacidad de las empresas de responder con eficiencia a la demanda de los consumidores”¹³.

3. EJERCICIO DE LA FACULTAD PROPOSITIVA

Desde el año 2004, con la entrada en vigencia de la Ley 19.911, los organismos de defensa y promoción de la libre competencia en los mercados son la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Nuestro sistema de protección de libre competencia se caracteriza por contar con un alto estándar técnico en las decisiones, que se demuestra no sólo en la separación de funciones entre el TDLC y la FNE, sino también en la existencia de un tribunal especializado, dotado de profesionalismo, que ha permitido cumplir su labor de promoción y defensa.

La Facultad propositiva actualmente es ejercida de manera exclusiva por el TDLC, un organismo autónomo y diseñado para ser independiente de intereses políticos y económicos particulares y cuya finalidad es proteger e desarrollar el proceso competitivo de los mercados, a través de la búsqueda de mayor eficiencia económica, pudiendo intervenir en el proceso político, como coadyuvante en la formulación de las políticas públicas.

La FNE sólo puede requerir al TDLC que éste ponga en ejercicio cualquiera de sus potestades públicas¹⁴. Entre las atribuciones del TDLC, el DL 211 se refiere a la atribución propositiva en su art. 18 nro. 4).

La FNE carece, por tanto, de una competencia expresa para proponer modificaciones regulatorias al Presidente por medio del TDLC conforme al procedimiento administrativo reglado, no pudiendo desarrollar aquellas actividades, que si bien tengan por finalidad la protección de la libre competencia, produzcan una extralimitación en sus atribuciones legales o invadir la

¹² Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 9265-2010, consideración décimo quinta.

¹³ OCDE (2007).

¹⁴ Artículo 39 letra C, DL 211.

esfera de atribuciones del TDLC, produciendo eventualmente una desviación de poder en el marco del ejercicio de las potestades públicas.

En base a esta descripción, es que planteo la discusión central de este artículo: determinar si la Potestad Propositiva debiese pertenecer de manera exclusiva y excluyente al TDLC (como hasta ahora), o puede ejercerla eventualmente la FNE, de forma conjunta o separada del Tribunal.

Lo anterior, sin duda podría provocar una posible superposición de competencia en base a las actividades propias de cada órgano con miras a promover la libre competencia, planteando en consecuencia la siguiente interrogante, en el marco de una reforma de la normativa de la libre competencia: ¿Cuando la FNE propone modificaciones normativas al Presidente de la República estaría vulnerando la facultad propositiva del TDLC?

1. Facultad ejercida por la FNE

En primer lugar, en apoyo a que la facultad propositiva no sea meramente del TDLC, se podría estimar que eventualmente la FNE podría ejercer dicha potestad, basándonos en la propia ley de protección de la libre competencia.

Según lo establece el art. 1 DL 211, “la presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”.

Para cumplir con la finalidad anterior, la ley establece que tanto el TDLC como la FNE, en la esfera de sus respectivas atribuciones, son los organismos a los cuales corresponde dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados (Art. 2 DL 211).

El DL 211 expresamente señala en su art. 39 que “el Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”

Por otra parte, es atribución y deber del Fiscal Nacional Económico: “c) Requerir al TDLC el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones...” (Art. 39 letra c) DL 211).

Por lo tanto, en base a las disposiciones mencionadas anteriormente, junto con los principios de responsabilidad, eficacia, eficiencia y coordinación (Arts. 3 y 5 LOCBGAE) permiten, a juicio de la FNE, fundar jurídicamente, y de manera suficiente, los siguientes tipos de acciones que forman parte

de las actividades regulares de esta Fiscalía en el ámbito de la promoción de la competencia:

1. Solicitar al TDLC el ejercicio de la atribución propositiva del art. 18 N° 4;
2. Desarrollar acciones de promoción pro-competencia directamente ante el regulador;
3. Publicar y difundir materiales de promoción no vinculantes con el propósito de esclarecer el alcance de la normativa de libre competencia, de acuerdo con la experiencia de su aplicación.

Se cuestiona si el ejercicio de una potestad de dichas características ejercida por un organismo que, paralelamente, está encargado de ejercer jurisdicción, puede traer como consecuencia ciertas complejidades, originadas en el hecho de que un mismo Tribunal debe interpretar y dar aplicación al momento de juzgar a normas que considera dañinas para la competencia, al tiempo que respalda su modificación o eliminación.

Podría ocurrir en la práctica que el TDLC, en un juicio contencioso, respalde una defensa regulatoria en aquellos casos en que sea la normativa respectiva, o la ausencia de ella, la que ha determinado que el acusado no incurrió en un actuar contrario a la libre competencia y, sobre la base de los mismos hechos, proponga de manera paralela la modificación de dicha normativa.

2. Facultad ejercida por el TDLC

Quienes consideran que la facultad propositiva debe ser ejercida sólo por el TDLC, fundan sus argumentos principalmente en el alto grado de independencia de este organismo respecto de intereses políticos o económicos, como e su idoneidad técnica en las materias que se le asignaron y del mecanismo de selección de sus integrantes.

El Tribunal cuenta con una habilitación jurídica expresa para llevar a cabo una proposición, debiendo manifestar la necesidad y orientación que tendrá un cambio en la regulación. La Proposición que realizará el TDLC cuenta con el debido respaldo constitucional y, por la forma en que lo hace, no se encuentra bajo impedimento alguno derivado de limitaciones constitucionales formales o sustantivas que aquí han descrito.

La Ley N° 19.911 es clara al señalar en su mensaje Presidencial, que el eje central del proyecto es el “fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia”,¹⁵ creando de esta forma el “Tribunal de defensa de la Libre competencia”, el proyecto busca establecer las condiciones necesarias para que las personas llamadas a analizar y decidir los posibles atentados a la libre competencia reúnan los requisitos de “excelencia profesional y alta dedicación”, imbuidos en el principio de independencia y separación de funciones.

En los mismos esfuerzos por promover y conservar dicha calidad, el ejecutivo al dictar la ley N° 20.361, en su Mensaje Presidencial, señaló que “uno de los ejes centrales de la propuesta que sometemos a vuestra consideración, es el fortalecimiento de la independencia de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Mediante el presente proyecto dichos miembros se ceñirán a normas aún más estrictas en lo que se refiere a incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades, a objeto de garantizar la independencia señalada”¹⁶.

Siguiendo en el desarrollo de la calidad de independencia de un Tribunal, el autor *Couture* nos señala que “si el juez no está libre de cualquier interferencia o presión exterior, no podrá impartir justicia imparcialmente según la ley. La garantía de independencia del juez tiene su apoyo en la teoría de la división de poderes. Si el juez es independiente en el orden material, en el orden moral o en el orden funcional, del poder ejecutivo, los poderes del estado no son tres sino dos, el judicial deja de contar como poder”¹⁷.

Desde un aspecto orgánico, el DL 211 es un cuerpo normativo autosuficiente, al regular las atribuciones del TDLC, excluyéndolo de la estructura de gobierno y administrativa regida por la LOCBGAE, liderada por el Presidente de la República. Por este motivo es que el TDLC reconoce como único superior jerárquico a la Corte Suprema, quien ejerce sobre él la Superintendencia directiva, correccional y económica.

El legislador se ha preocupado de promover este principio de independencia, ya sea a través de la forma de generación del mismo tribunal, del

¹⁵ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2002) p. 5.

¹⁶ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de Ley que modifica el Decreto con Fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (2006).p.3.

¹⁷ COUTURE (1978), en MASS SANTIBÁÑEZ (2011) p. 61.

nombramiento de sus integrantes, así como también al dotarlo de una planta de personal y presupuesto propio; el art. 3° de la ley así además lo establece, enfatizando dicha característica, al señalar expresamente, “el tribunal de defensa de la libre competencia, es un órgano jurisdiccional especial e independiente”.

En cuanto al nombramiento de sus miembros, el Presidente del Tribunal, que deberá ser abogado, es designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes, confeccionada por la Ilustrísima. Corte Suprema, mediante concurso público de antecedentes.

El nombramiento de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se hará efectivo por el Presidente de la República mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción suscrito, además, por el Ministerio de Hacienda.

Lo óptimo es lograr y garantizar la independencia del Tribunal respecto del Poder Ejecutivo y asegurar la calidad profesional de sus integrantes, teniendo como objetivo alcanzar la excelencia técnica de los mismos.

En definitiva, se optó por la siguiente fórmula de designación: dos designaciones (de un abogado y de un economista) las efectúa el Consejo del Banco Central, previo concurso de antecedentes, y la otras dos designaciones las efectúa el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes (una para cada profesional), confeccionadas por el Consejo del Banco Central.

En cuanto a la capacidad técnica de tal Tribunal, considerándolo idóneo para ejercer dicha facultad, hay que destacar que el TDLC en el ejercicio de sus funciones al día de hoy, ha aplicado el derecho de la competencia de una forma moderna y como diría el abogado y actual Ministro del TDLC Javier Tapia Canales, en línea con los avances en otras jurisdicciones, manteniendo su carácter esencialmente técnico y tecnocrático.

El modelo de tribunal especializado fue explícitamente diseñado no sólo para aplicar derecho, sino para invertir en análisis económico complejo y profundo, dada la mayor predisposición hacia el uso y consideración de evidencia económica¹⁸.

¹⁸ TAPIA CANALES (2013).

Actualmente los Ministros del TDLC cuentan con un alto nivel de experiencia en sus respectivas áreas de competencia, lo que permite que desempeñen de manera óptima sus labores.

Finalmente una razón fundada que hace preferible la radicación de esta potestad en el TDLC y no en la Fiscalía Nacional Económica, que es un organismo administrativo, se fundamenta en la dependencia política de la FNE con el Ministerio de Economía, que tiene dos consecuencias que pueden limitar su capacidad para hacer *advocacy* normativo, “a saber: (i) su relativa mayor sensibilidad a los vaivenes del proceso político y, por ende, a la acción de los grupos de interés; y, (ii) su posible alineación con los intereses u objetivos de política pública del Gobierno. Al menos, difícilmente serán de conocimiento público los casos en que ello no ocurra”¹⁹.

4. RECOMENDACIONES REALIZADAS POR EL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Este acápite es relevante y decisivo al momento de determinar si la facultad propositiva desarrollada y promovida por el legislador protector de la libre competencia, ha logrado su consagración y trascendencia en la práctica, en los diversos sectores económicos en nuestro país, cuando estos son aconsejados mediante el requerimiento hecho al Presidente de la República, a través del Ministerio respectivo.

En primer orden, desarrollaré a través de un breve resumen, algunas de las causas vistas ante el TDLC, en las cuales el ente jurisdiccional, hace uso de su facultad propositiva, destacando finalmente la respuesta emitida por la Cartera Ministerial, como ente receptor de dicha propuesta.

1.- Casos y su evolución

A).- LA SENTENCIA 2/2004 DE LA CAUSA ROL NC 03-04 “SOLICITUD DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA DE MODIFICACIÓN DE NORMAS SOBRE EXENCIÓN DE TRIBUTOS DE EMPRESAS SANITARIAS”, EL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO SOLICITA AL TRIBUNAL SE SIRVA EJERCER LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 17, LETRA D), EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 5° DEL DECRETO LEY N°211, Y REQUIERA LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 9° BIS , INCISO PRIMERO, DEL D.F.L. N° 382, DE 1988, DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS.

Se acoge la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica y se resuelve proponer al Presidente de la República, por medio del Ministerio de

¹⁹ VELOZO y GONZÁLEZ (2011) p. 60.

Obras Públicas, la modificación del D.F.L. N° 382, de 1988, a fin de evitar toda discriminación entre instaladores, independientemente de su naturaleza. Ejerciendo la facultad propositiva, el TDLC emitió un oficio dirigido al Ministerio de Obras Públicas que fue respondido por dicha cartera ministerial con fecha 30 de septiembre de 2004 mediante el oficio n° 2547.

El Ministerio de Obras Públicas es consciente de que puede existir un alcance restringido del art. 9 bis del DFL MOP n° 382/88 y teniendo presente que todo aquel que actúa en la red pública o en su ejecución lo hace en el fondo para el servicio sanitario respectivo, es que el actual proyecto del DS MOP n° 121/91 (reglamento del DFL MOP n° 382/88), expresamente salva la situación que informa la sentencia n° 2/2004 cuando el art. 9 propone la siguiente redacción: “las concesiones para restablecer, construir y explotar servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable, recolectar y disponer aguas servidas, otorgan derecho a usar, a título gratuito, bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria, sea que la ejecute directamente la concesionaria, los urbanizadores o contratistas con factibilidad de aquélla, siempre además, que no se afecte en forma permanente la naturaleza y finalidad de esos bienes”.

Por otro lado, no cabe caer en confusión cuando se señala que existen otros actores del sector conocidos como “instaladores sanitarios”, que son aquellos no profesionales de la construcción que intervienen en las instalaciones domiciliarias de agua potable y de alcantarillado.

El instalador sanitario solamente puede actuar en el ámbito de la instalación domiciliaria y ésta, por lo general, está dentro del inmueble, por lo tanto, no es posible esperar que se afecte un bien nacional de uso público, y por lo mismo, *no se visualiza la necesidad de modificación normativa*, cuyo efecto no es aplicable, sino a casos de especial y mínima concurrencia.

En consecuencia, con todo lo expuesto y teniendo especialmente en cuenta que la propuesta de modificación reglamentaria está próxima a someterse a la consideración de este Ministerio, es posible señalar que lo informado en el pronunciamiento que interesa será solucionado por esa vía normativa, *sin necesidad de recurrir a la instancia legal*.

B) LA SENTENCIA 18/2005 DE LA CAUSA ROL C-10.04 SOBRE “REQUERIMIENTO DEL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO EN CONTRA DE EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS” SOBRE DISTRIBUCIÓN MAYORISTA Y MINORISTA DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS, ESTACIONES DE SERVICIO, COLUSIÓN, ACUERDOS DE PRECIOS, INTEGRACIÓN VERTICAL, SE SOLICITA AL SEÑOR MINISTRO DE MINERÍA PROPONER AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EL PATROCINIO DE UN PROYECTO DE LEY QUE PERMITA A LOS PARTICULARES CONSTITUIR SERVIDUMBRES LEGALES PARA

LA INSTALACIÓN DE NUEVOS OLEODUCTOS.

El TDLC emitió el oficio N° 207 de 15 de junio de 2005 al Ministerio de Minería, organismo que a la fecha aún no ha respondido por falta de registro.

A la fecha de este trabajo el Ministerio de Minería *no ha respondido a lo propuesto* por el Tribunal.

C) EN LA SENTENCIA 22/2007, CAUSA ROL NC 134-06 "CONSULTA DE ENDESA Y COLBÚN SOBRE PROYECTO AYSÉN", RESPECTO DE SI LA CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN EN CONJUNTO DE LAS CINCO PLANTAS O CENTRALES HIDROELÉCTRICAS QUE CONFORMAN EL "PROYECTO AYSÉN", EN LA XI REGIÓN, CONSTITUYE UNA OPERACIÓN QUE SE AJUSTA A LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA CONTENIDA EN EL DECRETO LEY N° 211, EL TDLC RESOLVIÓ PROPONER A LA SRA. PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA, A TRAVÉS DEL SR. MINISTRO DE ENERGÍA, LO SIGUIENTE:

- a) Considerar en el Reglamento de los Centros de Despacho Económico de Carga actualmente en estudio, un mecanismo que asegure un efectivo monitoreo, por parte de otros generadores, a la actuación de las consultantes y sus empresas relacionadas;
- b) Disponer que en la norma reglamentaria correspondiente, el plazo de antelación con que las concesionarias de servicio público de distribución deberán llamar a las licitaciones del suministro de energía para abastecer a sus clientes regulados, según lo señalado en el artículo 131 del DFL N° 4 de 2007, sea adecuado y suficiente para obtener las autorizaciones y permisos que se requieran para participar en dichas licitaciones.

El TDLC emitió el oficio n° 738 del 22 de octubre de 2007 al Ministro de Energía, organismo que a la fecha *aún no ha respondido* al Tribunal.

Encontrándose los antecedentes actualmente en manos de la Comisión Nacional de Energía, *estando pendiente* la evacuación del informe encargado directamente a esta.

D) EN LA SENTENCIA 55/2007 SOBRE "REQUERIMIENTO DE LA FNE EN CONTRA DE LAN AIRLINES S.A. Y LAN CHILE CARGO S.A.", ROL ROL C 94-06, POR EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE SU POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO DEL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGA CON DESTINO A PUNTA ARENAS. EL TDLC RESUELVE PROPONER AL MINISTERIO DE HACIENDA QUE INSTRUYA AL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, PARA QUE ÉSTE EFECTÚE LAS MODIFICACIONES REGLAMENTARIAS QUE FUEREN NECESARIAS Y ADECUADAS PARA FAVORECER LA LIBRE COMPETENCIA ENTRE EMPRESAS DE ALMACENAJE ADUANERO QUE SE ENCUENTREN DENTRO Y FUERA DE

LOS RECINTOS DE LOS AEROPUERTOS DEL PAÍS. EL TDLC EMITIÓ EL OFICIO N° 335 DE 22 DE JUNIO DE 2007 AL MINISTERIO DE HACIENDA.

En relación con lo propuesto por el TDLC en la sentencia n° 55/2007 y lo oficiado por el Tribunal al Ministerio de Hacienda, esta cartera ministerial ha realizado la instrucción correspondiente al Servicio Nacional de Aduanas para que éste efectúe *las modificaciones reglamentarias* que fueren adecuadas y necesarias para favorecer la competencia entre empresas de almacenaje aduanero que se encuentren dentro y fuera de los recintos de los aeropuertos del país. Dicha instrucción se realizó a través de la providencia n° 392 del 3 de julio de 2007, la cual dio origen a la “resolución exenta n° 1389 del 7 de febrero de 2008”. Dicha resolución imparte instrucciones para que los almacenistas que se sitúen fuera de la zona primaria de los puertos y aeropuertos puedan acceder a estos últimos, retirar y almacenar las mercancías destinadas a sus depósitos.

E) EN LA SENTENCIA DE FECHA 08 DE ABRIL DE 2014, EN CAUSA ROL ERN 15-2013 SOBRE “PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN INMUEBLES SUJETOS A RÉGIMEN DE COPROPIEDAD INMOBILIARIA”, EL TDLC RESUELVE PROPONER AL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO Y AL MINISTERIO DE TRASPORTE Y TELECOMUNICACIONES, LA MODIFICACIÓN DE DIVERSOS PRECEPTOS LEGALES O REGLAMENTARIOS NECESARIOS PARA FOMENTAR LA COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES O REGULAR EL EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS, EN RELACIÓN CON EL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES EN CONDOMINIOS Y EN DESARROLLOS INMOBILIARIOS QUE CONTEMPLAN EL SOTERRAMIENTO DE REDES DE TELECOMUNICACIONES.

El TDLC propone en términos generales:

1. Imponer a inmobiliarias y constructoras la obligación de poner en conocimiento de los operadores de telecomunicaciones, mediante una publicación en un sitio web administrado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, el desarrollo de proyectos inmobiliarios que contemplen en su diseño instalaciones de telecomunicaciones;
2. Establecer como condición necesaria para la recepción definitiva de las obras de los referidos proyectos que las inmobiliarias o constructoras presenten a las Direcciones de Obras Municipales un certificado que acredite la inscripción en el sitio web propuesto precedentemente;
3. Regular las especificaciones técnicas y los criterios necesarios para la instalación de las cámaras exteriores e interiores, los respectivos “poliductos” y la red de distribución interna en condominios de extensión o

altura, a fin de permitir la utilización de dicha infraestructura por más de un operador de servicios de telecomunicaciones;

4. Modificar el artículo 5.9.7. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, a fin de establecer en dicha norma que las cámaras, “poliductos” y elementos de distribución interior se instalen de acuerdo con las especificaciones técnicas que determine la Subsecretaría de Telecomunicaciones;
5. Hacer aplicable el artículo 5.9.7. de la Ordenanza General de Urbanismo a los condominios de extensión;
6. Prohibir a las inmobiliarias o constructoras establecer en el primer reglamento de copropiedad disposiciones que limiten injustificadamente el ingreso de empresas de telecomunicaciones;
7. Implementar un procedimiento breve y expedito que permita aprovechar las obras civiles a ser ejecutadas sobre bienes nacionales de uso público para desplegar en paralelo infraestructura de soporte para redes de telecomunicaciones.

La iniciativa fue acogida e ingresada a tramitación por el Senado, el 28 de noviembre de 2013, en colaboración en el proceso legislativo, promulgando finalmente el 14 de enero de 2015 la Ley 20.808 que protege la libre elección en los servicios de cable, internet o telefonía.

F) EN LA SENTENCIA DE FECHA 27 DE NOVIEMBRE DE 2014, EN CAUSA ROL ERN 17-2013 SOBRE “EXPEDIENTE DE RECOMENDACIÓN NORMATIVA ART. 18 N°4 DEL DL. 211, SOBRE CRÉDITO PRENDARIO”, DE LA PROPUESTA DE SERVICIOS FINANCIEROS FACTOR PLUS S.A. AL TDLC PARA QUE, EN EJERCICIO DE LA FACULTAD CONFERIDA EN EL ARTÍCULO 18° N°4 DEL DECRETO LEY N° 211, PROPUSIERA A S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA, A TRAVÉS DE LA MINISTRA DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 3° DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 16, DE 25 DE ABRIL DE 1986 Y LA DICTACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES Y REGLAMENTARIOS QUE ESTIME PERTINENTES, A FIN DE MODIFICAR SUSTANCIALMENTE LA REGULACIÓN VIGENTE RELATIVA AL COMERCIO SOBRE CRÉDITO PRENDARIO O PIGNORATICIO EN CHILE, PONIENDO FIN AL MONOPOLIO ESTATAL SOBRE ESA ACTIVIDAD, GENERANDO UN MERCADO ABIERTO A LA COMPETENCIA.

Con fecha 4 de diciembre de 2014 se envía oficio, orden N° 379 al Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el cual a la fecha de este trabajo de investigación *no se encontraba respondido* por dicha cartera.

2.- Conclusiones de los casos

Lamentablemente, como se ha visto y se puede concluir de los casos señalados, esta atribución tan relevante con la cual fue dotado el TDLC para poder velar por la armonía, unidad y concordancia entre la normativa anti-monopólica y el ordenamiento jurídico, carece de eficacia al ser aplicada en la práctica, toda vez que no logra concretarse ni trascender en términos legislativos, y muy escasamente en el ámbito reglamentario o sectorial.

“Lo singular de este proceso es que esta solicitud no es vinculante para el destinatario, en el sentido que no cabe que el tribunal mencionado haga uso de su imperio para obtener un cumplimiento forzado de lo solicitado”²⁰.

La efectividad o no de la propuesta del TDLC dependerá de un elemento subjetivo y de ponderación de la autoridad máxima de un país, esto es del mayor o menor compromiso y sensibilidad que tenga un Gobierno al atender las propuestas protectoras y promotoras de la libre competencia en los mercados, pudiendo influir un determinado gobierno de turno y los ideales políticos en un ciclo político determinado y de la mayor o menor influencia que tengan los grupos de presión en la formulación de las políticas públicas sectoriales. Hasta el momento, las proposiciones realizadas por el TDLC han sido poco efectivas, tomando en cuenta las escasas reformas normativas que han gatillado.

Lo anterior se produce toda vez que no existe una real obligación ni la manera de exigir su cumplimiento al mandatario o destinatario de la propuesta enviada por el TDLC. No se estableció la imperiosa obligación de pronunciarse, y menos de fundamentar su rechazo. Por ende, estaríamos en presencia de lo que podríamos denominar una “facultad de papel”, en que todos los esfuerzos desplegados de buena fe y en promoción de las correctas prácticas competitivas por parte del TDLC no son consideradas y, en ciertas ocasiones, ni siquiera atendidas.

Esto se puede deber a que las autoridades del Poder Ejecutivo, “tal vez por desconocimiento de la ley, no han atendido prioritariamente a los asuntos que el Tribunal ha puesto en su conocimiento y, en aquellas ocasiones que sí han puesto atención a la propuesta del TDLC, no han llevado a cabo la misma”²¹.

²⁰ VALDÉS (2006) p. 694.

²¹ JUNGSMANN DAVIES y PEÑA BURGOS (2008) p. 30.

En opinión de Domingo Valdés la omisión del requerimiento por parte del órgano destinatario podría dar lugar a responsabilidad civil extracontractual del Estado y eventuales responsabilidades Constitucionales²².

“La sola existencia de la potestad propositiva indica que, respecto de este tipo de normas, el Tribunal sólo está facultado para solicitar su modificación o derogación y, por tanto, no está habilitado para modificarlas directamente como consecuencia de la aplicación de una sanción”²³.

5. FACULTAD PROPOSITIVA DESDE EL ENFOQUE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (COSTOS ADMINISTRATIVOS Y DE ERROR):

Como se evidenció en el desarrollo de este trabajo, lamentablemente la solicitud efectuada por el TDLC a la autoridad administrativa no es vinculante ni obligatoria, toda vez que no puede apremiar el cumplimiento forzado de lo solicitado, utilizando su facultad de imperio.

Actualmente para hacer efectiva esta facultad no se cuenta con recurso alguno al momento de exigir su cumplimiento. Es claro el artículo 31 del D.L N° 211 en señalar aquellos procedimientos que son objeto de recurso de reclamación o reposición, no encontrándose dicha instancia administrativa dentro de ese presupuesto. Se ha estimado que tampoco serían procedentes los recursos de protección ni amparo económico.

Sin embargo, el destinatario no puede desconocer la solicitud efectuada, quedando el trabajo desplegado por el TDLC a medio camino.

Una posible alternativa para poder concretar esta facultad, de manera transparente y legítima al momento de que el Tribunal establezca su propuesta, sería contar con un Auto Acordado que establezca un procedimiento especial, involucrando la participación de los diversos agentes económicos, tanto la FNE, como todo agente que quisiera formular su opinión y propuestas sobre el tema objeto de análisis del TDLC, tal como ocurre con el Auto Acordado N° 5 de 2014, que establece la forma de tramitación de demandas o requerimientos.

Si el sistema se reformula y se reduce en primer lugar la demora injustificada en el proceso y, por otro, hacer vinculante la propuesta, podría obtenerse el óptimo esperado en materia de protección a la libre competencia. Todo

²² JUNGMAUN DAVIES y PEÑA BURGOS (2008) p. 695.

²³ VELOZO y GONZÁLEZ (2011) p. 64.

esto ya que el tiempo excedente conlleva el aumento de los costos sociales en el proceso.

Lo óptimo es que se mejore la relación costos y beneficios sociales, logrando la mayor eficacia del sistema.

En tal sentido, Coase indica una pauta de elección social al momento de resolver un asunto, especialmente por el órgano jurisdiccional. Dicha decisión debe tender a la reducción de los costos, a fin de propender a la eficiencia, ya que la alternativa menos cara genera mayor beneficio social.

Por su parte, Posner expresa la eficiencia como maximización de riquezas, adhiriendo a aquel criterio de elección social que incremente o maximice la riqueza para establecer las reglas de adjudicación.

Al invertir en el proceso (instrumentos y capacitaciones administrativas) aumentando los costos administrativos, podría mejorar la decisión y resultado final de la propuesta, disminuyendo el riesgo de una decisión errónea (costo del error).

Es más barato (socialmente) que cada parte cumpla de manera eficiente su labor, y así funciona de mejor manera el sistema, no debiendo invertir en exceso, al punto que los costos administrativos puedan llegar a ser mayores, sin evitar necesariamente el costo del error procesal.

Si se fomenta el sector legislativo colocando énfasis en garantizar que no se vulnere indebidamente la competencia, tendrán un mayor potencial de lograr sus objetivos y aumentar el bienestar del consumidor. La evaluación de impacto sobre la competencia puede ser llevada a cabo de mejor manera si cuenta con niveles importantes de recursos.

Según la ODCE, “los diseñadores de políticas que elaboran una nueva regulación pueden tener el incentivo de minimizar los problemas potenciales de una regulación propuesta con respecto a la competencia. Es posible que consideren que al identificar un problema de competencia o al consultar con un organismo externo, como la autoridad de regulación o la de competencia, sólo implicaría más trabajo sin generar un beneficio substancial. Por ello es importante enfatizar el hecho que una evaluación de impacto de competitividad mejoraría el resultado de la política si es llevado a cabo”²⁴.

²⁴ OECD (2007) p. 29

Comparto la idea de los autores Velozo y González²⁵ de que el diseño institucional basado en una aproximación orgánica habría implicado que la receptora de dichas facultades hubiese sido la Fiscalía Nacional Económica, decidiendo final y correctamente asignarlas al TDLC, en consideración al alto grado de independencia de este organismo respecto de intereses políticos o económicos, como también de su idoneidad técnica en las materias que se le asignaron, factores que pueden deducirse del mecanismo de selección de sus integrantes.

El TDLC actualmente se encuentra preparado (técnicamente) para poder ejercer la facultad propositiva, y está dotado normativamente para detentar de manera exclusiva esta labor; por tanto, sólo habría que reformular esa facultad y complementarla, para hacerla vinculante o establecer plazos y requisitos de respuesta a aquella proposición, lo cual significaría menos esfuerzo legislativo que crear una nueva atribución a un órgano que no la tiene (FNE). En consecuencia, los costos procesales desde el enfoque del análisis económico del derecho serían menos y los beneficios sociales mayores.

La FNE es supervigilada por el Presidente de la República, quien además tiene la facultad de designar y remover a su máxima autoridad²⁶, colocando en tela de juicio su autonomía como autoridad pública y la independencia de su director o jefe superior.

Los requerimientos formulados por la FNE al TDLC no son vinculantes para el órgano tribunalicio, pudiendo ser iniciados de manera directa por él, estimando que la FNE no sería necesaria en el ejercicio de esta atribución.

Finalmente, se puede estimar que aumentaría el riesgo y costos del error en las decisiones de la FNE, provocando conflictos en el funcionamiento en la eventualidad de iniciar una investigación o entablar una acusación en contra de la libre competencia, protagonizada por el Presidente de la República, o algunos de sus Ministros, principalmente el de Economía, Fomento y Reconstrucción, empresas públicas o sociedades estatales, dando base a una violación del principio constitucional de no discriminación arbitraria a las autoridades públicas de gobierno, en función del vínculo de dependencia que los une.

²⁵ VELOZO y GONZÁLEZ (2011) p. 23.

²⁶ Artículo 3 inciso primero, parte final del DL 211.

CONCLUSIONES

En base a lo dicho en este artículo, el sistema de libre competencia en Chile podría resumirse como un diseño institucional “original” fundamentado en los principios de independencia con el regulador económico y de calidad técnica. El TDLC logra ejercer funciones que propiamente son entregadas a agencias administrativas independientes.

En temas de legitimidad (funcional y procedimental) y eficiencia del TDLC al momento de ejercer en la práctica y al caso concreto, la facultad del art. 18 N° 4 del DL 211 (Facultad Propositiva), actualmente es ejercida de manera exclusiva por el TDLC siendo el órgano legítimamente investido para dichos efectos, pero lamentablemente sus requerimientos no logran concretarse ni trascender en términos legislativos. Esto considerando que dicha facultad no tiene un imperativo vinculante para el destinatario.

En este último punto sin duda se ha evidenciado una falta de compromiso por parte de los órganos legisladores y colegisladores de nuestro país en temas de libre competencia y resguardo de nuestros mercados.

Idealmente debiese mejorar el diseño institucional, comenzado por concretar una normativa que regule, supervise y fiscalice el destino de las recomendaciones efectuadas por el TDLC, al mandatario de las mismas y los efectos que éstas producen en el sector regulado. Crear mecanismos de coordinación para el seguimiento de las recomendaciones del Tribunal a los órganos de la administración, asumiendo cierto grado de responsabilidad al omitir infundadamente la opinión de la autoridad de libre competencia.

Siguiendo a Coase y Posner, lo óptimo es que se mejore la relación entre costos y beneficios sociales, logrando la mayor eficacia del sistema.

Actualmente el órgano más óptimo para ejercer dicha atribución sigue siendo el TDLC, pues cuenta con la habilitación jurídica y técnica para llevar a cabo una proposición y manifestar la necesidad y orientación que tendrá un cambio en la regulación.

Al mantener la atribución en un órgano adecuado y expresamente autorizada para ello e invirtiendo más en el proceso y fiscalización de esta atribución, aumentando los costos administrativos, podría mejorar la decisión y resultado final de la propuesta, disminuyendo el riesgo de una decisión errónea (costo del error).

Finalmente, no debemos olvidar que el régimen del servicio público debe tener presente como fin último la satisfacción de las necesidades públicas, contando con herramientas legales suficientes para atenderlas, dejando de lado las consideraciones de los intereses particulares.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO VARGAS, Francisco (2011): "Informe en Derecho: Alcance y Límites de la Potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/09-08-11%20INFORME%20EN%20DERECHO%20DE%20FRANCISCO%20AGUERO%20VARGAS%20VTR%20BANDA%20ANCHA%20CHILE%20.SA.pdf>.
- ALARCÓN, Rodrigo (2012): "La próxima Agencia de Calidad de Políticas Públicas bajo la lupa de los especialistas" Disponible en: <http://radio.uchile.cl/2012/09/11/la-proxima-agencia-de-calidad-de-politicas-publicas-bajo-la-lupa-de-los-especialistas>.
- CABANELLAS, Guillermo (2006): "El análisis económico del Derecho. Evolución Histórica. Metas e instrumentos", en KLUGER, Viviana, *Análisis económico del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Heliasta).
- CENTRO DE LIBRE COMPETENCIA UC: "En busca de un método de evaluación del impacto, desde el punto de vista de la libre competencia, de normas legales y reglamentarias, y su integración con la facultad propositiva del N°4 del Art.18 del DL211 de 1973"** Disponible en: http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/papers/Ambito_Preliminar_Investigacion,ConvenioFNECentro_Libre_CompetenciaUC.pdf.
- COASE, Ronald (1992): "El problema del costo social", *Estudios Públicos*, vol. 45.
- COLEMAN, Jules (2004): "Los Fundamentos del Bienestar", *Revista de Derecho y Humanidades*, N°10, p. 17-46.
- CRUZ TANHNUZ, María Elina (2010): "Evaluación de impacto regulatorio en libre competencia" Disponible en: <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/presentaciones/presentaciones%20v%20jornada/MEC.pdf>.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): "Comentarios al borrador de sector público y libre competencia", *Material de Promoción N° 4*. Disponible

en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Comentarios-G-Sector-Publicos-Version-final-copia.pdf>.

IRARRÁZABAL PHILIPPI, Felipe (2010): “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf.

JARA MIRANDA, Eduardo (2010): “Sexta Cuenta Pública Del Presidente Del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20Publica%202010.pdf>.

JUNGMANN DAVIES, Ricardo y PEÑA BURGOS, Richard (2008): *Informe final sobre la facultad propositoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Artículo 18 N° 4 DL 211)* (Santiago de Chile, Centro de Libre Competencia UC).

MASS SANTIBÁÑEZ, Mauricio (2011): *Estudio de las modificaciones introducidas al D.L. N° 211 sobre libre competencia en especial acerca del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile).

MENCHACA OLIVARES, Tomás (2014): “Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” Disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20Pblica%202014.pdf>.

MONTT OYARZÚN, Santiago (2010): *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas* (Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

MUFDI GUERRA, Nader (2012): *Institucionalidad De La Libre Competencia En Chile: Una Evaluación Práctica* (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile).

OECD (2007): *Manual de Evaluación de la Competencia (OECD Competition Assessment Toolkit)* p. 18-25.

OCDE (2007): *Derecho y política de la competencia en América Latina: Exámenes Inter-Pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú* (Banco

Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).

PFEFFER URQUIAGA, FRANCISCO (2014): "Tribunal de Defensa de la Libre Competencia recomienda normativa". Disponible en: <http://derecho-scl.udd.cl/noticias/2014/03/tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-recomienda-normativa-sobre-prestacion-de-servicios-de-telecomunicaciones-en-inmuebles-sujetos-a-regimen-de-copropiedad-inmobiliaria/>.

SEVERÍN HONORATO, Ana María (2012): "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad" (Memoria para optar al grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile).

SILVA PRADO, José (2011): "Informe en Derecho, Facultad Derecho PUC de Chile". Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe%20en%20Derecho%20Jose%20Pedro%20Silva.pdf>.

TAPIA CANALES, Javier (2013): "Sobre los 10 años del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile". Disponible en: <http://lalibrecompetencia.com/2013/10/16/sobre-los-10-anos-del-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-de-chile/>.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2001): *La libre competencia en el Chile del bicentenario* (Santiago, Thomson Reuters, Centro de la Libre Competencia UC).

VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 585-701.

VALDÉS PRIETO, Domingo (2007): "Independencia de la Fiscalía Nacional Económica: Una proposición para garantizarla", *En foco*, vol. 104.

VELOZO, Javier y GONZÁLEZ, Daniela (2011): "Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", en TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Libro La libre competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Editorial Thomson Reuters Puntotex) pp. 21-71.

PÁGINAS WEB

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (BCN). Disponible en: <http://www.bcn.cl>.

DIARIO LA TERCERA: "Proyecto que crea Agencia de Evaluación de Políticas Públicas irá al Congreso" (Publicado el 13 De Enero Del 2014) Disponible en:

<http://www.sustentare.cl/2014/01/13/proyecto-que-crea-agencia-de-evaluacion-de-politicas-publicas-ira-al-congreso/>.

SENADO DE CHILE: Trámite de Proyectos. Disponible en: <http://www.senado.cl/>.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Auto Acordado N° 5/2004 del TDLC.

D.F.L. N° 1 del 7 de marzo de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 211 de 1973.

Ley N° 19.911 del 14 de noviembre de 2003, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Ley N° 20.285 del 20 de agosto de 2008, sobre Acceso a la Información Pública.

Ley N° 20.361 del 13 de julio de 2009, que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Mensaje de S.E. el Presidente de la República del 17 de mayo de 2002, con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Mensaje N° 132-346.

Mensaje de S.E. el Presidente de la República del 5 de junio de 2006, con el que inicia un proyecto de Ley que modifica el Decreto con Fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Mensaje N° 134-354.

JURISPRUDENCIA CITADA

Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 9265-2010, consideración décimo quinta

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 15 junio 2010, Resolución Rol NC N° 379-10.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 2 de julio de 2009.
Proposición N° 10/2009. Parte pertinente de Sentencia N°85/2009.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 4 de marzo de 2010.
Proposición N° 11/2010. Parte pertinente de Sentencia N°97/2010.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 27 de enero de 2011.
Proposición N° 12/2010 "Sobre Régimen de Acceso a los Recursos
Pesqueros", Rol ERN 12-10.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, 19 enero 2011, Proposición
de modificación normativa N° 13/2011.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 2/2004.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 18/2005.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 44/2006.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia 55/2007.

DESMITIFICANDO A ADAM SMITH: UNA REVISIÓN A PARTIR DE JOHN RAWLS

Demystifying Adam Smith: A Review from John Rawls

FRANCISCA SOFÍA HERNÁNDEZ BUSSE*
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: En *Teoría de la Justicia*, John Rawls presenta una concepción de la justicia que busca “superar” al utilitarismo. A nuestro juicio, Rawls cae en una equivocación al atribuirle a Adam Smith un sitio junto a Hume, Mill, Sidgwick y otros. Smith compartiría entonces los grandes errores del utilitarismo que nosotros hemos agrupado en tres ítems: 1) la ausencia de una moral mínima obligatoria; 2) la distinción de personas y 3) el postulado de un “observador ideal”. Como juez externo, éste asignaría los recursos y conduciría a la sociedad maximizando ventajas para el mayor número de personas. Su aprobación estaría dada por el criterio de utilidad y la justicia quedaría relegada al cálculo de intereses. Queremos demostrar que estas críticas no se pueden aplicar a Adam Smith: en definitiva, Rawls cae en una malinterpretación. Por ello, desmitificaremos cada punto.

PALABRAS CLAVE: John Rawls, Adam Smith, Justicia, Utilitarismo, Espectador imparcial.

* Licenciada en Educación, Universidad de los Andes, Chile. Licenciada en Filosofía, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile. Candidata a Doctora en Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile, becaria CONICYT (2013-2017). Correo electrónico: <frankikahb@gmail.com>

Artículo recibido el 24 de julio de 2015 y aceptado para publicación el 16 de septiembre de 2015.

ABSTRACT: *In A Theory of Justice, John Rawls presents a conception of justice that seeks to “overcome” the problems of utilitarianism. We believe that Rawls falls into a mistake because he attributes to Adam Smith a seat next to Hume, Mill, Sidgwick and others. So, Smith would share the typical errors of utilitarianism that we have put into three groups: 1) the absence of a minimum moral request; 2) the indistinctness of people and 3) the assumption of an “ideal observer”. As an external judge, this figure would assign resources and lead society by a maximization of benefits for the greatest number of people. His approval would be given by the criterion of utility and so justice would be relegated to the calculation of interests. We will demonstrate that these critics are not applicable to Adam Smith: in short, Rawls falls into a misinterpretation. Therefore, we will demystify each point.*

KEY WORDS: *John Rawls, Adam Smith, Justice, Utilitarianism, Imparcial spectator*

I. INTRODUCCIÓN

En lo que respecta a filosofía política, *Teoría de la Justicia* de John Rawls es probablemente la obra más importante en la segunda mitad del siglo XX. En la elaboración y justificación de su concepción de la justicia social, Rawls utiliza como instrumento y parte de su método constantes referencias críticas al utilitarismo. Es así como Rawls pretende alzarse como una “alternativa” y “superación” del mismo. Entre las numerosas alusiones de este tipo, hemos identificado las más importantes y las hemos agrupado en torno a tres grandes temas fundamentales. Acorde a nuestro esquema, Rawls critica al pensamiento utilitarista por: 1) la ausencia de un valor absoluto o un “mínimo moral obligatorio”; 2) la indistinción de personas, el consiguiente problema de la distribución y el régimen exclusivo de la eficiencia; y 3) el requerimiento de un “observador ideal” que encauce y dirija a la sociedad a partir de su conocimiento e identificación simpatética con tal de lograr una maximización de ventajas y satisfacciones para el mayor número posible de personas. Este juez externo sería el que asignaría los recursos y determinaría lo que es justo para la sociedad mediante un cálculo utilitarista.

Para Rawls, pensadores como John Stuart Mill, David Hume, Henry Sidgwick y otros caerían en estos tres problemas comunes. Pero tal sería el caso también de Adam Smith¹, quien a juicio de Rawls sería un utilitarista

¹ RAWLS (2012) p. 9; VON VILLIEZ (2006) p. 129 y HURTADO (2006) p. 91.

paradigmático precisamente en virtud de la figura del espectador imparcial, la “fusión” de personas en el proceso simpatético y la obra de la “mano invisible”.

En el presente trabajo queremos demostrar que en lo que respecta a Adam Smith, aquellas tres críticas fundamentales no son pertinentes. La inclusión de Smith en la larga lista de utilitaristas es errada por cuanto este economista y filósofo moral presenta una novedosa comprensión filosófica que dista mucho del utilitarismo, según pretendemos demostrar en esta investigación. Nuestra revisión abarca dos momentos: primero referiremos a *Teoría de la Justicia* y sus ataques al utilitarismo, esto es, las tres críticas que están mutuamente imbricadas y los pasajes en los cuales Rawls alude directa e indirectamente a Adam Smith. Luego expondremos nuestra interpretación de *La Teoría de los Sentimientos Morales* de Adam Smith (TMS) y las razones por las que, a nuestro juicio, no puede ser catalogado como utilitarista. En este apartado daremos respuesta, desde Smith, a cada uno de los puntos criticados por Rawls y asimismo, arrojaremos luces sobre lo que el mismo Smith postula con respecto a qué es lo justo para un hombre o una sociedad.

1. La crítica de John Rawls al utilitarismo

A la pregunta por los ejecutores y destinatarios de la justicia, Rawls responde proponiendo que cualquier ser dotado de racionalidad y capaz de interpretarse en la situación del contrato social podría satisfacer las condiciones necesarias para ejecutar y recibir la justicia². Estos seres noumenales³, puramente racionales abstraídos de sus circunstancias y preferencias⁴, serían los que establecerían los principios de justicia mediante un pacto público, un “contrato”. Para Rawls, es en dicha situación hipotética original y en aquella igualdad de condiciones donde los seres racionales *elegirían* libremente los principios de la *justicia como equidad* (*justice as fairness*) para la estructura básica de la sociedad⁵. Así, ambas partes contratantes se sitúan “en el mismo

² RAWLS (2012) pp. 309-310 y 456-457.

³ RAWLS (2012) p. 240.

⁴ Al momento de efectuar la elección, sólo se toman en consideración los hechos generales acerca de la naturaleza humana y las leyes de índole social. Así se garantiza que la deliberación sea ecuánime y unánime. Rawls apoda este procedimiento “el velo de la ignorancia”, el cual “excluye el conocimiento de aquellas contingencias que enfrentan a los hombres y les permiten dejarse guiar por prejuicios”; RAWLS (2012) p. 31.

⁵ “El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes sociedades distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social” [RAWLS (2012)] p. 20). Por consiguiente, la justicia como equidad no ha de ser vista en

nivel” y por ello, todos los seres racionales se deben el máximo respeto el uno al otro, en su calidad de iguales⁶.

Los principios de justicia han de procurar la cooperación y la promoción del bien. Según afirma Rawls, son “los criterios para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social”⁷. El primer principio exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos: “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”⁸. El segundo es el llamado “principio de diferencia” y mantiene que las desigualdades sociales y económicas (como las desigualdades de riqueza y autoridad) sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. “Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que: *a*) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b*) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”⁹. Las funciones y posiciones deben estar abiertas para todos bajo condiciones de una igualdad equitativa de oportunidades.

El primer principio tiene prioridad por sobre el segundo, de modo que su lectura debe ser serial: si respetamos la libertad garantizada de cada miembro, la norma de que todos deben verse beneficiados y que ha de velarse por la igualdad de oportunidades, tendremos una sociedad justa. Para Rawls, habrá equidad en la medida en que no se permitirán libertades desiguales y se favorezca la cooperación social. “La injusticia consistirá entonces, simplemente, en las desigualdades que no benefician a todos”¹⁰.

primer lugar como una “virtud” en sentido moral (como una excelencia de un determinado tipo de carácter humano), sino más bien, como el objeto del derecho aplicado a la disposición de las instituciones, es decir, la “justicia social”.

⁶ RAWLS (2012) pp. 172 y 310.

⁷ RAWLS (2012) p. 18. Los principios regulan, porque especifican ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas, de modo que también establecen garantías y sanciones en caso de que las reglas sean violadas (RAWLS (2012) p. 63). La institución será justa en la medida en que se ajuste a estos principios, porque ambos permiten la regulada división de las ventajas y la suscripción de un convenio sobre las participaciones distributivas correctas, asunto que, como veremos más adelante, el utilitarismo clásico no hace.

⁸ RAWLS (2012) p. 67.

⁹ Ídem. p. 68.

¹⁰ RAWLS (2012) p. 69.

A) EL UTILITARISMO

Al inclinarse por el enfoque deontológico y reformular la noción kantiana de *autonomía* —que sólo seres fines en sí mismos, racionales, libres e iguales son los que se auto-determinan, que se dan a sí mismos los principios morales y normas de su actuar, que reconocen que las obligaciones son autoimpuestas¹¹, sin tener en cuenta los dictados de alguna autoridad o los de sus deseos e inclinaciones— Rawls se ve inmediatamente llevado a rechazar el utilitarismo. Tal crítica le resultará metódica, es decir, es parte del método empleado en la elaboración de su pensamiento, puesto que el profesor de Harvard articulará su propia teoría en torno al procedimiento desencadenado por la crítica: “lo que trato es de elaborar una teoría sustantiva de la justicia. Las comparaciones y contrastes con otras teorías, así como sus eventuales críticas, en especial del utilitarismo, son vistos como medios para este fin”¹². Por este motivo, la crítica hacia el utilitarismo no es una parte menor de *Teoría de la Justicia*, sino que se alza como un momento metódico fundamental para luego, a su vez, construir y afirmar su propio planteamiento. A fin de cuentas, Rawls elabora una teoría de la justicia para presentar “una alternativa al pensamiento utilitario”¹³.

El término “utilitarismo” sirvió de título para la obra de John Stuart Mill en 1863, aunque el mismo Mill se lo atribuye a Bentham (capítulo I). Según su explicación en el capítulo II, el principio de utilidad sostiene que “las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, e incorrectas en cuanto tienden a producir lo contrario de la felicidad. Por felicidad se entiende el placer, y la ausencia de dolor; por infelicidad, el dolor y la falta de placer”¹⁴. Tal como aclara más adelante, “el criterio no lo constituye la mayor cantidad total de felicidad del propio agente, sino de la mayor cantidad total de felicidad”¹⁵. Por consiguiente, dicho criterio para el bienestar general es básicamente cuantitativo¹⁶. Para utilitaristas contemporáneos, lo que habría que cuantificar y maximizar sería “la satisfacción o la no

¹¹ Ídem. p. 26.

¹² Ídem. p. 11.

¹³ Ídem. p. 35.

¹⁴ Ídem. p. 50.

¹⁵ MILL (2007) p. 57.

¹⁶ Pareciera que aún cuando Mill hable de la “calidad de los placeres” —algunos como más “elevados” que otros [MILL (2007) p. 51 y ss.]—, el criterio principal seguiría siendo la maximización neta de placeres y por tanto, prevalecería el criterio cuantitativo, lo que se puede medir y aumentar. Una discriminación cualitativa sería, en realidad, inconsistente con una corriente utilitarista, puesto que postularía un criterio independiente del

frustración de los deseos o intereses de cualquier índole que cada persona puede tener”¹⁷.

Acorde a la reformulación de Rawls¹⁸, el principio de utilidad consistiría en lo siguiente: “una sociedad está correctamente ordenada cuando sus instituciones maximizan el equilibrio neto de satisfacción”. Rawls refiere esta concepción a varios utilitaristas consagrados (Sidgwick, Hutcheson, Hume, Mill y Bentham), pero también a Adam Smith y su TMS de 1759. “La idea principal [del utilitarismo] es que cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es, por tanto, justa”¹⁹.

Según este utilitarismo clásico, el valor moral —y la obligatoriedad de la norma— radicará en esta contribución de las consecuencias a la felicidad o satisfacción general, de todos los afectados y miembros de la sociedad. En la medida en que la única fuente de valor consiste en la utilidad, el procedimiento lógico será computar los efectos, incluir el mayor número de circunstancias posibles en el cálculo y dirigir a la sociedad a esta noción de bien. Un atractivo especialmente importante de esta corriente para asuntos de derecho y política consiste en su aspecto igualitarista. Ya había dicho Mill, recordando a Bentham, que acorde al utilitarismo, cada hombre cuenta como uno y nada más que uno²⁰. Por tanto, nadie vale más que el otro; todos se hallan en igualdad de condiciones y así, pueden ser agregados, independientemente de quien sea el titular de esos placeres, intereses o deseos. Las instituciones y medidas, planes y rumbos de una sociedad se verán conformados, entonces, acorde al reconocimiento de la suma de la totalidad de estos miembros iguales. Es esta concepción la que rechaza Rawls: “el principio de utilidad es incompatible con la concepción de cooperación social entre personas iguales para beneficio mutuo. Parece ser incongruente con la idea de reciprocidad implícita en la noción de una sociedad bien ordenada”²¹.

principio según el cual ha de incrementarse la felicidad general. Cf. NINO (1987) p.394 y ANDERSON (1991) pp. 4-26.

¹⁷ NINO (1987) p. 394.

¹⁸ RAWLS (2012) p. 35.

¹⁹ Ídem. p.34.

²⁰ MILL (2007) p. 136.

²¹ RAWLS (2012) p. 27.

B) LAS TRES CRÍTICAS AL UTILITARISMO Y SU RELACIÓN CON ADAM SMITH

En este contexto, Rawls enuncia varias críticas al utilitarismo que nosotros hemos agrupado en torno a tres temas fundamentales que se hallan interconectados y se siguen lógicamente uno al otro. Tales son (1) la ausencia de un “mínimo moral obligatorio”, (2) la indistinción de personas, el consiguiente problema de la distribución y la exclusiva importancia del régimen de eficiencia y (3) el postulado de un “observador ideal”.

- (1) Esta crítica denuncia que según la doctrina utilitarista (en la que se incluiría Adam Smith) no hay ningún tipo de valor incondicional y no-relativo, una prohibición absoluta o un “mínimo moral obligatorio”. Dado que para el utilitarismo lo importante es el monto total final, en la medida en que sea maximizado, de acuerdo con Rawls rápidamente podría prestarse a grandes injusticias. Como advierte en *Teoría de la Justicia*²², debido a que para el utilitarista clásico resulta indiferente cómo se distribuya una suma de beneficios, las desigualdades están permitidas. Y en ocasiones, estas desigualdades podrían traducirse en abusos morales. Pues si lo que se busca es el bienestar del mayor número de personas, ¿qué pasa con las minorías? ¿Es admisible cualquier atropello en vistas al fin general? Pareciera que acorde al utilitarismo, los derechos podrían estar a merced del regateo político y al cálculo de intereses sociales; parecería, pues, que la justicia misma podría estar sujeta a transacciones. Para Rawls, un cálculo utilitarista que sólo busque la máxima satisfacción, sin ningún tipo de restricción, bien podría conducir a una situación que, por ejemplo, instrumentalice a una persona como medio para el beneficio de otro grupo. El utilitarismo no salvaguarda los derechos de las personas y con esto, ignora el respeto que, según Rawls, se le debe a cada miembro de la sociedad en cuanto que cada persona es fin en sí misma²³.
- (2) La segunda crítica de Rawls apunta al problema de la distribución, el que se sigue directamente del punto anterior debido a la “desigualdad” permitida por el sistema utilitarista y al consiguiente atropello de derechos. Nino lo resume del siguiente modo: “para el utilitarismo no importa, sino indirectamente, cómo se *distribuyen* las satisfacciones con tal de que se maximice la suma de satisfacciones”²⁴. En efecto, el utilitarismo parecería no tomar en cuenta el problema de la diversidad y pluralidad: como ve Rawls, “Hume y Adam Smith suponen que si los hombres

²² Ídem. p.82.

²³ RAWLS (2012) p.173 y 310.

²⁴ NINO (1987) p.400.

tuviesen que adoptar un punto de vista determinado, el del espectador imparcial, llegarán a convicciones similares”²⁵. Sin embargo, resulta difícil comparar —o siquiera establecer un criterio para contrastar como “mejores” o “peores”— los intereses, placeres y deseos de gente *distinta*. No hay acuerdo ni en cómo estimar la felicidad ni en cómo maximizarla ni en cómo repartirla. El utilitarismo, según la crítica de Rawls, no toma en cuenta la independencia de las personas y su individualidad, sino que funde todo detalle “en un sistema *global* de modo que no importa los intereses de quiénes son satisfechos o frustrados con tal de que más intereses o intereses más intensos sean satisfechos que frustrados”²⁶. Al primar únicamente el criterio de la cantidad, el utilitarismo desatiende el grave problema de la distribución²⁷ y eso en virtud de que “el utilitarismo no considera seriamente la distinción entre personas”²⁸. Y por esta “fusión” de personas en un único grupo colectivo (la sociedad en conjunto), una concepción común de justicia se obtendría mediante la generalización de procesos simpatéticos. Por simpatía uno tendría que identificarse con el bien de otro, con el interés de la totalidad²⁹.

- (3) De este modo, el utilitarismo postula la necesidad de una *perspectiva* o un *punto de vista moral* de un espectador externo para calificar el rumbo adecuado de las acciones y su moralidad. La tercera crítica de Rawls va dirigida, entonces, contra esta idea de un tercer individuo, cuyos máximos exponentes serían Adam Smith y Hume³⁰. Nosotros creemos que Rawls comete el error de identificar el espectador imparcial con un

²⁵ RAWLS (2012) p.247.

²⁶ NINO (1987) p.400. En esto se funda la imparcialidad del utilitarismo que, según la dura crítica de Williams, “ve a las personas como lugares de sus respectivas utilidades (...) como los estanques de petróleo individuales en el análisis del consumo nacional de petróleo” SEN Y WILLIAMS (1982) p.4. No hay, entonces, una consideración seria de ésta o aquella persona en tanto que única y singular, en tanto que sujeto con historia y circunstancias particulares, sino que los hombres son “recipientes anónimos, impersonales, donde cada uno cuenta como uno pero como ‘unos’ intercambiables” [CARRASCO (2014) p.68].

²⁷ Como especifica el mismo Rawls, esta crítica es justa en relación al utilitarismo clásico. Hay, sin embargo, otras versiones que intentaron evadir esta problemática. Cf. SEN (1970).

²⁸ RAWLS (2012) p.38.

²⁹ RAWLS (2012) p.171. El profesor de Harvard “parece compartir la idea popular de que Smith hace depender la acción moral de *inclinaciones filantrópicas*” (VON VILLIEZ (2006) p.129), confundiendo así benevolencia con justicia, precisamente en virtud de lo que afirma en su libro [RAWLS (2002) p.92].

³⁰ RAWLS (2012) p.177.

“observador ideal”³¹ y que además omite las diferencias específicas entre Hume y Smith.

La definición de Rawls —pero que atribuye a Smith y Hume en conjunto— es la siguiente: “un observador simpático, racional e imparcial, es una persona que adopta una perspectiva general: una posición en la que sus propios intereses no están en juego y posee toda la información necesaria, así como poder de razonamiento”³². Acorde a Rawls, es el mismo principio de utilidad el que sugiere la idea de este tercer observador, capaz de advertir desde afuera la suma de utilidades (bienes, placeres, intereses, deseos, preferencias) que produzca una sociedad para así juzgar la corrección de una acción particular, su carácter moral y su consecuente obligatoriedad o prohibición. Este observador hipotético tendrá que simpatizar o antipatizar con la felicidad o miseria, el placer o el dolor de todos los que forman parte de una sociedad, porque sólo así podrá calcular el resultado óptimo, teniendo en cuenta efectos y circunstancias. Es mediante la simpatía que guía a la imaginación que se aplica el principio del individuo a la sociedad: “ese espectador es concebido llevando a cabo la requerida organización de los deseos de todas las personas en un sistema coherente de deseos; y por medio de esta construcción muchas personas son fundidas en una sola”³³. El espectador tendría la experiencia de todos los deseos de todos los sujetos como si fueran los propios, de modo que podría averiguar la intensidad de éstos, asignarles un valor adecuado al sistema único de deseos y así podría guiar el mecanismo para incrementarlos. Su *aprobación* o *desaprobación* vendría dada por el criterio de utilidad, guiado por el placer, el resultado de la simpatía³⁴. En otra formulación, atribuida en conjunto a Smith y Hume, Rawls señala que aquel placer experimentado por el observador imparcial al contemplar el sistema social ocurriría en proporción a la suma neta de placer sentido por los afectados: “la fuerza de su aprobación corresponde a la cantidad de satisfacción en la sociedad en cuestión y sirve para medirla”³⁵. El criterio es cuantitativo y así la expresión de aprobación está dada por el principio clásico de utilidad, “desde un punto de vista general teniendo conocimiento de todas las condiciones pertinentes”³⁶. Según cree Rawls, para Hume y Smith, “una sociedad rectamente ordenada es aquella que recibe la aprobación de tal observador ideal” (*ibid.*).

³¹ McCLOSKEY (2009) denuncia un error similar cometido por Nozick, quien también llama “observador ideal” al espectador imparcial de Adam Smith.

³² RAWLS (2012) p.179.

³³ Ídem. p.138

³⁴ RAWLS (2012) p.178.

³⁵ Ídem. p.179.

³⁶ Ídem. p.177.

Esta concepción convierte al espectador imparcial en un legislador ideal que ajusta el sistema social. Pero Rawls advierte que tal legislador no sería materialmente distinto a “un empresario que decide cómo maximizar sus ganancias mediante la producción de ésta o aquella mercancía, o de la del consumidor que decide cómo llevar al máximo su satisfacción mediante de ésta o aquella colección de bienes”³⁷. No serían casos distintos porque en cada proceso “hay una persona única cuyo sistema de deseos determina la mejor asignación de medios limitados” (*ibid.*) y así, lo que se busca es, precisamente, una administración eficiente de la sociedad. Aquí entra en escena la famosa “mano invisible” de Adam Smith, a la cual Rawls alude directamente³⁸. Según Rawls, su obra se insertaría dentro del esquema utilitarista de eficiencia, de estrategia para sacar el mejor provecho del sistema. Los hombres estarían promoviendo así un fin mayor, al estar todas sus conductas guiadas hacia el interés social más deseable. Los resultados se obtendrían de todas formas, aun cuando no fueran buscados de manera consciente o aún cuando no fueran previstos por aquellos hombres que trabajan. La máxima utilidad sería, pues, lo perseguido por el sistema. Pero esta asimilación de la política al funcionamiento del mercado competitivo no certifica la conducción del proceso a un resultado justo, según Rawls³⁹. No garantiza un sentido público de justicia, ya que “esta doctrina asimila la justicia a la benevolencia del observador imparcial y ésta, a su vez, al diseño más eficaz de las instituciones para promover el mayor equilibrio de satisfacción”⁴⁰. Por lo tanto, el pensamiento utilitarista clásico y su modelo económico de la eficiencia conducen a una mera “justicia asignativa”, ya que como no hay demandas previas sobre las cosas que habrán de distribuirse, se asignarán a ciertos individuos tomando en cuenta la información disponible. La justicia asignativa es la que “se aplica cuando ha de dividirse un conjunto dado de bienes entre individuos determinados con necesidades y deseos conocidos” (*ibid.*). Y esto sólo lo podría llevar a cabo un observador ideal.

2. La posición de Adam Smith

A) LA SIMPATÍA ENTRE PERSONAS DISTINTAS

TMS de Adam Smith parte desde la base de que las personas sólo pueden vivir en sociedad. Para Smith, éste es un hecho básico e indiscutible que

³⁷ Ídem. p.38.

³⁸ Ídem. p.64 y 445.

³⁹ Ídem. p.445.

⁴⁰ RAWLS (2012) p.92.

se evidencia en la misma dimensión afectiva del ser humano⁴¹. No hay vida desarrollada al margen de la comunidad. El núcleo básico de la sociedad no es el “yo”, puesto que nadie puede vivir aisladamente, sino el “nosotros”. Por tanto, un asunto primordial consistirá en analizar los fundamentos de esta convivencia —y por extensión— sus normas.

La simpatía surge en este contexto relacional: es una tendencia psicológica fundamental para con el prójimo, una proyección imaginativa que recurre al cuidado del otro, por lo que éste hace y siente. En palabras de Fricke⁴², se trata de “una disposición a preocuparse emocionalmente el uno del otro”, la que a su vez “juega un rol decisivo en la *formación y justificación* de los juicios morales”⁴³. Las relaciones humanas se explican con referencia a aquel sentimiento de camaradería, el movimiento empático de “ponerse en lugar del otro” (TMS I.i.1.2) y verse afectado por lo que a él le importa.

La simpatía se funda en un cambio imaginario de situación (I.i.4.6) que refiere directamente el “yo” al “tú”. Por ejemplo, “corremos no sólo a felicitar al exitoso, sino también a dar nuestras condolencias al afligido” (I.i.2.6), porque podemos simpatizar con la situación que está viviendo la persona principalmente involucrada y nosotros, como espectadores de ella, repercutimos sus emociones al modo de un espejo en nosotros mismos. Pero esta identificación no es, en ningún caso, una fusión completa entre los sujetos: precisamente por ello es una “intersubjetividad”, porque se conserva la identidad de cada uno de los polos en la relación y no se reduce todo a una masa confusa de emociones. Respecto al agente involucrado, “por la imaginación nos colocamos en su posición (...), entramos en él como si fuese en su cuerpo (...), aunque en un grado inferior” (I.i.1.2). No obstante podemos sintonizar con el otro, no podemos convertirnos en él. Permanece una distinta graduación, por cuanto el agente sentirá aquella emoción con otro nivel de intensidad y desde otra perspectiva. Si bien la persona que simpatiza con el agente debe asumir las circunstancias de dicho agente para que se produzca la concordia, esto no significa disolver las diferencias. El intercambio sigue siendo puramente imaginativo y de hecho, el proceso simpatético puede conducir también al rechazo. Precisamente *porque* para Smith la distinción de personas es real —a diferencia de lo que dice Rawls con respecto al utilitarismo—, es posible que surja el sentimiento de aprobación.

⁴¹ “El hombre tiene un amor natural por la sociedad” (TMS II.ii.3.7). Todas las traducciones desde el libro original en inglés y de los artículos especializados han sido hechas por la autora de este artículo.

⁴² FRICKE (2011) p.81.

⁴³ VON VILLIEZ (2006) p.115.

Para considerar como apropiada una conducta, hace falta un contraste y una concordia o acuerdo con nosotros mismos (I.i.3.2). “Cuando las pasiones originales de la persona principalmente afectada están en perfecta concordancia con las emociones simpatéticas del espectador, a éste necesariamente le parecen justas y apropiadas y ajustadas a su objeto” (I.i.3.1). Yo lo apruebo, en la medida en que su acción —en tales y tales circunstancias— me parece razonable; lo apruebo, en la medida en que yo, si hubiese sido él, habría hecho lo mismo en ese caso. “Aprobar las pasiones de otra persona como ajustadas a su objeto es, por consiguiente, lo mismo que observar que nosotros simpatizamos enteramente con ellas” (*ibid.*). Nosotros seguimos siendo importantes aún cuando estemos considerando la manera de ser de otra persona. Así, el proceso simpatético de Adam Smith es incompatible con la fusión de personas que Rawls le imputa al utilitarismo y a Adam Smith entre ellos.

B) EL ESPECTADOR IMPARCIAL Y LA ESFERA MORAL

El espectador de Smith, originalmente un testigo real de la conducta de su prójimo, puede tanto aprobar como desaprobado. Una risa demasiado estridente, por ejemplo, puede causarme una molestia incómoda, precisamente en la medida en que la juzgue como desatinada o no proporcionada a la *ocasión* e inadecuada para el *motivo* que la suscita. “Cuando un hombre, al llevar el caso a su propia intimidad, descubre que no coincide con lo que él siente, necesariamente le parece injusto e impropio y desajustado con respecto a las causas que lo excitan” (I.i.3.1). No hay aprobación allí donde o bien no simpatizamos por completo o bien donde antipatizamos y la relación se traduce en directo rechazo.

Que Smith aluda a los “motivos”, “principios”, las “circunstancias” o la “situación” del agente, del espectador y su proceso intersubjetivo es una clara señal de que la evaluación para estipular la idoneidad o inadecuación —y la consiguiente rectitud o incorrección— corresponde a un examen en el que participa la razón, además de los afectos⁴⁴. Dado que se trata de intencionar la situación completa (por qué el agente siente lo que siente; de dónde surgen tales afecciones en su contexto), el ejercicio del espectador es un proceso interno y reflexivo. No se trata de un simple fluir pasional sin mediación alguna de la razón. El espectador no es un mero observador pasivo: en primer lugar, ha de iniciar la convergencia con el otro, involucrarse afectivamente

⁴⁴ La simpatía no se da por una mera transmisión irracional (FLEISCHACKER (2012) p.276 y TMS I.i.1.7; I.i.1.9; I.i.1.10 y I.i.1.11). “Los sentimientos simpatéticos en Smith no dependen del contagio de las pasiones sino del contexto en el que se sitúa el agente” [CARRASCO (2014) p.71].

con el otro, y en segundo lugar, ha de evaluar —y en contraste con su propia experiencia— al otro, para juzgarlo de este modo⁴⁵. Sólo así le parecerá razonable o insensato aquello que viva, haga o experimente el agente. Dado que tenemos una inclinación natural a buscar la aprobación de nuestro prójimo, tomamos en cuenta su apreciación. “Y en todas las ocasiones, sus sentimientos [del espectador] son el estándar y la medida con los que juzga los míos” (I.i.3.1).

Tal es el suelo para conformar el juicio moral. La figura del espectador imparcial de Adam Smith tiene su origen en la experiencia y comporta, por tanto, una base empírica y también psicológica. Al espectador imparcial se llega por medio de la experiencia reiterativa de proceso simpatéticos: a medida que nos vamos habituando a tomar en cuenta la aprobación o desaprobación de quien nos atestigua en nuestro actuar, proyectamos a un tercer hombre en nuestro interior (III.3.3) que sirve las veces de espectador para evaluar nuestra conducta. Esta voz interior es el real criterio moral para Adam Smith⁴⁶. Entonces, antes o en vez de recurrir a espectadores reales, tomamos en consideración a esta otra figura para evaluar moralmente nuestros actos, para sentirnos dignos de aprobación o de reproche. Así, mi actuar podrá catalogar como “aprobable”, como el objeto propio de la aprobación (cf. III.2.24).

Como explica Fricke⁴⁷, para que sea “imparcial” es necesario que este espectador cumpla dos condiciones: a) que no esté él directa ni indirectamente involucrado en las respectivas circunstancias y b) que su simpatía esté “bien informada” por todos los aspectos relevantes de dichas circunstancias. Pero esto no se traduce en una omnisciencia. El espectador imparcial no es un ser que sepa todo lo que está pasando o que pueda calcular todas las (infinitas) consecuencias que deriven de una acción. ¡Tal parecía ser la conclusión de Rawls! Pero en Smith, “la imparcialidad viene en grados y el actual grado de imparcialidad del juicio de un espectador depende de cuán inclusivamente él entienda el respectivo ‘todo’”⁴⁸. Por eso mismo, cada hombre formula un juicio según *su* experiencia, y mientras más experiencia tenga, de manera

⁴⁵ El proceso simpatético exige una capacidad ex-céntrica, lograda mediante la imaginación y la re-flexión: un acto de desdoblamiento, aquella capacidad de ponerme en otra perspectiva distinta de la mía. Esto sólo es posible para un ser racional, si tomamos en serio la distinción entre personas.

⁴⁶ Cf. SAYRE-McCord (2010).

⁴⁷ FRICKE (2011) p.86.

⁴⁸ Ídem. p.87.

más pronta y fácil podrá proyectar una regla de conducta⁴⁹. Pero eso depende exclusivamente de la persona misma, de sus íntimas vivencias. “Un ser humano, al hacer un juicio como un espectador imparcial, siempre dependerá de estándares de propiedad que son menores a los de un espectador ideal” (*ibid.*). Y porque el espectador de Smith no es un observador externo, ni perfecto ni ideal, no mira el actuar del agente desde una perspectiva “en tercera persona”, como explica Carrasco⁵⁰. Más bien, es un “yo” que se dirige a un “tú” y por tal motivo, hay una preocupación vital y una actitud participativa.

Por eso mismo, esta voz de la conciencia es sólo *mi* voz, no la de un tercero, ni siquiera de un “nosotros”. Y porque el espectador imparcial proviene de una internalización a partir de muchas experiencias previas con espectadores reales, es una suerte de voz íntima que guía mis actividades sobre el fundamento de lo que es digno de elogio y la aversión a ser reprochable (III.2.32). Como dice Smith, es el “lente” por medio del cual escrudiño la propiedad de mi propia conducta (III.i.5). Y aún cuando el mundo me censure (quizás debido una malinterpretación), sabré que mi actuar es el correcto, porque sabré que, a la luz de aquel espectador equitativo (*fair*), soy el objeto natural y propio de la aprobación. El espectador imparcial es entonces un juez, pero de mí mismo (III.i.6): las pasiones de la naturaleza humana “parecen apropiadas y son aprobadas cuando el corazón de cada espectador imparcial simpatiza enteramente con ellas”, cuando este acompañante indiferente⁵¹ logra entrar a estas pasiones y compartir su sentir (II.i.2.2).

De esto último se deduce que la simpatía no es sólo unidireccional, sino mutua o “bidireccional”. Contrario a lo que creía Rawls, la cooperación y reciprocidad está en los mismos fundamentos del pensamiento de Adam Smith. Se trata, en efecto, de un equilibrio de dos factores: por un lado, el espectador debe efectuar el esfuerzo de “entrar” a los sentimientos del agente y procurar comprender sus motivos; por otro lado, aquel agente deberá, a su vez, esforzarse por lograr que dicho espectador sea capaz de comprenderlo y para ello tendrá que “rebajar sus emociones” de tal modo que éste pueda

⁴⁹ La “*reflexión habitual*” es la que fija las “*reglas generales de conducta*” en nuestra mente, a través de un proceso inductivo (II.4.12). Véase FRICKE (2011) p. 90.

⁵⁰ Cf. CARRASCO (2014).

⁵¹ “Nos concebimos a nosotros mismos como si actuásemos en la presencia de una persona totalmente cándida y equitativa, que no alberga ninguna relación en particular ni con nosotros mismos ni con aquellos cuyos intereses se ven afectados por nuestra conducta [...], sino que es meramente un hombre en general, un espectador imparcial que considera nuestra conducta con la misma indiferencia con la cual nosotros observamos la de otra gente” (III.2.31).

captarlas, acompañar sus motivaciones y con-sentirlas (l.i.5.1). La reciprocidad se cifra en que ambas partes intentan ponerse en el lugar del otro, ambos tratan de comprenderse. La persona principalmente involucrada, al hacer el esfuerzo de verse a sí mismo desde el punto de vista del espectador, se volverá espectador del espectador y a su vez, espectador de su propia conducta. Pero para alcanzar dicho punto, ambos han moderado sus sentimientos y han podido “adecuarse” mutuamente, aprobarse el uno al otro. He allí, también, una condición de “equidad” entre las partes, porque “ambos están en igual pie, son iguales. Y los estándares morales los deben encontrar conjuntamente en su interacción”⁵².

Es así como también puede surgir la motivación para modificar aquella conducta: “cada vez que nos sentimos desaprobados ‘cambiamos imaginariamente de lugar’ con el otro para vernos desde sus ojos y poder ajustar nuestros sentimientos a sus expectativas” (*ibid.*). Al tener que calmar sus emociones para que el espectador pueda simpatizar con él, el agente vuelve reflexivamente sobre sí, se evalúa a sí mismo y podría considerar que su respuesta emocional fue impropia y que habría que cambiarla para que ese espectador pueda realmente acompañar y con-sentir su sentir. Este movimiento de sentimientos fue llamado “proceso espectadorial” por Vivienne Brown (1994): el hecho de que tanto la persona principalmente involucrada como el espectador puedan experimentar un cambio de sentimientos y correspondientemente, un cambio en el estándar de propiedad que subyace a los juicios morales. “Es este proceso espectadorial el que representa el motor del desarrollo moral y el aprendizaje moral, tanto del individuo como del colectivo”⁵³.

La razón de que las implicancias se extiendan también a ese “colectivo” reside en que Smith entiende al hombre como un ser social. Y por tanto, la felicidad de esta criatura moral y social estará en estricta dependencia de su “ser miembro de una sociedad pacífica, libre y próspera”⁵⁴. Pero esto ya se advierte en el simple proceso simpatético, que es siempre intersubjetivo, y en nuestra inclinación a buscar a otros hombres que nos correspondan y consideren favorablemente. El hombre, por naturaleza, busca la compañía de los demás hombres y siempre anhela su aprobación — porque nadie desea ser rechazado, según Adam Smith, sino que todos buscamos ser amados. En esto consistiría, a fin de cuentas, la felicidad: en ser querido⁵⁵.

⁵² CARRASCO (2014) p. 70.

⁵³ FRICKE (2011) p. 88.

⁵⁴ Ídem. p. 85.

⁵⁵ “¿Qué mayor felicidad hay que no sea la de ser amado, la de saber que merecemos ser amados? ¿Y qué mayor miseria existe que la de ser odiado y saber que se

La virtud para Adam Smith aparece en este contexto de interacción, en la relación recíproca entre personas: en ese esfuerzo por lograr la coordinación y correspondencia de sentimientos, la simpatía mutua, se cifrará el punto de propiedad. Éste, sin embargo, es relativo a cada persona y se constituye como “un punto medio entre el exceso y el defecto”, de modo similar a como sostenía Aristóteles⁵⁶. En Smith, hay virtud allí donde hay aprobación de un espectador imparcial (I.ii.intro.1), allí donde se satisface la condición de ser objeto propio de la aprobación. “Ser amable y ser meritorio, esto es, merecer amor y merecer recompensa: tales son los grandes caracteres de la virtud” (III.i.6). Si la conducta del agente aparece ante el espectador imparcial como *digna de ser aprobada*, entonces éste consentirá y se le podrá calificar de “virtuosa”.

Como se logra apreciar, el espectador imparcial de Smith es del todo incongruente con la formulación de un “observador ideal”, tal como hace Rawls.

C) EL SENTIDO DE JUSTICIA Y EL MÍNIMO MORAL OBLIGATORIO

Además de la consideración de la propiedad e impropiedad de una acción (en relación a la situación que la causa), Smith advierte otro orden de distinciones. Cuando consideramos que una acción es *meritoria* en virtud de los “efectos beneficiosos” que dicha afección se propone o tiende a producir (II.I.2), entonces el sentimiento que suscita en nosotros es el de la gratitud y creemos que *merece* recompensa.

Por el contrario, si consideramos que una acción es *demeritoria* por los efectos dañinos que la afección se propone o tiende a producir, entonces opinamos que merece castigo. Como espectadores ante quien comete un mal, nos vemos impelidos a responder ante su acción precisamente devolviendo mal por mal: en esto consiste el castigo. El demérito lleva aparejada la sensación del resentimiento (o animadversión, *resentment*), por cuanto sentimos en nuestro pecho un profundo rechazo. “Por consiguiente, nos parecerá que merece recompensa aquél que comparezca como el objeto apropiado y aprobado de gratitud; [a la inversa], nos parecerá que merece castigo aquél

merece ser odiado?” (III.i.7). Por tanto, en cuanto al criterio para la felicidad, no hay nada que maximizar o generalizar, sino que se respeta la individualidad de cada quien y la distinción de personas que aprueban o desaprueban a sus congéneres.

⁵⁶ Ética Nicomáquea II, 6 1107a. Para un estudio más detallado acerca de la influencia del aristotelismo en Smith, véase el trabajo de HANLEY (2006), CARRASCO (2004) y MONTES (2004).

que comparezca [como el objeto apropiado y aprobado] de resentimiento” (II.i.1.7).

Este resentimiento es el origen de la justicia como sentimiento moral en Adam Smith. No es, por tanto, un principio ajeno o un orden impuesto a la sociedad de manera externa por un observador ideal, como lo interpretó Rawls. Tampoco es la justicia el resultado de la aplicación del principio de utilidad, ya que en Adam Smith el espectador no da su aprobación por dicho criterio. Según se explica en TMS, es el mismo individuo quien desarrolla el sentido de justicia porque primero siente resentimiento.

Los actos que demuestran una falta de adecuación con su objeto, faltan a lo que “es debido”⁵⁷. Injuriar a alguien es, por ejemplo, faltarle el respeto, tratarlo como un inferior o un desigual. A esa persona no se le ha dado lo que se debía; no se ha cumplido con el *debido* respeto, en su calidad de persona (III.3.4). La base de la justicia y de la sociedad es lo que se debe (lo que es debido, *what is due to*) a todo prójimo (*fellow-creature*, II.iii.2.8). Como nos recuerda Carrasco⁵⁸, por el proceso simpatético un espectador imparcial sentiría indignación al ver que un igual es tratado como un inferior (II.ii.2.2), tal como si la víctima hubiese sido él (II.i.2.5).

Dado que ciertos actos nos producen una profunda animadversión, nos vemos impelidos a compensar o enmendar el daño de algún modo. La justicia viene así a corregir, ordenar y encauzar los actos humanos y su malicia. A su vez, este resentimiento no puede ser satisfecho a no ser de que el agresor se aflija él mismo por un mal semejante al que nosotros padecemos por su causa (II.i.1.7). La justicia ha de lograr que el agresor (que denigró a quien en realidad era igual a él) se arrepienta. Para eso está la sanción: “la misma existencia de la sociedad exige que la malicia inmerecida y no provocada sea refrenada por medio de castigos apropiados” (II.i.5.10). Para Smith, el hombre tiene un deseo natural de preservar y propulsar el bienestar (*welfare*) de la sociedad (*ibid.*), y la justicia ha de cumplir ese rol. Por tanto, ningún cálculo de intereses podría atentar contra esa norma obligatoria que fija los niveles mínimos y necesarios para la sana convivencia. De ahí que la justicia —y el consiguiente respeto a la dignidad de la persona— sea el mínimo moral obligatorio para Adam Smith.

Como se advierte, en todo momento hay en Adam Smith una preocupación por el bien de la persona misma y su desarrollo moral, incluso en el caso

⁵⁷ HAAKONSEN (1981) p.86.

⁵⁸ CARRASCO (2014) p.78.

del agresor. Y es que esta virtud y su efecto compensatorio —el de distribuir recompensa o castigo— comporta además otros fines aparejados consigo: un fin pedagógico-formativo para el antisocial (la pena como un instrumento de acercamiento devuelta a la sociedad, como una “corrección del criminal”⁵⁹) y un fin disuasivo (para que otros, atemorizados por el castigo, no cometan los mismos actos), de manera que sea un ejemplo para el público (II.i.7).

Así, la virtud de la justicia admite coerción para evitar injusticias, para cuando haya claramente una falta ante “lo debido” para con el prójimo. “La violación de la justicia es el perjuicio (*injury*): éste hace un daño real y positivo a ciertas *personas particulares*, a partir de motivos que son desaprobados. Es, por lo tanto, el objeto apropiado del resentimiento y del castigo” (II.ii.1.5). El uso de la violencia por medio del castigo (y la sanción legal) sirve para vengar aquel daño (*hurt*) que, para el bienestar de la gente, *de cada uno* y de la misma sociedad, no es tolerable. Aquí hay otro argumento en contra del utilitarismo, puesto que este último sólo mira el conjunto. Smith, en cambio, aprueba el uso legítimo de la fuerza para prevenir y repeler el perjuicio cometido contra individuos concretos, con su singularidad y respectiva distinción, no por alguna razón instrumental o funcional de la sociedad, sino “meramente porque se trata de nuestro prójimo (*fellow-creature*)” (II.ii.3.10). En otras palabras: la justicia se ha de aplicar “no por una preocupación del interés general de la sociedad” (*ibid.*), no por una función de utilidad⁶⁰, sino en razón de su valor moral propio: “de manera previa a la institución del gobierno civil, cada individuo está —entre iguales— naturalmente considerado como teniendo un derecho tanto a defenderse a sí mismo de los perjuicios como a ejercer un cierto grado de castigo por aquellos perjuicios que le han sido cometidos” (II.ii.1.7).

Por lo tanto, a diferencia de lo que creía Rawls, el sentido y la norma de justicia es para Smith aquel mínimo moral obligatorio sin el cual la sociedad compuesta por hombres individuales no puede operar ni subsistir (II.ii.3.6) y por eso mismo, «justicia» y «benevolencia» no son lo mismo; no se identifican. Como vimos, Rawls creía que la benevolencia constituiría la única virtud del observador ideal y que así la justicia quedaría “asimilada a

⁵⁹ La virtud de la justicia juega un rol rehabilitador, ya que se presenta como la defensa tanto de la persona particular que fue dañada como de la sociedad en su totalidad. El resentimiento nos demuestra que no tenemos derecho a hacerle daño a nadie de manera inmerecida. El remordimiento, a su vez, es el que provoca que el hombre injusto se sienta impelido a volver a la humanidad (cf. II.ii.2.3).

⁶⁰ FORMAN-BARZILAI RAWLS (2006) p.104

la benevolencia del observador imparcial”⁶¹, quien entonces buscaría el mecanismo más eficiente para el sistema. Pero en Adam Smith esto no es así (II.ii.1.3). De hecho, la justicia es mucho más fundamental y estructural que la benevolencia⁶². Para Smith, la justicia no puede obligar a actos de beneficencia, ya que la beneficencia es siempre un acto libre y gratuito. Sería impropio obligar a alguien a ejecutar algo que es libre, esto es, sería inadecuado para un espectador imparcial y por ello, merecería desaprobación. Dar limosna, por ejemplo, todos los días de la semana podría ser muy elogiado y admirable, pero no es requerido por ningún principio de justicia. En definitiva, sería contradictorio con la libertad obligar a actuar de modo que se coarte la misma libertad del individuo. Mientras que la beneficencia corresponde a un acto optativo y no puede ser exigida mediante la fuerza, la justicia implica deberes estrictos (cf. II.ii.1.5). No se puede ser más o menos justo; la justicia es la obligación inviolable, absoluta y reguladora de la convivencia en vistas al bienestar de cada uno de los individuos. Esta autoridad propia de las reglas de justicia, diferente a todas las otras normas sociales que están más sujetas a la flexibilidad⁶³, se justifica a fin de cuentas en el proceso espectral, como demuestra Fricke⁶⁴. Por eso mismo, las reglas de justicia son las menos imprecisas y no admiten excepciones o modificaciones: la justicia determina con la mayor exactitud cada una de las acciones que demanda (III.6.10). Y esta demanda, según Forman-Barzilai, trasciende “toda variación de cultura y nación, práctica e institución”⁶⁵.

Porque la justicia “evita que dañemos a nuestro prójimo” (II.ii.1.9), sus formulaciones son generalmente negativas, en forma de prescripciones, ya que procuran evitar la injusticia⁶⁶. Por eso son “las grandes medidas de protección (*safe-guards*) de la asociación de la humanidad” y están allí “para proteger al débil, para contener al violento y para castigar al culpable” (II.ii.3.4), ya que un estado en el que la justicia garantiza el bienestar y la integridad de cada hombre es, según advierte Fricke, “una condición para la vida feliz”⁶⁷.

⁶¹ RAWLS (2012) p.92.

⁶² Las reglas corregidoras de la justicia son como las “reglas de la gramática”: precisas, indispensables y fundamentales (III.6.11). Mientras que la beneficencia es “un ornato que embellece”, la justicia es “el pilar que sostiene todo el edificio” (ii.II.3.4).

⁶³ Cf. FORMAN-BARZILAI (2006) pp.101 y ss.

⁶⁴ En esto, Fricke contradice la postura relativista de Samuel Fleischaker y se acerca más a la interpretación absolutista de James Otteson (capítulos 6 y 7), pero sin admitir la necesidad de una imposición divina directa o una fuente trascendental [FRICKE (2011) p.84].

⁶⁵ FORMAN-BARZILAI (2006) p.101.

⁶⁶ FRICKE (2011) p.101.

⁶⁷ Ídem. p.81

Estas reglas tienen un orden jerárquico en virtud de su importancia: las primeras, cuya violación “parece reclamar de manera más estridente la venganza y el castigo, son las leyes que guardan la vida y la persona de nuestro prójimo” (II.ii.2.2). Luego vienen aquellas que guardan su propiedad y posesiones. En tercer lugar están aquellas que guardan sus derechos personales “o lo que se le debe [a una persona] a partir de las promesas de otros” (*ibid.*). Todos estos mandatos indispensables salvaguardan la vida y unidad de la persona, lo que también incluye su integridad física-corporal, su honra y dignidad. Es decir, protegen aquello mismo por lo que la persona no puede estar sujeta a ningún uso instrumental. En Smith, entonces, jamás sería admisible algún atropello a una minoría, tal como sí parecía creer Rawls, porque cada hombre es importante de suyo. Así, lo que prescribe la justicia es “la actitud que el agente debe adoptar con respecto a las personas, independientemente de quién sean”⁶⁸. En definitiva, esta “actitud” a la que obliga la justicia se traduce en el respeto por la persona en tanto que ser moral y libre. Tal respeto se funda en que considero a los demás como “iguales” a mí, es decir, “como igualmente vulnerables e igualmente responsables”⁶⁹.

D) DIRECTO RECHAZO AL UTILITARISMO

Como vimos, la piedra angular de todo el edificio moral es para Smith el proceso simpatético. Por el espectador se origina el sentimiento primario de la aprobación — y recalamos en este punto el adjetivo “primario”, porque todo lo demás no será más que un *after-thought*, un pensamiento “que viene después”, de manera secundaria y derivada. Para Adam Smith (I.i.4.4), la utilidad “es completamente un pensamiento posterior” y no lo que primeramente fue objeto de la aprobación. La utilidad, si bien aporta a la consideración un cierto “valor”, no constituye lo que primerísimamente fue recomendado a nuestra mente al poner la atención sobre un asunto: el criterio de utilidad no es la primera ni la principal fuente de aprobación (IV.2.3). “Originalmente”, nos dice Adam Smith, “aprobamos el juicio de otro hombre no por cuanto es útil, sino porque es correcto” (*ibid.*). Este punto, en el que al parecer no se ha reparado lo suficiente, es crucial para des-enmarcar a Smith del rótulo utilitarista: la aprobación de la virtud que da un espectador imparcial no se identifica con la aprobación de la conveniencia (IV.2.4)⁷⁰.

⁶⁸ FRICKE (2011) p.104.

⁶⁹ Ídem. p.94.

⁷⁰ Si sólo diésemos nuestra aprobación a lo que comporta utilidad, las ciencias especulativas “*inútiles*” no existirían. Tales son las disciplinas que implican un uso de razón o entendimiento superior, como la filosofía y las matemáticas. Hay ciertas cualidades que

En muchos pasajes de TMS Smith enfatiza que el criterio no es cuantitativo, porque como apunta Fricke⁷¹, lo que determina los principios naturales de lo correcto e incorrecto (V.2.2) no depende de la “violencia y el estrépito” (III.2.33) de una mayoría: un individuo jamás ha de preferirse a sí mismo más que a cualquier otro individuo, [ni ha de preferirse tanto a sí mismo] como para dañar o perjudicar a aquel otro en vistas a beneficiarse a sí mismo, aún cuando ese beneficio sea mucho más grande que el daño o perjuicio [cometido] hacia el otro (III.3.6).

Por otro lado, que no exista en Adam Smith una atención exclusiva a lo que comporte utilidades cuantificables también se advierte en su explicación de la “mano invisible”. Su teoría aborda el problema de la distribución, pero no es necesario un uso exclusivo y autosuficiente del principio de eficiencia⁷². Smith cree que la riqueza se distribuye de tal modo que al final, todos igual tienen suficiente. El más aventajado “está obligado a distribuir” (IV.1.10) aquello que no consume entre los demás; todo aumento de prosperidad “se divide con el pobre” como si este mecanismo fuese “guiado por una mano invisible”. Las necesidades de la vida se distribuyen así equitativamente entre los ciudadanos, aún cuando nadie lo esté planeando intencionadamente. Por tanto, la “mano invisible” no es la obra de un observador ideal que decide aumentar la prosperidad para una masa anónima a costa de los sacrificios de las minorías, ni es quien determina las leyes de justicia. Creer eso sería confundir conceptos diversos. Adam Smith simplemente explica que los ricos se ven guiados a distribuir los medios para la felicidad aún sin saberlo y que este sistema se auto-regula. Los ricos no son dignos de ese mérito, sino que se da como un efecto secundario no buscado al intentar promover sus propios intereses (WN IV.ii.9). El rico simplemente se ocupa de lo suyo, y al hacer eso, simultáneamente provee a los demás. En la medida en que él obra para mejorar su condición, también produce la mejora del resto. Hay

son aprobadas por su carácter de nobleza, por su valor propio, en tanto que “justas, rectas y precisas, no meramente por su utilidad o carácter ventajoso” (IV.2.6).

⁷¹ Ídem. p.85.

⁷² Nuestro cometido al aludir a la “mano invisible” no es referirnos a un modelo económico sino sólo señalar que en estos escritos de filosofía moral no prima un mero criterio de maximización, porque la felicidad no se mide cuantitativamente; a su vez, queremos mostrar que Smith sí toma en cuenta el problema de la repartición de la riqueza e intenta explicar cómo opera una distribución justa. Nuestra presentación va siempre dirigida a la luz de la referencia de Rawls en *Teoría de la Justicia* (2012), p.62. Estamos conscientes de que habría mucho más que decir respecto a la figura de la mano invisible, pero su acabada tematización escapa a las pretensiones acotadas de este trabajo y deberá quedar para otra ocasión.

una suerte de cooperación social, de compartimiento de ventajas, lo que no suena tan distante al segundo principio de justicia enunciado por Rawls. Así, los menos aventajados “también disfrutan” de la producción, ya que no se da la situación en la que sólo los ricos se favorezcan, sino que siempre se distribuye la prosperidad a todos y cada uno. Al menos aventajado no se le exige ningún sacrificio o renuncia. A ése también le llegan beneficios. Y para efectos de una teoría de los sentimientos morales, esto es más importante aún: “en lo que refiere a la verdadera felicidad de la vida humana, [los menos aventajados] no están bajo ningún respecto en un estado inferior en relación a aquellos que parecen estar tanto más arriba” (TMS IV.10). Como dice en IV.1.7, la única real diferencia entre el rico y el pobre es que las comodidades (*conveniencies*) del primero son más observables —podríamos decir: son más vistosas— que las del segundo. Pero ambos pueden ser igualmente felices, porque la felicidad no depende de la utilidad. Para el verdadero fin humano (que consiste en la felicidad), todas las partes de la sociedad —todos los diversos segmentos socioeconómicos— se hallan en condiciones similares para su adquisición. Y en esta dirección ha de obrar el gobierno, según Smith: la constitución sólo tiene valor en la medida en que promueva la felicidad de aquellos que vivan bajo ella (IV.I.11). Pero esto no significa favorecer sólo a la mayoría, sino a cada ciudadano. La constitución debe adaptarse a la gente y no al revés.

En eso, ricos y pobres están al mismo “nivel” y por tanto, si bien hay jerarquías sociales, no hay injusticia. Tampoco hay libertades desiguales. Para eso, la justicia —que nace a partir de las relaciones afectivas entre personas reales y concretas— demarca las reglas mínimas obligatorias que regulan la estructura de la convivencia.

En definitiva, si bien puede dotar belleza o agregar valor, la utilidad no es ni una condición suficiente ni una condición necesaria para que el espectador imparcial confiera su aprobación. Ni la rectitud moral ni la justicia se definen por la utilidad, sino por lo que *en sí mismo* es correcto, noble, propio y apropiado (IV.2.11).

CONCLUSIÓN

La justicia como equidad — tal es la “alternativa” que John Rawls pretende postular en su libro de modo que se pueda “superar” al utilitarismo reinante en las concepciones políticas y económicas de los dos últimos siglos. Rawls, al enunciar dos principios de justicia que serían convenidos en una situación inicial equitativa, procura cimentar las bases para una sociedad “bien ordenada” donde cada miembro sea respetado por ser lo que es: un ser moral racional responsable. Precisamente a esto sería lo que una corriente

utilitarista no podría llegar, dado que a juicio de Rawls, al aplicar el criterio de utilidad se empaña el principio de la cooperación social. Rawls puede tener razón respecto al utilitarismo, pero sin duda no la tiene respecto de la teoría de Adam Smith y se equivoca al calificarlo de utilitarista. Hemos visto que:

- (i) Adam Smith presenta un pensamiento moral acorde al cual cada persona es respetable de suyo, porque la libertad y consiguiente responsabilidad moral la distinguen y convierten en acreedora de justicia. En ese sentido la justicia representa una regla obligatoria indispensable contra la cual no se podría atentar, bajo ningún respecto y ninguna circunstancia, porque de lo contrario, se cometería un grave daño contra la persona y de paso se socavaría el fundamento mismo de la sociedad. La justicia debe velar por el bienestar de *cada* sujeto y la convivencia humana y en este sentido, no está sometida a ningún cálculo de tipo utilitarista. Por lo tanto, sí hay un mínimo moral obligatorio para Adam Smith.
- (ii) Porque para Smith la virtud de la justicia se funda en un proceso simpático, siempre hay al menos dos individuos considerados *en tanto que* individuos, esto es, en tanto que personas diferentes que deben esforzarse por simpatizar y entrar en esta especie de resonancia mutua. La base es el proceso intersubjetivo, fundamento asimismo de la sociedad (del “nosotros” colectivo) y de nuestra inclinación afectiva por encontrar aprobación y evitar el rechazo o la reprobación. Para Smith, esta relación recíproca entre hombres no significa una “fusión” o “anulación” de los diversos personajes implicados en el proceso. Hay involucramiento, pero no mezcla; hay interés recíproco, pero no plena identificación. Sobre esa diferencia se construye la posibilidad de aprobar o desaprobar, de juzgar como meritorio o demeritorio, de recompensar o castigar a quien consideramos como un “otro”. Pero no es un “otro” inferior, sino un “semejante”, un “prójimo” o *fellow*, acorde a la conclusión anterior: la simpatía lo revela como un otro “igual” a mí. Y por eso mismo, se ha de respetar a cada sujeto individual (sin importar su rango, condición de minoría o capacidad, etc.) de modo que ningún daño le pueda ser infringido sin merecerlo. Entonces, porque en Smith hay una clara distinción de personas, hay también respeto por ellas y por tanto, un mero régimen de eficiencia que procurara maximizar la totalidad de satisfacciones es una idea totalmente ajena al pensamiento de Smith.
- (iii) El espectador imparcial de Smith no es el observador ideal externo al que alude Rawls, ni mucho menos se presenta como un juez de la conducta de toda la humanidad o un legislador absoluto, ni se trata de un “empresario” o un “consumidor” de satisfacciones. El planteamiento de *Teoría de la Justicia* parece exigirle demasiado al espectador de Smith,

una figura más bien sencilla que no representa sino la voz de nuestra propia conciencia. Dicha voz que nace desde el interior de la persona no aprueba acorde a un criterio de utilidad: más bien, el espectador da su aprobación por un hábito operativo que identifica lo que en cada situación particular es correcto.

Estas tres conclusiones, gatilladas a partir de las tres críticas enunciadas por Rawls en *Teoría de la Justicia*, nos permiten ultimar que catalogar a Smith como utilitarista resulta del todo inexacto y en definitiva, injusto. Significa atender poco a lo que el mismo Smith postula en TMS. Según se explica en este libro, la felicidad o satisfacción no es resultado de una maximización. A su vez, la utilidad es un “pensamiento posterior”, derivado y secundario que, si bien confiere cierto valor, no representa el primer origen o la primera causa de la aprobación.

En definitiva, el sentido de justicia arranca en Smith a partir de una afeción (a partir del resentimiento tras un proceso intersubjetivo). Pero no se trata de cualquier virtud, sino de la más necesaria, estricta e indispensable de todas. Por ello mismo, no admite una graduación, ni una ponderación en una balanza o un cálculo racional de ventajas y desventajas. Al no defender el principio de utilidad y al estar de todos modos el principio de eficiencia bajo el marco regulatorio de la justicia y el mínimo moral obligatorio, no hay lugar para la instrumentalización de las personas o el beneficio de sólo una mayoría. El mismo Rawls señala que para una teoría correcta de la política en un régimen constitucional justo se presupone una teoría de la justicia⁷³. Smith hace eso, pero según su vocabulario: los sentimientos morales influyen en la administración de los asuntos públicos, pero porque primero intervienen en las relaciones interpersonales, que son el fundamento de toda otra convivencia y cooperación social. En Smith, porque la simpatía conlleva reciprocidad, hay claramente un beneficio mutuo entre personas iguales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANDERSON, Elizabeth (1991): “John Stuart Mill and experiments in living”, *Ethics* 102.

ARISTÓTELES (1985): *Ética Nicomaquea y Ética Eudemia* (trad. y notas de Julio Pallí Bonnet, Madrid, Editorial Gredos).

⁷³ RAWLS (2012) p.445

- BROWN, Vivienne (1994): *Adam Smith's Discourse: Canonicity, Commerce, and Conscience* (London and New York, Routledge).
- CARRASCO, María Alejandra (2004): "Adam Smith' Reconstruction of Practical Reason", *Review of Metaphysics*, 58, pp. 81-116.
- CARRASCO, María Alejandra (2014): 'Reinterpretación del espectador imparcial: impersonalidad utilitarista o respeto a la dignidad', *Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Vol. 46, No. 137, pp. 61-84.
- FRICKE, Christel (2011): "Adam Smith and 'the most sacred rules of justice'", *The Adam Smith Review, Volumen 6*, Fonna Forman-Barzilai (ed.), (New York, Routledge) pp.81-109.
- FLEISCHACKER, Samuel (2012): "Sympathy in Hume and Smith: A Contrast, Critique and Reconstruction", *Intersubjectivity and Objectivity in Adam Smith and Edmund Husserl*, C. Fricke & D. Follesdal (eds.), (Frankfurt, Ontos Verlag) pp.273-311.
- FORMAN-BARZILAI, Fonna (2006): "Smith on 'connexion', culture and judgment", *New Voices on Adam Smith*, Leonidas Montes & Eric Schliesser (ed.), (New York, Routledge) pp.89-114.
- HANLEY, Ryan Patrick (2006): "Adam Smith, Aristotle and virtue ethics", *New Voices on Adam Smith*, Leonidas Montes & Eric Schliesser (eds.), (New York, Routledge) pp.17-39.
- HAAKONSEN, Kanud (1981). *The Science of a Legislator* (Cambridge, Cambridge University Press).
- HURTADO, Jimena (2006): "Rawls y Smith: De la utilidad de la 'simpatía' para una concepción liberal de la justicia", *Centro Estudios Públicos* 104, pp.89-111.
- MCCLOSKEY, Deirdre (2009): "Adam Smith: The Las Virtue Ethicist", *The Elgar Companion to Adam Smith*, J. T. Young (ed.), (Cheltenham, Edward Elgar) pp.3-24.
- MILL, John Stuart (2007): *Utilitarismo* (trad. y notas de Esperanza Guisón), (Madrid, Alianza Editorial).
- MONTES, Leonidas (2004): *Adam Smith in Context: A Critical Reassessment of Some Central Components of his Thought* (London, Palgrave Macmillan).

NINO, Carlos Santiago (1987): *Introducción al Análisis del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

OTTESON, James R. (2002): *Adam Smith's Marketplace of Life* (Cambridge, Cambridge University Press).

RAWLS, John (2012): *Teoría de la Justicia* (México, Fondo de Cultura Económica).

SAYRE-McCORD, Geoffrey (2010): 'Sentiments and spectators: Adam Smith's theory of moral judgment', *The Philosophy of Adam Smith: Essays commemorating the 250th Anniversary of the Theory of Moral Sentiments (The Adam Smith Review Volumen 5)*, V. Brown & S. Fleischacker (eds.), (London, Routledge) pp.124-144.

SEN, Amartya K. (1970): *Collective Choice and Social Welfare* (San Francisco, Holden-Day).

SEN, Amartya Y WILLIAMS, Bernard (1982): *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge, Cambridge University Press).

SMITH, Adam (1982): *The Theory of Moral Sentiments*, D.D. Raphael & M. Macfie (eds.), (Indianapolis, Liberty Fund).

____ (1981): *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, R.H.Champbell & A.S.Skinner (Indianapolis, Liberty Fund).

VON VILLIEZ, Carola (2006): "Double standard - naturally! Smith and Rawls: a comparison of methods", *New Voices on Adam Smith*, Leonidas Montes & Eric Schliesser (eds.), (New York, Routledge) pp. 115-139.

DEBATES EN TORNO AL PERFIL RECOMENDABLE PARA LOS MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EL CASO ESPAÑOL Y DATOS COMPARADOS

About the advisable profile for the justices of a Constitutional Court. The Spanish case and comparative studies.

JORGE O. BERCHOLC*
Universidad de Buenos Aires.
Buenos Aires, Argentina.

RESUMEN: Mucho se ha escrito, y se debate aún, sobre cuál es el perfil, la formación, la capacidad, en fin, las características técnicas y personales más adecuadas para un magistrado de un Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema con facultades de control de constitucionalidad. Se trata de un juez que deberá afrontar desafíos, conflictos, presiones y situaciones que están más allá de las ya, por sí, complejas circunstancias que rodean la función jurisdiccional y que deben enfrentar normalmente los jueces en ejercicio de su función de impartir justicia, resolviendo conflictos con neutralidad e imparcialidad. El juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del Ejecutivo y del Legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes infraconstitucionales.

* Doctor en Derecho Político y Abogado, Universidad de Buenos Aires, correo electrónico: <estudiobercholc@fibertel.com.ar>

Artículo recibido el 13 de agosto de 2015 y aceptado para publicación el 30 de octubre de 2015.

PALABRAS CLAVE: Tribunal constitucional, Jueces constitucionales, Datos comparados.

ABSTRACT: Too much has been written, and is debated yet, on which it is the profile, the training, the capacity and the technical and personal characteristics more adapted for a justice of a Constitutional Court or of a Supreme Court with power for judicial review. It is a topic for a Justice that will have to confront challenges, conflicts, pressures and situations that are beyond of the complex circumstances that surround the jurisdictional function and that the judges must solve normally with neutrality and impartiality. The constitutional justice must have the capacity and knowledge to be inserted effectively in the state scheme of executive and legislative branch of government decisions process, in addition, the need to see with forecast the social consequences of the decisions articulating them with the constitutional system and law.

KEY WORDS: *Constitutional court, Constitutional justices, Comparative studies.*

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito, y se debate aún, sobre cuál es el perfil, la formación, la capacidad, en fin, las características técnicas y personales más adecuadas para un magistrado de un Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema con facultades de control de constitucionalidad.

Se trata de un juez que deberá afrontar desafíos, conflictos, presiones y situaciones que están más allá de las ya, por sí, complejas circunstancias que rodean la función jurisdiccional y que deben enfrentar normalmente los jueces en ejercicio de su función de impartir justicia, resolviendo conflictos con neutralidad e imparcialidad.

Además de los requisitos que comúnmente se exigen a los jueces ordinarios, el juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del ejecutivo y del legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes infraconstitucionales.

El enunciado, por sí mismo, ya refleja la tarea de alta complejidad que el juez constitucional debe afrontar, pues tendrá ante sí una variedad de temas

complejos y diferenciados para los cuales se requieren capacidades específicas, y que resultan difíciles de encontrar en una sola persona.

Según Böckenforde: “El juez constitucional no puede ser valorado con el mismo parámetro que se emplea para medir al juez ordinario civil o penal. En primer lugar porque se ocupa de un derecho como es el Derecho Constitucional que reparte posiciones de poder y de decisión, regula y estabiliza el proceso político y por tanto el objeto sometido al examen de esta jurisdicción viene afectado, particularmente, por las tensiones propias de la dinámica del poder político. En segundo lugar porque las partes procesales suelen ser órganos constitucionales o supremos titulares del poder político. Y por último, porque sus decisiones están cubiertas por el techo del ordenamiento jurídico legal existente, es decir tiene menos apoyo en el sistema jurídico de lo que tiene la jurisdicción ordinaria, lo que termina por requerir un mayor apoyo institucional que en gran medida supone contar con un grado muy alto de consenso y legitimidad social”¹.

Un juez constitucional en general y, en particular, un magistrado del TC² deberá enfrentar y resolver tensiones e implicancias relacionadas con:

- a.- Interceder en las relaciones de poder y de conflicto entre la justicia constitucional, el poder legislativo y el poder ejecutivo.
- b.- Expandir o no, y en su caso hasta dónde, el llamado “activismo judicial” y el acotamiento del campo de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”.
- c.- Desarrollar las tareas de hermenéutica e interpretación articulada entre la Constitución y las normas infraconstitucionales.
- d.- La relación con la jurisdicción judicial ordinaria en la que se plantean problemas derivados de la especial posición institucional del TC, particularmente a través de las cuestiones de inconstitucionalidad.
- e.- El desarrollo e interpretación de los derechos fundamentales, que se ha transformado en la actividad jurisdiccional que ocupa la mayor parte de la actividad del TC, a través de la vía del recurso de amparo.

¹ BÖCKENFORDE (1999) p. 157.

² En adelante, Tribunal Constitucional.

f.- El rol fundamental que la justicia constitucional desempeña en la construcción y consolidación de la organización y distribución territorial del poder.

La compleja tarea de selección de personal tan calificado e idóneo, en una serie de tareas y acciones jurisdiccionales que no resultan del todo congruentes, y que mezclan y superponen especificidades que sería recomendable desagregar, supone, previamente, una aguda definición del rol que se depara al TC en la ingeniería y diseño institucional del Estado.

“Todo sistema de selección y nominación de los candidatos para renovar las plazas vacantes de magistrados de un Tribunal Constitucional debe identificar adecuadamente el perfil del magistrado constitucional...”³

Ello, a fin de evitar procesos de selección de jueces “*catch all court*”⁴, -una suerte de Tribunal de Justicia “atrapatodo”- a la que arriban jueces por motivos y justificaciones muy diversas, en algunos casos contradictorios y excluyentes, que son designados como si dicha diversidad de clivajes incidiera de algún modo positivo en la producción del Tribunal.

Los motivos y justificaciones que reprocho por contradictorios y excluyentes, lo son por su escasa articulación -carente de congruencia y coherencia- con la producción y el modelo que se pretende para el Tribunal.

Dicho de otro modo, circulan ideas que proponen cierto tipo o modelo de Tribunal Constitucional, con una esperada y determinada producción del mismo -tanto cuantitativa como cualitativamente-; pero se esgrimen para ello argumentos de selección de los jueces incompatibles con esas mismas ideas.

Por supuesto que está fuera de discusión el umbral mínimo de selección, que debe responder a criterios de idoneidad, capacidad técnica, honestidad y antecedentes profesionales y académicos suficientes. Generalidades que

³ LANDA (2002) p. 245.

⁴ Parafraseando a Otto Kirchheimer y su “*catch all party*”, partido de todo el mundo o “atrapatodo”, idea que pergeñó en su trabajo “El camino hacia el partido de todo el mundo”, Lenk y Neumann (1989). La denominación acuñada por Kirchheimer refiere a un tipo de partidos políticos, el partido atrapatodo (*catch all party*) que no se dirige a una clase social determinada, sino que pretenden llegar a la mayor cantidad de personas posibles, conformando así un auditorio heterogéneo y masivo, pretendiendo satisfacer la mayor cantidad posible de demandas.

no admiten mayor debate pero que, desagregadas para moldear un tribunal eficaz y funcional, presentan no pocas cuestiones.

El debate plantea varias dicotomías posibles:

- i) ¿Son recomendables magistrados de carrera judicial o académicos?
- ii) ¿Expertos en derecho público o privado?, y luego, ¿en qué materias específicas del Derecho?
- iii) ¿Con ideología progresista o conservadora?, ¿identificados con los partidos políticos que los proponen o no?
- iv) ¿Con alguna identificación por estratificación social? ¿Que reflejen la composición económico-social de la población?
- v) ¿Qué reflejen la composición de la sociedad considerando la cuestión de género?
- vi) ¿La procedencia regional por nacimiento o por capacitación merece alguna consideración?
- vii) ¿Qué cantidad de magistrados para responder a cuáles de estos clivajes?
- viii) ¿Algunos de estos clivajes de selección inciden en la producción del Tribunal?
- ix) ¿Hay corroboraciones empíricas de que algún criterio de selección produzca resultados diversos en algún sentido?
- x) ¿Es posible encontrar personal calificado en tan disímiles facetas?

A toda esta variedad de matices, conflictos y tareas le debe dar respuesta el magistrado del TC en España. Por ello “[...] un magistrado del TC requiere combinar experiencia judicial, competencia científica y sensibilidad política”.⁵

En el caso específico del TC en España, varias de estas cuestiones han sido ya resueltas por el constituyente y/o por el legislador. Por caso, los constituyentes de 1978 se decantaron, claramente, por un tribunal constitucional

⁵ LANDA (2002) p. 256.

especializado, en vez de optar porque fuera el mismo Tribunal Supremo quien ejerciera esas funciones. Sin perjuicio de lo que ya ha sido prescripto por la CE⁶, aún así, se sigue debatiendo sobre aquellas dicotomías, o se proponen ajustes o cambios para completar aspectos no previstos en origen, o para que, luego de más de 30 años de actividad del TC, se cambie aquello que no ha funcionado como se esperaba o que ha funcionado mal.

La CE y la LOCT⁷ desde temprano han resuelto muchos tópicos, tomando ejemplos de otros tribunales constitucionales europeos en la organización del sistema de control concentrado. Pero el contexto histórico, y particularidades propias del sistema político y judicial español, le agregan al TC un perfil particular cuyas aristas más vitales, salientes y problemáticas son:

a.- *La desconfianza existente en España ya durante la transición democrática abierta con el fin de la larga dictadura franquista, respecto a los jueces ordinarios. Aún pueden encontrarse resabios y recelo entre la jurisdicción judicial ordinaria y el TC que encarna a la jurisdicción constitucional por fuera de la justicia ordinaria.*

La doctrina dijo entonces: “[...] Los constituyentes de 1978 tampoco confiaron mucho en la conciencia constitucional de los jueces entonces en activo...”⁸; “...la regulación del recurso de inconstitucionalidad y su atribución a un Tribunal de vigilancia o control de la legislación ordinaria fue considerado por el portavoz del partido mayoritario en la izquierda como una medida de profundización de la democracia...”⁹; “... la falta de tradición de los Tribunales ordinarios hispanos en la aplicación de la Constitución, conectada a la tolerancia de amplios sectores de la Magistratura con el régimen precedente, generó una desconfianza política no expresa hacia Jueces y Tribunales...”¹⁰

b.- *El rol fundamental del TC en el proceso inacabado de organización territorial del poder español. Un proceso dinámico, complejo y con alta tensión política que implica completar el diseño e ingeniería del sistema político e institucional del Estado español. Y ello, en manos del TC, a través del control de constitucionalidad, vía los tres recursos e instrumentos jurídicos que necesariamente canalizan e involucran intereses*

⁶ En adelante, Constitución Política española.

⁷ En adelante, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁸ TOMÁS Y VALIENTE (1993) p. 74.

⁹ PECES BARBA (1980) p. 3452

¹⁰ PÉREZ TREMPES (1980) p. 237.

contrapuestos entre el Estado central y las CCAA, y que implican la judicialización de cuestiones netamente políticas como son la organización territorial del Estado y el desarrollo autonómico.

Por ello se ha dicho que el magistrado constitucional: “[...] es un tipo de juez que posee experiencia política y que le preocupa la reflexión política. En este sentido se requiere más que un excelente jurista, se necesita un hombre que esté especializado en el campo del Derecho Constitucional, inclusive con las cualidades de un hombre de Estado”¹¹.

Esta investigación provee insumos que permiten verificar la producción de los magistrados y las características personales y técnicas de los mismos, sus interrelaciones, tensiones e implicancias. Con las evidencias recogidas, también se pueden establecer cuáles han sido las respuestas del sistema político e institucional español a las cuestiones dicotómicas expuestas supra y las opciones escogidas para el diseño y rol a desempeñar por el TC.

Así se podrán realizar juicios axiológicos retrospectivos más consistentes sobre la producción del tribunal, y prospectivos más certeros a fin de cambiar y conservar lo que corresponda.

II. DOS ASPECTOS CONTROVERSIALES SOBRE EL MODELO DE JUEZ CONSTITUCIONAL PROPUESTOS POR LA CE Y LA LOTC

Hay dos aspectos más, introducidos por el diseño constitucional y legal español, en el perfil de magistrado constitucional por el que se ha optado, y que han presentado controversias y polémicas.

Se trata de normas que responden a cuestiones propias del contexto político de España, en algún grado, y además, a cuestiones de cultura política y a opciones, si se quiere opinables, de ingeniería normativa. Una de las cuestiones nos enfrenta a la simplificación binaria sobre la politicidad o apoliticidad del TC, luego, la posición a adoptar respecto a la militancia, pertenencia, o actividad política de los jueces. La otra cuestión, parecida y relacionada, pero diferente, nos remite a la opción por los magistrados de carrera judicial o magistrados reclutados desde la academia. Me refiero a las siguientes normas:

¹¹ Werner BILLING, *Das problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»*, op. cit., pp. 110 y ss.; asimismo, Domingo GARCÍA BELAUNDE, *Una democracia en transición*, Okura, Lima, 1986, p. 46. Citados por LANDA (2002) p. 261.

- i) El artículo 127.1 de la CE., con la cláusula de prohibición de militancia política de los jueces, reforzada en consideración a los partidos políticos, y especialmente destinadas a los magistrados del TC, por el art. 159 .4 CE y por el art. 19 LOTC, aunque con el matiz, no pacífico, de que los magistrados del TC podrían militar en un partido político o sindicato pero no ejercer cargos directivos.
- ii) El otro aspecto es el regulado por el artículo 18 LOTC, y por otras normas coincidentes, y que se refieren a los “juristas de reconocida competencia”.

Resulta interesante verificar que las posiciones que estiman positivamente a la prohibición, en general, ven también positivamente que los magistrados en el TC sean de carrera judicial, en desmedro de los académicos a los que se designa y sustenta con base en el precepto de los “juristas de reconocida competencia”.

Según cierta doctrina esta opción reuniría una serie de ventajas: “[...] En primer lugar, la profesionalidad. Los magistrados formarían ya parte de una carrera y sobre todo conocerían la técnica de emitir resoluciones sobre casos litigiosos. Su experiencia sería un arma muy relevante para controlar la adecuación de normas y actuaciones a la Ley suprema. En segundo lugar, los magistrados constitucionales, al ser profesionales, no tendrían que ser elegidos por las Cortes con los inconvenientes y el estupor que ello suscita en la opinión pública. Nuestra Constitución, sin embargo, quizá por desconfiar de los jueces, optó por otro camino. Algunos de sus miembros provienen de la carrera judicial, pero otros, en cambio, son “juristas de reconocida competencia” (art. 18 de la Ley orgánica). Pero, ¿quién estima y valora la reconocida competencia? A esto se puede responder claramente diciendo que son las fuerzas políticas”¹². También se observa en el argumento la vertiente “antipolítica” sobre la que volveré luego. Pero, al menos, esta argumentación pretende destacar algunas ventajas técnico-procedimentales a favor de los magistrados de carrera.

A contrario sensu, quienes critican a la prohibición desconfían de la valoración positiva de los jueces “profesionales” y de carrera judicial. En el capítulo pertinente veremos que este correlato también se verifica en las designaciones y en las performances de los magistrados en el TC.

¹² VALIÑO (2015).

En relación al 127.1, 159.4 CE y el 19 LOTC, la literatura más extendida considera que la prohibición obedece más a razones de apariencia que de sustancia. Ignacio de Otto piensa que la prohibición de militancia política, que la CE prescribe para los jueces y fiscales en activo, responde más a un problema de imagen y de legitimación pública de la judicatura, que a una necesidad lógica derivada de la exigencia de neutralidad, y ello, tendente a evitar la sospecha de parcialidad que se suscitara entre los justiciables o en la sociedad en general, por el hecho de que tal o cual juez es militante de un partido determinado.¹³

“El fin de esta prescripción constitucional es garantizar la apariencia de imparcialidad del juzgador; obviamente ni la constitución ni nadie puede impedir que un juez tenga su correspondiente ideología política, pero sí se puede evitar la expresión pública que de esa ideología política supone la afiliación a un partido político o sindicato. Con ello se consigue que la confianza del justiciable en la imparcialidad del juzgador no pueda menoscabarse por el conocimiento de la adscripción de éste a un determinado credo...”¹⁴

Por supuesto existen posiciones que esgrimen razones para apoyar o rechazar la prohibición.

Una posición destaca a la prohibición porque sustenta en el juez la imparcialidad, la asepsia valorativa y una prudente distancia de las ideologías y de las funciones de los otros poderes del Estado. Un modelo de juez alejado de cualquier contaminación proveniente del mundo de la política, un juez técnico despojado de otras preocupaciones al aplicar la ley y la constitución. Se trata de un modelo de juez identificado con la ideología conservadora.

Los argumentos a favor del 127.1 esgrimen que, i) no solo es cuestión de imagen pues, cuando se pertenece a un partido, se tiene, al menos, una cierta relación de disciplina con una estructura organizativa ajena a la función jurisdiccional y se asume un deber de respeto genérico y promoción de los ideales e intereses del partido; ii) el partido no es sólo un lugar de convicciones sino un instrumento de lucha política que por definición tiene contrarios o adversarios; iii) no es del todo válido el contraargumento referido a la imposibilidad de evitar la adscripción ideológica de un juez, por cuanto no se le niega que tenga ideas o ideales políticos sino que milite en forma organizada en un partido.

¹³ DE OTTO (1989) p. 64.

¹⁴ GARCÍA MORILLO EN LÓPEZ GUERRA *et. al.* (1997) p. 225.

La posición contraria al 127.1 CE pretende un juez comprometido con los valores y los principios de la democracia y del Estado social. Un juez activo ante la realidad y que sirva como agente de transformación social en línea con los arts. 9.2 o 53.3 CE.¹⁵

Se critica el art. 127.1 especialmente en dos aspectos, i) impide a los jueces el ejercicio de un derecho fundamental; ii) responde a una imagen conservadora de la judicatura que considera negativamente a la actividad política en sí misma.¹⁶

La idea de un juez técnico ajeno a toda consideración política, ideológica o social implica, en sus argumentos justificativos, un discurso antipolítica.

Se ha puesto en contexto temporal e histórico, a efectos de su crítica, la aprobación del art. 127.1 de la CE: “existía una amplia creencia en la necesidad de que los integrantes del Poder Judicial se dedicasen en forma excluyente y exclusiva al Derecho reputado como un espacio técnico, separado de la política, concebida (con ideas muy extendidas en los sistemas autoritarios) como arena a la que no se puede descender sin ensuciarse las manos, y ha de reservarse a profesionales dispuestos a asumir ese riesgo”¹⁷

Las dos posiciones existen como tendencias que representan dos modelos diferentes de juez.

“Que los individuos que ostentan la calidad de juez no están obligados a ser apolíticos ni cosa semejante es algo perfectamente obvio: ni la constitución impone tal exigencia ni la circunstancia de que un juez tenga convicciones tiene por qué afectar a su independencia e imparcialidad”¹⁸.

En la cita se advierte la existencia de dos criterios con los que la mayoría de la doctrina está de acuerdo. El primero observa la imposibilidad de una neutralidad absoluta, no puede pensarse en un juez –al fin y al cabo una persona– que escape a los condicionamientos ideológicos, políticos, religiosos y económicos propios de la condición humana. El segundo proclama la compatibilidad, entre las convicciones políticas y la imparcialidad, aunque

¹⁵ BREY BLANCO (2004), p. 38-39.

¹⁶ HUERTA CONTRERAS, (1995) p. 82; IBÁÑEZ (1988) p. 97 y ALVAREZ CONDE (1997) p. 256 y 257.

¹⁷ JUECES Y POLÍTICA, XI CONGRESO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA, SANTANDER, CAJA CANTABRIA, NOVIEMBRE 1996, p. 26 Y 77.

¹⁸ OTTO (1989), p. 63. En el mismo sentido LÓPEZ AGUILAR (1996) p. 29 y 30.

sin que ello implique, al menos para la doctrina mayoritaria, que el juez tenga necesariamente actividad política.¹⁹

La mayoría de estos argumentos se esgrimieron en el debate constituyente, imponiéndose aquellos que defendían la prohibición y que sostuvieron, más enfáticamente, el argumento de la salvaguarda de la imagen pública de la justicia.

Este debate condensa, a su vez, otros dos aspectos adicionales que son más amplios que la mera prescripción de la prohibición.

Uno de los aspectos es el del tipo de juez necesario para el TC, lo que interpela la variedad de cuestiones ya enumeradas. El otro, la conexión con la base de legitimidad política que requiere el juez constitucional puesto en la delicada tarea de controlar a los otros órganos del Estado elegidos directamente por la voluntad popular.

“la labor jurídica realizada por los tribunales constitucionales que tiene evidentes connotaciones políticas requiere de los magistrados que los integran una legitimidad doble: su preparación jurídica especializada y su nombramiento por órganos representativos del cuerpo político de la sociedad, los que les transmiten en forma indirecta la legitimidad democrática de su autoridad”²⁰

Resulta llamativa la persistencia de argumentos, de tono excesivamente dogmáticos, que valoran positivamente la prohibición, cuando se ha verificado reiteradamente el alineamiento, incluso hecho público por la prensa, de los jueces del TC en casos de trascendencia institucional y de acuerdo a sus adscripciones conocidas y relacionadas con los gobiernos que los designaron.

El choque entre la disposición constitucional y la “rebelde” realidad de los hechos produce, en la opinión pública y la ciudadanía en general, el efecto contrario, descreimiento, mala reputación de instituciones y funcionarios, y ello por querer evitar lo inevitable, o esconder y disimular en lugar de establecer visibilidad y sinceramiento. Luego, sigue violar la norma, y así, perfeccionar la mala praxis institucional exponiendo a los agentes judiciales a dos problemas, en vez del que en origen era uno; i) el original, demostrar neutralidad e imparcialidad a pesar de sus simpatías y/o militancia política;

¹⁹ BREY BLANCO (2004) p. 37-67.

²⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2004) p. 67.

ii) el derivado, explicar por qué se viola la norma que prohíbe la adscripción política.

En términos democratistas la cuestión puede ser perfectamente sustentable, no debe demonizarse la visibilidad y transparencia sobre la adscripción, militancia o simpatía política de los jueces y que ello, en todo caso, sirva como una vía más en la que se reflejen las líneas políticas de la sociedad articuladas a los resultados electorales, eso hace consistente la legitimidad política de la justicia constitucional frente a los otros órganos políticos del Estado, a quienes controla, y que gozan de ella por directa elección popular. Por cierto, un tema de larga data en el debate académico y nunca definitivamente zanjado.

Como si no fuera suficiente el público y notorio conocimiento de las pertenencias político-ideológicas de los magistrados del TC, sin que ello deba, necesariamente, y al menos en una buena cantidad de los casos que resuelven, afectar su imparcialidad y neutralidad, también las adscripciones y alineamientos políticos se generan en torno a las asociaciones que agrupan a los funcionarios judiciales.

Las hay claramente identificadas, de acuerdo al “sentido mentado a la Weber”, como de ideología de izquierda o progresistas, de derecha o conservadoras, y también “*centristas*”. Por ello, cercanas al respectivo partido político afín a cada ideología.

Por ejemplo, el caso de la APM²¹ de carácter conservador, y de la JpD²² de carácter progresista.

La asociación Francisco de Vitoria actúa como comodín, aunque sus miembros son de perfil moderado. Nótese que el sistema de elección de los vocales del CGPJ²³ admite la presentación de listas de candidatos por parte de las asociaciones judiciales claramente identificables en términos de ideología política.

Recientemente esta cuestión renovó su interés con el caso del actual Presidente del TC Francisco Pérez de los Cobos, quien ingresó al mismo en Diciembre de 2010. Si bien la Constitución española en el art. 159 .4 y en el art. 19 LOTC, solo prohíbe a los magistrados del TC ocupar cargos directivos

²¹ En adelante, Asociación Profesional de la Magistratura.

²² En adelante, Jueces para la Democracia.

²³ En adelante, Consejo General del Poder Judicial.

o ser empleados de los partidos políticos, se ha considerado extendida la aplicación del art. 127.1 a los miembros del TC en forma análoga a la existente para los integrantes del poder judicial.²⁴ Y en ese sentido fue el voto discrepante del magistrado Luis Ortega, aunque finalmente las recusaciones contra el actual presidente fueron rechazadas por mayoría (9 votos a 2) por el TC. Lo que aquí interesa exponer es el nuevo hecho controversial en torno a las normas de prohibición que se comentan. Y en este caso, también, las adscripciones de unos y otros magistrados quedaron claramente expuestas en los medios masivos de comunicación con el consabido impacto en la opinión pública y con el previsible deterioro en la legitimidad del TC. Podría interpretarse en el mismo sentido de la nota, que en su párrafo pertinente se reproduce abajo²⁵ y a pesar de su ligereza típicamente periodística, que la decisión del TC abre, efectivamente, la puerta a una perspectiva más flexible y realística de la cuestión, lo que podría evitar en el futuro la repetición de hechos tan polémicos y difusos como el de De los Cobos, y el de Pérez Tremps, que se comenta más abajo, ambos, no casualmente académicos, que se han visto involucrados en hechos controversiales.

En relación a lo dispuesto por el art. 18 LOTC, además de su propio enunciado sobre "... Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad... todos ellos juristas de reconocida competencia...", existen otras normas coincidentes con ese precepto. Por ejemplo la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, art. 301. 2: "una tercera parte de las plazas que se convoquen se reservará para juristas de reconocida competencia", y el 301.3: "ingresarán en la carrera judicial por la categoría de magistrado del T.S. o de Magistrado, juristas de reconocida competencia".

²⁴ PÉREZ ROYO Javier, en el periódico "EL PAÍS", Madrid, 20 de julio de 2013, p. 12, dijo que: "No se puede justificar de ninguna manera la conducta del presidente del Constitucional", aunque tal vez hubiese sido tolerado a la época de la transición.

²⁵ "LA INDEPENDENCIA DE COBOS DIVIDE AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. La mayoría del pleno del Tribunal Constitucional rechazó este martes admitir las recusaciones promovidas por la Generalitat y el Parlamento de Cataluña contra el presidente del alto tribunal, Francisco Pérez de los Cobos, que compaginó su militancia en el PP con su puesto como magistrado. Con el visto bueno a la compatibilidad, a partir de ahora, todos los magistrados del Constitucional que no provengan de carrera judicial (la Constitución sí prohíbe a jueces y magistrados de otros tribunales la afiliación política) podrían militar en un partido, siempre que no ocuparan un puesto directivo, sabiendo ya que cuentan con el aval de la mayoría del pleno..." El País del 17 de Septiembre de 2013, disponible en: <http://politica.elpais.com/politica/2013/09/17/actualidad/1379407001_939768.htm>.

También la Ley Orgánica 1/1980 del Consejo General del Poder judicial, art. 7, vuelve a citar la reconocida competencia. Lo propio enuncia la ley orgánica del Tribunal de Cuentas, LO 2/ 1982 art. 30. Por último, para ser juez del TJUE²⁶ se necesita igualmente esa competencia valorada por las negociaciones entre los partidos más importantes del sistema político y el gobierno, que es quien envía la propuesta a Luxemburgo. De hecho los jueces españoles en el TJUE han sido mayoritariamente catedráticos.

Las opiniones críticas respecto al significado de la frase “juristas de reconocida competencia”, pauta impuesta por el art. 18 de la LOTC para la designación de los jueces del TC, prefieren una pauta técnica para la selección de los magistrados del TC y requieren que los jueces tengan formación y experiencia como tales en la carrera judicial. Es la opción de los magistrados de carrera judicial por sobre los académicos que ya hemos visto, es articulada por sus defensores con la desconfianza hacia la política en general y a los partidos en particular, por ende, de acuerdo con la prohibición del 127.1 y del 159.4 CE.

En ese sentido se ha criticado la cuestión en la figura de los presidentes del TC: “[...] Todos los presidentes desde 1978 son o han sido solo profesores de Universidad, salvo Sala Sánchez y, por consiguiente, no habituados a redactar sentencias. La ley del Tribunal Constitucional permite, incluso, que los magistrados no jueces profesionales, no hayan ni siquiera leído ninguna. Sólo necesitan el acuerdo votado por los grandes partidos. Hubiera sido más sensato y hubiera dado más confianza a los ciudadanos que, de no ser el presidente, la gran mayoría de los magistrados fueran profesionales y, a ser posible, propuestos por los colegios de abogados, colectivos de magistrados, etc., que son los que saben quiénes hacen mejor las sentencias”²⁷.

En sentido contrario la doctrina sostuvo que: “[...] la dimensión política de los fallos no puede ser desconocida por el juez constitucional, no puede desconocerse ni ignorarse la politicidad propia del Derecho Público con el cual opera. El juez constitucional está en una delicada posición, debe ser un jurista destacado y además un conocedor de la política debiendo actuar con prudencia en el tempestuoso mar de las disputas del poder, debiendo emplear argumentos y técnicas que desconoce el juez ordinario”²⁸.

²⁶ En adelante, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

²⁷ VALIÑO (2015).

²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (2004) p. 89.

También a favor de los académicos en el TC se ha dicho que la especialización constitucional del modelo español, y europeo en general, es muy indicada para una constitución como la CE “[...]repleta de principios y valores cuya interpretación es una tarea sumamente compleja y delicada, la de velar mejor por el principio de igualdad[...] por controlar al legislador y ser especialmente respetuoso con la democracia parlamentaria que se resiente si todos los jueces pueden invalidar la voluntad del legislador[...]”. Por ello se debe señalar: “[...] el riesgo que puede correrse (y que parece estar en el inmediato horizonte) de que en el TC la mayoría de sus miembros procedan de la carrera judicial en detrimento de la academia. Un TC donde haya jueces por supuesto, pero donde la mayoría sean profesores como ha ocurrido, sobre todo, en los primeros tiempos del TC parece más idóneo para ser el supremo intérprete de la constitución”²⁹.

También la “reconocida competencia” puso en confrontación a la práctica jurisdiccional de carrera con la academia, en ocasión del sonado proceso de recusación del ex magistrado Pérez Tremps para apartar su intervención en la sentencia del Estatuto catalán. Eliseo Aja planteó con perspicacia las incongruencias entre las características y actividades propias de la vida académica que dan consistencia a la “reconocida competencia” de los profesores universitarios, y los motivos de la recusación al ex magistrado. El caso es un buen ejemplo de la ambigüedad del precepto y de lo controversial de su funcionalidad, al contraponer el requerimiento de la “reconocida competencia”, según se trate de un magistrado de carrera o de un académico.

[...] Los jueces (y fiscales y abogados en su caso) generalmente han participado en muchos pleitos y, en el primer caso, han dictado muchas sentencias, pero en general su actividad no pasa de las paredes de los tribunales... Los profesores, en cambio, son distintos: su tarea es enseñar Derecho en la universidad y su tiempo principal se dedica a la investigación. Ambas tareas culminan en la publicación de libros y artículos, no con el interés creativo del novelista (ojalá), sino como instrumento de la investigación y de la docencia. No puede ser buen profesor quien no sigue investigando. Pero no hay buena investigación que no culmine en una publicación, porque los resultados hay que hacerlos públicos. Es decir, un profesor tiene en la publicación de artículos y libros el instrumento y a la vez el acicate y el lucimiento de su trabajo. Para ser jurista de reconocido prestigio, si eres profesor, tienes que haber publicado muchos trabajos, y si eres un buen profesor muchos de esos trabajos tendrán relación con la actualidad. Esta explicación de manual también podemos aplicarla al profesor Pérez Tremps. En Derecho Constitucional, en los

²⁹ ARAGÓN REYES (2004) p. 20.

últimos años, casi todos los profesores de España han publicado algo sobre el Estatut de Catalunya o las reformas equivalentes de los demás estatutos y, naturalmente, el profesor Pérez Tremps, que es muy buen profesor, también. ¿Cómo es posible que un magistrado constitucional sea recusado por hacer justamente aquello que se le exige para ser magistrado?"³⁰

III. CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y PERSONALES DE LOS MAGISTRADOS DEL TC

Se desagregan en este apartado diferentes tópicos que permiten conocer las características particulares, profesionales, académicas, de los magistrados del TC, y su incidencia en la performance de los mismos durante su estadía en la institución. Se vierten datos comparados de tribunales constitucionales de otros países.

CUADRO N° 1: CANTIDADES Y PORCENTUALES MAGISTRADOS TC DESAGREGADOS POR FORMACIÓN PROFESIONAL, PERFIL TÉCNICO Y ESPECIALIDAD JURÍDICA (1980-2011)

Total de Magistrados del período: 50*

<u>Formación profesional</u>	<u>Perfil técnico</u>	<u>Especialidad Jurídica</u>
<u>Magistrados de carrera: 18 (36%)a</u>	Publicistas: 15 (30%)a (83%)b	Contencioso administ.: 11 (22%)a (61%)b
*1	Privatistas: 1 Sin definición: 2	D. Penal: 2; D. Civil: 1; Dcho. Trabajo: 1 Sin especialidad:
<u>3</u>		
<u>Académicos: 32 (64%)a</u>	Publicistas: 28 (56%)a (87%)b	D. Constituc. y Político: 9 (18%)a (28%)b
	*2 Privatistas: 4 (8%)a (12%)b	D. Administrativo: 4 (8%)a (13%)b Dcho. Internacional: 4 (8%)a (13%)
b	Sin definición: 2	D. del Trabajo: 3 (9%)b, 3 Dcho. Civil (9%)b
<u>Abogados 2 (4%)a</u>	Sin definición: 2	

Notas:

a) indica porcentajes en relación al total de magistrados

b) indica porcentajes en relación a cada formación profesional

* La cantidad total de magistrados del período, difiere de la sumatoria nominal en algunas de las variables desagregadas, como consecuencia de que algunos detentaban más de una de las características medidas. También por ello los porcentuales exceden el 100% dada la duplicidad de origen profesional de los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata.

³⁰ AJA (2007).

*1 Los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata tenían prestigio y reconocimiento académico y carrera como magistrados.

*2 A los magistrados Menéndez Menéndez y de los Mozos se les atribuyen ambos perfiles, publicistas por su actuación política y privatistas por su especialidad jurídica en la academia y en la magistratura respectivamente.

Este cuadro indica cantidades nominales y porcentuales de magistrados, considerando su formación profesional, en relación al total de magistrados que integraron el TC en el período investigado, y se desagregan los datos en relación al total, y en relación a cada tipo de formación profesional, a su vez considerando y cruzando las variables perfil técnico y especialidad jurídica.

Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web-page del TC.

CUADRO N° 2: CANTIDADES Y PORCENTUALES MAGISTRADOS TC DESAGREGADOS POR FILIACIÓN IDEOLÓGICA, FORMACIÓN PROFESIONAL Y ESPECIALIDAD JURÍDICA (1980-2011)

Total de Magistrados del período: 50

<u>Filiación ideológica</u>	<u>Formación profesional</u>	<u>Especialidad Jurídica</u>
<u>Progresistas 25 (50%)</u>	académicos 18 (36%)a (72%)b magistrados 6 (12%)a (24%)b abogado 1	Dcho. Constituc. y político 9
<u>Conservadores 13 (26%)</u>	* magistrados 8 (16%)a (62%)b académicos 5 (10%)a (38%)b	Dcho. Contencioso Adm. 7
<u>Centro 9 (18%)</u>	académicos 5 (10%)a (56%)b magistrados 3 (6%)a abogado 1	Dcho. Adm. y Cont. Adm. 4
<u>Sin definición 3 (6%)</u>		

Notas: a) indica porcentajes en relación al total de magistrados

b) indica porcentajes en relación a cada filiación ideológica.

* Los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata tienen ambas formaciones profesionales como académicos y magistrados.

Este cuadro indica cantidades nominales y porcentuales de magistrados considerando su filiación ideológica en relación al total de magistrados que integraron el TC en el período investigado, y se desagregan los datos en relación al total, y en relación a cada tipo de filiación ideológica, considerando y cruzando las variables formación profesional y perfil técnico.

Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web-page del TC

CUADRO N° 3: CANTIDADES Y PORCENTUALES MAGISTRADOS TC DESAGREGADOS POR PERFIL TÉCNICO Y ESPECIALIDAD JURÍDICA SOBRE TOTAL (1980-2011)

Total de Magistrados del período: 50

Perfil técnico: Publicistas: 40 (80%) Privatistas: 5 (10%) Sin definición detectada: 6

* (A los magistrados, Menéndez Menéndez y de los Mozos, se les atribuyen ambos perfiles)

		Filiación ideológica
Especialidad Jurídica: D. Administrativo y Contencioso Adm.	15 (30%)	Conservadores y Centro: 11 (73%)
Dcho. Constitucional y Político	9 (18%)	Progresistas: 9 (100%)
Dcho. Internacional	4 (8%)	
Dcho. Penal	4 (8%)	
Dcho. del Trabajo	4 (6%)	
Dcho. Civil	3 (6%)	
Dcho. Mercantil	2 (4%)	

Otras disciplinas: Economía política 1; Historia del derecho 1; Dcho. Romano 1; D. Tributario 1; D. Procesal 1 (10%)

Sin especialidad detectada: 5 (10%)

Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web-page del TC

1. Formación profesional. Académicos y jueces de carrera

Esta variable desagrega a los magistrados por su ejercicio profesional encontrando 3 categorías distintas de formación profesional para los magistrados del TC (cuadro n° 1).

Los magistrados de carrera: jueces que se han desempeñado principalmente en esa función proviniendo de otras agencias del poder judicial ordinario sean juzgados o tribunales superiores.

Del total de magistrados designados en el TC durante el período investigado (50 magistrados entre 1980 y 2011), 18 han sido magistrados de carrera, el 36% del total. Los 10 magistrados propuestos por el CGPJ fueron jueces de carrera.

Los académicos: magistrados cuya principal actividad previa a su designación ha sido docencia e investigación. Del total de magistrados, 32 han sido académicos, el 64% del total.

Los abogados: magistrados que no encajan en ninguna de las categorías precedentes, por ejemplo, García Mon y Gay Montalvo. Son 2 los magistrados que se han contabilizado solo como abogados.

La cantidad total de magistrados del período difiere de la sumatoria nominal en algunas de las variables desagregadas, como consecuencia de que algunos detentan más de una de las características medidas. También por ello los porcentuales exceden el 100% en esta variable dada la duplicidad de origen profesional de los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata. Delgado Barrio fue en 1995 propuesto por CGPJ y en 2001 por Diputados, magistrado y académico en Derecho Contencioso Administrativo. Rodríguez Zapata fue magistrado y académico en Derecho Constitucional.

Si bien los académicos siempre han sido mayoría en el TC, esa tendencia se ha debilitado en los últimos años. Entre 1980 y 1992 alrededor del 70% de los magistrados fueron académicos, e incluso hubo picos aún mayores (75% en la formación de 1986-89, la formación con mayor porcentaje de académicos). A partir de 2001 hasta Diciembre de 2011, el porcentaje de académicos se redujo a un promedio de 53%.

Por supuesto, en forma inversamente proporcional, los jueces de carrera pasaron de integrar el TC en un 25%, aproximadamente, durante su primera década, a un 40% en promedio durante la última década medida en la investigación.

Dependiendo de qué variable independiente consideremos tendremos que, el 72% de los magistrados de filiación ideológica progresista en el TC han sido académicos. De otro modo, el 56% de los académicos en el TC han sido de filiación progresista.

El 62% de los magistrados en el TC de filiación ideológica conservadora han sido jueces de carrera. El 44% de los magistrados de carrera han sido de filiación ideológica conservadora (cuadros n° 2 y 3).

Surge entonces, a través de una medición y corroboración de doble vía, una tendencia sustentable, los magistrados del TC provenientes del mundo académico han sido mayormente progresistas; los provenientes de la carrera judicial (jueces o magistrados de carrera) han sido mayormente conservadores.

Tanto entre académicos como entre magistrados de carrera, claramente, predomina el perfil técnico publicista, por encima del 80%. Respecto a especialidad jurídica, el 61% de los jueces de carrera han sido administrativistas.

Más repartida es la especialidad entre los académicos, aunque predominan los constitucionalistas con el 28% (cuadro n° 1).

2. Perfil técnico: “Publicistas” o “Privatistas”

Esta variable desagrega a los magistrados según su perfil técnico, entendiéndose por tal cosa que su principal área de expertise sea en Derecho Público o Derecho Privado. Esta desagregación abarca cualquiera de las formaciones profesionales enumeradas en el apartado anterior. Así, se puede ser juez de carrera o académico tanto “publicista” como “privatista”.

Las categorías de “publicistas” y/o “privatistas / civilistas” resultan variables útiles para explicar el comportamiento y el sentido de las decisiones de los magistrados. Se considera “publicista” al que posee antecedentes de actuación en el ámbito judicial y/o universitario, en fueros o materias de la carrera de Derecho Público, y/o ha desempeñado funciones políticas, u ocupado cargos en la administración pública. Se considera “privatista / civilista” al juez que posee como antecedentes una formación y actuación en el ámbito judicial y/o universitario, en fueros o materias de la carrera de Derecho Civil o privado y que no ha desempeñado funciones políticas.

Un juez “privatista / civilista”, puede inferirse, que estará naturalmente más preocupado por efectuar estrictos juicios técnicos y de legalidad, y por erigirse en un protector de derechos sustantivos subjetivos e individuales, en resguardo de los abusos de la administración y legitimado por su cercanía con los ciudadanos merced al ejercicio de la jurisdicción. Es posible que, en ese afán, descuide el matiz de previsibilidad, de anticipación, que resulta menester tengan sus decisiones, a fin de no generar con ellas consecuencias políticas y sociales peores que las se quieren evitar.³¹

³¹ SAGÜÉS (2000) p. 338, denomina a quien llamo “privatista/civilista” el “juez legal o legalista”. “... El rótulo de «juez legal» tiene algunas señas identificatorias de su conducta tribalística: i) plantear y resolver los casos a partir de preceptos subconstitucionales, en particular los códigos civil, comercial y penal, como piezas paradigmáticas del arsenal jurídico en vigor; ii) omitir en las demandas y en sus respuestas, y en las sentencias, referencias a los artículos de la Constitución; iii) interpretar al derecho subconstitucional como derecho independiente del constitucional; iv) usar las normas constitucionales como recurso extremo y supletorio, o en su caso, citarlas como elemento meramente decorativo, doctrinario o teórico, siempre secundario. En algunos casos límite, el empleo de las cláusulas constitucionales para fundar una demanda o un veredicto incluso, puede ser visto como sospecha de carencia de argumentos jurídicos más contundentes y específicos para dirimir la litis”.

Un juez “publicista”, por su formación y familiaridad con el mundo de la política y del Derecho Público, estará más inclinado a juicios que contengan el dato de la previsibilidad, de la anticipación sobre las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones. Así, será un juez más proclive a proteger al sistema político, construyendo un tribunal protector de los procesos políticos democráticos observando como meta el óptimo funcionamiento del sistema y, a dicho fin, se relacionará armónica y funcionalmente con los poderes ejecutivo y legislativo. Su acción estará enfocada a la protección de derechos sociales o públicos, y permeable a los cambios que se produzcan en los procesos políticos y sociales³².

Autores como Cappelletti, han insistido frecuentemente en la idea de que los jueces civilistas no están preparados para el ejercicio de la jurisdicción constitucional³³.

También el jurista alemán Otto Bachof sostuvo, analizando la función de control de constitucionalidad, y en defensa de un tribunal especial compuesto por jueces especializados que “[...] la labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo con suficiente autoridad cuestiones de tan trascendentales consecuencias políticas. Se necesita pues un Tribunal Constitucional especial”³⁴.

Peter Häberle coincide: “[...] no todo excelente jurista es el más apropiado magistrado constitucional, porque un experto civilista, penalista o procesalista requiere de una calificación especial en Derecho Constitucional, que no es sólo una construcción teórica a aprender en los libros y en las normas, sino también una fuerza social e institucional que fundamenta la vida política de un país[...] se requiere de jueces constitucionales en contacto con la sociedad y comprometidos con los problemas de su tiempo histórico... se busca a un magistrado constitucional instalado en el medio de la vida social, en el medio del sentimiento constitucional del pueblo y que actúe como representante jurídico de la unidad de la sociedad”³⁵.

³² Sobre estas caracterizaciones puede verse BERCHOLC (2006) p. 27 A 29.

³³ CAPPELLETI (1986) p. 314.

³⁴ BACHOF (1985) p. 55.

³⁵ HÄBERLE (1980) p 73 Y SS.

El dominio de los magistrados publicistas en el TC es manifiesto. El 80% de los magistrados del TC en el período 1980-2011 han sido publicistas, 40 sobre un total de 50. Solo 5, el 10% del total, son considerados privatistas y 6 magistrados han quedado sin definición detectada (cuadro n° 3).

Dos magistrados requieren algunas aclaraciones específicas. Se trata de magistrados que presentan características publicistas no obstante su perfil académico civilista. Se trata de Menéndez Menéndez, académico en especialidad privatista, y publicista por su acción política como ministro de Educación y Ciencia durante los años 1976 y 1977; y de los Mozos quien en 1986 presentó, por el partido Alianza Popular, su candidatura al Senado, siendo elegido Senador el 15 de julio de 1986. Por ello se le asigna el doble carácter de publicista, por su actividad política, y civilista por su especialidad académica.

Hasta 1995 existió un leve contrapeso más relevante de privatistas en el TC pero, a partir de 1995, el sesgo publicista ha sido aún mayor y el TC estuvo integrado en un porcentaje superior al 80% por magistrados de perfil publicista, incluso con picos de más del 90% de ese perfil.

Predomina el perfil técnico publicista, por encima del 80%, tanto para magistrados de carrera como para académicos. En el campo de las disciplinas publicistas los magistrados expertos en Derecho Administrativo son mayoría, 15 presentan antecedentes principales en el área; luego siguen 9 magistrados expertos en Derecho Constitucional y Político (cuadro n° 1).

IV. DATOS COMPARADOS. JUECES “PUBLICISTAS” Y “PRIVATISTAS/CIVILISTAS” EN ARGENTINA

El doctrinario argentino y, en dos épocas diferentes -1958/60 y 1990/91-, juez de la Corte Suprema argentina, Julio Oyhanarte, sostuvo al referirse al funcionamiento del tribunal que integró entre los años 1958 y 1962 que: “En la formulación de la jurisprudencia de esta etapa mucho tuvieron que ver los hombres, por supuesto. El hecho positivo, no casual, fue que la mayoría de ellos estuvo constituida por juristas de formación “publicística” algunos de los cuales, además, poseían una mentalidad política definida y experimentada. Baste recordar los nombres de Villegas Basavillbaso, Colombres, Aráoz de Lamadrid, Aberastury, Imaz y Mercader. Y debo incluirme yo, que fui profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público provincial desde 1955. Mientras tanto en Orgaz, Boffi Boggero, Bidau y Zavala Rodríguez, dominaba una natural inclinación al enfoque “privatístico”, originada por los largos años que dedicaron a magistraturas o cátedras de Derecho Civil o Comercial. De los cuatro podría decirse que llegaron a la Corte sin haber

recibido esa forma irremplazable de enseñanza que se obtiene teniendo con el país, con sus problemas y con su gente, el contacto directo y vital que la actividad política permite. Gracias al tipo de integración que dejo señalado, a la Corte de esta etapa no le resultó difícil superar los inconvenientes que el “civilismo” trae aparejados, especialmente en lo que respecta al control de constitucionalidad”³⁶.

Como datos comparados, los cuadros que siguen nos muestran el perfil técnico de los jueces que integraron la Corte Suprema en la Argentina entre 1935 y 2002, y desagregado por las categorías gobiernos constitucionales-democráticos y dictaduras militares.

CUADRO N° 4:

Jueces en la Corte Suprema Argentina 1935-2002

	Total	Gobiernos democráticos	Gobiernos militares
Jueces Publicistas	62 %	73 %	27 %
Jueces Civilistas	38 %	50 %	50 %

De este cuadro surge que del total de jueces que se desempeñaron entre 1935 y 2002 en la Corte Suprema, un 62 % tuvo características publicistas y un 38 % características privatistas-civilistas.

De los jueces publicistas, el 73 % integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 27 % durante gobiernos militares.

De los jueces civilistas, el 50 % integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 50 % durante gobiernos militares.

CUADRO N° 5:

Jueces en la Corte Suprema Argentina durante Gobiernos Democráticos o Militares 1935-2002

	<u>Jueces publicistas</u>	<u>Jueces civilistas</u>
Gobiernos democráticos	71 %	29 %
Gobiernos militares	42 %	58 %

Fuente de los datos estadísticos: Base de datos propia y “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires, páginas 97 a 100.

³⁶ OYHANARTE (1972) p. 115.

El segundo cuadro toma en consideración los gobiernos como variable de análisis. Durante los democráticos, la Corte estuvo integrada por un 71 % de jueces publicistas, y por un 29 % de jueces privatistas.

Durante los gobiernos militares, la Corte estuvo integrada por un 42 % de jueces publicistas, y por un 58 % de jueces civilistas.

Los gobiernos de facto se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política³⁷ siendo ésta una de las consideraciones para el concepto de “publicista”. Esta “ingenua” pretensión por despolitizar la justicia sólo encubre una politización de ella detrás de una apariencia de judicialización de la política. En la ruptura institucional se aprecia la crisis de la jerarquía jurídica normativa³⁸ del proceso político, por lo que resulta lógicamente impropio referirse, sin más, a una pretendida judicialización o profesionalización del personal judicial.³⁹

V. ESPECIALIDAD JURÍDICA. MAYORÍA DE ADMINISTRATIVISTAS Y CONSTITUCIONALISTAS

Se trata de una variable parecida pero diferente, que guarda una relación de especie a género con la variable tratada en el punto anterior. La variable de análisis *especialidad jurídica* se relaciona con la más destacada o principal área académica y científica del magistrado. Ello es verificable por su producción en investigación, sus publicaciones, su actividad docente y sus estudios de especialización de posgrado. En caso que el magistrado sea un juez de carrera, sin actividad académica relevante, su especialidad estará indicada por los antecedentes que posee en su formación y por su actuación en el fuero o materia judicial que corresponda.

Resulta una obviedad que, para tribunales del poder judicial ordinario, se designen especialistas de cada área específica. Si se trata de un tribunal en materia tributaria o fiscal se deberá designar un tributarista, en un tribunal del fuero laboral será un laboralista y los ejemplos pueden continuar y son imaginables en las demás áreas, materias o fueros.

³⁷ Según OYHANARTE (1972) p. 89, explica que en los golpes militares de 1955 y 1966, “[...] se produjeron dos intentos de retorno al liberalismo originados en las dos oportunidades por la decisión militar de disolver la Corte Suprema e integrarla con magistrados o profesores de mentalidad predominantemente “civilista[...]”.

³⁸ TOMÁS Y VALIENTE (1993) p. 91.

³⁹ Para este análisis SCHMITT (1983) p. 57.

Pero para un tribunal constitucional, ¿cuáles serán las especialidades jurídicas recomendables para la designación de sus integrantes? Más específicamente, ¿qué es recomendable para el Tribunal Constitucional español en relación a su producción institucional?

Vista la performance del TC y, en particular con relación a esta variable, las materias más comunes en los casos que el tribunal debe resolver, es evidente que los publicistas en general, y más específicamente, administrativistas, constitucionalistas, y expertos en áreas afines, resultan los magistrados con las especialidades más adecuadas para integrar el TC.

Como ya se ha dicho en este trabajo, ha quedado claramente corroborado, a través de diferentes unidades de análisis y considerando distintas variables, que las normas de materia administrativa son las más de mayor conflictividad constitucional sobre las que debe resolver el TC. El conflicto constitucional administrativo resulta de absoluta relevancia en su producción y evidencia las aristas salientes, en términos jurídicos, del conflicto político e institucional español. Más aún en jurisdicción autonómica. Los datos estadísticos analizados muestran al TC como una institución con una enorme responsabilidad en el rediseño de la ingeniería institucional estatal española, en la distribución de competencias entre el Estado central y las CCAA y en el desarrollo de las autonomías.

Los expertos en derecho administrativo resultan mayoría por especialidad jurídica en el TC. Son 15 en total, de los cuales 11 son magistrados de carrera expertos en el fuero contencioso administrativo y 4 son académicos. Los jueces de carrera provenientes del fuero son el 61% del total de la variable jueces de carrera, una gran mayoría (cuadro n° 1).

Entre los académicos son mayoría los expertos en derecho constitucional y político, 9. El 100% de los expertos en estas disciplinas son académicos. Luego, los 4 administrativistas del ámbito académico, ya referidos en el párrafo anterior, y 4 expertos en derecho internacional (cuadro n° 1).

Articulando con la variable filiación ideológica se observa que 11 de los administrativistas son conservadores o de centro, el 73% de la especialidad. El 100% de los expertos en derecho constitucional y político, 9 magistrados, han sido de filiación progresista (cuadros n° 2 y 3).

A pesar de que los especialistas en derecho administrativo (30%) y derecho constitucional y político (18%) resultan casi la mitad del total de magistrados del TC en el período, se puede observar, críticamente, cierta desproporción o incongruencia entre esos porcentajes y la producción del TC,

la que podría exigir aún más expertos en esas áreas. *A contrario sensu*, se observa que el 52% de los magistrados del TC posee otras especialidades con poca incidencia en la producción del tribunal. En particular hay un 10% de magistrados con especialidades muy variadas y más bien marginales en la producción del TC, y otro 10% del que no se ha podido detectar especialidad (cuadro n° 3). Este 20% indica que habría aún espacio para una designación de personal más congruente, con la especialidad jurídica más frecuente en la producción del TC.

VI. FILIACIÓN IDEOLÓGICA. PROGRESISTAS Y CONSERVADORES

Es común encontrar literatura, tanto en España como, por ejemplo, en Estados Unidos o Argentina, admitiendo la existencia de tribunales influenciados en sus sentencias por las características ideológicas “conservadoras” (centroderecha) o “liberales” (en su acepción progresista o si se quiere de centroizquierda) de sus integrantes⁴⁰.

Parece aceptado que la ponderación de los bienes jurídicos tutelados en conflicto que un magistrado necesariamente debe hacer ante cada situación sobre la que debe emitir sentencia quedará sujeta, a falta de determinación constitucional, a su propia valoración de acuerdo a sus pautas prioritarias. Se ha dicho que: “[...] La Constitución, como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y pautas para decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos “merece la pena” desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que -aunque no se quiera- pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto[...].”⁴¹

Aún así, la ubicación de los magistrados por la variable filiación ideológica puede prestarse a polémica, ya que implica un grado importante de subjetividad en su apreciación.

El primer escollo es la propia definición sobre qué se considera progresista y qué conservador. Si ese escollo es salvado satisfactoriamente, también puede ocurrir que un magistrado tenga posiciones progresistas en algunos temas y conservadoras en otros. A fin de evitar, en la mayor medida posible,

⁴⁰ En este sentido se puede ver en la literatura española, GARCÍA DE ENTERRÍA (2000) p. 194. En Argentina, OYHANARTE (1972); PELLET LASTRA (2001); BERCHOLC (2004). Para el caso en los E.E.U.U., BAUM (1985).

⁴¹ PRIETO SANCHIS (2002) p. 29.

tales cuestiones, se los ha catalogado evitando apreciaciones subjetivas del investigador, y considerando los siguientes rubros: i) el sector o partido político que impulsó sus nombramientos; ii) información recabada sobre cada magistrado, en sitios de Internet o en periódicos y publicaciones referidas a ellos, que ofrecieran datos o indicios de su posición ideológica; iii) la performance de los magistrados en orden a responder o alinearse a las líneas políticas de los principales partidos existentes en el sistema político español; iv) a dicho fin se ha considerado progresista al PSOE⁴², conservador al PP⁴³, de centro a UCD. Sin perjuicio de que considero suficiente a la metodología prevista para una aproximación veraz a la filiación ideológica de los magistrados, tal aspecto puede profundizarse chequeando votos de los mismos en casos testigos sobre cuestiones paradigmáticas. De ese análisis se observa que los alineamientos partidarios, considerando las variables propuestas, ofrecen indicadores consistentes sobre la filiación ideológica de los magistrados.

El 50% de los magistrados han sido clasificados como progresistas, 25 sobre un total de 50. Del resto 13 han sido conservadores, el 26%, 9 de centro, el 18% y 3 no han sido identificados ideológicamente, se trata de Díez de Velasco, Latorre Segura y Truyol Serra (cuadro n° 2).

Hay evidencia, cruzando variables, de algunas correlaciones consistentes. Los magistrados progresistas son mayormente académicos y expertos en Derecho Constitucional y Político.

Los magistrados conservadores son mayormente jueces de carrera y provenientes del fuero contencioso administrativo o expertos en Derecho Administrativo.

Los magistrados de centro presentan datos más equilibrados, aunque puede sostenerse un sesgo hacia una mayor *expertise* en Derecho Administrativo (cuadro n° 2).

El TC muestra en esta variable una conformación sinuosa. En sus primeros años estuvo conformado mayoritariamente por magistrados de centro y otros sin definición detectada, esta franja ocupó entre un 56% y un 50% del TC. Al inicio hubo también una buena porción de magistrados del sector conservador (formaciones del TC entre 1980 y 1989). Paulatinamente fue aumentando, en la década del '90, el sector de magistrados progresistas, conviviendo con un sector minoritario conservador y debilitándose el sector de

⁴² En adelante, Partido Socialista Obrero Español.

⁴³ En adelante, Partido Popular.

centro más alejado de los “extremos” del sistema político español. Ya en la década del 2000, el TC se polariza entre un sector progresista mayoritario y un sector conservador minoritario pero consistente y más concentrado en detrimento del centro. Ello se ha visto claramente reflejado en la jurisprudencia, en los alineamientos de votos, y en los debates y conflictos que, en especial en la década del 2000, se suscitaron en el TC en torno a temas altamente paradigmáticos y conflictivos en términos ideológicos⁴⁴.

A partir de 2011, muestra una conformación mayoritariamente progresista y una sólida minoría conservadora, manteniendo una conformación polarizada aunque menos confrontativa que en la formación anterior.

Se advierte alguna correlación en la primera década del TC con la importante cantidad de jueces de centro y/o sin identificación ideológica, con la perspectiva de los gobiernos militares en la Argentina que se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política, en la pretensión por “despolitizar la justicia”. También este análisis se puede correlacionar con otros indicadores, por caso, que los magistrados conservadores son mayormente jueces de carrera y provenientes del fuero contencioso administrativo o expertos en Derecho Administrativo. Y que los académicos tienen una especialización más enfocada en el campo político-constitucional. Estos datos y correlación de variables corroboran que los sectores más conservadores tienen un ideal de servicio de justicia supuestamente más técnico, jurídicista, legalista y de protección de derechos subjetivos e individuales en persecución de una aplicación deontológica de los principios legales. En cambio, el campo político progresista no niega la politicidad del conflicto constitucional y su control, más aún, se interpela a la administración de justicia desde una perspectiva más politizada y estatalista que tiene en principal consideración, la previsibilidad y anticipación de las consecuencias prácticas de las decisiones.

“El juez constitucional debe ser consciente que sus decisiones no son sólo jurídicas sino también políticas, no pudiendo sustraerse de las consecuencias de sus fallos, debiendo incorporar tales consecuencias a su razonamiento jurídico”⁴⁵

Se trata de una idea consecuencialista que se preocupa por los efectos prácticos que las decisiones judiciales provocan en el mundo real.

⁴⁴ En particular me refiero a los casos de los estatutos catalán y valenciano, la ley contra la violencia de género, la de matrimonios entre homosexuales y la ley sobre aborto.

⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ (2004) p. 89

Parafraseando a Max Weber, se trataría de un conflicto entre una ética de la convicción legal y constitucional y una ética de la responsabilidad política y social. O, dicho de un modo más juricista, entre el principio de legalidad, del que resulta custodio el TC, y el principio de previsibilidad, por el cual los jueces deben prever las consecuencias de sus decisiones en resguardo de intereses superiores a los meramente técnico-jurídicos que, incluso, pueden llegar a requerir flexibilidad en el ejercicio del control de constitucionalidad a fin de no generar resultados aún peores que aquellos que se querían evitar⁴⁶.

VII. DATOS COMPARADOS SOBRE CLIVAJES CONEXOS. ORIENTACIÓN IDEOLÓGICA Y ESTRATIFICACIÓN SOCIAL DE LOS JUECES DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. DATOS DE OTROS TRIBUNALES.

Los datos comparados que se vierten en este apartado, permiten chequear la performance del TC y su proceso de conformación y designación de magistrados en relación a la filiación ideológica y a su origen y estratificación social.

Según una investigación sobre la Corte argentina de Kunz "...la elección de las categorías "conservador", "liberal" e "independiente" responde, en gran medida, a consideraciones sobre la estratificación y la movilidad sociales, que han mostrado que los miembros de los niveles superiores se inclinan hacia posiciones conservadoras, aceptando y defendiendo valores de tipo tradicional"⁴⁷.

La otra opción, liberal, "... estaría caracterizada por la aceptación positiva de nuevos valores, mostrando un interés creciente por el "aquí y ahora"⁴⁸.

En el estudio citado de Kunz, se ha determinado para el período 1930-1983 un componente ideológico de los ministros de la Corte argentina marcadamente conservador.

Orientación ideológica de los magistrados de la Corte Suprema argentina⁴⁹

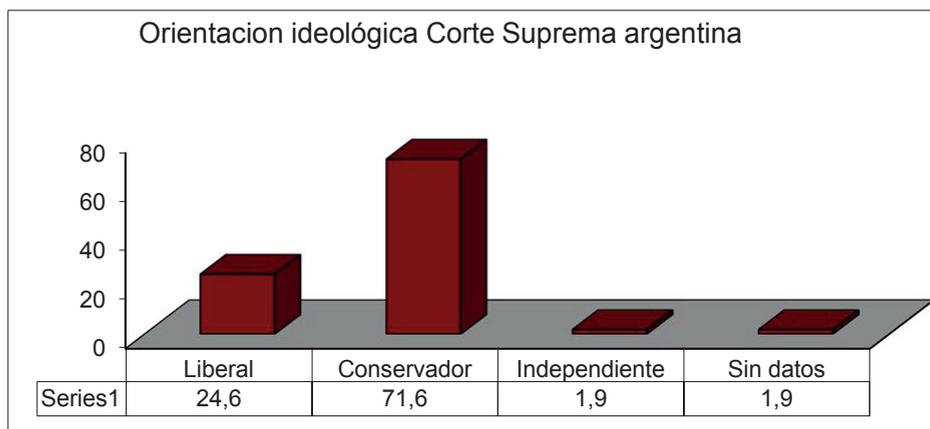
En la investigación se aclara que se considera en términos muy generales la ideología particular de cada juez sin avanzar sobre la ideología de cada

⁴⁶ SAGÜÉS (1986) p. 909.

⁴⁷ KUNZ (2000) p. 42 Y 43.

⁴⁸ KUNZ (2000) p. 42 Y 43.

⁴⁹ KUNZ (2000).



Corte como un conjunto, lo que podría llegar a definirse a partir del análisis de los fallos que ha generado cada una de ellas. El trabajo de Kunz abarca el período hasta 1983. Para el período 1983-2012, desde la restauración democrática en la Argentina a partir de diciembre de 1983, aparecen algunos datos que demuestran que la corte ha tenido un giro más liberal y progresista.

Resulta interesante reproducir un párrafo de una entrevista al ex Presidente de la Corte Suprema, Petracchi. Preguntado sobre la performance de la Corte durante el gobierno de Alfonsín (1983/89), contesta Petracchi: "... yo creo que aquí como en todos los tribunales del mundo, lo que hay son vinculaciones a partir de filosofías de cada uno de los jueces, de unos que son más cercanos que otros y no que esas vinculaciones se dan por los partidos políticos con los que son afines o por las ideologías partidarias ... Se dio una alianza entre los más liberales por un lado y los más conservadores por el otro..."

Petracchi en otra parte de la entrevista dice: "[...]Hay que reconocer que desde el punto de vista de lo que es el país, la Corte ampliada de los 90 es más representativa (conservadora) de lo que es la totalidad de la población, de nuestra idiosincrasia[...] ya que la Corte de los años 80 producía fallos que no se condecían con lo que es nuestro pueblo. Estos fallos liberales... (caso "Bazterrica", sobre la droga y caso Sejean sobre divorcio) eran menos representativos de lo que era el país, por su contenido revolucionario en comparación con muchos de los fallos de la Corte posterior..."⁵⁰

⁵⁰ PELLET LASTRA (2001) p. 410.

De la semblanza de Petracchi surge que en la Corte designada por Alfonsín, de cinco miembros, que se desempeñó entre diciembre de 1983 y abril de 1990, predominó una ideología “liberal”.

Por el contrario, la Corte designada por Menem con nueve miembros, hasta los cambios sobrevenidos en 2003 luego de la crisis, fue de ideología “conservadora”.

También en los EEUU los análisis de la doctrina hacen clásicas y recurrentes consideraciones respecto a los jueces de la Corte alineándolos como conservadores o liberales, y coincidiendo con las nominaciones hechas por los presidentes republicanos para los conservadores y por los demócratas para los liberales. Salvo excepciones, que como tales son resaltadas, y solo respecto a algunos cambios en algunos de sus votos, lo que hace que sean denominados como moderados de un lado y de otro.

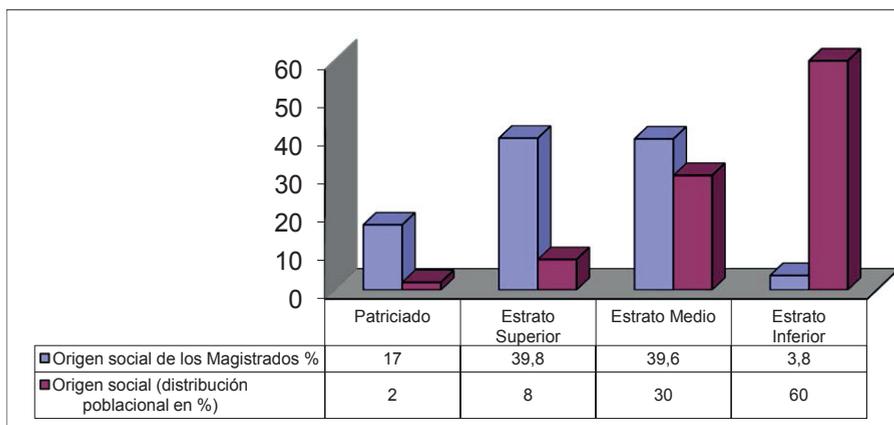
Así en la actualidad conviven en la Corte de EEUU, los Justices conservadores Antonin Scalia y Clarence Thomas (nombrados por Reagan), Anthony M. Kennedy (por Bush padre) y Samuel A. Alito Jr. y el Chief Justice John G. Roberts Jr (nombrados por Bush hijo), con los jueces liberales Stephen G. Breyer y Ruth Bader Ginsburg (nombrados por Clinton) y Sonia Sotomayor y Elena Kagan (nombradas por Obama).

En el mismo estudio Kunz⁵¹ se demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la CSJN⁵² en el período 1930-1983, resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social posible en cuatro categorías, un 17 % de los Ministros pertenecen a la clase alta (Patriciado según la autora) y considerando que sólo un 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, habría un 750 % de sobre-representación del estrato en la CSJN. La segunda categoría, clase media alta (denominada Estrato Superior, tiene un 39 % de Ministros en la Corte y un 8% sobre el total social lo que implica

⁵¹ KUNZ (2000) p. 21 al 24, tomando una categorización de Juan Carlos Agulla en “La promesa de la Sociología”, Ed. de Belgrano 1985. Según Agulla la composición de los niveles de análisis sería el siguiente: el *Patriciado* se conforma por familias que han tenido en el pasado histórico participación en la estructura de poder en la época de la colonia, la independencia y la organización nacional; el *Estrato Superior* se conforma por familias de hombres de negocios y profesionales económica y socialmente importantes; el Estrato Medio lo forman hombres de negocios de capital mediano, trabajadores calificados y empleados administrativos; el Estrato Inferior lo integran trabajadores semi-calificados, empleados poco especializados y obreros.

⁵² En adelante, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina).

Relación entre el Origen Social de magistrados y sociedad en Argentina. 1930-1983



un 395 % de sobre-representación; la tercera categoría, clase media (Estrato medio), presenta porcentajes estabilizados del 39% y 30% respectivamente; la cuarta categoría el clase baja (Estrato bajo) tiene un 3,8% de Ministros en la CSJN y un 60% en el total social. Estos datos corroboran que se hallaban sobre-representadas en el más alto Tribunal del Poder Judicial las clases más aventajadas de la sociedad argentina y sub-representada la clase media y baja, mayoritarias en la población. Se advierte que desde 1983 a la fecha, ha cambiado esta relación de origen social en algún grado no desdeñable, pero que mantiene aún hoy parte de los desequilibrios observados.

Según Kunz, este estudio sobre la CSJN argentina refleja una tendencia también observable en los Estados Unidos. Mills en 1956 investigó el origen social de la clase política y concluyó en que el 58 % de los cargos políticos de alta categoría (Presidente y vice de Cámara de Representantes, Presidente de la Corte, miembro de gabinete) pertenecen a la clase alta y media alta, el 38 % a la clase media y media baja, y sólo el 5% a la clase baja.

En Alemania, un estudio del juez Walter Richter de 1959, sobre una base de datos construida con información personal de 856 jueces, permitió determinar que la mayoría proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Además, el 60% pertenece al estrato superior (profesionales libres, altos funcionarios del Estado, empresarios) y el 35 % al estrato inferior (empleados, artesanos, pequeños comerciantes). También se observó que los jueces

pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior⁵³.

En España, otro investigador observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino⁵⁴.

Todas estas evidencias resultan relevantes pues: "... el magistrado constitucional, como hombre con experiencias propias, conciencia individual, relaciones sociales, cosmovisión del mundo y de los hechos, tiene una historia personal determinada que está presente inevitablemente en su pensamiento, reflexión, investigación y elaboración constitucional de sus sentencias o votos singulares..."⁵⁵

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AJA, Eliseo (2007): *Recusación sin sentido constitucional* (El Periódico de Cataluña).

ALVAREZ CONDE (1997): *Curso de derecho Constitucional* (vol. II) (Madrid, Tecnos).

ARAGÓN REYES, Manuel (2004): "25 años de justicia constitucional en España", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (México, Porrúa).

BACHOF, Otto (1985): *Jueces y Constitución* (Madrid, Editorial Civitas).

BAUM, Lawrence (1985): *The Supreme Court* (Washington, Congressional Quarterly Press).

BERCHOLC, Jorge O. (2004): *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*. (Buenos Aires, Ediar).

⁵³ WALTER RICHTER, *Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse*, en *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts und Gesellschaftspolitik*, 1960 pág. 241-259. Citado por TREVES (1978) p. 179 y 180.

⁵⁴ TOHARIA (1975).

⁵⁵ LANDA (2002) p. 262.

- BERCHOLC, Jorge O. (2006): *La Corte Suprema en el sistema político* (Buenos Aires, Ediar).
- BÖCKENFORDE, E. (1999) : *Verfassungsgerichtbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation, en Staat Nation Europa* (Frankfurt, Suhrkamp).
- BREY BLANCO, José Luis (2004): *Los jueces y la política: ¿imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?*, (Madrid: Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, Facultad de Derecho, Universidad Complutense).
- CAPPELLETTI, Mauro (1986): *Le contrôle juridictionnel des lois* (Aix-en-Provence).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2000): *Democracia, Jueces y Control de la Administración* (Civitas, Madrid).
- GARCÍA MORILLO (1997) en Luis López Guerra y otros, *Derecho Constitucional*, (vol. II, Valencia: Tirant Lo Blanch).
- HABERLE, Peter (1980): *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Recht aus Rezensionen. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft.* (Zwei Studien Königstein).
- HUERTA CONTRERAS (1995): *El Poder Judicial en la Constitución española*, (Universidad de Granada).
- IBÁÑEZ, Andrés (1988), *Justicia-Conflicto*, (Madrid: Tecnos)
- KIRCHEIMER, Otto (1989) *El camino hacia el partido de todo el mundo, Teoría y sociología críticas de los partidos políticos* (Lenk y Neumann, Barcelona: Anagrama.)
- KUNZ, Ana (2000): *Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983*, en *Estudios de Sociología y Metodología* (Buenos Aires: Estudio).
- LANDA, César (2002): *La elección del juez constitucional* (Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 6).
- LÓPEZ AGUILAR, Juan F. (1996): *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, (Madrid: Tecnos).

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004): *La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado* (Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México).
- OTTO, Ignacio de (1989): *Estudios sobre el Poder Judicial* (Madrid, Ministerio de Justicia).
- OYHANARTE, Julio (1972): *Historia del Poder Judicial* (Revista Todo es historia, nº 61, Buenos Aires)
- PECES BARBA, Gregorio (1980): *Trabajos Parlamentarios. Constitución Española*, pág. 3452 II (Madrid: Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales).
- PELLET LASTRA, Arturo (2001): *Historia Política de la Corte (1930-1990)* (Buenos Aires: Ad Hoc).
- PÉREZ TREMP, Pablo (1980): *El Régimen constitucional español*, I, pág. 237, (Barcelona: Labor).
- PRIETO SANCHIS, Luis (2002): *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, (Universidad de Castilla-La Mancha, Material de postgrado en Justicia Constitucional: Toledo).
- SAGÜÉS, Néstor (1986): *Control de constitucionalidad: legalidad vs. Previsibilidad*, (El Derecho, Tº 118, Buenos Aires.)
- SAGÜÉS, Néstor (2000): *Del Juez legal al Juez constitucional*, p. 337-346, (Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.- nº 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid)
- SCHMITT, CARL (1983): *La defensa de la Constitución* (Madrid, Tecnos).
- TOHARIA, José Juan (1975): *El juez español. Un análisis sociológico* (Madrid, Tecnos).
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1993): *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Centro de Estudios Constitucionales: Madrid).
- TREVES, Renato (1978): *Sociología del Derecho* (Madrid, Taurus).
- VALIÑO DEL RÍO, Emilio: *Jueces constitucionales, ¿de reconocida competencia?*, Universitat de València, http://www.uv.es/ajv/art_jcos/artjuridicos/art15/jueces%20constitucionales.htm. Consultado 31/7/15.

VALIÑO DEL RÍO, Emilio: *Sobre los tribunales constitucionales*. http://www.urbeetius.org/newsletters/23/news_23_valino.pdf. Consultado el 31/7/15.

EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL

The concept of consumer in the European and Spanish law

HENRRY SOSA OLÁN*

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
México

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo demostrar cómo el concepto de “consumidor” ha sido uno de los caballos de batalla a nivel comunitario y en el ordenamiento jurídico español; prueba de ello son las diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en donde se ha excluido a las personas jurídicas que adquieren bienes o contratan servicios con fines de lucro. En este sentido, las directivas y reglamentos que brindan un concepto de consumidor, coinciden con los siguientes elementos: que sea una persona física y que adquiera bienes o contrate servicios sin fines de lucro.

PALABRAS CLAVES: Consumidor, Directiva, Vendedor, Contrato.

ABSTRACT: *This paper aims to demonstrate how the concept of “consumer” has been a problem in Europe and the Spanish law; proof different judgement of Court of Justice of the European Communities, where it has been excluded to the legal entity that buy goods or hire services for profit. In this sense, the Directives and regulation that gives a concept of consumer, agree with the follow elements: that is a natural person and buy goods or hire services without non profit.*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, correo electrónico: <henrrypleyares@hotmail.com>

Artículo recibido el 5 de junio de 2015y aceptado para publicación el 26 de octubre de 2015.

KEYWORDS: *Consumer, Directive, Seller, Contract*

I.- CUESTIONES PREVIAS

En 1973, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa aprobó la Carta Europea de protección de los consumidores, siendo el primer documento que reconoció los derechos de los consumidores al establecer las siguientes prerrogativas: “a) el derecho a la protección y a la asistencia de los consumidores; b) el derecho a la reparación del daño que resienta el consumidor por la circulación de productos defectuosos o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos; c) el derecho a la información y a la educación; y d) el derecho de los consumidores a organizarse en asociaciones y a ser representados en diversos organismos, para expresar opiniones sobre decisiones políticas y económicas inherentes a la disciplina del consumo”¹.

Asimismo, es importante aclarar que en 1975 se aprueba el Programa Preliminar de la Comunidad Económica de Protección al Consumidor². Dicho programa vio al consumidor como una persona interesada en los diferentes campos de la vida social, es decir, ya no como a un simple comprador, razón por la cual se le atribuyeron cinco derechos básicos: a) derecho a la protección de su salud y su seguridad; b) derecho a la protección de sus

¹ OVALLE FAVELA (2006) p. 78; asimismo el autor pone de relieve tres momentos claves en materia de protección al consumidor, teniendo sus orígenes en los Estados Unidos de América. El primero tuvo lugar durante la mitad del siglo XX, señalando como los factores responsables el aumento de los precios de los artículos de consumo y los escándalos relativos a las sustancias farmacéuticas, lo cual dio como resultado la aprobación de la Ley sobre las sustancias alimenticias y farmacias, Ley sobre inspección de carne y la creación de la Comisión Federal para el Comercio. El segundo momento se da durante la mitad del decenio de los años treinta, con la propuesta de los consumidores por el aumento incontrolable de los precios en plena crisis económica, originando las reformas para fortalecer la *Pure Food and Drug Act* y con la ampliación de poderes normativos de la Comisión para el Comercio, a fin de combatir las actividades ilícitas o fraudulentas. Y el tercer y último período se inició a la mitad del decenio de los sesenta. Lo relevante de este periodo es el discurso del 15 de marzo de 1962 del presidente John F. Kennedy, en el cual señaló la necesidad de una legislación susceptible de asegurar los siguientes derechos a los consumidores: el derecho a la seguridad, el derecho a ser escuchado, el derecho a ser informado y el derecho a elegir libremente (*Ibidem*, págs. 77-78).

² *Vid.* Texto completo del Programa Preliminar, en Diario oficial de las Comunidades Europeas (en adelante DOCE), núm. C 092, de 25-IV-1975.

intereses económicos³; c) derecho a la reparación de los daños; d) derecho a la información y la educación; e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado).

En conexión con los cinco principios que se le reconocen al consumidor en este documento es importante destacar la opinión de OVALLE FAVELA⁴ cuando aclara que “una comparación entre los cinco derechos fundamentales del consumidor reconocidos en forma explícita en el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, del 14 de abril de 1975, y los seis derechos que en forma implícita enuncian las Directivas de las Naciones Unidas, del 16 de abril de 1985, lleva a la conclusión evidente de que ambos documentos reconocen exactamente los mismos derechos, con la única variante de que las directrices señalan por separado el derecho a la información y el derecho a la educación, aunque los regulan conjuntamente. La clara influencia del programa preliminar sobre las directrices se advierte con mayor intensidad en la reglamentación de cada uno de estos derechos”.

Como podemos observar, el Programa Preliminar de 1975 se puede considerar como un hito en relación con los derechos de los consumidores, debido a su influencia en los posteriores tratados y acuerdos que reconocerían una mayor protección al consumidor en el ámbito comunitario.

Por otro lado, con la revisión del Tratado de Roma y la implementación del mercado interior, surge el Acta Única Europea⁵, la cual fue firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros, a los que siguieron Dinamarca e Italia, entrando en vigor el 1 de julio de 1987. Lo relevante de dicha acta en la protección del consumidor es la previsión del artículo 100 A, el cual define la integración de un mercado sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada. A nuestro parecer, esta acta no produjo grandes cambios en lo que respecta al ámbito del consumo.

³ Bajo esta denominación (“intereses económicos”), señala BOTANA GARCÍA: “quedan englobadas una serie de reglas dirigidas a proteger al consumidor frente a contratos que incluyen cláusulas abusivas, a la publicidad engañosa, a los métodos de comercio agresivos, a la insuficiencia de los servicios de asistencia a la clientela etc. En definitiva, con el derecho a la protección de los intereses económicos del consumidor se está haciendo referencia al tratamiento y control de aquellas actividades comerciales que puedan serle económicamente perjudiciales de forma injustificada” (BOTANA GARCÍA (1994) pp. 20-21).

⁴ OVALLE FAVELLA, *op.cit.*, pág. 81.

⁵ *Vid.* Texto completo del Acta Única Europea (DOCE núm. L 169, de 29-VI-1987).

Siguiendo con la mejora de protección al consumidor en el ámbito Europeo el 7 de febrero de 1992 se firma el Tratado de la Unión Europea (Tratado de *Maastricht*)⁶, el cual reguló una serie de acciones concretas en materia de consumo (art. 129), quedando redactado de la siguiente forma: “1. La comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante: a) Medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior. b) Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada. 2. El consejo con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al comité Económico y social, adoptará las acciones concretas mencionadas en la letra b) del apartado 1. 3. Las acciones que se adopten en virtud del apartado 2 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificará a la comisión”.

La previsión del artículo comentado fortalece el mercado común y, por lo tanto, se incentiva la compra de bienes y contratación de servicios dentro de los distintos Estados miembros, garantizándose a su vez una elevada protección jurídica a los consumidores. Asimismo es importante mencionar que el Tratado que venimos comentando, introdujo la noción de “consumidor normalmente informado”⁷ y la denominada *labelling doctrine*, figuras cuyo

⁶ Vid. Texto completo del *Tratado de la Unión Europea* (DOCE núm. C 224, de 31-VIII-1992).

⁷ Cfr. GONZÁLEZ VAQUÉ (1999) pp. 5-8, el autor señala que con el nuevo artículo 129 A del Tratado de Maastricht no sólo se alcanza un elevado nivel de protección al consumidor, sino que también se establecen medidas concretas como la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una *información adecuada* (la cursiva es nuestra). En su estudio, GONZÁLEZ VAQUÉ hace un análisis de las sentencias más relevantes que se han establecido en el ámbito de la Unión Europea, en relación con la noción de “consumidor informado”, prestando especial atención a la sentencia *Gut Springenheide* de 16 de julio de 1998. En dicha sentencia la cuestión debatida fue la demanda en contra de la empresa *oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt-Amt für Lebensmittelüberwachung*, comercializadora de huevos, ya que en el embalaje de los huevos comercializados se incluía una nota con la mención siguiente: “10 huevos frescos-6 cereales” el Tribunal consideró que dicha nota inducía a error al consumidor, ya que la gallinas no se alimentan sólo de 6 cereales y que los huevos ofrecen cualidades especiales, y que el artículo 14 del reglamento 1907/90 señala: los embalajes no podrán llevar más indicaciones que las previstas en el presente reglamento (*vid.* Texto completo de Reglamento (CEE) nº 1907/90, del Consejo de 26 de junio de 1990 relativo a deter-

objetivo principal es el de evitar, entre otras cosas, la publicidad engañosa. A todo esto habría que añadir que la consolidación de las expresiones mencionadas se ve reflejada en normas como la Directiva 2006/114/CE⁸ del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que sustituye a la anterior Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa (arts. 2,3 y 4), así como la Directiva 2005/29/CE, de prácticas comerciales desleales (arts. 6 y 7). Por lo tanto, cuando las empresas realicen negocios con consumidores tienen la obligación de informarle de todos sus derechos, ya que de incumplir dicha obligación se harían acreedoras a la sanción correspondiente, dependiendo del caso en concreto.

Tuvieron que pasar cinco años de la celebración del Tratado de la Unión Europea para que surgiera el Tratado de Ámsterdam⁹, el cual modificó varios aspectos sustanciales en materia de protección al consumidor, por ejemplo: la inclusión de nuevos derechos de los consumidores, la distinta ubicación de los mismos, la incorporación de la denominada “cláusula horizontal” en la política de protección de consumidores, la clarificación desde una perspectiva jurídico formal del tipo de actuaciones específicas que se podrán adoptar en el ámbito comunitario para la protección de los consumidores y, por último, la supervisión de medidas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros¹⁰. A este Tratado le siguieron

minadas normas de comercialización de huevos (DOCE núm. L 173, de 6-VII- 1990). El Tribunal dictó sentencia, notificando a la empresa que suprimiera dicha leyenda, además de imponerle una multa; este precedente se estableció en razón de la noción de un consumidor medio, normalmente informado y razonable, atento, perspicaz, sin haber realizado evaluación alguna, ni informes de opinión o informes periciales.

⁸ Vid. DOCE núm. L 376 de 27-XII-2006.

⁹ Vid. El Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en la ciudad neerlandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. DOCE núm. C 325, de 12-XII-2002, versión consolidada.

¹⁰ Vid. CORCHERO PÉREZ y GRANDE MURILLO (2007) pp. 58-60:

Tales medidas son las siguientes:

a) Plan de Acción de Prioridades de la Política de los Consumidores (que comprendió los años de 1996-1998), en cuyo marco se promulga la Directiva 98/127/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación de los intereses de los consumidores; y el Plan de Acción sobre Acceso de los Consumidores a la Justicia y Reglamentación de los Litigios de Consumo en el Mercado Interior.

b) El Plan de Acción Sobre Política de los Consumidores (de 1999 a 2001): durante este periodo surgen las Euroventanillas con el fin de que los consumidores tengan un mejor contacto con las empresas. Se dictan las recomendaciones, CE/98/228 relativa al diálogo

otras medidas adoptadas por la Unión Europea (en adelante UE), para seguir fortaleciendo la política de protección al consumidor.

Una vez visto cómo se ha desarrollado de manera general la protección del consumidor en Europa, pasaremos a ver cómo se ha materializado dicha protección.

II.- PRÁCTICAS Y CONTRATOS REGULADOS PARA PROTEGER AL CONSUMIDOR

La UE ha dictado una serie de normas, en forma de Directivas y Reglamentos, con el fin de dar seguridad jurídica al consumidor. En estas normas se regulan en su mayoría los derechos de los consumidores en determinados sectores. Por razones de espacio, sólo nos enfocaremos a aquellas que consideramos más importantes, mencionando las demás de manera escueta a pie de página¹¹.

al seguimiento y a la información para facilitar la transición al Euro como única moneda y CE/98/287 en relación con la doble indicación de precios y otros importes monetarios. Por lo que a nuestro tema toca, es importante señalar que durante dicho plan surge la Directiva 2000/31/CE del parlamento Europeo y del Consejo, relativo a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

c) El 26 de febrero del año 2001 se firma el Tratado de Niza entrando en vigor el 1 de febrero de 2001, el cual no produjo ninguna modificación en lo referente a los consumidores, quedando intacto el artículo 153 del Tratado de Ámsterdam.

d) De 2001 a 2005, la Unión Europea se preocupó por desarrollar estrategias en materia de política de consumidores, surgiendo la Directiva de servicios financieros (Directiva 2002/65/CE).

¹¹ Así en el ámbito del Derecho secundario de la Unión Europea encontramos Directivas que protegen al consumidor en diversos sectores, a modo de ejemplo señalamos las siguientes: - Directiva 2000/43/CE, sobre el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, - Directiva 2004/122/CE sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su ministro; y - Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago, - Directiva 94/19/CE, sobre los sistemas de garantía de depósitos; - Directiva 92/49/CEE, sobre seguros distintos del seguro de vida; - Directiva 2002/83/CE, sobre seguro de vida; - Directiva 2002/92/CE, sobre la medición en los seguros; - Directiva 2003/71/CE, sobre folletos; - Directiva 2003/6/CE, sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado); - Directiva 85/611/CEE, sobre determinados organismos de inversión colectiva (OICVM); - Directiva 2004/39/CE, sobre mercados de instrumentos financieros; - Directiva 97/9/CE, sobre los sistemas de indemnización de los inversores,

- Directiva 2000/35/CE, sobre morosidad en las operaciones comerciales; y - Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. El Reglamento tiene un alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 288(2) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). En cambio la Directiva obliga al Estado miembro, en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (art. 288(3) TFUE. (Cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (1989) pp. 370-373). Vid., artículo 288(3) TFUE. Vid. MANGAS MARTÍN Y LIÑÁN NOGUERAS (2010) pp. 368-369. Para estos autores el efecto directo de las Directivas “es invocable no sólo en las relaciones del particular con las administraciones públicas –denominadas relaciones verticales, como los casos *Van Gend en Loos*, *Salgoil* o *Lütticke*-, sino también en las relaciones entre particulares (relaciones horizontales) en las que el sujeto de la obligación reclamada es un particular”. No obstante hay que aclarar también que el efecto horizontal de las Directivas entre particulares sólo se aplicará cuando el Estado actúa como particular (sentencia *Van Dyn*), y no cuando las relaciones entre particulares (sentencia *Marshall*). Una Directiva a diferencia del Reglamento no tiene alcance general, es decir, no puede por sí sola crear obligaciones a cargo de un particular, cuando no ha sido transpuesta por el Estado miembro, por lo tanto, sus disposiciones no pueden ser invocadas, en su calidad de tal contra dicha persona. No obstante, una disposición clara, precisa e incondicional de una Directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio exclusivamente entre particulares. Para el caso de que un Estado miembro no haya transpuesto una Directiva y se ocasionen daños y perjuicios a los particulares como resultado de la no transposición de la Directiva, el TJCE ha establecidos las siguientes soluciones alternativas:

a) Principio de “interpretación conforme”. De acuerdo con este principio los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen la obligación de interpretar el Derecho interno, con el fin de garantizar la aplicación de éste, conforme a la Directiva; en otras palabras, se busca alcanzar la efectividad del resultado perseguido por la Directiva. Sin embargo, la interpretación que realicen los tribunales no pueden ir en contra de las disposiciones del Estado miembro.

b) “Responsabilidad del Estado miembro”. En caso de que una Directiva no haya sido transpuesta en tiempo, o incluso si hubiera sido transpuesta, pero su transposición ocasionara daños y perjuicios a los particulares por no alcanzarse el objetivo o fin establecido, el Estado miembro está obligado a reparar los daños a particulares como consecuencia de su incumplimiento.

c) “Principios generales”. El TJCE ha admitido la aplicación de un principio general cuando una Directiva no sea admitida en un litigio por no haberse transpuesto (Vid. Sentencia *Mangold* (C-144/04) DO C 36 de 11/06/2006, pág. 10).

d) “Distinción entre el efecto directo de sustitución e invocabilidad de exclusión”. Con esta regla el TJCE ha dejado claro la no sustitución del Derecho nacional por una Directiva con el fin de obligar a los particulares a cumplir con sus obligaciones. En cambio, el

Con el objeto de regular el mercado interior en materia de protección del consumidor, se dicta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas¹². Esta norma tal y como se explica en su Exposición de Motivos, tiene como fin evitar “cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional, y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten su existencia”. En el artículo 3 de la citada norma se brinda la definición de cláusula abusiva¹³, y a modo ejemplificativo se incluye una lista en su anexo.

La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español se realizó a través de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), en cuyo artículo 8.1 y 2 se hace la distinción entre “control de legalidad”, aplicable a relaciones entre empresarios y con consumidores, y “control de contenido” en sede de contratos de consumo, con el fin de evitar cláusulas abusivas como las que establezcan la renuncia a derechos reconocidos por el adherente y las que atenten contra el principio de la buena fe y el justo equilibrio entre las partes¹⁴.

principio de invocabilidad de exclusión tiene con finalidad excluir el Derecho nacional, cuando éste sea contrario a la Directiva, sin embargo, el TJCE nunca ha hecho uso de este recurso.

¹² DO L 121 de 15.5.1993, pág. 1.

¹³ Artículo 3 Directiva 93/13/CEE: “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente cuando haya sido redactada no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

¹⁴ Cfr. VICENT CHULIÁ (2004) p. 55. Las condiciones generales se caracterizan por los siguientes aspectos: se incorporan al cuerpo del contrato, son cláusulas predispuestas (las empresas previamente las redactan), materializándose a través de formularios y se imponen, es decir, al consumidor no le queda otra más que aceptar o rechazar el contrato.

Por otro lado, el control de inclusión tiene como objetivo brindar transparencia, claridad, concreción y sencillez, esto de acuerdo con el artículo 80.1 a y b del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios del año 2007 (en adelante TRLGDCU), teniendo el adherente conocimiento de las condiciones generales. En cambio con el control de contenido se trata de evitar que el empresario imponga cláusulas abusivas al consumidor¹⁵. En este sentido EGUSQUIZA BALMASEDA, señala que las dos grandes cuestiones que se plantean en la contratación mediante condiciones generales son “a) el conocimiento de las condiciones que van a regir la relación contractual, cuestión de relieve para una formación de voluntad libre y consciente de lo contratado, y la aceptación de las mismas (control de incorporación o inclusión); y b) la valoración del carácter justo o abusivo de tales cláusulas (el control de contenido)”¹⁶. Este último control cobra importancia en el marco de los contratos con consumidores, puesto que define a las cláusulas abusivas (art. 82 TRLGDCU) como “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”¹⁷.

La Directiva de cláusulas abusivas se encuentra actualmente en proceso de revisión. En la Propuesta de Directiva de Consumidores del año 2008 se preveía su refundición¹⁸; sin embargo, durante la revisión del *Acquis Group*

¹⁵ Cabe apuntar que el control de contenido se establece sólo en relaciones entre empresario y consumidor, y no entre empresarios. Su justificación se encuentra en la ausencia de negociación, con el fin de evitar entre otras cosas cláusulas abusivas. Esta función delimitadora alude al criterio de buena fe regulado en el artículo 1258 del Código Civil, no sólo como principio, sino también con el fin de que exista un equilibrio contractual, en la relación empresario consumidor. *Vid*, en este sentido CÁMARA LAPUENTE (2006), pp. 92-93, [...]: “y si se tiene en cuenta que el control de contenido de la Directiva sobre cláusulas abusivas encuentra su justificación en la ausencia de negociación, entonces la exclusión preconizada por el art. 4.2 puede estar justificada dentro del sistema diseñado y del modelo constitucional tanto comunitario como español. Los fallos del mercado que no permitan al consumidor contrastar (“negociar”) la relación calidad/precio, serán corregidos por el Derecho de la competencia [...]”.

¹⁶ EGUSQUIZA BALMASEDA (2002) pp. 24-26.

¹⁷ *Vid*, en este sentido, GÓMEZ-SALVADO SÁNCHEZ (2008) p. 142-145.

¹⁸ *Vid*. EIDENMÜLLER *et al* (2012) pp. 127-128, para este autor una armonización en materia de cláusulas abusivas a nivel comunitario “tiene que ver con el ámbito razonable de la armonización de máximos. Por ejemplo, la armonización de máximos puede limitarse a reglas que se apliquen a cláusulas no negociadas individualmente en contratos entre empresa-

se mencionaron los problemas en relación con el principio de armonización plena, razón por la cual la Directiva de los Consumidores del año 2011 (en adelante DDC), la excluyó.

Por otro lado como resultado de un exhaustivo proceso de consultas surge la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales¹⁹, con el objetivo de fomentar la competencia y la confianza de los consumidores en las transacciones transfronterizas. La Directiva se estructura de la siguiente manera: una cláusula general, definición de prácticas engañosas y prácticas agresivas (arts. 6 y 7), acciones y omisiones; y una lista negra de “prácticas comerciales desleales” en su anexo número uno. En relación con el tema que nos ocupa, se considera “práctica engañosa”, entre otras, la omisión del derecho de desistimiento por parte del empresario, pues se considera que tal información es sustancial al momento de celebrarse el contrato (art. 7.4 d).

Con la adopción de este tipo de medidas se reemplazan múltiples leyes y decisiones judiciales de carácter nacional. Asimismo, la Directiva comentada aporta una armonización plena y prevé el principio de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros con el fin de eliminar las barreras del mercado interior. Cabe señalar que hasta antes de la aprobación de esta norma, la noción de “práctica comercial desleal” estaba sujeta a distintas interpretaciones por parte de los Estados miembros. Sin embargo, tal problemática ha quedado resuelta, al definirse lo que es una práctica comercial desleal: “todo acto, omisión conducta o manifestación, o comunicación comercial incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores” (art. 2, d) de la Dir. 2005/29, CE).

La Directiva de prácticas comerciales desleales se integró al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 29/2009, del 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios²⁰.

rios y consumidores; además, el criterio de abusividad puede no aplicarse a cláusulas que reflejen reglas nacionales de naturaleza imperativa o dispositiva. En estas circunstancias los Estados Miembros tendrían libertad para fijar criterios más exigentes por medio del Derecho imperativo (de consumo) y los efectos de la armonización de máximos se verían severamente socavados, no se conseguiría ninguna armonización sustantiva: ni los empresarios podrían usar un único pliego de condiciones generales, ni los consumidores podrían confiar en criterios similares en toda Europa [...]”.

¹⁹ DOCE L 149 de 11-6-2005.

²⁰ Vid. Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) núm. 315, de 31-XII-2009.

Aparte de las ya citadas, que se aplican de forma transversal, sea cual fuere el sector, existen otras Directivas que regulan una protección específica del consumidor en un determinado ámbito entre las que encontramos:

- Directiva sobre los derechos de los consumidores, aprobada en octubre de 2011;
- Directiva 2002/65/CE, sobre contratos a distancia de servicios financieros;
- Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico;
- Directiva 99/44/CE, sobre garantía en las ventas de consumo;
- Directiva 2008/122/CE, de aprovechamiento por turno;
- Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados.

Es importante mencionar que estas Directivas, además de proteger al consumidor en determinados tipos contractuales y formas de conclusión del contrato, tienen como fin evitar que la fragmentación de las legislaciones nacionales represente un freno a los intercambios fronterizos y, por consiguiente, un obstáculo a la realización del mercado interior²¹.

III.- REGULACIÓN DE UN SUJETO ESPECIAL: CONCEPTO DE CONSUMIDOR

Dentro del presente apartado, analizaremos cómo la figura del consumidor ha estado y sigue estando presente en las normas que se han dictado dentro del seno del marco comunitario europeo. Además de forma paralela a la normativa, el concepto de consumidor se ha ido consolidando por más de dos décadas a través de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante STJCE).

Si bien en un principio el concepto de “consumidor” fue tomado de la economía, hoy también forma parte de la ciencia jurídica tal y como ha apuntado la doctrina²². Por otra parte, se han desarrollado distintas nociones

²¹ Resulta ser el dogma de los considerandos de todas las Directivas anteriormente mencionadas.

²² Vid. LASARTE ÁLVAREZ (2007) p. 55; LETE ACHIRICA (1998) p. 184: “[e]l término “consumidor”, que viene empleándose con habitualidad en la terminología de los sistemas jurídicos occidentales desde hace aproximadamente dos décadas, no es, sin embargo, un concepto originariamente jurídico sino socio económico. El Derecho lo ha tomado prestado para

de consumidor, unas de carácter pragmático y otras de desarrollo²³. Así, encontramos los siguientes conceptos del consumidor:

1.- Noción abstracta: se identifica consumidor con “ciudadano”, a quien se debe tutelar el derecho a la información y a la educación. Esta noción guarda estrecha relación con los programas y políticas de gobierno, los cuales tienen como uno de sus principales objetivos la protección del consumidor²⁴. Ello se deja ver en el artículo 51 de la Constitución española al declarar: “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca”. De acuerdo con lo anterior, el Estado garantiza la protección de los consumidores y usuarios, respetando y salvaguardándola como uno de los principios constitucionales. Como consumidores se protege así a todos los ciudadanos, siendo esta idea tomada del conocido discurso del presidente *Kennedy*²⁵. De esta manera, la noción abstracta de consumidor se identifica con la de ciudadano.

2.- Noción jurídica y material: el consumidor jurídico será, conforme a la normativa comunitaria y nacional, quien ejecute el acto de contratación del servicio o compra del producto²⁶. En cambio, el consumidor material es aquella persona que hace uso o disfrute del bien o servicios, teniendo derecho a la sanidad y seguridad. Además, puede ejercer los derechos, garantías y acciones que le correspondan como resultado de la adquisición del bien o contratación de servicios²⁷. Por ejemplo, demandar la responsabilidad de daños por productos o servicios defectuosos²⁸.

caracterizar las relaciones jurídicas merecedoras de cierta protección como consecuencia de la diversa posición que los empresarios y los particulares ocupan en el mercado”.

²³ Cfr. REYES LÓPEZ (2009) p. 88

²⁴ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1992) p. 25.

²⁵ Tal discurso fue pronunciado el 15 de marzo de 1962 por el presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy ante el congreso de su país. Vid. GÓMEZ CALERO (1994) p. 24.

²⁶ Vid. CÁMARA LAPUENTE (2011) p. 112.

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ GIMENO (2005) pp. 98-99, para este autor el concepto concreto de consumidor tiene utilidad cuando: “[a]tribuye derecho que pueden ejercitar individualmente en su interés particular. En este criterio se concibe al consumidor como partícipe en un determinado acto de consumo”.

²⁸ Vid. *Directiva 85/374, sobre daños causados por productos defectuosos*. Esta norma tiene como objetivo proteger a la persona perjudicada que adquiere bienes para un uso perso-

3.- Noción de “consumidor-cliente”: este concepto tiene un alcance amplio, incluyéndose cualquier persona que en el mercado adquiera un bien o disfrute de un servicio por cualquier título.

4.- Comprador, arrendatario, usuario, derechohabiente, espectador, etc. El consumidor como “cliente potencial”: este concepto “incorpora los aspectos sociológicos para determinar quiénes deben ser considerados como consumidores en cada caso es aplicable en relación con las normas del Derecho de la competencia en sentido amplio, esto es, Derecho *antitrust* y regulación contra la competencia desleal, así como en materias de marcas”²⁹. Esta noción halla su fundamento en el artículo 83.1 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (hoy artículo 101 del TFUE), el cual prohíbe los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas colusorias entre las empresas para perjudicar al consumidor. Con este tipo de medidas se trata de proteger a los destinatarios potenciales, evitándose prácticas prohibidas en el mercado³⁰.

Como podemos observar, no hay una noción uniforme del consumidor. En consecuencia, su delimitación vendrá determinada en atención al sector de que se trate³¹, tal y como veremos en el siguiente apartado.

nal, y además que el acto de consumo se considere para un uso privado. Esta Directiva ha sido adaptada al ordenamiento jurídico español a través del TRLGDCU (arts. 135-149).

²⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2005) p. 21-22.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1987) p. 108, este autor hace referencia a la legislación alemana y se distinguen tres conceptos según el ámbito jurídico al cual se esté: [...] “se hace notar que en el Derecho alimentario la noción de consumidor se relaciona con el consumo doméstico privado; en el Derecho de la competencia se hace referencia, en general, al consumidor final, y en el Derecho europeo de cárteles y en materia de responsabilidad del fabricante, el consumidor es, en general, el cliente, sin que se exija que se trate de un consumidor final o doméstico. Esa diferenciación es debida a la finalidad propia de cada ley”. Además como señalan DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO: “El mercado único debe velar por un elevado nivel de protección de todos los consumidores, pero debiendo prestar especial atención a un tipo de consumidor, el vulnerable, con el fin de tomar en consideración sus necesidades específicas y reforzar sus capacidades, más por otra parte no hay que olvidar que casi todos los consumidores en algún momento de su vida pueden llegar a ser vulnerables, debido simplemente a factores externos y a sus interacciones con el mercado o porque experimenten dificultades para acceder a la información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla, y por tanto precisen de una protección especial. La vulnerabilidad puede nacer por la falta de comprensión de la información que reciben o del desconocimiento de los sistemas de reclamación, lo que sucede en muchos casos en las ventas que se realizan a domicilio o a través del teléfono. Por lo que los problemas de la vulnerabilidad pueden tener causas muy distintas, pueden

IV. LA PROBLEMÁTICA DE SU DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La mayoría de las Directivas, normas reglamentarias e iniciativas en materia de protección al consumidor coinciden con el siguiente concepto de consumidor: "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión". Sin embargo, reiteramos, el concepto no es único, y no es claro el elemento de la "no profesionalidad". Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) en sus diversas sentencias nunca ha delimitado tal concepto, sino sólo ha excluido de manera general a las personas jurídicas que actúen con fines de lucro³², tal y como veremos dentro de este mismo apartado.

A nivel comunitario, las siguientes normas coinciden con el concepto de consumidor, el cual como veremos también es recogido por el ordenamiento jurídico español:

- Directiva 2002/65/CE, sobre contratos de servicios financieros³³;
- Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico³⁴;
- Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales³⁵;
- Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas³⁶;
- Directiva 2008/48/CE, sobre al crédito al consumo³⁷.

surgir en situaciones muy diversas y pueden requerir medidas de distinto tipo en cada lugar"; DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO (2014), pp. 34 y 35.

³² *Vid.*, más sobre este punto, en CÁMARA LAPUENTE (2011 b), *op.cit.*, pp. 129 y ss.

³³ Artículo 2 (d) de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores: "toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional".

³⁴ Artículo 2 (e) de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico: "cualquier persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión".

³⁵ Artículo 2 (a) de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales: "cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional".

³⁶ Artículo 2 (b) de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas: "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

³⁷ Artículo 3 (a) de la Directiva 2008/48/CE, de crédito al consumo, señala: consumidor es la "persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con

- Directiva de consumidores del año 2011³⁸.
- Directiva 99/44/CE, sobre garantía en las ventas de consumo³⁹;
- Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados⁴⁰;
- Directiva 2008/122/CE, sobre tiempo compartido⁴¹.

Estas Directivas toman ciertos criterios, los cuales han servido como punto de partida a la hora de considerar a una persona como “consumidor”. Dentro de estos criterios encontramos el “acto de consumo”, “el destino de

finés que están al margen de su actividad comercial o profesional...”.

³⁸ Artículo 2.1 de la Directiva sobre Derecho de los consumidores del año 2011: “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio, o profesión”.

³⁹ Artículo 1.2.a) de la Directiva 1999/44/CE, referente a determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: “toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el mercado de su actividad profesional”. Vid., en este sentido GONZÁLEZ VAQUÉ (2005), en: <http://www.consumo-inc.es/>. [Con acceso el 12-XII-de-2010], especialmente nota pie número 31, en donde, el autor declara el ámbito de aplicación de esta Directiva no sólo a las personas físicas, sino también se incluyen a las personas jurídicas.

⁴⁰ Artículo 2.4 de la Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados: “la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (“el contratante principal”), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (“los demás beneficiarios”) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado”. En términos parecidos se expresa el numeral 151. g) del TRLGDCU: “cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario”. Como puede observarse a diferencia de otros contratos en los que sólo se protege al consumidor cuando actúe sin fines de lucro, la regulación de los viajes combinados amplía su ámbito de aplicación a cualquier persona, por lo cual las personas jurídicas también gozarán de los derechos otorgados por la Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados. De esta manera el TRLGDCU amplía su protección tanto al cliente contratante del viaje como al cesionario, o beneficiario (art. 152). Vid, en este sentido: ESTEBAN DE LA ROSA (2003) pp. 68-69; MARTÍNEZ ESPÍN (2010), en: www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf. [Con acceso el 3-III-2010]. Ambos autores entienden entendible el ámbito de aplicación de la Directiva de viajes combinados a las personas jurídicas.

⁴¹ Artículo 2 (f) de la Directiva 2008/122/CE, de *Timeshare*, define al consumidor: “toda persona física que actúe con fines ajenos con su actividad económica, negocios, oficio o profesión”.

los bienes o servicios” y la “posición de los sujetos contratantes”, ya sea que se traten de personas físicas o personas jurídicas. A continuación analizaremos de manera general los criterios mencionados.

- 1.- “El acto de consumo” tal y como lo define LASARTE ÁLVAREZ es “el acto jurídico (un contrato casi siempre) que permite obtener un bien o un servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar. A diferencia del comerciante, a quien se exige la habitualidad, un acto de consumo aislado sería suficiente para calificar de consumidor al que lo realiza”. Para este autor, a diferencia del concepto de “contrato de consumo”, el cual restringe su ámbito de aplicación a la calidad de consumidor, el acto de consumo es un concepto más amplio, el cual se caracteriza por ser un acto jurídico, consistente en aprovechar el bien o servicio objeto del contrato⁴².
- 2.- “El destino de los bienes o servicios” es tenido en cuenta para la calificación del adquirente o usuario como consumidor, pues su contratación destinada a uso personal, sin fines de lucro, es elemento definidor de aquél. El elemento comentado cobra importancia, ya que “lucro” en términos económicos significa provecho o ganancia personal, tal y como lo hacen las empresas trasnacionales. En este sentido, el TJCE ha dejado claro que no se consideran consumidores las personas físicas o jurídicas que actúan dentro de un ámbito profesional. Asimismo el TJCE en la sentencia *Gruber* delimitó los parámetros que deben seguirse para que una persona se considere consumidor mixto⁴³, tal y como veremos en el presente apartado.
- 3.- La protección jurídica se otorga tanto a las “personas físicas como jurídicas”, siempre y cuando actúen en un ámbito ajeno a su actividad profesional o comercial (p. ej., las asociaciones comunitarias que actúan sin fines de lucro).

⁴² Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 60.

⁴³ Vid., punto 17 de la DDC cuando señala: “La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”.

El TJCE en las sentencias *Gruber*⁴⁴ y *Engler*⁴⁵, al pronunciarse sobre el *forum actoris*⁴⁶, ha delimitado, entre otras cosas, qué criterios deben seguirse a la hora de considerar un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional, así como cuándo se entiende celebrado un contrato de consumo.

El señor *Gruber*, agricultor y dueño de una granja en Austria compró a la empresa *Bay Wa*, domiciliada en Alemania, una partida de tejas que necesitaba para restaurar la granja, la cual comprendía una pocilga para más de 200 cerdos, así como una gran nave para maquinaria y silos para piensos. En ellas se almacenaba entre el 10% y el 15% de la cantidad de forraje necesario para la explotación. La parte de la granja destinada al uso como vivienda familiar era ligeramente superior al 60% de la superficie total útil del inmueble.

El señor *Gruber* tuvo conocimiento de la empresa *Bay Wa* a través de unos folletos publicitarios, los cuales fueron distribuidos en Alemania y Austria, por lo cual realizó el pedido de las tejas por medio de comunicación telefónica. Sin embargo, el señor *Gruber* nunca menciona su calidad de agricultor a la empresa, razón por la cual, el Tribunal de Primera Instancia (*Landesgericht steyr*) se declaró competente para conocer del litigio, señalando que se reunían los requisitos del artículo 13 del Convenio de Bruselas I. No obstante, el Tribunal de apelación austríaco se declaró incompetente para conocer del asunto. Por tal motivo, el Tribunal de casación planteó la cuestión prejudicial al TJCE haciendo las siguientes interrogantes:

En caso de afectación parcial de la prestación a un uso privado ¿resulta determinante, para apreciar la condición de consumidor a efectos del artículo 13 del Convenio de Bruselas, que predominen los usos privados o los usos profesionales? ¿Qué criterios deben seguirse para comprobar si predominan unos u otros? ¿Depende de la determinación del uso, de las circunstancias objetivamente discernibles para la otra parte del contrato celebrado por el consumidor? En caso de duda, ¿debe prevalecer la calificación de contrato celebrado por un consumidor?

Sin embargo, el TJCE no le otorgó la razón al señor *Gruber*, basándose en las siguientes conclusiones:

⁴⁴ STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber c. Bay Wa*.

⁴⁵ STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02, *Petra Engler contra Janus Versand GmbH*.

⁴⁶ *Vid.*, en este sentido, AÑOVEROS TERRADAS (2005) pp. 1737-1744.

1. “Una persona que celebre un contrato para un uso en parte relacionado con su actividad profesional y en parte ajeno a la misma no puede invocar la regla de competencia de los artículos 13 y siguientes del Convenio de Bruselas I, a menos que el uso relacionado con su actividad profesional sea insignificante.
2. Para determinar si una persona ha celebrado un contrato para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional en el sentido de los artículos 13 y siguientes del Convenio de Bruselas I y no es necesario tener en cuenta las circunstancias objetivamente discernibles. A no ser que el propio consumidor se haya presentado como si actuara en el marco de actividad profesional y la otra parte no tuviera conocimiento de ello.
3. Debe considerarse que cuando un consumidor recibe en el Estado que está domiciliado una oferta telefónica específica de un proveedor establecido en otro Estado contratante y, posteriormente, compra a dicho proveedor los bienes o servicios así ofrecidos, la celebración del contrato ha ido precedida de una oferta especialmente hecha en el sentido del artículo 13, número 3, letra a), del Convenio de Bruselas, aun cuando sus estipulaciones concretas estén basadas en una oferta posterior, no recibida en el Estado del domicilio del consumidor.
4. A efectos del artículo 13, letra b), del Convenio de Bruselas, un consumidor realiza los actos necesarios para la celebración de un contrato en el Estado en el que está domiciliado cuando comunica su aceptación de una oferta desde dicho Estado, con independencia del lugar en el que se haya hecho la oferta y del conducto utilizado”⁴⁷.

En el caso que venimos comentando, el TJCE ha establecido las directrices de cuándo se está ante un contrato mixto de consumo, que implica la existencia de un “consumidor” al que aplicar su normativa protectora: siempre y cuando el uso profesional carezca de importancia, teniendo una relevancia mínima; lo cual, como vimos, no ocurrió en las cuestiones que se plantearon en el asunto *Gruber*. Por lo tanto, en dicho caso no existía un “consumidor” a quien tutelar, pues existía claramente un lucro o ganancia en términos económicos.

⁴⁷ Vid. Texto completo de la sentencia en: <http://curia.europa.eu>. [Con acceso el 10-XII-de-2010].

En cambio, en la cuestión de fondo del asunto *Engler* se puso en tela de juicio la aplicación de la sección IV del Convenio de Bruselas I, cuestionándose si existía realmente un contrato “de consumo”⁴⁸.

Los hechos fueron los siguientes: la señora *Engler* recibió un correo por parte de la empresa *Janus Versand*, domiciliada en Alemania, el cual contenía un bono de pago con un valor aproximado de 455.000 ATS (33.066,14 euros), y un catálogo de los productos en venta, lo cual hizo creer a la Sra. *Engler* que había ganado dicha cantidad y que para recibirla sólo debía rellenar el bono y reenviarlo a la empresa, lo cual realizó. Sin embargo, la Sra. *Engler* no hizo pedido alguno de los productos ofrecidos en el catálogo, por lo cual la empresa se negó a pagar el premio. Así las cosas, la Sra. *Engler* interpuso su demanda en contra de la empresa anunciadora en un tribunal austríaco, el cual dudó de la aplicación del Convenio de Bruselas I y planteó la cuestión prejudicial ante el TJCE, en el sentido de que si al caso en debate le era aplicable la normativa de contratos internacionales celebrados por consumidores. El TJCE respondió que al caso en cuestión no se podía aplicar el Reglamento Bruselas I (art. 5), debido a que no existía relación contractual alguna entre la señora *Engler* y la empresa anunciadora⁴⁹ y, en consecuencia, la señora *Engler* no era “consumidor” a efecto de la normativa que pretendía aplicarse.

Por otra parte, los Estados miembros pueden incluir a las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor, siempre y cuando éstas actúen sin fines de lucro. El TJCE trató el tema en el asunto *Di Pinto*⁵⁰. El Sr. *Di Pinto*, gerente de la empresa *Groupement de l'immobilier et du fonds de commerce*, que difundía una revista en la que se insertaban ofertas de fondos de comercio, hizo visitar, en sus domicilios o en sus lugares de trabajo, a comerciantes que querían vender sus fondos de comercio, con la intención de que los ofertasen mediante anuncios en su revista⁵¹. Ante tal situación, el Tribunal de *Grand Instance* de París condenó al Sr. *Di Pinto* a la pena de un año de prisión y multa por haber infringido la Ley francesa sobre visitas comerciales a domicilio, debido a que el art. 4 de la citada Ley prohíbe a los comerciantes que realicen visitas a domicilio percibir pago alguno en metálico antes de que concluyera el plazo de siete días para desistir del contrato, norma que fue transgredida por el Sr. *Pinto*, debido a que los contratos que realizaba exigían

⁴⁸ Cfr. AÑOVEROS TERRADAS (2005), *op.cit.*, p. 1740.

⁴⁹ Cfr. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (2006) en: <http://www.consumo-inc.es/>. [Con acceso el 12-XII-de-2010].

⁵⁰ Vid. STJCE, Asunto C-361/89, *Patrice di Pinto*.

⁵¹ Vid. DURÁN AYAGO (2008) p. 62

el pago inmediato y además no mencionaban la posibilidad de renunciar a su compromiso antes de expirar el plazo de reflexión⁵².

No obstante, el Sr. Di Pinto apeló la sentencia condenatoria argumentando que los comerciantes que habían recibido las visitas no disfrutaban del régimen de protección, reservado a los consumidores; de lo contrario, la Ley francesa vulneraría lo previsto en la Directiva 85/577 sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales⁵³.

En el asunto que venimos comentando, el TJCE sostuvo que las personas jurídicas que actúen con fines de lucro no se les considera consumidores, por lo tanto, quedaban excluidas de la protección brindada por la hoy derogada Directiva 85/577/CE⁵⁴. El criterio comentado se refleja en otras sentencias dictadas por el TJCE: asunto *Ideal service vs. OMAI* y otro (C-541-542/99), (sentencia del 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton*, as. C-89/91), (sentencia *Benincasa*, as. C-269/95), entre otras.

Además, el TJCE ha dejado claro que resultan excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas *pro consumatore*, los contratos celebrados sólo entre profesionales (B2B)⁵⁵. Asimismo, la normativa de protección de consumidores excluye de su ámbito de aplicación los contratos concluidos entre consumidores (C2C), lo cual se deduce de la lectura del artículo 2 TRLGDCU, el cual aclara: "Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios".

Una vez analizado el concepto de consumidor a nivel comunitario, pasaremos a ver qué ocurre a nivel nacional. En un inicio, la Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁵⁶ (LGDCU) en su artículo 1.2, daba la siguiente definición de "consumidor":

⁵² *Vid., ibídem.*

⁵³ *Vid.* AÑOVEROS TERRADAS (2003) p. 100.

⁵⁴ *Vid.* DURÁN AYAGO, *op.cit.*, p. 63.

⁵⁵ *Vid.* STJCE de 21 de junio de 1978, Asunto C 150/77, *Bertrand c. Paul Ott KG*. Además, como acertadamente señala ROMERO GARCÍA-MORA (2003) p. 144-145, quien llega a las siguientes dos conclusiones: "La primera y la más obvia que la noción de consumidor comunitario excluye de su contenido a las personas jurídicas; la segunda que por virtud del concepto de consumidor que se acoge resultarán excluidos del ámbito de aplicación de estas directivas *pro consumatore* los contratos que concluyan entre sí los profesionales y los que se concluyan entre consumidores".

⁵⁶ BOE núm. 176, de 24-VII-1984.

“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. Por otra parte, en el mismo numeral, pero en su punto 3 aclaraba “no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. De la lectura del artículo podemos señalar que se adaptaba a la normativa europea; y pese a que se incluía a las personas jurídicas, se hacía la siguiente aclaración: siempre y cuando éstas no compraran bienes o contrataran servicios con fines de lucro.

La Ley 43/2007, del 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio⁵⁷, da una definición de lo que es el consumidor o usuario en su artículo 1.3 cuando señala: “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden”. En nuestra opinión, esta Ley es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 TRLGDCU, pues a pesar de no utilizar las mismas palabras y de incluir a las personas jurídicas, utiliza la siguiente expresión: “destinatarios finales”, además en el mismo artículo 1.3, la norma comentada hace la siguiente aclaración: “No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. De esta manera, aunque no se menciona la frase “sin fines de lucro”, el concepto de consumidor brindado por la Ley 43/2007, encaja perfectamente con lo dispuesto en el artículo 3 TRLGDCU.

Otra de las normas que no utiliza propiamente el término consumidor sino “adherente”, es el artículo 2 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación⁵⁸. Sin embargo, tal y como apunta FERNÁNDEZ GIMENO, a pesar de que la Ley 7/98 comprende tanto a las “personas físicas como jurídicas (con lo que incluye en la protección también a las sociedades de cualquier naturaleza) y que este profesional, en toda su extensión puede ser

⁵⁷ BOE núm. 299, de 14-XII-2007.

⁵⁸ BOE núm. 89 de 14-IV-1998.

consumidor, siendo suficiente para que no quede excluido de la protección de la ley, que no actúe en el ámbito de su actividad y que sea destinatario final⁵⁹.

La DDC en su artículo 2.1 da una definición de “consumidor”: “Toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. En cambio, la Ley 3/2014, del 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre⁶⁰, por la que se transpone la DDC, modifica el concepto de consumidor estipulado en el artículo 3 TRLGDCU, el cual aclaramos se adapta a la normativa europea: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Como puede verse, se menciona expresamente a las personas jurídicas como posibles “consumidores”⁶¹. En la línea de la citada jurisprudencia del TJCE ha de entenderse, como concluye la propia norma interna, que han de operar sin ánimo de lucro.

⁵⁹ Vid. FERNÁNDEZ GIMENO, *op.cit.*, pág. 104.

⁶⁰ BOE núm. 76, de 28-III-2014.

⁶¹ Vid., DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO., *op.cit.*, p. 30, especialmente nota al pie núm. 22 cuando aclaran: “Un supuesto especial viene dado por las cooperativas de consumo que son aquellas que tienen por objeto el suministro de bienes o servicios adquiridos a terceros o producidos por ellas mismas, para uso y consumo de los socios y de quienes con ellos conviven, así como la educación, formación y defensa de los derechos de sus socios, en particular y usuarios en general (art. 88.1 Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas). Aunque este tipo de cooperativas realizan una actividad de comercialización dentro del mercado, la Disposición Adicional 5a, aptdos. 2o y 3o de dicha Ley dispone que: «las entregas de bienes y prestaciones de servicios proporcionadas por las sociedades cooperativas a sus socios, ya sean producidos por ellas o adquiridos a terceros para el cumplimiento de sus fines sociales no tendrán la consideración de ventas. Las cooperativas de consumidores y usuarios, las cooperativas agrarias y las cooperativas de transportistas, además de la condición de mayoristas, por lo que les serán de aplicación los precios a tarifas correspondientes, tendrán también, a todos los efectos, la condición de consumidores directos para abastecerse o suministrarse de terceros de productos o servicios que les sean necesarios para sus actividades». Por imperativo legal si se les considera consumidores, se debe sólo al deseo del legislador de favorecerlas”.

Por otra parte, anteriormente en la LGDCU de 1984 no se brindaba una definición de “empresario”. Sin embargo, tal y como apunta la doctrina este concepto venía reconocido en diversas Directivas comunitarias en materia de protección de consumidor. Asimismo, a diferencia del concepto de consumidor, en donde la mayoría de las Directivas coinciden, a nivel comunitario no existe uniformidad en el empleo del término legal de empresario, ya que las normas que lo prevén lo nombran indistintamente, “empresario”, “prestador de servicios”, “vendedor”, “detallista”, etc.⁶².

De acuerdo con el artículo 4 TRLGDCU el empresario es: “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Además, se incluyen dentro de este concepto, el productor, el proveedor, el comerciante, el fabricante, el importador, el suministrador, el organizador y detallista⁶³. No obstante, como aclara BERCOVITZ RODRÍGUEZ, “no basta con tener una actividad empresarial o profesional para que una persona quede sometida al ámbito de aplicación del Texto Refundido. Además el artículo 4 exige que la relación en cuestión entre consumidor y empresario se produzca precisamente en el marco de dicha actividad”⁶⁴.

Por otro lado, la Ley no considera vendedores a los intermediarios proveedores en las compraventas entre particulares. No estamos de acuerdo con

⁶² Vid. CÁMARA LAPUENTE (2011), *op.cit.*, pp. 155-156. [...]: “La disparidad, por lo demás, no trae su origen en traducciones inconsistentes, sino que también en la versión oficial de las Directivas en otros idiomas muestra esta heterogeneidad de designaciones para definir lo mismo (en el orden anterior, *trader, supplier, seller, vendor, creditor* o *service provider*). Desde una perspectiva nominalista, quizás convenga destacar que ninguna de las Directivas de consumo [...] utiliza la expresión “empresario” (*business*, excepción hecha de la fórmula objetivada por la Directiva 2000/35 de morosidad; y ni siquiera, en su versión inglesa, el concepto de “profesional”, pues la Directiva 93/13 se refiere al *seller or supplier*).

⁶³ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009) pp. 101-103.

⁶⁴ Ídem., pág. 103.

tal postura, debido a que las grandes empresas como mercado libre⁶⁵, ebay⁶⁶, que realizan comercio electrónico, ganan anualmente cifras millonarias.

La problemática comentada se puso de manifiesto en el Libro Verde de Consumidores del año 2007⁶⁷. En su punto 4.2, pregunta B2, se señalaba lo siguiente: “¿deberían considerarse los contratos entre particulares contratos de consumo cuando una de las partes actúa a través de un intermediario profesional?”

Opción 1: *Statu quo*: La protección de los consumidores no se aplicaría a los contratos entre los particulares cuando una de las partes recurra a un intermediario profesional para la celebración.

Opción 2: El concepto de contrato de consumo englobaría situaciones en las que una de las partes actúe a través de un intermediario profesional.

Sin embargo, la actual DDC se inclinó por la opción 1 y es la línea que sigue el artículo 2 TRLGDCU, tal y como vimos líneas arriba. En nuestra opinión una respuesta a la problemática planteada sería la integración de un “derecho de desistimiento” para este tipo de contratos, tal y como se contempla en el TRLGDCU (arts. 68-79), así como también el “régimen de garantías y servicios posventa” (arts. 123-127 TRLGDCU). De esta manera se le brindaría una mayor seguridad al consumidor que compre un bien o contrate un servicio por medio de un intermediario. De lo contrario se crea inseguridad jurídica.

⁶⁵ *Vid.*, punto 6.2, de las condiciones generales de Mercado Libre cuando aclara: “Dado que MercadoLibre es un punto de encuentro entre comprador y vendedor y no participa de las operaciones que se realizan entre ellos, el Vendedor será responsable por todas las obligaciones y cargas impositivas que correspondan por la venta de sus artículos, sin que pudiera imputársele a MercadoLibre algún tipo de responsabilidad por incumplimientos en tal sentido”. Referencia tomada en: http://ayuda.mercadolibre.com.mx/ayuda/terminos-y-condiciones-de-uso_991. [Con acceso el 20-IX-2015].

⁶⁶ *Vid.*, condiciones generales de ebay en el punto que habla sobre la responsabilidad cuando aclara: “Nosotros (incluyendo nuestra matriz, subsidiarias, filiales, administradores, agentes y empleados) no somos responsables frente a ti por responsabilidad contractual o extracontractual (incluyendo negligencia) o de cualquier otra forma, por cualquier pérdida de negocio y lucro cesante, tal como la pérdida de datos, beneficios, ingresos, negocios, oportunidades, fondo de comercio, reputación o la interrupción del negocio, o por las pérdidas que no sean razonablemente previsibles por nosotros que surjan, directa o indirectamente”. Referencia tomada en: http://pages.ebay.es/help/policies/user-agreement.html?rt=nc#buying_terms. [Con acceso el 20-IX-2015].

⁶⁷ Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, *COM (2006) 744 final*, DOCE 15.3.2007, C 61/1, pág. 18

Otro de los temas que cobra importancia con nuestro objeto de estudio es porqué a las Pequeñas y medianas empresas (en adelante PYMES) no se les considera consumidores, ya que para la doctrina las PYMES se encuentran en una condición de desigualdad a diferencia de las grandes empresas. En este sentido DURÁN AYAGO aclara: “La situación de debilidad en las relaciones contractuales hay que buscarla siempre en el principio de libertad contractual. Una libertad que sólo será real si existe cierta igualdad entre las partes. Si esa igualdad es real, no será necesario que el Derecho intervenga, pero si es meramente formal, entonces el Derecho deberá intervenir para garantizar que no se comentan abusos por parte de la empresa más fuerte. Y es que, como apuntaba ROUSSEAU, donde hay fuertes y débiles, la libertad oprime y la ley libera. No obstante, el concepto de debilidad es pluriforme. La debilidad puede derivarse de la asimetría informativa (contratos de consumo), de la carencia de libertad contractual del adherente cuando estemos ante contratos con condiciones generales o contratos de adhesión, o del desequilibrio económico que exista entre los contratantes que, qué duda cabe, puede derivar en un desequilibrio jurídico. Partiendo de este triple escenario, las pequeñas empresas, vitales para la economía, tanto española como europea, pero que sufren en muchos casos los riesgos de un comercio globalizado, son los actores principales de este trabajo, aunque en el escenario global no desempeñen más que un papel secundario. Con ellas como referencia hemos querido poner de manifiesto las carencias que se detectan en el actual régimen contractual internacional. Primero, porque se les despoja de la condición consumidores cuando consumen para su actividad profesional, aunque no sea en el ejercicio de su actividad profesional. Así, los textos comunitarios crean una esquizofrenia jurídica por diferenciar quiénes pueden ser considerados consumidores en contratos de consumo, cuando lo realmente interesante sería proteger a todas las personas que celebren un contrato de consumo⁶⁸.

En este sentido no vemos problema alguno en considerar en un futuro a las PYMES como consumidores. De hecho la actual DDC deja abierta tal posibilidad, ello se deduce de la lectura del punto 13 de la norma comentada cuando aclara: “La aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente

⁶⁸ DURÁN AYAGO (2008) pp. 228 y 229.

Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas [...]”.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español actualmente se excluye a las PYMES de la protección de consumidores, por lo tanto no pueden beneficiarse de ciertos beneficios como el derecho de desistimiento o el régimen de garantías y servicios posventa. No obstante, creemos que en un futuro no muy lejano, tanto el legislador europeo como español extenderán el régimen jurídico de protección del consumidor a las pequeñas y medianas y empresas, con el propósito de evitar a las grandes empresas, muchas de ellas con datos económicos que superan al producto interior bruto de muchos Estados. Estas empresas, cuando entran en relación con otras, de menor entidad económica, pueden tratar de imponer sus criterios en su propio y único beneficio, perjudicando a su co-contratante. De lo que se deduce que el desequilibrio económico presente cada vez con más frecuencia en las relaciones contractuales puede derivar en un desequilibrio jurídico. Al Derecho le corresponde corregir tal desajuste, favoreciendo a la parte débil de la relación⁶⁹.

Hilando todo lo expuesto, CÁMARA LAPUENTE señala cómo el concepto de consumidor, el cual fue tan debatido a lo largo de dos décadas, ha llegado a uniformarse tanto a nivel comunitario como interno. Sin embargo, para este autor, tal concepto genera situaciones dudosas, las cuales no han sido resueltas ni contempladas en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, los actos mixtos o adquisiciones para uso doble (personal y profesional), el concepto de consumidor activo o pasivo⁷⁰, así como el problema del consumidor vendedor (C2B), o el consumidor representado por un profesional (C2C). Las hipótesis enunciadas plantean una serie de interrogantes, que deberían tomarse en consideración para evitar una serie de problemas que podrían presentarse en un futuro no muy lejano⁷¹.

De todo lo expuesto hasta el momento, nosotros brindamos el siguiente concepto de consumidor, el cual es acorde a la normativa europea y nacional: “es la persona física o jurídica que compra un bien o contrata un servicio destinándolos a un uso personal y sin fines de lucro”.

⁶⁹ *Ibidem*, nota anterior.

⁷⁰ La diferencia entre consumidor activo y pasivo radica en que el primero es el que por su propia voluntad busca la compra de bienes o contratación de servicios y el segundo es a quien el empresario busca para la venta de productos o contratación de servicios.

⁷¹ *Vid.* CÁMARA LAPUENTE (2011 b), pp. 21 a 44.

CONCLUSIÓN

El concepto de consumidor ha sido delimitado a nivel comunitario y nacional, en el sentido de excluirse a las personas físicas o jurídicas que adquieran bienes o contraten servicios con fines de lucro. Asimismo, el TJCE ha dejado claro qué debe entenderse por un contrato mixto en el asunto *Engler*. Sin embargo, existen todavía cuestiones por resolver, ya que no existe una postura firme; por ejemplo, en la normativa actual se excluyen del régimen de protección del consumidor la intermediación de los proveedores en las compraventas entre particulares, lo mismo ocurre con las PYMES.

No estamos de acuerdo con tal postura, pues como vimos en el primer caso existe una inseguridad jurídica al no existir responsabilidad alguna por parte de los intermediarios, ya que la normativa considera que existe una contratación entre particulares. En cambio, para en el caso de las PYMES hay un desequilibrio contractual. Así, el Derecho debe intervenir para restablecer la situación de equilibrio perdida por los defectos del mercado y el Estado social debe intervenir allí donde las situaciones de desigualdad y desequilibrio no pueden ser corregidas simplemente con el uso de medidas de tipo económico. Cuestión distinta ocurre con el concepto de empresario, ya que dependiendo de la forma de conclusión del contrato en la que nos encontremos adquiere una connotación diferente: por ejemplo, detallista, prestamista, prestador de servicio, etc.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AÑOVEROS TERRADAS, B. (2003): *Los contratos de consumo intracomunitarios* (Madrid, Marcial Pons).
- AÑOVEROS TERRADAS, B. (2005): "Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *fórum actoris* a favor del consumidor. (A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler)", *La Ley*, núm. 3, pp. 1737-1744.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1987): "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores", en Bercovitz/Bercovitz: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid, Tecnos) pp. 328.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1992): "Comentario al artículo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo y Salas Hernández, J., (Coords.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Madrid, Civitas) 19-43 pp.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "El concepto de consumidor" (2005): en Azparren Lucas, A., (Dir.): *Hacia un Código del consumidor* (Manuales de Formación Continuada, núm. 34, Madrid) pp. 17-38.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009): "Comentario al artículo 4 del TRLGDCU", en Bercovitz Rodríguez, C., (Coord.): *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, (Navarra, Aranzadi) pp. 99-103.
- BOTANA GARCÍA, G. A. (1994): *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores* (Zaragoza J. M. Bosch Editor) pp. 324.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006): *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato* (Navarra, Aranzadi) pp. 205.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011): "Comentarios a los artículos 1-7 del TRLGDCU", en Cámara Lapuente, S., (Dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (Madrid, Colex) pp. 77-203.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011 b): "El concepto legal de "consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Noticias de la Unión Europea (Monográfico, Derecho Privado Europeo)*, núm. 320, pp. 21-44.
- CORCHERO PÉREZ, M y GRANDE MURILLO, A. (2007): *La protección de los consumidores, especial referencia al estatuto de consumidores de Extremadura* (Navarra, Aranzadi).
- DÍAZ ALABART, S y ÁLVAREZ MORENO T. (2014) "Comentario al artículo 2 de la DDC", en DÍAZ ALABART (Dir.): *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil* (Madrid Reus) 21-80 pp.
- DURÁN AYAGO, A. (2008): *La protección de las PYMES en el comercio internacional: propuestas de regulación* (Barcelona, Atelier).
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2002): "Condiciones Generales y Comercio Electrónico", en Moro Almaraz, M^a. J. (Dir.): *Internet y Comercio Electrónico* (Salamanca, Universidad de Salamanca) pp. 17-34.

- EIDENMÜLLER *et al* (2012): "Hacia una revisión del *acquis* de consumo", en Cámara Lapuente, S (Dir.): *La revisión de la normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (Navarra, Civitas) pp. 107-162.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2003): *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo* (Granada, Comares).
- FELIÚ REY, M. I. (2009): "La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CEE", *Derecho de los Negocios*, núm. 122, pp. 19-27.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. (2005): "Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica", en Reyes López, M. J., (Coord.): *Derecho privado de consumo* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 95-120.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (1989): "Derecho comunitario y Derecho del consumo", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 192, pp. 327-398.
- GÓMEZ CALERO, J. (1994): *Los derechos de los consumidores y usuarios* (Madrid, Dykinson).
- GÓMEZ-SALVADO SÁNCHEZ, C. (2008): "Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del Derecho Español", *Revista de Derecho privado patrimonial*, núm. 21, pp.135-148.
- GONZÁLEZ VAQUÉ L. (1999): "La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la Sentencia *Gut Springenheide*", *Derecho de los Negocios*, pp. 1-15.
- GONZÁLEZ VAQUÉ L. (2005): "La noción de consumidor en el Derecho comunitario de consumo", *Estudios sobre Consumo*, núm. 75.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A. (2006): "La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario. Cuestiones de Derecho Internacional Privado", *Estudios Sobre Consumo*, núm. 79.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (Madrid, Dykinson).

LETE ACHIRICA, J. (1998): "La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario", *Actualidad Civil*, núm. 1, pp. 183-201.

MANGAS MARTÍN, A y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2010): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (6ª ed., Madrid, Tecnos).

MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2010): "Sobre el concepto de consumidor en materia de viajes combinados", en: www.uclm.es/cesco/pdf/comentarios/2.pdf. [Con acceso el 3-III-2010].

MUNAR BERNAT, P. A. (1992): *Presente y futuro de la multipropiedad* (Madrid, Tecnos).

OVALLE FAVELA, J. (2005): "Los derechos de los consumidores", *Revista de Derecho Privado Nueva Serie*, núm. 12, pp. 75-111.

REYES LÓPEZ, M. J. (2009): *Manual de Derecho Privado de Consumo* (Madrid, La Ley).

ROMERO GARCÍA-MORA, G. (2003): *Perspectivas para el consumidor ante el Derecho europeo de contratos* (Madrid, Instituto Nacional del Consumo).

RUIZ-RICO RUIZ, M. J y GARCÍA ALGUACIL, M. J. (2000): "Comentarios al artículo 1 de la ley de aprovechamiento por turnos", en Cañizares laso, A y Ruiz-Rico, J. M., (Dir.): *Multipropiedad y aprovechamiento por turno: Comentarios sistemáticos a la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno* (Madrid, Civitas) pp. 579.

VICENT CHULIÁ, F. (2004): "Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias", *Revista de Derecho Privado Patrimonial*, núm. 13, pp. 49-84.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Acta Única Europea (DOCE no L 169, del 29 de junio de 1987). Disponible en: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_es.htm>, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2009.

Cumbre de París. Disponible en: <<http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/>>, fecha de consulta: 9 de noviembre de 2010.

- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.
- Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones.
- Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.
- Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida.
- Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros.
- Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).
- Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE.
- Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.
- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el

Reglamento (CE) nº 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales).

Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE.

Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios.

Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos.

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia - Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del artículo 6 - Declaración de la Comisión sobre el primer guion del apartado 1 del artículo 3.

Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores.

Directiva de contratación a distancia COM (92), 11 final de 20 de mayo de 1992. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>>, fecha de consulta: 14 de diciembre de 2009.

Directiva de publicidad engañosa, en: DOCE no L 376 de 27 de diciembre de 2006.

Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directive 2011/83/EU Of The European Parliament And Of The Council, of 25 October 2011, on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

European Commission, Consumer affairs - Rights - General Contractual rights. Disponible en: <http://ec.europa.eu/consumers/rights/gen_rights_en.htm#uct>. Fecha de consulta: 9 de octubre de 2011.

Ley n° 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Ley n° 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Ley n° 43/2007, del 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre.

Ley 29/2009, del 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Ley 3/2014, del 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y

otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Programa Preliminar (DOCE no C 092, de 25 de abril de 1975). Disponible en: <<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=46469:cs&lang=es&list=46469:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&vis=#texte>>. Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2010.

Reglamento (CE) nº 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril.

Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91.

Reglamento (CE) nº 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 2560/2001.

Tratado de Ámsterdam (DOCE no C 325, de 12 de diciembre de 2002, versión consolidada). Disponible en: <<http://eurlex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2010. Tratado de Roma. Disponible en: <<http://www.historiasiglo20.org/europa/traroma.htm>>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), *Francesco Benincasa contra Dentalkit* (1997): 3 de julio de 1997, Asunto C-269/95. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61995CJ0269&from=ES>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), *Shearson Lehman Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH* (1993): 19 de enero de 1993, Asunto C-89/91. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1993_035_R_0005_03&qid=1414636484565&from=EN>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), *Petra Engler contra Janus Versand GmbH* (2005): 20 enero 2005, Asunto C-27/02. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0027&rid=1>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

Supremo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), *Johann Gruber contra Bay Wa Ag* (2005) 20 de enero de 2005, Asunto C-464/01. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0464&qid=1414637219424&from=ES>>, fecha de consulta: 29 de octubre de 2014.

USO MALICIOSO DE UNA TARJETA COMERCIAL HURTADA, ROBADA O EXTRAVIADA: ¿QUIÉN DEBE SOPORTAR EL COSTO DE LAS TRANSACCIONES NO CONSENTIDAS?

*Misuse of a stolen, robbed or lost
business card: Who should bear the
cost of transactions without consent?*

ERIKA ISLER SOTO*

Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

RESUMEN: El documento aborda el régimen jurídico aplicable a aquellos casos en los cuales existe el uso de una tarjeta bancaria o de casa comercial por parte de un tercero, sin el consentimiento del titular. Se comienza explicando la experiencia comparada, para luego referirse al Ordenamiento Jurídico Chileno. A este respecto, se postula que los cobros posteriores al aviso de extravío o hurto que hiciera el tarjetahabiente, son de cargo del proveedor, salvo que se acredite que fueron realizados por el propio titular. Por el contrario, los cobros anteriores, son de cargo del consumidor, salvo

* Abogado; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; Candidata a Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins; Profesora de Derecho Civil, Universidad Mayor; Becaria Conicyt. Correo electrónico: <erikaisler@yahoo.es>

Artículo recibido el 13 de octubre de 2015 y aceptado para publicación el 10 de noviembre de 2015.

que se pruebe que el mal uso de la tarjeta se debió a un acto negligente del proveedor, en cuyo caso este último debe responder.

PALABRAS CLAVE: Consumidor, Tarjeta de crédito, Uso malicioso.

ABSTRACT: *This paper addresses the legal regime applicable to cases in which there is a use of a bank card or trading house by a third party without the consent of the owner. It begins by explaining the comparative experience, and then referring to the Chilean legal system. In this regard, it is postulated that after the notice of loss or theft made by the cardholder, all costs must be paid by the supplier, unless it is proved that they were made by the owner himself. By contrast, the previous charges, are borne by the consumer, unless it is proved that the misuse of the card, was due to a negligent act of the provider, in which case the latter should respond.*

KEYWORDS: *Consumer, Credit card, Misuse.*

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la economía moderna, ha conllevado la aparición de nuevas formas de negociación que permiten otorgar celeridad al tráfico mercantil, facilitar la contratación a distancia, así como disminuir los costos de transacción asociados a ello. En directa relación con lo anterior, el tradicional comercio sustentado en el pago mediante dinero físico ha dado paso a nuevos instrumentos, advirtiéndose también una evolución desde los títulos de crédito hasta el uso de tarjetas comerciales que, hoy por hoy, constituyen el medio de pago mayoritariamente utilizado por los consumidores.

Estos mecanismos, alternativos al uso de monedas y billetes, presentan beneficios importantes, entre otros: disminuir la posibilidad de robo o hurto de dinero físico, el ahorro de tiempo que implica girar dinero en sucursales bancarias, el descuento únicamente del monto exacto que cuesta la operación que se está realizando, etc.

No obstante, uno de los problemas más frecuentes que surgen para el consumidor en este ámbito, se refiere al uso malicioso de dichas tarjetas por parte de un tercero, cuando han sido hurtadas, robadas o extraviadas, caso en el cual se debe determinar quién es el sujeto que debe soportar el costo de estas transacciones no consentidas por el tarjetahabiente.

Esta temática se encuentra regulada en nuestro país en parte por la Ley 20.009 que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito

por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas. Esta normativa, aunque establece una presunción de falta de consentimiento del consumidor respecto de aquellas operaciones que han sido realizadas con posterioridad al aviso de la pérdida, hurto, o robo del instrumento de pago, no es clara en orden a establecer sobre quién recae el riesgo.

El presente documento tiene por objeto proponer una respuesta a la interrogante planteada. En atención a que la doctrina en general no ha tratado esta disyuntiva, el análisis se realiza principalmente a partir de la experiencia comparada, las decisiones de nuestros Tribunales de Justicia, así como de los principios y disposiciones de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, aplicable también a estas materias.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

La normativa comunitaria europea utiliza de manera genérica la expresión “instrumento de pago” la cual entiende como “todo instrumento material, exceptuada la moneda de curso legal (es decir los billetes de banco y las monedas metálicas), que por su naturaleza específica permita, por sí solo o junto con otro instrumento (de pago), al titular o usuario transferir dinero o un valor monetario —como, por ejemplo, tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques o letras de cambio— que esté protegido contra las imitaciones o la utilización fraudulenta, por ejemplo, a través del diseño, un código o una firma”¹.

Con todo, el denominado “dinero plástico” tiene dos principales modalidades: las tarjetas de crédito y las de débito.

Las primeras, según BOQUERA, corresponden a “aquellas que permiten obtener dinero en efectivo en la entidad de crédito emisora o en otras entidades unidas a la red, mediante la exhibición en la oficina bancaria de la tarjeta o a través de los cajeros automáticos. También permiten las compras a crédito, pues la entidad emisora concede al titular de la tarjeta la posibilidad de pagar las facturas en varios plazos abonando una cantidad fija o un tanto por ciento sobre la cantidad pendiente de pago hasta su amortización”².

¹ Art. 1 letra a) Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

² BOQUERA MATARREDONA (2007) p. 965.

Para SANDOVAL, en tanto, se trata de “una operación mediante la cual el emisor, banco o institución financiera, concede al titular de la misma un crédito rotatorio de cuantía determinada gracias a un contrato de apertura de crédito celebrado entre ambos, con el objeto que el usuario lo emplee en la adquisición de bienes o en el pago de servicios proporcionados por establecimientos comerciales afiliados al sistema, vinculados al emisor por el respectivo contrato de afiliación, que obliga a dichos establecimientos comerciales a aceptar el pago mediante el uso de la tarjeta y al banco a pagar, dentro de cierto lapso, dichas adquisiciones o servicios”³.

Las tarjetas de débito por su parte, son aquellas “en las que se verifica su saldo con el banco electrónicamente y se descuenta automáticamente de su cuenta la cantidad total entregada por el cajero o el valor de la compra”⁴.

CRUZ señala que “tienen por objeto reemplazar a los cheques, para lo cual el banco le entrega al cuenta correntista una tarjeta que le servirá no solo para que sea utilizado en algún cajero automático, sino que también para que pueda adquirir los bienes y servicios deseables, siendo cargados a su cuenta el gasto”⁵.

Ambas modalidades tienen características comunes, entre otras, que sólo el titular –o adicional- puede hacer uso de ellas; los pagos se realizan al beneficiario, no siendo endosables o transferibles⁶; permiten al tarjetahabiente el uso de un “servicio de caja” -cajero automático-, sin necesidad de acudir a la ventanilla del banco o institución financiera; sirve de medio de pago⁷, etc. Asimismo, se diferencian en que la segunda exige la celebración previa de un contrato de cuenta corriente, de ahorro o vista a la cual se puedan imputar los pagos, lo que no ocurre respecto de la primera⁸.

III. ANTECEDENTES COMPARADOS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

En el año 1997 se dictó la Directiva europea 97/7 sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, la cual establecía que los Estados miembros debían velar para que en caso de utilización fraudulenta de una tarjeta, existan medidas apropiadas para que el titular pudiera

³ SANDOVAL LÓPEZ (1991) p. 17.

⁴ BOQUERA MATARREDONA (2007) p. 965.

⁵ CRUZ RENCORET (2003) pp. 49 y 50.

⁶ PLOTT WERNEKINCK (2005) p. 50.

⁷ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ (2005) p. 238.

⁸ PLOTT WERNEKINCK (2005) p. 52.

solicitar la anulación de un pago, y se le abonen en la cuenta las sumas del pago o se le restituyan en su caso (art. 8). Si bien esta normativa fue derogada y reemplazada (Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores), la necesidad de su trasposición motivó a los ordenamientos jurídicos internos a regular esta situación.

Así, en España, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁹ establece que cuando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulentamente o indebidamente, utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor puede exigir la inmediata anulación del cargo, lo cual debe realizarse a la mayor brevedad. Por su parte, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el titular, debe éste indemnizar al proveedor los daños y perjuicios producidos a causa de la anulación (Art. 112).

No se refiere a un eventual aviso, ni al límite temporal de la responsabilidad del tarjetahabiente, estimando BATUECAS, que en general se debe distinguir según el sujeto que actuó de manera descuidada: si negligencia en la custodia es imputable al titular, éste responderá; por el contrario, si se debió a un comportamiento negligente del emisor/gestor, debe éste soportar el cobro¹⁰.

Con todo, en general la práctica comercial sí considera en los contratos cláusulas por las cuales se obliga al consumidor a dar aviso del extravío o hurto de la tarjeta, luego de lo cual el pago a un tercero debe soportarlo el proveedor. Según BROSETA y MARTÍNEZ, ellas no pueden considerarse abusivas, por cuanto se trataría de un deber recíproco de buena fe y lealtad¹¹. Por otra parte, en caso de establecerse un monto máximo que el consumidor debe soportar, señala BOQUERA, que éste es independiente del número de transacciones realizadas¹².

En Argentina, la Ley 25.065 sobre sistemas de tarjetas de crédito, compra y débito prescribe respecto de las primeras, como contenido mínimo del contrato entre el emisor y el tarjetahabiente, el procedimiento y responsabilidades en caso de pérdida o sustracción de tarjetas, (Art. 6 letra i). Señala además que cuando las tarjetas de débito o de compra exclusiva se encuentren relacionadas con una tarjeta de crédito, se les aplicará esta ley.

⁹ En su origen la materia se contemplaba en la Ley 7/1996 sobre Ordenación de Comercio minorista, la cual también perdió su vigencia.

¹⁰ BATUECAS CALETRO (2005) p. 205.

¹¹ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ (2005) p. 240.

¹² BOQUERA MATARREDONA (2007) p. 981.

Dicha normativa, si bien no está dirigida a tutelar exclusivamente al consumidor, contiene una reglamentación en tal sentido, por lo que integra el derecho del consumidor o usuario. En cuanto a su régimen supletorio, el art. 3 señala que se aplicarán el Código Civil y Código Comercial y la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. No obstante, cuando se trate de una relación de consumo, señala la doctrina que la regla se invierte, rigiendo el siguiente orden de prelación: Ley 24.240, Código Civil y Código de Comercio¹³.

Tampoco menciona un eventual deber de denuncia, ni el sujeto pasivo que debe finalmente afrontar el cobro derivado del uso fraudulento de la tarjeta, aunque sí rige el límite del contenido contractual referido a los contratos por adhesión.

IV. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

Hasta el año 2005 el sistema chileno no contemplaba una ley que abordara esta temática, sino que únicamente regía –también vigente hoy– el deber de mencionar en el contrato suscrito entre el emisor y el tarjetahabiente “las medidas de seguridad relacionadas con el uso de la Tarjeta y los procedimientos y responsabilidades en caso de robo, hurto, pérdida, adulteración o falsificación de la misma”¹⁴. A diferencia del régimen argentino, esta disposición era administrativa y no legal.

En esta época, además la normativa del Banco Central y de la Superintendencia del Ramo establecían la obligación del emisor de proveer al tarjetahabiente un mecanismo gratuito y vigente las 24 horas del día, para dar aviso del extravío, hurto o robo de una tarjeta, el cual debía ser informado al contratar el servicio, y con posterioridad en su sitio web. Además se debía contar con un número telefónico permanente para ello¹⁵ y se le debía entregar por este mismo medio y en el acto de la recepción, un número o código, su fecha y hora¹⁶. Esta última exigencia tenía por objeto otorgar al consumidor la posibilidad de acreditar la verificación del trámite, así como advertir cualquier error que pudiera existir respecto de la oportunidad en que se realizó.

¹³ FARINA (2004) p. 33.

¹⁴ Compendio de normas del Banco Central, Capítulo III, J.I.

¹⁵ Compendio de normas del Banco Central, Capítulo III, J.2; Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Capítulo 2-15, Capítulo 8-3.

¹⁶ Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Capítulo 8-3.

Si bien nada se señalaba respecto de eventuales responsabilidades, estimaba SANDOVAL, que hasta el siguiente día de la notificación, el titular era responsable ilimitadamente por las operaciones efectuadas, luego de lo cual cesaba su responsabilidad¹⁷, opinión que fue compartida por Mauricio ZELADA, abogado de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, al informar a la Cámara de Diputados durante la discusión de la Ley 20.009¹⁸.

Por su parte, el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras de ese entonces, Enrique MARSHALL RIVERA, sostenía que las transacciones posteriores al aviso se regían por lo dispuesto en los contratos celebrados entre las partes¹⁹.

Esta falta de regulación, así como la experiencia extranjera, motivó que en el año 2002 se presentara un proyecto de ley que se hiciera cargo de esta situación²⁰, el cual finalmente devino en la Ley 20.009 del año 2005.

Se trata de una normativa que únicamente menciona la facultad del consumidor de liberarse, mediante la realización del aviso respectivo. Esto se evidenció también en la etapa de discusión de la ley, en la cual se señaló que ella tenía por objeto proteger al usuario de abusos e injusticias²¹. Así las cosas, y en razón de la redacción final de la Ley referida, no existe claridad en torno a quién es el sujeto que debe soportar el pago a un tercero extraño sin el consentimiento del titular.

Con todo, la Ley 20.009 eleva a rango legal el deber del emisor de contar con un mecanismo de aviso, así como de entregar por el mismo medio y en el acto de recepción, un número o código de recepción, y su fecha y hora (Art. 1 Ley 20.009).

Agrega que el tarjetahabiente no tendrá responsabilidad por las operaciones posteriores al aviso o noticia entregada al emisor, sin perjuicio de la

¹⁷ SANDOVAL LÓPEZ (1991) p. 48.

¹⁸ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, C. Diputados, Historia de la Ley 20.009, p. 20.

¹⁹ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, C. Diputados, Historia de la Ley 20.009, p. 14.

²⁰ Moción parlamentaria, 14.11.2002, Historia de la Ley 20.009, pp. 4 y siguientes.

²¹ Diputado Hales, Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.009, p. 41.

responsabilidad penal que le corresponda (art. 4)²², a partir de lo cual se ha pretendido establecer la imputabilidad de los cargos.

A partir de esta regla, es que en la atribución del riesgo cobra especial relevancia la notificación del hurto, robo o extravío de la tarjeta comercial, dividiéndose la revisión de la temática a partir de este hecho.

1. Los cargos posteriores al aviso

De acuerdo al proyecto de ley original, una vez verificado el aviso de extravío o hurto de la tarjeta, se excluía de responsabilidad a su titular.

Adicionalmente se establecía que el administrador o el emisor de la tarjeta podía contratar un seguro que cubriera los perjuicios ocasionados por el mal uso del documento, debiendo el usuario responder sólo hasta 2 UF, correspondiente a los gastos de caducidad de la tarjeta y/o la prima del seguro que opere en estos casos²³, lo cual no estuvo exenta de debate en las etapas posteriores. En efecto, Enrique Sepúlveda, Jefe de la División Jurídica Legislativa del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de la época, opinaba que la prima debía ser de cargo del emisor y no del titular²⁴. Por su parte, en la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara Baja, un grupo de Diputados -Saffirio, Burgos, Correa, Walker, Uriarte y Molina- propuso que se estableciera la obligación del emisor de contratar dicho seguro para operaciones posteriores al aviso, lo cual fue aprobado por unanimidad²⁵. Además la propia Comisión estimaba que se debía contemplar un deducible de cargo del consumidor, para evitar la liviandad en el uso,

²² Respecto de la alusión a la responsabilidad penal: se refiere a aquel caso en que consumidor da aviso de extravío, hurto o robo con intención de defraudar, lo cual quedaba explícitamente señalado en el proyecto de ley original (Art. único N° 2 Proyecto de Ley), Historia de la Ley 20.009, p. 5.

²³ Art. único N° 4: "(...) En todo caso, el administrador y/o emisor de las tarjetas podrá contratar un seguro para que cubra los perjuicios ocasionados por el mal uso del documento. El usuario, en virtud de lo expuesto, responderá sólo de hasta 2 unidades de fomento, correspondientes a los gastos de caducidad de la tarjeta y/o prima del seguro que opere respecto de estos casos". Proyecto de Ley, 14.11.2002, Historia de la Ley 20.009, p. 6.

²⁴ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, C. Diputados, Historia de la Ley 20.009, p. 18.

²⁵ Ídem., pp. 23 y 24.

tenencia y cuidado de la tarjeta²⁶, solución que fue alabada por el Diputado Tuma, considerando que el consumidor soportaría una suma baja²⁷.

Una vez arribado el proyecto al Senado, informó Marshall, que un seguro obligatorio podría encarecer el costo de la tarjeta para su titular, y que sería más razonable si el asegurado fuese aquél y no el emisor, puesto que este último normalmente era solvente²⁸. Novoa, compartiendo esta opinión, estimó que sólo debía comprender las 24 horas siguientes al aviso²⁹.

Finalmente, la Comisión de Economía de la Cámara Alta eliminó la exigencia de la contratación de dicho seguro, por estimar que encarecería la tarjeta, y que fijaría un monto fijo por los costos que debía asumir el consumidor, los que en realidad podían ser variables³⁰.

El texto de la Ley 20.009 que entró en vigencia establece que una vez que el consumidor ha notificado al emisor del extravío, hurto o robo de la tarjeta de crédito, en general debe responder el emisor, lo que se desprende de su art. 4 ya señalado, así como del art. 1 conforme al cual el tarjetahabiente puede limitar su responsabilidad mediante la mencionada comunicación.

Reafirma lo anterior, la obligación del proveedor de bloquear la tarjeta de manera inmediata a la notificación (art. 2 Ley 20.009), puesto que además de establecer un deber de diligencia para el proveedor, su incumplimiento o bien un cumplimiento negligente que posibilite el uso no autorizado de la tarjeta, originará además responsabilidad infraccional, si se lo relaciona con los arts. 23 y 50 de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

A mayor abundamiento, la normativa del Banco Central prescribe que una vez recibida la notificación, el emisor debe procurar por todos los medios a su alcance impedir la ulterior utilización de la tarjeta aludida, aún en caso de que el titular hubiese obrado con culpa o dolo³¹.

²⁶ Ídem., pp. 22 y 23.

²⁷ Diputado Tuma, Discusión en Sala, Historia de la Ley 20.009, p. 42.

²⁸ Primer Informe Comisión de Economía, Senado, Historia de la Ley 20.009, p. 52.

²⁹ Ídem., p. 52.

³⁰ Segundo Informe de Comisión de Economía, Senado, Historia de la Ley 20.009, p. 67.

³¹ Compendio de normas del Banco Central, Capítulo III, J.2.

Así, por ejemplo, en la causa “Sernac y González con Efectivo S.A.”³², se condenó a la denunciada por infracción a los arts. 12 y 23 LPDC, por haber cargado a la consumidora operaciones realizadas después del aviso.

Con todo, cabe señalar que la Ley 20.009 no excluye totalmente la responsabilidad del titular, sino que simplemente lo favorece con una presunción simplemente legal. En efecto, conforme a su art. 3 el emisor tiene la carga de acreditar que las operaciones fueron realizadas por el tarjetahabiente o alguno de sus adicionales autorizados –según Enrique Sepúlveda, el titular debe haber sido vencido en un juicio³³–, en cuyo caso naturalmente debe responder (art. 3 Ley 20.009).

Reconociendo que el contrato suscrito por las partes se celebra por adhesión, establece también que una cláusula por la cual se pretenda invertir dicha carga de la prueba, se tendrá por no escrita (art. 3 Ley 20.009). Puede también el legitimado activo optar por solicitar la declaración de la nulidad parcial del pacto (art. 16 A LPDC), invocando las causales de abusividad establecidas el art. 16 LPDC, letras c) y d), esto es, las que “pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables” y las que “inviertan la carga de la prueba en perjuicio del Consumidor”, respectivamente.

2. Los cargos anteriores al aviso

Nada dice la Ley 20.009 respecto de quién debe solventar los cargos anteriores al aviso. Tampoco queda constancia de la intención del legislador, puesto que el único antecedente que consta en la Historia de la Ley, se refiere a la opinión de Sergio Cruz, asesor de Transbank S.A., para quien ello debía ser cubierto por un seguro que el emisor debía ofrecer al titular, quien, si lo rechazaba, debía asumir el pago³⁴.

No obstante, no puede decirse que este silencio implique que siempre deba responder el consumidor, puesto que como ya se señaló, esta normativa tuvo por objeto precisamente tutelarlos y no perjudicarlos.

En efecto, al establecer la posibilidad del consumidor de liberarse de responsabilidad mediante el aviso, no significa que con anterioridad a

³² 2° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y González con Efectivo S.A.* (2005, Rol n° 7023-VP-2005, 16.12.2005).

³³ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Historia de la Ley 20.009, p. 18.

³⁴ Informe Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Historia de la Ley 20.009, p.19.

ello deba él cargar con los cobros no consentidos, sino simplemente que no puede favorecerse de la presunción legal, en orden a inferir que el uso de la tarjeta posterior a la notificación se realizó sin su consentimiento y no le genera responsabilidad.

De esta manera, en el período previo rigen las reglas probatorias generales, entendiéndose que lo normal será que el uso de la tarjeta haya sido consentido por el tarjetahabiente, debiendo acreditarse lo contrario. Ello es de toda lógica, puesto que perfectamente el uso indebido puede deberse también a una deficiente gestión por parte del emisor o del vendedor en cuanto a las medidas de seguridad, en cuyo caso debe responder por su negligencia.

Recordemos que la relación entre las partes, puede ser calificada como de consumo, por lo que también rigen las exigencias de la Ley 19.496, aun cuando se trate de una materia regulada por una ley especial si concurre alguno de los casos del art. 2 bis: las materias silenciadas por la normativa especial (letra a); cuando se encuentre comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores y se solicite indemnización de perjuicios (letra b); y cuando se encuentre comprometido el interés individual pero la normativa especial no cuente con un estatuto indemnizatorio propio (letra c).

En este sentido, recibe aplicación el art. 23 LPDC que sanciona al proveedor que por su actuar negligente, causa un perjuicio para el consumidor. De la misma manera se establece la obligación de dar cumplimiento al contrato (art. 12 LPDC), al cual accede un deber de seguridad en el consumo (art. 3 letra e LPDC), tomándose en cuenta además que el proveedor es un sujeto profesional que actúa dentro de su giro comercial de manera habitual, por lo que se encuentra en mejor posición que el consumidor, de poder evitar el mal uso de la tarjeta.

Este criterio de la negligencia, y precisamente aplicando la LPDC, ha sido el adoptado por la mayoría de los pronunciamientos judiciales sobre la materia, sosteniéndose en general que es posible atribuir responsabilidad al proveedor, si los cargos anteriores al aviso han tenido como causa una deficiente gestión de los mecanismos de seguridad.

Así por ejemplo, el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago reiteradamente utiliza como factor de discernimiento la verificación por parte del proveedor de la identidad de quien se presenta como titular, mediante la revisión de la firma del comprobante de pago. De esta manera, cuando la firma del *voucher* y la del documento de identidad son manifiestamente disconformes, condena al emisor por infracción al art. 23 LPDC, mencionando expresamente que los arts. 3 y 4 de la Ley 20.009 no implican que las transacciones

anteriores al bloqueo sean siempre de cargo del consumidor, por cuanto el proveedor igualmente responderá si ha habido mal uso imputable a la empresa emisora³⁵.

Se advierte también una diferencia entre las decisiones de la Corte de Apelaciones que han revisado sentencias de este Tribunal en tal sentido: en el año 2007 revocó la condena en la causa “Sernac y Pimentel con CMR Falabella”³⁶ por estimar que la sola falta de aviso implicaba la inexistencia de una infracción a la LPDC.

No obstante en el año 2008, si bien igualmente se desechó la acción por los mismos argumentos, destacó el voto de minoría de la ministra Valdovinos, quien estuvo por condenar a la empresa, sosteniendo que la limitación de responsabilidad del titular por la notificación de extravío (Ley 20.009) no significaba que el intermediario quede relevado de cumplir con las normas mínimas de control en cada una de las operaciones que sean de su cargo, como es la verificación de la identidad del titular³⁷.

Ya en el mismo año, pero unos meses después, este Tribunal de Alzada, adoptó dicha interpretación minoritaria, en “Sernac con CMR Falabella”³⁸, al confirmar la sentencia condenatoria de primera instancia, sosteniendo que la conducta reprochable de la denunciada radicaba en no haber tomado todas las providencias que estaban a su alcance para impedir el mal uso de la tarjeta en cuestión, lo que daba cuenta de que varias de las operaciones se habían realizado con sólo minutos de diferencia y en un mismo local comercial.

³⁵ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Magaña con Falabella SACI* (2006, Rol n° 10.069-DIO-2004); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Navarro con Car S.A.* (2006, Rol n° 21.429-DIO-2005).

³⁶ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Pimentel con CMR Falabella* (2006, Rol n° 15.050-2005). Revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2007, Ing. n° 5391-2006).

³⁷ 2° Juzgado de Policía Local de Las Condes, *Sernac con Banco Falabella S.A.* (2007, 10.858-5-2006). Confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago (2008, Ing. n° 5690-2007).

³⁸ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con CMR Falabella* (2008, Rol n° 8083-DIO-2007). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2008, Ing. n° 1726-2008).

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas³⁹ y el Primer Juzgado de Policía Local de la Florida⁴⁰, estimaron que la falta de aviso no implicaba la ausencia de responsabilidad para el proveedor, si no se había solicitado el carnet de identidad a la persona que realizaba la transacción, o no se habían cotejado las firmas respectivamente.

Otro caso, lo encontramos en la causa “Olivos Carvajal con Johnson’s”⁴¹, que se originó en la acción interpuesta por una consumidora en cuya cuenta se habían cargado transacciones realizadas por un tercero sin su consentimiento. Alegaba además falta de diligencia, puesto que al tener ella en su poder su cédula de identidad, no era posible que se la hubiera podido exhibir al vendedor, de lo que se colegía que la operación comercial había sido autorizada por el proveedor con omisión de dicho trámite. La defensa de la denunciada y demandada radicó en sostener que la notificación referida no se había realizado en los términos exigidos en el contrato, esto es por escrito y dentro de un plazo determinado, por lo que no se había producido el efecto de liberar de responsabilidad a la tarjetahabiente. No obstante, el Primer Juzgado de Policía Local de Curicó, confirmado por la Corte de Apelaciones de Talca, desechó dicha argumentación, condenando a la empresa al pago de una multa infraccional a beneficio fiscal, así como al resarcimiento de los perjuicios efectivamente producidos. La argumentación de la sentenciadora consistió en estimar que si bien el contrato establecía un plazo para dar cuenta o avisar de la pérdida o sustracción de la tarjeta, éste debía contarse desde que la afectada tuvo conocimiento de ello, por lo que el aviso no había sido extemporáneo. Por otra parte, señala que es requisito para que se autorice una transacción comercial, la presentación de la cédula de identidad, lo cual no había ocurrido en la especie. Finalmente agrega que de acuerdo a la prueba presentada en juicio, se puede advertir que la firma estampada en la boleta de compra es totalmente diferente con la consignada en el documento de identidad.

Siguiendo la misma línea de interpretación, Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, absolvió a la denunciada, cuando no se pudo constatar

³⁹ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, *Quiroga con Mega Johnson’s S.A.* (2006, Ing. n° 304-2006).

⁴⁰ 1° Juzgado de Policía Local de La Florida, *Sernac con Comercial Siglo XXI* (2005, Rol n° 11.163-D-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2006, Ing. n° 1802-2006).

⁴¹ 1° Juzgado de Policía Local de Curicó, *Olivos Carvajal con Johnson’s* (2004, Rol n° 1712-2004). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Talca (2007, Ing. n° 11-2005).

la manifiesta disconformidad de firmas⁴², o bien no se acreditó que la falta de notificación se habría debido a una falla en la plataforma tecnológica que el proveedor había dispuesto para ello, como alegaba la consumidora afectada⁴³.

Una argumentación interesante la encontramos también en “Sernac y Sayes con CMR Falabella S.A.”⁴⁴, en la cual el sentenciador estimó que la regla de responsabilidad por el aviso de la Ley 20.009 no resultaba aplicable al caso denunciado, puesto que la acción se habría fundamentado en otra disposición –art. 23 LPDC- la cual contemplaba una hipótesis infraccional diversa.

Desde este punto de vista, no resultan acertados aquellos fallos que ponen de cargo del consumidor los cobros por la sola falta del aviso, estimando que esta atribución se derivaría de la interpretación *a contrario sensu* de la limitación de responsabilidad por la notificación del art. 4 Ley 20.009⁴⁵, puesto que ello importaría el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva en perjuicio del consumidor, sistema por lo demás excepcional en nuestro ordenamiento jurídico y por tanto, de interpretación restrictiva. A mayor abundamiento, no podría ser que una Ley que tiene por objeto beneficiar al titular de la tarjeta, resulte ser más perjudicial que si no se hubiera dictado.

⁴² 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y López con CMR Falabella* (2006, Rol n° 24.081-AMS-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2007, Ing. n° 447-2007); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y López con CMR Falabella* (2005, Rol n° 5794-AMS-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (Ing. n° 200-2007); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Olivares con Banco Estado* (2006, Rol n° 26.118-DIO-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2007, Ing. n° 305-2007).

⁴³ 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco Falabella* (2008, Rol n° 21.481-DIO-2007). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, Ing. n° 808-2009).

⁴⁴ 2° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Sernac y Sayes con CMR Falabella S.A.* (2007, Rol n° 4612-2006).

⁴⁵ 2° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Efectivo S.A.* (2006, Rol n° 15.460-VP-2005). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2006, Ing. n° 4958-2006).

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Car S.A.* (2008, Rol n° 6297-DIO-2006); 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco Santander Santiago* (2009, Rol n° 7176-AMS-2006). Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (2009, Ing. n° 1091-2009).

Por otra parte, cabe señalar que un pacto por la cual el proveedor pretendiese eximirse de responsabilidad adolecería de nulidad por constituir una cláusula abusiva conforme al art. 16 letra e) LPDC, al contener “limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio”.

Similar opinión tienen BROSETA y MARTÍNEZ, quienes sostienen que una convención de eximición total podría comprender aquellos casos en los cuales la tarjeta ha sido utilizada inmediatamente luego de sustraída y antes de que el titular se percate⁴⁶, esto es, no habiendo negligencia de su parte.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo anteriormente planteado, cabe concluir primeramente que la Ley 20.009, si bien regula parcialmente la materia analizada, no es clara en orden a determinar el sujeto llamado a soportar las consecuencias del uso indebido de una tarjeta comercial, hurtada, robada o extraviada.

La situación que menos dudas presenta es aquella que se produce cuando las transacciones se han efectuado con posterioridad a la notificación que realiza el consumidor al proveedor de la pérdida, hurto o extravío del instrumento de pago, puesto que en estos casos por regla general se libera de responsabilidad al tarjetahabiente, salvo que se pueda acreditar que los cargos han sido consentidos.

Por el contrario, cuando las operaciones han tenido lugar antes del aviso, el titular no puede beneficiarse de la presunción establecida para el caso anterior, pero si logra acreditar que ellas han tenido por causa también un acto negligente o doloso por parte del proveedor, debe ser éste último quien debe soportar su costo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BATUECAS CALETIRIO, Alfredo (2005): *Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico* (Navarra, Thomson Aranzadi).

BOQUERA MATARREDONA, Josefina (2007): “Contrato de tarjeta de crédito” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto; CALZADA CONDE, María Ángeles (Dir.):

⁴⁶ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ (2005) pp. 240 y 241.

Contratos Mercantiles. Vol. I (Pamplona, Thomson Aranzadi. Tercera Edición) pp. 964-991.

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando (2005): *Manual de Derecho Mercantil. Vol. II* (Madrid, Editorial Tecnos).

CRUZ RENCORET, Pedro Pablo (2003): *La tarjeta de crédito bancaria* (Santiago, Editorial Jurídica La Ley).

PLOTT WERNEKINCK, Gustavo (2005): *Manual de operaciones y servicios bancarios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (1991): *Tarjeta de crédito bancaria* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

NORMAS JURÍDICAS CITADA

Compendio de normas del Banco Central.

Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Ley n° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 marzo 1997.

Ley 20.009 que Limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas.

Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, 28.05.2011.

Directiva 97/7 sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (20.05.1997), derogada.

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Derechos de los Consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 25.10.2011.

Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, BOE 17.01.1996, España.

Ley 25.065 sobre sistemas de tarjetas de crédito, compra y débito, 09.01.1999, Argentina.

JURISPRUDENCIA CITADA

- 1° Juzgado de Policía Local de Curicó, *Olivos Carvajal con Johnson's* (2004): 1 de diciembre de 2004, Rol n° 1712-2004. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Talca, Ing. 11-2005, 14 de mayo de 2007.
- 2° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y González con Efectivo S.A.* (2005): 16 de diciembre de 2005, Rol n° 7023-VP-2005.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Magaña con Falabella SACI* (2006): 13 de marzo de 2006, Rol n° 10.069-DIO-2004.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Navarro con Car S.A.* (2006): 22 de agosto de 2006, Rol n° 21.429-DIO-2005.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Pimentel con CMR Falabella* (2006): 14 de julio de 2006, Rol n° 15.050-2005. Revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. 5391-2006, 21 de marzo de 2007.
- 2° Juzgado de Policía Local de Las Condes, *Sernac con Banco Falabella S.A.* (2008): 12 de septiembre de 2007, n° 10.858-5-2006. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 5690-2007, 21 de enero 2008.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco Falabella* (2008): 19 de diciembre de 2008, Rol n° 21.481-DIO-2007. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 808-2009, 8 de abril 2009.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Banco Santander Santiago* (2009): 17 de junio 2008, Rol n° 7176-AMS-2006. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 1091-2009, 15 de abril 2009.
- 3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Car S.A.* (2008): 20 de marzo 2008, Rol n° 6297-DIO-2006.
- 2° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con Efectivo S.A.* (2006): 21 de julio 2006, Rol n° 15.460-VP-2005. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 4958-2006, 18 de octubre 2006.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac con CMR Falabella* (2008): 11 de enero 2008, Rol n° 8083-DIO-2007. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 1726-2008, 7 de agosto 2008.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, *Quiroga con Mega Johnson's S.A.* (2006): 4 de diciembre 2006, Ing. n° 304-2006.

1° Juzgado de Policía Local de La Florida, *Sernac con Comercial Siglo XXI* (2005): 12 de octubre 2005, Rol n° 11.163-D-2005. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 1802-2006, 31 de mayo 2006.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y López con CMR Falabella* (2006): 27 de septiembre 2006, Rol n° 24.081-AMS-2005. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 447-2007, 21 de marzo 2007.

3° Juzgado de Policía Local de Santiago, *Sernac y Olivares con Banco Estado* (2006): 5 de diciembre 2006, Rol n° 26.118-DIO-2005. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Ing. n° 305-2007, 18 de abril 2007.

2° Juzgado de Policía Local de Maipú, *Sernac y Sayes con CMR Falabella S.A.* (2007): 24 de mayo 2007, Rol n° 4612-2006.

RECENSIONES

CARVALHO LEAL, VIRGINIA,
USCANGA BARRADAS, ABRIL (EDS.),
EL DERECHO Y SUS RAZONES
(APORTACIONES DE JÓVENES
INVESTIGADORES), BUBOK
PUBLISHING S.S.L., MADRID,
ESPAÑA, 2013, 292 PP.

SERGIO PEÑA NEIRA*
Universidad de Chile
Santiago, Chile

Este texto es la reunión de las actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho que tuvo lugar en la Universidad de León en 2013. En primer lugar trata de filosofía del Derecho y filosofía política, en segundo lugar de Derecho internacional, en tercer lugar de Derecho penal, en cuarto lugar de Derecho procesal y en quinto lugar de Derecho mercantil. Es un texto disímil por las disciplinas pero muestra un esfuerzo en lograr aunar a las mismas en una disciplina única, el Derecho que al especializarse en muchas disciplinas deja de lado lo principal, el lograr la unidad de conocimientos en una única disciplina.

En la sección de filosofía del Derecho y política nos detendremos en la justificación de la responsabilidad civil por daños extracontractuales. El artículo que nos brinda Virginia Carvalho Leal, Por una teoría justificadora de la responsabilidad civil por daño extracontractual y se extiende desde la página 45 a la 54. En ella la autora plantea dos de las más significativas posturas acerca de la naturaleza del Derecho de daños o Derecho de la responsabilidad

* Abogado, Doctor en Derecho, Universidad Internacional de Andalucía (España). Catalyst del Climate Change Colab del MIT y colaborador de la línea de investigación de la UNAM "Estado de Derecho Internacional". Correo electrónico: <sergio.penaneira@gmail.com>

extracontractual, la de la “maximización de la riqueza social” y la de “la realización institucionalizada de la justicia correctiva”. La primera de carácter económica basada en la eficiencia, la segunda moralizante basada en la rectificación de injusticias. Ejecuta la actividad de analizar la evolución del debate, desde sus inicios en países del “Common Law” hasta su incorporación en la discusión jurídica hoy día en otros mundos. Su característica principal es el debate sobre sus fundamentos últimos tanto conceptuales como morales. Hace referencia, como es lógico, a Aristóteles y sus primeros fundamentos acerca de la Justicia, en general, y la Justicia correctiva en particular y contenida en su “Ética a Nicómaco” o “Ética Nicomaquea”. La “justicia correctiva” ha devenido en el fundamento de esta materia en el mundo. El fundamento de esta discusión filosófico-jurídica lo sitúa la autora en la diferencia codificación-no codificación donde en la codificación se rechaza por haberse consagrado jurídicamente una “solución” legal, la discusión en torno a los fundamentos de la institución. Luego vuelve a Aristóteles como fundamento del Derecho de daños refiriéndose a la relación “justicia” e “igualdad” donde, en nuestra opinión, Aristóteles al parecer yerra. Los conceptos dan cuenta de realidades que pueden ser contrapuestas, lograr la igualdad entre diferentes sujetos sólo puede plantearse conceptualmente en cambio justicia no sólo posee un alcance conceptual sino incluso real. Pero en lo que interesa la autora se refiere a esta materia indicando que “nadie debe ganar a través de la pérdida de otro”, fundamento último de este tipo de Justicia, la correctiva. De otra parte aparece la teoría económica por una serie de deficiencias de la teoría moralizadora. Esto en base a los cambios estructurales de la economía con la denominada “Revolución Industrial”. De ello aparece la “teoría de la disuasión económica”: maximización de la riqueza y la eficiencia o la minimización de los accidentes. Distingue en esta concepción la formalista (estructura y conceptos).

Otro de los artículos, esta vez en Derecho internacional público, se titula “Hacia un acceso global a los medicamentos como cuestión de justicia global”, donde el objetivo principal de su autor, Iván Vargas-Chaves de la Universidad de Lisboa, es dar a conocer uno de los problemas acuciantes en el último tiempo, a saber, el que personas de países subdesarrollados puedan contar con medicamentos para enfrentar enfermedades. La imposibilidad de acceso se la califica a un “tipo de pobreza”. Primero desvirtúa algunos mitos como el de préstamos para la compra de medicamentos y el de los derechos protegidos por procedimientos judiciales porque en una multiplicidad de casos no hay los mismos. Esto se ve agravado por las normas jurídicas impuestas por transaccionales en tratados internacionales, Acuerdo de Derecho de la Propiedad Intelectual para el comercio, los acuerdos de libre comercio o el Tratado Transpacífico. El autor considera esta opinión así como aquella que indica a la propiedad industrial como fuente de desarrollo económico

producto de la protección jurídica a la invención en razón de la inversión desarrollada. Luego el autor indica que la invención protegida por patentes canaliza la inversión extranjera y es instrumento para fortalecer las relaciones comerciales entre varios países. Funda la necesidad de acceso a la justicia en la igualdad de oportunidades compensando a los que necesitan bajo la noción de “debida distribución acerca de lo que puede repartirse”.

En Derecho penal José Manuel Palma Herrera trata “Una propuesta de interpretación restrictiva en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas” porque existe un problema en relación al Código Penal español en cuanto el mismo contiene un “modelo” de sanción a la persona jurídica que puede violentar y violenta derechos de las personas jurídicas, se propone una interpretación restrictiva de los “hechos de conexión”. Luego de un repaso general de las opiniones y fundamentos se centra en la ley 5/2010 donde se critica que además de opiniones dogmáticas alemanas e italianas hoy hay que satisfacer las opiniones jurídicas anglosajonas. Asimismo, se diferencia entre el Derecho civil y mercantil en que la responsabilidad jurídica de la persona natural se limita y en la del Derecho penal, que se desarrolla de manera sistemática incluyendo penas al efecto. Se hace referencia a otro problema jurídico, el de la disciplina, las sanciones consideradas podrían haberse impuesto por medio de medidas administrativas. No hay razón para estos tipos y sanciones desde el punto de vista de la política criminal porque frente a las crisis de carácter económico las sanciones son suficientes a quienes quieren quedar en la impunidad. El autor estudia luego las interpretaciones del artículo 31bis, así el “modelo” es la responsabilidad por el “hecho propio”, la heteo-responsabilidad al trasladar la misma desde la persona física a la jurídica y los del “modelo mixto”. Luego plantea las características de cada uno de estos modelos, así se considera un modelo de autorresponsabilidad concentrándose en la “autorregulación” (donde se regula autónomamente pero no incrementa el riesgo de la persona jurídica a la sociedad). Se critica este modelo por ser cercano a un “Derecho penal de autor”. El modelo vicarial se hace responder por delitos de la “persona física” y se critica por ser contrarios a la personalidad de las penas como manifestación del principio de culpabilidad. Un tercer modelo es el “modelo mixto” donde el administrador, “persona física”, comete un delito, entonces la persona jurídica responde por el delito del administrador en su calidad de tal. En un análisis ontológico el autor expone que si se responde por la persona jurídica por la comisión de un delito es por el “hecho del otro” o hecho ajeno, no por el propio, lo anterior es contrariar el sentido del Código Penal que sanciona actos humanos, de personas naturales o físicas. La conclusión es que el Código Penal español recoge un modelo vicarial. Luego el autor se centra en una serie de situaciones jurídicas que llevan al absurdo desde el punto de vista del razonamiento jurídico desde el punto de vista penal. Algunas prevenciones finales del autor

resultan interesantes, no cabe la prevención absoluta, debe permitirse un riesgo, y anuncia una modificación al Código Penal incluyendo la incorporación de administradores externos.

Otro texto de gran interés por enfrentar problemas que nos aquejan hoy es el titulado "Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal del profesional sanitario. Especial atención al ámbito de la cirugía" de Pablo López Robles. El autor desarrolla de manera sistemática un problema de claridad conceptual tanto para el sector público de salud como para el privado. Asimismo trata el consentimiento informado previo, según su estudio, a fin de evitar abusos de experimentación en humanos (aunque también se usa para exonerar de responsabilidad). Explica la evolución desde el médico como el que decide el tratamiento al paciente a quien se le informa clara, sencilla y adecuadamente. De ello deduce el autor, el "consentimiento informado". En este sentido pospone la vida, el autor, a las "opciones terapéuticas", "planes de vida", "escalas de preferencias valorativas" del paciente. Supone el autor que el paciente cuente con "Capacidad natural de juicio" y "Capacidad natural de discernimiento" que le permita "conocer" el tratamiento al cual se le someterá. Centra el tema en la "capacidad de autodeterminación". Plantea el autor algunos problemas interesantes, la relación consentimiento informado con la de la eximente de responsabilidad por obrar "en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho". Asocia "conocimiento informado" a la eximente. Luego avanza al "trabajo en equipo" a fin de delimitar la responsabilidad jurídica de los miembros de dicho equipo. La responsabilidad podría generarse por el actuar o propio o de otro cuando el líder de un acto médico, el médico a cargo, no trabaja con miembros del equipo que no se encuentran calificados. Se refiere a "relaciones horizontales". Si la relación es la contraria, de verticalidad, el superior tiene deberes de supervisión, deber de instrucción, deber de vigilancia. El principio central es el de la confianza, todos confían en que los otros tendrán una actuación correcta. Luego centra su análisis en la "imprudencia". Indica que los daños tendrán su origen en la falta de cuidado o negligencia y se excluye el actuar doloso: se basa en un "deber de cuidado exigible", en este caso se relacionaría con la "*lex artis*" "conjunto de reglas técnicas de cuidado de carácter general aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad médico sanitaria".

En Derecho comercial, por su parte, puede mencionarse un texto intitulado "La acción directa en favor del porteador efectivo". La autora, Raquel Amandi Rendueles inicia su exposición indicando el principio de relatividad de los contratos legitimando al porteador para reclamar el cumplimiento del pago del transporte, al cargador o al destinatario. Luego expone la complejidad de las "operaciones de transporte" y el que se subcontratan los servicios con lo cual cada subcontratado es el cargador vis a vis al porteador

subcontratado. Debido a lo anterior ejecutarían contratos superpuestos. Por la aplicación del principio indicado sólo se puede reclamar el pago por el transporte al cargador o al destinatario del contrato mismo aplicando el contrato de obra. Existen varios contratos superpuestos a fin de obtener la consecución del transporte: El porteador se obliga a las operaciones para efectuar el transporte. El contrato de transporte se le considera un contrato de obra a estos efectos y con ello se genera el efecto ya indicado. A fin de ejecutar este derecho por medios procesales se otorga legitimidad activa a los subcontratados y se requiere incumplimiento de la obligación. Existe una serie de otros temas de interés que pueden servir de ejemplo a nuevos desarrollos legales y la modificación de regulaciones chilenas en materia internacional. El problema que observa la autora es la restricción a los casos de transporte terrestre, pero no a todos los transportes terrestres.

En materia de Derecho procesal encontramos el artículo de Gracia Fernández sobre arbitraje institucional y se refiere a las vicisitudes que ha debido recorrer el mismo en la materia desde 1988 hasta hoy. Fundamenta el mismo en el acceso a la Justicia y en el derecho a la tutela efectiva además de otros temas relacionados a la materia. Toma la definición de Moreno Catena sobre la materia considerando como elementos esenciales a un tercero imparcial y el poner fin de manera definitiva e irrevocable al conflicto, aunque agrega la designación por las partes, el que la materia sea sometible al juez y faltan otra serie de elementos de la naturaleza. El arbitraje institucional es el administrado por una institución. Una ventaja del "arbitraje institucional" es el conocimiento del procedimiento previamente establecido por la institución de que se trate. En el año 2003 la ley española incorpora este tipo de arbitraje. Las instituciones que se encarguen de esta materia pueden ser entidades públicas o aquellas privadas pero sin ánimo de lucro. Los beneficios del arbitraje institucional son, además, la "garantía de calidad", "rapidez", "eficacia de la resolución", "imparcialidad e independencia de los árbitros", "facilidad y garantía en la designación de los árbitros", "economización y certidumbre del coste", confidencialidad, "obligatoriedad del sometimiento a arbitraje tras el acuerdo", "simplificación de la redacción de la cláusula/convenio arbitral", "asistencia administrativa", "asistencia logística a las partes y a los árbitros", "asesoría y supervisión de los árbitros".

Todos estos artículos muestran un interesante trabajo de muchos profesionales en materia de investigación y estudio de la Ciencia jurídica en España e Iberoamérica. Resulta un texto interesante de leerse aunque no por ello debemos dejar de indicar que la lectura de los textos debe ser muy cuidadosa. La investigación en algunos casos es general y merece cuidado de la misma, es decir, no puede olvidarse que debe ser considerada en su fase preliminar. Esto nos lleva a estudiarla en un sentido crítico. Las preguntas,

por consiguiente, aparecen de inmediato, por ejemplo, acerca del sentido de una ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, acerca de la responsabilidad de los profesionales de la salud y los supuestos del autor del artículo aquí comentado o de las relaciones de tal responsabilidad para con los parientes a quienes los médicos y otros profesionales los ven como un estorbo cuando no los necesitan o como un mal necesario cuando ocurre lo contrario y requieren la firma de permisos basados en un consentimiento "informado" y no lo es tal. El arbitraje, sin duda, es muy interesante pero sólo en los casos en que es posible pagarlo y aún así nos coloca en la necesidad de preguntarnos acerca de la inequidad y desigualdad de formas de solución de controversias en que debe administrarse el dinero para obtener una solución. Las mismas, son realmente independientes, tienen un sentido igualitario y si lo tienen pueden realmente defenderse frente a la crítica de convertirse en una justicia pagada.

Los comentarios que se hacen en el párrafo anterior permiten al menos reflexionar acerca de los temas que se han comentado, no son todos los incorporados en el libro, y nos llevan a la reflexión, propia de la ciencia y de la academia, una reflexión crítica o de carácter rigurosa no sólo en lo formal sino en el fondo de cada texto.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* tiene el cometido de contribuir al desarrollo de las Ciencias Jurídicas a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho. Es desde ahí que surge la invitación a todos los operadores jurídicos a fin de tener un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito jurídico iberoamericano.
2. Su principal objetivo es comunicar conocimientos jurídicos derivados de estudios monográficos (artículos doctrinales), compartir comentarios de jurisprudencia y difundir recensiones.
3. Se trata de una publicación en formato electrónico e impreso de periodicidad semestral. El n° 1 de cada año aparece en junio, y el n° 2, en diciembre.
4. Se convoca a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, tanto nacionales como extranjeros, al envío de colaboraciones en las tres secciones permanentes de la Revista (estudios, comentarios de jurisprudencia y recensiones), para que una vez aprobados se posibilite su publicación y difusión. Las colaboraciones se reciben durante todo el año; sin embargo, se recomienda enviarlas antes del 15 de abril para el primer semestre, y antes del 15 de octubre para el segundo semestre, a fin de que completen el proceso de evaluación y aprobación, y logren ser incluidos en el n° 1 y n° 2 correspondientes.
5. El envío de una colaboración supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la evaluación de otras publicaciones periódicas. Además supone la cesión de derechos de autor a la Revista, una vez aprobado el artículo, para efectos de su reproducción.
6. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de arbitraje doble y anónimo, que implica la revisión y evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la Revista, designado por la Directora responsable a proposición del Comité Editorial de la Revista.
7. Los colaboradores cuyos trabajos fueren aceptados y publicados en la Revista recibirán gratuitamente un ejemplar de la que contenga su colaboración y 10 separatas.

II. FORMA Y PREPARACIÓN DE MANUSCRITOS

1. Las colaboraciones pueden presentarse en idioma español o inglés, en formato tamaño carta, numeradas, letra Times New Roman tamaño 12, con un interlineado 1,15 y sin interlineado adicional entre párrafos.

Debe estar encabezado por el título completo en español, mayúscula y negrita. Luego se agrega su traducción al inglés, en minúscula y cursiva.

2. Seguidamente debajo del título se ha de consignar el nombre del autor y su afiliación institucional, indicando ciudad y país de la institución.
3. Se elaborará también un resumen que dé constancia de lo que abordará el artículo de manera sucinta, así como tres a cinco palabras clave. Tanto el resumen como las palabras claves deben estar en español e inglés (*abstract* y *keywords*).
4. Los títulos y subtítulos correspondientes a las divisiones principales del artículo deberán ser claros, concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
5. No se usará letra negrita, salvo para los títulos de conformidad a lo explicado precedentemente. Tampoco se usará el subrayado.
6. El uso de cursiva se usará exclusivamente para palabras en otro idioma.
7. Se utilizará el sistema de citación con notas a pie de página numeradas consecutivamente y ajustadas a las normas de publicación adoptadas por la Revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Los trabajos que deseen publicarse en la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse vía electrónica a la casilla arsboni@ubo.cl, con atención a la directora responsable, doña Nathalie Walker Silva. El correo electrónico al que se adjunte el trabajo debe contener la solicitud de publicación, el nombre del autor y la mención expresa sobre la categoría en que se incluye el trabajo.
2. También deberá adjuntarse una carta en la que los autores señalan que el trabajo es inédito y que 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.

3. El sistema de citación adoptado por la Revista corresponde a las normas de la International Standardization Organization, ISO 690 e ISO 690-2, en relación con sus equivalentes emanadas del Instituto Nacional de Normalización: NCH1143.Of1999 Documentación –Referencias bibliográficas– Contenido, forma y estructura, y NCH 1143/2.Of2003 Información y documentación –Referencias bibliográficas– Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos, las que han sido declaradas norma chilena oficial por Resolución n°75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999 y Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003, respectivamente.
4. **Bibliografía citada:** Al final del trabajo irá un listado de todas las referencias bibliográficas **efectivamente citadas o referidas** bajo el título de “Bibliografía citada”. La lista se ordenará alfabéticamente por su primer elemento, que es el nombre del autor empezando por su apellido, junto al 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 versalitas y el nombre en redonda. En ningún caso podrán ser citadas dos fuentes bibliográficas diferentes en una sola referencia.
5. En todas las referencias, los apellidos de los autores se escribirán en versalitas y el título de la obra en que se encuentra, en cursiva. Finalmente, en un paréntesis debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.
6. La referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. Se usará sangría francesa. Los títulos de libros y de publicaciones periódicas en lengua extranjera se indican en el idioma original.

Ejemplos de referencia:

- A. **Libros:** BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (ciudad de publicación, editorial, número

de edición (excepto la primera)) / (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

- B. **Traducciones:** AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva)/ (trad. nombre del traductor, ciudad de publicación, editorial, número de edición si corresponde).

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

Elementos: Autor(es) del capítulo/ (año de publicación): / "título del capítulo" / nombre del editor(es) o 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) / (ciudad de publicación, editorial) / paginación.

- D. **Artículo de revista:** VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi*, vol. 6 Nº 1: pp. 27 - 79.

Elementos: Autor(es) del artículo/ (fecha): / "título del artículo" / título de la Revista, (en cursiva) / volumen y número: / paginación.

- E. **Documentos en formato electrónico:** BERMÚDEZ, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria" Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004

Elementos: Autor(es) del documento/ (fecha): / "título" / Disponible en: vínculo del documento.

- F. **Referencia de 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).

7. **Normas citadas.** Luego del listado de referencias bibliográficas se deben incluir 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. Se ordenarán alfabéticamente, de menor a mayor número, si es del caso, y se usará sangría francesa. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo:

Ley N° 18.525 del 30 de junio de 1986, Normas sobre importación de mercancías al país.

8. **Jurisprudencia citada.** Tras el listado de referencias legales se debe incluir uno de todas las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo, bajo el título “Jurisprudencia citada”. En este listado, las referencias a las sentencias harán indicación de las partes en cursiva (primer apellido o sus iniciales), al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación. Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente, n° rol, de serie, de expediente u otro equivalente / fuente de localización. Si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes.

Ejemplos:

Radrigán y otros (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

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 de agosto de 2000, rol n° 309. Disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/

Tamaya con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp. 65-73.

Sobre la jurisprudencia internacional citada. En el caso de citar jurisprudencia internacional, se deberá ocupar el sistema propio de referencia que utilizan las cortes y tribunales de origen de la sentencia para su identificación.

Ejemplos:

Estados Unidos: Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)

España: STC 095/2010.

9. **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.

A. REFERENCIA ABREVIADA DE OBRAS

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie el apellido del autor (en versalitas), 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).

Si la obra tiene tres o más autores su indicación deberá contener el apellido del primer autor seguido por la expresión latina *et al.* Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación. Si se contemplan obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, se distinguirán por una letra seguida del año de publicación.

Ejemplos:

- Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.
- Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.
- Obra con tres o más autores: GALLARDO *et al.* (2011) p. 94.
- Más de una obra de un mismo autor y año de publicación: GUZMÁN (2005a) p. 12.

B. *REFERENCIAS ABREVIADAS DE LAS NORMAS CITADAS*

En la nota respectiva se deberá indicar el número de la norma y su año de publicación.

Ejemplo:

Ley n° 20.431 de 2010.

C. *REFERENCIAS ABREVIADAS DE JURISPRUDENCIA CITADA.*

Se indicará el nombre de las partes en cursiva (con su primer apellido o sus iniciales) seguido del año de dictación entre paréntesis. En el caso de una sentencia del Tribunal Constitucional, deberá mencionarse el título o número de la ley o el artículo que se haya discutido y el rol de la causa.

Ejemplo:

Tamaya con Atocha (1999).

Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (2000).

10. **Presentación de gráficos, tablas, figuras o imágenes:** Dentro del cuerpo del texto solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos atinentes a la materia de la publicación. En particular, cada imagen, tabla o gráfico debe estar en formato .jpg.

A. *TABLAS*

Las tablas se realizarán en formato Word, llevarán un título conciso y serán enumeradas correlativamente con números arábigos, usando letra mayúscula negra. Ejemplo: **TABLA N° 1, TABLA N° 2, TABLA N° 3**. Las observaciones adicionales se incluirán al pie de la tabla.

B. *FIGURAS (GRÁFICOS E IMÁGENES)*

Se considerará figura a todo tipo de material gráfico que no sea tabla (diagrama, gráfico, fotografía, dibujo, entre otros). Las figuras se realizarán en formato .jpg (resolución mínima 350 ppp (puntos por pulgada) y tamaño máx. de 15 cm. de ancho por 18 cm. de alto; todos los elementos deben ser legibles; entre 8 y 14 puntos. Enumere todas las figuras de manera consecutiva con números arábigos a la largo de todo el texto, usando letra mayúscula negra. Ejemplo: **FIGURA**

Nº 1, FIGURA Nº 2, FIGURA Nº 3. Dentro del texto, se refiere a las figuras por sus números. Ejemplo: Como se muestra en la Figura nº 1 o véase la Figura nº 2.

IV. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE TEXTOS

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los textos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la Revista.
2. Previo al envío a arbitraje se revisa el texto desde el punto de vista formal (estilo, lenguaje, ortografía, normas de edición, traducciones al inglés). Tras esta revisión, puede solicitarse al autor completar datos bibliográficos o notas a pie de página de ser necesario
3. En el caso de arbitraje, los parámetros utilizados por los pares académicos para la evaluación de los trabajos 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.
4. El resultado del arbitraje será comunicado al autor. Este tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones o recomendaciones hechas por los arbitrajes si desea la aceptación del mismo para publicación.
5. Recibida la versión ajustada, se revisa si las observaciones hechas al trabajo han sido acogidas íntegramente por el autor. Tras esta revisión pueden realizarse nuevas recomendaciones al autor. Se establece un máximo de hasta dos correcciones por trabajo. Si en la tercera revisión el artículo no cumple plenamente con las observaciones formuladas, este se entenderá rechazado por el Comité Editorial.
6. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, se prepara el cierre del proceso de edición correspondiente.
7. Los primeros días del mes de junio y de diciembre se publican los artículos aceptados durante el primer y segundo semestre, respectivamente, en la versión electrónica de la Revista y se procede al envío de los archivos a las bases electrónicas en las cuales se encuentra la Revista indexada. Dentro de los mencionados meses, asimismo, se realiza el envío gratuito de ejemplares a las principales bibliotecas del país, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los más célebres estudios jurídicos chilenos.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

I. SCOPE AND POLICY

1. *Ars Boni et Aequi* is committed to contribute to the development of Legal Science through the publication of original and unpublished researches confined to the various branches of law, to invite all legal operators to constant study, reflection, analysis, critical and propositions in Latin-American juridical area.
2. Its main objective is to communicate legal knowledge derived from monographic studies, to share case law reviews and spread reviews.
3. This is an electronic and printed publication presented every six months. The n° 1 of each year appears in June, and n° 2, in December.
4. We invite to all researchers and law students, domestic and foreign, to submit articles to cover the three regular sections of the magazine (studies, case law comments and books reviews). The works are evaluated and if they are approved we permit their publication and dissemination. Contributions are received all the year, however, we recommend submissions before April 15 for the first semester, and before October 15 for the second one, in order to complete the approval process.
5. Sending an original article to the editor implies that the author is not going to submit it simultaneously to other periodicals. Also assigns the copyright of the text, once admitted, to *Ars Boni et Aequi*.
6. A double and anonymous arbitration will review and evaluate the work.
7. The authors, whose works were accepted and published in the Journal, will receive a free copy with it and 10 offprints.

II. FORM AND PREPARATION OF MANUSCRIPTS

1. The articles can be submitted in English or Spanish, letter-size page, numbered and fully legible, font Times New Roman, size 12, line spacing to double spacing, and with an extra space between paragraphs. It should be headed by the full title in English, bold capitals. Then add a Spanish translation, in lowercase italics.

2. Immediately below the title must include the author's full name (written in lowercase except the initial letters, which must be written in capital letters) and her/his institutional affiliation, indicating city and country of the institution.
3. It also has to include an abstract, showing in a brief way, what the article is about and three to five keywords. Both abstract and keywords have to be in English and Spanish (*resumen y palabras claves*).
4. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.
5. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining.
6. Italics will be used only for words in another language.
7. It will be used a citation system with footnotes numbered consecutively and adjusted to the standards adopted by the Journal.

III. ORIGINAL SUBMISSIONS AND PUBLICATION STANDARDS

1. The articles to be published in the Law Review of Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, must be submitted by email to arsboni@ubo.cl, addressed to the Director-in-Chief, Mrs Nathalie Walker. The email must contain the publication request, name of the author and the specification in which category the work must be included.
2. There also must be attached a letter in which the authors note that the work is unpublished and undertake not to submit simultaneously to other journals. Also, the authors of the articles must inform if such work is published as part of a book or a bigger work.
3. The citation system adopted by the Journal corresponds to the standards of the *International Standardization Organization*, ISO 690 and ISO 690-2, in relation to their equivalent issued by the Chilean National Standards Institute: NCH1143.Of1999 Documentation - Bibliographic references - Content, form and structure, and NCH 1143/2.Of2003 Information and documentation - Bibliographic references - Part 2: Electronic documents or parts thereof, which have been declared official Chilean Standard by Resolution n° 75 of 1999 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 24

February 1999 and Resolution n° 92 of 2003 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 13 March 2003, respectively.

4. **Bibliographic references:** At the end of the work will be a list of all references **effectively cited or referred** under the title "Bibliography cited". The list must be sorted alphabetically according to 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. after the year of publication and inside the parenthesis. The last names of the author will be written in VERSAILLES and name in round. In no case can be cited two different literature sources in a single reference. In this list, reference books contain an indication of the total number of pages, and the reference to journal articles and chapters of books will display the page numbers start and end.
5. In every reference, the authors' last names will be written in VERSAILLES and the title in *italics*. Finally, into a parenthesis there must be included the city of publication, publisher and number of edition in case there is more than one.
6. The references of journal articles and book chapters will indicate the numbers of beginning and ending. French indentation will be used. Books titles and periodical publications in a foreign language will indicate the original language.

EXAMPLES:

- A. **Books:** ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (New York, Barnes Noble Inc., third edition).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / (place of publication, publisher, edition number (except for the first one)) / (For works with more than one volume, indicate the number of it).

- B. **Translations:** AKEHURST, Michael (1972): *Introduction to International* (trad. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial).

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (trad. translator name, place of publication, publisher, number of edition if it corresponds).

- C. **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 (coords.), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia) pp. 145 – 184.

Elements: Author (s) of the chapter / (year of publication): / "title of chapter" / name of the author (s) or coordinator (s) of the book, when it differs from the author of the chapter or article (indicating his capacity as editor (s) or coordinator (s) / book title (in italics) / (place of publication, publisher) / pages.

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

Elements: Author (s) / (date) / "Article tittle" / title of the journal (in italics) / volume and number: / pages.

- E. **Electronic documents:** BERMÚDEZ, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria" Available at: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004

Elements: Author (s) / (date) / "Tittle" / Available at: link

- F. **Reference of two works of the same year by the same author:** When citing two or more works by a particular author, published in the same year, will be distinguished by a letter, which follows the first name and the year of the work:

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

7. **Legislation:** After the list of bibliographic references, there must be included a list of all legal or regulatory references, entitled "*Legislation cited*". This list is limited to the statutes effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable and French indentation will be used. In the case of a statute, it will be indicated its number, publication date (day, month and year) and the official title, if applicable.

EXAMPLES:

Ley N° 18.525 del 30 de junio de 1986, Normas sobre importación de mercancías al país.

8. **Cases:** After the legislation, there must be included a list of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled "Cases cited". The reference shall mention the name of the parts in italics (or their initials), year of the judgment in parenthesis, followed by a colon (:), court and date (day, month and year). It is suggested to indicate the type of action and procedure, n° role, serie n° or equivalent. Sentences must be sorted chronologically and alphabetically by the name of the parts.

EXAMPLES:

Radrikan y otros (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de abril de 2009, rol n° 2447-2008, Westlaw CL/JUR/8560/2009.

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 de agosto de 2000, rol n° 309. Disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/

Tamaya con Atocha (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp. 65-73.

Cases from other jurisdictions. Cite cases from other jurisdictions as they are cited in their own system for its identification.

EXAMPLES:

Estados Unidos: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)
España: STC 095/2010.

9. **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.

A. BRIEF BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

Abbreviated references in books, magazine articles and other formats will be noted in the footnote: only the first author's last name (in VERSAILLES), year (in parenthesis) and the number or numbers of the page or pages accurate in the cited reference appears. It is recommended not to make references to jobs that have not been addressed directly by the author, either critically or at their approaches. Readers can check the full details of the reference in the *Bibliography cited* list at the end of work (described above). If a work has three, four more authors, cite all authors in the reference list end. In the footnotes page is written only the first author followed by *et al.*, Year of publication and page respectively:

In case citing two or more works by different authors in the same reference, write the names and respective years of publication, separated by a comma.

Examples:

- Works by one author: MANSON (1978) p. 52.
- Works by two authors (surnames are joined by the conjunction and): FIX-ZAMUDIO AND VALENCIA (2003) p. 247.
- Works with three or more authors: GALLARDO *et al.* (1990) p. 20.
- More than one work with same author and year of publication: GUZMÁN (2005a) p. 12.

B. BRIEF LEGISLATION REFERENCES

It shall indicate the number of the statute and the year of publication.

Example:

Ley nº 20.431 de 2010.

C. BRIEF CASE REFERENCES

The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the parts in italics (or their initials), followed by the year of promulgation. In case of a sentence from the Constitutional Court, for example, there will be mention of the title or number of the statute that has been discussed as well as the number of the case.

Examples:

Tamaya con Atocha (1999).

Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (2000).

10. **Presentation of graphs, tables, figures and images:** Within the body text can only be included images, tables and graphics related to the subject of the paper. Each image, table or graphic must be in *.jpg format.

A. *TABLES*

The tables will be in Word format, with a concise title and be numbered consecutively with Arabic numerals, capital letters using bold. Example: **TABLE N° 1, TABLE N° 2, TABLE N° 3**. Additional observations will be included at the bottom of the table, will organized in columns and rows.

B. *FIGURES (GRAPHICS AND PHOTOS)*

It will be considered figure any kind of graphic material than is not a table (chart, graph, photograph, drawing, etc.). The figures are made in .jpg (minimum resolution 350 dpi (dots per inch) and max. size 15 cm. wide x 18 cm. high; all items must be legible; between 8 and 14 points. List all Figures consecutively with Arabic numerals in the text, using bold capital letter. Example: **FIGURE N° 1, FIGURE N° 2, FIGURE N° 3**. In the text, the figures are referred to by their numbers. Example: As shown in Figure n° 1 or see Figure n° 2.

IV. PROCEDURE FOR REVIEW AND APPROVAL

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Committee reserves the right to reject articles if they are not adjusted to the guidelines of the Journal.
2. In this stage, the text is formally checked (style, language, spelling, procedure of edition, translations into Spanish). After this review, the author can be requested to complete bibliographical information or footnotes if it is necessary.
3. In case of arbitration, the evaluation parameters are: originality of the work, developing arguments, writing, syntax, spelling, style, size and structure of work, relevance and timeliness of the literature, agreement

between titles, summaries and key words with the content of the work; qualification of the work as a study, case law or review.

4. The results of the arbitration will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.
5. Once the adjusted version is received, it is checked if the observations done to the article haven been fully accepted by the author. After this review, new recommendations can be realized to the author. It is established a maximum of two corrections. If in the third review the article does not fully comply with the observations, it will be understood that the article has been rejected by the Editorial Committee.
6. Two months before the release of each issue, ends the corresponding editing process.
7. The first day of June and December, accepted papers are published in the first and second semester, respectively, in the electronic version of the Journal and proceeds to send files to the electronic database which is indexed the Journal. Within the mentioned months, also performed free shipping copies to major libraries in the country, members of the superior courts and the most famous Chilean legal buffets.