



JUDICATUS

Revista del Poder Judicial
del Estado de Nuevo León

A large, stylized, metallic-looking graphic of a scale of justice is centered in the background. The scales are tilted, and the entire graphic has a 3D effect with shadows and highlights. The background is a light, textured surface.

JUDICATUS

PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Número de reserva de título
En derechos de autor:
04-2001-021213581900-30

Certificado de licitud de título y contenido:

Aprobado por la SEGOB
el 30 de junio del 2000

ISSN en trámite

D.R. © Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León
15 de Mayo 423 Oriente
Entre Escobedo y Emilio Carranza
Zona Centro, Monterrey,
Nuevo León
México, C.P. 64000

Judicatus es un publicación semestral y contiene artículos especializados de estudios jurídicos
Editada por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León.

Impreso y hecho en México.

Se autoriza la reproducción total o parcialmente del contenido de la presente obra, haciendo mención de la fuente. Los trabajos publicados no expresan necesariamente el punto de vista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El contenido es responsabilidad de sus autores.

COMITÉ CIENTÍFICO

Director

Magistrado Gustavo Adolfo Guerrero Gutiérrez
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Consejo editorial

Mtro. Hugo Alejandro Campos Cantú
Lic. Juan Pablo Raigosa Treviño
Consejeros de la Judicatura del Estado de Nuevo León

Coordinadores de edición y publicación

Lic. Alan Pabel Obando Salas
Dra. Jaanay Sibaja Nava
Lic. Joaquín Hernández Pérez
Lic. Leonardo Marrufo Lara
Lic. Marlene Yuridia Mendo Castán

Jefe de diseño

Lic. Guillermo Charles González

Asistente editorial

Lic. Cynthia Mendoza Ibarra

ÍNDICE

EDITORIAL	1
ESTUDIOS JURÍDICOS GENERALES	
1. El juez constitucional en el Uruguay Martín Risso Ferrand	3
2. Justicia arbitral: principios y control disciplinario Carlos Arturo Gómez Pavajeau	37
3. Salud y discriminación de género Pilar Rivas Vallejo	73
ESTUDIOS JURÍDICOS ESPECIALIZADOS	
4. Las aportaciones de Lucio Pegoraro al derecho público comparado dentro del derecho procesal constitucional: Caso Coahuila de Zaragoza Emanuel López Sáenz	143
5. La protección jurídica de los recursos naturales y el medio ambiente Sonia Calaza López	191
6. Los bienes inmateriales y los activos intangibles como categoría autónoma patrimonial Édgar Iván León – Robayo.....	239
7. Alcance y límites de la libertad de testar: entre tradición e innovación Sergio Llebaría Samper	269
ACTUALIDAD JURÍDICA	
8. Entrevista científica.....	299
9. Lectura recomendada.....	VII
ANEXO	IX

EDITORIAL

En este número de *Judicatus*, la sección “Estudios jurídicos generales” inicia con la publicación del artículo del Dr. Martín Risso Ferrand, quien independientemente de dar una noción de “juez constitucional” desde la perspectiva de la jurisprudencia uruguaya, da un concepto moderno y global del mismo, al hacer un análisis desde los ámbitos constitucional, legal y de derechos humanos. Pues como es sabido, hoy en día la función del juez no solo abarca roles legales y constitucionales, sino también de derechos humanos. Como concluye el autor, se orienta más a una línea europea, propia del Estado constitucional de Derecho.

El siguiente trabajo de investigación, a cargo del Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, nos habla sobre la importancia de la justicia arbitral en Colombia, como clave para una administración de justicia más celer y cualificada, que debe responder a los estándares internacionales. Así también, señala el carácter de juez que ostentan los árbitros en el ordenamiento colombiano.

Para concluir con esta sección, se presenta el estudio de la Dra. Pilar Rivas Vallejo, quien explica la importancia de los mecanismos que deben implementarse con perspectiva de género, en donde existan condiciones igualitarias para hombres y mujeres en los centros de trabajo, y se ponga atención al ámbito de la salud laboral, principalmente, en lo que a la mujer trabajadora se refiere. Esto, a partir de la experiencia legislativa de la Unión Europea y España.

Tratándose de la sección “Estudios jurídicos especializados”, el lector se encontrará con el trabajo del Lic. Emanuel López Sáenz, quien hace un análisis comparado entre Mauro Cappelletti y Lucio Pegoraro, con el fin de tener una comprensión más clara sobre el sistema de justicia constitucional del estado de Coahuila, el cual, como el autor expone, es integralmente descentralizado, plurifuncional, mixto, abierto y directo.

Por su parte, la Dra. Sonia Calaza López, conforme a lo establecido por el ordenamiento español, explica cómo se encuentra configurada la protección jurídica de los recursos naturales y el medio ambiente, centrándose en el sistema probatorio de los delitos medioambientales, tarea nada fácil, señala en su artículo.

Más adelante, y dentro de esta sección, se presenta un estudio de la evolución que ha tenido la definición del bien inmaterial, que hoy en día se conceptualiza como activo intangible. El Mtro. Édgar Iván León-Robayo nos plantea de manera clara y precisa cuáles son las consecuencias y efectos legales relacionados con esta temática, según sea el caso concreto.

Para finalizar con este apartado, el Dr. Sergio Llebaría Samper expone cómo se encuentra regulada la libertad de testar en el sistema jurídico español, cuáles son los alcances y sus límites. Esto nos permite conocer lo que el ordenamiento impone al testador a la hora de repartir su patrimonio.

Ahora bien, en esta ocasión, la sección “Actualidad jurídica” nos ofrece una entrevista científica relacionada con la evolución de los DDHH en América Latina. La abogada especialista, Ana Villalta Vizcarra, es quien nos adentra en este tema, exponiendo también cuáles son los desafíos, áreas de oportunidad y retos del sistema jurídico interamericano frente a estos derechos. Tema por demás relevante, sobre todo para México, a partir de la reforma de 2011.

Además de lo anterior, se ofrece en esta sección una serie de lecturas recomendadas en derecho constitucional, familiar, penal y procesal.

Al igual que en ediciones anteriores, en este 5.º número de la Revista *Judicatus*, el lector reflexionará sobre temas de actualidad y de derecho comparado, incentivándose la investigación jurídica en el estado de Nuevo León.

Magistrado Gustavo Adolfo Guerrero Gutiérrez
Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL URUGUAY *

MARTÍN RISSO FERRAND

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
URUGUAY. PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
EN PREGRADO Y MAESTRÍA

ÍNDICE: 1. Objeto. 2. Precisiones previas. 3. Marco conceptual. 4. Estado constitucional de Derecho. 5. Características actuales de la jurisprudencia uruguaya. 5.1. Suprema Corte de Justicia hasta 2013. 5.2. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia 365/2009. 5.3. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en 2013. 5.4. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo. 5.5. Jueces en procesos constitucionales (especialmente amparos). 5.6. Jueces en general. 6. Balance final. 7. Fuentes.

Resumen: El autor explora los cambios producidos en el Derecho de las últimas décadas, en especial, los relativos a los dos modelos clásicos (estadounidense y francés revolucionario) y la aparición del tercer modelo en Europa: el llamado “Estado constitucional de Derecho”. En este esquema profundiza en el concepto moderno de “juez constitucional”, caracterizado como aquel que aplica directamente la Constitución, interpreta la ley “desde” esta Ley Suprema y tiene un rol más activo en la defensa de los derechos humanos. Por último, analiza en qué estado se encuentra en la actualidad la jurisprudencia uruguaya, advirtiendo un avance hacia la noción de “juez constitucional”.

* El presente trabajo, sin perjuicio de varios cambios y actualizaciones a diciembre de 2013 y ajustes, parte del trabajo “Le “juge constitutionnel” en Uruguay”, que preparé en 2010 y fue publicado en *Le glaive et la balance. Droits de l’homme, justice constitutionnelle et démocratie en Amérique latine*, publicación dirigida por Arnaud Martin, editada por L’Harmattan, en 2012.

1. OBJETO

En el Uruguay se pueden visualizar desde hace tiempo algunas dificultades a la hora de determinar cuál es el rol constitucional de los jueces o cuál es la función del juez constitucional, perfilándose dos tendencias: una mayoritaria y en cierta forma conservadora, y otra, minoritaria, aunque creciente, que se aproxima a los más modernos desarrollos europeos.

El objeto de este trabajo es realizar una aproximación a dicha realidad, procurando señalar algunas perplejidades que ocasiona, cuáles son sus causas y sus características básicas, para terminar con una suerte de determinación de hacia dónde se está orientando la jurisprudencia uruguaya.

A estos efectos, y luego de realizar algunas precisiones previas, procederé a: (a) establecer en forma breve, casi esquemática, las características básicas de los tres principales modelos existentes en la materia (el norteamericano, el europeo tradicional – que aparece como dominante en el Uruguay – y los nuevos desarrollos en torno al neoconstitucionalismo y al Estado “constitucional” de Derecho); (b) realizar una referencia a la jurisprudencia más relevante de los últimos tiempos; y (c) procurar algunas conclusiones en cuanto hacia dónde se orienta la jurisprudencia nacional.

2. PRECISIONES PREVIAS

La primera precisión debe referirse a cómo entender el título de este trabajo – el juez constitucional – ya que dicha expresión puede tener varios significados.

Sin pretender agotar los sentidos en que se usa esta expresión, a veces se equipara la noción de “juez constitucional” con el órgano jurisdiccional que, situado dentro o fuera del sistema orgánico del Poder Judicial, tiene competencia fundamental para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, sin perjuicio de que frecuentemente tenga también otras atribuciones, en general vinculadas a la Carta Magna.

Otras veces se emplea la figura del juez constitucional como asociada a la jurisdicción constitucional o a lo que se denomina el derecho procesal constitucional¹, aproximándola a todo órgano jurisdiccional con competencia en alguno de los procesos constitucionales o comprendidos en la mencionada rama del derecho (inconstitucionalidad de las leyes, acciones de amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, responsabilidad de ciertos funcionarios, etc.).

Y todavía, y sin perjuicio de otras visiones, podríamos usar la expresión juez constitucional para referir al funcionario con potestad jurisdiccional que en su labor, independientemente de quiénes sean las partes en el proceso y de cuál sea su materia, se ve en la necesidad (o más bien en la obligación) de aplicar la Constitución, sus valores, principios, y especialmente las normas referidas a los derechos humanos, ya sea en la sustanciación del proceso como en la sentencia definitiva.

Es en este último sentido que se utilizará en este trabajo la expresión juez constitucional, por oposición al juez legal. El primero es el que aplica la Constitución y especialmente los derechos humanos en su labor jurisdiccional. El segundo será el que, salvo excepciones, limita la solución de los casos a las resultancias de la ley.

3. MARCO CONCEPTUAL

Para determinar cuál es el rol de los jueces en un sistema jurídico es importante indicar en qué marco cultural (jurídico) nos movemos, qué se entiende por Constitución (qué rol se le reconoce a la Carta Suprema) en una sociedad determinada y qué rol se le reconoce a los jueces.

Uno de los temas más importantes de los últimos tiempos para comprender lo anterior refiere a la evolución sufrida desde lo que podríamos llamar los modelos contrapuestos históricos de Estado de Derecho (el europeo y el estadounidense),

¹ Al respecto, vid. COUTURE, E. J. *Estudios de derecho...*; GARCÍA, D. *Derecho procesal constitucional...*; SAGÜÉS, N. *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos...*; y de este último autor, también, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario...*

y cuál es el tercer camino abierto en Europa.

En forma sintética, sin pretender profundizar en la cuestión², podríamos caracterizar el sistema europeo clásico (con marcada influencia francesa) sobre las siguientes bases:

- Papel principal del Parlamento. La formulación teórica más clara de la soberanía popular, basada en la noción de “contrato social”, fue formulada por ROUSSEAU en el sentido de que cada sujeto pone su poder bajo la suprema dirección de la “voluntad general” que se transforma en soberana³. Cada ciudadano es titular de una cuota parte de la soberanía, por lo que es claro que en esta concepción el poder supremo debe emanar, necesariamente, del Parlamento por ser el órgano representativo por excelencia.

- Prevalencia de la ley. Se asocia así (i) la ley como expresión de la voluntad general (expresamente establecido en el artículo 6 de la *Declaración de Derechos Hombre y del Ciudadano* de agosto de 1789: “la ley es la expresión de la voluntad general”⁴) y (ii) el Parlamento como encargado lógico de establecer las leyes y expresar la referida voluntad general. Esta concepción preferente de la ley y del Parlamento se mantuvo en Francia casi inalterada hasta la reforma constitucional de 1958 en la que con la zona de reserva reglamentaria se amplió el rol e importancia de la rama ejecutiva. Y es esta concepción una de las causas de la tendencia a buscar todas las respuestas en la ley, en un enfoque positivista que no deja casi espacio a los principios generales (salvo en un rol supletorio, para

² FERNÁNDEZ, F. *Fétichisme de la loi...*, pgs. 46 y ss.

³ ROUSSEAU, J. J. *El contrato social...*, pg. 66. “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección general; y recibimos en corporación a cada miembro como parte indivisible de un todo”.

⁴ *Ibidem*, pg. 79. La voluntad general es la del cuerpo del pueblo y esa voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley. Más adelante distingue la voluntad general (que refiere al interés común), de la voluntad de todos (que responde a un interés privado) y no es más que la suma de voluntades particulares (pg. 82). Luego agregaba que lo que generaliza a la voluntad general no es tanto el número de los votos sino el interés común que los une (pg. 87) para pasar luego a hablar de los límites que no puede rebasar el soberano. Luego de destacar las extraordinarias cualidades que debe tener el legislador, señala que el legislador “prudente” no empieza por redactar leyes buenas en sí mismas, sino que primero examina si el pueblo al que las mismas se destinan está en condiciones de soportarlas (pg. 104).

los casos de vacíos o dudas) y a los valores, entre ellos nada menos que el valor justicia (la justicia se “hacía” en la ley).

- Principio de separación de poderes muy rígido. Otra característica del sistema europeo tradicional puede expresarse en dos ideas o una con dos consecuencias: rigidez en la concepción y aplicación del principio de separación de poderes y rol absolutamente secundario del juez. MONTESQUIEU, con su claro objetivo de alejar los peligros de los excesos del hombre con poder (que tiende a abusar del mismo), si bien diferencia en tres centros de poder (a los que llama poder ejecutivo, legislativo y judicial), comienza refiriéndose al último como “poder ejecutivo en los asuntos del derecho civil” aunque después utilizará la denominación que se mantiene hasta nuestros días. Pero luego, una vez definidos los tres poderes y después de realizar su célebre afirmación de que todo estará perdido si el mismo hombre, la misma corporación o la misma asamblea del pueblo los ejerce, atribuye al judicial un rol claramente inferior a los otros⁵. Así señala que el poder de juzgar es casi nulo e invisible y que no debe recaer en una clase o profesión sino en personas salidas del pueblo y que ejerzan la función jurisdiccional en forma periódica (por poco tiempo) y no permanente⁶.

No hay que olvidar que recién en el año 2008 (doscientos cinco años después de *Marbury vs. Madison*) se admitió en Francia el control de constitucionalidad sobre las leyes perfectas.

Algunos autores han destacado que en la Europa del siglo XVIII y siglo XIX el rol de tirano era desempeñado por el rey secundado por los jueces por él designados, mientras que el rol del libertador lo asumió, normalmente, el Parlamento. A la inversa, en las colonias inglesas en América el opresor era fundamentalmente el Parlamento inglés y los jueces tuvieron un destacado papel en lo previo al proceso revolucionario. Esto explica, en cierta forma, la desconfianza europea al rol de la rama judicial y, en general, su aceptación en las colonias de América del Norte.

⁵ MONTESQUIEU, C. *El espíritu de...*, pg. 108.

⁶ *Ibidem*, pgs. 109 y 110.

- El gobierno de los jueces y el efecto parálisis. FERNÁNDEZ SEGADO⁷ señala un elemento de notable influencia en Francia y fuera de dicho país, que está marcado por la edición en 1921 de la obra *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, del famoso jurista Edouard LAMBERT⁸. Este autor criticó fuertemente el sistema estadounidense destacando: (i) que el sistema de contralor de la regularidad constitucionalidad de las leyes se transformó en un instrumento de vigilancia del poder judicial sobre la rama ejecutiva y legislativa, desnaturalizando, desde el punto de vista de este autor, su versión original; y (ii) que la Suprema Corte ha desempeñado un rol criticable y señalado frente a la legislación social. A partir de estas consideraciones, se desarrolló lo que se ha dado en llamar el mito del gobierno de los jueces y que se usa para referir a situaciones patológicas en las relaciones del poder judicial con los restantes. La expresión gobierno de los jueces (asociada luego con la noción poco precisa de activismo judicial) ha sido utilizada invariablemente para criticar supuestos excesos de los jueces que, excediéndose en sus competencias jurisdiccionales, incursionan en temas políticos. Es interesante ver cómo este concepto mítico (pues su contenido no responde exclusivamente a consideraciones racionales) se utiliza a veces para criticar a los jueces que actuarían como freno frente a los avances sociales (como lo indicó LAMBERT) y otras veces exactamente para lo contrario, para los excesos de ciertos jueces que ante una invocada pasividad o inoperancia de los poderes políticos, se habrían atribuido competencias de las que carecerían (en general se basaría esto último en la defensa de los derechos humanos). En los Estados Unidos, en el siglo XX, el caso LOCHNER⁹ sería buen ejemplo de la crítica a la Corte por constituir un freno a la legislación social, mientras que *Brown vs. Board of Education of Topeka*¹⁰ sería de lo contrario.

Señalaba LAMBERT, analizando la historia estadounidense, que hasta 1883 el *judicial review* fue moderado y en general se refirió a cuestiones federales, pero a partir de dicho año aumentó su campo de acción y llevó a que la rama más

⁷ FERNÁNDEZ, F, *Fétichisme de la...*, pgs. 58 y ss.

⁸ LAMBERT, E. *El gobierno de...*

⁹ BERNSTEIN, D. "The Story of Lochner v. New York: Impediment to the Growth of the Regulatory State", *Constitutional law stories...*, pgs. 325 y ss.

¹⁰ Se hará referencia a este caso más adelante.

conservadora¹¹ del gobierno, la judicial, regule, filtre y frene la actividad más inquieta y audaz que sería la legislativa. En el mismo sentido recuerda la opinión de POUND en cuanto a la existencia de tres períodos en Estados Unidos: la Constitución estableció la igualdad de poderes pero primó el legislativo en la primera mitad del siglo XIX; luego surgió la hegemonía del Poder Judicial y, anunciaba este autor, que la superioridad del Ejecutivo estaba cerca (lo que parece que se ha cumplido).

El enfoque de LAMBERT es extraordinariamente interesante y profundo, pero hay algunos problemas no resueltos en el estudio. El problema del mal funcionamiento del principio de separación de poderes está siempre presente, pero ante la crítica basada en la realidad no hay alternativa posible, todo sistema puede funcionar bien o mal en distintos períodos y no puede asegurarse su correcto desempeño. El propio autor demuestra y da ejemplos de que cualquiera de los tres poderes puede excederse, pero la pregunta que aparece a mi juicio es ¿qué es mejor?, ¿un sistema en que los tres poderes se controlan recíprocamente (sin perjuicio de hegemonías temporales de uno u otro poder) o dar directamente la primacía a uno de ellos? La experiencia nos demuestra que los tres poderes, integrados por seres humanos, presentan antecedentes de aciertos trascendentes y de errores inconcebibles. El viejo y sabio principio parece ser mejor, en la medida que da la oportunidad de que funcionen los controles recíprocos entre los tres centros de autoridad.

El modelo francés no se ajusta a las previsiones de la Constitución uruguaya.

El sistema norteamericano, a diferencia del francés, no parte de la ley sino que reconoce a los derechos fundamentales como anteriores al orden jurídico y por supuesto superiores a aquella. Esto se explica básicamente por dos razones. Primero, por el ya mencionado distinto papel (como opresores o libertadores) que jugaban el Parlamento y los jueces en los dos países (casi opuestos). La segunda explicación deriva directamente del sistema inglés y refiere obviamente al *common law* y al diferente rol histórico del juez inglés no atado originalmente por normas generales previas, sino buscando en el caso la solución más apropiada

¹¹ Los juristas son los personajes más conservadores del gobierno. Formados en la búsqueda del precedente y en la mirada al pasado.

aunque limitado por la autoridad del precedente obligatorio (*stare decisis*).

Lo anterior, entre otras cosas, condujo a que en los Estados Unidos se estableciera un principio de separación de poderes debidamente equilibrado y balanceado, en el que más que separación de poderes se produce una mezcla que se entrelazan y se controlan entre sí con competencias superpuestas¹². Esto puede sintetizarse diciendo que (i) quien establece las reglas generales no las ejecuta ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada; (ii) quien ejecuta las reglas generales no las establece ni resuelve los conflictos con autoridad de cosa juzgada; y (iii) quien resuelve los litigios con autoridad de cosa juzgada (y solo para el caso en que dicta la sentencia), no establece las reglas generales ni las ejecuta¹³.

A su vez, y sin perjuicio de una opinión personal de 1780 en la Corte Suprema, del juez James IREDELL¹⁴, fue en el año 1803, con el pronunciamiento judicial en el caso *Marbury vs. Madison*, cuando el juez John MARSHALL, estableció la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzando la evolución jurisprudencial del “*judicial review*”. Se aprecia la diferente orientación histórica y filosófica, así como el muy distinto rol de los jueces que hace que, en cierta forma, el sistema estadounidense aparezca históricamente como opuesto al francés que fue el más influyente en Europa.

¹² ARAGÓN, M. *Constitución y control...*, pgs. 21-28.

¹³ Por supuesto que la formulación moderna del principio de separación de poderes es mucho más compleja. Por ejemplo la colaboración e interacción entre los poderes políticos es mucho mayor y, además, han aparecido órganos extrapoderes (piénsese en los bancos centrales contemporáneos) y se reconoce una necesidad de evitar la concentración del poder (para asegurar la libertad y los derechos humanos) también a nivel de la sociedad civil. Al respecto: HOFFMAN- RIEM, W. “La división de poderes como principio de ordenamiento”, *Anuario de derecho...*, pgs. 211 y ss.; CEA, J. L. “Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo”, *Anuario de derecho...*; y SAGÜÉS, N. “Problemática de los órganos extrapoderes en el diagrama de división de los poderes”, *Anuario de derecho...*

¹⁴ SULLIVAN, K. M. y GUNTHER, G. *Constitutional law...*, pg. 15.

4. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Pero todo cambia. Como ha señalado ZAGREBELSKI:

(...) en las sociedades pluralistas actuales, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.

Y luego propone el uso de la imagen de la “ductilidad”, para referir justamente a la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración. Para ZAGREBELSKY la condición espiritual de nuestros tiempos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, etc. Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos¹⁵.

Para este autor, la actual concepción constitucional europea de los derechos se sitúa en medio de las dos anteriores (la estadounidense y la francesa). Por un lado se separa de la idea francesa del fundamento jurídico exclusivo en la ley, pero no llega, sin embargo, a negar a esta un fundamento autónomo propio, una función “política” propia vinculada a fines independientes de los derechos.

Tanto la ley como los derechos tienen su propia (no necesariamente la misma) dignidad constitucional. Rechazando, en efecto, una fundamentación iusnaturalista de los derechos (lo que no implica desvalorizar la contribución del derecho natural a las formulaciones constitucionales de los derechos), en el

¹⁵ ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil...*, pgs. 16 y ss.

derecho actual estos adquieren valor jurídico positivo solo con la Constitución, que instituye también el poder legislativo. Por estos motivos, puede decirse que la relación ley-derechos que ha arraigado en las constituciones europeas actuales, en lo que se aleja de la francesa revolucionaria, se acerca a la americana y, en lo que se aleja de la americana, se aproxima a la francesa-revolucionaria. Al reconocimiento de los derechos como patrimonio subjetivo individual, con la consiguiente importancia de la labor de los jueces en la actualización de dicho patrimonio, se suma el reconocimiento de la ley como instrumento de proyectos políticos y jurídicos objetivos. Las dos concepciones absolutas opuestas, la de los derechos (en América) y la de la ley (en Francia), deben ceder paso a concepciones que permitan un equilibrio entre las exigencias de los derechos y las de la ley o, dicho de otro modo, entre el poder de los jueces y el del legislador.

Esta aproximación se produce de una forma curiosa: con la positivación, en la propia Constitución, de los principios de justicia material que informan todo el orden jurídico. Estos principios dejan de ser meras proclamaciones políticas y pasan a tener incidencia clara en la vida diaria.

Esto implicó un cambio extraordinario. Luego de más de un siglo en que los principios estuvieron relegados a un rol secundario y subsidiario (solo servían para los casos de lagunas jurídicas o de ambigüedades en las reglas), ahora aparecen con una importancia inmensa, en medio del “derecho por principios”, cambiando totalmente la labor jurisdiccional y el propio discurso jurídico que se abre a consideraciones metajurídicas. En este esquema los razonamientos positivistas tradicionales aparecen como distorsionadores dentro del orden jurídico.

Podemos así trazar esta línea intermedia entre la solución europea clásica (que sigue los lineamientos de la Francia revolucionaria) y los Estados Unidos de América, con la irrupción de los principios con un nuevo rol, con la positivación del valor justicia, pero manteniendo un papel importante a la ley.

Y todavía debe repararse en la importancia que en el nuevo esquema tiene el caso, la realidad. Para ZAGREBELSKY¹⁶ cuando la realidad se pone en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor:

¹⁶ *Ibidem*, pg. 118.

En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla –como razona el positivismo jurídico–, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.

Luego de recordar que para el positivismo correspondía la más drástica separación entre el “ser” y el “deber ser”, señala que en la actualidad las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad del legislador. Si hay que optar entre sacrificar las exigencias del caso o las exigencias de la ley, conforme al juicio de constitucionalidad se opta por las primeras.

La sumisión del juez solo a la ley, fue la concepción dominante en la tradición liberal (era un ser pasivo subordinado a la ley). Pero hoy, se ha revalorizado la función jurisdiccional y como señala ZAGREBELZKY:

En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como “partes” del derecho, y no como “todo el derecho”. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático.

Podemos, por tanto, corregir la afirmación con que comenzamos este epígrafe. Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia ente ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que

entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos¹⁷.

El pasaje de lo que algunos autores han denominado Estado “legislativo” de Derecho al Estado “constitucional” de Derecho, el nuevo rol de la Constitución, los principios, los valores, las nuevas técnicas interpretativas (ponderación que se suma a la interpretación de las reglas tradicionales), el nuevo rol del juez, constituyen elementos ineludibles a los efectos de entender la evolución jurisprudencial en el tema en análisis.

En nuestro país, basta la lectura del texto constitucional para advertir que nos aproximamos incuestionablemente al modelo estadounidense con claras semejanzas con el Estado de Derecho constitucional europeo. Pero basta ver la jurisprudencia para comprobar que mayoritariamente los jueces se mueven con base en las coordenadas del Estado “legislativo” de Derecho.

5. CARACTERÍSTICAS ACTUALES DE LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA

Ya se señaló que en cuanto al concepto del “juez constitucional” encontramos una jurisprudencia minoritaria de los últimos años, aunque creciente, que se aproxima claramente a dicha figura y no vacila en recurrir a la Constitución, a los derechos humanos, a los valores constitucionales y a los principios generales para resolver cada caso concreto. Frente a esta, la jurisprudencia dominante es claramente positivista y reticente a la aplicación de la Carta Magna y menos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Veamos las características centrales de cada una.

Para comprender la jurisprudencia y por presentar particularidades diversas, es conveniente analizar la cuestión: (a) ante la Suprema Corte de Justicia distinguiendo dos etapas, (b) ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, (c) ante los jueces ordinarios cuando actúan en el marco de procesos constitucionales

¹⁷ *Ibidem*, pg. 153.

(especialmente acciones de amparo) y, por último, (d) en general la actuación de los jueces fuera de los dos casos anteriores.

5.1. Suprema Corte de Justicia hasta 2013

Las características de la jurisprudencia de la Corte, en lo que interesa a este trabajo, pueden sintetizarse de la siguiente forma: (a) el foco de la cuestión se centra en el acto de autoridad que se está procesando (ley o decreto de un gobierno departamental con fuerza de ley en su jurisdicción) y no en el o los derechos humanos lesionados; (b) se tiende a dar la mayor libertad de acción a las autoridades legislativas, y podría decirse que solo por excepción se invalida el acto cuestionado, con lo que se pone de manifiesto la problemática de la “objeción democrática”; (c) se considera (proclamada en forma expresa o implícita) la auto restricción como una virtud del órgano jurisdiccional; (d) no hay una particular tendencia a profundizar en los derechos humanos involucrados y en los principios y valores constitucionales, sino que la invocación de estos temas (salvo alguna decisión que se dirá) se realiza con base en concepciones doctrinarias antiguas, sin recurrir ni analizar los modernos desarrollos.

Se puede constatar con cierta facilidad que la Corte concentra el análisis de la cuestión en el acto cuya invalidación se promueve y no en los derechos humanos en juego. Este enfoque metodológico, que no parece ser el acertado en los tiempos de los derechos humanos, tiene una consecuencia evidente: asumiendo que siempre está presente en la labor jurisdiccional (y en toda actividad humana) el error, ¿cuál es el error más grave?, ¿equivocarse invalidando un acto de autoridad o equivocarse dejando sin protección un derecho humano? Es indudable que si se pondera por sobre todo la ley, se tenderá a pensar que el peor es invalidar un acto que no debía ser invalidado. Pero el problema es que con una óptica de derechos humanos sería el contrario: dejar sin protección (por no invalidación) un derecho que merecía serlo.

Se advierte de lo anterior que la Corte se mueve en un entorno cultural de respeto extremo respecto al acto a controlar, lo que conduce a que los casos más complejos, y a veces algunos no tan complicados, se resuelvan a favor de la supervivencia del acto y en menoscabo de los derechos humanos. Podría decirse que solo se declara la invalidez de una ley cuando no exista duda razonable al

respecto (se requiere una que sea evidente, grosera y clara). Pero esto implica decir que los derechos humanos solo se protegen en casos de grotesca ilegitimidad, de lo contrario el derecho humano quedará lesionado.

Es frecuente que la Corte recurra a nociones tales como el temor al “gobierno de los jueces”, la necesidad de auto restricción, el respeto a las decisiones legislativas, la supuesta imposibilidad de controlar los juicios o razones del Poder Legislativo, la presunción de constitucionalidad de las leyes, etc.

El gobierno de los jueces, mencionado a granel, sin mayores desarrollos ni detalles, se toma en una acepción negativa, como algo malo que debe evitarse a toda costa; pero no se repara en que este temor conlleva el mencionado “efecto parálisis” y su consecuencia es que la Corte tiende a ejercer sus competencias constitucionales en forma recortada o limitada. Esto es, en forma contraria a la Constitución. Se afecta así el equilibrio entre los tres poderes de gobierno, ya que el retroceso del Poder Judicial implica permitir que los otros poderes, sin control efectivo, avancen. Esto puede ser, además, una de las causas del alto número de leyes inconstitucionales que se aprobaron en Uruguay en los últimos años: se confiaba en controles leves y excepcionales.

Además, dicha posición lleva implícita un respeto excesivo frente al legislador y el acto legislativo (perdiendo de vista el carácter esencialmente contramayoritario de la Constitución y del propio Poder Judicial), lo que es contrario a la Constitución.

Respecto a la objeción democrática he señalado antes¹⁸ que:

La expresión ya da idea clara en cuanto a de qué se trata. Pensando en términos del sistema uruguayo, en el marco de un Estado democrático, como incuestionablemente establece la Constitución, parecería, a primera vista, que no se ajustaría al sistema democrático que personas que ocupan cargos no electivos (como es el caso de los jueces) terminen declarando la inconstitucionalidad de una ley, emanada del Parlamento democrático integrado por el voto popular mediante un sistema de representación proporcional que refleja razonablemente las opiniones mayoritarias de la

¹⁸ RISSO, M. *Algunas garantías básicas...*

sociedad y promulgado por un Poder Ejecutivo formado por un presidente de la República electo directamente por el cuerpo electoral por mayoría absoluta (incluso en la hipótesis de que en segunda vuelta el candidato más votado no alcance dicha mayoría es claro que su representatividad será muy elevada) y por ministros designados por el presidente y responsables políticamente frente a la Asamblea General.

Pero si bien el argumento tiene peso hay varios elementos que contribuyen a descartar la objeción. A saber:

- a) En el caso uruguayo (diferente al estadounidense), en el que existen normas expresas en la Constitución que atribuyen la competencia a la Suprema Corte de Justicia, es evidente que la objeción desaparece ya que la Carta, emanación directa del cuerpo electoral (a través del plebiscito¹⁹), ha establecido la competencia judicial, por lo que la solución tiene toda la legitimidad democrática que le da la Constitución aprobada popularmente.
- b) En segundo lugar, si bien es cierto que los ciudadanos se expresan a través de sus representantes y los órganos representativos por excelencia se encuentran en el Parlamento, no puede perderse de vista que el cuerpo electoral, actuando directamente a través del plebiscito, ha reconocido ciertos derechos humanos y ha establecido ciertas obligaciones y restricciones para el actuar de las autoridades políticas. Es lógico, en consecuencia, que cuando se produce un conflicto entre la Constitución y las leyes emanadas de los órganos representativos por excelencia, prime lo resuelto directamente por el cuerpo electoral. En otras palabras prima lo resuelto por el cuerpo electoral directamente en la Constitución por sobre lo actuado por los representantes del cuerpo electoral.
- c) Asimismo, no puede discutirse hoy sobre la necesidad de que exista un control *contra mayoritario*. Una protección de los derechos frente a la arbitrariedad de las mayorías que pueden desconocer los derechos constitucionales o desnaturalizar normas de procedimiento u organización. No se puede caer en la simpleza de que la mayoría

¹⁹ Desde el año 1942, en Uruguay, toda reforma constitucional requiere para su perfeccionamiento la ratificación popular. La Constitución denomina al pronunciamiento popular como plebiscito aunque técnicamente es un referéndum de ratificación.

siempre tiene razón o que las mayorías no lesionan los derechos humanos²⁰. El rol técnico del órgano jurisdiccional competente para el caso concreto es básico si queremos que la Constitución, aprobada directamente por el cuerpo electoral, sea una realidad.

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), lejos de poder ser visto con desconfianza, es una necesidad de los sistemas democráticos y del principio de separación de poderes. Es más, este principio se ve en la especie en toda su dimensión y con toda su trascendencia, como un verdadero sistema de frenos y contrapesos. El poder político precisa frenos y contrapesos (de lo contrario se tiende al abuso y a la arbitrariedad como decía MONTESQUIEU) y esto, que surge de la Constitución, se somete al Poder Judicial (o cortes constitucionales según la Constitución que se esté analizando). El sistema falla tanto si uno de los poderes se excede en el ejercicio de su competencia como cuando se autolimita en el desempeño de su función.

Debe insistirse en este elemento relevante para el análisis del derecho positivo uruguayo, ya que a diferencia de Estados Unidos donde la Constitución nada dice sobre el *judicial review* (es una deducción jurisprudencial²¹), en nuestro país esta discusión de legitimidad es imposible ya que expresamente la Carta da ingreso al control judicial de la constitucionalidad de las leyes (art. 256 y ss.), por lo que la Suprema Corte de Justicia no tiene forma de eludir su competencia constitucional (la competencia aparece como poder y como deber). Y así como no sirven argumentos de origen francés en un entorno distinto y donde ni siquiera se aceptó el control judicial sobre la regularidad de una ley hasta el año 2008, tampoco servirán los argumentos estadounidenses

²⁰ Vid. RISSO, M. *¿Qué es la Constitución?...*, en su capítulo II.

²¹ SULLIVAN, K. M. y GUNTHER, G. *Constitutional law...*, pgs. 18 y ss. SULLIVAN y GUNTHER recuerdan un famoso debate a mediados del siglo XX entre el juez Learned HAND y el profesor Herbert WECHSLER. Es interesante destacar desde ya que lo que existía en la base de este debate era una cuestión de legitimidad. Para HAND, en tanto a su juicio el poder de control de las leyes (*judicial review*) no es una lógica deducción de la Constitución, es necesario que el juez sea sumamente cauto en el ejercicio de este poder. En cambio, para WECHSLER, el *judicial review* encuentra claro anclaje en la Constitución, por lo que la Corte no tiene forma de escapar a su obligación competencial (el deber de ejercer la competencia no puede ser atenuado ni eludido).

si ellos provienen de conjeturas basadas en un cuestionamiento de la legitimidad de la competencia de la Corte. No hay duda de que la competencia de la Suprema Corte uruguaya existe y no puede el órgano eludir la misma, ni disminuir su alcance, ni autolimitarse: debe, por el contrario, ejercer su competencia constitucional.

En el sistema constitucional uruguayo, los jueces, como todo otro funcionario, deben ejercer sus competencias, sin excesos y sin restricciones, tal y como lo establece el orden jurídico. Se violenta el orden jurídico – en este caso el constitucional – cuanto el titular de la competencia se excede y cuando se auto limita.

Pero si bien puede señalarse, como solución de principio, que todo órgano debe actuar dentro de su competencia y no excederse, también habrá que tener en cuenta que es muy difícil afirmar con pretensión de verdad universal qué es activismo o cuándo hay exceso. Lo que hoy puede ser considerado como tales, mañana puede ser algo aceptado sin vacilaciones y hasta resultar imposible siquiera concebir una solución distinta (imaginemos hoy Estados Unidos sin *judicial review*). Con esto se quiere decir que hay que tener cuidado cuando se critica el exceso o activismo de un tribunal pues la sentencia en este sentido puede ser solamente algo novedoso, pero esto no significa siempre actuar fuera de las competencias judiciales.

Tampoco podría invocarse la “prudencia” para justificar la autolimitación. La “prudencia” es sin duda una virtud e implica “templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio”²². Pero la prudencia no significa hacer menos de lo que razonablemente corresponde, ni dejar de cumplir con sus atribuciones u obligaciones. Es más, la prudencia es recomendable no solo a los jueces sino también a todos los gobernantes y a todos los gobernados²³.

En este punto se abren dos posibilidades: (i) o entendemos autolimitación como un retroceso del Poder Judicial que deja de ejercer parte de sus funciones en casos concretos procurando respetar a los poderes políticos o para no caer

²² <http://buscon.rae.es>.

²³ Mencioné antes que ROUSSEAU requería prudencia en ese ser excepcional, a su juicio, que actuaba como legislador.

en el (temible) “gobierno de los jueces”²⁴, con lo que estaremos más allá de la prudencia y se estaría cerrando los ojos a abusos de otros poderes; o (ii) entendemos prudencia en sus justos términos (buen juicio, cautela, etc.) pero ejerciendo plenamente las competencias que la Constitución asigna al Poder Judicial sin autolimitaciones. Me parece claro que la segunda alternativa es la correcta.

Esto no es nuevo sino que hace casi doscientos años fue analizado por uno de los más grandes jueces de la historia con una precisión meridiana y una actualidad evidente. Dijo el juez MARSHALL en el año 1821 (*Cobens vs. Virginia*):

Es muy cierto que este tribunal no asumirá jurisdicción si no debe; pero es igualmente cierto que debe ejercer jurisdicción cuando le corresponda hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del Legislativo, evitar una medida porque ella se acerca a los límites de la Constitución. Nosotros no podemos pasarla por alto porque es dudosa. Cualesquiera sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo, si es traído a nosotros. No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción que nos es conferida, que el de usurpar la que no nos es dada. Una u otra cosa constituiría traición a la Constitución. Pueden presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos; pero no podemos evitarlas. Todo lo que podemos hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar, y conscientemente cumplir con nuestro deber.

Pero volviendo a los criterios restrictivos de la Suprema Corte uruguaya, debe recordarse sus reiteradas referencias a la noción de “presunción de constitucionalidad”. Por ejemplo, en su discordia en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 43, de 26 de marzo de 2008, el juez Leslie VAN ROMPAEY expresó, entre otras cosas, que:

(...) las leyes gozan del amparo de presumírselas ajustadas a la normativa constitucional siendo de excepción su ilegitimidad: presunción de la que solo procede apartarse en caso de que quien la invoca demuestre, de manera fehaciente e indiscutible, que existe una real e inequívoca

²⁴ También se mencionó antes el efecto parálisis que este concepto mítico ha despertado. Muchas veces el poder político utiliza la vaga noción de “gobierno de los jueces” para lograr que los magistrados retrocedan y les dejen mayor espacio de acción o inacción a los políticos.

inconciliabilidad u oposición con textos o principios de la Carta” (cfr. Sentencias n.º 212/65, 64/67, 235/05, 266/86, 184/87, 42/93, 323/94, 114 y 900/95 entre otras, cfr. Vescovi, “El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley”, pgs. 130/131) [...]. La declaración de inconstitucionalidad solo debe pronunciarse cuando la incompatibilidad entre la norma atacada y las disposiciones y principios constitucionales que se alegan vulnerados resulte clara, ostensible, inequívoca, requisitos insoslayables que claramente no concurren en el caso (...).

Una vez más se aprecia el criterio restrictivo con su competencia retaceada que utiliza la Corte: la inconstitucionalidad no procedería cuando la ley es inconstitucional sino cuando es groseramente inconstitucional (la invalidez debe ser clara, ostensible, inequívoca, etc.). Es más, no puedo entender qué se quiere decir cuando se expresa que la regla es la constitucionalidad y la excepción la ilegitimidad²⁵.

No deja de llamar la atención que incluso cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley (ley de procedimiento laboral), también recurre a estas nociones para decir que la invalidez es grosera, casi para justificar por qué, excepcionalmente, se declaró la inconstitucionalidad de disposiciones legales²⁶.

En cuanto a los criterios anticuados de la jurisprudencia de la Suprema Corte, quizás el ejemplo más elocuente se da en torno al principio de igualdad, en que en lugar de utilizar desarrollos modernos, se recurre a conceptos y citas absolutamente superadas²⁷. Manteniendo una jurisprudencia que tiene décadas²⁸, en la sentencia n.º 73/2010, la Corte sostuvo que en materia de igualdad lo principal es que las categorías que crea una ley sean objetivas y racionales y que a los comprendidos dentro de cada categoría deben recibir tratamiento igualitario²⁹.

²⁵ Me remito a lo dicho en RISSO, M. *Algunas garantías...*, capítulo VI.

²⁶ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 21 de junio de 2010.

²⁷ Sentencias: 73/2010, 79/2009, 122/2007, etc. En contra de estos criterios: RISSO, M. “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”, *Revista de Derecho...*, pgs. 171-192.

²⁸ Por citar solo las más recientes: sentencias 79/2009, 122/2007, 28/2006, 720/96, 323/94.

²⁹ Incluso por las citas nacionales – muy antiguas – y las referencias de estas a la jurisprudencia norteamericana, podemos concluir que el viejo caso de la Corte Suprema de USA, “Plessy vs.

De todas formas en este punto no es sencillo el análisis de la jurisprudencia de la Corte ya que en pronunciamientos recientes también ha hecho referencia a conceptos más modernos, como el “triple test” que postula el análisis de la razonabilidad de la causa de la distinción, la existencia de finalidad legítima y que la distinción pueda superar un juicio de racionalidad³⁰.

5.2. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia 365/2009

Pero también aparecen sentencias excepcionalmente importantes, como la n.º 365, de 19 de octubre de 2009, en la que la Suprema Corte de Justicia, entre otras cosas, estableció que:

- a) Se acepta sin duda de tipo alguno la aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del ámbito interno.
- b) Es incuestionable que el rango normativo de las disposiciones internacionales referidas a los derechos humanos es supralegal, similar a la Constitución.
- c) La aceptación de la noción del “bloque de los derechos fundamentales” coloca a la Corte entre los supremos tribunales (o cortes constitucionales) con posiciones más avanzadas y protectoras de los derechos humanos del continente.
- d) El bloque, reconocido ahora jurisprudencialmente, puede definirse, con base en el individuo, como el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del art. 29 literal “c” de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art. 72 de la Carta Suprema uruguaya. Y también puede definirse el bloque, desde el punto de vista normativo, como el conjunto de disposiciones constitucionales e

Ferguson”, de 1896 (considerado en Estados Unidos como uno de los tres “antiprecedentes” o ejemplos de lo que una Corte no debe hacer), está en la base del razonamiento jurisprudencial.

³⁰ RISSO, M. *Derecho constitucional...*, pgs. 503-509.

internacionales referidas a los derechos fundamentales, sin perjuicio de la aceptación de los derechos implícitos.

- e) Dentro de este bloque las normas mantienen su fuente original (constitucional o internacional) y las diferencias normativas se superan con la aplicación de la “directriz de preferencia de normas”³¹. Esta directriz, si bien es consecuencia lógica e inevitable del bloque, no fue expresamente mencionada por la Corte.
- f) Se reconoce la necesidad de considerar en estos temas los criterios y parámetros internacionales (no solo de la Corte Interamericana sino también de la Comisión), así como la incidencia de la opinión de la comunidad internacional, a través de la jurisprudencia extranjera.

Pero corresponde detenerse más en la noción de “bloque” que ha sido utilizada en el pasado con distintos sentidos. Así encontramos “bloques de constitucionalidad”, “bloques constitucionales”, “bloque constitucional de derechos humanos”, “bloque de derechos humanos”, etc.

La expresión “bloque de constitucionalidad”³² tiene un origen francés y en general³³ se atribuye su nacimiento a Louis FAVOREAU quien la utilizó para explicar una decisión del Consejo Constitucional francés en la década de los 70³⁴. Este autor, sostenía en 1999 que el bloque tiene tres componentes preponderantes y uno marginal. Dentro de los preponderantes aparece el texto de la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946. Como elemento marginal menciona los principios fundamentales de las

³¹ Conforme esta directriz interpretativa, cuando el intérprete se encuentra con dos normas que regulan en forma diversa un derecho humano, debe resolver la contradicción aplicando la norma más favorable al derecho humano independientemente de su fuente normativa o jerarquía.

³² Que encuentra sus orígenes en las reflexiones sobre la supralegalidad de Maurice HAURIUO (HAURIUO, M. *Principios de derecho...*, pgs. 335 y ss.).

³³ También se atribuye su origen a Claude EMERI.

³⁴ CARPIO, E. “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”, *Revista Iberoamericana de...*, pgs. 2 y 3.

leyes de la República³⁵, declarados tales por el Consejo Constitucional³⁶. Agregaba FAVOREAU que no están incluidas en el bloque los reglamentos de las cámaras, las normas internacionales y los principios generales de derecho³⁷.

Partiendo de esta noción, y del concepto italiano de “normas interpuestas”, en España se han desarrollado varios conceptos de “bloque de constitucionalidad”: (a) uno coincidente con la noción de Constitución en sentido material; (b) otro para referir al conjunto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de una norma específica; (c) otro que refiere a un complejo normativo cuyo objetivo es la determinación aceptable de normas o parámetros susceptibles de regular el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Esta pluralidad de contenidos, sin dudas problemática, ha llevado a algunos a sugerir la conveniencia de diferenciar entre “bloque constitucional” y “bloque de constitucionalidad”.

En América Latina, y sin perjuicio de algunos autores que siguen los conceptos anteriores, es frecuente encontrar otros sentidos para referir al bloque. BIDART CAMPOS, entre otros, han preferido reservar la expresión “bloque de constitucionalidad” para referir al conjunto normativo integrado por la Ley Suprema y los tratados internacionales que no forman parte de esta (y el derecho no escrito). El complemento se produce con disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales que no se encuentran en el texto de la Carta Magna³⁸.

Esta es, por su parte, la solución de la Constitución argentina desde 1994³⁹.

³⁵ FAVOREAU, L. y otros. *Droit constitutionnel...*, pgs. 150-153.

³⁶ CHANTEBOUT, B. *Droit constitutionnel et...*, pg. 606.

³⁷ Esto constituye un matiz importante para comparar con las nociones latinoamericanas.

³⁸ BIDART, G. J. *El derecho de la Constitución...*, pg. 264.

³⁹ La Constitución argentina vigente realiza en su art. 75, en lo que refiere a derechos humanos, una triple distinción: A) En primer término, los documentos internacionales que expresamente se enumeran en el párrafo 2.º del numeral 22 del artículo mencionado, tienen rango constitucional. B) Un segundo grupo está compuesto por otros tratados relativos a los derechos humanos, los que si fueran ratificados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, también tendrán rango constitucional. C) En tercer lugar, encontramos otros tratados referidos a los derechos humanos que ratificados por

También en 1995, el Tribunal Constitucional colombiano entendió que:

(...) el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado constitucional, son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional (...).

Por esta vía se equipara el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁰.

NOGUEIRA proporciona un matiz importante y nos habla de “bloque de derechos”⁴¹ y “bloque constitucional de los derechos fundamentales”⁴², para referir al “conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal “c” de la CADH, todos los cuales, en el orden constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el art. 5 inciso 2 de la Carta Suprema chilena vigente”.

el Congreso no alcancen la mayoría necesaria para que se les reconozca rango constitucional. En ese caso, los tratados tendrán jerarquía infraconstitucional, pero supralegal, según resulta de las disposiciones constitucionales debidamente armonizadas. Al respecto, ver SAGÜÉS, N. “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, *Revista Uruguaya de...*, pgs. 228 y ss.; ZIULU, A. G. “El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994”, *Revista Uruguaya de...* pgs. 733 y ss.; y TRAVIESO, J. A. “La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre el derecho internacional, derecho interno y derechos humanos”, *Revista La Ley*, pgs. 318 y ss.

⁴⁰ HITTERS, J. C. y FAPPIANO, O. *Derecho internacional de...* pg. 399. Estos autores citan la sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia C-225/95. Y agregan que el bloque se compone de normas de diversas jerarquías que sirven como parámetro para el control de constitucionalidad de la legislación, destacando que es la solución argentina desde 1994.

⁴¹ NOGUEIRA, H. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis...*, pg. 422.

⁴² NOGUEIRA, H. *Derechos fundamentales y...*, pgs. 31 y ss.

Esta noción, sin obviamente la referencia al art. 5 de la Carta chilena, pero agregando lo establecido en los artículos 7 y 72 de la Ley Suprema uruguaya, bajo la denominación de “bloque de los derechos humanos” (similar a bloque de los derechos fundamentales o bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales), también fue sostenida en Uruguay⁴³.

Dadas las referencias y citas realizadas en la sentencia en análisis deberá concluirse que es en este último sentido en que la Corte está utilizando la expresión.

En definitiva, y sin duda alguna, esta sentencia de la Suprema Corte de Justicia aparece con una importancia máxima y como una muy buena señal de hacia dónde debe ir la evolución de la jurisprudencia nacional.

5.3. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en 2013

En el 2013 la Corte ha dictado cinco sentencias declarando la inconstitucionalidad de leyes del Gobierno en ejercicio y sobre temas trascendentes: (i) ley interpretativa de la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado; (ii) ley que estableció el Impuesto a la Concentración de Inmuebles Rurales; (iii) ley que dispuso la realización de cursos de capacitación sin proporcionar los fondos necesarios; (iv) ley interpretativa sobre la forma de determinación de la remuneración de los jueces; y (v) la ley que modificó las reglas en el proceso judicial de liquidación de Pluna.

Como ya señalé, la Corte ha recurrido a diversos conceptos que conducían a dar espacio a los poderes políticos y a limitar el ámbito del control jurisdiccional. Es el caso de la necesidad de que los jueces se restrinjan a sí mismos, el temor de incurrir en el “gobierno de los jueces” y en conceptos extremos dentro de la noción de “presunción de constitucionalidad” que llevaban a que fuera muy difícil la declaración de inconstitucionalidad salvo en caso de extrema grosería en la ley.

No es posible en este momento hacer un juicio sobre si en estas sentencias se han cambiado los criterios anteriores. Parece que algo se ha modificado y que hay actitud distinta de la Corte en la defensa de la Carta Magna y de los derechos de los ciudadanos. Pero no estoy en condiciones de dar una opinión al

⁴³ RISSO, M. *Derecho constitucional...*, pgs. 64-66.

respecto y será necesario esperar más sentencias. Todo sin perjuicio de saludar tan importantes cambios.

5.4. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo

El fenómeno es razonablemente parecido en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El foco se pone en el acto administrativo, se tiende a reconocer una amplia discrecionalidad a la Administración y en general se tiene un criterio favorable al Estado para casos de violación de derechos humanos. También recurría el Tribunal a las presunciones, en este caso la presunción de legitimidad del acto administrativo⁴⁴, noción fuertemente cuestionada por la doctrina⁴⁵. Esta jurisprudencia fue luego abandonada por el Tribunal.

Veamos un caso concreto. Se sustanció un sumario contra un funcionario y en dicho procedimiento: (i) se decretó la apertura del sumario y la destitución en el mismo acto administrativo (se abre el procedimiento y se lo cierra al mismo tiempo); (ii) se sometió a la sumariada a un interrogatorio de doce horas; (iii) se citaron a declarar a todos los testigos sin informar a la sumariada para que pueda controlar la prueba, repreguntar, etc.; (iv) se “fragmentó” el expediente para requerir los asesoramientos internos y externos, que preceptivamente exige la normativa aplicable, de forma tal que los asesores solo conozcan la “acusación” pero no los descargos del sumariado; (v) ostensiblemente, sin preocuparse siquiera de disimular, se confirió vista al sumariado ocultándole los elementos más importantes del expediente; (vi) se ignoraron los pedidos de recusación formuladas por el sumariado; (vii) se ignoraron todos los descargos del funcionario que nunca fueron considerados, etc. La Administración entendió que todo se sana con una vista posterior. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo dictó la sentencia n.º 981 de 23 de noviembre de 2010, señalando que las irregularidades mencionadas no son suficientes para la anulación del acto administrativo sino que el sumariado tuvo oportunidades de defenderse (se le otorgó formalmente una vista al finalizar las actuaciones). El caso ha sido llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁴ Sentencias 371/2004, 212/2004, 61/2004, 466/2002, etc.

⁴⁵ En contra de esta noción: DURÁN, A. “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, *Revista de Derecho...*, pgs. 119-151.

5.5. Jueces en procesos constitucionales (especialmente amparos)

Dentro de la jurisprudencia en materia de amparo existió una tendencia a: (a) rechazar los planteos por considerar que no existe ilegitimidad manifiesta en el caso señalado⁴⁶, utilizando criterios sumamente exigentes para el análisis de la exigencia que hacen que, salvo en contados casos, el amparo no proceda; (b) aplicar en forma excesivamente rigurosa y restrictiva otros requisitos legales que conducen a excluir el amparo; y (c) evitar el análisis constitucional y de derechos humanos, rechazando las demandas por entender que el competente para resolver el caso es una autoridad política o administrativa (con lo que el juez elude el tema y no ingresa en la problemática de la lesión de un derecho humano).

El caso más claro es, sin duda, el que refiere a la mayoría de los centros penitenciarios uruguayos, en los cuales las condiciones de reclusión son absolutamente violatorias de los derechos humanos. Este es un tema que los jueces han eludido en general y procesan con prisión, y condenan a los individuos sabiendo que serán enviados a un lugar donde, seguramente, se violarán sus derechos humanos.

Hace algún tiempo se promovió una acción de amparo en razón de las inhumanas condiciones de reclusión que fue acogida con precisión y rigor jurídico por la jueza Cristina CABRERA⁴⁷ (que ordenó al Ejecutivo que adoptara medidas concretas para corregir la situación y le fijó plazos precisos) pero luego dicho pronunciamiento fue revocado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno⁴⁸. Tenemos aquí un claro caso que demuestra la conflictiva lectura que de la Constitución realizan algunos jueces. El art. 26, segunda oración, de la Constitución, dice: “En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí solo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito”. Pero se aprecia

⁴⁶ La Ley de Amparo exige, para que proceda esta acción sumaria, entre otros requisitos, que exista una “ilegitimidad manifiesta” y si esta característica no está presente se debe recurrir al proceso ordinario.

⁴⁷ Sentencia n.º 41, de 8 de junio de 2009, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Primer Turno.

⁴⁸ Sentencia n.º 156, de 20 de julio de 2009, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno.

que, al rechazar los amparos, los jueces están permitiendo lo que la Constitución dice que no se puede permitir.

Otro caso refiere a las negativas de las autoridades estatales que rechazan pedidos de enfermos terminales o crónicos, carentes de recursos económicos suficientes para pagar su tratamiento, para que se les suministren las mejores drogas, las que podrán curarlos o mejorar sensiblemente sus condiciones de vida. Luego del rechazo, muchos son los enfermos que promueven acciones de amparo, con suerte diversa. La ilegitimidad de la situación es evidente: ¿es que puede una autoridad administrativa elegir a quiénes suministra los medicamentos que precisan y a quiénes no? ¿Puede una autoridad del Ministerio de Salud Pública decir que a los pacientes de cierta enfermedad les brindará la mejor atención pero a los que padecen otro mal se les negará el tratamiento apropiado? Puede alguien decir: ¿vamos a sacrificar a cierto número de individuos que sufren cierta enfermedad para que tengamos recursos suficientes para atender a quienes padecen otros males? ¿Y el principio constitucional de igualdad? ¿Puede exigirse el sacrificio de un grupo minoritario en beneficio de supuestas mayorías? Descuento que no⁴⁹ pero vemos que a veces se actúa en contrario.

Pero veamos, además, que la oración final del art. 44 de la Constitución dice que: “El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”. Nuevamente puede verse cómo se interpretan (o se ignoran) ciertas disposiciones constitucionales, desnaturalizando su texto e ignorando el derecho de personas “carentes de recursos suficientes” que solicitan al Estado un medicamento que les fue prescripto por su doctor.

Desde 2007 hasta la fecha la situación ha ido cambiando. En primera instancia, de pronunciamientos básicamente negativos⁵⁰, se ha ido consolidando

⁴⁹ Respecto a las tesis transpersonalistas que postulan la primacía de intereses generales o sociales sobre los derechos humanos, me remito a lo dicho en RISSO, M. *Algunas garantías básicas...*, pgs. 93 y ss.

⁵⁰ Por ejemplo, en materia de salud, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Tercer Turno, sentencia 2/2007; Juzgado Letrado de Primera Instancia de Florida, sentencia n.º 50/2009; Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4.º Turno, sentencia n.º 4/09; etc. En segunda instancia rechazaron amparos

una jurisprudencia prometedor y protectora de los derechos humanos⁵¹ (se aplica directamente la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con respuestas adecuadas). Dentro de los Tribunales de Apelaciones aparecen sentencias excelentes, como la sentencia de 2 de diciembre de 2009 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno⁵², y se aprecia el inicio de un proceso similar al de primera instancia⁵³.

Si se analizan los últimos cinco años puede apreciarse una clara tendencia a la aplicación de la Constitución, protección de los derechos humanos y manejo de criterios modernos.

5.6. Jueces en general

Fuera de los casos anteriores, la mayoría de los pronunciamientos judiciales, cuando pueden hacerlo, prescinden de la Constitución. Esta es una tendencia histórica, que se explica en las razones ya mencionadas: una cultura jurídica propia de los tiempos del Estado “legislativo” de Derecho, un concepto anticuado de lo que es la Carta Magna, una sobre valoración del papel de la ley y de su capacidad para resolver justamente todos los casos, una visión básicamente positivista (que elude todo argumento basado en los valores y principios constitucionales) y una prescindencia general del análisis de los casos con una visión de derechos humanos.

de este tipo: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno, sentencia de 17 de agosto de 2007; Tribunal de Apelaciones de Primer Turno, sentencia 104 de 6 de julio de 2009; etc.

⁵¹ Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4.º Turno, sentencia n.º 39 de 13 de agosto de 2010; Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4.º Turno, sentencia n.º 8 de 11 de marzo de 2010. También debe mencionarse la evolución del juez Pablo Eguren en la materia que acogió una acción de amparo por sentencia de 14 de julio de 2009.

⁵² Y la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2.º Turno, n.º 159 de 30 de junio de 2008. Sobre este pronunciamiento puede verse: OCHS, D. “Una encrucijada jurídica y bioética superada por un encomiable fallo de amparo sanitario”, *Estudios jurídicos de...*, pgs. 281 y ss. RODRÍGUEZ, A. “El alcance del derecho fundamental a vivir una vida digna”, *Estudios jurídicos de...*, pgs. 295 y ss.

⁵³ Otras sentencias de segunda instancia protectores del derecho a la salud: Tribunal de Apelaciones de 4.º Turno, sentencia de 13 de abril de 2010. El Tribunal de Apelaciones de 5.º Turno, sin apartarse de su criterio anterior, confirmó un amparo por sentencia de 9 de noviembre de 2011.

A nivel doctrinal hace años que la doctrina uruguaya ha recurrido a la noción de la interpretación del ordenamiento jurídico “desde” la Constitución y “desde” los derechos humanos. Concepto que por otra parte no puede ser discutido. Desde Argentina, BIDART CAMPOS señalaba que ninguna ley, ninguna norma estatal o no estatal, ningún acto estatal o de particulares, puede interpretarse y aplicarse como si por encima no hubiera un plano superior condicionante y subordinante. Señalaba este autor ciertas aficiones – sobre todo en el área del derecho privado – a prescindir del techo constitucional, y a suponer que el legislador dispone de absoluta discrecionalidad cuando codifica o legisla. Pero esto no debe ser así; cada norma o acto necesitan ser colocados bajo la lupa de la Ley Suprema; primero, para interpretarse de conformidad con todo el arsenal que ella alberga; segundo, para descartar la aplicación si se detecta oposición o incompatibilidad; tercero, para que cuando sea posible más de una interpretación – una ajustada a la Carta Magna, y otra u otras discordantes – se acoja la que es conforme a ella. Significa que el tejido total del ordenamiento jurídico debe ser auscultado “desde” la Constitución omnicomprendivamente valorada para que la Constitución filtre la interpretación “de” ella misma a todos los reductos que “desde” ella requieren ser esclarecidos en su propia interpretación y aplicación⁵⁴.

Si bien es aceptado que la interpretación “desde” la Constitución no habilita al juez, ni en general al intérprete, a darle a la ley un sentido distinto cuando el tenor literal es claro o un fin distinto al perseguido por el legislador, se acepta pacíficamente que la ley se sigue interpretando conforme su propio método, pero la interpretación debe estar guiada o influenciada por:

⁵⁴ BIDART, G. J. *El derecho de...*, pg. 382. Y continúa más adelante: “Se trata en toda esta operatoria de proyectar a la Constitución en y por todos los resquicios del ordenamiento jurídico inferior, y de dar aplicación a la naturaleza informante que la unidad de sentido de la Constitución tiene con respecto a la unidad de sentido de dicho ordenamiento, todo ello con la finalidad de impedir que se produzca la dispersión jurídica y la fractura de la membrecía que los productos infraconstitucionales deben guardar encadenadamente con la Constitución suprema. Para ello, no es suficiente repeler los que se desligan de esa membrecía por inconstitucionalidad; hace falta también lo que es más difícil conseguir: que se integren armoniosa y coherentemente con la Constitución.” Por algo y por mucho TORRES DEL MORAL explica que “consecuencia de la superioridad formal de la Constitución es no solo el posible control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, sino también que todo el ordenamiento jurídico queda impregnado, empapado de sentido constitucional, pues recibe de aquella su fundamento y legitimidad, así como también sus límites”.

- A) Todas las disposiciones constitucionales sean del tipo que sean (preceptivas, programáticas, organizativas, etc.), siempre que resulten aplicables al caso.
- B) Los principios y valores constitucionales.
- C) Por los derechos humanos (constitucionales y emanados del orden internacional) que aparecen, además de como derechos, como principios objetivos del orden jurídico supremo, por lo que estos derechos:
 - a) Deben ser debidamente delimitados en cuanto a su concepto y alcance, y correctamente ponderados.
 - b) En caso de varias interpretaciones posibles se debe recurrir a aquella que dé mayor efectividad al derecho humano en juego.
- D) El intérprete, en definitiva, no solo está sometido a la ley, sino al Derecho en su conjunto⁵⁵.

En este punto es donde seguramente aparece la mayor carencia de la jurisprudencia uruguaya en cuanto a la aplicación de la Constitución y en lo que refiere al moderno rol del “juez constitucional”.

6. BALANCE FINAL

Hace cinco años el balance de la situación uruguaya en lo referido al “juez constitucional” hubiera sido desalentador. Los pronunciamientos próximos a los desarrollos contemporáneos eran absolutamente excepcionales.

Hoy parecería que se advierten cambios: (a) la sentencia de la Suprema Corte 365/2009; (b) la jurisprudencia de la Corte en el 2013 aunque es muy pronto para analizarla; (c) cambios positivos en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Seguramente la mayor evolución se viene dando en materia de amparo, en donde los tribunales de primera instancia vienen desarrollando una labor

⁵⁵ RISSO, M. *Derecho constitucional...*, pgs. 265-286.

cada vez más positiva en la protección de los derechos humanos y una mejor interpretación de la Constitución. Lo mismo comenzó a ocurrir en los tribunales de apelaciones, pero si bien existen pronunciamientos modernos y se avizoran cambios importantes, no es aún tan nítida la evolución en todos los tribunales, y algunos se mantienen dentro de la línea tradicional del juez legal.

En definitiva, parecería que la jurisprudencia nacional se viene orientando en la línea europea, propia del Estado constitucional de Derecho.

7. FUENTES

ARAGÓN, M. *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

BERNSTEIN, D. “The Story of *Lochner v. New York*: Impediment to the Growth of the Regulatory State”. DORF, M.C. (ed. lit). *Constitutional law stories*. New York: Foundation Press, 2004.

BIDART, G. J. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

BREWER-CARÍAS, A. R. “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

CARPIO, E. “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes” *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n.º4, 2005: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=edgar_carpio_marcos

CEA, J. L. “Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

CHANTEBOUT, B. *Droit constitutionnel et science politique*. París: Armand Colin, 1999, 16.ª e.

COUTURE, E. J. *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1998, reimpresión (edición original de 1948). T. I.

DURÁN, A. “La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso”, *Revista de Derecho*, n.º 2. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2007.

FAVOREAU, L. y otros. *Droit constitutionnel*. París: Edition Dalloz, 1999. 2.ª e.

FERNÁNDEZ, F. “Fétichisme de la loi, separation des pouvoirs et gouvernement des judges. Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 19. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia-Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.

GARCÍA, D. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Temis, 2001.

HITTERS, J. C. y FAPPIANO, O. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar. T. I. Vol. I.

HOFFMAN-RIEM, W. “La división de poderes como principio de ordenamiento”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

MONTESQUIEU, C. “El espíritu de las leyes”, *Grandes clásicos del Derecho*. México: Oxford University Press. Vol. 5, 1999.

NOGUEIRA, H.

- “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis, Derecho de la Región*. Chile: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 9, n.º 1, 2003.
- *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2007. T. I.
- OCHS, D. “Una encrucijada jurídica y bioética superada por un encomiable fallo de amparo sanitario”, *Estudios jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º 9, 2009.

RISSO, M.

- *¿Qué es la Constitución?* Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010.
- “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”, *Revista de Derecho*, n.º 5. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2010.

- *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Montevideo: FCU, 2008. 1.^a e.
- *Derecho constitucional*. Montevideo: FCU, 2006. T. I. 2.^a e.

RODRÍGUEZ, A. “El alcance del Derecho Fundamental a vivir una vida digna”, *Estudios jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º 9, 2009.

ROUSSEAU, J. J. *El contrato social*. Buenos Aires: Aguilar, 1965.

SAGÜÉS, N.

- “Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, *Revista uruguaya de derecho constitucional y político*, n.º 63-66. Montevideo. T. XI.
- *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

SULLIVAN, K. M. y GUNTHER, G. *Constitutional law*. New York: Foundation Press, 2004. 15.^a e.

TRAVIESO, J. A. “La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre el derecho internacional, derecho interno y derechos humanos”, *Revista La Ley*, 1994.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007. 7.^a e.

ZIULU, A. G. “El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994”, *Revista uruguaya de derecho constitucional y político*, n.º 72. Montevideo. T. XII.

JUSTICIA ARBITRAL: PRINCIPIOS Y CONTROL DISCIPLINARIO

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL Y DISCIPLINARIO DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. COFUNDADOR Y CONSEJERO ACADÉMICO DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO DISCIPLINARIO Y DE LA CONFEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DISCIPLINARIO, COORDINADOR ACADÉMICO DE BARRAS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y CONSULTOR DE LA ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. El carácter de juez que ostentan los árbitros en el ordenamiento jurídico colombiano y su vinculación indefectible con las funciones y fines del Estado. 3. La imparcialidad, autonomía e independencia de los árbitros. 4. Normatividad disciplinaria aplicable a los árbitros. 4.1. La competencia para disciplinar a los árbitros. 4.2. La autonomía e independencia judicial frente al disciplinamiento de los jueces. Su extensión a los árbitros. 4.3. La jurisprudencia de los tribunales internacionales y los jueces como sujetos de Derecho Disciplinario. El concepto de error judicial inexcusable y su lógica e íntima vinculación con el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002. 5. Fuentes.

Resumen: La justicia arbitral en Colombia es una realidad inconcusa. Opera como una forma alternativa de solucionar conflictos y, por demás, se integra a la justicia constitucionalmente concebida. No obstante, es claro que se discute muchas veces si los árbitros son verdaderos jueces y si, como tal, se encuentran sometidos a los principios que rigen a quienes realizan funciones jurisdiccionales.

Ello resulta problemático cuando se trata de establecer cuáles son las reglas disciplinarias que rigen su estatuto en la materia disciplinaria, en los campos sustancial, jurisdiccional y procesal.

La búsqueda en la clarificación de tales temáticas es el objeto de este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

La justicia arbitral es clave en lo que administración de justicia se refiere, pues la impulsa a que sea más celer y a veces más cualificada, lo que resulta positivo, empero, no es menos cierto que también de alguna manera no está exenta de ser tocada por problemas de corrupción como marginalmente se informa por la prensa de nuestro país.

En gran medida la seguridad jurídica y el desarrollo económico colocan sus aspiraciones en la balanza de los árbitros, competencias, procedimientos y aplicabilidad de la ley que, en gran medida, responde a estándares internacionales de justicia.

Sin embargo, cuando se trata de problemas tópicos atinentes al tema penal y disciplinario, la claridad no es la que se predica de los anteriores, razón por la cual aquí trataremos los siguientes puntos: el carácter de juez que ostentan los árbitros en el ordenamiento jurídico colombiano y su vinculación indefectible con las funciones y fines del estado; la imparcialidad, autonomía e independencia de los árbitros; normatividad disciplinaria aplicable a los árbitros; la competencia para disciplinar a los árbitros; la autonomía e independencia judicial frente al disciplinamiento de los jueces. Su extensión a los árbitros; y, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y los jueces como sujetos de derecho disciplinario. El concepto de error judicial inexcusable y su lógica e íntima vinculación con el numeral 1.º del art. 48 de la ley 734 de 2002.

2. EL CARÁCTER DE JUEZ QUE OSTENTAN LOS ÁRBITROS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y SU VINCULACIÓN INDEFECTIBLE CON LAS FUNCIONES Y FINES DEL ESTADO

El art.113 de la *Carta Política de Colombia* dispone, de manera clara, la clásica separación de poderes entre el legislativo, ejecutivo y judicial. Hace parte tal artículo del Capítulo 1 DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO, perteneciente al Título V, cuyo *nomen iuris* es DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO.

El art. 116 de los mismos capítulo y título se ocupa de la administración de justicia en términos materiales, englobando en la misma a la rama judicial del poder público. Establece que el Congreso de la República ejercerá determinadas funciones judiciales, y de manera excepcional, se atribuirán de tipo jurisdiccionales en ciertas materias a autoridades administrativas, así como la institucionalización de eventos en los cuales particulares – jurados, conciliadores y árbitros – pueden ser investidos de dichas funciones jurisdiccionales.

Todos y absolutamente todos los mencionados realizan funciones públicas, de tal manera que quedan cubiertos por las previsiones que para el efecto consagra el Capítulo 2: DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, perteneciente al mismo Título V DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO.

Se consagran allí principios básicos como aquellos que indican que administradores de justicia en sentido formal y material – caso de los árbitros –, deben ejercer sus funciones con apego a la Constitución, la ley y el reglamento (art. 122), pues así viene impuesto por un principio fundamental del Estado como lo es el art. 6 y su desarrollo consecuente dentro de la estructura del Estado, según el cual ninguna autoridad del mismo “podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (art. 121).

Se resalta que, en el art. 121 citado no se menciona la palabra funcionario, sino la de autoridad del Estado, en cuyo concepto, por supuesto, se encuentran aquellas detalladas en el art. 116. En efecto, sin hesitación alguna, el concepto de autoridad estatal se halla constitucionalmente referido tanto a quienes materialmente administran justicia como pertenecientes orgánicamente al poder judicial, así como a quienes lo hacen en calidad de particulares investidos de dicha función.

Dentro de esta lógica constitucional, el art. 123 establece que los servidores públicos “están al servicio del estado y de la comunidad” y “ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución y la ley”. Tales principios básicos se aplican, sin distinción, para las autoridades que ejercen permanentemente esta como para los particulares que de manera temporal u ocasional la realicen, puesto que su inciso final ordena que la ley determinará el régimen aplicable a estos,

lo cual, evidentemente, debe hacerse en consonancia con todos los principios constitucionales mencionados.

Así, en consecuencia, la ley determinará la responsabilidad de servidores y particulares que ejercen funciones públicas (inciso final del art. 123 y art. 124). Lo anterior se confirma si se lee sin prevención el art. 131, referido a los notarios y registradores, quienes no ostentan sin más la calidad de servidores públicos – algunos los refieren como regímenes mixtos –, pero a los que sin duda se les aplican todos los principios de la función como tal.

El concepto de función pública es complejo, si bien se entiende que se encuentra compartimentado por el art. 113 de la Carta Política, sus principios aparecen como aplicables a sujetos e instituciones que solo se entienden en su transversalidad, pues abarcan a los funcionarios orgánicos de las ramas legislativa, ejecutiva, judicial y órganos autónomos e independientes, como también a los particulares que ejercen actividades en unos y otros, tal como se desprende del contenido del art. 209.

En efecto, como se evidencia en los arts. comprendidos entre el 122 y el 131, pertenecientes al Capítulo 2, DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, correspondiente al Título V DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO, los principios de la función administrativa son, *mutatis mutandi*, aplicables a toda la función pública, incluida la que ejercen los particulares.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha dicho que los principios consignados en el art. 209 de la Carta Política “son vinculantes para todos los operadores jurídicos estatales”¹, ante lo cual no se hace distinción entre autoridades públicas formalmente institucionalizadas orgánicamente y las constituidas por particulares que temporalmente ejercen funciones públicas.

Tal idea, sin duda alguna, se desprende de la doctrina constitucional, según la cual, como dice la rectora de la jurisprudencia, si bien el principio de la separación de poderes “se caracteriza por la delimitación precisa, mediante reglas jurídicas, de las competencias de cada uno de los poderes, junto con la definición de sus

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 1994. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO.

estructura funcional” (sentencia C-228 de 2012), no puede negarse que el mismo tenga “una connotación organizativa”, por lo cual, en esencia, la función judicial es la de “resolver conflictos mediante la aplicación del derecho”, y por tanto, de la misma se desprende un “poder limitado”, y por supuesto, “susceptible de control” (sentencia C-141 de 2010).

Los rasgos actuales de la función pública tienen su especial fundamento en el art. 209 de la Carta Política, norma que también, en el concierto político jurídico del Estado social, se aplica a la función y a los funcionarios judiciales. Estos también se encuentran sujetos al cumplimiento de los criterios que informan la administración, consignados en el art. 209 de la Carta Política, tal como ha quedado expuesto en la sentencia C-037 de 1996, mediante la cual se ejerció el control constitucional previo a la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia* (Ley 270 de 1996). Así lo ha ratificado la misma jurisprudencia cuando, de manera diáfana, precisó que los principios de que da cuenta el art. 209 constitucional “son igualmente aplicables a la administración de justicia”².

Por ello, aplica para la rama judicial el que fuera propósito revelado, explícitamente, que se imponía por todos los sectores involucrados en la reforma constitucional, la “necesidad de hacer más eficiente el funcionamiento del Estado”, para lo cual, como ejes del cambio, se requería “un exigente régimen para los servidores públicos”: “El país demanda ahora como su prioridad la mayor eficiencia y eficacia en la gestión pública, como condición básica para desarrollar la legitimidad institucional”³.

El Estado “se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”⁴.

Toda institución y norma de la Carta Política debe interpretarse bajo la idea de “los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”, razón por la cual las demandas sociales “sirvieron para transformar el reducido

² Corte Constitucional. Sentencia C-012 de 2002. M.P. ARAUJO RENTERÍA.

³ *Gaceta Constitucional*, n.º 68, 1991: pgs. 17 y 18.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002. Ms.Ps. MONTEALEGRE LYNETT y VARGAS HERNÁNDEZ.

estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social”⁵.

Por esta razón, en “el estado social de derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución”⁶.

Se ha producido un cambio en la concepción de la “función pública”, producto de la incidencia y rectoría del art. 1 constitucional, nuevo paradigma que implica según la jurisprudencia constitucional:

El moderno concepto de Estado social de Derecho apareja un insoslayable aumento del intervencionismo estatal, como mecanismo necesario para la realización efectiva de los derechos. Esta circunstancia supone que el concepto clásico de la función administrativa se vea reemplazado por otro más acorde con la nueva realidad jurídica y que, así mismo, la organización del Estado moderno responda a nuevos criterios. Las formas de organización actuales no son en manera alguna aquellas propias del llamado Estado gendarme, sino que corresponden más bien al concepto de Estado social servidor⁷.

Muy bien ha precisado la jurisprudencia constitucional cuando dice que el art. 209 de la Carta Política consagra unos “principios que gobiernan la función administrativa”, los cuales pueden clasificarse en finalísticos – al servicio de los intereses generales –, funcionales y organizacionales⁸, que a su vez se presentan como instrumentales, al servicio de la labor que presta quien ejerce una función pública⁹.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1995. M.P. ANGARITA BARÓN.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-505 de 1992. M.P. CIFUENTES MUÑOZ.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-722 de 1999. M.P. NARANJO MESA.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-036 de 2005. M.P. SIERRA PORTO. Fundamento jurídico n.º 3.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 1994. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO.

Esos principios son “parámetros específicos de la función administrativa y que, en general, constituyen el núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho”¹⁰.

En el marco de lo aquí tratado, significa lo anterior, sin más ni más, que se constituyen en el derrotero del comportamiento de todo servidor público y muy especialmente de los legisladores y funcionarios judiciales, orgánicamente entendidos o cuando fungen como particulares que administran justicia de manera temporal u ocasional.

Por ello, los servidores y los particulares que ejercen funciones públicas, deben estar “comprometidos” con los cometidos que a estas se le atribuyen¹¹ y, por virtud del principio de eficacia, tienen que observar cabalmente los deberes que les compete de conformidad con el art. 2 de la Carta Política, adecuando su “conducta para lograr el cumplimiento de los fines del Estado”¹².

Deben resaltarse aquí como aplicables a la función judicial, los principios de legalidad, transparencia, moralidad, igualdad, imparcialidad, eficacia, eficiencia, celeridad, etc¹³.

Ahora bien, la administración de justicia, en cuanto a su concepción constitucional, sin duda responde a la tridivisión orgánica del poder, pero esencialmente, en un Estado social y democrático de Derecho, importa mucho más su concepción material, que viene definida por el art. 1 de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*, incluido en los principios de la administración de justicia, la que en el marco de lo ordenado por el literal b) del art. 152 de la Carta Política, implica:

ARTÍCULO 1.º. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos,

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia. C-088 de 2000. M.P. MORÓN DÍAZ.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1163 de 2000. M.P. MORÓN DÍAZ.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-206 de 1994. M.P. HERNÁNDEZ GALINDO.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 2000. M.P. MORÓN DÍAZ. Vid. también: Sentencia T-206 de 1994. M.P. HERNÁNDEZ GALINDO.

obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

Los árbitros, como jueces, encajan perfectamente en dicha noción material, toda vez que, el art. 1 de la *Ley 1563 de 2012*, por la que “se expide el *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional* y se dictan otras disposiciones”, dispone que el arbitraje es “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”, cobija también lo referente al campo de la acción estatal, puesto que su inciso final señala:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

Opera, inclusive, cuando se trata de la competencia atribuida a la jurisdicción contenciosa administrativa, según establece dicha competencia el art. 2 ibídem, “cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional”. Entre otras normas, los arts. 29 y 107 a 110 dan cuenta de la calidad de jueces que tienen los árbitros y de cómo sus decisiones se integran a la jurisdicción orgánica, para el caso referido a la jurisdicción contenciosa administrativa, como lo ratifican los arts. 237 numeral 1.º de la Carta Política, 103, 104 numeral 7.º y 107 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*; por su lado, el Código General del proceso extiende su vigencia a los procesos a cargo de “particulares ... cuando ejerzan funciones jurisdiccionales”.

El art. 11 de la *Ley 270 de 1996* nos muestra la concepción orgánica de la administración de justicia; sin embargo, el 12 de la misma da clara cuenta de su concepción material, pues señala que administran justicia en Colombia los órganos e instituciones configurados para ello y las “personas dotadas de investidura legal para hacerlo”.

Por su parte, el art. 13 se centra en la administración de justicia por parte de particulares y señala, en su numeral 3.º, como propias para ello:

Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso.

Tal concierto normativo, sólido, coherente y consistente, dotado de razón suficiente, es lo que ha permitido consecuentemente que la Corte Constitucional (por todas las anteriores, sentencia C-431 de 1995) haya avalado su carácter de administrador de justicia según sentencia C-242 de 1997, ratificando en la C-247 de 1997 que:

la decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad.

Descongestiona a la administración de justicia formal (C-163 de 1999), y se establece en una “justicia arbitral” de carácter voluntario constituida por los interesados, dando lugar a un verdadero procedimiento judicial en “sentido material” (C-330 de 2000), mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual se inviste de “la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio”, las diferencias entre sus convocantes (C-098 de 2001).

Es de resaltar que, la jurisprudencia constitucional, en casos de arbitraje dentro del marco de lo aquí discutido, ha señalado que la justicia arbitral “es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto”, por demás, “sujeta a las reglas básicas de todo proceso: el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente de los derechos fundamentales al debido proceso” y “los árbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia” como

son los de decisión, coerción, probatorios y resolutivos en la sustanciación de la controversia (sentencia T-058 de 2009).

Así, de manera diáfana, se concentran dichos principios en la esencia de la sentencia C-330 de 2012, donde se ratifica el carácter jurisdiccional de la justicia arbitral.

No existe ninguna duda sobre el carácter de juez que ostentan los árbitros en el ordenamiento jurídico colombiano y su vinculación indefectible e indescoscible con las funciones y fines del Estado.

3. LA IMPARCIALIDAD, AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS

La justicia arbitral es constitucional según se estableció por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, mediante la cual se juzgó la constitucionalidad del *Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*, para lo cual simplemente se exigió, que su regulación debería llevarse conforme a los lineamientos constitucionales, toda vez que, a través de ella y otras formas alternativas de solución de conflictos, se desarrolla el art. 116 de la Carta Política, y se interpretan y se establecen los principios y valores que regulan a toda la Constitución, como es la búsqueda de la paz, convivencia y orden justo.

No existe duda que, como juez que es, el árbitro se rige por el principio de imparcialidad, lo cual ratifica de manera diáfana el inciso 2.º del art. 1 de la *Ley 1563 de 2012*.

Pero además, se busca que el juez sea un funcionario imparcial, a través del cual se pueda ejercer adecuadamente el derecho de defensa respecto de las reclamaciones de la contraparte y viceversa, de manera que, en presencia de un juez parcializado, se quebranta el principio rector de la administración de justicia, según el cual, “en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley” (art. 3 de la *Ley 270 de 1996*), con lo que se pone en grave

amenaza el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia (art.2 *ibidem* y 229 de la Carta Política).

Es claro, entonces, que si el juez no es imparcial se ponen en peligro derechos constitucionales fundamentales, desconociéndose el principio rector del art. 9 de la *Ley 270 de 1996*, según el cual: “RESPECTO DE LOS DERECHOS. Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso”.

La independencia de los jueces toca con la imposibilidad de que quien se encargue de definir un asunto de justicia sea injerido por sujetos de otro poder, del mismo poder judicial y, muy especialmente, por sus intereses particulares. La independencia es interorgánica, intraorgánica y personal, toda vez que el juez tiene que fallar sobre la base de los valores objetivos del sistema constitucional.

Tal es lo que buscan los arts. 228, 229 y 230 de la Carta Política, especialmente este cuando dice que solo se someterán a la norma, dejando de lado sus intereses personales, lo que ratifican los principios rectores de la *Ley 270 de 1996*, especialmente, para este caso, el art. 5 y el inciso 2.º del art. 8, cuando involucra a los árbitros en el concierto de los administradores de justicia que deben actuar independiente y autónomamente, debiendo respetar los derechos de los intervinientes en el proceso (art. 9, *ibidem*), especialmente el derecho constitucional fundamental a un juez imparcial. El árbitro debe tener, solo en mente, el servicio al Estado y a la comunidad como base fundamental de la función pública (art. 123 de la Carta Política).

El principio de imparcialidad se encuentra ligado con el de la independencia judicial, no obstante, deben diferenciarse.

55. Al respecto, la Corte resalta que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio. Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en

conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.

56. En cambio, la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad¹⁴. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario¹⁵. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona¹⁶. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta¹⁷, sino única y exclusivamente conforme a – y movido por – el Derecho¹⁸.

El art. 29 de la Carta Política establece el principio del juez competente; sin embargo, si bien no se refiere al independiente e imparcial, el bloque de constitucionalidad así lo impone por virtud de lo dispuesto en el art. 93, *ibidem*,

¹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos. *Pullar vs. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, § 30, y *Fey vs. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A n.º 255-A p. 8, § 28.

¹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos. *Daktaras vs. Lithuania*, n.º 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), § 30.

¹⁶ Corte Europea de Derechos Humanos. *Piersack vs. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, y *De Cubber vs. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A n.º 86.

¹⁷ Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 59.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Apitz Barbera y otros vs Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, n.º 182.

en armonía con los arts. 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

Pero también, de alguna manera, podrían inferirse de la lectura del art. 228 de la Carta Política, muy a pesar de que habla de la independencia de la función, la cual se trasunta en la del juez; y del art. 230, *ibidem*, cuando dispone que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley cuando profieren sus decisiones, lo que implica imparcialidad.

La jurisprudencia constitucional ha expresado que:

(...) la imparcialidad e independencia judicial, como objetivos superiores, deben entonces ser valoradas desde la óptica de los demás órganos del poder público – incluyendo la propia administración de justicia –, de los grupos privados y, fundamentalmente, de quienes integran la *litis*, pues solo así se logra garantizar que las actuaciones judiciales estén ajustadas a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública¹⁹.

En consecuencia:

la imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad²⁰.

La imparcialidad subjetiva tiene que ver con la persona del juez²¹ y no con la institución, lo cual se contrarresta con la noción de juez profesional, aun cuando, debe reconocerse, como decía HOLMES: “los magistrados, como hombres que son, guardan en su subconciencia acervos de preconceptos y prejuicios de ideas

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2000. M.P. NARANJO MESA.

²⁰ Sentencia C-762 de 2009. M.P. HENAO PÉREZ.

²¹ La jurisprudencia de la Corte Constitucional se refiere a ella cuando afirma que “la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer”; sentencia C-762 de 2009.

y de ideologías, de simpatías y antipatías, y ese conjunto aun cuando no se den cuenta de ello, influirá sutil pero eficazmente en sus sentencias²²; no obstante, se debe imponer el principio del interés público o general en el proceso, que blinda al juez de las injerencias externas²³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido así en torno al tema:

63. Al respecto, el Tribunal considera que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.

64. En tal sentido, la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho. En otras palabras, un juez que no pueda ser recusado no necesariamente es – o actuará de forma – parcial, del mismo modo que un juez que puede ser recusado no necesariamente es – o actuará de forma – imparcial²⁴.

La recusación siempre debe ser una posibilidad ante aquellas situaciones donde se dude del ejercicio del mandato de imparcialidad del juez, por lo que solo “en supuestos excepcionales, cuando el comportamiento de la parte lleve

²² BERTOLINO P. J. *El funcionamiento del...*

²³ DEVIS, H. “Compendio de Derecho Procesal”, *Teoría General del...*

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Apitz Barbera y otros vs Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, n.º 182.

implícita, de manera inequívoca, una postura de fraude de la ley, pueda impedirse su recusación”²⁵.

El juez no solo debe ser imparcial, tiene también que parecerlo y demostrarlo con su comportamiento procesal, lo que se ha denominado: teoría de la apariencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho en los casos *De Cuber* de octubre 26 de 1984 y *Piersack* de octubre 1 de 1982:

Se “ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en los penales, por los mismos acusados”.

De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya expresado sobre dicha teoría que por ello “el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta²⁶, sino única y exclusivamente conforme a – y movido por – el Derecho”²⁷.

A los árbitros, según sea la naturaleza de lo que es objeto de su examen, se les aplica las causales de impedimento y demás situaciones o circunstancias que generen dudas sobre imparcialidad, consagradas en el *Código de Procedimiento Civil* o en el respectivo de lo contencioso administrativo (*Código General del Proceso*).

Así se establece en el art. 16 de la *Ley 1563 de 2012*, pero además, por obra de este mismo –“por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior” –, existen en su art. 15 unas prevenciones sobre parcialidad que potencian a las anteriores, toda vez que se impone como deber de quien ha sido designado árbitro, al aceptar su rol de juez, que informe lo que profesional

²⁵ PICÓ, J. *Las garantías constitucionales...*

²⁶ Principio 2 de los *Principios Básicos de las Naciones Unidas*, supra nota 59.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Apitz Barbera y otros vs Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, n.º 182.

o personalmente pueda tener incidencia en el desempeño del cargo respecto de impedimentos y recusaciones, lo cual está demarcado por una especial y concreta etapa: “al aceptar”.

Si así no se hiciera, en cualquier momento del proceso posterior al “de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados”.

Como un plus en el control, el inciso 3.º del art. 15 de la *Ley 1563 de 2012*, consagra una causal autónoma de impedimento respecto de la primera, consistente en castigar, jurídicamente con un impedimento *ipso iure*, al árbitro que no revela desde un principio circunstancias, situaciones y hechos que puedan poner en duda su imparcialidad.

Es sin duda alguna, una consagración legal, específica y situacional concreta del principio de la teoría de la apariencia, descrita con anterioridad, según los tribunales internacionales de justicia.

Quien desde un principio no revela todo lo que lo pueda afectar y poner en tela de juicio su imparcialidad en el conocimiento de un proceso judicial, ya, *prima facie* e *ipso facto*, es motivo de hacerlo incurso en duda, pues no se ha comportado como debe ser, esto es, no solo deber ser imparcial, sino también parecerlo.

El test de imparcialidad en la justicia arbitral se potencia también con la aplicación de la figura del conflicto de intereses que, de conformidad con el inciso final del art. 40 del *Código Disciplinario Único*, impone al árbitro el deber procesal de revelar el impedimento so pena de que si así no se hace lo denuncien las partes: “Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

Tal norma es aplicable al proceso arbitral según el art. 16 de la *Ley 1563 de 2012*, fórmula abierta que busca desformalizar en alguna medida la rigurosa taxatividad de las causales legales de impedimento y recusación consagradas en el *Código de Procedimiento Civil*, donde se apunta por una cláusula de textura abierta para materializar la idea del imperio del derecho sustancial en materia de

imparcialidad judicial, de acuerdo con el art. 228 de la Carta Política.

El caso bajo examen no puede enjuiciarse desde las preceptivas formales del silogismo judicial, subsunción de hechos en normas, toda vez que la fórmula consagrada en el art. 40 del CDU y autorizada su aplicación por integración, según orden expresa del art. 16 de la ley arbitral, es manifestación clara de una “norma de textura abierta” que materializa el principio de imposición del derecho sustancial sobre el adjetivo como ya se vio.

No en vano, pues, el art. 11 del Código General del Proceso señala que, en materia del principio de interpretación de las normas procesales:

(...) al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.

El árbitro impedido o inmerso en un conflicto de intereses que así no lo declara, podría incurrir en la falta disciplinaria gravísima consignada en el numeral 17 del art. 48 de la *Ley 734 de 2002*.

4. NORMATIVIDAD DISCIPLINARIA APLICABLE A LOS ÁRBITROS

Los árbitros son jueces, y como tal, obviamente, se les aplican las normas disciplinarias referentes a estos, tal como lo expresa el art. 19 de la *Ley 1563 de 2012*:

CONTROL DISCIPLINARIO. En los términos de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*, el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, *se regirá* por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia²⁸.

²⁸ La cursiva es del autor.

La expresión control disciplinario es omnicomprensiva para: i) normas sustanciales que definen la parte general del derecho disciplinario tanto en el ámbito de la tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad como de eximentes de responsabilidad, punibilidad y atenuantes de tal orden; ii) normas sobre jurisdicción y competencia; y, iii) normas sobre procedimiento y trámites procesales.

No puede ser menos, pues los árbitros se rigen también por la *Ley 270 de 1996*, según se puede comprender a partir de su art. 1.º, principio rector que señala que, la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

Y al ver su art. 8, inciso 2.º, sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos, nos encontramos con que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición (...) de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”.

El art. 1.º de la *Ley 1563 de 2012* señala en su inciso 1.º:

DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

La sentencia SU-637 de 1996 de la Corte Constitucional, jurisprudencia ratificada por la sentencia C-948 de 2002 y T-319A de 2012, establecen la “plena aplicabilidad de las normas del *Código Disciplinario Único*” a los funcionarios judiciales, por tanto también a los árbitros. Así se ratifica, de manera diáfana, por el parágrafo 2.º del art. 55 de la *Ley 734 de 2002*.

4.1. LA COMPETENCIA PARA DISCIPLINAR A LOS ÁRBITROS

El art. 256 numeral 3.º de la Carta Política señala que son atribuciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y los consejos seccionales el conocer de los procesos disciplinarios contra los “funcionarios de la rama judicial” y de los “abogados en el ejercicio de la profesión”, de conformidad con lo que establezca la ley, que para el efecto no es otra que la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia* según lo dispone su art. 152 en su literal b).

Pero además, difiere a la ley, la asignación de otras funciones, tal como lo consagra el numeral 7.º del art. 256.

La *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia* en su Capítulo IV, perteneciente al Título Cuarto que da cuenta de LA ADMINISTRACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LA RAMA JUDICIAL, consagra disposiciones competenciales en materia de funcionarios y personas que administran justicia, disponiendo:

ART. 111. ALCANCE. Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria se resuelven los procesos que por infracción a sus regímenes disciplinarios, se adelanten contra los funcionarios de la Rama Judicial, salvo sobre aquellos que gocen de fuero especial según la Constitución Política, los abogados y aquellas personas que ejerzan función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional. Dicha función la ejerce el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus salas disciplinarias.

Del artículo anterior se desprende que la función jurisdiccional disciplinaria, que no es otra que la que realiza el Consejo Superior de la Judicatura y sus seccionales en sus salas jurisdiccionales disciplinarias, como se desprende de su Título Segundo sobre la ESTRUCTURA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA y Capítulo I DE LA INTEGRACIÓN Y COMPETENCIA DE LA RAMA JUDICIAL, tal como lo estipula su art. 11, numeral 3.º, al mencionar al Consejo Superior de la Judicatura, tiene como competencia:

1. Conocer de los procesos contra los funcionarios de la rama judicial que no ostenten fuero constitucional;
2. Conocer de los procesos contra los abogados; y,
3. Conocer de los procesos contra aquellas personas que ejerzan función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional.

La función jurisdiccional que lleva a cabo la rama judicial, como perentoriamente se desprende del art. 12 de la *Ley 270 de 1996*, el cual pertenece al Capítulo II de la ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, la llevan a cabo autoridades orgánicamente definidas en la estructura de la administración de justicia que ya definió su art. 11 y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.

Entre estas personas investidas legalmente de la función judicial estatal se encuentran sin duda los árbitros, puesto que la justicia arbitral “es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto” (sentencia T-058 de 2009).

Lo anterior, resulta plenamente acorde con la definición material de administración de justicia que consagra el art. 1.º, sobre principios de la administración de justicia, cuya rectoría implica que la *Ley 270 de 1996* aplica a) los funcionarios judiciales, quienes orgánicamente pertenecen a la rama judicial; y, a otras personas investidas temporal u ocasionalmente de funciones judiciales.

Podría pensarse que esas personas investidas temporal u ocasionalmente por la ley de funciones judiciales no son los árbitros sino los conjuces de las corporaciones judiciales, empero, es claro que los mismos se encuentran dentro de la primera categoría que da cuenta el art. 12.

Allí, por supuesto, se encuentran quienes tengan la calidad como tal, orgánicamente entendida, de funcionarios judiciales al tenor del art. 256 de la Carta Política, pero además quienes se encuentren investidos de funciones judiciales, siendo también los árbitros, según el art. 116, *ibidem* y numeral 3.º del art. 13 de la *Ley 270 de 1996*.

Tal entendimiento es obvio, pues hay que fijarse bien cómo el art. 13 mencionado da cuenta de autoridades públicas y personas investidas de funciones judiciales, concordante con la expresión personas a que alude el art. 12. Este no podría estar refiriéndose, con dicha expresión, a funcionarios judiciales, pues los mismos *per se* ya tienen su propia naturaleza, la cual no se ostenta por quienes no lo sean salvo que se invistan legalmente de dichas facultades.

La problemática surge cuando se mira en qué instancia los árbitros deben ser investigados y juzgados por la jurisdicción disciplinaria, pues el Consejo Superior tiene competencia en segunda instancia de los eventos en que conocen en primera los consejos seccionales, los cuales solo refieren como comprensivos de su jurisdicción a los jueces y abogados (numeral 2.º del art. 114).

Sin embargo, se ha entendido, con muy buen criterio, que también conocen los consejos seccionales de los procesos disciplinarios contra los fiscales delegados que actúan ante los jueces, puesto que, como se tiene dicho por la Corte Constitucional, “cuando los fiscales ejercen estas actividades – judiciales – cumplen una función jurisdiccional, y por tanto, actúan como verdaderos jueces”, toda vez que el concepto de juez viene definido en clave material, en tanto se dice que la función jurisdiccional, en su sentido clásico que es el que adopta la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*, es la facultad de administrar justicia “con el fin de declarar o reconocer el derecho mediante la aplicación de la Constitución y la ley” (Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996), en sintonía con el principio rector del art. 1.º.

Pues bien, como se ha visto en los anteriores puntos, los árbitros son jueces, administran justicia en sentido material y pertenecen a la rama judicial (Corte Constitucional, sentencias C-431 de 1995, C-242 de 1997, C-247 de 1997, C-163 de 1999, C-330 de 2000 y C-098 de 2001), por tanto quedan comprendidos dentro de la definición clásica de juez, que no es otra que, la que utiliza el numeral 2.º del art. 114 de la *Ley 270 de 1996*.

Juez es quien “interpreta la ley y le da aplicación en casos particulares y concretos, dirime conflictos, y, en general aplica el derecho a casos específicos” (sentencia C-037 de 1996), en consecuencia, si los árbitros descongestionan la

“justicia formal” (sentencia C-163 de 1999), el proceso arbitral es “un verdadero procedimiento judicial” (sentencia C-330 de 2000) y la decisión arbitral es “eminente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial” (sentencia C-247 de 1997), en fin, como dice el Consejo de Estado:

(...) la justicia arbitral reemplaza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que las reglas aplicables a aquella son las que rigen esta, sencillamente porque opera un reemplazo de la jurisdicción, es decir, se trata de un verdadero equivalente jurisdiccional (sentencia de la sección tercera, de febrero 18 de 2010, radicación n.º 11001032600020090005800, n.º interno 37004).

La justicia arbitral se caracteriza por constituirse en un “ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto”, por demás “sujeta a las reglas básicas de todo proceso: el respeto por los derechos fundamentales de las partes, especialmente de los derechos fundamentales al debido proceso” y “los árbitros gozan de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia” como son los de decisión, coerción, probatorios y resolutivos en la sustanciación de la controversia (sentencia T-058 de 2009).

Concordante y coherente con todo lo anterior, el art. 193 de la *Ley 734 de 2002*, sobre el “alcance de la función jurisdiccional disciplinaria”, dispone que dicha función constitucional de carácter jurisdiccional se refiere a los procesos que “se adelanta contra quienes ejerzan funciones jurisdiccionales de manera permanente, transitoria u ocasional, excepto de quienes tengan fuero especial”.

No se refiere a funcionarios judiciales orgánicamente considerados, por el contrario, utiliza la palabra genérica “quienes”, dentro de la cual, sin duda alguna, tienen cabida los árbitros.

Pareciera que el art. 194, *ibidem*, restringiera el concepto a funcionarios judiciales orgánicamente considerados, empero, es claro que su interpretación correcta debe darse en el marco de la integración normativa de que da cuenta su art. 195, según el cual prevalecerán los principios de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*, de los cuales se desprende la competencia para disciplinar

a los árbitros por parte de la jurisdicción disciplinaria, como ya se vio.

Existe el riesgo de pensar, como algunos pregonan, que la competencia para disciplinar a los árbitros no radica en la jurisdicción disciplinaria sino en la Procuraduría General de la Nación, puesto que en principio se le otorga un poder general o competencia universal para investigar disciplinariamente a quienes ejercen funciones públicas, bien como servidores públicos – lo que incluye a los jueces en sentido natural – o particulares que ejercen tales funciones (arts. 2 inciso 1.º y 75 inciso 2.º de la *Ley 734 de 2002*).

Empero, hay que considerar que la mencionada “cláusula general de competencia” a cargo del Ministerio Público ha tenido reveses importantes que han desfigurado el sentido inicial que se le asignó por la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, puesto que la *Ley 734 de 2002* dispuso, en su inciso 2.º del artículo 1.º, a continuación de la competencia de la Procuraduría General de la Nación, que “el titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria”, lo que se fortalecía con el inciso 3.º de su art. 3; no obstante, el mismo fue declarado inexecutable por sentencia C-948 de 2002, en tanto se señaló:

(...) respecto de los funcionarios judiciales, a quienes precisamente el constituyente quiso someter, se reitera, en razón de las características propias de su función jurisdiccional y de la necesidad de mantener la independencia funcional de la rama judicial, al control de unos órganos específicos pertenecientes a la misma rama judicial dentro de la cual creó para el efecto una jurisdicción disciplinaria, en consonancia con la autonomía estructural y funcional propias de la misma conforme a la Constitución.

Es claro que lo definitorio no es el órgano al cual pertenezca el sujeto disciplinable, sino el carácter de atender funciones jurisdiccionales, lo cual requiere una especial protección en aras de asegurar la autonomía e independencia de la justicia como lo ordenan los arts. 228, 229 y 230 de la Carta Política.

Ya de antaño la jurisprudencia de la Corte Constitucional había entendido que la autonomía e independencia se protege no en razón de quien administra justicia,

sino a partir del sentido de lo que significa un juez autónomo e independiente, lo cual solo puede ser garantizado por la jurisdicción disciplinaria como lo señaló en la sentencia C-948 de 2002.

Es así como, en sentencia C-540 de 1993, se determinó:

El ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces y magistrados de las corporaciones judiciales debe ser “imparcial”, como se colige del artículo 2.º de la Carta, según el cual son fines esenciales del Estado, al cual debe atender la administración de justicia, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo”.

Dicha imparcialidad, igualmente tiene su sustento en el 209, que aun cuando se predica de la función administrativa, se hace extensiva a la función judicial del Estado. Además, si los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C.P.), hay que presumir que sus actuaciones no están revestidas de perjuicios o prevenciones para juzgar en derecho la causa sometida a su conocimiento.

La función jurisdiccional, entendida como aquel fin primario del Estado consistente en la potestad de declarar o aplicar el derecho y dirimir conflictos, con fuerza de verdad legal, presupone: una concurrencia de partes; un interés público en la composición del litigio; la aplicación de la ley al caso concreto, y una intervención del Estado, mediante el órgano judicial, como órgano imparcial. En tal virtud, la imparcialidad del órgano jurisdiccional del Estado, es un elemento propio y connatural de la jurisdicción; en otros términos, el ejercicio de la función jurisdiccional, supone la existencia de un órgano imparcial, ajeno por completo al conflicto originado entre las partes contendientes en el proceso, cuya misión es la de dirimir un conflicto o la constatación de una situación jurídica, con efectos de cosa juzgada.

Si se atiende a la definición dada por la Corte Constitucional en su sentencia C-037 de 1996, sobre el significado clásico de la expresión juez, también en tal concepto quedan cobijados los árbitros para los efectos de la competencia del numeral 2.º del art. 114 de la *Ley 270 de 1996*, tal como pacíficamente se ha aceptado respecto de los fiscales que actúan ante los jueces.

4.2. LA AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL FRENTE AL DISCIPLINAMIENTO DE LOS JUECES. SU EXTENSIÓN A LOS ÁRBITROS

La separación de poderes implica, en principio, que no existan injerencias entre ellos o intraespecies, para asegurar la independencia de la función pública e introducir un régimen de pesos y contrapesos que logren un equilibrio en el ejercicio de las potestades públicas.

Se recuerda que la Corte Constitucional señala que la separación de poderes “se caracteriza por la delimitación precisa, mediante reglas jurídicas, de las competencias de cada uno de los poderes, junto con la definición de sus estructura funcional” (sentencia C-228 de 2012). No puede negarse que el mismo tenga “una connotación organizativa”, por lo cual, en esencia, la función judicial es la de “resolver conflictos mediante la aplicación del derecho” y por tanto, de la misma se desprende un “poder limitado”, y por supuesto, “susceptible de control” (sentencia C-141 de 2010).

La autonomía e independencia que dan cuenta los arts. 228, 229 y 230 de la Carta Política, desarrollados por los arts. 5 y 9 de la *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*, responde al necesario equilibrio que debe existir entre la independencia de un juez no sometido a poderes externos ni internos, pero cuya autonomía tiene como límites los principios, valores y derechos constitucionales objetivados en la Carta Política, de tal manera que, también dicha autonomía se predica de su propia ideología, apetencias valorativas y creencias u opiniones jurídicas.

El juez no puede exaltar, por encima de los valores objetivos del sistema constitucional, sus propias y particulares opiniones, puesto que si así fuera no estaría realizando con su compromiso juramentado de cumplir bien y fielmente la Constitución, la ley y “los deberes que le incumben” (art. 122 inciso 2.º), especialmente aquel de expresarse en sus actos de poder público “al servicio del Estado y la comunidad” (art. 123 inciso 2.º), principios que, como se anotó en el anterior punto, son aplicables a los funcionarios judiciales y particulares que administran justicia.

Muy tempranamente, cuando se desarrollaban los principios constitucionales, la Corte había precisado que existe una carencia absoluta de competencia para disciplinar por la autoridad jurisdiccional disciplinaria a los jueces y fiscales por razón de sus actos constitutivos de administración de justicia.

Se dijo en sentencia C-417 de 1993:

El artículo 254 divide el Consejo Superior de la Judicatura en dos salas, una de las cuales tiene a su cargo funciones jurisdiccionales.

Es claro que dicha sala fue creada con el fin de garantizar que, dentro de la propia rama judicial, un organismo autónomo de alto rango con funciones de naturaleza jurisdiccional tuviera a su cargo la tarea de examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la misma, con la excepción de aquellos que gozan de fuero constitucional (art. 256, numeral 3, de la Constitución).

Formalmente, el ejercicio de la función jurisdiccional implica el desarrollo de una serie de actos procesales que culminan en la expedición de un acto final – la sentencia –, llamado a definir el punto controvertido con fuerza de verdad legal. Es esto precisamente lo que acontece con las providencias que profiere la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y los consejos seccionales en desarrollo de la aludida función.

En otros términos, al crearse el Consejo Superior de la Judicatura, se instituyó un órgano imparcial e independiente, al cual se encomendó por la Constitución la misión de administrar justicia en materia disciplinaria, en el interior de la rama judicial y, por fuera de ella, en relación con los abogados.

Empero, en la misma sentencia, introdujo una limitante en la competencia constitucional de la jurisdicción disciplinaria al señalar:

Es necesario advertir, por otra parte, que la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno.

Ahora bien, si se comprueba la comisión de un delito al ejercer tales atribuciones, la competente para imponer la sanción es la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria. Ello resulta de la autonomía garantizada en los arts. 228 y 230 de la Constitución.

Se tiene entonces que “cuando en ejercicio de la función de administrar justicia el juez interpreta la ley, siguiendo su criterio y evaluando los elementos de juicio aportados al proceso, no puede configurarse quebrantamiento alguno del orden jurídico”²⁹.

Tal doctrina ha sido concretada en los siguientes pronunciamientos:

1. En el ámbito de sus atribuciones, los jueces están autorizados para interpretar las normas jurídicas en las que fundan sus decisiones. Ello hace parte, justamente, de la autonomía que la Constitución les garantiza. Por supuesto, al buscar el sentido de la normatividad, aunque no coincida con el alcance que a las disposiciones correspondientes podrían dar otros jueces, el juez de conocimiento, mientras no se aparte de ella, la aplica en sus providencias³⁰.
2. El respeto al principio democrático de la autonomía funcional del juez, pretende evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos sobre el funcionario que las adopta. Los jueces dentro de la órbita de sus competencias, son autónomos e independientes y en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley; la valoración probatoria y la aplicación del derecho frente al caso concreto, son circunstancias reservadas al juez de la causa que las ejerce dentro de la libertad de interpretación que le otorgan la Constitución y la ley³¹.
3. Cuando se interpreta una disposición no se da la transgresión de ninguna norma integrante del ordenamiento jurídico y, apenas, se tiene una

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-073 de 1997. M.P. NARANJO MESA.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-094 de 1997. M.P. HERNÁNDEZ GALINDO.

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-073 de 1997. M.P. NARANJO MESA.

interpretación – que puede o no compartirse – acerca de la manera cómo ha de entenderse³².

4. La Corte debe reiterar, en guarda de la autonomía funcional de los jueces, que, en el ámbito de sus atribuciones (...), están autorizados para interpretar las normas en las que fundan sus decisiones, lo cual hace parte de la independencia que la Constitución les garantiza, por lo cual, inclusive, tampoco es posible iniciar procesos disciplinarios contra los jueces con motivo de las providencias que profieren o a partir de las interpretaciones que en ellas acogen. Se repite que la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del Derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno³³.

5. La competencia del juez disciplinario, no va hasta permitirle analizar y calificar el contenido de la decisión de jueces y magistrados, corresponde a aquella sala examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial y en ningún momento dicha facultad abarca la de revisar el contenido de los fallos judiciales y de controvertir el análisis probatorio realizado por el juez o tribunal, que de acuerdo a su criterio jurídico ha realizado con sujeción a la ley. En caso de que el juez disciplinario considere que se han desconocido los preceptos normativos vigentes al momento de adoptarse alguna decisión judicial, debe poner en conocimiento de las autoridades penales los hechos u omisiones correspondientes a fin de que estos se analicen a efectos de que si se comprueba la comisión de un delito, se impongan las sanciones por parte de la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria (Sentencia T-249 de 1995)³⁴.

Empero, posteriormente comenzó a matizarse dicha afirmación, muy especialmente por cuanto en vigencia de los estatutos disciplinarios anteriores

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-249 de 1997. M.P. CEPEDA ESPINOSA.

³³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-257 de 1997. HERNÁNDEZ GALINDO.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-751 de 2005. MONROY CABRA.

no existía una norma jurídica como la contenida en el numeral 48 de la *Ley 734 de 2002*, según la cual, incurre en falta disciplinaria el servidor público que realice “objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o *como consecuencia de la función o cargo*, o abusando del mismo”³⁵.

Se destaca, por el momento, que ello va dirigido no solo a quien orgánicamente desempeñe un cargo público, sino también a quien independiente de ello realice función de tal naturaleza. Así, de manera perentoria, se confirma con carácter indiscutible por el numeral 1.º del art. 55 del mismo CDU.

El numeral 1.º del art. 48 del CDU fue declarado exequible y sin condicionamientos por la Corte Constitucional según sentencias C-124 de 2003 y C-720 de 2006, particularmente en esta señaló que resultan independientes las acciones disciplinarias y penales por la comisión de delitos, lo que es predicable por ser esencialmente iguales al numeral 1.º del art. 55 citado.

De hecho, frente a los administradores de justicia, formal y materialmente entendidos, de manera concreta y específica el art. 196 del CDU, perteneciente a su Título XII, DEL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL, dispone que se aplican a ellos como faltas gravísimas las contempladas en el art. 48, entre las cuales, por supuesto, está la consagrada en su numeral 1.º sobre la realización de un delito.

Por sentencia C-335 de 2008, la Corte declaró constitucional el tipo penal de prevaricato, el cual, según las disposiciones y modernos criterios de imputación objetiva, se aplican a los funcionarios judiciales orgánica y materialmente concebidos, como lo dispone el art. 20 del *Código Penal*. Allí, de manera perentoria, se califica en su inciso 2.º como servidores públicos por ficción a los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria.

Es sujeto disciplinable, a la luz del art. 53 del CDU, modificado por el art. 44 de la *Ley 1474 de 2011*, aquel particular que ejerce función pública de manera permanente o transitoria en tanto realice actividades propias de los órganos del Estado.

³⁵ La cursiva es del autor.

En cuanto a los árbitros, es claro su disciplinamiento por las autoridades del Estado, puesto que el parágrafo 2.º del art. 55 del CDU establece que los árbitros son sujetos específicos y concretos del Derecho Disciplinario.

Muy recientemente se ha dicho, por sentencia T-238 de 2011, del 1.º de abril del mismo, que:

(...) resulta claro y no ofrece ninguna duda que los funcionarios judiciales se encuentran sujetos en sus actuaciones a la potestad disciplinaria del Estado. Empero, es igualmente diáfano que esa sujeción no se extiende al contenido de las decisiones y providencias que dicten dentro del ejercicio de sus funciones, pues este es producto de la autonomía e independencia que, según se explicó, caracterizan la función judicial.

Pero agrega que, solo en situaciones verdaderamente excepcionales, es viable entender que se abre campo el reproche disciplinario, como ocurre cuando: a) la discrecionalidad judicial se transforma en arbitrariedad; b) se emitan decisiones que desatiendan o contraríen textos legales cuya claridad no admita interpretación razonable.

Por ello, la regla de oro para determinar la injerencia disciplinaria está dada, en la nueva jurisprudencia, en tanto no se pueden emitir cuestionamientos ni determinaciones sancionatorias a partir de tales contenidos, para referirse concretamente a la interpretación de normas jurídicas y la valoración de las pruebas arrimadas al proceso.

De allí que, sí cabe el poder disciplinario en materia de la actividad judicial cuando el acto censurado no constituye un acto de interpretación y aplicación de una norma jurídica, o cuando, aun tratándose de una decisión en la que se aplica el derecho, aquella se aparta ostensiblemente de los marcos que lógica y objetivamente condicionan dicha aplicación, por tanto, todas aquellas decisiones en las que so pretexto de ejercer la función disciplinaria se cuestionen los criterios a partir de los cuales los jueces dictan sus providencias, o el contenido de estas, violan el derecho al debido proceso de los funcionarios así cuestionados, y constituyen una extralimitación en el ejercicio de la susodicha potestad disciplinaria.

4.3. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LOS JUECES COMO SUJETOS DE DERECHO DISCIPLINARIO. EL CONCEPTO DE ERROR JUDICIAL INEXCUSABLE Y SU LÓGICA E ÍNTIMA VINCULACIÓN CON EL NUMERAL 1.º DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY 734 DE 2002

En la jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia la separación de los poderes públicos y su consecuente derivación de la autonomía e independencia de los jueces es asunto bien conocido, tan importante que de ello depende si un sistema judicial puede ser declarado o no conforme al Estado de Derecho, tal como se tiene dicho entre otras, en la sentencia que a continuación se referencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Apitz Barbera y otros* (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) *vs. Venezuela*, por sentencia de agosto 5 de 2008 señaló:

En suma, para el derecho interno y para el derecho internacional por un lado se encuentran los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones del juez inferior; y por otro, el control disciplinario, que tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público (párr. 86).

Pero no cualquier actuación del juez resulta controlable disciplinariamente, pues para que ello tenga cabida jurídicamente de conformidad con el orden público internacional de los Derechos Humanos, se requiere que la decisión de la autoridad judicial sea inexcusable (párr. 86).

Validó y legitimó la consideración del párr. 34, donde trae a colación el criterio del Estado parte sobre error inexcusable, al cual se refiere como:

Conforme a la doctrina del TSJ, el error judicial inexcusable ha sido entendido como “aquel que no puede justificarse por criterios jurídicos razonables, lo cual le confiere el carácter de falta grave que amerita la máxima sanción disciplinaria, esto es, la destitución”. Se ha señalado además que “se trata de un concepto jurídico indeterminado o indefinido, por lo cual se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud de

un juez normal y de acuerdo a ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter inexcusable de la actuación del funcionario judicial”.

En torno a las normas que imponen límites al poder de los detentadores públicos respecto a las funciones básicas y fundamentales de estos, a las finalidades de la actuación estatal y a los principios básicos de la función pública se tienen los arts. 1, 2, 6, 121, 122, 123 y 209 de la Carta Política, que como tal hacen parte de derechos fundamentales colectivos de los ciudadanos (arts. 88, 89 y 92, *ibidem*), elevados a intereses supranacionales por tratados como la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 2005)* y la *Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 412 de 1997)*, por lo que existen leyes anticorrupción que se ocupan del tema como la *Ley 190 de 1995* y la *Ley 1774 de 2011*.

Tan cierto es lo anterior que, los temas de corrupción van dirigidos especialmente a combatir los abusos y excesos oficiales, incluyendo como tal, a quienes se designen temporalmente para discernir sobre funciones oficiales, aun sin la naturaleza de servidor público, lo cual debe definir, como aquí se ha hecho, las leyes de los Estados contratantes (literal a) del art. 2 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 2005)*.

Ningún funcionario judicial, y mucho menos un particular que ejerce funciones públicas de administrador de justicia, puede arrogarse funciones y atribuciones por fuera de lo ordenado por la Constitución y la ley, toda vez que la jurisprudencia constitucional vigente, vinculante y obligatoria, dispone de manera clara y evidente que “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”, con lo cual se excluyen las facultades y atribuciones implícitas (sentencia C-710 de 2001), habida cuenta que “de conformidad con el principio constitucional de legalidad, las autoridades públicas solo podrán realizar las actuaciones que constituyen un desarrollo directo de las funciones a ellas asignadas por la Constitución y la ley” (sentencia C-1026 de 2001). Ello es claro, puesto que:

(...) en el Estado de derecho la posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. En cambio, el

gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas. Así el individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido (sentencia C-429 de 2001).

5. FUENTES

Autores

BERTOLINO P. J. *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

DEVIS, H. “Compendio de Derecho Procesal”, *Teoría General del proceso*. Bogotá: Editorial ABC, 1974. T. I.

Gaceta Constitucional, n.º 68, 1991.

PICÓ, J. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.

Normas y Resoluciones

Código de Procedimiento Civil

Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Constitución Política de Colombia

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Convención Interamericana contra la Corrupción

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-071 de 1994. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-012 de 2002. M.P. ARAUJO RENTERÍA.

Sentencia C-251 de 2002. Ms. Ps. MONTEALEGRE LYNETT y VARGAS HERNÁNDEZ.

Sentencia T-406 de 1995. M.P. ANGARITA BARÓN.

Sentencia T-505 de 1992. M.P. CIFUENTES MUÑOZ.

Sentencia C-722 de 1999. M.P. NARANJO MESA.

Sentencia C-036 de 2005. M.P. SIERRA PORTO. Fundamento jurídico n.º 3.

Sentencia C-071 de 1994. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO.

Sentencia C-088 de 2000. M.P. MORÓN DÍAZ.

Sentencia C-1163 de 2000. M.P. MORÓN DÍAZ.

Sentencia T-206 de 1994. M.P. HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-563 de 2000. M.P. MORÓN DÍAZ.

Sentencia T-206 de 1994. M.P. HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia C-762 de 2009. M.P. HENAO PÉREZ.

Sentencia C-365 de 2000. M.P. NARANJO MESA.

Sentencia T-094 de 1997. M.P. HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia T-073 de 1997. M.P. NARANJO MESA.

Sentencia T-249 de 1997. M. P. CEPEDA ESPINOSA.

Sentencia SU-257 de 1997. M.P. HERNÁNDEZ GALINDO.

Sentencia T-751 de 2005. MONROY CABRA.

Corte Europea de Derechos Humanos

Pullar vs. the United Kingdom, judgment of 10 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, § 30, y *Fey vs. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A n.º 255-A p. 8, § 28.

Daktaras vs. Lithuania, n.º 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), § 30.

Piersack vs. Belgium, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, y *De Cubber vs. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A n.º 86.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Apitz Barbera y otros vs Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, n.º 182.

Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

SALUD Y DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO

PILAR RIVAS VALLEJO

PROFESORA TITULAR ACREDITADA "A" CATEDRÁTICA DE
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Discriminación múltiple y salud. 3. Intervención legislativa: UE y España. 3.1. Actuación legislativa. 3.2. Acción positiva y salud. 4. El acoso de género como riesgo para la salud y su atención prioritaria en la legislación antidiscriminatoria. 4.1. El trabajo, espacio para la violencia con sesgo de género. 4.2. Acoso de género: acoso sexual y acoso por razón de sexo, conceptos convergentes y no sinónimos. 4.3. Prevención del acoso como forma de discriminación. 5. La posibilidad de prever la discriminación en tanto que riesgo laboral. 5.1. ¿Es prevenible la discriminación en materia de salud? 5.2. Medidas para garantizar la transversalidad de género en la salud laboral. 5.3. Adaptación de condiciones en caso de enfermedades crónicas feminizadas: tutela antidiscriminatoria derivada de su incumplimiento. 5.4. La integración de la atención a las secuelas de la violencia de género en la salud pública y en la salud laboral. 5.4.1. Salud pública. 5.4.2. Salud laboral. 5.5. Acoso y riesgos psicosociales. 6. Conclusiones. 7. Fuentes.

Resumen. La transversalidad de género en la salud, y en particular en la salud laboral, continúa siendo una asignatura pendiente. Siguen sin superarse los esquemas más tradicionales que asocian género y maternidad, género y salud reproductiva, como únicos temas a considerar en las políticas sanitarias; y, cuando se introduce cierto análisis de género, aún en el siglo XXI se emplean parámetros de medida supuestamente neutros, que en realidad se identifican con la medida universal masculina. Por el contrario, el verdadero *gender mainstreaming* exige un estudio del diferente comportamiento, afectación y riesgos propios a los que están sometidas las mujeres, en su mayor parte, supuestos de macro o micro discriminaciones, que sistemáticamente se siguen ignorando, incluso, en la política de prevención de riesgos laborales, pero cuya incorporación efectiva permitiría dar respuesta a evidentes situaciones de inequidad social.

1. INTRODUCCIÓN

Las reivindicaciones del movimiento feminista por la salud de los años sesenta lograron la universalización del derecho a la sanidad en condiciones de igualdad, y por tanto, la apertura de los sistemas sanitarios occidentales a la igualdad por razón de género¹ y a los derechos relativos a la salud reproductiva. No obstante, lo anterior no significó integrar la sensibilidad de género en la atención e investigación sanitarias.

La atención a la salud femenina desde la perspectiva jurídica se centra tradicionalmente en los aspectos biológicos y se limita a aquellos que se vinculan a la maternidad. De suerte que las referencias al respecto, se basan en la mayoría de los casos, en el tratamiento que de la maternidad y de la situación de lactancia da nuestra legislación al binomio trabajo-riesgos fetales – riesgos susceptibles de interrumpir el proceso natural del embarazo o de causar daños al feto o a la criatura recién nacida –.

A menudo se banaliza o se ignora que la salud femenina está influida por una multitud de factores más allá de la maternidad, antes y después de esta, afectada durante toda la vida de la mujer trabajadora, quien se ve expuesta a una serie de riesgos ligados a su actividad, que poco tienen que ver con una situación biológica transitoria como la citada, todo ello aunado a la confluencia de factores de discriminación y elementos diferenciadores en las circunstancias a las que se expone, junto con sus particulares condicionantes sociales.

La propia separación en el empleo por razón de sexos constituye el punto de partida de las diferentes realidades en lo relacionadas con la salud laboral, que precisan de un tratamiento específico; atención que ha sido soslayada durante décadas de trabajo regulado por el derecho, y que ha tenido que esperar hasta el 2005 para obtener un tratamiento específico por parte del organismo europeo encargado de desarrollar y promover la investigación sobre este tema: la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (*Mainstreaming a gender perspective*

¹ KUHLMANN, E. “From Women’s Health to Gender Mainstreaming and Back Again. Linking Feminist Agendas and New Governance in Healthcare”, *Current Sociology*..., pgs. 135-154.

*into occupational safety and health*²).

No cabe duda de que este rasgo diferenciador es asimismo causa de un sesgo claro en la salud de la mujer, que provoca que existan riesgos laborales femeninos o incluso enfermedades feminizadas, no femeninas, que conforman un núcleo de singularidad relevante. Además de que existen aquellos susceptibles de influir, por razón de género, en resultados graves para ella.

Ahora bien, existen factores discriminatorios que actúan en forma de micro-discriminaciones, que generan una sinergia negativa, en donde la incidencia o alcance de ciertos riesgos potencia otros, provocando condiciones precarias de salud, tanto orgánica como mental. Tratándose de esta última, puede ir acompañada de un cuadro de manifestaciones orgánicas. En definitiva, una dinámica de retroalimentación de la discriminación basada en el género.

De esta suerte, lo cierto es que el trato peyorativo hacia la mujer en ámbitos públicos y privados determina un resultado claramente pernicioso que no siempre se visibiliza, aun cuando los estudios médicos resulten francamente reveladores³. Según JOHNSON y JOHANSSON, son claves en la salud laboral femenina los efectos de la exposición crónica a un lugar de trabajo poco democrático, situación que permanece invisible (pero insidiosa), lo que exige una labor de exteriorización y concienciación que permita actuar desde el punto de vista de la igualdad efectiva perseguida por la legislación anti-discriminatoria (en Europa la *Directiva 2006/54/CE*, del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de

² La versión más actual, publicada en 2014, *Mainstreaming gender into occupational safety and health practice*: <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/mainstreaming-gender-into-occupational-safety-and-health-practice>.

³ Cfr. Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, titulado *Género y condiciones de trabajo en la Unión Europea*, en <http://www.eurofound.eu.int/publications/files/EF9759ES.pdf>; BAUBAS-LETOURNEUX, V. *Organización del trabajo y salud en la Unión Europea*. Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, 2003, en <http://www.eurofound.ie/publications/files/EF0206ES.pdf>. Vid. también *Salud, mujeres y trabajo*, elaborado por CCOO, en http://www.ciudaddemujeres.com/articulos/IMG/pdf/salud_mujeres_trabajo.pdf; y UGT: “Salud laboral y género”, en <http://www.ugt.es>.

trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y en España la *Ley Orgánica 3/2007*, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, en adelante LOI). Como manifiestan SEN GEORGE y OSTLIN⁴, la consecuencia del escaso control de las mujeres sobre la naturaleza de su trabajo son los altos costos de oportunidad que deben afrontar al enfermar, al buscar atención o cuando han de cuidar a otra persona, lo que asimismo conlleva una des-priorización en el ámbito de los hogares hacia la salud del sexo femenino, que pasa a un segundo plano, y por tanto, necesariamente ha de situarla en una posición de mayor exposición a los riesgos laborales.

Según afirma la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010*⁵, tanto el sexo masculino como el femenino se enfrentan a riesgos sanitarios diferentes, pero la investigación médica, las estadísticas e indicadores de seguridad y sanidad se centran, aún hoy – principalmente –, en los hombres y en los sectores predominantemente masculinos.

Existe un conglomerado discriminatorio multicausal, en donde la tutela y el resarcimiento del daño son difíciles de obtener, tratándose de la mujer. Pues influyen diversos factores en torno a este género, derivados de una mayor precariedad, disimilitudes de trato injustificadas, exigencias emocionales de trabajo diferenciadas, incidencia de un alto índice de perversiones de conducta entre superiores, compañeros, etc.; ya sea en forma de acoso o acoso sexual – que como se sabe, es una figura más ligada al género femenino –⁶. Todos estos aspectos son dignos de un tratamiento legal específico que hasta hace poco permanecía invisible al derecho, pero que se comienza a atisbar en España con la *LO 3/2007*, de 22 de marzo. Por lo que si confluyen otros factores discriminatorios como la edad, discapacidad, origen étnico, creencias religiosas, entre otros, la *LO 3/2007* y el propio arsenal legal comunicatorio resultarían insuficientes para combatir los efectos que aquellos ocasionarían en la mujer

⁴ ÖSTLIN, P., GEORGE, A. y SEN, G. “Gender and Health Inequalities: The Intersections”, *Challenging health inequities...*

⁵ COM (2006) 92 final – No publicada en el Diario Oficial.

⁶ Vid. SEN, G., GEORGE, A. y ÖSTLIN, P. *Incorporar la perspectiva...*, pg. 1.

en el ámbito de su trabajo lucrativo, y para mitigar el impacto sobre la salud y calidad de vida.

Si bien es cierto que esta necesaria proyección legal del fenómeno ya ha tenido un tímido reflejo tanto en las estrategias de igualdad comunitarias⁷, como en la legislación sanitaria española⁸, aún precisa un trabajo intensivo de estudio, investigación y concienciación social, que penetre en las políticas de salud laboral más allá de su presencia ya garantizada en la actualidad por la vía de los protocolos de actuación en materia de acoso/acoso sexual, merced a la mencionada *LO 3/2007* en el caso español o, en el ámbito comunitario, como resultado de la aplicación del *Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo* (de 8 de noviembre de 2007).

En el campo de la salud, la atención parcial y sesgada de los “riesgos femeninos” ha sido puesta de relieve por un sector de la doctrina científica. Es el caso de R.C. BARNETT, quien afirma que:

(...) con la sola excepción de lo referente al aparato reproductor, cuando los investigadores han estudiado los problemas de la salud y lesiones físicas, se han centrado en el hombre y en las variantes de su trabajo, y cuando han estudiado los trastornos mentales, lo han hecho normalmente en la mujer y en las variantes de su función social⁹.

Segregación “científica” que ha impedido hallar el factor de género en estos estudios. Por ello abre su análisis planteando la duda inquietante: ¿reaccionan de distinto modo hombres y mujeres a los estresores en el lugar de trabajo debido

⁷ Cfr. *Estrategia de Igualdad de género 2010-2015*, que no se refiere a la salud laboral pero sí contiene recomendaciones al respecto, y más específicamente lo hace el *Documento de trabajo de la Comisión sobre acciones para implementar la estrategia de igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015*, en particular cuando insta a considerar los aspectos de género en la *Estrategia UE sobre seguridad y salud en el trabajo 2013-2020*. Vid. <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/priorities-for-occupational-safety-and-health-research-in-europe-2013-2020>.

⁸ Cfr. *Ley 14/1986*, de 25 de abril, *General de Sanidad*, o la *Ley 33/2011*, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*.

⁹ BARNETT, R. C. *Enciclopedia de seguridad y salud en el trabajo*. OIT: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/tomo2/34.pdf>

a su condición intrínseca – biológica – o en virtud de sus distintas experiencias? Pregunta que obtiene una respuesta positiva en algunos estudios dedicados al tema (entre ellos el posterior de BARNETT, MARSHALL, RAUDENBUSH y BRENNAN, 1993, núm. 5; y el algo más reciente de VOGEL¹⁰). Más prolija, no obstante, es la literatura médica¹¹, pero incluso entre los países que se declaran vanguardistas en el tratamiento de la cuestión (v.g. Canadá), se admite la misma carencia, que cae en idéntico error de categorizar a todas las mujeres utilizando parámetros universales, en lugar de aplicar la necesaria transversalidad de género¹², lo que provoca la inevitable deriva al estudio de aquellas necesidades que se entienden exclusivamente femeninas por pura segregación, y lleva al reduccionismo científico, al marginar la luz de las diferencias, enmascaradas por el uso de parámetros masculinos.

Así pues, la perspectiva de género no solo debe orientar la identificación del sesgo en la salud, sino igualmente su tratamiento singular en el marco de la

¹⁰ VOGEL, L. *The gender workplace health...*

¹¹ Son destacables importantes aportaciones como las de BARNETT, BIENER y BARUCH en 1987 [tras los estudios sobre las relaciones entre trabajo y estrés de GOLDBERGER y BREZNITZ (1982), COOPER y SMITH (1985), SAUTER, HURRELL y COOPER (1989), HOLT (1992)], autoras del primer estudio específicamente dedicado a la influencia del género en todas las etapas de la reacción al estrés (al que han seguido los de DUCKI, 2001, y de ÖSTLIN, o el de SEN, GEORGE y ÖSTLIN, 2005). Vid., asimismo las ponencias del seminario sobre mujeres en el trabajo: *on women at work - Raising the profile of women and Occupational Safety and Health (OSH)*, celebrado el 9 de diciembre 2010 en Bruselas por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo, recogidas en <https://osha.europa.eu/en/seminars/seminar-on-women-at-work-raising-the-profile-of-women-and-occupational-safety-and-health-osh>. Asimismo invocan la necesaria interseccionalidad en el estudio de la salud con perspectiva de género: JACKSON, B. E. y otros, “Quality care is like a carton of eggs: Using a gender-based diversity analysis to assess quality of health care”. *Canadian woman studies...*, pgs. 1-21. REID, C. PEDERSON, A. y DUPERE, S. “Addressing diversity in health promotion: Implications of women’s health and intersectional theory”, *Health promotion in...*, pgs. 75-89.

¹² Cfr. HANKIVSKY, O. y otros. “Exploring the promises of intersectionality for advancing women’s health research”, *International journal for...*, pg. 5: <http://www.equityhealthj.com/content/9/1/5>. Asimismo, HANKIVSKY, O. y CORMIER, R. “Intersectionality: Moving women’s health research and policy forward Vancouver”, *Women’s health research...* Y HANKIVSKY, O. “Gender based analysis and health policy: The need to rethink outdated strategies”, *Women’s health in...*, pgs. 143-168.

política pública de salud, en la que se enmarca en virtud de los arts. 12.2.4 y 32 de la *Ley General de Salud Pública*, y en la línea del art. 16.2 de la citada ley, así como de otras directrices que incidan al respecto; pues, en definitiva, son riesgos determinantes para la salud de la mujer. En este sentido, su atención integrada permitirá afrontar con mayor eficacia una política preventiva en el ámbito laboral.

La salud laboral, en su configuración legal actual, se encuentra con ciertas carencias, que ya se han enumerado, y que tratarán de analizarse más adelante, al mismo tiempo que se estudiará la reorientación de la aplicación de la legislación preventiva en aras de lograr la mayor coherencia en la necesaria transversalidad de género de aquella, superando la errónea premisa de identificar la perspectiva de género con el análisis desagregado por géneros y la tutela a la maternidad biológica. La política preventiva debe considerar, más allá del factor biológico relacionado con la capacidad reproductora de las mujeres, las diferencias corporales, de socialización, de roles y estereotipos, y los efectos que el conjunto de estos factores provocan sobre el puesto, y sobre las exigencias que se deriven de este. En esta política, y este es el rasgo diferencial más sobresaliente, ocupan un lugar tan destacado tanto los riesgos laborales como los extralaborales. Los cuales, en definitiva, acaban teniendo un impacto real sobre la salud, que resulta escasamente medido y considerado en las políticas sociales, encaminadas a atajar situaciones de inequidad.

2. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y SALUD

Algunos teóricos en el estudio de la salud con perspectiva de género abogan por la interseccionalidad, concepto acuñado por CRENSHAW¹³ (para el binomio raza-género), para profundizar en las inequidades de género en la salud¹⁴. Sin

¹³ CRENSHAW, K. “Mapping the Margins: Intersectionality, identity politics and violence against women of colour”, *Critical Race Theory...*, pgs. 357-383. Puede encontrarse una versión anterior, en la *Stanford law review*, pg. 1241: http://socialdifference.columbia.edu/files/socialdiff/projects/Article__Mapping_the_Margins_by_Kimblere_Crenshaw.pdf

¹⁴ Cfr. HANKIVSKY, O. y otros. “Exploring the promises of intersectionality for advancing women’s health research”, *Internacional journal for...*; HANKIVSKY, O., y CORMIER, R. Intersectionality: “Moving women’s health research and policy forward Vancouver”, *International journal for...*; HANKIVSKY, O. “Gender based analysis and health policy: The need to rethink outdated strategies”, *Women’s health in...*

embargo, se trata de una herramienta infrautilizada¹⁵.

La tesis de la discriminación múltiple constituye un plus de atención y tutela de los fenómenos discriminatorios multicausales. Conceptos que dan respuesta jurídica a la compleja problemática conformada por un mismo centro de distinción en el que confluyen diferentes orígenes causales (género, enfermedad, discapacidad, etc.), pero se trata de una idea aún en desarrollo en el derecho occidental.

En Europa, ha sido tímidamente acogida en el derecho comunitario. En concreto, se encuentra presente en el art. 17.2 de la *Directiva 2000/43* y en el art. 19.2 de la *Directiva 2000/78*, de forma vinculada al sexo, como factor multiplicador de cualquier otra causa discriminatoria cuando se suma a esta. Sin embargo, pese a la falta de recepción expresa de forma vinculante, como un supuesto de intersección de causas, comienza a ser objeto de atención por la propia Comisión Europea¹⁶, el Consejo¹⁷ o el Parlamento Europeo¹⁸, aunque, si bien es cierto, todavía no se ha plasmado en los contenidos interpretativos, es decir, en la jurisprudencia¹⁹.

¹⁵ Cfr. HANKIVSKY, *et al*: “Exploring the promises of intersectionality for advancing women’s health research”, *Internacional journal for...*, pg.10.

¹⁶ Así, en el Informe al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre aplicación de la directiva 2000/43 (COM/2006/0643-final), en la Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 (COM 2006 92 final), en el Documento de trabajo de acompañamiento a la Propuesta de Directiva del Consejo para implementar el principio de igualdad de trabajo entre personas con independencia de la religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, y valoración del impacto (COM [2008] 426 final), o en la publicación COMISIÓN EUROPEA. *Tracking multiple discrimination...*

¹⁷ Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el Consejo el 17 de marzo de 2008, relativa a la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea (DOUE C 075 de 26 de marzo de 2008).

¹⁸ Resolución sobre la situación de la población romaní en la Unión Europea (DOUE 045 E de 23 de febrero de 2006), y Resolución sobre la situación de las mujeres de los grupos minoritarios en la Unión Europea (2003/2109 [INI], en DOUE C102E/497, de 28 de abril de 2004).

¹⁹ No obstante, existe un supuesto resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 8 de diciembre de 2009, 49151/2007, *caso Muñoz Díaz*.

En lo que respecta a determinadas causas de discriminación que confluyen con el género, se conocen algunas acciones – amén de la extensión del *mainstreaming* o transversalidad desde el género hasta el resto de las causas de discriminación protegidas, a partir del art. 10 del *Tratado de Lisboa*, en vigor desde diciembre de 2009²⁰ –, como por ejemplo: la elaboración del informe *La discriminación ejercida contra las mujeres con discapacidad, por parte del Consejo de Europa (2002)*; la inclusión de la perspectiva de género en la *Recomendación (2006) a todos los Estados Miembros del Consejo de Europa, sobre aplicación del Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*; la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de 13 de diciembre de 2006²¹ (ratificada por España mediante Instrumento de 30 de marzo de 2007), que dedica su art. 6 a las mujeres con discapacidad, reconociendo que “están sujetas a múltiples formas de discriminación”; o la puesta en marcha por el gobierno español de algún plan específico, como el *Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007*²²; así como otras iniciativas independientes no gubernamentales²³.

La todavía incipiente construcción legal y jurisprudencial del concepto de multidiscriminación nacido de la teoría interseccional de CRENSHAW en 1991 conduce a aproximaciones pragmáticas, que priman (en caso de conflicto jurídico al que otorgar tutela) la preeminencia de alguna de las causas superpuestas, lejanas a la construcción de una nueva realidad jurídica que supone la confluencia o intersección de estas.

Sea como sea, lo cierto es que la superposición de género y enfermedad/discapacidad produce un resultado especialmente gravoso para la mujer trabajadora. Sin embargo, el núcleo conformado por el binomio género/

²⁰ COMISIÓN EUROPEA. *Promoting equality: activities on fighting discrimination in 2009*. Junio 2010. Disponible en http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/rapporti/Equality_Sep10.pdf.

²¹ <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

²² http://www.asturias.es/Asturias/DOCUMENTOS%20EN%20PDF/PDF%20DE%20PARATI/plan_mujeres_discapacidad.pdf

²³ Es el caso singular de la discapacidad, v.gr. el *Manifiesto Europeo de las Mujeres con Discapacidad*, presentado en 1997 por el grupo de mujeres del Foro Europeo de personas con discapacidad.

enfermedad resulta tributario de un trato peyorativo singular, en tanto no goza de la especial protección que recae sobre la discapacidad reconocida oficialmente (judicial o administrativamente), en el sentido del art. 1 de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de 2007²⁴, a menos que se trate de una enfermedad crónica visible y objeto de trato peyorativo definida por la jurisprudencia comunitaria como tributaria de trato equiparable al supuesto de la discapacidad²⁵, que precisa el concepto de discapacidad anunciado en el apartado 45 de la STJUE de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas* [C13/05, Rec. p. I6467²⁶]; y en concreto entiende que debe dispensarse el mismo trato a una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable que acarrea una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, “cuando esta condición, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”, y por el art. 4.4 del Texto Refundido de la *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad* y de su inclusión social (aprobado por *Real Decreto Legislativo 1/2013*, de 29 de noviembre), que asimila discapacidad a “los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad”.

Lo cierto es que la enfermedad no invalidante resulta especialmente insidiosa entre la población femenina, cuyo estado de salud es directamente proporcional a su longevidad. De menor visibilidad e impacto, impide reconocer grado alguno de incapacidad para el empleo y determina una obligada convivencia con el ejercicio habitual del trabajo que deteriora a su vez un ya de por sí precario estado de salud, frecuentemente condicionado por las dificultades para conciliar vida laboral y familiar. Un ejemplo paradigmático de trabajadoras afectas de enfermedades

²⁴ “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

²⁵ Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, Asuntos acumulados C 335/11 y C 337/11, *Jette Ring/Danske almennyttigt Boligselskab* (C-335/11) y *Lone Skouboe Werge/Danske Arbejdsgiverforening*, en representación de *Pro Display A/S*, en concurso (asunto C 337/11).

²⁶ Conforme a dicha resolución, la discapacidad se identifica con “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”.

crónicas²⁷ es el de quienes padecen el síndrome de fatiga crónica o la fibromialgia, patologías ambas de signo claramente femenino por ser predominantemente prevalentes entre las mujeres, o el de quienes sufren cáncer de mama (también identificado como causa de discriminación laboral²⁸). La intersección de causas discriminatorias provoca sin duda un resultado peyorativo singular. Situación que ha motivado que por parte de este colectivo, organizado en asociaciones y federaciones, se haya instado del Poder legislativo alguna actuación específica en pro de los derechos de las personas trabajadoras que padecen estas patologías, tanto en el ámbito sanitario como en el de la adaptación de las estructuras legales a la especificidad de la dolencia. Tan es así que la enfermedad cuenta con una declaración comunitaria, la *Declaración del Parlamento Europeo sobre la fibromialgia* de 13 de enero de 2009 (2010/C 46 E/07²⁹).

En otros ámbitos geográficos existen iniciativas similares. A título de ejemplo, en Argentina la *iniciativa parlamentaria 6218/D-2013*, presentada el 4 de septiembre de 2013, que reza:

Habitantes que acrediten el padecimiento de fibromialgia – fibromiositis, fibrositis –, síndrome de fatiga crónica y/o la sensibilidad química múltiple: extensión de los beneficios de las leyes 22431, de sistema de protección integral de las personas discapacitadas, 24314, de accesibilidad de personas con movilidad reducida y 25765, de fondo permanente de recompensa³⁰,

Como se puede observar, propone su inclusión en la lista de patologías incapacitantes.

²⁷ Vid. el trabajo anterior: RIVAS, P. “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, *Revista de Derecho...*, pgs. 83-114.

²⁸ En el año 2008, el catedrático de oncología y director de la Fundación para la Educación y Formación en Cáncer (FEFOC), Jordi ESTAPÉ, afirmaba que “dos de cada diez mujeres que han sufrido cáncer de mama padecen discriminación laboral después de tratarse de la enfermedad” (vid. noticia en *La opinión.es*, Tenerife, 15-1-2008, en <http://www.laopinion.es/sociedad/3014/23-enfermas-cancer-mama-sufre-discriminacion-laboral/123410.html>, y en *El mundo.es*, <http://www.elmundo.es/suplementos/salud/2005/640//1132959603.html>).

²⁹ DOCE de 24 de febrero de 2010.

³⁰ <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=155858>

En España el baremo aprobado por *Real Decreto 1971/1999*, de 23 de diciembre, de *Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía*, no se refiere a estas dolencias ni a otras relacionadas con el dolor. Sin embargo, los brotes o recaídas más agudas de la enfermedad, que generalmente cursa con brotes intermitentes o que provoca recaídas reiteradas, son una importante causa de absentismo femenino, determinando inevitablemente una nueva causa de vulnerabilidad en el empleo – femenino –. Sin embargo, la intersección del género y la enfermedad no se encuentra bajo el paraguas de la protección reforzada que dispensaría la figura de la multidiscriminación o discriminación múltiple en el incipiente estadio de construcción de esta, básicamente porque aún precisa de elaboración dogmático-científica.

Ello no exceptúa la necesidad de profundizar en esta idea, de la mano del concepto de discapacidad asociada a la enfermedad crónica, respecto a las dos dolencias seleccionadas, o bien desde el planteamiento más clásico de la prevalencia de ciertas enfermedades entre las mujeres como elemento de exclusión laboral.

Es decir, si el desvalor social que acompaña a algunas o la mayor parte de las mismas, provoca el rechazo en el ámbito del trabajo, por ejemplo, ya sea en su acceso, bien sea en una situación más habitual y común como la extinción de la relación laboral, ante la imposibilidad de compatibilizar los síntomas y manifestaciones de la enfermedad con las exigencias de esta. Esto, debido a la inexistencia de respuestas legales y convencionales que sirvan para hacer frente a las disfunciones o interferencias sobre la capacidad para el empleo dentro de los parámetros estándares de medición de rendimiento y rentabilidad empresarial.

Esta tesis se enmarca en el art. 27 *LO 3/2007*, en el que se dispone la integración del principio de igualdad en la política de salud³¹, especialmente en lo relativo a la mujer, y la prevención de su discriminación, en el marco de la educación sanitaria y la investigación científica, en particular, respecto al ámbito laboral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 27.3).

³¹ Así, el art. 27.2 se refiere especialmente a que las administraciones públicas se centrarán en evitar que por sus diferencias biológicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre unas y otros.

También desde el plano del fomento y la tutela, en el *IV Plan de Igualdad entre Hombres y Mujeres 2003-2006*³² ya se fijaba como objetivo prioritario la mejora de las condiciones de salud de las mujeres mayores y/o discapacitadas. Su apartado cuarto se centró en el área de promoción de la calidad de vida de las mujeres, el favorecimiento de la inclusión social de aquellas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad (4.1), así como de la promoción de igualdad a través del acceso a la protección social. Se establecía (2.1.9) precisamente en la necesidad de colaborar con los agentes sociales y económicos, para que, en sus planes de formación permanente, introdujeran estrategias de negociación que permitieran la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en los convenios colectivos. Situándose, por tanto, como los instrumentos más idóneos para introducir medidas que favorezcan la igualdad de oportunidades del colectivo analizado, y de evitar su salida del mercado de trabajo, ya sea pensionada en el mejor de los casos o bajo la mayor desprotección (en el supuesto de no resultar tributaria de una prestación por incapacidad permanente)³³.

3. INTERVENCIÓN LEGISLATIVA: UE Y ESPAÑA

3.1. Actuación legislativa

La Comisión Europea asumiendo la necesidad de reflejar en las políticas sanitarias el factor diferencial del sexo y su impacto sobre la salud, estableció un *Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010* con inclusión de la perspectiva de género, que ha sido reemplazado por la *Estrategia para la igualdad*

³² http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/IV_Plan_Igualdad_Hombre_Mujeres_2003-2006.pdf

³³ Asimismo, en el plano de las empresas individualmente consideradas, el mismo plan propone en su punto 2.1.12 la realización de “foros y encuentros, con el fin de analizar y difundir las buenas prácticas existentes, orientadas a mejorar la situación de las mujeres en el empleo”.

*entre mujeres y hombres 2010-2015*³⁴, así como una *Carta de la Mujer, 2010*³⁵, que, si bien no incluye entre sus contenidos la salud laboral, sí lo hace con el acceso a la atención sanitaria, en el contexto del respeto a la dignidad e integridad de las mujeres y la erradicación de la violencia de género. Y del mismo modo se situó como objetivo del programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud pública (2003-2008), atajar las desigualdades en materia de sanidad.

Asimismo, la propuesta de Decisión del Consejo relativa al Programa Específico «Cooperación» por el que se ejecuta el *Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de Acciones de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración (2007-2013)* tiene la intención de integrar los aspectos de género en la investigación sanitaria, como reseñan las conclusiones del Consejo sobre la salud de las mujeres (2006/C 146/02), que subraya la importancia de aumentar entre la población en general, y también entre los profesionales sanitarios, la conciencia de que el sexo es un factor determinante clave de la salud, y reconoce la importancia de atajar las desigualdades que puedan existir entre estados miembros, atendiendo a los factores determinantes de este tema, ligados a aspectos sociales y económicos. La propuesta de *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Discriminación de Género en los Sistemas de Salud – 2004/2218 (INI) –* fue rechazada por el Parlamento por 244 votos en contra, 173 a favor, y 149 abstenciones. No obstante que la posterior Comunicación por la que se aprueba la *Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015* incluye las “cuestiones de género en el ámbito de la salud”, dentro de la línea general “dignidad, integridad y fin de la violencia sexista”. Y

³⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre de 2010, *Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015* [COM(2010) 491 final – no publicada en el Diario Oficial]: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/em0037_es.htm.

³⁵ Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2010 titulada «Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres-Una Carta de la Mujer: Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15.º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer» [COM(2010) 78 final - no publicada en el Diario Oficial]: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/equality_between_men_and_women/em0033_es.htm

tratándose de la *Directiva 2004/113/CE* del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (amparada en el art. 13 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*), respecto a los servicios públicos y privados de salud y a su cobertura (v.g. aseguramiento privado)³⁶, sí obtuvo el necesario respaldo; y por ende, supuso la introducción de la perspectiva de género en el aseguramiento de esta.

La promoción del conocimiento sobre las desigualdades de género en salud y el fortalecimiento de políticas en este sentido, dada la especial carga peyorativa derivada de la confluencia del género con los problemas de esta índole, se convirtió en una de las prioridades del *Plan de Calidad para el sistema nacional de salud* del Ministerio de Sanidad y Política Social (estrategia 4, “Analizar las políticas de salud y proponer acciones para reducir las inequidades en salud con énfasis en las desigualdades de género”)³⁷. Sin embargo, se trata de un problema que permanece invisible³⁸, aunque se trate de un colectivo cuantitativamente significativo pese a constituir una minoría³⁹.

³⁶ La Directiva prohíbe, en principio, la utilización del sexo como criterio en el cálculo de primas y prestaciones con fines de seguros y otros servicios financieros en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007. La Comisión juzga discriminatoria la práctica de las compañías de seguros consistente en distribuir a las mujeres y a los hombres en grupos distintos para el cálculo de las primas, debido a que no incurren en los mismos riesgos, considerando en particular su esperanza de vida. No obstante, los Estados miembros pueden decidir no aplicar esta prohibición en aquellos casos en los que el sexo sea un factor determinante en la evolución del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes, exactos y a disposición del público. Cinco años después de la transposición de la Directiva, los Estados miembros podrán revisar la justificación de tales excepciones, atendiendo a los datos actuariales y estadísticos más recientes. No obstante, todos los Estados miembros deberán garantizar que los costes de seguro relacionados con el embarazo y la maternidad (por ejemplo para el seguro de enfermedad) se atribuyen de igual forma a los hombres y a las mujeres.

³⁷ http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/e_pnc02.htm#o1

³⁸ LINARES, M.D. “El proyecto del plan de acción de mujeres con discapacidad: protección frente a la violencia”: <http://www.congresofekoor.org/pdf/articulo10.pdf>

³⁹ IGLESIAS, M. *Violencia y mujer con discapacidad*. España: Asociación Iniciativas y Estudios Sociales (IES), 1998, pg. 5: <http://isonomia.uji.es/docs/spanish/investigacion/mujeres/violenciaymujerdiscap.pdf> Según señala el Ministerio de Trabajo, en España el 58% de las personas discapacitadas son mujeres. Vid. *Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud, 1999-INE*, Fundación ONCE e IMSERSO.

En esta línea, la *Ley Orgánica 3/2007*, de 22 de marzo, *para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres* (LOI), en su art. 27 vino a disponer la integración del principio de igualdad en la política de salud, con una política específica de promoción de la salud de las mujeres, “así como de prevención de su discriminación”, en el marco de la educación sanitaria y la investigación científica, y en particular, en relación con la salud laboral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 27.3).

Lo anterior, supuso la introducción de diversas adaptaciones de la legislación sanitaria, así tenemos el caso de la *Ley 14/1986*, de 25 de abril, *General de Sanidad*, LGS – que en su art. 18, apartados 1, 4, 9, 14, 15 y 17, alude a: 1) una educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres en la educación sanitaria, amén de la formación contra la discriminación de las mujeres; 2) la obligación de atender a las necesidades diferenciadas de mujeres y hombres en la prestación de productos terapéuticos; 3) la atención especial al acoso sexual y al acoso por razón de sexo dentro de la salud laboral; 4) la formación específica en el tratamiento de la violencia de género; 5) la investigación científica sobre las diferencias entre mujeres y hombres; y 6) la desagregación por sexos de los datos médicos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica, que permita el análisis de género –, o bien, la *Ley 16/2003*, que parte del principio de no discriminación por razón de sexo en las actuaciones sanitarias – art. 2 a –; afirmación innecesaria desde el art. 14 de la *Constitución española* (CE), no así desde la visibilidad de la cuestión y de su planteamiento como medida de fomento y concienciación; la atención especial a los riesgos y necesidades específicas de las mujeres en la atención a la salud laboral – art. 11.2 g –; la atención al género entre los grupos de riesgo o con atención especial – art. 12.2 f –; la inclusión de la perspectiva de género en las actuaciones formativas – art. 34 e –; la investigación sobre las especificidades de género o de mujeres y hombres – art. 44 f –; la desagregación por sexo de los datos contenidos en el sistema de información sanitaria, acerca de las prestaciones y cartera de servicios en atención sanitaria pública y privada, lo cual requiere de la adaptación de los indicadores y requerimientos técnicos para integrar dicha perspectiva en el análisis – art. 53.2 y 3 –; o también respecto al específico de la salud de mujeres y hombres en los informes emitidos por el Observatorio del Sistema Nacional de Salud – art. 63, redactado por el artículo 19 de la *Ley 15/2014*, de 16 de septiembre, *de racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa* –.

Y es que la transversalidad de género implica ir más allá de la proscripción de las discriminaciones indirectas, a las que apela el art. 3.4 de la LGS, así como el art. 6.2 (ambos introducidos por la D.A. 8.^a LO 3/2007), para acomodar la atención sanitaria a las especificidades de género, pues solo así se da una respuesta eficaz a la discriminación indirecta. De esta manera la dimensión de género puede penetrar en uno de los factores prioritarios de las políticas públicas: la sanidad, inclusive la laboral. Este plus requiere de un concienzudo trabajo de investigación previo para sentar las bases de tal especialidad, bajo la premisa general, establecida en el art. 21.1 de la ley española citada, de integrar la perspectiva de género en la actuación sanitaria en el ámbito específico de la salud laboral⁴⁰.

En la misma senda, la *Ley 16/2003* parte del principio de no discriminación por razón de sexo en las actuaciones sanitarias – art. 2 a –, innecesaria afirmación desde el art. 14 CE, no así desde la visibilidad de la cuestión y de su planteamiento como medida de fomento y concienciación.

Los citados son criterios orientativos generales, fijados por la legislación española, que han de guiar las distintas políticas sanitarias, públicas y privadas. No obstante, no introducen mecanismos específicos que permitan una traducción más directa de la perspectiva de género, y que dejen en manos de los distintos sujetos implicados la buena voluntad de llevarlos a término, pues no existe mecanismo coercitivo claro que garantice su efectividad. Desde el punto de vista de la administrada, resulta difícil sostener la existencia de un derecho perfecto, al menos en el marco de la legislación sanitaria reseñada, a un tratamiento singularizado por razón de género; y, por consiguiente, que pueda fundar una reclamación por incumplimiento determinante de discriminación indirecta, aún a la luz del art. 14 CE, para obtener la responsabilidad administrativa por el mismo.

⁴⁰ Este es precisamente el sentido del art. 18 (apartados 1, 4, 9, 14, 15 y 17), al aludir a: 1) una educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres en la educación sanitaria, amén de la formación contra la discriminación de las mujeres, 2) la obligación de atender a las necesidades diferencias de mujeres y hombres en la prestación de productos terapéuticos; 3) la atención especial al acoso sexual y al acoso por razón de sexo dentro de la salud laboral; 4) la formación específica en el tratamiento de la violencia de género; 5) la investigación científica sobre las diferencias entre mujeres y hombres; y 6) la desagregación por sexos de los datos médicos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica, que permita el análisis de género.

En consecuencia, nos movemos en el terreno de las desiderata. El fenómeno no es exclusivo del derecho español: por el contrario, la contradicción entre teoría y práctica en el *gender mainstreaming* en materia de salud es un discurso común en otros países occidentales⁴¹, atribuible a diversos factores, especialmente su desvinculación de las agendas sociales y la creciente privatización de la sanidad, obviando que constituye parte ineludible de la equidad y la justicia social.

Si analizamos cómo se ha introducido el *mainstreaming* en la política sanitaria en España, podemos tomar como buena muestra de ello el *Plan estratégico de igualdad de oportunidades 2014-2016*⁴², que afirma literalmente que, la respuesta diagnóstica y tratamiento diferencial de mujeres y hombres muestra una tendencia a la medicalización de la vida de las mujeres, no solo por su peor salud percibida sino también por otras cuestiones, y el diseño de las políticas y servicios de salud que tienden a intervenir, en mayor medida, en la salud de las mujeres.

Reconociendo la peor salud de estas, o que el consumo diario de tranquilizantes supera al de los hombres en todas las edades... (pgs. 102-103). Tras anunciar el propósito de reforzar la perspectiva de género en las políticas de salud, sorpresivamente pasa a centrarse únicamente en el consumo de sustancias adictivas y los hábitos alimentarios⁴³. Resulta cuanto menos llamativo que los

⁴¹ RAVINDRAN, T.K.S. y KELKAR-KHAMBETE, A. “Gender mainstreaming in health: looking back, looking forward”, *Global Public Health*, pgs. 121-142. Número especial: *Gender inequity in...* pgs. 121-142.

⁴² <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf>.

⁴³ En concreto, se proponen las siguientes líneas de actuación: Promoción de la igualdad en las políticas de salud y bienestar social, así como impulso de políticas específicas de salud y calidad de vida de las mujeres. Las medidas propuestas son las siguientes: 124. Promoción de la generación de conocimiento sobre la salud, apoyando la investigación y difusión de información especializada. 125. Recogida de información desagregada por sexo y edad en los sistemas de información sanitaria y de los servicios sociales y análisis de datos. 126. Elaboración de indicadores singulares de la salud en las mujeres. 127. Elaboración de publicaciones especializadas sobre la salud en las mujeres. 128. Campañas de sensibilización y formación de profesionales y personal de los servicios sociosanitarios, para el intercambio de buenas prácticas sobre la salud de las mujeres. 129. Acciones de estudio, formación e información sobre salud laboral y la prevención de los riesgos laborales de mujeres, incidiendo en las características de sus condiciones de trabajo, con la finalidad de detectar y de prevenir sus causas, la protección, promoción y mejora de la salud laboral. 130. Desarrollo del Plan de

principios anunciados, en los que se condensa la transversalidad de género, se limiten a considerar como área prioritaria los hábitos adictivos y alimentarios. Sin despreciar el evidente interés que significa para la tutela de la salud femenina, la pregunta sería: ¿es casual la elección de estos aspectos para dibujar un mapa de la salud femenina que parece proyectar una imagen de perfil bajo de la mujer y sus necesidades reales más acuciantes? En esta misma línea se sitúa el apartado 136, en el que se subraya la pertenencia de las mujeres a colectivos en riesgo de exclusión (inmigrantes, con discapacidad, mayores y transexuales), además de las citadas en el número 133 (viudas, gitanas, con discapacidad). Evidentemente, se trata de supuestos expuestos a potencial discriminación múltiple, pero no pueden ser los únicos puntos de atención de esta pretendida dimensión de género.

Por otro lado, en el ámbito de la salud laboral, se proponen “acciones de estudio, formación e información sobre salud laboral y la prevención de los riesgos laborales de mujeres, incidiendo en las características de sus condiciones de trabajo, con la finalidad de detectar y de prevenir sus causas, la protección, promoción y mejora de la salud laboral”.

Desde el plano crítico, a manera de conclusión, podrían señalarse como importantes ausencias las siguientes:

Acción 2013-2016 de la Estrategia Nacional sobre Drogas, dando prioridad a las acciones, para la prevención del abuso de sustancias, teniendo en cuenta la mayor prevalencia del consumo de alcohol, tabaco y psicofármacos en mujeres. 131. Promoción de un sistema de calidad en los programas de detección y prevención de cánceres, según lo acordado en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud. 132. Desarrollo de acciones y programas específicos en materia de salud alimenticia de las mujeres, con especial atención a la prevención de la anorexia y la bulimia. *Promoción de programas de salud y bienestar social con mujeres en situación o riesgo de exclusión social* Las medidas propuestas son: 133. Incorporación en las políticas de salud y asistencia social, de pautas que atiendan a las especificidades de mujeres en situación o riesgo de exclusión social o con dificultades singulares (mujeres viudas, gitanas, mujeres con discapacidad, y otras situaciones). 134. Transmisión de conocimiento, recursos metodológicos, y experiencia acumulada a los equipos directivos de los centros penitenciarios, para promover la mejora de la situación social de las mujeres privadas de libertad. 135. Promoción del acceso a los tratamientos entre las mujeres consumidoras de drogas, mejorando la captación activa desde los servicios sanitarios, sociales y educativos y adaptándolos a las necesidades específicas de las mujeres. 136. Promoción de la formación de profesionales de los equipos de atención primaria del ámbito sanitario y de los servicios sociales, sobre la salud de las mujeres inmigrantes, mujeres con discapacidad, mujeres mayores y mujeres transexuales.

1. Quedan especialmente afectados los espacios de salud pública, pero no en igual medida los privados (sanidad privada).
2. Se introducen criterios orientativos generales que han de guiar las distintas políticas sanitarias, públicas y privadas. Sin embargo, no se regulan derechos perfectos de carácter individual, ni, por tanto, cabe fundar una reclamación por incumplimiento determinante de discriminación indirecta, aún a la luz del art. 14 CE.
3. La protección en materia de salud laboral prima el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, al menos en la *Ley General de Sanidad*, olvidando otros factores de especificidad de género, si bien la Ley 16/2003 cubre tal laguna, al incluir la atención especial a los riesgos y necesidades específicas de las mujeres en la atención a la salud laboral (art. 11.2 g), con la consiguiente descoordinación entre ambas normas.
4. La atención a ciertas enfermedades feminizadas no recibe un tratamiento específico, al menos en esta legislación general, más allá del campo de la investigación. Esto conlleva la ausencia, hoy por hoy, de medidas concretas para atender ciertas enfermedades que tienen un sesgo claro de género, o que tienen especial prevalencia sobre la mujer, ya que tales criterios, aún orientativos, abarcan la estadística, la formación y la investigación, pero no la aplicación de una prestación diferenciada (al margen de la alusión a las terapéuticas en la LGS).

En general, se trata de modificaciones que dan sentido declarativo y promocional a la ley, pero que precisan de un desarrollo específico que las dote de contenido y de eficacia real. V.g. en materia de estadística, si no se dota del aparato técnico y humano que permita llevar a cabo un análisis diferenciado o más exhaustivo, y se limita a ampliar el trabajo y funciones de los equipos existentes hasta ahora, o, en el campo de la investigación, que precisa de la necesaria dotación de infraestructura y ayuda pública, en el marco de la financiación de I+D, para el desarrollo de las pertinentes investigaciones.

3.2. Acción positiva y salud

Aunque en este plan estratégico no se prevé, desde la perspectiva preventiva y en el contexto de la atención sanitaria o del sistema público de salud, la atención específica que debe darse no solo a la salud de la mujer en general sino en particular al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, la *Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, establece en sus arts. 27 y 48, la protección, promoción, estrategias y medidas específicas para prevenir esos aspectos en el trabajo.

Por otra parte, la disposición adicional quincuagésima tercera de la *Ley General de Seguridad Social*, aprobada por *Real Decreto Legislativo 1/1994*, de 20 de junio (LGSS), que introdujo la *Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011*, extiende la protección por contingencias profesionales a un régimen fundamentalmente conformado por mujeres: el Régimen Especial de Empleados de Hogar, lo que supone un avance en esta línea. En igual sentido, la reducción de cuotas que la Disposición Adicional Quinta de la *Ley 39/2010* previó para los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo y la lactancia⁴⁴, que predica también de otros supuestos de movilidad funcional por contingencias profesionales (por enfermedad profesional). Sin embargo, ninguna de ellas plantea una política global de atención a la salud laboral femenina, ni los postulados de la LOI han tenido concreto reflejo en acciones específicas para materializar esa atención particularizada en el marco de la política de prevención de riesgos laborales.

Por otro lado, el informe de análisis de impacto normativo de la *Ley General de Salud Pública* de 4 de junio de 2010 analizaba la calidad de vida y de salud por géneros, concluyendo que todas las intervenciones incluidas en el anteproyecto

⁴⁴ Literalmente el precepto reza: “en los supuestos en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la *Ley 31/1995*, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una reducción, a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social, del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes”.

de *Ley General de Salud Pública* benefician por igual a hombres y mujeres además de contribuir a reducir sus desigualdades. Se trata, sin embargo, de un análisis según el criterio de la neutralidad, que, por tanto, se queda en fórmula de estilo. Tanto es así que la *Ley 33/2011*, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, dedica sus arts. 32 a 34 a la cuestión laboral. No obstante, no se hace alusión alguna a la perspectiva de género.

Y ello aun cuando la *Ley Orgánica 3/2007* admitiera las medidas de acción positiva de carácter nacional, que se declaran compatibles con el principio de igualdad de trato regulado en su art. 5 (arts. 11 y 60 en lo que respecta al empleo público), y singularmente en sus arts. 17.4 y 43 en cuanto se refiere al ámbito de la empresa privada, y mediante la negociación colectiva. El art. 17.4, que autoriza el establecimiento de medidas de acción positiva a través de aquella, no se refiere en particular a las condiciones de trabajo, ni tampoco a la salud, lo que no excluye su legitimidad. Pero queda en el ámbito de la actuación privada (convenios colectivos, pactos de empresa, prácticas de empresa), la integración efectiva de esa perspectiva.

Ahora bien, pese a los mandatos de la *LO 3/2007*, el impacto sobre la negociación colectiva se sigue limitando, además de su recepción formal y fijación de compromisos al respecto, a la regulación de las figuras destinadas a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, asociadas al género femenino, y por tanto, reguladas en clave de igualdad, aunque desligadas de la prevención de los riesgos laborales. Aunque, utilizando el criterio de la oportunidad, si se observa el capítulo de la gestión del tiempo de trabajo en clave de género como medida para facilitar la conciliación de vida privada y profesional, y se extrapolan sus contenidos a las necesidades específicas de las empleadas que precisan de dicha flexibilidad para (o también para) finalidad distinta, como es la armonización del trabajo con los problemas o limitaciones derivadas de su condición de salud, podría actuarse también en el campo de esta. No obstante, esta negociación no se encuentra en esta línea, y por tanto el margen de actuación es también ciertamente limitado si se quiere hacer uso de los contenidos negociales, pues las figuras destinadas a su cobertura no obedecen, ni expresa ni indirectamente, a la promoción de la salud femenina, ni ofrecen margen a la interpretación flexible, al limitarse a la reserva de puestos para personas con discapacidad, algunas medidas para enfermos crónicos (en la

línea del sistema *bonus-malus* introducido en la gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, MATEPSS, en la disposición adicional decimonovena de la *Ley 35/2010*, de 17 de septiembre), o el pase a segunda actividad en caso de reconocimiento de un grado de incapacidad permanente, situación a la que se refiere el *Documento de Revisión del Pacto de Toledo*, de 29 de enero de 2010⁴⁵, al prever el estudio de la ampliación de las incapacidades parciales y su combinación con medidas flexibilizadoras del trabajo en estos casos, medida que, de nuevo, tampoco se plantea desde una perspectiva de género.

Descartado este instrumento, ¿qué sucede con la jurisprudencia? La jurisprudencia comunitaria sí ofrece una alternativa viable, que encaja perfectamente en la legislación española vigente. Cuestión que se tratará más adelante.

4. EL ACOSO DE GÉNERO COMO RIESGO PARA LA SALUD Y SU ATENCIÓN PRIORITARIA EN LA LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA

4.1. El trabajo, espacio para la violencia con sesgo de género

La mujer encontró en el siglo XX un nuevo ámbito de sometimiento: el mundo del trabajo. Convenientemente diluido en esa supuesta jungla que algunos identifican con las relaciones laborales, para justificar la perversión de las relaciones interpersonales más allá del puro conflicto de intereses consustancial al empleo en la conformación marxista de la lucha entre el capital y el trabajo, aflora con frecuencia el sometimiento masculino de la mujer, que por esta vía encuentra un caldo de cultivo propicio para su expansión.

El trabajo se convierte, así, en un espacio cualificado para la violencia de género – y expresamente lo reconocieron algunas leyes autonómicas, como es el caso de la gallega *11/2007*, de 27 de julio, *para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género*, o de la catalana *5/2008*, de 24 de abril, *del Derecho de las Mujeres a Erradicar la Violencia Machista* –. Un espacio donde perpetuar

⁴⁵ <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/128563.pdf>.

la tradicional relación de dominación, y donde la búsqueda de la autonomía femenina choca con la de la reafirmación masculina, provocando reacciones de tipo agresivo cuando la aceptación de este orden de cosas – en definitiva de la construcción patriarcal del mundo – encuentra la natural resistencia de la lucha femenina por ocupar su puesto en la sociedad, y en particular, en el mundo del trabajo, que pueden acabar conformando, por reiteración en el tiempo, un resultado devastador en la salud mental de la mujer.

Advertida dicha realidad por nuestros legisladores, primero por el comunitario – *Directiva 2002/73/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, hoy derogada por la *Directiva 2006/54/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación [refundición de las anteriores⁴⁶]⁴⁷ –, y luego por el español – *Ley Orgánica 3/2007*, de 22 de marzo, *para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* –, amén de otras normas de ámbito autonómico, se han introducido vías de actuación contra la misma, calificable como verdadero riesgo laboral.

Esta nueva realidad legislativa suscita dos órdenes de cuestiones: la suficiencia de las medidas legales introducidas, por una parte, y la aplicación efectiva y recepción de las mismas por los agentes sociales a través de los mecanismos que correspondan (v.g. negociación colectiva).

⁴⁶ La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales y de seguridad social, la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

⁴⁷ En esta línea se aprobó por el Parlamento Europeo el 20 de junio de 2007 la Decisión n.º 779/2007/EC por la que se estableció para el periodo 2007–2013 un programa específico para prevenir y combatir la violencia contra los niños, jóvenes y mujeres, así como para proteger a las víctimas y grupos de riesgo, conocido como programa Daphne III.

Estamos solo ante los primeros cimientos de un gran edificio por construir: la lucha contra la discriminación por razón de género en una de sus manifestaciones, la más violenta, tanto en sentido abstracto como en sentido literal, dentro del mundo del trabajo.

Desde esta base ha de integrarse en la política de prevención de riesgos laborales la perspectiva de género, y así viene ordenado por la *LO 3/2007*, lo que significa que esta deberá estar presente en el análisis de los factores de aquellos, lo que, *a priori*, nos sitúa ante un amplio abanico de factores integrables en la preceptiva evaluación de riesgos laborales: a) doble presencia o dobles jornadas de las mujeres – especialmente por razón del cuidado de la familia –; b) mayor precariedad laboral – salarial, de estabilidad en el empleo, y de promoción profesional incluso –; c) devaluación del valor de su trabajo y de su consideración profesional; d) machismo arraigado, fuente de la mayor parte de los factores citados, que se manifiesta en forma de “micromachismos” conformando un conjunto global definitivamente ofensivo para las mujeres que trabajan.

4.2. Acoso de género: acoso sexual y acoso por razón de sexo, conceptos convergentes y no sinónimos

La Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, supuso la elevación a categoría jurídica de la especialidad del acoso en función del sexo de la víctima⁴⁸, partiendo de la especial probabilidad e incidencia de que este sea infligido contra una mujer por motivos discriminatorios basados en su sexo o género.

Esta protección reforzada viene de la mano de la equivalencia legal entre acoso y discriminación por razón de sexo, de acuerdo con las categorías ya conocidas en el derecho comunitario de discriminaciones directa e indirecta.

Así, la Directiva, como ya hiciera en 1992 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – para la ejecución de la *Convención sobre la*

⁴⁸ Aunque no constituya un texto específico en materia de acoso ambiental por razón de sexo, debe citarse la Convención de Ginebra de 1951 para personas perseguidas por razón de sexo, pues también ampara a quienes son objeto de persecución precisamente por su sexo.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 –, respecto de la violencia de género, al definir el acoso por razón de sexo como una discriminación, lo que implica que sean de aplicación todas las garantías que tutelan a la trabajadora frente a esta. Se trata de una definición similar (salvo la alusión al rechazo o sumisión de la víctima)⁴⁹ a la que se realiza en el art. 2.3 de la *Directiva 2000/78* en relación con otras causas de discriminación (raza, orientación sexual, etc.).

Finalmente, la ya aludida *Directiva 2006/54*, por la que se refunden las anteriores, sobre no discriminación por razón de sexo en el trabajo, y su mandato, fueron transpuestos al ordenamiento español por la *Ley Orgánica 3/2007*, de 22 de marzo, *para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* (en adelante LOI), para darle una mayor amplitud respecto de las medidas a adoptar para frenar la aparición de situaciones constitutivas de acoso, o para ponerle fin cuando ya hayan tenido lugar.

Antes de examinar las posibles herramientas de tutela, conviene realizar algunas consideraciones acerca del propio concepto de acoso basado en el género:

A) Acoso laboral por razón de sexo

El acoso laboral por razón de sexo se define como el acoso sexual. En el art. 7 de la *LO 3/2007*, de 22 de marzo, *para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, se establece que: “constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

El concepto, compartido con la definición del acoso y en particular la definición legal del “acoso discriminatorio”, se centra en la combinación de dos

⁴⁹ Según subraya LOUSADA AROCHENA. “El acoso moral por razón de género”, *Aranzadi Social...*, pgs. 64-65, sigue subyaciendo en la configuración legal de estas situaciones una ideología sexista que exige un rechazo de una conducta en sí misma definida como una agresión, por lo que implícitamente incluye necesariamente, como cualquier otra agresión, el rechazo de la víctima.

factores: a) un motivo de orden discriminatorio que “mueve” una conducta; b) las características de la conducta, consistente en atentar contra la dignidad de una persona y crearle un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Como no podía ser de otro modo, se dejan atrás definiciones a-legales tomadas de la psicología y que han llegado a pervertir incluso la redacción de los protocolos de actuación contra el acoso y los convenios colectivos que regulan la cuestión – estos exigen como requisito del comportamiento no tolerado ni querido por la ley la sistematicidad de la conducta constitutiva de acoso y, en particular, una periodicidad determinada, que además se sitúa en una cifra incluso cuantificada [una auténtica barbaridad desde el punto de vista legal y de tutela de derechos, sin duda a desterrar de nuestras relaciones laborales y de los códigos de conducta, protocolos, planes de igualdad, y otro tipo de instrumentos dirigidos a la protección de trabajadores y trabajadoras frente a este tipo de agresiones en el trabajo], concretamente de seis meses, llegando incluso a exigir una cadencia de una actitud hostil por semana –. Ciñéndonos al concepto legal y tutelar, estamos ante una situación de acoso, cuando por parte de una, varias o un colectivo de personas, se aplica dicho trato a otra u otras con el resultado de atentar contra su dignidad, y haciéndole sentir intimidada/o y degradada/o; poco importa si ello sucede una vez por semana, dos, tres, o cada ocho días. Sencillamente el dato periódico deviene irrelevante, siéndolo por el contrario que la situación no tenga carácter ocasional, sino permanente, y que se pueda entender alcanzado el efecto humillatorio (por humillante) o intimidatorio, exigibles a partir del rosario de ofensas ya consumadas contra la víctima y por el carácter o dimensión de estas. Por tanto, lo relevante es analizar en cada caso qué entidad y de qué carácter son las situaciones sufridas por la víctima, para evaluar su consideración como constitutivas de acoso y activar la protección a posteriori, cuando otro tipo de herramientas preventivas no hayan tenido como efecto evitar que se materialice esa situación, es decir, cuando esta ya no tiene remedio, entendida como evitación, pero sí cabe ponerle fin y reparar sus consecuencias. Es en este momento donde entran en juego los protocolos anti-acoso.

Cuando la situación descrita viene acompañada del elemento de la motivación discriminatoria y por tanto podemos calificarla además de acoso como discriminatorio, debe concurrir a la hora de realizar la calificación o valoración pertinente, el móvil discriminatorio, lo que significa analizar no en sí la motivación personal del acosador(a), sino la concurrencia del factor social diferencial en la

víctima y el contenido de las conductas que le han sido aplicadas, o la situación humillante o intimidatoria en la que se le ha situado. En este terreno se ubica el acoso por razón de sexo, que se convierte en el móvil de la discriminación o la cualidad o característica de la víctima que ha despertado en el/los acosador/es las conductas constitutivas de acoso.

El acoso discriminatorio por razón de sexo se caracteriza, pues, porque el sexo de la víctima constituye en sí el motivo de tal, en su proyección al género y por tanto no únicamente a unos rasgos propios del sexo, sino de los estereotipos sociales que se le asocian (LOUSADA AROCHENA)⁵⁰, por lo que la denominación más ajustada a esta configuración sería la de “acoso por razón de género”⁵¹. No obstante, también debe matizarse que los rasgos físicos propios del sexo femenino sí son objetivo a menudo de las actuaciones en las que se manifiestan las situaciones de acoso (y se traducen en muchas ocasiones en ataques verbales a la víctima, en comentarios rayanos incluso en el de tipo sexual, pero en otros casos, remarcando supuestas carencias físicas como la fuerza, que se atribuyen en tal contexto al hombre y se utilizan para denigrar a la mujer).

Por ello, en realidad el sexo se convierte en ocasiones de manera disociada en la causa y al mismo tiempo el contenido del acoso (y por tanto, residiendo en exclusiva o bien en el género o bien en el sexo de la víctima, pero dentro del ámbito de la figura del acoso por razón de sexo), y en otras aparece indiferenciado, de forma que se convierte en tarea casi imposible distinguir cuándo se traspasa la frontera del uno al otro.

En términos llanos, el acoso por razón de sexo es aquel que se identifica con las situaciones humillantes e intimidatorias contra una/s trabajadora/s por la

⁵⁰ LOUSADA, J. F. “*El acoso moral por razón de género*”, *Aranzadi Social...*, pg. 65.

⁵¹ Según ha indicado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 3; 17/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 6, y, el último de los mismos, la de 21 de julio de 2008, dictada en el recurso de amparo núm. 6595-2006, FJ 3), “este tipo de discriminación no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca”.

sola razón de ser mujer. Por consiguiente, la trabajadora es objeto de acoso por ese hecho, y las distintas situaciones y escenarios en los que se sitúa a la víctima tienen que ver con tal condición.

Tanto en entornos tradicionalmente masculinos como en aquellos en donde se ha extendido de manera progresiva y rápida la incorporación de la mujer al mundo laboral, el hombre dominante se siente amenazado ante su presencia, y la exterioriza de forma violenta – a veces más abierta, y otras más encubierta o indirecta –. Este rechazo y desprecio, sean cuales sean las intenciones confesadas o no por el acosador, es el que caracteriza al acoso, de suerte que no toda molestia infligida a una mujer tiene que calificarse por razón de sexo.

En esta línea, podría considerarse discriminación por razón de género aquella que tuviera lugar en relación de conexión con otra causa de discriminación (entonces se hablaría de una de tipo múltiple), o bien, con otra causa no protegida a tales efectos, en concreto, la enfermedad, cuando esta fuera eminentemente femenina o feminizada, v.gr. fibromialgia.

Y, por las mismas razones expuestas, puede descartarse en principio que la figura de acosador sea ocupada por alguien del mismo sexo que la víctima: en otras palabras, que en estos casos, *a priori*, aquel siempre será varón. Aunque, si se nos plantea el supuesto adicional, el acoso contra quien no se ajusta a los estereotipos de su género, en este caso el masculino, no cabe descartar que la figura del acosador también sea femenina.

En cuanto a la elección del término, acoso por razón de sexo, se separa del más genérico concepto adoptado legislativamente en España – y que cuenta con el consenso social, amén de su consagración en el derecho Comunitario – de “género”, que excluye las connotaciones sexuales, para centrarse en exclusiva en las derivadas directamente de roles femeninos o atribuidos a la mujer (así, todos aquellos supuestos residenciados en la faceta maternal de la mujer), y señala a la connotación sexual a efectos de calificar el acoso. En cualquier caso, aunque en la práctica pueden aparecer diluidos o confundidos, es decir, referidos tanto a su sexo como a los roles que se le atribuyen en la sociedad, la ley ha optado por acoger la primera de las acepciones, y por ello se refiere al “acoso por razón de sexo”.

Sin embargo, sin duda esta opción provoca en la práctica, seguramente como consecuencia de tal desacertada opción legislativa, una confusión entre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo⁵².

⁵² Véase un ejemplo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), sala social, sentencia núm. 119/2010, de 19 de enero, en la que se mantiene lo siguiente: “En esta definición se contiene una referencia suficientemente clarificadora de los *elementos definitorios del acoso sexista, que lo diferencian del sexual, en primer lugar por la necesidad de repetición o sistematicidad*. También se hace referencia a elementos comunes con el acoso sexual, los resultados en términos laborales, ya que degradan sus condiciones de trabajo, y finalmente se refiere al ámbito de realización, el de organización y dirección de un empresario. (...) En fin en el acoso sexista o acoso por razón de sexo, el objetivo del acosador no es sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión estas deben seguir ocupando; y en el fondo, en la motivación de dicho comportamiento no existe, o no existe solo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio o de afirmación de poder. La ofensividad constituye uno de los elementos calificadores más relevantes del concepto de acoso en sus dos modalidades, al que en el supuesto de acoso sexual se une inseparablemente el de indeseabilidad, es decir, el acoso sexual se configura como una violación del derecho a la dignidad pero también como una violación del derecho de libertad de la víctima de tal forma que una parece inexistente sin la concurrencia de la otra. En otras palabras, en el acoso discriminatorio, junto con el derecho de igualdad, el acoso sexista se concibe esencialmente como violación del derecho a la dignidad, mientras que en supuesto el acoso sexual se configura como una violación simultánea del derecho a la dignidad y a la libertad de la víctima de tal forma que una parece inexistente sin la concurrencia de la otra”. Obsérvese que, pese a efectuar la distinción anterior, a continuación e interpretando los hechos juzgados, concluye que efectivamente se trata de un acoso por razón de sexo cuando el acosador pretendía la compañía de la víctima y por tanto, sus intenciones se acercaban más al acoso sexual: Regresando a los hechos probados, estimamos, como ya dijimos, que *los mismos constituyen un acoso por razón de sexo* del trabajador despedido hacia la persona de Doña Ascensión, su compañera de trabajo, *consistente en un comportamiento reiterado, intimidatorio, consistente en asaltos a su vehículo, a su domicilio, seguimientos, esperas, mensajes reiterados por diversos medios, todo para imponerle una relación, en atención a ser mujer, que la víctima no deseaba, había rechazado y le había solicitado el cese de esta conducta, en reiteradas ocasiones*. La conducta reiterada del recurrente consistente en no dejarla en paz, imponerle su presencia, “asaltarla” tanto físicamente como por todos los medios de comunicación posibles (cartas, teléfono, móvil, sms, emails) constituye un acoso por razón de sexo pues la ofensividad de esas actuaciones el recurrente-acosador es consciente (...) sabe, porque la víctima le manifestó tanto expresa como implícitamente, que le resultaban ofensivas por intimidatorias y a pesar de ello ha insistido en su actuación (lo que de otro lado constituye una muestra de la existencia de intencionalidad acosadora) y además, respecto de esas actuaciones concretas que obran al inicio de este fundamento, el acosador debiera saber (y lo sabe...) que resultan ofensivas dada su gravedad (imposición de su presencia a toda hora y por cualquier medio, con alusiones sexuales, que provocan ansiedad e intimidación a la víctima) y las circunstancias concurrentes (la víctima está “cautiva” en un puesto de trabajo

A partir de la ley 3/2007, se habla de una figura cualificada de acoso discriminatorio por razón de sexo, por lo que ya se recoge la especificidad del mismo, ya que es indudable que el acoso, específicamente el que tiene lugar en el contexto laboral, cuando se ejercita contra una mujer suele acompañarse de rasgos típicamente sexistas, e incluso, acercarse a la figura del acoso sexual en el trabajo – derecho protegido por el art. 4.2 e) del *Estatuto de los Trabajadores*, en adelante ET –, y ser constitutivo de discriminación (por ello se califica explícitamente como discriminación por razón de sexo⁵³, derecho asimismo garantizado por el art. 17.1 ET), como resultado de la equiparación legal entre ambas que realiza de manera directa la ley.

B) Acoso laboral por estereotipos de género

El acoso basado en el sexo de la víctima puede también imponerse por otras razones distintas del sexo femenino, por ejemplo, en los supuestos en los que el acosado es un hombre que no responde a los estereotipos masculinos (v.g. el hombre feminizado o afeminado), o en situaciones de transexualidad (cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, STJCE, [hoy Unión Europea, STJUE] de 30 de abril de 1996), al basarse en los de género, merecen ser encuadrados dentro de la protección por razón de género o de sexo.

En esta línea encaja la lectura de los correspondientes preceptos, tanto de la *Directiva 2002/73/CE*, como del art. 7 LOI, que no matiza y reserva la tutela para el sexo femenino, sino que, por el contrario, se refiere al “sexo de una persona” (“la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”), por lo que cabe admitir que en este cambio de escenario, y siendo

al que debe acudir diariamente, haciendo imposible eludir al acosador e incluso participa el letrado del acosador, vid. HP 4º. 10º). Por el contrario, el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2010), describe el acoso por razón de sexo como “situación reiterada y mantenida en el tiempo, dirigida a menospreciar, humillar y desacreditar a la demandante por el solo hecho de ser mujer”.

⁵³ Esta calificación no es nueva en el Derecho comparado, donde ya existía tal equiparación con anterioridad en muchos casos. Cfr. Ley venezolana *sobre la violencia contra la mujer y la familia*, de 3 de septiembre de 1998.

igualmente causa de la discriminación no el propio sexo, pero sí su percepción por parte del autor del acoso (pues la discriminación se basa en la supuesta falta de correspondencia del sexo de la víctima con los estereotipos que se le asocian), podría resultar igualmente aplicable la figura estudiada.

C) Acoso sexual

El acoso sexual, tipificado como delito en el art. 184 del *Código Penal* español, constituye una modalidad específica de acoso o violencia psicológica conocida desde antaño, y desde siempre con autonomía propia. En términos legales, el concepto es el siguiente (art. 7.1 *LO 3/2007*):

Sin perjuicio de lo establecido en el *Código Penal*, a los efectos de esta ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Al venirse acuñando recientemente esta otra categoría genérica, puede entenderse incluido dentro de la misma. Con frecuencia estas conductas vienen asociadas al “tipo” general del acoso. Y no es inhabitual que la reacción negativa propia del acosador sexual en el ámbito del trabajo adopte las formas propias del acoso genérico, en cuyo caso podría responder también en esta segunda fase al tipo del art. 173 C.P. (delito contra la integridad moral).

El elemento diferenciador de ambas situaciones y delitos viene constituido por el componente sexual, pero se manifiesta en el resto de comportamientos de igual manera, pues ambos consisten en un hostigamiento continuado, intimidante y humillante para la víctima. La motivación y la finalidad son distintas, pero la conducta constitutiva del hostigamiento o asedio psicológico puede ajustarse a idénticos parámetros: descrédito profesional, humillación laboral, etc., aunque puede apuntarse que en nuestra realidad cotidiana predomina, en función de que la víctima sea de uno u otro sexo, una tendencia más hacia el desprestigio personal o profesional (víctima hombre) o hacia la ridiculización sexista o sexual, o utilizando criterios de esta índole (víctima mujer y acosador hombre).

4.3. Prevención del acoso como forma de discriminación

A tenor de la normativa comunitaria (*Directiva 2006/54*), el acoso basado en un motivo discriminatorio, como en el caso analizado, el género constituye en sí discriminación, y como tal resulta tutelada con las garantías específicas previstas para el restablecimiento del equilibrio alterado por la intervención de esta modalidad. Pero sin duda lo que busca el ordenamiento jurídico, la sociedad en sí misma y la justicia en particular es mantener ese equilibrio, o, en una sociedad dominada por el machismo estructural, buscar el equilibrio, que solo puede perseguirse evitando la ruptura de esa armonía pretendida. Y por tanto, la herramienta más poderosa es la prevención. Como quiera que nos situamos en el ámbito del trabajo remunerado, esa herramienta preventiva no es otra que la prevención de riesgos laborales, sí resulta igualmente patente la relación intrínseca entre discriminación y riesgos de trabajo, entre discriminación y salud, al resultar constatable: a) la calificación del acoso como forma de discriminación; b) la calificación del acoso como riesgo laboral; c) el efecto de la discriminación sobre la salud mental; d) la calificación del efecto de la discriminación como riesgo laboral. En consecuencia, la prevención de riesgos es el instrumento idóneo al que asociar la política frente a la discriminación laboral en el ámbito de las relaciones laborales, y sirve al mismo tiempo para reforzar el haz de cauces legales previstos para garantizar la efectiva igualdad. En definitiva, la aproximación de la política de prevención de riesgos a la lucha contra la discriminación, cuyo potencial no se explora ni se explota debidamente, debiera ser objeto de una mayor atención que permitiera a su vez beneficiarse de las ventajas o beneficios de la política sanitaria pública. A la postre, se trata de la dimensión privada de la sanidad pública con perspectiva de género. Sin embargo, lamentablemente se desaprovechan de facto las potencialidades de este instrumento de la lucha por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

5. LA POSIBILIDAD DE PREVER LA DISCRIMINACIÓN EN TANTO QUE RIESGO LABORAL

5.1. ¿Es prevenible la discriminación en materia de salud?

La previsibilidad de la discriminación permite actuar preventivamente. Pero, ¿es previsible la discriminación? Analizada como riesgo laboral, la doctrina conviene en una respuesta afirmativa tanto desde la perspectiva de los derechos derivados del contrato de trabajo – art. 4.2 e) ET, que reconoce el derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador/a, constituyendo infracción laboral muy grave los actos empresariales contrarios a tal derecho, ex art. 8.11 del texto refundido de la *Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social* – como desde la prevención de los riesgos laborales, y *de facto* esta es la tesis que guía la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad social española y se refleja en el Criterio técnico 69/2009 – sobre las actuaciones de la *Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Materia de Acoso y Violencia en el Trabajo*⁵⁴ – . Dicho criterio, siguiendo las recomendaciones de la OIT (2003) recogidas en el *Repertorio de Recomendaciones sobre Violencia en el Trabajo en el Sector Servicios*, y la legislación española y comunitaria ya citada, deriva responsabilidades del incumplimiento de la obligación tanto laboral como preventiva prevista en el art. 48 de la *Ley Orgánica de Igualdad*.

Ahora bien, este marco normativo se refiere a una concreta forma de discriminación que afecta a la salud: la que actúa en forma de violencia en el trabajo (acoso discriminatorio o acoso sexual). Respecto de otros tipos de discriminación, la tutela legal se diluye. La realidad analizada pone de manifiesto la existencia de ciertos instrumentos de actuación que no han sido debidamente utilizados para garantizar la transversalidad de género en el tratamiento de la salud, reservado siempre su análisis diferencial para los factores puramente biológicos, especialmente los relativos a la procreación (esto es, a la propia capacidad de procreación – climaterio y menopausia – y al embarazo y la maternidad). Y ha provocado que aún, hoy día, siga siendo una cuestión no integrada en las políticas de salud laboral, ancladas en la perspectiva proteccionista en tanto que

⁵⁴ http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/docs_criterioTecnicoInspeccionTrabajo.pdf

“colectivo especialmente sensible” por razones estrictamente biológicas⁵⁵, y por tanto, centradas en el embarazo y la maternidad (en el marco del artículo 26 LPRL, que atiende en exclusiva al factor reproductivo y biológico de la maternidad)⁵⁶.

Identificado el origen pluricausal de la precariedad de la salud femenina, y su interacción conjunta con los de origen laboral, la conclusión, desde el punto de vista de la prevención de riesgos, es clara, pero la actuación preventiva es altamente compleja. Lo cierto es que, como se ha podido comprobar, la salud femenina se encuentra afectada por múltiples factores asociados a roles y a estereotipos de género, así como al uso de patrones supuestamente neutros, y en realidad androcentristas, en el propio diseño de los mecanismos de prevención de los riesgos de trabajo. Y, si bien reorientar los segundos, con su enorme complejidad, es competencia de la política de salud laboral, los primeros se escapan de dicha disciplina, puesto que se sitúan en diversos espacios jurídicos, todos ellos ajenos a la prevención de los riesgos. Así, y sin alejarnos del campo del trabajo y su regulación, el derecho antidiscriminatorio, considerando que los factores (de riesgo) indicados se identifican con micro discriminaciones, dentro y fuera del puesto y de la organización, la política de conciliación de la vida (personal), familiar y laboral (campo este con múltiples aproximaciones posibles, desde dentro de la legislación laboral y en concreto la regulación de las condiciones de trabajo y en particular el tiempo de trabajo, y desde otras vertientes, como las políticas familiares), la organización de la empresa, el sistema de clasificación profesional y las condiciones salariales, la promoción profesional y otras condiciones, o la propia política de empleo (desde el acceso al empleo hasta las condiciones de terminación del contrato de trabajo, incluyendo el trabajo a tiempo parcial). Múltiples son las posibles (y necesarias) aproximaciones, desde el ámbito de los derechos laborales y desde la disciplina preventiva.

⁵⁵ Según afirma VOGEL, L. *The gender workplace...*, pg. 4, “generalmente, las políticas de salud laboral han ignorado la interacción entre el trabajo remunerado y el no remunerado y se han desarrollado sobre todo como políticas correctivas en las que la dimensión de género aparecía, en el mejor de los casos, como un elemento complementario orientado a abordar algunos problemas particulares de las mujeres (catalogadas como “grupo de riesgo”, al igual que los jóvenes o los discapacitados)”. Y “este repentino interés por la biología femenina se limita únicamente a la maternidad”.

⁵⁶ Incluso bajo el anuncio de análisis desde “la perspectiva de género” siguen encontrándose el mismo tipo de planteamientos, basados exclusivamente en la maternidad y el hecho biológico.

5.2. Medidas para garantizar la transversalidad de género en la salud laboral

De manera sistemática, pueden citarse como campos necesariamente integrados en dicha transversalidad de género en la salud laboral los siguientes:

1. Integración de la perspectiva de género en la evaluación de los riesgos laborales.
2. Integración de la perspectiva de género en la adopción de medidas preventivas.
3. Conciliación del trabajo con los problemas de salud crónicos en el marco de la discapacidad, al amparo de la legislación de promoción del trabajo de las mujeres con discapacidad, o en el ámbito de la negociación colectiva.
4. Adaptación de condiciones de trabajo, y en particular, del tiempo de trabajo.
5. Integración de la atención a las secuelas de la violencia de género en la salud laboral.
6. Acoso y riesgos psicosociales.
7. Conciliación de la vida familiar y laboral. Aunque no se trata de una cuestión a la que se preste una atención integrada explícitamente en la política preventiva, no cabe duda de que puede interactuar con esta, y por tanto, debiera considerarse este ítem como factor de riesgo para la salud femenina.

Algunas de ellas merecen un ulterior desarrollo:

- a) Integración de la perspectiva de género en la evaluación de los riesgos laborales

La visibilización de los rasgos propios de la salud laboral requiere su integración obligatoria en los planes de prevención de riesgos, que supondría un inigualable progreso desde la perspectiva de género. Para ello, es preciso que su visibilización como factor de riesgo aflore en la evaluación, condicionado por el propio diseño de la herramienta evaluadora.

La observación de las herramientas de medición al uso permite constatar que algunas incorporan ya la perspectiva de género. Es el caso de ISTAS (<http://www.istas.net/>)⁵⁷, que reconoce explícitamente que “en las evaluaciones se deben incluir indicadores que evidencien las posibles diferencias de género. Esto raramente se hace”. A partir de aquí ¿cómo se actúa para garantizar la integración de esta perspectiva en la evaluación de riesgos? Con recomendaciones⁵⁸.

¿Se ofrece a continuación alguna herramienta específica? La respuesta es negativa. Utilizando como ejemplo el cuestionario de riesgos laborales en hospitales diseñado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, INSHT⁵⁹, precisamente un ámbito feminizado⁶⁰, se comprueba la ausente consideración del factor que se analiza.

Por el contrario, una adecuada política preventiva y sanitaria debiera ahondar en aspectos específicos de riesgo, que constituyen precisamente factores

⁵⁷ Vid. otras herramientas a las que remite la Agencia Europea de Salud en el Trabajo, https://osha.europa.eu/es/topics/oira/index_html.

⁵⁸ “Las siguientes son ejemplos de preguntas que pueden ser pertinentes: ¿Qué ocurre cuando las mujeres ocupan puestos de trabajo diseñados sobre un patrón supuestamente neutro que es, en realidad, masculino?, ¿Se tiene en cuenta las diferencias entre mujeres y hombres cuando se suministran herramientas y equipos de trabajo?; y ¿Hace falta utilizar indicadores biológicos diferenciales, que contemplen las alteraciones de la menstruación? También debería evaluarse si existen riesgos relacionados con acoso sexual, segregación y dificultad para promocionarse, discriminación salarial o exigencias en cuanto a imagen o comportamiento, que afecten a las mujeres. Además, cuando se identifica un riesgo y se diseñan medidas preventivas, a menudo no incorporan las necesidades de las mujeres. Incorporar criterios para poder valorar y ofrecer soluciones a estos problemas de salud, no solo es un avance para mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres, también implica el reconocimiento de las personas que están detrás de cada puesto de trabajo, humanizando la técnica y poniéndola al servicio de las trabajadoras y los trabajadores”.

⁵⁹ <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/HERRAMIENTAS%20PRL/Cuestionarios/las%20lesiones%20de%20espalda%20en%20hospitales/Lesiones%20Espalda%20Hospitales.pdf>

⁶⁰ La pregunta 49 se refiere al volumen de los pesos manipulados en cada caso (inferiores a 15 kg, o entre 15 y 25 kg, y, en caso afirmativo, la altura a la que debe manejarse el peso y levantar los brazos). En este caso se considera cuánto peso se levanta, pero no cuánto tiempo, aunque sí cuántas veces durante la jornada.

de discriminación: salarios, prolongación de la jornada sin retribución⁶¹, participación en la toma de decisiones, en los puestos directivos o de relevancia en las organizaciones donde prestan servicios, precariedad laboral, compensaciones laborales, temor a la pérdida del empleo con ocasión del embarazo o la maternidad, “exigencia del trabajo” (trabajar muy rápido, atender varias tareas al mismo tiempo, y tener plazos muy estrictos), “falta de autonomía”, “falta de apoyo social de los compañeros”, etc.

b) Integración de la perspectiva de género en la adopción de medidas preventivas

La talla, peso y características físicas de la persona a la que van destinados los equipos de protección individual, o que debe manipular los equipos, herramientas y útiles de trabajo, debería formar parte del propio diseño de todos ellos y en todo caso de las instrucciones de su utilización, escapando de parámetros universales de neutralidad que ignoran la diversidad femenina.

c) Conciliación del trabajo con los problemas de salud crónicos en el marco de la discapacidad

Existen herramientas orientadas a la evaluación de los riesgos laborales de las personas con enfermedades crónicas, como es la que facilita el INSHT⁶². Esta herramienta (y su aplicación informática)⁶³ permite detectar esas necesidades especiales – mujeres en gran proporción –, y diseñar estrategias de adaptación adecuadas en el marco de la salud laboral.

⁶¹ Según la VII Encuesta Nacional de Condiciones de trabajo de 2011 (pg. 42), prolongan la jornada sin compensación económica los hombres en un 16,3% y las mujeres en un 17,1%, mientras los casos en los que la prolongación siempre es compensada invierten el resultado: 15,9% en hombres, y 11,1% en mujeres. Por sectores, se resalta que exceden habitualmente la jornada sin compensación frecuentemente entre el personal docente (33,9%), los profesionales del derecho, las ciencias sociales y las artes (28%), los técnicos (24,1%) o los empleados administrativos (19,6%).

⁶² <http://www.insht.es/PromocionSalud/Contenidos/Promocion%20Salud%20Trabajo/Documentos%20ENWHP/Cuestionarios/Ficheros/Cuestionario%20Enfermedades%20cronicas.pdf>

⁶³ <http://calculadores.insht.es:86/CuestionariosPST/EnfermedadesCronicas.aspx>

En el caso del instrumento del INSHT, se trata de un cuestionario que recoge las fases del comportamiento laboral de la enfermedad, a través de distintas preguntas acerca de las condiciones mientras el/la trabajadora ocupa el puesto, cuando se ausenta y cuando retorna al mismo.

El *Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad* incluía en sus objetivos: 2) promover la incorporación en el mercado de trabajo de mujeres con discapacidad, inactivas y desempleadas; 3) adecuar las políticas de empleo a la situación de doble discriminación; y 4) promover el acceso de las mujeres con discapacidad al empleo público. Estas medidas orientadas a la inserción laboral de dicho colectivo, tanto en el empleo privado como público, destacan especialmente, por su capacidad de traslación a la negociación colectiva y aplicabilidad a ambos colectivos, el de discapacitadas y el de enfermedades crónicas no discapacitadas, los siguientes:

- Apoyo a la implantación de premios que incentiven a las empresas a adoptar medidas de acción positiva para las mujeres con discapacidad que disminuya la diferencia entre sexos en general y en especial dentro del colectivo de personas con discapacidad.
- Promoción del teletrabajo para mujeres con discapacidad, ofreciendo programas de formación adaptados a las necesidades según el tipo de discapacidad.
- Fomento de la flexibilidad de las jornadas laborales para ambos progenitores con el fin de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral.
- Estudio de las actitudes del empresariado y en el entorno laboral, en relación con la contratación de mujeres con discapacidad.

En particular, debe subrayarse uno de los principales problemas que afecta a todos los trabajadores y en particular a las mujeres por igual: la gestión del tiempo, que tanto por empleadas discapacitadas como por aquellas que sufren enfermedades crónicas o secuelas, se apunta como la mayor dificultad ante la que se encuentran en sus itinerarios laborales cuando estos se cruzan con las interferencias propias de la enfermedad.

La dificultad de conciliar las exigencias del trabajo con las limitaciones que sus dolencias les provoca, ya sean permanentes o de manera intermitente, determinan en muchos casos el recurso a la baja médica como solución de urgencia – ante situaciones de intensificación de los síntomas, brotes o recaídas –, y única alternativa a la ausencia de otras más idóneas en las que se permita jugar con el tiempo de trabajo o la forma de organización. En estos casos, se apunta como se indicaba en el ya citado *Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad*, a la fórmula de flexibilidad de los tiempos de trabajo y al teletrabajo.

Como ya se ha dicho, según el estudio realizado por el Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo en mayo de 2009, titulado *Mujer y trabajo: aproximación al análisis de indicadores de desigualdad a través de metodología de encuesta*⁶⁴, a cargo de Z. VERDEJO (INSHT), y tomando como referencia los riesgos prevalentes en las mujeres trabajadoras (musculoesqueléticos consecuencia de los factores de carga física), sobresalientes en los dos grandes sectores de actividad: industria y servicios, se concluye que precisamente las mujeres tienen menos libertad de decidir cuándo toman vacaciones y menor posibilidad de modificar la distribución de sus pausas, tratándose del segundo sector; mientras que en el primero, el factor predominante es la falta de disponibilidad sobre la organización y método de trabajo. Es decir, quienes tienen porcentualmente mayores dificultades para gestionar los tiempos de trabajo a fin de conciliarlos con la vida privada (fundamentalmente familiar), también los tienen para tomar decisiones en ese sentido en el seno de las empresas para las que prestan servicios.

Por otra parte, la introducción de instrumentos de flexibilidad de la jornada permitiría no favorecer los criterios masculinos tradicionales de medición de la calidad del trabajo, como el presentismo (criterio masculino), frente a la eficacia (criterio femenino). Estos instrumentos resultan idóneos para evitar la exposición de riesgos para la salud de las trabajadoras que padecen enfermedades de larga duración o discapacidades, permitiéndoles combinar más cómodamente horarios, organización del trabajo, etc., que eviten que el padecimiento les gane la partida por la vía de la precariedad laboral.

⁶⁴ http://www.oect.es/Observatorio/Contenidos/InformesPropios/Desarrollados/MUJER%20Y%20TRABAJO_INDICADORES%20DE%20DESIGUALDAD.pdf

En este ámbito, el colectivo integrado por las mujeres que padecen fibromialgia, síndrome de fatiga crónica u otras enfermedades de prevalencia o incidencia femenina, como el cáncer de mama, se enfrentan a verdaderas dificultades derivadas del vacío legal. Sin duda, la negociación colectiva puede jugar un importante papel para colmar esta ausencia, pese a que la confluencia de género y enfermedad no ha encontrado aún un hueco en la negociación colectiva, aun con las más recientes llamadas a la misma en cuestiones de salud laboral de la mujer o las que el propio Parlamento Europeo ha realizado – respecto de la específica problemática de las enfermas de fibromialgia y síndrome de fatiga crónica, patología predominantemente femenina que une a su propia invisibilidad la de ser una enfermedad feminizada y por tanto se impregna de mayor invisibilidad social –. La ausencia de sensibilidad, en este sentido, no favorece este clima de recepción del problema y de búsqueda de soluciones.

Debe destacarse la virtualidad de dos instrumentos en los que también la ley centra su atención, que merecen potenciarse más allá de lo que literalmente les concede: en primer lugar, y de forma complementaria a los convenios colectivos, los planes de igualdad como instrumento para introducir el análisis y orientación de género en cualesquiera políticas empresariales y del conjunto de los trabajadores y sus representantes (todos ellos afectados por igual), así como para implementar las que se consideren oportunas para garantizar la igualdad efectiva, y, del mismo modo, para vehicular esos protocolos de actuación en materia de acoso sexista a los que igualmente alude la ley. En segundo lugar, la evaluación de riesgos laborales y su prevención, tanto para empresas que cuenten o deban contar con plan de igualdad, como para algunas otras, como herramienta idónea de integración de la perspectiva de género en la salud laboral, mediante la inclusión del “riesgo de género” en la evaluación de riesgos de trabajo, y, como consecuencia, en las medidas preventivas también orientadas bajo el mismo prisma.

No obstante, algunas de las fórmulas ya existentes para conciliar vida familiar y laboral, así como aquellas dispuestas en ciertos convenios colectivos para armonizar el padecimiento de enfermedades crónicas, o bien, de otras de carácter transitorio o sus secuelas, resultan perfectamente extrapolables a la situación vivida por estas trabajadoras, lo que aconseja su reorientación a esta nueva figura a incorporar a los convenios colectivos, simplemente bajo la ampliación de las

situaciones a las que se destina, y por tanto, del concepto de vida privada que les da soporte a esta otra condición relacionada con la salud (y el género igualmente).

Por lo que respecta a la introducción de *cláusulas que faciliten el trabajo de las mujeres con enfermedades o discapacidades*, en la negociación colectiva vigente se observa una acusada tendencia a la confusión de la cuestión con la *recolocación* de discapacitados o incapacitados para el trabajo (*de nuevo patrón masculino tradicional*). La incidencia de la disminución de resistencia física por enfermedad crónica o “pérdida de eficiencia”, patologías sin declaración de incapacidad o enfermedad que no permita realizar el trabajo habitual, o las razones médicas que interfieran de forma sobrevenida en el normal desarrollo de la actividad, son situaciones especiales previstas en algunos convenios colectivos, generalmente de corporaciones públicas, para facilitar la función de las personas que los padecen. Es también el caso de aquellos que prevén medidas de movilidad funcional ante situaciones de incapacidad temporal a fin de evitar la agravación de la enfermedad, o simplemente por motivos de salud.

En particular, interesa destacar aquellos convenios que reservan puestos de trabajo a enfermos crónicos, que, aunque pocos, sí existen – o bien establecen reserva de puestos protegidos, como el convenio de la empresa Mercedes Benz España, SA, 2003-2006 –. Otras medidas más ligadas a la prevención de riesgos laborales – art. 25 LPRL –, como la adaptación del puesto de trabajo o, en su defecto, la movilidad funcional, se vinculan a la condición de persona discapacitada, aun cuando esta pueda tener carácter transitorio, y por tanto, se disponga el retorno al anterior puesto de trabajo – caso de la empresa Nissan Motor –. Por otra parte, la adaptación del trabajo a las capacidades de las personas que padecen enfermedades crónicas o no incapacitantes se instrumenta en algunos convenios según el criterio de asignación de puestos según capacidades, lo que en algunos casos exige la creación de mapas de actividades compatibles.

Algunas de estas fórmulas resultan ejemplificativas de las posibilidades que ofrece la negociación colectiva, no suficientemente exploradas en lo que respecta al colectivo analizado, para permitir a las mujeres que padecen enfermedades (tales como las citadas fibromialgia o síndrome de fatiga crónico) una mejor adaptación al mundo del trabajo bajo condiciones menos discriminatorias. El mayor obstáculo, sin duda, viene constituido por las facultades directivas

empresariales y su resistencia a posibles interferencias por parte de sus empleados⁶⁵.

5.3. Adaptación de condiciones en caso de enfermedades crónicas feminizadas: tutela antidiscriminatoria derivada de su incumplimiento

En este ámbito es esencial la doctrina sentada por la ya citada *STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11*, y su precedente *STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C13/05, Rec. p. I6467)*, a tenor de la cual este principio es aplicable a la adaptación de las condiciones de trabajo para lograr la adecuación de estas a la persona, equiparando “ajustes razonables” con “adaptación del trabajo a la persona”.

La sentencia citada, dictada por el TJUE el 11 de abril de 2013, equipara las enfermedades crónicas o de larga duración que provoquen limitaciones con la discapacidad a los efectos de la aplicación del art. 5 de la *Directiva 78/2000*, pero también de las obligaciones preventivas empresariales derivadas del principio de adaptación del trabajo a la persona.

La sentencia en cuestión entiende que debe dispensarse el mismo trato a una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable que acarrea una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, “cuando esta condición, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

Esta condición es el soporte, pues, del deber empresarial de adoptar medidas de ajuste adecuadas y razonables que permitan no solo el acceso al empleo sino el desarrollo profesional, mencionando explícitamente que estas medidas no solo se refieren a adaptaciones “físicas” del puesto, sino que, y esta es la importante novedad, pues la asimilación a la enfermedad crónica ya se apuntaba

⁶⁵ FALGUERA, M. A. *La flexibilitat contractual en la negociació col·lectiva de Catalunya: especial anàlisi del temps de treball y les Competències organitzatives de l'empresari*. ESADE, Fórum de Relaciones Laborales, Barcelona, 2009. Disponible en http://itemsweb.esade.edu/fu/PDF/Mastersderecho/Seminarios/NOVEMBRE_Miquel_Falguera3.pdf

en la jurisprudencia anterior del mismo tribunal, también pueden abarcar la de reducción de la jornada, dentro de las adaptaciones del tiempo de trabajo. Así pues, más allá del concepto de discapacidad, la relevancia de esta resolución estriba en la incorporación de un nuevo matiz en la concreción de las medidas idóneas para compatibilizar problemas de salud (con discapacidad o sin ella) y trabajo; y garantizar la estabilidad en el empleo de las personas que los padezcan, consistente en entender como ajuste razonable la reducción de la jornada para adaptarla a la capacidad laboral de personas que, como consecuencia de una dolencia crónica, no pueden ofrecer una jornada completa.

En concreto, dos son las opciones que la resolución citada menciona expresamente como contenidos de la obligación establecida en el art. 5 de la *Directiva 2000/78*:

1) la obligación de adoptar “medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de [tiempo de] trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”, y 2) que tales medidas pueden abarcar la de reducción de la jornada de trabajo, dentro de las adaptaciones del tiempo de trabajo a las que se refiere como pautas de trabajo, que interpreta como “pautas de [tiempo de] trabajo”.

La STJUE de 11 de abril de 2013 permite concluir que, en supuestos de acreditada enfermedad crónica que pudiera provocar un desvalor social o dificultades de integración laboral, la persona que lo padezca estaría legitimada para exigir a la empresa la reducción de la jornada si esta medida es adecuada para garantizar dicha integración o ejecución de trabajo, en condiciones de salubridad, o inclusive, otro tipo de medida adaptativa con los mismos fines.

Esta configuración del derecho analizado se orienta a la continuidad de la relación de trabajo, lo que supone que las situaciones comprendidas serían las de reducción de capacidad laboral sobrevenida y no tanto al acceso al empleo – esta es la situación fáctica analizada en ambos casos: la sobrevenida de un dolor crónico que exige la adaptación de las condiciones ante la claudicación al dolor que suponía la exposición a la carga dorsolumbar del trabajo durante una jornada completa –.

Esta decisión plantea algunas cuestiones en su aplicación interna:

- a) ¿Una enfermedad crónica puede en sí misma, y cuando médicamente se aconseje un cambio de condiciones de trabajo, justificar la necesidad de adaptación de condiciones de jornada, horario, ergonomía, puesto, etc.? Con el art. 25 LPRL en la mano y el genérico deber preventivo del art. 14 LPRL – así como el Texto Refundido de la *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social* (LGDPD), interpretado a la luz de la jurisprudencia comunitaria, de acuerdo asimismo a la doctrina relativa al efecto directo del derecho (y acervo) comunitario sentada en las sentencias dictadas en los asuntos 26/62 *Van Gend en Loos*, 6/64 *Costa/ENEL* y 106/77 *Simmenthal* –, la respuesta es afirmativa. Pero la pregunta tiene otra vertiente, cuál es el alcance de la obligación empresarial de realizar estas adaptaciones. La interpretación mantenida en esta sentencia significa que, concurriendo la posibilidad de que las limitaciones en cuestión impidan la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional, la persona afectada por la misma se encuentre legitimada para exigir el cambio a la empresa, que únicamente podrá hacer valer en contra la imposibilidad técnica o excesiva carga que le supone realizar la modificación. Y, lo que es más relevante, cabe entender que esta carga se advierte a priori como no excesiva si se considera la opción de la reducción de jornada, en tanto que esta en nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con carga económica alguna, pues lleva aparejada una proporcional reducción salarial, aunque en todo caso deba ser el juez nacional quien haya de determinar si efectivamente se da esta circunstancia. Un plus en esta reflexión debería conducir a valorar si sería adecuado, conveniente u oportuno, desde la protección integral a la salud, que esta reducción de jornada deba obtener una cobertura económica que garantice efectivamente su aplicación por parte de la persona afectada por la limitación funcional, y no condicione su ejercicio a una decisión de oportunidad o conveniencia económica, y consiguiente renuncia al mismo, por parte de trabajadores/as con salarios escasos – en la coyuntura económico-social actual; la mayoría, por otra parte, y muy limitada también la capacidad financiera del sistema para soportar una nueva prestación social –.
- b) En el terreno de las medidas adaptativas más idóneas, puede sostenerse que cabrían no solo la reducción de la jornada, a la que alude la STJUE citada, sino otras igualmente adecuadas al fin pretendido, cuya determinación debe entenderse

queda al arbitrio de la empresa, dentro de los márgenes de la recomendación terapéutica esgrimida por la persona solicitante. A tal efecto, la propia *Directiva 78/2000* dispone que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Según establece el art. 5 de la Directiva, sobre «ajustes razonables para las personas con discapacidad», «la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades». Esta vía de solución tiene escasa virtualidad práctica en el derecho español, aun cuando se recoja formalmente en el art. 66.2 LGDPD (literalmente se refiere a que “podrán establecerse”), atendida la insuficiencia real de este tipo de pautas para garantizar el mantenimiento del puesto de trabajo por parte de personas que, sin grado de incapacidad o discapacidad reconocido, no reúnen la aptitud psicofísica suficiente para hacer frente a las exigencias de aquel (v.g. personas con dolor o cansancio crónico), y que tampoco obtienen declaración de incapacidad permanente, especialmente bajo las condiciones de empleo que en la actualidad se están implantando en nuestras empresas, y considerando asimismo el factor de la ineptitud sobrevenida como causa de extinción objetiva del contrato de trabajo.

Pero a su vez, y al hilo de esta cuestión, la resolución comentada permite realizar otra lectura: la imposibilidad de acudir a una extinción contractual por causas objetivas, basada en la ineptitud sobrevenida, si cabe, dentro de los parámetros de la razonabilidad de la carga empresarial, realizar otra adaptación, inclusive la reducción de la jornada, bajo la sanción de nulidad por discriminación, con la Directiva 2000/78 y el Texto Refundido nacional, *Real Decreto Legislativo 1/2013*, de 29 de noviembre. Los elementos que permitirían llegar a tal conclusión y su relación de causalidad: a) negativa a realizar cambios que admitan mantener la continuidad del empleo, entre los que se encuentra la reducción de la jornada; b) directa consecuencia de tal negativa, la decisión extintiva; y c) el desvalor social que puede acompañar a una enfermedad crónica o a una situación de discapacidad con reconocimiento expreso, consistente en la creación de una barrera social determinante de una clara desventaja en la

vida profesional. Atendida la conformación del mercado de trabajo actual, no debe dejar de tomarse en consideración que la expulsión de este, bajo esta especial condición, situará al empleado(a) afectado(a) en una clara desventaja social. Desde esta misma perspectiva, cabe calificar como discriminatoria la decisión extintiva que soslaye la obligación anterior.

Lo cierto es que la configuración legal del derecho analizado a la adaptación de condiciones y el ajuste razonable de estas o del puesto de trabajo, en los términos interpretativos marcados por STJUE *Ring y Werge*, admiten la excepción de la legitimidad del objetivo cuando este viene marcado por la ley, por lo que la imposibilidad de cumplimiento del ajuste razonable sería compatible, a la luz de esta doctrina, con la regulación de la extinción del contrato por causas objetivas, si esta persigue un fin legítimo (la duda es si la norma busca el fomento del empleo o simplemente la “eficacia” de la empresa, y si este propósito cumple con el criterio exigido para su compatibilidad con el derecho a la igualdad de oportunidades, considerando que hasta el momento ese test parece haber sido superado en la jurisprudencia española).

- c) La enfermedad en cuestión puede ser cualquiera de las relacionadas con el dolor y la fatiga (fibromialgia, fatiga crónica), y con cualquier dolencia que provoque claudicación a un periodo concreto de exposición o trabajo, o simplemente algias localizadas o generalizadas provocadas por la sobrecarga sufrida en el empleo, que aconsejen reducir el tiempo de exposición, etc., siempre y cuando estas enfermedades, de carácter crónico, se ajustaran al criterio del riesgo discriminatorio o superaran el test de discriminación o la ausencia de plena igualdad de oportunidades. La cuestión que la distinción entre riesgos físicos y psicosociales plantea es si la excesiva exposición al estrés justificaría también esta medida, v.g. en casos de puestos con trato frente al público o que *per se* determinan una sobrecarga mental tras un tiempo determinado al cabo de la jornada, o la exposición a riesgos cardiovasculares que aconsejen reducir la carga, *ergo* la jornada, o prohibir la realización de horas extraordinarias o cualquier modo de prolongación de esta.

En el ámbito español, la aprobación oportuna tras la STJUE de 11 de abril de 2013, *Ring & Skouboe Werge*, e integradora de su doctrina, del Texto Refundido de la *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*

(por *Real Decreto Legislativo 1/2013*, de 29 de noviembre), permite realizar este salto cualitativo también respecto del derecho español y sin perjuicio de la automática integración del derecho comunitario en el nuestro, y de la necesaria interpretación de nuestra legislación a la luz del mismo y de la jurisprudencia del TJUE⁶⁶ y del TEDH; y en el ámbito social especialmente para fundar el recurso de casación para la unificación de doctrina *ex* art. 219.2 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social. Ejemplo de ello es la recepción expresa del concepto de “discriminación por asociación” sentada en la STJUE de 17 de julio de 2008, asunto Coleman – así como en la STJDH Dordevic v. Croacia de 24 de julio de 2012 –, en el art. 2 e) de la norma española – discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad –, o del de ajustes razonables del art. 5 de la *Directiva 2000/78* – art. 2 m de la ley –.

Efectuando la aplicación de este marco legislativo a la enfermedad crónica, conforme se ha expuesto, la patología o limitación habría de cumplir el criterio de la discriminación, esto es, la exposición potencial de quien la padece al riesgo de discriminación, en los términos señalados por el acervo comunitario, situación de complejo contorno y difícil delimitación, más allá de las enfermedades más estigmatizadoras. Seguramente enfermedades que cursan con dolor y fatiga crónica, y que tienen prevalencia específicamente femenina que cumplan este criterio, en tanto el desvalor social y el riesgo de exclusión y discriminación viene determinado por el género de quien lo padece, como es el caso de la fibromialgia y el síndrome de fatiga crónica, en el que más de un 90% de los casos se da entre mujeres, lo que le añade una nota peyorativa que lo hace tributario de este riesgo, caracterizable como situación de discriminación múltiple⁶⁷; o en la más reciente resolución sobre el particular (STJUE de 18 de diciembre de 2014, *asunto Fag og Arbejde*, C354/13⁶⁸), por la que se asimila la obesidad (mórbida) a la discapacidad,

⁶⁶ ORDÓÑEZ, D. “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario Europeo”, *Boletín de Información*, n.º 1921, 2002, pg. 2329.

⁶⁷ Esta tesis ya fue defendida en otro trabajo anterior: RIVAS, P. “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, *Revista de Derecho...*, pgs. 83-114.

⁶⁸ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160935&doclang=ES>.

también en casos de obesidad grave⁶⁹. Respecto a España, hay que atenerse a la definición dada por el art. 2 a) de la ley, a tenor del cual es discapacidad:

(...) una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

El carácter abierto de la definición legal permite incluir en el supuesto tutelado las deficiencias, por tanto las secuelas previsiblemente permanentes que pudiera ocasionar una patología – sea esta o no crónica, en el sentido delimitado por la sentencia *Chacón Navas* o en los asuntos acumulados C 335/11 y C 337/11, *Jette Ring/ Dansk almennyttigt Boligselskab* y *Lone Skouboe Werge/ Dansk Arbejdsgiverforening*, respectivamente, conforme a las cuales se define como enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable que acarrea una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, cuando esta condición, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores –, que interactúan con cualquier tipo de barreras cuando estas incidan negativamente en su participación plena y efectiva en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones.

Los efectos que cabe derivar del ejercicio de este derecho por parte de la persona trabajadora en semejante situación, ante este nuevo panorama legislativo-jurisprudencial que complementa el régimen jurídico de la recolocación de trabajadores con incapacidad permanente para el empleo, se despliegan en dos potenciales planos: por una parte, el del ajuste razonable y la adaptación de condiciones de trabajo para compatibilizar enfermedad y limitaciones con este y la permanencia en el mismo; y, por otra parte, las consecuencias de la negativa o de la falta de adaptación o ajuste razonable para la empresa. En el segundo de los ámbitos enumerados, las cuestiones que se plantean son varias, pero principalmente dos son los elementos que resultan necesarios subrayar. En primer lugar, estamos ante un incumplimiento de los deberes preventivos

⁶⁹ RIVAS, P. “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?” *Revista Iuslabor*: http://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2015-01/Rivas.pdf.

empresariales, que, en este sentido, determinarían responsabilidades respecto de un resultado lesivo para la salud, que tendría lugar si la falta de adaptación provocara un daño mayor a la salud como consecuencia, v.g. de la exposición al riesgo durante un periodo superior al aconsejable médicamente, esto es, durante una jornada completa y no la reducida recomendable, y con responsabilidades administrativas por el incumplimiento de la legislación preventiva, *ex* LPRL. En segundo lugar, la falta de adaptación o ajuste o acomodación razonable (deber empresarial⁷⁰), por una parte, constituye infracción sancionable en los arts. 80 y 81.1. b) de la LGDPD (aunque la Disposición adicional séptima se remite a la legislación especial, al establecer que las infracciones y sanciones en el orden social en materia de ... accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por la LISOS), y además lleva aparejado un plus de repulsa jurídica si como consecuencia de este incumplimiento la persona perjudicada queda afectada en la esfera de su derecho fundamental a la no discriminación en el empleo y se sitúa en el ámbito tutelado por la Directiva 78/2000 y la *Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad*, esto es, el de la discriminación, equiparando falta de ajuste razonable con discriminación⁷¹, o de discriminación múltiple, tratándose de mujer trabajadora. Ello significa que la empresa deberá demostrar, una vez judicializada la cuestión, que ha efectuado o intentado dar cumplimiento al deber de ajuste razonable en el sentido definido por los arts. 2 m) y 40.2 de dicha ley, es decir, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación, y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos. Entendiendo por “carga excesiva”, según lo previsto en el art. 40.2.2º, el resultado de ponderar su gravedad con el apoyo institucional o público, por tanto valorando coste económico (costes financieros), volumen de negocios total de la empresa y tamaño de la misma, y ayudas públicas que reduzcan el coste económico total. Y, conforme al art. 66.2, habrían de tenerse en cuenta asimismo en tal ponderación “los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica, y la

⁷⁰ HENDRIKS, A. C. “Discriminación por razón de discapacidad”: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2013_Hendriks_ES.pdf.

⁷¹ *Ib.* Pg. 11.

posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”. La ponderación de este coste final respecto de la capacidad financiera de la empresa es la que determinará si esta se encuentra capacitada para soportar el gasto que supone la adaptación necesaria, y por tanto, si le resulta jurídicamente exigible, equilibrando coste (tanto coste económico como organizativo, STJUE *Ring y Skouboe Werge*), y efecto discriminatorio que supondría su no adopción para la persona o personas afectadas. ¿Es compatible esta tesis con la verdadera tutela al derecho de igualdad de oportunidades de las mujeres en el ámbito del trabajo?

5.4. La integración de la atención a las secuelas de la violencia de género en la salud pública y en la salud laboral

5.4.1. Salud pública

Desde la perspectiva de la violencia de género, la propia Organización Mundial de la Salud afirma el carácter prevenible⁷² de la misma, por lo que del mismo modo sienta las bases obligacionales para los poderes públicos en la lucha contra su erradicación. También la *Declaración de Beijing*⁷³ y la *Declaración de Viena* sobre el programa de acción del derecho al desarrollo de 1993 (art. 41), singularizaban los derechos sanitarios de la mujer. Por su parte, la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, en su informe *Gender mainstreaming in surveys* incorporó parte de los objetivos de Beijing (informe que, por cierto, indica que no existe unidad autónoma ni en el INSHT ni en el Ministerio de Empleo para la realización de la estadística transversal y no meramente desagregada por sexos).

Ahora bien, desde la perspectiva sanitaria, la intervención ha de situarse en dos elementos: detección temprana (art. 15.1 *Ley Orgánica 1/2004*, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género*) y atención singularizada a las víctimas (art. 15.2). Estos objetivos han de tener una específica

⁷² GARCÍA, C. (dir.) *Women's health and...*

⁷³ *Declaración de Beijing* adoptada el 15 de septiembre de 1995 por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, incidiendo sobre la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/health.htm#object1>

traducción en las políticas sanitarias y en las legislaciones nacionales. Por lo que respecta a la española, la *LO 1/2004* supuso la reforma de un buen número de disposiciones normativas. No así, llamativamente, de la legislación sanitaria, sobre la que inciden únicamente los arts. 15 y 16 de la citada ley, para introducir las campañas de sensibilización y formación de los profesionales de la medicina (art. 15), incorporar la atención especializada en el itinerario curricular de las profesiones sociosanitarias (art. 15.3), y, en tercer lugar, crear una comisión específica, la *Comisión contra la Violencia de Género* (en donde se indica que esta debe apoyar técnicamente y orientar “la planificación de las medidas sanitarias contempladas en este capítulo”, evaluar y proponer “las necesarias para la aplicación del protocolo sanitario y cualesquiera otras medidas que se estimen precisas”).

En efecto, no puede afirmarse que la legislación española recogiera, más allá del mandato establecido en la *LO 1/2004*, un tratamiento de género. A título de ejemplo, la ley marco en materia sanitaria, la *Ley 14/1986*, de 25 de abril, *General de Sanidad*, ignoraba este antes de su reforma por la LOI; si bien es cierto que, en el ámbito de la proscripción de la discriminación disponía en su art. 12 el deber de los poderes públicos de orientar sus políticas de gasto sanitario “en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo el territorio español – según lo dispuesto en los arts. 9.2 y 158.1 de la Constitución” –, planteamiento, sin embargo, estaba ligado a las desigualdades territoriales en particular. Si se observa su articulado previo a la LOI, no aparece el tratamiento singularizado o transversal por razón de género como criterio orientador de la política sanitaria.

El resto de las normas ordenadoras de la sanidad pública y privada obedecían a parámetros semejantes, v.g. la *Ley 16/2003*, de 28 de mayo, de *Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*.

La práctica tampoco ha materializado dicha sensibilidad en el tratamiento a las víctimas de violencia de género que permitiera visibilizar las secuelas de la misma sobre la salud de la mujer en el ámbito sanitario, y darles una respuesta legal específica, v.g. en el contexto de las prestaciones por incapacidad permanente, o en el ámbito del contrato laboral más allá de la exclusión del cómputo de las ausencias debidas a dicha causa. Y, aunque en materia de prestaciones de la

Seguridad Social por viudedad sí se haya concedido relevancia a este factor, no se le ha dado el mismo trato en el contexto analizado en el presente estudio: el sanitario. Lo cierto es que, lejos de victimizar, esta respuesta legal a tan especial circunstancia permitiría una mejor adaptación del tratamiento a la víctima al margen de la respuesta inmediata activadora del protocolo de protección, en las secuelas ulteriores y su incidencia sobre la aptitud y actitud mental ante los riesgos de trabajo, campo *per se* hostil a la igualdad de oportunidades.

5.4.2. Salud laboral

La perspectiva de género, necesariamente integrada en el análisis de riesgos laborales, significa una doble penetración: a) en los planes de prevención de riesgos, donde debiera figurar como propio o análisis diferenciado en su evaluación, así como entre las medidas de prevención dispuestas en el plan específico para ello; y b) más allá de las herramientas preventivas, en los planes de igualdad a aplicar en las empresas, sea en el contexto de la lucha contra las discriminaciones por razón de género, sea específicamente en el marco de la salud en el trabajo, pues unas y otras tienen igual incidencia sobre la salud de la mujer y, por consiguiente, son del mismo modo respuestas válidas desde ambos planos.

Pues bien, desde esta perspectiva y en lo que a prevención de riesgos laborales se refiere, se debiera considerar un factor femenino, como es la violencia doméstica sufrida por la trabajadora, en tanto puede interactuar en el medio donde se desenvuelve con otros riesgos de esta índole, para potenciarlos y exponerla a un mayor nivel de estos. Por tanto, deviene necesario orientarse hacia este foco, para considerar una especial sensibilidad, sobre todo de tipo psicosocial, a lo que se expone la trabajadora en esta delicada situación.

Al día de hoy, la negociación colectiva aún no se ha hecho eco del llamamiento realizado en la *LO 1/2004*, para la aplicación de sus medidas mediante las normas convencionales, ni mucho menos para integrar esta especial tutela en la política de prevención de riesgos laborales, que ni siquiera se deriva de la citada ley. Solo la LOI colmó, de forma indirecta, dicha laguna – art. 43, que realiza un llamamiento a la negociación colectiva, o en materia de política de salud –. Una llamada directa se realizaba asimismo en la D.A. 12.^a de la misma ley –

modificando el art. 5.4 LPRL –, a tenor de la cual los factores de riesgo ligados al género deberán ser integrados en la política de prevención de la empresa – especialmente en relación con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como formas de violencia machista, en el art. 27.3 c –, lo que significa que esta deberá evaluar en atención a este factor diferencial, y por consiguiente, analizando posibles factores que interactúan especialmente con los de carácter netamente laboral en el contexto del trabajo, así la violencia de género en el ámbito doméstico – el citado precepto insta a la detección y tratamiento de las situaciones de violencia de género⁷⁴ [D.A. 9.ª, que modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de *Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*] – o las dobles cargas – que aumentan la exposición a riesgos psicosociales –⁷⁵.

Por lo tanto, se impone una necesaria redefinición de la evaluación de los riesgos que incluya la perspectiva de género en todos los ítems calificables, y asimismo, incorpore aquellos que, asociados al género, tienen una influencia determinante en la respuesta frente a los riesgos laborales, o una mayor predisposición o exposición a los mismos (unos “externos”, v.g. violencia de género, dobles cargas, etc.; pero otros internos y de más difícil control si este se residencia en la propia empresa y no en evaluadores externos, como sería el caso

⁷⁴ Desde esta perspectiva, ¿puede considerarse “estado transitorio” especialmente protegible en el marco del art. 25 LPRL, y por supuesto al margen del “estado biológico”? La cuestión no ha sido hasta el momento objeto de atención preventiva en el marco de la relación privada de trabajo. De este modo, no se prevé tampoco ninguna modulación especial del tratamiento jurídico que deba merecer la conducta de la trabajadora en el seno de la relación de trabajo vinculada a los posibles trastornos de conducta o de personalidad, es decir, afectaciones de la salud, motivadas por la violencia doméstica sufrida, pero sin duda es un factor que debe barajarse en la interpretación de posibles incumplimientos relacionados con el rendimiento o la diligencia en el trabajo a efectos de calibrar la gravedad y culpabilidad propias del despido disciplinario por los órganos judiciales, de acuerdo con el art. 4 LO 3/2007 (que ordena la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, como principio informador del ordenamiento jurídico), así como del art. 14.6 de la misma ley (que establece como criterio de actuación de los poderes públicos la consideración de las singulares dificultades en las que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género).

⁷⁵ Literalmente la norma se refiere al “objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo pueden aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores”.

de su realización por servicios de prevención ajenos, y en todo caso fiscalizables de forma externa por la Inspección de Trabajo, v.g. segregación laboral – exponente máximo es el de las categorías profesionales citadas en femenino en la negociación colectiva –, exclusión de puestos relevantes, valoración de puestos y consiguientemente de salarios en atención a criterios exclusivamente masculinos o primando valores eminentemente o supuestamente masculinos, como es la fuerza física...).

5.5. Acoso y riesgos psicosociales

El acoso sexual y por razón de sexo se encuadra dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral en el ámbito del art. 27 de la LO 3/2007, desde que dicha ley introdujera por vez primera medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo – así reza literalmente su art. 48 –, conforme se ha tenido ocasión de exponer anteriormente.

La citada ley contiene, asimismo, pautas específicas en relación con la política preventiva dentro del marco de la salud en materia laboral, con referencia explícita al acoso sexual y al acoso por razón de sexo – art. 27.3 c), así como en la ya citada D.A. duodécima –. *Ergo* la prevención de este riesgo de género es la única que aparece explicitada en la ley, aunque lo sea para dirigir un mandato a los poderes públicos y no a los sujetos privados, en este caso el empresario. De suerte que, desde la perspectiva preventiva, atiende también al factor del sexo para establecer una tutela específica de la salud de la mujer trabajadora al margen de la salud reproductiva y la maternidad.

A tal fin, se establece un doble mandato (art. 48), dirigido por una parte a las empresas (apdo. 1⁷⁶), y por otra, a los representantes de los empleados (apdo.

⁷⁶ Las empresas deberán atender: a) a las condiciones de trabajo (“deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”), b) al establecimiento *ad hoc* de procedimientos de prevención específicos (“arbitrar procedimientos específicos para su prevención”), y c) a la creación de mecanismos concretos para canalizar las denuncias por parte de las trabajadoras (“para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”); d) finalmente, deberán negociar medidas con los representantes de los trabajadores: precisamente se citan expresamente algunas de las medidas de prevención del acoso a las que se aludirá más tarde, concretamente: elaboración y

277), todas ellas enmarcadas en el régimen de deberes preventivos predicables de ambos sujetos, empresa y representación del personal. El fomento de la participación de todos los sujetos implicados en las relaciones de trabajo puede ser crucial en este ámbito: servicios de prevención, trabajadores encargados de la prevención, médicos de empresa, además de la representación del personal. La medida se encuentra en la línea del Convenio de la OIT, firmado en Ginebra el 26 de febrero de 2001, relativo a la solución y prevención del acoso.

Finalmente, lo que es más importante desde la perspectiva de las obligaciones empresariales coercibles que establece la *LO 3/2007* para cierto tipo de empresas (fundamentalmente las que cuenten con una plantilla de trabajadores en número igual o superior a doscientos cincuenta, *ex art.* 45), se regula la prevención del acoso como una de las posibles materias o medidas que pueden ser incluidas en los planes de igualdad que deben negociarse en las empresas para dar efectividad a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 46.2). Este esquema de actuación tiene su traducción propia en el ámbito de las administraciones públicas, para las que la ley crea un mecanismo especial, el protocolo de actuación⁷⁸.

difusión de códigos de buenas prácticas, y realización de campañas informativas o acciones de formación.

⁷⁷ La representación del personal de la empresa deberá jugar un papel primordial en la prevención, mediante una actitud activa de detección y canalización de las situaciones de acoso que puedan producirse en la empresa (“información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo”), además de en campañas de sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al acoso, amén de su participación en la negociación de medidas preventivas. La materia debe integrarse en el plan de igualdad de la empresa, según ordena el art. 46, regulador del contenido de los mismos.

⁷⁸ Con este nombre, protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, el art. 62 insta a su negociación con la representación legal de los trabajadores, y además indica el contenido mínimo del mismo: “a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres. c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario. d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia”.

6. CONCLUSIONES

Cuando la *LO 3/2007* anunció la integración de la perspectiva de género en la salud y en particular en el ámbito laboral, atisbándola entre la política legislativa frente al acoso de género, pareció vislumbrarse un cambio de paradigma legislativo. Sin embargo, los años posteriores han demostrado que se traducía en la desagregación de los datos de salud por géneros, y en la incorporación de dos ítems a la política sanitaria y preventiva: el acoso y la conciliación de la vida familiar y laboral. Este resultado encierra además una nueva perversión de la que pueda entenderse como reorientación legislativa y de la política legislativa: y es que la introducción del acoso no era sino transposición del mandato legislativo europeo.

En efecto, la *LO 3/2007* no trajo a la legislación laboral una política preventiva específica de riesgos laborales con perspectiva de género, sino únicamente cierto atisbo de política desagregada por sexos (en el ámbito biológico-reproductivo), desde el punto de vista del marco legal vigente, ni tampoco puede afirmarse que esta atención especializada constituya una realidad en las empresas españolas en el marco de la prevención de riesgos laborales, como se verá más adelante. Al día de hoy, y como venía sucediendo tradicionalmente, la perspectiva preventiva se reserva para los aspectos biológicos, especialmente relacionados con la maternidad, descuidando otras incidencias de género que pueden interactuar con otros factores de exposición a riesgos laborales y reduciendo las políticas a criterios aparentemente neutros pero basados en patrones masculinizados.

El factor del género viene siendo, pues, sistemáticamente ignorado en la política de prevención de riesgos, e incluso, en el marco de las políticas de salud, donde solo de forma más reciente se atiende más allá de la desagregación por sexos de los datos relativos a la salud para considerar la perspectiva transversal en dicho análisis, apartando la separación entre sexos (con la consiguiente distorsión de los datos y conclusiones cuando nos encontramos ante profesiones segregadas) para sustituirla por el estudio transversal, y por consiguiente, considerando la interacción entre el factor del género y los riesgos laborales.

En general, las políticas sanitarias, pública y de salud laboral, permanecen impermeables a la sensibilidad de género, siendo prácticamente inexistente la

consideración de la respuesta femenina a la enfermedad, sensiblemente distinta de la masculina, la diferente forma de enfermar que tienen las mujeres (y la “medicalización del malestar de las mujeres”)⁷⁹.

La virtualidad de dos instrumentos que merecen potenciarse más allá de la atención que literalmente les concede la legislación española. En primero sería, y de forma complementaria a los convenios colectivos, los planes de igualdad para introducir el análisis y orientación de género en cualesquiera políticas empresariales y del conjunto de los trabajadores y sus representantes (todos ellos afectados por igual), así como para implementar las que se consideren oportunas para garantizar la igualdad efectiva, y, del mismo modo, para vehicular esos protocolos de actuación en materia de acoso sexista a los que alude la ley. En segundo, la evaluación y prevención de riesgos laborales, tanto para empresas que cuenten o deban contar con plan de igualdad, como para cualesquiera otras, como herramienta idónea de integración de la perspectiva de género en la salud laboral, mediante la inclusión del “riesgo de género” en la evaluación de riesgos, y, como consecuencia de ello, en las medidas preventivas también orientadas bajo el mismo prisma.

Sin embargo, el género como factor diferencial es escasamente introducido en la política preventiva, esencialmente androcentrista, y regulada en clave neutra (como transposición de la legislación comunitaria, presidida por dicho criterio de la neutralidad), lo que se traduce en varias manifestaciones:

- a) evaluación conforme a patrones masculinos: equipos de protección individual, ergonomía de los equipos de trabajo, etc., todo se encuentra diseñado para empleados masculinos y conforme a parámetros en los que encajan solo ellos, sin valoración de la diversidad femenina (ni ninguna otra, por supuesto);
- b) evaluación de ítems relativos a la organización y medición de carga de trabajo y tipología de puestos conforme a parámetros igualmente estandarizados que se ajustan a patrones masculinos;

⁷⁹ SEVILLA, E. “Las mujeres reciben más a menudo diagnósticos de depresión y ansiedad y tratamientos con psicofármacos”, en RIVAS, M. P. y MONEREO, J. L. (dirs.). *Tratado de salud...*

- c) participación nula de mujeres en los procesos de conformación de la representación en materia de riesgos laborales, que vehiculiza las necesidades preventivas de las personas trabajadoras y por tanto primando el mismo patrón masculino;
- d) notablemente menor participación femenina en la formación y en la información sobre riesgos laborales;
- e) falta de evaluación del impacto diferenciado por géneros de los factores de riesgo, pues lo que se evalúa es el diferente resultado (lesional) por sexos, pero no el impacto previsible, salvo en lo que respecta a la capacidad reproductiva, y el desarrollo de la gestación y/o la lactancia;
- f) ausencia de la evaluación del riesgo de la segregación laboral y del impacto de la precariedad y otros riesgos típicamente unidos al trabajo femenino;
- g) inexistente análisis del factor diferencial de género en la respuesta a la enfermedad;
- h) escasa consideración de factores femeninos extralaborales, con tanto impacto como los laborales: así, la violencia de género o la conciliación de la vida familiar y laboral, estos sí presentes en los catálogos de riesgos cuando adoptan perspectiva de género;
- i) inclusión desequilibrada de patologías ligadas a trabajos tradicionalmente masculinos frente a la menor atención prestada a las vinculadas a trabajos feminizados;
- j) diferente acceso a la cobertura económica de las incapacidades (causada por cortas carreras de cotización, cuando se trata de patologías derivadas de enfermedad común);
- k) prevalencia de ciertas enfermedades entre las mujeres, erróneamente vinculadas a factores psicológicos y psíquicos, como la fibromialgia, el síndrome de fatiga crónica, el síndrome químico múltiple, etc., catalogadas como respuesta emocional a problemas personales irresueltos, y acompañadas

de una falta de reconocimiento explícito más allá de los grupos y unidades especializados de atención a estas dolencias (en muchos casos se les cree “buscadoras de pensiones”).

En conclusión, se añora una política promocional de integración realmente transversal por la que se dotara a las empresas y trabajadores/as de medios formativos y técnicos (asesoría, orientación, instrumentos técnicos cuando fueran precisos), para facilitar la penetración de la perspectiva de género en la salud laboral, amén de las correspondientes campañas de sensibilización a las que alude expresamente la *Ley Orgánica de Igualdad*.

Sin desdeñar las oportunidades ya apuntadas en la negociación colectiva o en la práctica empresarial, pues algunos convenios, así como algunas empresas mediante el cumplimiento del deber de negociar planes de igualdad, han llevado a término algunas de estas medidas. No obviando, no obstante, que parecen centrarse en su mayor parte en los aludidos protocolos de actuación (o, en su caso, guías de actuación) en materia de acoso, debe reconocerse que en algunos supuestos se realizan aportaciones nuevas como las guías de buenas prácticas “profilácticas”, o se apunta a elementos configurados como riesgos de género, pese a no dárseles tal tratamiento explícito, en el contexto de los planes de igualdad, que atacan a los factores de riesgo derivados de la discriminación en el trabajo, aunando finalidades bajo un mismo instrumento.

Considerando que la salud laboral femenina se sitúa prioritariamente en el ámbito de los riesgos psicosociales, este es el plano donde debe concentrarse el peso de las actuaciones preventivas, no solo desde la perspectiva del acoso, sino desde la más amplia, de la diversidad de factores psicosociales más vinculados a las características del trabajo femenino y al impacto de estas sobre la salud de la mujer trabajadora. Esta tarea está aún por hacer, como lo está todavía la penetración de la transversalidad de género en las políticas sanitarias y en general en la atención a la salud.

7. FUENTES

BURIN, M. *El malestar de las mujeres: La tranquilidad recetada*. Buenos Aires: Paidós, 1991.

CANO GALÁN, Y. “Acoso sexual laboral discriminatorio: un análisis del derecho comunitario y español desde la perspectiva del derecho canadiense”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 132, 2006.

CHEBURRÚA. “Repercusiones psicopatológicas de la violencia doméstica en la mujer: un estudio descriptivo”. *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica*, vol. 2, 1997.

CHRENSHAW, K. “Mapping the Margins: Intersectionality, identity politics and violence against women of colour”, *Critical Race Theory: The Key Writings that Informed the Movement*. New York Press, 1995.

COMISIÓN EUROPEA. *Tracking multiple discrimination. Practices, policies and laws*. Luxemburgo, Office for Official Publications of the European Communities, 2007.

GARCÍA, C. (dir.). *Women's health and domestic violence against women* [Salud femenina y violencia doméstica contra las mujeres]. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2005.

GARCIA-PERROTE, I. “Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n.º 4, 2008.

GARRIGUES, A.

- “Violencia de género e intervención en el plano de la prestación laboral: reflexiones tras casi cinco años de andadura de la LO 1/2004”. *Aranzadi Social*, vol. 2, 2009.
- “Breves reflexiones en torno a la virtualidad negocial de la prevención de riesgos laborales”, *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva: XXVII*

Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Sevilla: Consejería de Empleo. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009.

GREAVES, L. *y otros.* *Sex, gender and women's health.* Vancouver: British Columbia Centre of Excellence for Women's Health, 1999.

HANKIVSKY, O. "Gender based analysis and health policy: The need to rethink outdated strategies". *Women's Health in Canada: Critical theory, policy and practice.* Toronto: University of Toronto Press, 2007.

JACKSON, B.E. *y otros* "Quality care is like a carton of eggs: Using a gender-based diversity analysis to assess quality of health care". *Canadian woman studies,* vol. 24, 2005.

KUHLMANN, E. "From Women's Health to Gender Mainstreaming and Back Again. Linking feminist agendas and new governance in healthcare", *Current Sociology,* vol. 57, 2009.

LOUSADA, J. F. "El acoso moral por razón de género", *Aranzadi Social,* n.º 15, 2003.

MACÍAS, M. *Aspectos psicosociales de los malos tratos a las mujeres.* Valencia: Universidad de Valencia, Facultad de Psicología, 1992.

MARTÍNEZ, M.A. y MORENO, G. *Salud laboral; diferencia de género.* Madrid: Confederación Sindical de Comisiones Obreras. Federación de Comunicación y Transporte, 2001.

MERCADER, J. y ROMERO, A. "El concepto de acoso por motivos sexuales: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres". *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MOLINA, C.

- "El acoso moral laboral por razón de género como delito". *Revista de Trabajo*

y *Seguridad Social*. Valencia: CEF, 2006

- “La palabra de la ley penal se hace realidad: el acoso moral laboral “por razón de género” como delito contra la integridad personal”. *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2006.

ÖSTLIN, P., GEORGE, A. y SEN, G. (eds). “Gender and Health Inequalities: The intersections”. *challenging health inequities: From ethics to action*. Oxford University Press, 2001.

RAVINDRAN, T.K.S. y KELKAR-KHAMBETE, A. “Gender mainstreaming in health: looking back, looking forward”. *Global public health*, número especial: *Gender inequity in health: why it exists and how we can change it*, vol. 3, 2008.

REID, C., PEDERSON, A. y DUPERE, S. “Addressing diversity in health promotion: Implications of women’s health and intersectional theory”. *Health promotion in Canada*. Toronto: Canadian Scholars’ Press, 2007.

RIVAS, M. P.

- *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*. Thomson Civitas, 2005.
- “Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo, los riesgos psicosociales: estrés laboral, *burn out*”. *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. Pamplona: Aranzadi, 2006.
- “Género y salud: perspectiva jurídico-social”. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 200-2001, 2007.
- “La protección social frente a la violencia de género”, *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 5, 2007.
- “La repercusión de la fibromialgia y el síndrome de fatiga crónica en el trabajo: respuestas jurídicas para la integración socio-laboral”. *Biorritmes*.

Barcelona: La Patumaire Edicions, 2007.

- “Las incapacidades de las mujeres”. *Mujer y trabajo, entre la precariedad y la desigualdad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Colección Estudios de Derecho Judicial, 2008.
- “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2008.
- *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*. Granada: Comares, 2009.
- “Prevención de riesgos y Seguridad social”. *Estudios sobre el derecho a la vida e integridad física y moral en el ámbito laboral*. Barcelona: Atelier, 2010.
- “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple”, *Revista de derecho social*, número 54, 2011.

RIVAS, M. P. y BARRIOS, G.L. *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. Pamplona: Aranzadi, 2007.

RIVAS, M. P. y GARCÍA, M.D. *Tratamiento integral del acoso*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2015.

RIVAS, M. P. y MONEREO, J. L. (dirs.). *Tratado de salud laboral*. T. II. Pamplona: Aranzadi, 2012.

TIEVES, D. *Women and occupational diseases in the European Union*. European Trade Union Institute, aisbl, 2011.

VILCHES ARRIBAS, M.J., PÉREZ DEL RÍO, T., y HERNÁNDEZ, M.: *Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y moral por razón de género en la negociación colectiva*. Madrid: Dirección General de la Mujer, Consejería de Trabajo, 2003.

VILLAVICENCIO, P. y SEBASTIÁN, J. *Violencia doméstica: su impacto en la salud física y mental de las mujeres*. Madrid: Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

VOGEL, L.

- *The Gender Workplace Health Gap in Europe*. Bruselas: European Trade Union Technical Bureau for Health and Safety, 2003.
- VOGEL, L. y MENGEOT, M. *Production and reproduction. Stealing the health of future generations*, Bruselas: ETUI, 2008.

Electrónicas

ARTAZCOZ, L. “Salud y género”. *Documentación Social*, n.º 127, 2002: pgs. 181-205: http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/557/Capitulo%2008_29_08_2008_12_13_38.pdf

BARNETT, R. C. *Enciclopedia de seguridad y salud en el trabajo*. OIT: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/tomo2/34.pdf>

BAUBAS-LETOURNEUX, V. *Organización del trabajo y salud en la Unión Europea*. Fundación europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, 2003: <http://www.eurofound.ie/publications/files/EF0206ES.pdf>

BORRELL C. y ARTAZCOZ, L. “Las desigualdades de género en salud: retos para el futuro”, *Revista Española de Salud Pública*, n.º 3, 2008: <http://scielo.isciii.es/pdf/resp/v82n3/editorial.pdf>

BORRELL, C., GARCÍA-CALVENTE, MM., y MARTÍ-BOSCÀ, JV. “La salud pública desde la perspectiva de género y clase social”, *Gaceta Sanitaria*, vol. 18, 2004: <http://scielo.isciii.es/pdf/gs/v18s1/introduccion.pdf>

CHRENSHAW, K. “Mapping the Margins: Intersectionality, identity politics and violence against women of colour”, *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991: http://socialdifference.columbia.edu/files/socialdiff/projects/Article__Mapping_

the_Margins_by_Kimblere_Crenshaw.pdf

COMISIÓN EUROPEA. *Promoting equality: activities on fighting discrimination in 2009*. Junio 2010: http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/rapporti/Equality_Sep10.pdf

Confederación Sindical de Comisiones Obreras. *Salud, mujeres y trabajo*: http://www.ciudademujeres.com/articulos/IMG/pdf/salud_mujeres_trabajo.pdf

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK. *Mainstreaming gender into occupational safety and health practice*. Bruselas: 2014: <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/mainstreaming-gender-into-occupational-safety-and-health-practice>).

FALGUERA, M. A. *La flexibilitat contractual en la negociació col·lectiva de Catalunya: especial anàlisi del temps de treball y les Competències organitzatives de l'empresari*. ESADE, Fórum de Relaciones Laborales, Barcelona, 2009: http://itemsweb.esade.edu/fu/PDF/Mastersderecho/Seminarios/NOVEMBRE_Miquel_Falguera3.pdf

HANKIVSKY, O. y otros “Exploring the promises of intersectionality for advancing women’s health research”. *International Journal for Equity in Health*, 2010: <http://www.equityhealthj.com/content/9/1/5>

HENDRIKS, A. C. “Discriminación por razón de discapacidad”: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/2013_Hendriks_ES.pdf

IGLESIAS, M. *Violencia y mujer con discapacidad*. España: Asociación Iniciativas y Estudios Sociales (IES), 1998: <http://isonomia.uji.es/docs/spanish/investigacion/mujeres/violenciaymujerdiscap.pdf>

PÉREZ DEL RÍO, T. “La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”. *Guía de negociación colectiva sobre la discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo, la igualdad retributiva y la violencia de género*. <http://www.ccoo.es/pdf>

RIVAS, M. P.

- “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?”
Revista Iuslabor, 2015: http://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2015-01/Rivas.pdf
- “Medidas jurídicas apropiadas en la integración social de las personas con fibromialgia y síndrome de fatiga crónica”: http://www.mutuauniversal.net/arxiu/fibromalgia_ponencias/Dra.PilarRivas.pdf

RUIZ-CANTERO M., CARRASCO-PORTIÑO M., y ARTAZCOZ L.
“Logros y retos de género de la Encuesta Nacional de Salud 2006: análisis de los cuestionarios de adultos y hogar”. *Gaceta Sanitaria*, 2011: <http://www.elsevier.es/sites/default/files/elsevier/eop/S0213-9111%2810%2900199-8.pdf>

SEN, G., GEORGE, A. y ÖSTLIN, P. *Incorporar la perspectiva de género en la equidad en salud. Un análisis de la investigación y las políticas*. Organización Panamericana de la Salud. Harvard Center for Population and Development Studies. 2005: <http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/809/9275322945.pdf?sequence=1>.

Sindicato Unión General de Trabajadores – UGT –. “Salud laboral y género”, en <http://www.ugt.es>.

Normas y resoluciones

- Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, de 8 de noviembre de 2007.
- Carta de la Mujer, 2010.
- Código penal español.
- Comisión contra la violencia de género.
- Constitución Española.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.
- Declaración de Beijin, de 15 de septiembre de 1995.
- Declaración de Viena.
- Declaración del Parlamento Europeo sobre la fibromialgia, 13 de enero de 2009.
- Directiva 2000/43.
- Directiva 2000/78.
- Directiva 2002/73/CE.
- Directiva 2006/54/CE.
- Estatuto de los trabajadores.
- Ley 11/2007 para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género, de 27 de julio.
- Ley 15/2014, de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa, de 16 de septiembre.
- Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, de 28 de mayo.
- Ley 35/2010, de 17 de septiembre.
- Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

- Ley 5/2008 del Derecho de las Mujeres a Erradicar la Violencia Machista, de 24 de abril.
- Ley General de Salud Pública de junio de 2010.
- Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.
- Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género, de 28 de diciembre.
- Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, de 22 de marzo.
- Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, de 3 de septiembre de 1998.
- Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad, 2007.
- Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre.
- Real Decreto 1971/1999 de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía, de 23 de diciembre.
- Repertorio de Recomendaciones sobre Violencia en el Trabajo en el Sector Servicios.
- Resolución del Parlamento Europeo sobre la Discriminación de Género en los Sistemas de Salud – 2004/2218 (INI) –.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
- Tratado de Lisboa, de diciembre de 2009.

LAS APORTACIONES DE LUCIO PEGORARO AL DERECHO PÚBLICO COMPARADO DENTRO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: CASO COAHUILA DE ZARAGOZA*

EMANUEL LÓPEZ SÁENZ

LICENCIADO EN DERECHO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Problemas en la clasificación dual y nuevas clasificaciones. 3. Los criterios clasificatorios de Lucio Pegoraro en las instituciones de la justicia constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza. 4. Síntesis sobre las aportaciones de Lucio Pegoraro. 5. Conclusiones. 6. Fuentes.

1. INTRODUCCIÓN

En una época de creciente integración entre los sistemas jurídicos de amplia circulación de conocimientos, de expansión de los principios de la democracia liberal y de contraposición entre culturas diversas y diferentes modos de comprender el derecho, el estudio comparado asume una importancia mayor¹. En este entendido, todas las instituciones que conforman el ordenamiento jurídico son susceptibles de ser estudiadas desde esta perspectiva².

En efecto, la observación de las experiencias de otros ordenamientos o sistemas se vuelve no solo útil sino indispensable para quien es llamado a innovar el sistema en su conjunto, así como para quien tiene el trabajo de interpretar la legislación y aplicarla³, incluso para los estudiosos que buscan comprender

* Publicación que se desprende de la tesis defendida en el año 2012 a cargo del autor y dirigida por el Dr. Michael NÚÑEZ TORRES. Dicha tesis ha sido adaptada y actualizada para la presente publicación.

¹ PEGORARO, L. “Il diritto pubblico comparato tra scienza e metodo”, *Diritto pubblico comparato...*, pg. 1.

² Seguimos en este punto el concepto de ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico...*

³ PEGORARO, L. “Il diritto pubblico comparato tra scienza e metodo”, *Diritto pubblico comparato...*, pg. 1.

mejor el derecho interno o una institución jurídica en lo particular. Es por esto que la enseñanza del derecho comparado en las aulas universitarias⁴ es de suma importancia para cualquier profesional de esta rama. Dicho valor queda de manifiesto en la medida en que delineamos una situación de mutua dependencia entre la investigación jurídica y el método para desarrollarla; en palabras de LUCAS VERDÚ: “Toda investigación requiere un método, de lo contrario, la primera sería una acumulación de datos sin conexión lógica, sin rigor científico⁵”.

Así pues, el derecho comparado nos brinda un método de estudio, que si bien no es el único, sí es cada vez más indispensable para el análisis de otras experiencias análogas en diversas latitudes del mundo con respecto a las de nuestro país de origen, todo lo cual nos da las herramientas para valorizar esas experiencias, y determinar la idoneidad de su adopción en nuestro sistema, para lograr con ello una renovación institucional⁶.

⁴ La primera cátedra de derecho comparado fue realizada por Raymond SALEILLES en París, Francia en 1889. En cuanto a México se establece en el año 1940 por primera vez la cátedra de Introducción al Derecho Comparado en la licenciatura de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia – cátedra que se dejó de dar una década después – (Posteriormente: Facultad de Derecho de México de la Universidad Nacional Autónoma de México), impartida por miembros del Instituto de Derecho Comparado de México (actual Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). FIX-ZAMUDIO, H. “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, en *LXXV años de...*, pgs. 166 y ss. Actualmente y además de impartirse dicha materia en la UNAM, también se encuentra en la Escuela Libre de Derecho, el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara, la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, entre otras, esta última a partir del año 2009 con la asignatura optativa de Derecho Constitucional Comparado. A pesar de lo anterior, ya desde tiempos muy remotos los juristas, consciente o inconscientemente, y más en general los doctos, habían realizado comparaciones.

⁵ LUCAS, P. “La enseñanza del Derecho Constitucional y su correspondiente método” en Figueruelo, Angela, *et. al. Derecho, ciencias y...*, pg. 69.

⁶ ENRÍQUEZ, G. *La revalorización del...*, pg. XXIX; al respecto de la renovación institucional, en lo particular sobre el derecho constitucional, el Dr. Michael NÚÑEZ menciona que si se quiere adecuar mejor la Constitución material a la formal, se debe acudir a la comparación entre instituciones jurídico-políticas diferentes, véase NÚÑEZ, M. “La pertinencia del derecho público comparado dentro de la teoría constitucional del institucionalismo jurídico”, en AGUILERA, R. y TORRES, P. (dirs.), *Isotimia, Revista Internacional...*, pgs. 101 y ss.

Por esta razón surge el presente trabajo de investigación, el cual tiene por objeto plasmar las aportaciones que el Dr. Lucio PEGORARO ha realizado en la disciplina del derecho procesal constitucional. Para destacar estas, principalmente se comprueba cómo los nuevos criterios clasificatorios propuestos por el profesor nos ayudan a comprender mejor la institución de justicia constitucional, en contraposición con los de Mauro CAPPELLETTI. De esta confrontación se llega a comprender la diferencia entre los modelos históricos y heurísticos, así como los tres elementos esenciales para una comparación exitosa y útil; con lo anterior, y aunado a la perspectiva de PEGORARO – siguiendo a Constantinesco⁷– al diferenciar la micro y macro comparación, como de tipos instrumental y pura, respectivamente; se demuestra que además de sus aportes al derecho procesal constitucional, logra dar las herramientas al comparatista publicista o privatista para realizar un trabajo de derecho comparado fructífero en cualquier área de las ciencias jurídicas⁸.

En el presente trabajo no se agotan todas las aportaciones del gran jurista de la talla de Lucio PEGORARO. En un primer capítulo, a través del método descriptivo, se expondrá el estudio macro comparativo que realizó sobre la justicia constitucional, desarrollando en primera instancia los criterios clasificatorios de Mauro CAPPELLETTI, para posteriormente analizar nuevas clasificaciones de comparatistas contemporáneos, entre ellos las de PEGORARO. En un segundo capítulo se hará una investigación de derecho comparado instrumental, apoyándonos en las categorías y clasificaciones de ambos comparatistas, para comprender mejor la institución de justicia constitucional local del estado de Coahuila, evaluando con esto la utilidad de dichos modelos.

⁷ CONSTANTINESCO, J. *Einführung in die...*; tr. fr., *Introduction au droit...*; trad. esp., *Introducción al Derecho...*; trad. it., *Introduzione al diritto...*, pgs. 220 y ss.

⁸ A su vez, la macro comparación es también esencial para la investigación del derecho público nacional (o local). El estudio de la forma de estado, de la forma de gobierno, del modelo de descentralización territorial, de los sistemas electorales, de la justicia constitucional, de los derechos, de la administración pública, de los servicios, etc., requieren encuadramientos complejos, la adscripción a una u otra clase y la valoración de las consecuencias prescriptivas que derivan de su pertenencia a las variadas tipologías reconocidas por la doctrina comparatista. De aquí también la exigencia para el constitucionalista y el administrativista de apoderarse de las categorías de los expertos en derecho comparado y de utilizarlas instrumentalmente (...). PEGORARO, L. *Derecho constitucional comparado...*, pg. 39.

2. PROBLEMAS EN LA CLASIFICACIÓN DUAL Y NUEVAS CLASIFICACIONES

Desde la propuesta clasificatoria hecha por Mauro CAPPELLETTI en 1968 se han suscitado grandes cambios no solo en los países que han realizado una recepción de los modelos para establecer su propio control y protección de la Constitución⁹, sino también se han ido transformando los modelos originales, propuestos en aquella época por este jurista, en cuanto a las categorías empleadas para su clasificación.

2.1. Las clasificaciones propuestas por Mauro CAPPELLETTI

CAPPELLETTI, en su libro *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, basa sus clasificaciones en tres criterios o categorías: sobre los órganos a los cuales corresponde el poder de control, considerando a este un análisis *subjetivo*; sobre la forma en que se plantea y resuelve la cuestión de constitucionalidad; y sobre los efectos que se derivan de la decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad, tanto en relación con la ley sometida al control, como también respecto al caso concreto en el cual se hubiese planteado eventualmente la misma cuestión¹⁰.

⁹ Como bien observan varios autores de esta expansión de la institución de justicia constitucional, algunos hechos han promovido este fenómeno. Debido, entre otros, a la progresiva evolución de los regímenes latino-americanos, los cuales han pasado a formas más propias de las democracias liberales. Para ver el proceso de cambio del control político al control jurisdiccional el jurista Francisco FERNÁNDEZ SEGADO en su obra: *Del control político...*, nos explica como se ha visto influenciada esta parte del continente americano en el transcurso del tiempo en búsqueda de una verdadera democracia y la transición de estos países del control político al jurisdiccional. Entre la recepción de los modelos originales, por conquistas o prestigio, o la recepción solamente de algunos de sus elementos se observan interesantes variantes en cada país de aquel territorio. Concluye FERNÁNDEZ que América Latina es un verdadero laboratorio para la justicia constitucional. Con esto se demuestra, y también por el fenómeno de los estados socialistas a su vez a formas de Estado de la liberal-democracia, lo que apunta el Prof. PEGORARO: la justicia constitucional forma parte, por tanto, de la estructura genética de la democracia liberal, hasta el punto de que más de uno duda que se pueda hablar de esta, en ausencia de controles sobre la conformidad de las leyes constitucionales.

¹⁰ CAPPELLETTI, M. *El control judicial de...*, pg. 34. Trad. Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix Zamudio.

De esta manera el jurista diferencia, con base en el criterio de los órganos a los cuales corresponde el poder de control, en órganos no judiciales que llama políticos¹¹ o de tipo francés, y control en órganos jurisdiccionales, los cuales a su vez subdivide en: difuso o americano y concentrado o austriaco¹².

Con respecto a la forma de realizar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, hace la siguiente clasificación: entre el control que se ejercita en vía incidental – sistema estadounidense – y en vía principal – control austriaco¹³ –. Además de hablar de aquel de tipo francés como un sistema no solo político – diferenciándolo del estadounidense –, sino también preventivo¹⁴.

Y en el último criterio, aquel de los efectos de las resoluciones, realiza varias categorizaciones: entre el control declarativo – estadounidense – y el constitutivo – austriaco¹⁵ –; efectos generales de las sentencias – sistema austriaco – y efectos particulares – sistema estadounidense¹⁶ –; efectos futuros – austriaco – y efectos

¹¹ *Ibidem*, pg. 9.

¹² El enfoque subjetivo al que se refiere CAPPELLETTI es en cuanto llama difuso al sistema en el cual el poder se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios, y concentrado donde el poder se centraliza en un solo órgano judicial (*ad hoc*). *Ibidem*, pg. 35. Cabe destacar que CAPPELLETTI, en su obra *Dimensiones de la...*, pgs. 67 y ss.), toma en cuenta también la mezcla de estos dos modelos, sin llegar a constituir para él un tercer modelo, al comentar en su etapa comparativa de diferencias y convergencia que: Se han manifestado y acentuado convergencias de los dos modelos, en Europa el control judicial de conformidad con el derecho comunitario, no ha monopolizado por el Tribunal Constitucional (Tribunal comunitario), sino que es prerrogativa de todos los jueces, si bien, a través del instrumento de la “*preliminary ruling*”, existe la posibilidad de obtener del Tribunal una interpretación unificadora y vinculante *erga omnes*.

¹³ CAPPELLETTI, M. *El control judicial...*, nota 10, pg. 53.

¹⁴ *Ibidem*, pg. 52.

¹⁵ Esta clasificación se debe (dice CAPPELLETTI) a que el juez estadounidense considerando contraria la ley a una norma superior, la estima absolutamente nula, y por tanto, ineficaz, por lo que aquel ejercita la facultad de control, no anula, sino que simplemente declara una nulidad de la ley inconstitucional. En cuanto al sistema austriaco, la Corte Constitucional no declara una nulidad, sino que anula la ley. *Ibidem*, pg. 66.

¹⁶ *Ibidem*, pg. 67.

retroactivos – estadounidense¹⁷–.

Las hipótesis clasificatorias hechas por CAPPELLETTI tienen como base tres elementos distintivos – los efectos de las sentencias, los órganos de control, o la forma en la cual se plantea y resuelve la cuestión de constitucionalidad –. Podemos preguntarnos ahora, ¿qué tan vigentes son estas?, teniendo en consideración que se han ido modificando los sistemas de justicia constitucional y las recepciones de los modelos han sido de las más variadas¹⁸, ¿son estos los elementos esenciales hoy en día, o podríamos poner otros en consideración para realizarlas? A estas interrogantes el Prof. Lucio PEGORARO da respuestas. No obstante, antes de exponerlas, se señalarán los puntos de vista de otros autores. Ello con el fin de demostrar algunas evoluciones que se han dado con respecto a la dualidad de los modelos clásicos.

2.2. Crítica del sistema dual de Mauro CAPPELLETTI. Diferencia entre los modelos históricos y heurísticos

El control de constitucionalidad de las leyes ha tenido múltiples transformaciones en los ordenamientos de origen, los forjados sobre esquemas clásicos: el norteamericano surgido principalmente de *Marbury vs. Madison* y el continental de matriz kelseniana.

Estos cambios han sido señalados puntualmente por estudiosos de distintos países y diversas culturas. En los últimos años, algunos autores han planteado la reformulación de las clásicas clasificaciones binarias – sistema americano-sistema continental –, actualizando de esta forma la propuesta esbozada en la citada obra de CAPPELLETTI, relativa a la existencia de la mezcla de los modelos originales¹⁹, cambiando la concepción de dicho autor²⁰, al grado de considerar la

¹⁷ *Ibidem*, pgs. 68 y ss.

¹⁸ Así como apunta FERNÁNDEZ, F. *Del control político...*, nota 9; acerca de Latinoamérica, como una verdadera fábrica para las investigaciones de justicia constitucional, expresión que usa para resaltar la variedad de elementos y diversidad de esta institución en cada país de este territorio.

¹⁹ CAPPELLETTI, M. *Dimensiones de la...*, nota 12, pgs. 67 y ss.

²⁰ *Idem*. CAPPELLETTI en su obra *Dimensiones de la...*, toma en cuenta también la mezcla de

existencia verdadera de un tercer modelo híbrido o mixto.

El comparatista francés Louis FAVOREAU, en un primer capítulo de su obra *Les cours constitutionnelles*, distingue de forma preliminar a su estudio principal la justicia constitucional estadounidense de la europea, utilizando para ello el criterio del órgano competente para conocer de la cuestión, así como la forma (vía) de acceso. Determinando de esta forma que el sistema estadounidense no constituye un verdadero contencioso constitucional a diferencia del modelo europeo²¹. Se puede observar cómo en el desarrollo de la investigación de FAVOREAU el autor examina en cada sistema de constitucionalidad la composición y funcionamiento del órgano, sus atribuciones – en donde utiliza el criterio del control *a priori* y *a posteriori* –, la jurisprudencia, y la influencia en el orden jurídico y político. Además de afirmar la existencia de un tercer modelo híbrido, el sudamericano, donde coexisten el control centralizado y difuso²².

WEBER a su vez reconoce modelos mixtos o híbridos presentes en América Latina y Europa, señalando que el crecimiento de estos no justifica la disolución o eliminación de los clásicos²³. PEGORARO igualmente – tomando como base los clásicos – se pronuncia sobre la existencia de un sistema mixto, representado por el control incidental presente en Alemania e Italia, y algunos años después

estos dos modelos (difuso-concentrado), sin llegar a constituir para él un tercer modelo, al comentar en su etapa comparativa de diferencias y convergencia que: “Se han manifestado y acentuado convergencias de los dos modelos, en Europa el control judicial de conformidad con el derecho comunitario, no ha monopolizado por el Tribunal Constitucional (Tribunal comunitario), sino que es prerrogativa de todos los jueces, si bien, a través del instrumento de la *preliminary ruling*, existe la posibilidad de obtener del Tribunal una interpretación unificadora y vinculante *erga omnes*”.

²¹ FAVOREAU, L. *Los tribunales constitucionales...*, pgs. 15 y ss.

²² FAVOREAU, L. *Los tribunales constitucionales...*, pg. 123; TUSSEAU, G. *Modelli di giustizia...*, pg. 58.

²³ WEBER, A. “Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences”, en AIJC..., pgs. 29-41; y TUSSEAU, G. *Modelli di giustizia...*, pg. 59.

en España²⁴, e inclusive un cuarto género²⁵ palpable en Portugal, Grecia, Rusia, Estonia, Latinoamérica²⁶. BREWER CARÍAS habla de uno de tipo híbrido, quien encuadra su sistema nacional (venezolano) como tal, ya que no puede ser comparado con ninguno de los dos sistemas – difuso o concentrado –, sino que realmente está conformado por la mezcla de ambos²⁷.

²⁴ La “vía intermedia” (o sistema híbrido) según PEGORARO consiste en que: el órgano llamado a dar justicia constitucional es único y “especializado”, como en Austria; pero, a la par que los Estados Unidos, cada juez está interesado al ejercicio del control de constitucionalidad: él puede, y en ciertas circunstancias debe, operar un preliminar juicio de conformidad a la Constitución de las leyes que se aplican a un caso concreto y, si solo se tiene la duda (o la certeza razonable) que exista contraste entre ellas, inviste de la cuestión la corte constitucional. Esta es la razón del nombre atribuido a este modelo, definido incidental (accidental) como sigue siendo un incidente o excepción procesal, y no un recurso directo. Su introducción, primero en Italia y en la República federal alemana, treinta años más tarde en el sistema español (Constitución de 1978) no comporta el repudio en algún caso del sistema basado sobre el recurso directo. En este tercer modelo se ve una realidad: el control de constitucionalidad se queda solamente en las manos de un órgano central, y el elemento de “descentralización” es colocado solo en la fase introductoria del proceso, no en aquella decisiva. PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, pgs. 36 y ss.

²⁵ En una primera fase propuso solo un tercer y cuarto modelos, con posterioridad (por primera vez en la edición española de *La justicia constitucional*, luego en la edición italiana del 2007, y anteriormente en algunos ensayos) introdujo otros elementos (parámetro, objeto, etc.) que serán analizados más adelante. Dando coherencia con otras investigaciones (sobre derechos, control, etc.) y encuadrando estas clasificaciones en el marco de la *fuzzy sets theory* propuesta por Serena BALDIN en nuestro campo.

²⁶ En el cuarto género de justicia constitucional, PEGORARO menciona la situación en la cual la hibridación entre el tipo estadounidense y el modelo austriaco es diferente al “tercer tipo”, se da gracias a que al lado del control descentralizado por parte de las cortes, vienen asignadas competencias concretas a especializados órganos centralizados, llamados a ejercitar de alguna forma el sindicato de constitucionalidad. Y con este, pese a que no se puede afirmar la existencia de un modelo unitario por las grandes diferencias entre cada sistema, sí es posible hipotetizar la presencia de más modelos. Cfr. PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, pgs. 52 y ss.

²⁷ Cfr. La doctrina de la Procuraduría General de la República en “Doctrina PGR, 1968, Caracas, 1969”, pgs. 20 y ss., además, sentencias de la CSJ en SPA de 14-6-65 en “GF No. 48”, 1967, pgs. 192 y ss., en BREWER CARÍAS, A. R. *La defensa de...*, Caracas: Editorial jurídica venezolana, 1982, pg. 35.

Alfonso CELOTTO, considerando el carácter difuso o concentrado del control constitucional o la mezcla entre ellos, advierte que no está lejos de la verdad el aseverar que cada Estado tenga su propio modelo de constitucionalidad²⁸, además de considerar las variables que CAPPELLETTI, FAVEROU y otros comparatistas ya han señalado, tales como el momento cronológico del control – a priori o a posteriori –, la abstracción o concreción del control, las modalidades de acceso al juicio de constitucionalidad y las de composición y de nómina del Tribunal Constitucional²⁹.

A su vez, H. NOGUEIRA ALCALÁ³⁰ basa su clasificación en siete elementos: el órgano que lleva a cabo el control, las competencias del tribunal, la fase de control, los sujetos legitimados para solicitarlo, el tipo de procedimiento utilizado, la clase de parámetro y los efectos de las decisiones, en referencia tanto a los sujetos como a la fase temporal. Silvia BAGNI, en un ensayo sobre la justicia constitucional, se vale del formante jurisprudencial para evidenciar el grado de tutela de la Ley Suprema con base al criterio del grado de vinculación de las sentencias en España, Estados Unidos de América, Italia y Alemania³¹. Esta última agrega en la introducción al trabajo de FERNÁNDEZ SEGADO que en la actualidad, pese a que cada sistema se inspira en la experiencia estadounidense o austriaca, se han desarrollado directrices originales y a veces únicas³².

Así pues, se puede ver el reconocimiento del modelo mixto por gran parte de comparatistas como independiente del difuso o concentrado, e incluso un *quartum generus*. De cualquier modo, el reconocimiento de un modelo mixto demuestra la consideración de los elementos determinantes utilizados por CAPPELLETTI, es decir, aún reconocen la distinción entre el modelo americano y europeo con el fin de realizar (re)clasificaciones con base en los elementos utilizados por él, y al mismo tiempo encuadran en un tercer modelo – mixto – una diversidad de

²⁸ CELOTTO, A. “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de...*, pg. 11.

²⁹ *Ibidem*, pgs. 11 y ss.

³⁰ NOGUEIRA, H. *La jurisdicción constitucional...*, pgs. 61 y ss.

³¹ VID. BAGNI, S. “Modelli di giustizia costituzionale e attuazione dei diritti”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Del control político...*, nota 9, pgs. 5 y ss.

³² *Ibidem*, pg. 6.

sistemas de justicia constitucional. Solo algunos cuantos comparatistas se basan en criterios nuevos como el tipo de parámetro o el grado de vinculación de las sentencias, como se ha puesto de ejemplo en el párrafo precedente.

Por lo anterior, es necesario cuestionarnos si es pertinente seguir utilizando los elementos de CAPPELLETTI y sus (re)clasificaciones, o acudir a los modelos de comparatistas que toman como base criterios distintos, con el fin de volver más interesante y útil el estudio de un fenómeno jurídico, en este caso, la justicia constitucional.

En este entendido, señala GIULLAUME TUSSEAU:

Uno de los objetivos de la comparación jurídica consiste en ordenar de modo racional los objetos comparados. Para tal fin, es necesario insertar los elementos estudiados dentro de categorías que presenten una conexión sistemática entre ellos. De hecho, un mismo elemento puede constituir el objeto de infinitas clasificaciones. Basta poner en mente a las constituciones formales, para poder clasificarlas según si las mismas contengan un número par o dispar de artículos, instauren un gobierno republicano o una monarquía, sean o no un Estado federal, etc. Tales consideraciones constituyen el criterio de la clasificación. Por lo tanto, es de considerar que las clasificaciones no son todas las mismas. Una buena clasificación presenta dos prioridades sobre el plano lógico. Las categorías individualizadas principalmente deben ser recíprocamente exclusivas, es decir, debe ser posible proceder a la clasificación del cúmulo de objetos, de modo tal, que ningún elemento entre simultáneamente en más categorías (...). Además, las categorías deben ser conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que ningún objeto por clasificar quede afuera (...).

Un criterio de clasificación de las constituciones formales como aquel que considere el número par o dispar de artículos – continúa el autor francés –, responde a las exigencias del tipo lógico, y así, permitiendo atribuir a cada Constitución una sola categoría, permite clasificar todas las constituciones formales. Pero es posible dudar del interés intelectual que despierte en los juristas un criterio como este. Parece al contrario, más interesante aún el hecho que una Constitución instaure un gobierno republicano o una monarquía, que ponga o no un Estado federal, y se llega así a la tercera propiedad de una buena clasificación: la pertinencia.

Mientras las dos primeras propiedades son objetivas, esta última es subjetiva y depende de la finalidad de la investigación comparativa. La elaboración de una clasificación revela un lado utilitarista. Culminando por elaborar conceptos funcionales en vista de la realización de objetivos intelectuales³³.

Así pues, en una clasificación, las categorías seleccionadas deben ser recíprocamente exclusivas, conjuntamente exhaustivas y existir pertinencia en los elementos pre-seleccionados.

Recapitulando, la mayoría de los comparatistas que hemos analizado reconocen un modelo mixto, híbrido, o modelo intermedio entre el modelo “americano” y “austriaco”, por lo tanto, no se cumple con la característica de reciprocidad exclusiva. Esto es debido a que la tesis del dualismo de los modelos ya no consigue responder a las necesidades de los estudios de la justicia constitucional³⁴. En su trabajo *Contre les «modèles» de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, TUSSEAU demuestra cómo la tesis dualística de los modelos no toma en cuenta de manera satisfactoria a la justicia constitucional como viene practicada por el derecho positivo en los diversos países³⁵.

Basta echar un vistazo en el “modelo austriaco”, el cual ha estado en constantes cambios, por ejemplo, en 1925 se dan facultades de control a priori, y en 1929 de abstracción de competencias³⁶ y el sistema “americano” no corresponde más al de los Estados Unidos de América.

Más que refutar la construcción de clases y modelos, se busca negar la utilidad de usar solo la bipartición tradicional, actualmente inadecuada para representar la realidad, como indica TUSSEAU, la idea es que se pueda salir de ellas para construir redes más elaboradas y actualizadas³⁷. Y de esta forma PEGORARO diferencia entre modelos históricos – aquellos de MARSHALL y KELSEN

³³ TUSSEAU, G. Voz “Classificazioni”, en PEGORARO, L. *Glosario de derecho...*

³⁴ TUSSEAU, G. *Modelli di giustizia...*, nota 22, pg. 21.

³⁵ Vid. TUSSEAU, G. *Modelli di giustizia...*, nota 22.

³⁶ *Ibidem*, pg. 23.

³⁷ *Ibidem*, pg. 12.

– de los modelos heurísticos, fabricados en laboratorios por la doctrina para explicar la realidad, en búsqueda de emplear los elementos determinantes más idóneos para conseguir una clasificación con criterios y categorías pertinentes, recíprocamente exclusivas y conjuntamente exhaustivas.

2.3. Las clasificaciones propuestas por Lucio PEGORARO

En su obra *Giustizia costituzionale comparata*, PEGORARO considera como aspectos de suma importancia para la metodología empleada los siguientes:

1. Las formas de Estado, liberal o liberal-democrático ya que solo en estas, con la positivización de la Constitución, y después de haber consagrado su superioridad formal, tiene un sentido razonar de Constitución y de justicia constitucional, y las socialistas, autocráticas o teocráticas, las cuales no aseguran – o aseguraban – un adecuado grado de independencia al juez de las leyes, y de cualquier modo la estructura profunda del sistema jurídico, las relaciones entre poderes, la relación entre sociedad y Estado hacen cuando menos problemática la comparación.
2. Los antiguos o históricos, y nuevos modelos paradigmáticos de control constitucional. Los primeros divididos en el modelo descentralizado, aquel de los EE.UU.A, el modelo teórico-empírico o centralizado (aquel austriaco) y el modelo de control político o preventivo (del sistema francés). Los segundos divididos en modelos de control incidental de constitucionalidad o híbridos, introducido en Alemania, después en Italia y España. Uno más que no es posible denominarlo como “unitario” en vista de la génesis y del contexto jurídico en el cual opera, visible en América-Latina, el Este de Europa, la ex Unión Soviética y parte de Asia y África, de modo tal que las viejas tipologías tienen necesidad de una nueva sistematización, también para fines de crear modelos heurísticos dotados de prescripción.
3. Así como a diferencia de los factores habituales para la clasificación de modelos tales como la estructura de los tribunales, la fase del control, etc., el autor decide tomar a consideración tanto la extensión del parámetro y del objeto del juicio, debido al aumento de las constituciones en el campo de los

derechos humanos y la tutela de la igualdad, como las técnicas del “recurso” de las cortes, el enriquecimiento de las motivaciones, y la relación con la opinión pública, así como también la suma de las competencias ejercidas por aquellas, cuyos poderes cada vez más tienden a expandirse y caer fuera de la justicia constitucional en el sentido más estricto.

Tomando en cuenta los tres aspectos mencionados en líneas precedentes, el autor realiza una propuesta clasificatoria con ocho criterios que a su consideración son los más idóneamente determinantes³⁸:

1. Dependiendo del contexto estructural en el cual operan las cortes y tribunales constitucionales, pueden distinguirse: sistemas unitarios integralmente centralizados, sistemas unitarios parcialmente centralizados, sistemas plurales parcialmente descentralizados o sistemas plurales integralmente descentralizados.
2. Con base en las funciones desempeñadas son sistemas monofuncionales o plurifuncionales.
3. Por la ampliación del parámetro del control son de parámetro limitado o extendido.
4. Por el objeto del sindicato de constitucionalidad (nivel de integralidad) será a objeto integral o parcial.
5. Por las modalidades de acceso de las cortes serán sistemas puros o mixtos.
6. Por la calidad de los objetos involucrados son sistemas cerrados o abiertos.
7. Por los efectos de las sentencias, en relación con los otros poderes del Estado serán sistemas directos o indirectos.

³⁸ Para profundizar en el tema véase : PEGORARO, L. “Elementi determinanti ed elementi fungibili nella costruzione dei modelli di giustizia costituzionale” en PEGORARO, Lucio. *Derecho constitucional comparado...*, nota 8, pgs. 247 y ss.; y del mismo autor: *Giustizia costituzionale comparata...*, nota 24.

8. Dependiendo de los bienes tutelados³⁹.

Habiendo pasado por este rápido desarrollo en las clasificaciones de distintos comparatistas sobre la institución que protege y garantiza la Norma Suprema, es palpable una evolución en el derecho positivo, y por ende, la necesidad de una de tipo doctrinal, no solo en la manera de estudiar esta institución, sea desde una perspectiva internacional o nacional, sino incluso hay quien pone en la mesa de discusión, como el Dr. Lucio PEGORARO, el buscar un término más idóneo a esta materia, e incluso, llegar a considerarla una ciencia autónoma, fuera del derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal, alejándose de una visión meramente procesalista, como se muestra en el concepto de justicia constitucional propuesto por FIX-ZAMUDIO.

La justicia constitucional posee reglas específicas y comunes, pero al mismo tiempo opera en cada sistema jurídico con un perfil de acción diferente. Distinto es, en los variados sistemas, a quien corresponde el control de constitucionalidad⁴⁰; diferentes el objeto y el parámetro; disímiles las funciones ejercitadas – casi nunca circunscritas al control de constitucionalidad de las leyes –; así también la naturaleza y la tipología de las decisiones; y además las reglas que informan el proceso y la distribución de las fuentes – en sentido amplio – que lo regulan.

El estudio de la justicia constitucional, por tanto, no puede circunscribirse a los rígidos esquemas de un derecho procesal, no sin dejar un halo de sombra sobre sus otras características específicas destacadas por PEGORARO⁴¹. El proceso en sentido estricto, en definitiva, no es más que uno de los componentes de una materia mucho más amplia.

Así pues, menciona PEGORARO que en un contexto más amplio y estable, la denominación “derecho procesal constitucional”, o alternativamente, “derecho

³⁹ Este no se encuentra en la obra principal de *Giustizia costituzionale comparata*, sino en *Itinerarios de investigación*, ya que el autor no realiza la clasificación no se tomará en cuenta en el último apartado, pero es importante mencionarlo, ya que también lo considera un criterio clasificatorio determinante. Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado...*, nota 8, pg. 258.

⁴⁰ *Ibidem*. pgs. 1 y ss.

⁴¹ Para profundizar en el tema véase: PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, nota 24.

constitucional procesal” favorece, posiblemente, de un modo exagerado – aunque con diferentes grados – el procedimiento en detrimento de la materia, la forma en detrimento de la sustancia, haciendo menos perceptibles las conexiones entre el proceso constitucional y el papel general de la justicia constitucional respecto a la forma de Estado y de gobierno. Quizás por ello resulte preferible, al objeto de reivindicar una especialidad de la materia, por lo menos donde el fenómeno afecte al ADN de las estructuras democráticas, sugerir el mantenimiento de una denominación más dúctil y omnicomprensiva, como justicia constitucional, o su equivalente en las distintas lenguas⁴².

Recapitulando, el derecho comparado puro busca crear modelos para posteriormente evaluar y comprender instituciones similares, o trasplantarlos a contextos distintos, estos – los modelos – deben ser útiles, es decir, lograr explicar la realidad actual para conseguir en segundo término los fines de evaluación, comprensión de instituciones y trasplante a otros contextos como se mencionó. Por lo tanto, si un modelo carece de esta congruencia con la realidad, no se conseguirá comprender la institución, ni mucho menos lograr un trasplante exitoso.

Tomando en cuenta este elemento – la utilidad –, además que indudablemente los modelos van evolucionando – incluso los originales –, el doctor en cuestión nos brinda la aportación ya desarrollada en líneas precedentes de la distinción entre modelos históricos y heurísticos. Los modelos históricos son aquellos que lograron explicar la realidad en un tiempo determinado, y por lo tanto, fueron útiles en ese contexto; y los heurísticos son aquellos forjados por la doctrina, fruto de la búsqueda de un común denominador, “vigentes” en abstracto y útiles para la realidad actual, que para conseguir estas se deben tener en cuenta tres principios al momento de realizar las clasificaciones y crear modelos, esto es, que los elementos preseleccionados para la categorización sean recíprocamente exclusivos, conjuntamente exhaustivos y exista pertinencia en ellos – los elementos preseleccionados –.

Dichos elementos son necesarios e indispensables en la aplicación de la ciencia comparada para la creación de modelos. Además, para quien busca la comparación como instrumento también se vuelve una condición *sine qua non*

⁴² Vid. PEGORARO, L. *Derecho constitucional comparado...*, nota 8.

tomar en consideración las aportaciones aquí vertidas, ya que al comprobar estos en cualquier propuesta clasificatoria, es como llegamos a evaluar la utilidad y calidad de los modelos que se piensan utilizar.

3. LOS CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LUCIO PEGORARO EN LAS INSTITUCIONES DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA

3.1. Preliminares

Lo que a continuación se desarrollará, como se ha señalado en la parte introductoria, será un trabajo de derecho comparado instrumental, estando relacionada la comparación instrumental con el dilema método/ciencia, y sin pretender ahondar en esta sede, es importante mencionar que el debate sobre la relación ciencia/método, está estrechamente ligada con la relación medio/fin. Es por lo anterior que el derecho público comparado se puede considerar una ciencia o un método dependiendo de las finalidades que se fije el comparatista y los objetivos que desee alcanzar mediante el análisis comparativo. De esta forma, será método o derecho comparado instrumental, si el investigador se limita a sistematizar los materiales jurídicos de un ordenamiento en su individualidad, utilizando para alcanzar su objetivo el conocimiento de otros ordenamientos; y ciencia o derecho comparado puro, cuando al culminar esta primera etapa, el comparatista se proponga realizar una confrontación, de manera tal que verifique las analogías y diferencias, clasifique institutos y sistemas, y dé orden al conocimiento, creando modelos dotados de prescripción⁴³.

Debemos tener claro que la utilidad de la comparación instrumental radica, principalmente, en la comprensión del derecho interno y que, por otro lado, la utilidad del derecho comparado puro consiste en la creación de modelos, y la circulación y adopción de los mismos.

⁴³ Para ahondar en un debate más amplio sobre el derecho comparado en general, sobre ciencia/método vid. el tema 1. *La questione scienza/metodo e la sua relazione con le finalità perseguite (comparare per comparare, o usare la comparazione per studiare il proprio diritto?)* de la obra en curso de publicación: PEGORARO, L. *Tratado de derecho constitucional...*

Dicho lo anterior, y con base en los tres principios invocados en líneas precedentes, se evaluarán las clasificaciones de Mauro CAPPELLETTI y Lucio PEGORARO mediante una comparación instrumental, para poder determinar si los modelos clásicos y sus elementos son útiles en la dinámica actual de la justicia constitucional, o es prudente considerar un modelo histórico al ya mencionado clásico mas no un modelo heurístico, en contraposición del modelo contemporáneo de PEGORARO.

Por la reciente evolución de la justicia constitucional local que se ha venido dando desde inicios del año 2000, con la inserción de esta institución en las entidades federativas de Veracruz, Tlaxcala, Chiapas y Coahuila, como bien expone y demuestra César ASTUDILLO en su trabajo *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*; y particularmente, a razón de la gran diversidad, innovación y reciente creación de los medios de control constitucional que presenta Coahuila, he decidido dedicar el último apartado a su institución local de justicia constitucional.

Coahuila se eligió por ser la ley con las reformas más actualizadas en esta materia de justicia constitucional – a nivel estatal –, y a razón de no existir una basta doctrina con respecto a su legislación, a diferencia de lo que ya apunta César ASTUDILLO sobre los otros tres estados; debido, además, a la ausencia de una ley secundaria regulatoria de su control constitucional en aquel entonces. Por lo tanto, es pertinente profundizar en el tema con la intención ya manifestada de evidenciar y comprobar las herramientas dadas por los comparatistas en estudio.

Desde este momento, manifiesto que mi intención es destacar los puntos característicos de cada clasificación, por lo cual me limitaré a dicho objetivo, para con ello demostrar que los criterios clasificatorios de Lucio PEGORARO son útiles para comprender de mejor forma las instituciones de justicia constitucional en la actualidad, en contraposición del clásico Mauro CAPPELLETTI. Señalo también que, la investigación consistió en utilizar solo los formantes doctrinales y legislativos, no se tomó en cuenta jurisprudencia ni *critotipo* alguno; aclarando, como el mismo PEGORARO lo ha hecho, que para una comprensión global de cualquier sistema jurídico o institución, es indispensable tomar en cuenta el auxilio de otras ciencias, situación que no es objeto principal ni esencial del presente trabajo.

Para cuestiones prácticas de esta investigación, en líneas posteriores, por Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza desde este momento me referiré a ella como la CCo, en cuanto a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza será la LOPJCo, y la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza será llamada LJCCo.

3.2. El contexto estructural en el que opera el Tribunal Constitucional (órganos a los cuales corresponde el poder de control)

3.2.1. Elementos característicos del criterio clasificatorio

A. Criterio de CAPPELLETTI

Como ya se mencionó, considera que el estudio sobre este criterio es un análisis subjetivo. De esta manera, el jurista diferencia, con base en el criterio de los órganos a los cuales corresponde el poder de control, en órganos no judiciales que llama políticos o francés, y en órganos jurisdiccionales, los cuales subdivide en: difuso o americano y concentrado o austríaco.

El enfoque subjetivo al que se refiere CAPPELLETTI es en cuanto llama difuso al sistema en el cual el poder se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios, y el concentrado en donde el poder se centraliza en un solo órgano judicial (*ad hoc*).

B. Criterio de PEGORARO

Esta clasificación se basa en la dicotomía entre el control centralizado y descentralizado; sin embargo, también se consideran factores diversos a la división entre más jueces (ordinarios y/o *ad hoc*) de la función de justicia constitucional, para con ello utilizar dos elementos o criterios clasificatorios alternamente.

El primero de ellos es: la posición monopolista del Tribunal – sistema unitario –; y la concurrencia de este con otros sujetos (sistemas plurales). Y el segundo, tomando en cuenta además la hibridación de los modelos en cuestión desde el punto de vista de los sistemas tradicionales es: el sistema continental, austriaco, kelseniano, centralizado, etc.; el sistema estadounidense, canadiense, australiano, *common law*, etc.; y los sistemas mixtos, de Tribunal Constitucional con competencia específica o sala especializada de una Corte Suprema y jueces ordinarios, y los habilitados a no aplicar la ley inconstitucional – Portugal, Grecia, Países Bálticos, Norte de Europa, Rusia y estados latinoamericanos –.

Combinando las dos variables – unitario-plural y centralizado-descentralizado – se puede distinguir la siguiente clasificación: sistemas unitarios integralmente centralizados, donde una única corte o tribunal ejercita todas las competencias de justicia constitucional⁴⁴; sistemas plurales parcialmente centralizados, en los cuales cada nivel territorial tiene un solo órgano habilitado a hacer justicia constitucional, pero al interior del sistema jurídico-global conviven con competencias diferentes más tribunales constitucionales⁴⁵; sistemas plurales parcialmente descentralizados, allí donde la función es distribuida entre los jueces ordinarios y una Corte Suprema, pero no hay sobre posición de niveles⁴⁶; y sistemas plurales integralmente descentralizados, allí donde la función es distribuida entre los jueces ordinarios y una Corte Suprema, y existe sobre posición de niveles⁴⁷.

⁴⁴ Ejemplo de ello son España, Italia, Bélgica, Francia y Rumania.

⁴⁵ En Alemania y Austria se encuentra este tipo de sistema.

⁴⁶ Por ejemplo, los sistemas de *common law* no federales como Portugal y Grecia.

⁴⁷ Ejemplo de ello son los países de *common law* federales, *in primis* E.U.A., Rusia y algunos países federales de América Latina como Brasil y Argentina. Vid. PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, nota 24, pgs. 203 y ss.

3.2.2. Los órganos de control o contexto estructural en que opera el Tribunal Constitucional coahuilense

El Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila se compone de catorce magistrados⁴⁸ numerarios y nueve supernumerarios⁴⁹, y funciona en Pleno y Salas.

La Constitución le otorga al Pleno del Tribunal Superior de Justicia el carácter de Tribunal Constitucional en el párrafo cuarto de su art. 158, y en este sentido reconoce su competencia de garante y protector de la Constitución en el art. segundo de la LJCCo. Dicho Tribunal Constitucional está integrado por un Presidente, diez magistrados numerarios de las salas que residen en la capital del Estado y el Presidente de la sala auxiliar con jurisdicción en los distritos judiciales de Viesca y San Pedro⁵⁰.

Sin intención de abundar en el tema, veo prudente señalar que a pesar de que la misma Constitución le reconoce al Pleno del Tribunal Superior de Justicia el carácter de Tribunal Constitucional, en realidad es un Tribunal de jurisdicción constitucional u órgano de justicia constitucional⁵¹, y no un verdadero Tribunal Constitucional, principalmente por cuestiones de su estructura orgánica y posición interna dentro del Poder Judicial⁵².

Ahora bien, no solamente es el Pleno quien realiza funciones de control constitucional, ya que la norma suprema local sentencia, en el tercer párrafo de su art. 158, que la autoridad jurisdiccional cuando considere en su resolución que una norma es contraria a la Constitución, deberá declarar de oficio o a petición de parte su inaplicabilidad, para el caso concreto. Así las cosas, la LJCCo precisa

⁴⁸ Párr. segundo del art. 136 de la CCo.

⁴⁹ Art. 6 de la LOPJCo.

⁵⁰ El párrafo tercero del art. 136 de la CCo menciona que el Presidente de la Sala Auxiliar será integrante del Pleno, y por ende, del Tribunal Constitucional. Pero en la CCo no se precisa quiénes más integrarán al Pleno, remitiendo a la legislación secundaria su composición. Art. 8 de la LOPJCo.

⁵¹ ASTUDILLO REYES, C. I. *Ensayos de justicia constitucional...*, pg. 154.

⁵² Para profundizar en el tema vid. ASTUDILLO REYES, C. *Ensayos de justicia...*, pgs. 25 y ss.; FAVOREAU, L. *Los tribunales constitucionales...*, nota 21, pgs.27 y ss.; entre otros.

lo que la Constitución hace llamar autoridad jurisdiccional, refiriéndose a todos los jueces del Poder Judicial del Estado, cualquiera que sea su denominación, a los cuales somete a la misma⁵³, y al otorgar competencia del control difuso de la constitucionalidad en términos de sus arts. 4 y 64 en el ejercicio de su jurisdicción ordinaria.

A. Coahuila en la óptica de CAPPELLETTI

Desde la visión clásica se puede afirmar, con base en el criterio de los órganos a los cuales corresponde el poder de control de Coahuila, que estos son jurisdiccionales y no políticos, en una doble modalidad, ya que es difuso por el control de los jueces ordinarios y es concentrado por el control que ejerce la sala especializada del Pleno con jurisdicción constitucional.

B. Coahuila en la óptica de PEGORARO

Desde la visión contemporánea, tomando en cuenta que Coahuila es una entidad federativa, podemos determinar que esta tiene un sistema plural integralmente descentralizado, por estar integrado de una sala especializada con jurisdicción constitucional y jueces ordinarios, y al existir una sobreposición de niveles federal-estatal.

⁵³ Art. 2 de la LJCCo.

3.3. Las funciones desempeñadas

CAPPELLETTI no toma en cuenta este elemento para su investigación, por lo tanto este apartado solo se estudiará desde la visión de PEGORARO, al igual que la amplitud del parámetro de control, el objeto de control y las características de los sujetos implicados.

3.3.1. Los sistemas monofuncionales y los sistemas plurifuncionales

Dependiendo de las funciones desempeñadas existen los sistemas monofuncionales y plurifuncionales. En las competencias de los sistemas monofuncionales restan aquellas de tipo tradicional, las cuales son, la actividad de control de la constitucionalidad de la ley y de la competencia de los entes⁵⁴; y en los sistemas plurifuncionales, algunas cortes se han atribuido funciones ulteriores, que enfatizan un rol de medida mayor de cuanto sucede en un tribunal normal, como por ejemplo, un control en materia electoral⁵⁵.

3.3.2. Las funciones desempeñadas por el Pleno y los jueces ordinarios de Coahuila

Sintetizando las funciones desempeñadas por el Pleno en cuanto a su medida de control, podemos destacar las siguientes:

1. Ejercer el derecho para iniciar leyes⁵⁶, facultad de control constitucional en propuestas de ley realizadas por el Congreso⁵⁷, y potestad para coaccionar al órgano que haya omitido crear una ley secundaria necesaria para hacer aplicables los preceptos constitucionales⁵⁸.

⁵⁴ Como las cortes de sistemas de *common law*, algunos latino-americanos y las cortes del norte de Europa.

⁵⁵ Tales como las cortes europeas clásicas, Alemania, Italia, España, Francia y aquellas del Este del viejo continente PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, nota 24, pgs. 204 y ss.

⁵⁶ Fr. I del art. 11 de la LOPJCo.

⁵⁷ Fr. VI del art. 71 de la LJCCo.

⁵⁸ Fr. V del art. 71 de la LJCCo.

2. Conocer en segunda instancia de las causas civiles en que el Estado sea parte⁵⁹, en única instancia de los procedimientos penales contra servidores públicos⁶⁰, y de la anulación de sentencias ejecutoriadas por declaración de inocencia⁶¹.
3. Conocer de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad⁶².
4. Facultad de revisión a los jueces locales por el control difuso⁶³ y de atracción para las cuestiones de constitucionalidad⁶⁴. En este último caso, está autorizado no solo de las cuestiones que plantee el juez ordinario o el particular, sino, para proceder, cuando una autoridad, diferente a la judicial (cualquiera), tenga una duda fundada sobre la constitucionalidad de una ley o acto de que aplicar⁶⁵.
5. Facultad para crear jurisprudencia⁶⁶. Por cuanto respecta a los jueces ordinarios, al tener la potestad del control difuso de constitucionalidad y de accionar las cuestiones de inconstitucionalidad, se tiene un control mayor. Partiendo solamente de los jueces de tribunales especializados se puede apreciar la facultad del control en materia electoral⁶⁷, administrativa, de conciliación y arbitraje, de adolescentes, y además, las competencias de las salas, juzgados de primera instancia y letrados⁶⁸.

⁵⁹ Fr. II del art. 11 de la LOPJCo.

⁶⁰ Tercer párr. del art. 165 de la CCo.

⁶¹ Fr. IV del art. 11 de la LOPJCo.

⁶² Fr. XIII del art. 11 de la LOPJCo.

⁶³ Tercer párrafo del art. 158 de la CCo.

⁶⁴ Art. 70 de la LJCCo.

⁶⁵ Último párr. del art. 70 de la LJCCo.

⁶⁶ Fr. IX del art. 11 de la LOPJCo y art. 113 de la LJCCo.

⁶⁷ El control difuso en materia electoral está regulado por la Ley de Medios de Impugnación de Materia Político-Electoral y de Participación Ciudadana.

⁶⁸ El art. 2 de la LOPJCo enuncia cómo está integrado el Poder Judicial del Estado.

Por lo tanto, podemos destacar que tanto el Pleno como los jueces ordinarios tienen una diversidad de funciones más amplia que la tradicional de control constitucional de leyes y de competencias entre entes. De esta manera, se concluye que la institución de justicia constitucional coahuilense es plurifuncional.

3.4. La amplitud del parámetro de control

3.4.1. El parámetro limitado y el parámetro extendido

En el parámetro limitado las cortes toman como parámetro la sola Constitución, o parte de ella⁶⁹, y en el parámetro extendido, en adición a la Constitución, vienen incorporados en el *bloc de constitutionnalite*, además de leyes orgánicas u otras fuentes, también los tratados internacionales, o convenciones en materia de derechos⁷⁰.

3.4.2. El parámetro en el sistema coahuilense

La CCo reconoce de forma expresa la existencia de un bloque de la constitucionalidad local en su art. 194 que a continuación se transcribe:

Art. 194. (...) Esta Constitución, las Cartas de los Derechos Fundamentales Locales y demás leyes fundamentales locales, serán parte de la Ley Suprema Coahuilense. Este bloque de la constitucionalidad local se conformará y modificará bajo el mismo procedimiento previsto en el artículo 196 de esta Constitución.

Por lo tanto, se concluye que la institución de justicia constitucional del Estado de Coahuila es de parámetro extendido.

⁶⁹ Como sucedía en Bélgica hasta la reforma del 2003, en Francia hasta 1971, en E.U.A. hasta la introducción del *Civil War Amendments*, en Canadá hasta la adopción del *Charter*.

⁷⁰ En varios países del ex-pacto de Varsovia, o en Europa dentro de los documentos internacionales que disciplinan las estructuras y la actividad de la Unión. PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, nota 24, pg. 205.

3.5. El objeto de control de constitucionalidad

3.5.1. El objeto integral y el objeto parcial

Tratándose del primero y con base en el objeto del sindicato de constitucionalidad, depende del nivel de integridad, cuando las cortes pueden conocer la ilegitimidad de las leyes, de actos administrativos, de actos políticos, de tratados, de leyes de revisión; y cuando es el segundo, el parcial, respecto al objeto del sindicato, solo es sobre leyes, y con ritos diversos, actos administrativos⁷¹.

3.5.2. El objeto de control en Coahuila

Para conocer el tipo de objeto del sindicato de constitucionalidad al que pertenece la entidad federativa de Coahuila, se decidió dividir la presente investigación por cada instrumento procesal constitucional del estado.

Así pues, la LJCCo reconoce en su art. 3.º cuatro instrumentos procesales locales:

1. El control difuso de la constitucionalidad local
2. Las cuestiones de inconstitucionalidad local
3. Las acciones de inconstitucionalidad local
4. Las controversias constitucionales locales

A. El objeto de control en el control difuso de la constitucionalidad local. A saber:

1. Cualquier norma que contravenga la Constitución⁷²
2. Cualquier acto que contravenga la Constitución⁷³

⁷¹ *Ibidem*, pgs. 205 y ss.

⁷² Art. 64 de la LJCCo.

⁷³ *Idem*.

3. La omisión de normatividad cuando la falta de la misma requiera ser colmada o resuelta para garantizar la tutela judicial efectiva⁷⁴

B. El objeto de control en las cuestiones de inconstitucionalidad local⁷⁵, son:

1. Una ley de observancia general que la autoridad judicial vaya a aplicar a un caso concreto, cuando la misma autoridad o un particular tenga duda fundada de su constitucionalidad⁷⁶.
2. La ley que vaya a aplicar una autoridad, diversa a la judicial, cuando tenga una duda fundada de su constitucionalidad⁷⁷.
3. El acto que va a aplicar una autoridad diversa a la judicial, cuando tenga una duda fundada de su constitucionalidad⁷⁸.

C. El objeto de control en las acciones de inconstitucionalidad local

En amplio sentido, la fr. II del art. 158 de la CCo determina como objeto de control:

1. Una norma de carácter general contraria a la Constitución
2. Un acuerdo de carácter general contrario a la Constitución

Además que tanto la Constitución como la norma regulatoria de la justicia constitucional precisan una serie de supuestos para la procedencia específica de las acciones de constitucionalidad, que se transcriben a continuación:

⁷⁴ Art. 65 de la LJCCo.

⁷⁵ Para efectos de las clasificaciones posteriores, es equiparable a las acciones de inconstitucionalidad lo no previsto en las cuestiones de inconstitucionalidad local. Lo anterior, con fundamento en la fr. VIII del art. 69 de la LJCCo.

⁷⁶ Art. 5 de la LJCCo.

⁷⁷ Art. 70 de la LJCCo.

⁷⁸ *Idem.*

Art. 158⁷⁹.

(...)

3. Procederán contra:

- a) Las leyes, decretos o puntos de acuerdos que apruebe el Congreso del Estado o la Diputación Permanente.
- b) Los reglamentos, acuerdos, decretos y demás normas administrativas de carácter general expedidas por el poder Ejecutivo y Judicial⁸⁰, organismos públicos autónomos y demás entidades públicas con facultad reglamentaria.
- c) Los bandos de policía y de gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general, expedidas por los Ayuntamientos o Concejos Municipales.
- d) Las normas de carácter general que expidan los organismos públicos autónomos.
- e) Las demás normas de carácter general, salvo las que dicte el Pleno del Tribunal Superior de Justicia.
- f) La omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria, conforme a los supuestos anteriores, que podrá promoverse en cualquier tiempo mientras subsista la omisión⁸¹.

Art. 6⁸². Las acciones de inconstitucionalidad, tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma o la falta de la misma y la Constitución del Estado (...) y consecuentemente declarar su validez o

⁷⁹ CCo.

⁸⁰ Fr. II del art. 8 de la LJCCo.

⁸¹ Fr. VI del art. 8 de la LJCCo.

⁸² LJCCo.

invalidez, o en su caso, declarar la inconstitucionalidad por omisión.

Art. 71⁸³. Por el ejercicio de acción genérica de inconstitucionalidad puede reclamarse:

- I. La incompetencia legislativa, cuando el Congreso apruebe leyes, decretos (...) o los Ayuntamientos emitan bandos (...) o cualquier otra autoridad en el ejercicio de su facultad legislativa o reglamentaria expida normas fuera de los límites de su esfera material o territorial de competencias.
- II. La violación de leyes constitucionales, (...) cuando las normas violen el procedimiento legislativo constitucional o en sus leyes reglamentarias para emitirlos válidamente.
- III. El exceso de poder cuando con una disposición ordinaria se usurpan funciones reservadas por la Constitución del Estado al Poder Ejecutivo, al Poder Judicial, a los Ayuntamientos, organismos públicos autónomos u otra entidad; así como en aquellos casos en que exista divergencia entre la finalidad en la que los ordenamientos de observancia general debieron inspirarse según la propia Constitución, y los motivos que efectivamente impulsaron al Poder Legislativo a formular las leyes, decretos o acuerdos de validez general, o a los Ayuntamientos a aprobar los bandos de policía y de gobierno, los reglamentos y las disposiciones administrativas de observancia general cuya constitucionalidad se cuestiona.
- IV. La inconstitucionalidad por norma constitucional intangible de acuerdo al estado humanista, social y democrático del derecho.
- V. La inconstitucionalidad por omisión, cuando la Constitución resulta incumplida por falta de disposiciones necesarias para hacer aplicables sus preceptos.

⁸³ LJCCo.

VI. El control previo de constitucionalidad de leyes, cuando el Gobernador del Estado que hubiere vetado una ley aprobada por el Congreso, solicita opinión sobre su validez al Pleno.

VII. Cualquier otra forma en que la inconstitucionalidad pueda manifestarse.

Como se desprende de los artículos que tanto la CCo como la LJCCo enumeran, gran cantidad de leyes, actos y situaciones contemplan ya un objeto amplio de control, ya que la misma ley menciona que procederá este instrumento contra “las demás normas de carácter general, salvo las que dicte el Pleno⁸⁴ y contra cualquier otra forma en que la inconstitucionalidad pueda manifestarse”⁸⁵.

D. El objeto de control en las controversias constitucionales locales

La CCo en su art. 158 no es muy clara al momento de mencionar el objeto de las controversias constitucionales, refiriendo solo que ellas tendrán por objeto resolver sobre si el acto o los actos reclamados son conformes o contrarios a la Constitución, mientras que la LJCCo en su art. 7, precisa que las controversias constitucionales tienen por objeto dirimir los conflictos de competencia constitucional entre los poderes del estado, con excepción del judicial; que se susciten por invasión de las esferas de competencia establecidas en la Constitución Política del Estado, y como consecuencia se declare la validez o invalidez de la ley o del acto reclamado.

E. La justicia constitucional local a objeto integral

Como bien ha quedado plasmado, Coahuila amplía notoriamente su objeto de control constitucional, ya que puede versar sobre un acto, o norma general de cualquier órgano del Estado, una omisión legislativa o iniciativas de ley, o incluso cualquier otra forma en que la inconstitucionalidad pueda manifestarse.

⁸⁴ Inciso e del numeral 3 de la fr. II del art. 158 CCo.

⁸⁵ Fr. VII del art. 71 de la LJCCo.

3.6. La modalidad de acceso al Tribunal (forma en que se plantea y resuelve la cuestión de constitucionalidad)

3.6.1. Elementos característicos del criterio clasificatorio

A. Criterio de CAPPELLETTI

Con respecto a la forma de realizar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, realiza la siguiente clasificación: entre el control que se ejercita en *vía incidental* (sistema estadounidense) y en *vía principal* (control austriaco). Además de hablar del sistema francés como *preventivo* a diferencia del estadounidense o austriaco como sucesivo.

B. Criterio de PEGORARO

Con respecto a las modalidades de acceso de las cortes son relevantes en razón del tipo de acceso (directo o incidental), de la univocidad o pluralidad de tipos utilizados, y de la calidad de los sujetos titulares, así pues serán: sistemas puros, los que utilizan de hecho un único sistema⁸⁶; y sistemas mixtos, aquellos que tienen conjuntamente más modalidades como: control preventivo y sucesivo, sobre incidente y sobre recurso, abstracto y concreto⁸⁷.

3.6.2. La modalidad de acceso a la justicia constitucional de Coahuila. Mayor énfasis en el control preventivo-sucesivo y el control abstracto-concreto.

A. Control preventivo y sucesivo

La justicia constitucional coahuilense contempla ambos controles, sea el sucesivo como el preventivo.

⁸⁶ Aquel incidental en los E.U.A. y sistemas derivados; aquel preventivo u abstracto en Francia; aquel directo en Austria, hasta la novela del 1929 o, en el mismo periodo, en Checoslovaquia.

⁸⁷ Se trata de la gran mayoría de los países. PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, nota 24, pg. 206.

La figura del control preventivo marca una diferencia al sistema de justicia constitucional federal, que como bien menciona Rogelio AVIÑA MARTÍNEZ es una de las más importantes aportaciones al derecho procesal constitucional local y es una figura que resulta innovadora⁸⁸, así como aquella de la omisión legislativa.

Para lograr que se actualice el control preventivo de acción de inconstitucionalidad se deben dar las siguientes hipótesis⁸⁹:

1. Que el gobernador vete la ley aprobada por el Congreso.
2. Que el gobernador, a su consideración, eleve copia de la ley, que aprobada por el Congreso, él mismo la haya vetado al Pleno (el Congreso podrá suspender la continuación del procedimiento legislativo en espera de la opinión del Pleno), con el objeto de solicitar que emita su opinión con respecto a la inconstitucionalidad del texto impugnado, al momento de hacer esta solicitud, y de que el Pleno, en su caso, sentencie inconstitucionalidad, esta sentencia será vinculante para el Poder Legislativo, y no podrá proseguir el procedimiento (legislativo) sin suprimir o modificar los preceptos que se estimen contrarios a la Constitución estatal.
3. Que el Congreso no decida por mayoría absoluta de votos no suspender el procedimiento legislativo en espera de la opinión del Pleno..., ya que de esta manera queda sin materia la solicitud del Pleno, y, por ende, sin ningún efecto en vía preventiva.

B. Control abstracto y concreto

Aquí de nueva cuenta el sistema protector y garante de la Constitución contempla ambos controles, sea el abstracto por medio de las acciones de constitucionalidad⁹⁰,

⁸⁸ AVIÑA, R. “El control preventivo en el derecho constitucional local: un visor a la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza”. *Derecho Constitucional Estatal...*, pg. 256.

⁸⁹ Art. 90 de la LJCCo.

⁹⁰ Art.158 de la CCo.

sea a los casos concretos del control difuso, o en los casos de controversias y cuestiones de constitucionalidad que contemplan ambos tipos de control.

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad el control está contemplado en la ley como preventivo, los demás tipos de control son sucesivos.

C. Coahuila en la óptica de CAPPELLETTI

En la visión clásica es imposible clasificar el sistema coahuilense solo de preventivo o sucesivo, o solamente de abstracto o concreto, por caracterizarse en ambas modalidades (aunque mayormente sea sucesivo, se contempla la excepción ya explicada).

D. Coahuila en la óptica de PEGORARO

Por las variaciones en las modalidades de acceso que presenta el sistema de Coahuila, este tiene un sistema mixto.

3.7. Características de los sujetos implicados

3.7.1. Sistemas cerrados y los sistemas abiertos

Serán sistemas cerrados los que circunscriben taxativamente a entes u órganos del Estado⁹¹; y sistemas abiertos, donde el control tiene por protagonistas, además de entes u órganos, también a los jueces, y todavía aquellos donde el acceso, a través del amparo, la Beswerde u otros institutos, es asegurado también de todas las personas físicas (y jurídicas)⁹².

⁹¹ Como Francia y Austria en el prototipo.

⁹² PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, nota 24, pg. 206.

3.7.2. Características de los sujetos implicados en el sistema local coahuilense.

A. Sujetos implicados en el control difuso de la constitucionalidad local

Los sujetos que tienen la facultad para accionar este instrumento procesal son⁹³:

1. Todos los jueces con jurisdicción ordinaria, al poder declarar de oficio la inaplicabilidad de una norma o acto contrario a la constitución y la omisión de regulación secundaria con respecto a esta última.
2. A petición de parte la inaplicabilidad de una norma o un acto que se estime contrario a la Constitución. Esto faculta tanto a personas físicas como morales.

B. Sujetos implicados en las cuestiones de inconstitucionalidad local

Estas se promoverán por las partes de un juicio, por el juez que conoce del asunto o cuando el Pleno del Tribunal Superior de Justicia ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley implique:

La interpretación constitucional de un caso trascendental o sobresaliente a juicio del Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

Los casos de revisión de oficio de la declaración de inaplicación de la ley por parte de un juez, o bien, la duda de constitucionalidad de una norma por parte de una autoridad diferente a la judicial⁹⁴.

En el mismo sentido a esta última fracción, hace referencia el párrafo tercero del art. 70 de la LJCCo, que a la letra sentencia:

De igual forma se procederá, cuando una autoridad (cualquiera), diferente a la judicial, tenga una duda fundada sobre la constitucionalidad de una

⁹³ Art. 4 de la LJCCo.

⁹⁴ Art. 5 de la LJCCo.

ley o acto que va a aplicar, en cuyo caso, deberá presentar de manera directa ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia la cuestión de inconstitucionalidad, de oficio o a petición de parte, para que se siga el procedimiento previsto en el artículo anterior.

En cualquiera de los casos, la cuestión se tendrá que elevar al Pleno conforme a la fracción segunda del art. 69 de la LJCCo.

De esta forma, se puede concluir que participan para accionar el instrumento procesal mencionado, los jueces ordinarios, las partes de un procedimiento (personas físicas o morales), y cualquier autoridad distinta a la judicial, y eventualmente dicha cuestión tendrá que ser presentada ante el Pleno.

C. Sujetos implicados en las acciones de inconstitucionalidad local

Dentro del art. 158 de la CCo se menciona quiénes pueden promover dichas acciones de inconstitucionalidad, fragmento que se transcribe:

Art. 158.

[...]

1. Se podrán promover en forma abstracta por:
 - a) El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente. En las materias de seguridad y procuración de justicia por el Fiscal General del Estado⁹⁵.
 - b) El equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo.
 - c) El equivalente al diez por ciento de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales.
 - d) El organismo público autónomo, por conducto de quien le

⁹⁵ El control previo de constitucionalidad de leyes, cuando el gobernador del estado que hubiere vetado una ley aprobada por el Congreso, solicita opinión sobre su validez al Pleno. Art. 71 de la LJCCo.

represente legalmente.

- e) (DEROGADO, P.O. 26 DE JUNIO DE 2009)
- f) Los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

Como bien destaca el jurista César ASTUDILLO, es de reconocerse la introducción de esta forma de legitimación hasta ahora inédita en la cual se le otorga a los ayuntamientos o consejos municipales e integrantes del Poder Legislativo representantes de las minorías⁹⁶ de hasta un diez por ciento.

D. Sujetos implicados en las controversias de constitucionalidad locales

Con excepción de las que se refieran a la materia jurisdiccional electoral⁹⁷, el art. 158 de la CCo reconoce como partes a:

1. El Poder Ejecutivo⁹⁸ y el Legislativo;
2. El Poder Ejecutivo y uno o más municipios del estado;
3. El Poder Legislativo y uno o más municipios del estado;
4. El Poder Legislativo y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado;
5. Un municipio y otro u otros del estado;
6. Uno o más municipios, y una o más entidades paraestatales, o paramunicipales del estado;

⁹⁶ ASTUDILLO, C. I. *Ensayos de justicia constitucional...*, nota 51, pg. 164.

⁹⁷ Las resoluciones del Tribunal Electoral, por ser definitivas, expresamente la ley menciona que no están sujetas a controversias constitucionales. Art. 136 de la CCo.

⁹⁸ En las que el Ejecutivo sea parte, podrá estar representado por el Fiscal General, quien además podrá promover todas las que tengan por materia la seguridad pública y la procuración de justicia.

7. Una o más entidades paraestatales y otra u otras paramunicipales del estado;
8. Uno o más organismos públicos autónomos, y otro u otros órganos del gobierno estatal y/o municipal.

ASTUDILLO hace una crítica que me parece prudente señalar con respecto al artículo expuesto:

El órgano reformador tal vez confundió la naturaleza de las controversias y estableció el instrumento para sustanciar procedimientos que seguramente debieron confiarse a instancias de naturaleza administrativa, pues al no ser los organismos paramunicipales o paraestatales instancias constitucionales, no pueden acudir o reivindicar una competencia constitucional; a lo mucho podrán reivindicar atribuciones legales pero eso dentro de otro campo de defensa⁹⁹.

3.7.3. El sistema abierto coahuilense

Se concluye en este apartado que el sistema de Coahuila es abierto, ya que el control tiene por protagonistas, además de entes u órganos, también a minorías del Congreso y ayuntamientos, los jueces ordinarios, cualquier órgano distinto al judicial, y a personas físicas y jurídicas.

3.8. Efectos de las sentencias en relación a los otros poderes del estado (efectos de la decisión judicial en relación con la ley sometida al control y al caso concreto)

3.8.1. Elementos característicos del criterio clasificatorio

A. Criterio de CAPPELLETTI

Sobre los efectos que se derivan de la decisión judicial respecto a la cuestión de constitucionalidad, tanto en relación con la ley sometida al control, como al caso concreto en el cual se hubiese planteado eventualmente la misma, surgen varias clasificaciones: entre el control declarativo (estadounidense) y el constitutivo

⁹⁹ ASTUDILLO, C. I. *Ensayos de justicia constitucional...*, nota 51, pgs. 158 y ss.

(austriaco); efectos generales de las sentencias (sistema estadounidense) y particulares (sistema austriaco); futuros (austriaco) y retroactivos (estadounidense).

B. Criterio de PEGORARO

Los efectos de las sentencias, en relación con los otros poderes del estado, sobre el poder de las cortes de dar actuación a las propias decisiones y sus efectos en confrontación con las partes, tenemos: sistemas directos, mientras más independencia y fuerza vinculatoria tengan las decisiones como en EUA y España; indirectos, cuando dependan de más órganos para hacer efectivas sus resoluciones o la fuerza vinculatoria sea débil como en Italia¹⁰⁰.

3.8.2. Los efectos de las sentencias en Coahuila

A. Efectos *erga omnes* e inter partes

Comenzando por el control difuso de constitucionalidad, es claro que al tratarse del caso concreto, los efectos solo se dan entre las partes de la controversia, salvo los casos en que se dé jurisprudencia.

Respecto a las cuestiones de inconstitucionalidad, es claro que de inicio los efectos son para las partes de la controversia, según sentencia la fr. VII del art. 69: “Además de los efectos previstos en esta ley, las sentencias recaídas en las cuestiones de inconstitucionalidad, vincularán al juez o tribunal y a las partes desde el momento en que les sean notificadas”.

No obstante, se pueden presumir los efectos generales según la fr. VI del mismo artículo, ya que el tribunal determinará la validez o invalidez de la ley y el juez o tribunal se deberán de ajustar al caso concreto, pero al no precisar que específicamente es dirigido a ellos, la determinación se puede interpretar que es aplicable y vinculante para todos, sin esperar la emisión de jurisprudencia. Máxime que la fr. VIII del mismo artículo señala que serán aplicables en lo conducente las disposiciones previstas para las acciones de inconstitucionalidad local, y a ellas se les reconocen efectos generales como veremos, apelando

¹⁰⁰ PEGORARO, L. *Giustizia costituzionale comparata...*, nota 24, p. 206.

también al principio de depuración constitucional contenido en el art. 68 de la LJCCo.

Ahora bien, con respecto a las acciones de inconstitucionalidad, las resoluciones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas con efectos generales, siempre que fueren aprobadas por la mayoría absoluta de sus miembros, y tendrá efectos de cosa juzgada en los términos que establezca la ley.

Requisitos particulares tiene la acción de control preventivo para alcanzar su vinculación al Congreso. Como se desprende del art. 90 de la LJCCo, el control previo de constitucionalidad de leyes o decretos, a pesar de que se le deja a consideración del gobernador la posibilidad de elevar copia al Pleno de la ley que, aprobada por el Congreso, él haya vetado (el Congreso podrá suspender la continuación del procedimiento legislativo en espera de la opinión del Pleno), con el objeto de solicitar emita su opinión el órgano constitucional, con respecto a la inconstitucionalidad del texto impugnado, al momento de hacer esta solicitud y que el Pleno, en su caso, sentencie la inconstitucionalidad, esta sentencia será vinculante para el Poder Legislativo, y no podrá proseguir el procedimiento (legislativo) sin suprimir o modificar los preceptos que se estimen contrarios a la Constitución del Estado (a menos que el Congreso decida por mayoría absoluta de votos no suspender el procedimiento legislativo en espera de la opinión del Pleno, y de esta manera queda sin materia dicha solicitud, y por ende, sin ningún efecto en vía preventiva, sin detrimento de las acciones en vía sucesiva que se puedan ejercitar).

Las controversias constitucionales pueden tener efectos solo para las partes o generales, dependiendo de algunas circunstancias especiales.

En este último instrumento constitucional, las resoluciones que pronuncie el Tribunal Superior de Justicia tendrán efectos de cosa juzgada únicamente respecto de las partes que intervinieron en la controversia. Solo en los casos en que se forme jurisprudencia local tendrá efectos generales.

Dos son los casos de excepción a la regla anterior:

1. Las controversias que versen sobre disposiciones generales del estado o de los municipios, para que tengan efectos generales, deberán ser aprobadas por mayoría calificada¹⁰¹ (de ser por mayoría simple tendrán efectos inter partes).
2. Siempre que las disposiciones versen sobre disposiciones generales y la resolución del Pleno del Tribunal las declare invalidas por haber sido formuladas por la parte demandada, sin contar con competencia para ello, dichas resoluciones tendrán efectos generales cuando hubieran sido aprobadas por la mayoría absoluta de los magistrados que conforman el Pleno¹⁰².

En ningún caso, se darán efectos retroactivos sobre las sentencias del Pleno o los jueces ordinarios, salvo en la materia penal.

B. La fuerza coercitiva de las sentencias

El capítulo octavo de la LJCCo contiene el título de la ejecución de sentencias. En este se señala que las resoluciones vinculan no solo a los sentenciados, sino a cualquiera que deba intervenir en su cumplimiento¹⁰³; existe pues un procedimiento en caso de desacato denominado incidente de inejecución de la sentencia¹⁰⁴, que procede por incumplimiento (en general), incumplimiento por repetición del acto inconstitucional¹⁰⁵, o por incumplimiento con evasivas o procedimientos ilegales¹⁰⁶. En caso de resultar inexcusable el desacato o que existan las evasivas o procedimientos ilegales, o la reiteración del acto inconstitucional, el Pleno deberá separar de su cargo al responsable y consignarlo al MP para ejercicio de acción penal¹⁰⁷.

¹⁰¹ Art. 109 de la LJCCo.

¹⁰² Art. 112 de la LJCCo.

¹⁰³ Art. 50 de la LJCCo.

¹⁰⁴ Art. 53 y 54 de la LJCCo.

¹⁰⁵ Art. 57 de la LJCCo.

¹⁰⁶ Art. 56 de la LJCCo.

¹⁰⁷ Art. 55 de la LJCCo.

Además, el Pleno y los jueces tienen a su disposición los medios que ellos consideren “más eficaces” para hacer cumplir su sentencia, dictando las providencias que estimen necesarias, siempre y cuando la naturaleza del acto lo permita¹⁰⁸. Esto le da libertad a los controladores de la constitución de valerse directamente de medios suficientes para hacer eficaces sus sentencias.

Por lo tanto, existe una gran vinculación más allá de las partes del procedimiento, y toma fuerza gracias a la existencia de sanciones y medidas reconocidas por la ley en caso de actualizarse el incumplimiento en las cuatro modalidades señaladas, y gracias a estos instrumentos, el juez de la constitucionalidad puede hacer valer sus resoluciones.

C. La jurisprudencia constitucional

Por dos razones, la jurisprudencia es trascendente en materia de justicia constitucional¹⁰⁹:

1. Porque en las situaciones ya mencionadas, al crearse jurisprudencia en controversias constitucionales, las sentencias con efectos inter partes tienen efectos generales; y por lo tanto,
2. La jurisprudencia que establezca el Pleno es obligatoria para este, los jueces ordinarios, así como para las autoridades del estado, municipios y organismos públicos autónomos.

La jurisprudencia según el art. 114 de la LJCCo se formulará en las siguientes circunstancias:

1. Cuando en una sentencia se establezca la inconstitucionalidad de una norma de carácter general, ya sean del estado o de los municipios.
2. Cuando en dos sentencias se reitere en forma ininterrumpida el mismo criterio en materia de controversias constitucionales. En este caso,

¹⁰⁸ Art. 58 de la LJCCo.

¹⁰⁹ Art. 113 de la LJCCo.

procederá a hacer la declaratoria general correspondiente.

3. Cuando resuelva una contradicción de criterios en materia constitucional.
4. Cuando en dos sentencias se reitere en forma ininterrumpida el mismo criterio sobre la inconstitucionalidad de un acto.

De forma supletoria se usan las reglas de la jurisprudencia local contenidas en el art. 117 de la LOPJCo.

D. Coahuila en la óptica de CAPPELLETTI

El control difuso de constitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad tienen efectos inter partes, de inicio, con posibilidad de obtener efectos *erga omnes*, las acciones de inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes* y las controversias constitucionales dependiendo del caso pueden variar sus efectos. Es por ello que de nueva cuenta es imposible clasificar el sistema coahuilense en su conjunto en uno u otro criterio desde esta visión clásica.

E. Coahuila en la óptica de PEGORARO

En resumen, en la mayoría de sus instrumentos se dan los efectos *erga omnes*, caso contrario, por medio de la jurisprudencia constitucional se consiguen dichos efectos, el órgano constitucional tiene facultad coercitiva, no solo para las partes del proceso, en todo caso, de quienes dependan sus medios para conseguir el fin último que es la protección constitucional, o garantizar sus resoluciones, existiendo el incidente de inejecución de la sentencia. Gracias a las medidas de premio, atribuciones del juez, vinculatoriedad y fuerza de las sentencias, y todo lo expuesto, es evidente que Coahuila tiene un sistema directo.

3.9. Análisis de ambas clasificaciones

Se puede concluir que con la propuesta de PEGORARO, cada caso se pudo encuadrar en un solo elemento clasificatorio, permitiendo distinguir las diferencias entre los sistemas de justicia constitucional. Tratándose de CAPPELLETTI, estos encuadran en ambos elementos, por lo cual es imposible distinguir o hacer una

división clara de los mismos. Es por esto que los elementos de CAPPELLETTI no cumplen con el principio de exclusividad en la comparación, y como quedó demostrada la evolución e innovación de la justicia constitucional en el caso de Coahuila, se deja a consideración qué tan pertinente es cada una de las propuestas clasificatorias; es decir, qué tan útil y vigente es una y otra. En mi caso, utilizaría la clasificación realizada por Lucio PEGORARO, ya que me permite comprender cómo está integrado el Tribunal coahuilense de una mejor manera, el alcance de las sentencias por el grado de fuerza coercitiva y otros elementos más que por los efectos, y cómo funciona el control difuso-concentrado alternamente.

Es de destacar que así como PEGORARO hay quienes han utilizado otros elementos distintos a los clásicos, tal es el caso de Silvia BAGNI y Noriega DE ALCALÁ.

4. SÍNTESIS SOBRE LAS APORTACIONES DE LUCIO PEGORARO

Habiendo señalado que la científicidad - derecho comparado puro - tiene como fin crear modelos, y que estos deben ser útiles y coadyuvar a explicar la realidad actual, o a buscar soluciones jurídicas; tomando en cuenta este elemento, la utilidad, y la evolución de los modelos, incluso los originales, PEGORARO hace la distinción entre modelos históricos y heurísticos. Los primeros lograron explicar la realidad y fueron útiles en algún momento determinado, pasado; y los heurísticos, son aquellos “ideales”, vigentes, útiles para comprender la realidad actual.

Para conseguir evaluar dicha vigencia y utilidad, PEGORARO nos da las herramientas para realizar esta evaluación a través de un procedimiento claro. Se deben tomar en cuenta tres principios propuestos por TUSSEAU al momento de realizar las clasificaciones y crear modelos: recíprocamente exclusivas, conjuntamente exhaustivas y existir pertinencia en los elementos pre-seleccionados. Y al comprobar estos elementos en las propuestas clasificatorias, es como se llega a evaluar la utilidad y calidad de los modelos propuestos por cualquier comparatista, y permite producir esquemas más elaborados a partir de las exigencias de la realidad.

5. CONCLUSIONES

1. Hoy en día, el derecho comparado tiene una relevancia mayor frente a los fenómenos sociales, sea a nivel nacional o internacional, donde el conocimiento y aplicación de esta ciencia tiene y debe tener, mayor relevancia a nivel académico, en licenciatura, investigación, práctica profesional, creación de leyes y cualquier área jurídica donde implique la comprensión y fortalecimiento de instituciones, así como la creación de modelos y trasplante de los mismos.
2. La justicia constitucional no puede seguirse estudiando desde la trinchera de la escuela clásica y sus modelos, a raíz de la evolución que se ha dado en los sistemas nacionales y las mutaciones e hibridaciones entre los elementos de los sistemas clásicos; ya que de seguir estudiando y clasificando con base en los elementos clásicos, la mayoría terminarían denominándose sistemas mixtos o híbridos, sin conseguir presenciar en dichas clasificaciones las variaciones y particularidades de cada uno.
3. La justicia constitucional en México no solo ha evolucionado a nivel federal, sino también a nivel local, como queda demostrado de la experiencia aquí analizada del estado de Coahuila de Zaragoza, la cual nos ofrece instrumentos innovadores.
4. Gracias al análisis de la institución de justicia constitucional del estado de Coahuila de Zaragoza, mediante los criterios clasificatorios del Dr. Lucio PEGORARO, se pudo determinar que dicha entidad federativa tiene un sistema de justicia constitucional plural integralmente descentralizado, plurifuncional, mixto, abierto y directo; con parámetro extendido; y con objetivo integral; y con esto tener una visión clara y precisa de dicha institución en su conjunto.
5. Sería una aportación útil realizar un análisis de la justicia constitucional actual a nivel federal desde la perspectiva comparada con los criterios clasificatorios de Lucio PEGORARO. Más aún, a la luz de las reformas en materia de amparo y derechos humanos publicadas el 6 y 10 de junio del 2011, respectivamente, se aprecian, entre otros aspectos, la ampliación en

el parámetro de control de constitucionalidad, o como la Suprema Corte de Justicia ha denominado parámetro de regularidad constitucional¹¹⁰, tratándose de tratados internacionales que reconozcan los derechos en comento; se produce un cambio del interés jurídico por el interés legítimo para ser titular de la protección y amparo de garantías, aunado a la posibilidad de obtener efectos *erga omnes* bajo ciertas condiciones. Lo anterior, solo por mencionar algunos aspectos que vienen a renovar y cambiar la dinámica del modelo mexicano de justicia constitucional.

¹¹⁰ Dicho parámetro está compuesto por los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte, y los criterios vinculantes y orientadores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo dispone el expediente Varios 912/2010. Acción de Inconstitucionalidad 155/2007.

6. FUENTES

AGUILERA, R. y TORRES, P. R. (dirs.). *Isotimía, Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica. Estudios sobre metodología del derecho comparado: Homenaje al Profesor Lucio Pegoraro*. México: Porrúa, 2011.

ARMIENTA, G. y otros. *Derecho constitucional estatal. Memorias del VI y VII Congresos Estatales de Derecho Constitucional de los Estados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

ASTUDILLO, C. I. *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

ASTUDILLO, C. I. y otros. (coords.). *Glosario de derecho público comparado*. México: Porrúa, 2012.

AVIÑA, R. “El control preventivo en el derecho constitucional local: un visor a la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza”. *Derecho constitucional estatal. Memorias del VI y VII Congresos Estatales de Derecho Constitucional de los Estados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

BREWER, A. R. *La defensa de la constitución*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1982.

CAPPELLETTI, M.

- *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*. México: Porrúa, 1993. Trad. de Héctor Fix Fierro. 1ª. e.
- *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. México: UNAM, 1966. Trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix Zamudio.

ENRÍQUEZ, G. J. *La revalorización del control parlamentario en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

FAVOREAU, L. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994. 1.^a e. Trad. de Vicente Villacampa.

FERNÁNDEZ, F. *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina*. Editado por Justin O. Frosini y Lucio Pegoraro. Boloña: Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, 2006. 1.^a e.

FERRER MAC-GREGOR, E. y QUIROGA, A. (dirs.). *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional. Proceso y constitución*. México: Porrúa, 2004. 1.^a e. T. I.

FIX-ZAMUDIO, H. y otros. *LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Historia del derecho y derecho comparado*. Vol. II. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1979.

NOGUEIRA, H. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. Porrúa: México, 2004.

PEGORARO, L.

- *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. México, FUNDAP, 2011.
- *Giustizia costituzionale comparata*. Turín: G. Giappichelli, 2007. 1.^a e.
- *Tratado de Derecho Constitucional Comparado*. Buenos Aires: Astrea, 1976.

PEGORARO, L. y otros. *Diritto Pubblico Comparato*. Turín: G. Giappichelli, 2012. 4.^a e.

ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963. Trads. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo.

TUSSEAU, G. *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*. Bologna: BUP, 2009.

Normas jurídicas

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de Inconstitucionalidad 155/2007.*

Constitución Política del Estado de Coahuila Zaragoza. Periódico Oficial, 19 de febrero de 1918, última reforma 18 de noviembre de 2011.

Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza, Periódico Oficial, 12 de julio de 2005.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza, Periódico Oficial, 11 de diciembre de 1990, última reforma 12 de mayo de 2009.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE*

SONIA CALAZA LÓPEZ

PROFESORA TITULAR DE DERECHO PROCESAL DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA (UNED)

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Delitos de contaminación ambiental. 2.1. Tipo básico. 2.2. Tipos agravados. 2.3. Responsabilidad de las personas jurídicas. 2.4. Consideraciones generales. 2.4.1. Triple valoración probatoria. 2.4.2. Especial incidencia de la prueba pericial. 2.4.3. Momento procesal oportuno. 3. Delitos relativos a la gestión de residuos. 4. Prevaricación medioambiental. 5. Daños en espacio natural protegido. 6. Comisión por imprudencia grave. 7. Conclusiones. 8. Fuentes.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 45 de la Constitución española establece que todos tenemos derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán, según prosigue el mismo precepto, por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger, mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325 a 331), así como los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales

* Este estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “La obtención, custodia y validez de las fuentes de prueba, como contribución de las FCSE a la investigación y persecución de los delitos medioambientales”, del que es investigador principal, el Prof. Dr. D. Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, financiado por el Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI), con REF IUISI-2013.

domésticos (arts. 332 a 337), se encuentran regulados en los capítulos III y IV, respectivamente, del Título XVI (De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente), del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal. La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español, acomete una modificación del contenido de aquellos preceptos para adaptarlos a la normativa de la UE.

Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente¹ presentan peculiaridades, particularidades o especificidades propias que los distinguen de los restantes delitos.

La primera de ellas es su escasa, mitigada, en ocasiones nula, evidencia o visibilidad, toda vez que la mayor parte de amenazas o lesiones medioambientales, excepción hecha de las grandes catástrofes naturales, resultan imperceptibles o escasamente apreciables para la ciudadanía. La ausencia de un conocimiento preciso de nuestro sistema natural y de una adecuada cultura medioambiental, por parte de la mayor parte de los ciudadanos, conlleva, de modo necesario, una falta de concienciación sobre el preciso mantenimiento de un indispensable equilibrio ecológico y una apropiada, atinada o, mejor aún, ajustada racionalización de los recursos naturales.

El elevado número de casos en los que se han producido y se suceden, diariamente, graves amenazas o notables lesiones al equilibrio del sistema ecológico, degradaciones del medio ambiente, explotaciones irracionales de los recursos naturales y el deterioro, en general, de nuestra naturaleza, sin sanción penal alguna, nos impulsan a creer que el Derecho penal ambiental adolece de algunas deficiencias o quiebras de notable envergadura, que lo tornan ineficaz, primero, en la incipiente fase de su detección, y ulteriormente, en materia probatoria, concretamente, en la obtención, custodia y validez de las fuentes de prueba.

¹ Para un estudio pormenorizado y de conjunto sobre este tema, se remite al lector a SERRANO, M. D., SERRANO, A., y VÁZQUEZ, C. *Tutela penal ambiental...*

La segunda nota esencial o característica propia de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente viene determinada, tal y como ha tenido ocasión de advertir nuestra procesalística², por su complicada detección por los órganos de persecución penal: policía judicial³, fiscalía, juzgado de instrucción, debido, fundamentalmente, a la falta de “notoriedad”, “visibilidad” o “evidencia” del riesgo o, en su caso, del resultado, ocasionado por la comisión de este tipo de delitos. Son múltiples los casos, tal y como ya se ha contrastado⁴, en los que las víctimas desconocen que lo son, en el momento en que se está produciendo el daño, porque los efectos nocivos se manifiestan mucho después; e incluso, muchos, desgraciadamente, aquellos otros en los que, debido a una ausencia de obtención por los sentidos (vista, tacto, oído, gusto, olfato) de elementos nocivos

² GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. “La prueba de los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley...*, pgs. 1 y 2, quien señala que, entre las causas que coadyuvan a ello, han de destacarse, las siguientes: “en primer lugar, el modo tradicional y usual de entrada de la *notitia criminis* en el sistema de justicia penal es la denuncia de la víctima y una buena parte de los delitos contra el medio ambiente no generan víctimas o las producen sin que las mismas sepan que lo son. En segundo lugar, es muy posible que la realización de la actuación típica no cause efectos que provoquen sospecha: el resultado dañoso puede no ser perceptible por los sentidos, producirse muy a largo plazo o incluso ser inexistente, por tratarse de una acción peligrosa o simplemente apta para ocasionar el riesgo, a lo que se une que las señales que de ordinario sirven de alerta como humo, mal olor o mal sabor, no siempre aparecen. En tercer lugar, a las dos circunstancias anteriores se añade una lamentable y secular desidia generalizadas de las administraciones públicas competentes para la inspección y sanción de infracciones contra el medio ambiente, que demasiadas veces no cumplen con la debida diligencia su obligación de denunciar los hechos que pudieran ser constitutivos de delito ecológico”.

³ Conviene destacar que el Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA) se ha constituido como un cuerpo especial, que no está integrado en la unidad orgánica de la policía judicial, creado a nivel europeo para la protección del medio ambiente. Sobre las especialidades en la investigación de los delitos medioambientales, se remite al lector a DOLZ, M. “Ministerio Fiscal y medio ambiente: algunas cuestiones sobre la investigación de los delitos medioambientales”, *Diario la Ley...*

⁴ PASTOR, D. R. “¿Es conveniente la aplicación del proceso penal convencional a los delitos no convencionales?”, *Delitos no convencionales...*, pg. 278, ha señalado, en este sentido, que “quienes conocemos el sistema penal sabemos perfectamente que, a pesar de las declamaciones de la ley sobre el principio de oficialidad, la acción pública, en una inmensa proporción del total de los casos, solo es impulsada cuando la víctima previamente informó al Estado que sufrió un delito. Por ello, muchos de los delitos más graves para el orden social (...) no son procesados nunca por el sistema, dado que las víctimas mediatas de estos hechos – la comunidad toda – no los conocemos”.

tangibles, materiales, visualizables, apreciables o, de cualquier modo, perceptibles, ocasionados por el delito ecológico, nunca llegan a conocer la relación de causalidad existente entre la actuación delictiva y el daño sufrido. Ante el radical desconocimiento de la víctima, respecto del peligro real o potencial de creación del daño, difícilmente podrá entablarse la acción penal, puesto que muy a pesar de la vigencia, en nuestro sistema procesal, del principio de la oficialidad de la acción penal, resulta notorio, tal y como se ha advertido, que incluso la iniciación de oficio del proceso penal precisará, en la mayor parte de los casos, para hacerse efectiva, de una denuncia previa.

Los delitos contra el medio ambiente encuentran, asimismo, una vez detectados, una dificultad probatoria añadida, y generalmente admitida entre la doctrina, de suerte que la impunidad por falta de prueba suele ser la regla en este tipo de procesos complejos y la desvirtuación de la presunción de inocencia, merced al éxito de la investigación y consecución de la prueba, la excepción.

De ahí que se haya instaurado en España lo que constituye la tercera y definitiva nota esencial, característica o propia de este tipo de delitos, cual es su configuración como “delitos de peligro” y no de resultado.

El delito se consuma con la creación de un riesgo, mediante la realización de alguna de las actividades descritas en los preceptos que estudiaremos a continuación, sin que se produzca necesariamente, al tiempo de su detección, resultado lesivo alguno. De producirse resultado de daño como consecuencia de la comisión de alguna de aquellas actividades delictivas, entonces nos encontraríamos ante dos tipos delictivos claramente diferenciados: uno de creación del riesgo o peligro abstracto, y otro, de lesión concreta, específica, cierta y evidenciable. La razón de ser de esta controvertida anticipación de la frontera delictiva al momento de la actividad de creación del riesgo o peligro potencial ha de encontrarse en la gravedad del resultado que produciría, de consumarse el daño, a la vida de todos los ciudadanos, la lesión de un bien jurídico tan valioso como lo es nuestro ecosistema. Y es que en este tipo de delitos se hace imperioso lograr, por todos los medios, según los autores⁵, que el Derecho penal no llegue

⁵ RUSCONI, M. A. “Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico”, *Delitos no convencionales...*, pg. 184, quien, asimismo, señala que “en muchas ocasiones ello será

tarde o que, de otro modo, genere el espacio normativo para alentar una vuelta al mundo tal cual aparecía antes de la comisión del ilícito, en ausencia de una política tecnológica que promueva el paso progresivo de tecnologías sucias a otras más limpias, a los efectos de dejar de generar residuos peligrosos en lugar de establecer qué hacer con ellos una vez producidos⁶.

Esta política legislativa moderna de “criminalizar” actuaciones de riesgo hipotético, potencial o abstracto, que se está implantando en las sociedades industrializadas frente a las amenazas supuestas, las más de las veces, por los peligros desconocidos y regulados en una serie de disposiciones normativas dispersas constituye, sin lugar a dudas, una quiebra de la deseable seguridad jurídica que debiera presidir nuestras relaciones en sociedad. Y ello, en el marco de la protección jurídica de nuestro medioambiente, debido a la inmensa dificultad de concretar un concepto tan amplio, tan extenso, tan variado, tan omnipresente, tan global, tan cotidiano y tan trascendente como nuestro “medioambiente”.

La imposibilidad de tutelar adecuadamente, por parte del resto de nuestro ordenamiento jurídico⁷, una multiplicidad de actuaciones que ponen en riesgo o devastan el equilibrio ecológico, de manera conjunta a la dificultad supuesta por acometer una regulación unitaria, clarificadora y unificadora de la tutela penal ambiental son, entre otras, las razones esenciales que han impulsado, al legislador español, a derivar la justicia medioambiental, al ámbito penal, con asunción de la técnica de normas en blanco. Por razones de espacio no podemos detenernos en analizar esta respuesta legislativa, si bien nos resulta de enorme interés dejar expresado, en este momento, que aun cuando el bien jurídico protegido, en los delitos contra el medio ambiente, cobra una relevancia capital por tratarse de un bien de naturaleza supra-individual, general, colectivo, global, de magnitud

imposible, pero en otras, aun luego de haber concluido el ilícito, el sujeto tiene la posibilidad de detener todo daño o transformarlo en uno insignificante”.

⁶ POLTI, A. “Delitos ecológicos o contra el medio ambiente”, *Delitos no convencionales...*, pg. 212.

⁷ Y ello a pesar de las constantes reformas de nuestra normativa ambiental. Véase, al respecto, reciente el Proyecto de Ley, de 31 de enero de 2014, por la que se modifica la Ley 26/2007, de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental, donde se reforman, entre otros artículos, precisamente los referidos a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental, con el objetivo, explícitamente manifestado en la Exposición de Motivos, de mejorar su tramitación.

universal, y generador, en un buen número de casos, de peligros o desenlaces lesivos catastróficos e irreversibles, a un número ilimitado de personas, ello no obsta para que las normas tuteladoras de dicho bien jurídico supra-protégido deban, por razones de seguridad jurídica⁸, de un lado, ser precisas, claras, taxativas, unívocas, previas, concretas, sistemáticas y, de otro, encontrarse unificadas en un único cuerpo normativo⁹. Y es que hemos de advertir que todos podemos ser, cotidianamente, potenciales generadores de riesgos o peligros medioambientales, con actuaciones que, por desconocidas, no descritas, o no adecuadamente definidas en cuerpo legislativo alguno¹⁰, nos resultan o parecen legítimas.

La protección del medio ambiente en España ha sido, ello no obstante, objeto de una super-abundancia normativa¹¹, si bien esta multiplicidad de normas, lejos de resultar esclarecedora y eficaz, ha generado, paradójicamente, una considerable confusión¹². En este sentido, sería muy conveniente no solo la unificación de

⁸ Para un estudio pormenorizado y de conjunto sobre la imprescindible subordinación de criterios tales como la conveniencia o la oportunidad al principio fundamental, nuclear y rector del proceso penal, principio de legalidad, se remite al lector a CALAZA, S. “La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal”, *Revista Doctrinal Aranzandi...*; “¿Es realmente un principio la oportunidad?”, *Actualidad Jurídica Aranzandi...*; “Las paradojas del mal llamado principio de oportunidad en el proceso penal”, *La Ley Penal...*

⁹ SESSANO, J. C. “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades jurídicas de su tratamiento jurídico”, *Revista electrónica de...*, pg. 30, cuando advierte que “para mejorar y sistematizar la tutela medioambiental en el Código Penal sería conveniente articular un título o capítulo que englobe y reúna de forma sistemática el máximo grado de protección que el Estado pretenda otorgar a estos bienes. Título o capítulo bajo cuya rúbrica común se encuentren, entre otros, los delitos de incendio, los de protección de flora y fauna, y por supuesto los tipos referidos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes”.

¹⁰ *Ibidem*, pg. 34, ha señalado, en este sentido, que “lo realmente alarmante y característico es que la mayor parte o, en todo caso, la parte más grave de la destrucción ecológica discurre por cauces legítimos (esto es, con observación de las normas vigentes) o, en todo caso, se produce de modo tal que no es posible proceder a su imputación jurídico-penal en los términos convencionales”.

¹¹ Para un estudio específico sobre la inconveniencia, y acaso inutilidad, de la sobreabundancia normativa dispersa, se remite al lector, a CALAZA, S. y HERRANZ, I. “Insuficiencia del actual sistema de “publicidad de las normas” y propuesta de soluciones”, *Actualidad Jurídica Aranzandi...*

¹² DE MIGUEL, C. “La nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver”, *Diario La Ley...*, pgs. 1 y 2, cuando señala que “no puede decirse que en España

la normativa, a escala nacional, sobre la protección del medio ambiente, sino también, habida cuenta de que se trata de un bien jurídico global, universal y general, a nivel internacional, con la creación, tal y como se ha expresado desde distintos ámbitos doctrinales¹³, de un derecho penal internacional¹⁴, e incluso, con el establecimiento de un Tribunal supranacional que castigase estos delitos.

El objeto de nuestro estudio se centrará, pues, fundamentalmente, en los problemas que plantea la práctica de la prueba de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Para ello resulta conveniente, en primer lugar, centrar cuáles son específicamente estos tipos delictivos, para analizar, a continuación, cual sería la prueba pertinente para desvirtuar, en cada caso, la presunción de inocencia de sus autores.

tengamos un ordenamiento ambiental incompleto. Más bien al contrario, podría afirmarse que tenemos un exceso de normas que incluso pueden dificultar una aplicación coherente de los principios ambientales que se quieren aplicar, empezando por el de prevención y el de que *quien contamina, paga*".

¹³ ADINOLFI, G. "La tutela penale dell'ambiente in Italia. Limitazioni legali e necessita materiali", *Revista electrónica de...*, pg. 2, cuando señala que "dal recente succedersi di eclatanti incidente, che hanno dato luogo a veri e propri disastri ambientali, ed hanno dimostrato che il problema ambientale, pure dal punto di vista Della tutela penale dell'ambiente stesso, non può trovare che una soluzione sovranazionale"; Vid., asimismo, sobre la necesidad de creación de una norma imperativa que considerase al crimen ecológico internacional como delito, PÉREZ, C. "El crimen ecológico internacional", *Cuadernos de Criminología...*

¹⁴ NIETO, A. "Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente" en "La protección de bienes jurídicos globales", *Anuario de la...*, pg. 138, quien, asimismo, ha reflexionado sobre los dos pilares en los que debe descansar esta regulación internacional. El primero es una normativa común, fruto de un proceso de armonización, que requiere diseñar tipos comunes basados en las normas de derecho internacional del medio ambiente y las convenciones internacionales en materia penal, como el Convenio del Consejo de Europa o las Directivas de la Unión Europea. El segundo pilar de este derecho penal internacional del medio ambiente debe ser la responsabilidad colectiva".

2. DELITOS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Si tomamos en consideración la naturaleza primaria, básica y elemental del medio ambiente, como hábitat determinante de nuestra “calidad de vida” y al tiempo nos concienciamos de que la supervivencia de la especie humana¹⁵ depende, en buena medida, de una adecuada protección y racionalización de nuestros recursos naturales, entonces no nos resultará difícil admitir la imprescindible intervención del *ius puniendi* en este tipo de conflictos sociales.

La actuación del Derecho penal, conforme al comúnmente aceptado principio de intervención mínima¹⁶, debiera constituir la última opción, tras un frustrado intento de protección, por vía civil o administrativa, de los bienes jurídicos que integran el medio ambiente¹⁷. Sin embargo, en no pocas ocasiones el justiciable habrá de acudir directamente a la vía penal, para solicitar una pronta, adecuada y eficaz reparación del daño, ante indefensión supuesta por la insignificancia de la sanción administrativa o, lo que es peor, por la inactividad de la administración. Y es que la delincuencia ecológica, a la que se le denomina, de manera gráfica

¹⁵ GÓMEZ, J. M. y HÓDAR, J. A. “Cuando las empresas contaminan y el pueblo paga”, *Revista electrónica de...*, señalan, en este sentido, de manera muy esclarecedora, que “no hablamos solo de acabar con los lince: el pueblo podría decidir no pagar nada, y no habría problemas, al menos salvo el estrictamente ecológico. Estamos hablando de llenar de polvo el aire, de ruido el silencio de la noche, de contaminar un río, una costa, un campo agrícola o un acuífero, que hay que reponer y limpiar por simple precaución sanitaria, para que nosotros y nuestros hijos no enfermemos de afecciones respiratorias, insomnio y estrés, gastroenteritis, plumbismo, cáncer, leucemia, o cualquier otra enfermedad similar. Es decir, que en estos casos, los beneficios se los lleva un particular o un grupo de accionistas, pero los costes asociados al funcionamiento de la empresa lo pagamos todos”.

¹⁶ DE VICENTE, R. *Responsabilidad penal del...*, pg. 74, ha señalado, en sintonía con esta reflexión, que “solo cuando los otros medios, como por ejemplo el Derecho administrativo ambiental, han fracasado puede el Estado blandir la afilada espada del Derecho penal para obligar a una conducta conforme con la ley”.

¹⁷ CUADRADO, M. A. “Derecho y medioambiente”, *Revista electrónica de...*, pg. 9, ha destacado que “la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, esto es, mediante la amenaza de las sanciones más graves de nuestro ordenamiento jurídico supone una mejor protección de los recursos naturales: agua, suelo y aire así como de la flora y la fauna, junto a la protección de la vida y la salud de las personas, así como de su entorno cultural y territorial del que sin duda, el medio ambiente forma parte”.

como “delincuencia de cuello verde” se encuentra vinculada, tal y como se ha advertido¹⁸, con la criminalidad del poder y la economía.

La exigencia de prueba de cargo suficiente, de un lado, sobre la existencia del peligro potencial, hipotético o abstracto, así como, de otro, sobre la idoneidad, capacidad o aptitud de la conducta para generar aquel peligro, e incluso, finalmente, sobre la gravedad de este peligro, de manera conjunta al incumplimiento de las normas reguladoras del hábitat afectado puede, en principio, parecernos excesiva. Ahora bien, esta exigencia probatoria constituye, según la doctrina¹⁹, la forma más adecuada para evitar el azar y la arbitrariedad en la justicia penal y para lograr la diferenciación más clara posible entre los injustos penales y los administrativos ambientales, proporcionando seguridad jurídica a los ciudadanos y efectiva vigencia del principio de legalidad penal.

2.1. Tipo básico

El art. 325 del Código Penal establece que:

Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

La alusión expresa a la “contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, que ha de caracterizar la

¹⁸ BELOFF, M. “Lineamientos para una política criminal ecológica”, *Delitos no convencionales...*, pg. 151.

¹⁹ RODRÍGUEZ, L. *Los riesgos de lo...*, pg. 9.

actuación del autor del hecho delictivo descrito en la norma, para la imposición del castigo, constituye una técnica legislativa, ampliamente criticada entre la doctrina, de tipo penal en blanco. Aun cuando resulta a todas luces evidente que la multitud de matices, la diversidad de tecnicismos y la variedad de posibles agresiones ambientales son difíciles de recoger en un texto normativo único, no podemos, por ello, dejar de secundar que el Derecho penal ambiental debiera alcanzar, en aras a una mayor seguridad jurídica, un elevado nivel de precisión, taxatividad y determinación, en la regulación de este tipo de delitos²⁰.

La dualidad alternativa establecida en el precepto – provoque o realice – responde a dos actuaciones nítidamente diferenciadas: entre tanto *realizar* implica, según los penalistas especialistas en la presente materia²¹, ejecución inmediata de la emisión o vertido; *provocar* supone una intervención mediata que podría entenderse como la realización de actividades previas a las emisiones o vertidos, ya sea induciendo a otro u otros a que realicen las conductas típicas, o facilitando o prestando ayuda al autor material del delito.

De la expresión legal “directa o indirectamente”, utilizada para describir el tipo, ha de destacarse que la generación del riesgo potencial ha de venir de una actuación infractora de la normativa protectora del medio ambiente, al tiempo que ha de ser adecuada, idónea o suficiente para provocar un grave perjuicio a los sistemas naturales, que puede identificarse, tal y como ha tenido ocasión de advertir la doctrina²², con una comisión por acción o por omisión. En este sentido,

²⁰ PERIS, J. M. *Delitos contra el...*, pg. 43, cuando advirtió, con notable acierto, que “parece como si en la tipificación del Derecho penal protector del medio ambiente se estuviese afrontando con menor combatividad la indeterminación de multitud de conceptos, indeterminación que hace peligrar, y muy seriamente, la taxatividad”.

²¹ VÁZQUEZ, C. *Tutela penal ambiental...*, pg. 146, quien, al propio tiempo, señala que “la dicción utilizada (provocar o realizar) pretende abarcar toda acción humana que produzca un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto”.

²² MUÑOZ, F. *Derecho penal...*, pg. 574, ha advertido, en este sentido, que “La referencia a la provocación *directa o indirecta* de las emisiones o vertidos permite incluir sin problemas, al menos en relación a determinadas conductas, la *comisión por omisión*. Es lo que sucederá cuando se deja que se produzca, no se evita o no se ponen los medios necesarios para impedir las emisiones, vertidos o radiaciones que pudieran producirse, por ejemplo, por una avería o un escape, incluso fortuito, de gases líquidos, etc.”, en Derecho penal. Parte especial, pg. 574.

resulta evidente que el grave perjuicio a los sistemas naturales puede originarse tanto de una acción, como de una omisión, que podrán, a su vez, tildarse de dolosas o imprudentes, en función de cual fuere la concreta motivación de su autor, siendo penalmente relevantes, como es lógico, tanto aquellas conductas pasivas que no evitan, eluden o previenen, con la debida diligencia, la generación de perjuicios graves para nuestro ecosistema, como aquellas otras actuaciones que, con ánimo de lucro o sin él, procuran, promueven o provocan activamente dicho perjuicio.

Aun cuando este precepto regula un buen número de actividades delictivas diversas – emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos –, no alude a fórmulas imprecisas, abiertas o indeterminadas, de forma que no podrán integrarse en ella, conforme al imprescindible cumplimiento del clásico principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, contravenciones medioambientales distintas a las recién descritas.

El Código Penal español configura, ya lo hemos advertido, los delitos medioambientales como delitos de peligro hipotético, potencial o abstracto, al exponer que el delito queda consumado cuando se materializan actuaciones que “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

La doctrina se plantea, en este momento, si basta la realización de cualesquiera de las actuaciones descritas en el Código – emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas – para estimar que el delito se ha consumado o resulta preciso, al propio tiempo, demostrar que alguna de estas conductas contaminantes podría, hipotética o potencialmente, ocasionar un perjuicio al ecosistema. Parece evidente que el legislador impone este “juicio de necesidad”, o “juicio de peligro hipotético” al advertir, respecto de estas actuaciones, “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

El juez se encuentra, pues, frente a una triple dificultad valorativa²³: así, tras la determinación, concreción y afirmación, en primer lugar, de la existencia de un riesgo hipotético, potencial o probable, generado ante la infracción de una normativa protectora del medio ambiente; habrá de evaluarlo, examinarlo y calificarlo, en segundo lugar, como grave, merced a la adecuación, suficiencia o idoneidad de la acción u omisión descrita en el tipo; y concluir, en tercer lugar, que dicho riesgo afecta, en adecuada valoración de la relación de causalidad advertida, al equilibrio de los sistemas naturales²⁴.

El juez habrá, por tanto, de valorar, caso por caso, en este tipo de delitos, la “aptitud”, “idoneidad” o “capacidad” de la conducta contaminante²⁵, para estimar consumado el tipo delictivo. En los delitos de peligro en concurso con delitos de resultado lesivo contra el medio ambiente resultará más sencillo averiguar cuál era el nivel, grado o valor de “potencialidad” del daño, puesto que el juez podrá valorar aquella actuación, una vez conocido el resultado exacto producido por la misma.

Ahora bien, en los procesos penales por delitos medioambientales de peligro, sin resultado concreto y específico alguno, será ciertamente complejo, para

²³ *Ibidem*, pg. 573, MUÑOZ, F., señala, en este sentido, que “para la configuración típica de este delito, el art. 325 utiliza un *modelo híbrido*, en el que, por un lado, se describe la acción que puede perjudicar el medio ambiente y, por otro, se hace depender la relevancia típica de la acción de que constituya una infracción de la normativa administrativa reguladora del respectivo ámbito en el que se realiza. A partir de ahí se exige, además, la idoneidad de la conducta para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

²⁴ MATEOS, A. *Los delitos relativos...*, pg. 101, se hace eco de esta dificultad, cuando afirma que “aparte de la exigencia de que el peligro sea grave, con los problemas valorativos que ello conlleva (...) el tipo exige como resultado del delito que ese peligro grave lo sea para *el equilibrio de los sistemas naturales*, lo cual sitúa nuevamente al juzgador ante un concepto indeterminado que puede ser de difícil valoración, especialmente en los supuestos de polución o contaminación generalizada, ya que habrá que plantearse la posibilidad de que dicha polución sea tan intensa que haya destruido totalmente el valor medio-ambiental”.

²⁵ FUENTES, J. L. “¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?”, *Revista Española de...*, pgs. 4 y 5, señala, en este sentido, que “la línea de peligro abstracto como peligro hipotético reduce la dificultad probatoria a la determinación de la potencialidad lesiva de la conducta: la existencia de un acto contaminante que en el caso concreto tuviera *ex ante* capacidad de alteración grave del equilibrio de los sistemas naturales”.

el juez, incluso con la debida asistencia y asesoramiento de peritos técnicos, averiguar si puede, en efecto, estimarse consumado el delito, con base en un juicio de probabilidad, posibilidad o potencialidad del daño, así como de otro sobre la suficiencia, aptitud, destreza y habilidad característica de quién realizó, provocó, o, de cualquier modo, no evitó la actividad contaminante.

La adecuación, idoneidad y suficiencia de la conducta lesiva, imputable al presunto autor del daño medioambiental, habrá de identificarse, según los especialistas en la materia²⁶, con un juicio de *previsibilidad*, que habrá de realizar el juez, abstrayendo o generalizando el juicio sobre las circunstancias concretas del caso en particular.

Esta dificultad se ve acrecentada por la circunstancia, ya advertida, de definir, delimitar o circunscribir, tanto natural como legalmente, los bienes concretos de la naturaleza, susceptibles de integrar un concepto global de medio ambiente, al objeto de conocer, con toda precisión y exactitud, o al menos, con cierta probabilidad, cuáles sean las conductas que, potencial o realmente, pudieran causar un daño a alguno o algunos de sus elementos. Esta reflexión ha inducido, a algún sector de la doctrina²⁷, a afirmar que, ante la hipersensibilidad, dinamismo e interactividad características del medio ambiente, cualquier conducta puede ser potencialmente generadora de peligro.

²⁶ DE LA CUESTA, P. M. *Causalidad de los...*, pgs 232 y 233, cuando afirma, en este sentido, que “en esta categoría el legislador no presume ni efectúa en el tipo el juicio de peligrosidad, sino que deja la emisión de tal juicio en manos del juez precisamente porque puede apreciar de forma inmediata la peligrosidad según la prueba”.

²⁷ FUENTES, J. L. “¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?”, *Revista Española de...*, pgs. 8 y 9, ha señalado, en este sentido, frente a la posición temeraria descrita, que “el medio ambiente no tiene límites perfectamente definidos y sufre hipersensibilidad: es un sistema dinámico e interactivo que llega finalmente a coincidir con el planeta y se ve afectado, en mayor o menor medida, por cualquier comportamiento. Esta constatación fáctica no tiene por qué conducir, en un plano normativo, a la afirmación de que por estos motivos todo será peligro abstracto. Antes de tomar esa decisión (una de las posibles) se requiere fijar normativamente, a efectos penales, la (i) extensión del ecosistema analizado, (ii) el momento consumativo de referencia. Únicamente cuando se haya decidido esto, podremos decir si la conducta recogida por el tipo analizado, en función de cómo se hayan precisado estos dos aspectos, es de lesión o de peligro (y de qué clase de peligro)”.

La compleja misión del juez, a la hora de discriminar qué conductas, actuaciones o comportamientos, merced a la destreza, habilidad o idoneidad de sus autores, pueden ser, potencial o hipotéticamente, generadores de daño y cuáles no, se extrema, en el caso concreto, ante la dificultad añadida de precisar, a su vez, cual sería, en su caso, el nivel de afectación en el ecosistema del resultado lesivo no producido, y, en consecuencia, la graduación de la lesión.

Así, pues, no resultará indiferente si el resultado lesivo, de haberse producido, fuere una mera modificación físico-química del espacio analizado, una alteración de las condiciones del ecosistema tal que genere la imposibilidad de vida futura en el entorno afectado o una catástrofe de gran magnitud con resultados irreversibles. Parece razonable, una vez despejada la dificultad probatoria, que la actuación del *ius puniendi* cobre mayor dureza, intensidad y radicalidad en los supuestos más extremos. Todo ello sin perjuicio, claro está, de la evidente tipicidad de la eventual, hipotética o probable peligrosidad de la actuación contaminante, *per se*, esto es, incluso en los supuestos de operar sobre espacios ya afectados por un elevado nivel de toxicidad, puesto que la reconocida devastación de un determinado espacio no puede erigirse, como es lógico en un eximente de la responsabilidad, debiendo la ciudadanía preocuparse por minimizar los niveles de toxicidad, ahí donde la contaminación ya se ha materializado, en lugar de incrementarlos.

El nivel de gravedad de la conducta ilícita habrá de efectuarse, pues, desde el plano espacial y temporal anterior al resultado, con un minucioso estudio, tal y como se ha advertido²⁸, no solo de las características del acto contaminante (toxicidad, cantidad, etc.), sino también de la actuación (persistencia, intensidad, permanencia); e incluso del ecosistema en el que potencialmente opera (tamaño, elementos específicos, resistencia, resiliencia), siendo penalmente irrelevante cuando el riesgo es irrisorio. La gravedad se determinará, pues, en buena medida, merced a la prueba practicada, en especial, tal y como ha sido advertido²⁹, a la pericial, que adquiere, en este momento, una relevancia capital.

²⁸ *Ibidem*, pg.17, DE LA CUESTA P. M., *Algunas consideraciones acerca...*, SILVA, J. M. “¿Protección penal del medioambiente?”, *La Ley...*

²⁹ VÁZQUEZ, C. *Tutela penal ambiental...*, pgs. 170 y 171.

Aun cuando las acciones típicamente contaminantes suelen identificarse con las emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos de sustancias nocivas, lo cierto es que también habrán de incluirse, en el listado de acciones típicas, tal y como ha señalado la doctrina³⁰, las de aquellas otras sustancias que, individual o aisladamente consideradas, no son dañinas, pero se tornan perjudiciales, insalubres o perniciosas en atención a factores tales como pueden serlo, entre otros, el contacto con el exterior o la elevada cantidad de producción de dichas sustancias.

La comúnmente reconocida “dificultad probatoria” en este tipo de delitos ha impulsado, incluso, a algún sector de la judicatura³¹, a estimar que el juez, a la hora de realizar la valoración de la magnitud del daño hipotético o potencial, habrá de tomar en consideración no solo criterios relativos a la probabilidad de la lesión, sino también a la aceptación social de la conducta³², e incluso a la utilidad social de la misma³³.

³⁰ MUÑOZ, F. *Derecho penal. Parte...*, pg. 574, ha advertido, en este sentido, que “generalmente, el comportamiento contaminante se realizará al emitir, verter, radiar o depositar al exterior sustancias nocivas, pero también cuando el producto no es en sí mismo nocivo, pero adquiere tal cualidad al ponerse en contacto con algún agente exterior o cuando se produce en gran cantidad, más allá de los límites permitidos legalmente”.

³¹ SOSPEDRA NAVAS, F., “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en DOMÍNGUEZ, J. A. y otros, *Delitos relativos a...*, pg. 181, cuando advierte que “los complicados problemas probatorios en estas figuras, que no responden en muchos casos al mecanismo tradicional causa-efecto, han dado lugar a *flexibilizar* los criterios en la materia. Así, no sería superfluo la aparición de delitos de mera actividad e incluso la utilización de un criterio de ponderación de todos los intereses en juego a la hora de llenar el contenido de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que aparecen en toda la regulación de estas figuras, entendiendo entre tales criterios incluidos no solo los relativos a la probabilidad de lesión, sino incluso los referentes al grado de aceptación social de la conducta o a la utilidad social de la misma”.

³² Y es que, tal y como afirma SERRANO, E. La protección medioambiental: especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medioambiente”, *Actualidad civil...*, pg. 2, “una normativa protectora del medio ambiente demasiado estricta y severa puede provocar un freno al desarrollo industrial y ecológico. Por todo ello se hace preciso encontrar fórmulas que, respetando nuestro entorno natural, permitan la evolución e innovación en los campos económico y de progreso técnico”.

³³ URRAZA, J. *Delitos contra los...*, pg. 97, señala, en este sentido que “no cabe duda de que el ser humano puede disponer de los bienes y frutos que la naturaleza le proporciona para vivir

La emisión consiste, según la judicatura³⁴, en el lanzamiento de factores o materiales con relevancia ambiental. Estas emisiones, para resultar penalmente típicas, además de contravenir la normativa protectora del medio ambiente, habrán de producir una situación de grave riesgo o peligro para la salud de las personas³⁵.

Los vertidos, según ha expuesto un sector de la judicatura³⁶, sinónimos de “inmisiones”, consisten en derramar o vaciar líquidos. En la esfera normativa, según se expone, vertido directo es el realizado inmediatamente sobre el curso del agua, cause público o canal de riego; vertido indirecto es, por ende, el que no reúne estas cualidades, así, a modo de ejemplo, el realizado en azarbes, canales de desagüe u otros similares.

La prueba o acreditación de la realización del vertido vendrá determinada, tal y como se ha expuesto³⁷, por las declaraciones testificales realizadas en el acto del juicio oral por los agentes de la policía judicial o funcionarios del organismo

y mejorar la sociedad en la que vive, pero siempre ha de tener presente que, si quiere seguir disfrutando de ese privilegio, debe servirse de ella actuando como lo que podríamos llamar un buen administrador”.

³⁴ CORDERO, C. “Delitos contra el medio ambiente”, *Monte Buciero...*, pg.113.

³⁵ Vid., en este sentido, la STS de 23 de octubre de 2002, cuando, asimismo, afirma que “La sentencia declara probado que el H2S es un gas tóxico que se absorbe por inhalación y también por vía cutánea. Sus efectos tóxicos varían según la concentración, pero cuando esta es equivalente a 50 partes por millón (ppm) produce irritación conjuntival y de tracto respiratorio, y cuando supera las 250 ppm produce, en una exposición prolongada edema pulmonar. A continuación relata que dos ocupantes de la vivienda, una hoy fallecida, se vieron afectadas por las emanaciones descritas que se materializaron en irritaciones oculares, episodios bronco espásticos y dermatitis alérgica que, al menos, se vieron favorecidas por la exposición al H2S. Asimismo, dos ocupantes de otro piso de la vivienda padecieron picor en los ojos y cefaleas, manifestándose, en el caso de un menor de 8 años de edad, varios episodios de bronquitis espástica y cuadros de tos seca, disnea, con sibilantes audibles, apnea, así como una dermatitis atópica, cuadros producidos por exposición al tóxico y que desaparecían cuando el niño se trasladaba fuera de la vivienda”.

³⁶ Vid., esta descripción en CORDERO, C. “Delitos contra el medio ambiente”, *Monte Buciero...*, pg. 113.

³⁷ RAFOLS. I. J. “Vertidos contaminantes y delito contra el medio ambiente”, *Revista Jurídica de...*, pgs. 221 y 222, quien, asimismo, acomete un estudio pormenorizado sobre los distintos vertidos contaminantes.

administrativo responsable – acerca de la existencia del vertido, de las gestiones para determinar su procedencia, de la toma de muestras y de las circunstancias en que se desarrollaron –, así como de los propios implicados, que en un buen número de casos, ante la evidencia y notoriedad del acto – admiten la existencia del vertido –.

La recogida de muestras, por parte de los miembros del SEPRONA o, en su caso, por los agentes de la Policía, tal y como se ha afirmado con base en un estudio jurisprudencial detallado sobre el tema³⁸, no tiene el carácter de prueba preconstituida, sino de diligencias de prevención e investigación, que carece en sí misma de valor probatorio, siendo tan solo una diligencia preprocesal amparada por el art. 282 de la LECrim., que autoriza expresamente a la policía judicial, a “recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”.

La testifical de los miembros del SEPRONA o, en su caso, de los agentes de la policía, así como la documental, si la hubiere y, por supuesto, la pericial, celebradas en el juicio oral ya sí constituyen, como es lógico, de practicarse con el debido respeto a las garantías procesales legalmente exigidas, pruebas de cargo suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia de quién hubiera realizado el vertido contaminante.

La toxicidad del vertido habrá de acreditarse, como es lógico, a través de la declaración pericial efectuada en el juicio oral, pues los tribunales, como es obvio, carecen de conocimientos científicos y técnicos suficientes para determinar este atributo del vertido.

La jurisprudencia del TS³⁹ se ha pronunciado, en reiteradas resoluciones,

³⁸ Para un estudio jurisprudencial detallado sobre el valor que tienen las muestras tomadas en el lugar de realización del vertido, se remite al lector a RAFOLS. I. J. “Vertidos contaminantes y delito contra el medio ambiente”, *Revista Jurídica de...*, pgs. 222 y ss.

³⁹ La Sala Segunda ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las singularidades del tipo subjetivo en el presente delito. En efecto, el tipo del art. 325 CP 1995 (STS 1527/2002, 24 de septiembre) requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser

acerca de la imprescindible atribución, al autor de la comisión por acción u omisión, del vertido contaminante, de una “motivación dolosa”, que habrá de acreditarse mediante una prueba directa que evidencie la intención o, en su caso, la representación del riesgo y continuación en la actuación. En este sentido, la jurisprudencia ha destacado que basta la acreditación de un dolo eventual⁴⁰,

inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. La contaminación por vertidos (STS 1538/2002, 24 de septiembre) no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado al declararse la realización de una actividad industrial, generadora de riesgos, sin observar la normativa correspondiente para controlar los riesgos de la actividad, de lo que fue advertido y actuando de forma clandestina mediante la instalación de una tubería y una máquina de bombeo para la realización de los vertidos contaminantes. La misma sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquella (STS 442/2000, 13 de marzo). En el supuesto examinado – aclara la misma sentencia – la acción que constituye la conducta típica – vertido de sustancias tóxica – fue ejecutada por el acusado de manera deliberada y de propósito, y el resultado requerido por el tipo – el riesgo – se encuentra causalmente vinculado con dicha acción, que es la que genera el peligro concreto producido, resultado que, como sucede en la generalidad de las veces, debe serle atribuido al autor del hecho a título de dolo eventual, pues si de las circunstancias concurrentes no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción.

⁴⁰ En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (STS 388/2003, 1 de abril). En definitiva, el dolo, según la STS de 30 de mayo de 2007, no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. En el presente caso, para su afirmación bastará acreditar el conocimiento y voluntad por parte de (...) – químico de profesión y director técnico de la empresa contaminante – del riesgo inherente al almacenaje clandestino de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, como de hecho aconteció, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. Y el conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluye del juicio histórico. Los sucesivos requerimientos verificados por los órganos administrativos que constataron los altos índices de concentración de selenio – practicados en fechas sucesivas de (...) – y, sobre todo, la diligencia de inspección de las instalaciones por funcionarios de la Junta de (...), llevada a cabo el día

pues si de las circunstancias concurrentes no es deducible, en todo caso, una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que quién realiza el vertido es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción.

El aterramiento, según se ha explicitado un sector de nuestra judicatura⁴¹, consiste en la emisión de tierras o escombros sobre caudales híbridos (mar, río, lago, etc.).

La inclusión de la denominada “contaminación acústica” en el tipo básico de los delitos medioambientales supuso, en su momento, una novedad de considerable impacto, debido a la falta de sensibilidad y al escaso reproche social existentes en nuestro país frente a un daño tan nocivo, esencialmente para la salud de las personas, como lo es el ruido.

La protección del medio ambiente frente a las inmisiones acústicas ha sido objeto de numerosos estudios de gran valor doctrinal⁴², donde se ha puesto

(...), eliminan cualquier incertidumbre acerca de la reivindicada ausencia de los elementos que definen el dolo. En el apartado II del hecho probado se proclama que, en presencia del hoy recurrente, se comprobó cómo en las instalaciones de la fábrica contaminante existían hasta un total de cinco depósitos al descubierto y sin cubeta de seguridad para recoger su contenido, estando dos de ellos al límite de su capacidad, facilitando así el vertido de su contenido al exterior a consecuencia de las lluvias. Igualmente se apreció la existencia de una balsa de aguas residuales en el suelo de la empresa, así como la ausencia de alcantarillado. Se procedió a la recogida de muestras “(...) entregándose una muestra gemela al señor (...), quien las rechazó”. Con tales precedentes, parece lógico concluir que todo esfuerzo argumental encaminado a negar los elementos intelectual y volitivo del dolo está condenado al fracaso. Procede, en su virtud, la desestimación del motivo por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

⁴¹ CORDERO, C. “Delitos contra el medio ambiente”, *Monte Buciero...*, pg. 113.

⁴² Para un estudio sobre la doctrina jurisprudencial estimatoria de pretensiones de los particulares con la condena de los municipios ante su inactividad y dejación de funciones, cuando se conculca el derecho a la intimidad personal y familiar producida por la contaminación acústica, se remite al lector a MORETON, M. F., “La tutela contra los daños derivados del ruido en los supuestos de inactividad de los entes locales”, *Revista de derecho...*; Vid., de la misma autora, “La intimidad personal y familiar a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso español y la protección contra las inmisiones derivadas de la contaminación acústica”, *Revista Jurídica de...*

de manifiesto la constante inactividad, ineficacia y la excesiva tolerancia o permisividad de la administración, frente a este tipo de conflictos. La doctrina del TS, tanto en la sala de lo civil, como en la de lo contencioso-administrativo, discurre en sintonía argumental con la propia del TC e, incluso, del TEDH, al estimar, tal y como ha sido estudiado y explicitado por los especialistas en la materia⁴³, la generalidad de pretensiones resarcitorias, siempre que las lesiones dimanantes de las distintas formas de contaminación acústica sean objetivables y resultantes de la actividad dañosa o de la persistencia del abuso.

Ahora bien, la protección en vía civil o administrativa, de la salud pública frente a este tipo de daños intangibles, inmateriales, acaso invisibles, se ha revelado, muy a pesar de la plausible doctrina jurisprudencial recién aludida⁴⁴, cuando no insuficiente, sí al menos necesitada de un complemento jurisdiccional, debiendo encomendarse al Derecho penal la sanción de aquellos atentados acústicos más graves contra el equilibrio de los sistemas naturales o la salud pública de las personas.

La gravedad de la contaminación acústica será evaluada conforme a un criterio cuantitativo, no solo por la medición del ruido en cada emisión, sino también, y fundamentalmente, por la reiteración, repetición o frecuencia del mismo, toda vez que el efecto nocivo sobre la salud de las personas vendrá determinado por la constancia de estos ilícitos y no por la eventual u ocasional percepción de episodios aislados.

La prueba de la consumación del tipo delictivo consistente en la contaminación acústica no precisará, al igual que acontece, por lo demás, con el resto de delitos ecológicos, la demostración de un resultado lesivo preciso, concreto y específico,

⁴³ MORETON, M. F. “Nuevos perfiles de la responsabilidad patrimonial de los entes locales según el Tribunal Constitucional: prueba individualizada del ruido, adopción de medidas suficientes por el Ayuntamiento y doctrina del TEDH sobre intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario”, *Revista Crítica de...*, pgs. 511 y 512.

⁴⁴ MORETON, M. F. “Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas”, *Revista Crítica de...*, pg. 2975. cuando afirma que “todos los resortes judiciales y legales resultan útiles...especialmente cuando el desarrollo industrial pone de manifiesto la fragilidad de la intimidad personal y familiar desarrollada en el domicilio”.

sino la creación de un peligro hipotético, abstracto o eventual, de suficiente envergadura o gravedad, para generar un efectivo perjuicio a la salud de las personas⁴⁵.

Aun cuando el nivel de concienciación, sensibilización y preocupación, de los justiciables, en general, y de los tribunales de justicia españoles⁴⁶, en particular, acerca de la potencialidad lesiva del ruido, en la “calidad de vida” de las personas, ha sido objeto, en los últimos años, de un evidenciable crecimiento, lo cierto es que la apreciación judicial de un daño ocasionado como consecuencia de la contaminación acústica conlleva, todavía, una dificultad probatoria extraordinaria⁴⁷ y reveladora, en definitiva, de la escasa tuición del silencio en España.

⁴⁵ Para un estudio jurisprudencial sobre el delito de contaminación acústica, se remite al lector a MARTÍNEZ, A. “Evolución jurisprudencial en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Ambiente y Derecho...*, pgs. 195 y 196, quien señaló, en un caso concreto, en el que “el nivel de ruidos, comprobado a través de diversas y sucesivas mediciones llevadas a cabo por funcionarios policiales alcanzó en alguna ocasión 66 decibelios, más del doble del máximo permitido por la norma administrativa aplicable, a la que remite el precepto penal, y con unos valores medios de 45-50 decibelios, es decir, de un 50% superior al establecido legalmente como límite, no puede haber duda alguna, de acuerdo con las máximas de experiencia más elementales (...) de que creaba ese riesgo concreto de la suficiente gravedad para la salud, exigido como elemento esencial, para la existencia del ilícito penal. Si además tenemos en cuenta que la perturbación sonora era sufrida por las otras personas a horas realmente intempestivas, propias de los períodos de descanso, y en sus propios domicilios la consideración penal de la conducta del acusado, en orden a su necesaria gravedad, se ve aún más reforzada, desde el punto de vista de los requisitos del tipo”.

⁴⁶ Para un estudio casuístico sobre la evolución jurisprudencial sobre el ruido, se remite al lector a RAZQUIN, J. A. “El ruido de los aviones: Comentario de la STS de 13 de octubre de 2008 sobre contaminación acústica del aeropuerto de Madrid-Barajas”, *Revista Aranzandi Doctrinal...*

⁴⁷ Vid., a propósito del riguroso grado de exigencia de nuestros tribunales respecto a la acreditación de la existencia de una relación de causalidad directa entre el ruido y el daño, CILLERO, P. “La prueba del daño y la relación de causalidad en el ámbito de la tutela frente al ruido”, *Revista Doctrinal Aranzandi...*, pgs. 23 y 24, cuando advierte que “lo que viene a exigir la audiencia es la prueba de la causa del ruido – además de la prueba del *causante* del ruido y de que esta es la causa del daño – y, en consecuencia, un conocimiento técnico del que a priori carece el demandante, y que solamente podrá adquirir y acreditar fehacientemente recurriendo a la pericia de un experto que encarecerá la reclamación y la obtención de una merecida, aunque costosa, tutela judicial”.

Tanto el Tribunal de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional español ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos o vibraciones tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido⁴⁸.

2.2 Tipos agravados

El art. 326 del Código Penal establece que:

- (...)se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:
- Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.
- Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
- Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
- Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la administración.
- Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

⁴⁸ Vid., la STS de 24 de febrero de 2003, donde se realiza un detallado estudio de la normativa autonómica existente en España sobre la contaminación acústica.

- Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.

2.3. Responsabilidad de las personas jurídicas

El art. 327 del Código Penal establece que:

- (...) cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:
- Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.
- Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.
- Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

La actuación del *ius puniendi* habrá de extremar su dureza en aquellos casos, harto frecuentes, de realización de actividades eventualmente lesivas del medio ambiente, de las personas físicas, bajo la ficción, cobertura o apariencia de la sociedad, puesto que las grandes sociedades prefieren, en múltiples ocasiones, asumir sanciones irrisorias, antes que dejar de acometer graves actividades contaminantes que, pese a ser potencialmente lesivas para el medio ambiente, les reportan grandes beneficios económicos⁴⁹.

⁴⁹ De esta grave problemática se ha hecho eco, entre otros, FEIJOO, B. J. *Sanciones para empresas...*, pg. 46, cuando afirma que “crear y sufragar un *cabeza de turco* o un *chivo expiatorio* puede ser económicamente rentable para la empresa no suponiendo la responsabilidad penal nada más que un coste a asumir (lo cual anula sus efectos preventivo-generales)”.

2.4. Consideraciones generales

Una vez destacadas, con carácter general, las notas esenciales de los delitos medioambientales, en el marco del procedimiento probatorio, hemos de referirnos, en este momento, a la concreción de los elementos materiales – cuáles son las pruebas centrales, esenciales o nucleares en estos específicos procesos penales –, objetivos – cuáles son las garantías mínimas que han de observarse en el procedimiento probatorio de estos delitos –, formales – cuáles han de ser las pruebas admitidas excepcionalmente en la fase de instrucción, a modo de pruebas anticipadas o preconstituídas y cuáles, las celebradas en el juicio como momento procesal oportuno, bajo la intermediación del juez del enjuiciamiento – y subjetivos – cuáles han de realizarse necesariamente en presencia judicial y cuáles admiten, por razones de urgencia y celeridad, alguna justificada excepción – de las pruebas de los delitos de contaminación ambiental.

2.4.1. Triple valoración probatoria

Una vez determinados positivamente los parámetros iniciales de detección de las actuaciones contaminantes – acciones u omisiones, descritas en el tipo, dolosas o imprudentes que contravienen la normativa tuteladora del medio ambiente en el hábitat afectado –, el juez habrá de adoptar una resolución absolutoria o condenatoria, tras la valoración de una triple actividad probatoria: en primer lugar, habrá de verificar la existencia de un riesgo o peligro potencial, probable o hipotético; en segundo, habrá de evaluar la aptitud, capacidad o idoneidad de la actividad contaminante para generar el peligro grave; y al fin, en tercero, habrá de establecer un nexo causal entre esta última actividad idónea para generar un peligro grave y la probabilidad, potencialidad o posibilidad de generación de riesgo de daño al ecosistema.

El riesgo o peligro potencial o hipotético habrá de despejarse conforme a una ponderación, evaluación o juicio de probabilidad, de suerte que no bastará, como es lógico, que la concreta actuación contravenga, con toda evidencia, la normativa reguladora del medio ambiente en el concreto hábitat que pudiere quedar afectado, sino que la actuación del *ius puniendi* precisará, para ser adecuada, eficaz y proporcionada, del previo ejercicio de probabilidad o posibilidad de daño grave para el ecosistema. Este juicio de posibilidad, probabilidad o

posibilidad habrá de realizarse caso por caso, sin que pueda el juez, como es obvio, acudir a niveles, graduaciones, modulaciones, valoraciones o estándares genéricos de medición de la contaminación, prefijados por la legislación, ni por la jurisprudencia.

La probabilidad de la lesión formará parte, tal y como ha afirmado nuestra moderna procesalística⁵⁰, del objeto de la prueba, de suerte que el juez habrá de desvirtuar la presunción de inocencia, en el marco de los procesos seguidos ante delitos ecológicos, con base en la paradójica certeza sobre un juicio de probabilidad, resultante de la libre valoración, conforme a su buen criterio, a las máximas de experiencia y a las reglas de la sana crítica, del estudio de la actividad, efectuado por los especialistas en la materia, quienes son, generalmente, los peritos. En este sentido, la prueba versará sobre el margen, grado o nivel de probabilidad o improbabilidad de la generación de la lesión medioambiental, no resultando posible, desde la perspectiva *ex ante* desde la que se evalúa este delito de mera actividad, alcanzar firmeza alguna, en ausencia de resultado concreto y específico.

La aptitud, capacidad o idoneidad de la actividad contaminante para generar un peligro probable al medio ambiente, imputable a uno o varios autores, precisa, para desvirtuar la presunción de inocencia, ser probada por quién imputa la comisión, por acción u omisión, del delito ecológico, no pudiendo, como es evidente, revertirse la carga de la prueba, a modo de *probatio diabolica*, en perjuicio

⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR, N. “La prueba de los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley...*, pg. 9, cuando, al propio tiempo, afirma que “desde luego seguirá siendo necesario que el juez se convenza de la existencia de un nexo causal, entendido como eslabón de unión entre una acción que puede no corresponderse exactamente con el hecho y constituir una mera abstracción de elementos fácticos, tomados del mismo con base en criterios normativos, con un resultado hipotético (el grave perjuicio medioambiental). Y aunque resulte chocante hablar de prueba en semejante contexto, básicamente valorativo. Lo cierto es que el convencimiento del juez sobre el riesgo (dejando ahora al margen los juicios de valor de carácter normativo que influyen en la configuración mental de la acción y el resultado) resultará de la aplicación de máximas de la experiencia de carácter especializado que, en buena medida, desconocerá y que le habrán de ser transmitidas y explicadas por peritos, es decir, a través de la práctica de un medio de prueba”.

de aquellos, ni mucho menos presumirse conforme a parámetros prefijados o cerrados. En este sentido, resulta evidente que la desvirtuación de la presunción de inocencia habrá de venir fundada en la práctica de una o varias pruebas de cargo suficientes y determinantes, sin que la concreta actividad contaminante – en los delitos de peligro abstracto, potencial o probable – pueda calificarse como delictiva por integrarse, de manera automática, ciega o mecánica, en parámetros rígidos o programados, que, eventualmente, pudieran venir configurados, con carácter general, como graves atentados al medio ambiente, sin la menor ponderación, interpretación y valoración judicial del caso concreto.

La relación de causalidad entre la probabilidad o potencialidad de la lesión medioambiental y la idoneidad, aptitud o capacidad de la actividad contaminante constituye, al fin, la última valoración del juez, una vez despejadas positivamente las anteriores premisas, de suerte que no resultarán penalmente relevantes las acciones u omisiones idóneas para provocar o realizar, directa o indirectamente, un daño medioambiental cuando no resulte, al propio tiempo, posible, probable o relevante la generación de dicho daño ecológico. Tampoco será censurable, en el caso concreto, la abstracta probabilidad de generación de un daño potencial a nuestros recursos naturales cuando dicha probabilidad de lesión medioambiental provenga de la comisión, por acción u omisión, de actividades que carecen de la destreza, capacidad, habilidad, aptitud o idoneidad suficiente para generar aquel proyectado e hipotético peligro.

La relación de causalidad entre la posibilidad de la lesión y la adecuación de la actividad habrá de ser nuevamente valorada conforme a las reglas de la sana crítica, las máximas de experiencia y los criterios de raciocinio, sentido común y conocimiento científico, si bien el juez habrá de fundar, sustentar o mantener, como es lógico, estas técnicas de libre valoración de la prueba, en el conocimiento de los datos suministrados, aportados o incorporados, al proceso, la mayor parte de las veces, por los especialistas en la materia, generalmente, los peritos.

2.4.2. Especial incidencia de la prueba pericial

De las reflexiones argüidas en el epígrafe precedente, puede desprenderse, con toda evidencia, que la prueba central, y fundamental de los procesos seguidos frente a los delitos medioambientales es la pericial⁵¹.

La prueba pericial o dictamen de peritos podrá definirse como la actividad procesal encomendada a cualificados especialistas o expertos, de estudio, valoración, análisis, examen, evaluación o control, según los casos, destinada a complementar el conocimiento judicial del objeto litigioso en un determinado proceso, cuando este objeto estuviere conformado, en su integridad o parcialidad, por elementos científicos o técnicos ajenos al ámbito estrictamente jurídico⁵².

La naturaleza jurídica del dictamen pericial no ha sido pacífica entre la doctrina procesal, dividida, entre quienes entendían que era un “medio de prueba” en sentido estricto y quienes, sin embargo, estimaban que era un “medio de auxilio” al juez, en la medida en que los especialistas contribuían, con las debidas garantías de imparcialidad, a complementar el conocimiento del objeto procesal. El dictamen de peritos constituye, en la actualidad, un auténtico medio de prueba, que habrá de ser convenientemente valorado por el Tribunal conforme a su labor de interpretación, sus reglas de sana crítica y sus máximas de experiencia.

Al juez le corresponde, pues, la labor de interpretar la prueba pericial, conforme a las reglas de la sana crítica o máximas de experiencia, sin que en modo alguno le vinculen las conclusiones aportadas por los peritos, y ello muy a pesar de tratarse estos últimos, de especialistas en una materia en la que el juez se adentra, con prudencia, desde su inicial ausencia, escasez o insuficiencia de conocimiento hasta alcanzar, en su sentencia, una auténtica “razón de ciencia, técnica o práctica”.

Ahora bien, la ponderación de los dictámenes periciales conforme a las máximas de experiencia o reglas de la sana crítica habrá de referirse a toda

⁵¹ Para un estudio pormenorizado sobre la prueba pericial, se remite al lector a LUACE, A. I. *La prueba pericial...*

⁵² CALAZA, S. “El dictamen de peritos”, *Revista Jurídica de...*

suerte de peritajes científicos, prácticos, experimentales o técnicos, excepto los que, siendo científicos, despejen o concluyan, al propio tiempo, resultados irrefutables, incontrovertibles, inconfundibles, incuestionables o irrefutables, debido a la aplicación, al caso concreto, de reglas científicamente validadas, esto es lo que acontece, a modo de ejemplo, con las pruebas de ADN o con las de toxicidad de un determinado tejido.

La valoración judicial de aquellos estudios, resultados o conclusiones periciales que constituyen el fruto de una validación científica, no presenta mayores dificultades, si bien no sucede otro tanto, tal y como ha tenido ocasión de expresar la procesalística⁵³, con la evaluación judicial de informes casuísticos en los que la convicción alcanzada por el perito sobre el nexo causal entre la probabilidad de la lesión medioambiental y la adecuación de la acción contaminante no está respaldada por una ley científicamente validada. En tales supuestos el juez habrá de ser muy cauteloso toda vez que la mera probabilidad de generación de un daño medioambiental, sin resultado alguno, atribuible a un sujeto, merced a la idoneidad de su actividad para generar dicha lesión, pueden contravenir radicalmente el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro*

⁵³ GONZÁLEZ-CUELLAR, N. “La prueba de los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley...*, pg. 10, ha señalado, en este sentido, que “al igual que sucede en la prueba de la relación de causalidad entre acción y resultado, la formación de la convicción del juez acerca de la existencia del peligro (probabilidad de causar el resultado) implicará la aplicación de máximas de la experiencia que, normalmente, serán propias del conocimiento científico y habrán de ser suministradas por peritos: cuando exista una ley causal científica que anude la acción a la causación de un resultado lesivo en una frecuencia determinada habrá de considerarse probada la existencia del peligro. Pero, de nuevo, el problema surge cuando únicamente existen datos de correlación entre factores que no cumplen los requisitos metodológicos que permiten la validación científica de la hipótesis de la causalidad, es decir, en aquellos supuestos en los que la afirmación de la idoneidad de la acción para la causación del resultado carece del respaldo de una ley científicamente validada y en los que el hecho coincidente con el efecto adverso esperado no se haya producido. La condena en tales condiciones se basaría en una simple conjetura y no sería respetuosa con las exigencias del derecho a la presunción de inocencia y, más concretamente, con el principio *in dubio pro reo*. Solo cuando, en el caso concreto, haya aparecido un daño medioambiental parece justificado que se dé por probada una hipótesis de peligro científicamente no validada, sobre la base de la consideración del daño dañoso – unido a los restantes datos de correlación – como indicio y con observancia de los restantes requisitos que más arriba se expusieron para la posible utilización de la prueba indiciaria para la prueba de la relación de causalidad”.

reo cuando tanto la probabilidad de la lesión, como la adecuación de la actividad o, incluso, la relación de causalidad entre ambos extremos, están sustentados en la aceptación mecánica, ciega y automática de tesis periciales carentes de toda validación científica.

Aun cuando el dictamen pericial es un mecanismo probatorio en sentido estricto, no se nos oculta que la labor del perito no deja, por ello, de ser ilustrativa, informadora o, si se nos permite, auxiliadora de la del enjuiciamiento, toda vez que el perito o, en su caso, los peritos emitirán sus dictámenes precisamente para exponer, explicar, razonar, acaso motivar o, incluso, evaluar y, en cualquier caso, dar a conocer, al juez, aquellos extremos, aspectos u objetos ajenos a su conocimiento. Podríamos, en este sentido, preguntarnos cómo es posible que un juez, carente de los conocimientos de que dispone el perito o, en su caso, los peritos que le asisten, en el proceso en concreto, puede, sin embargo, en su sentencia, apartarse absolutamente del contenido, sentido o conclusión manifestada en el dictamen o dictámenes aportados, e imponer la suya propia. Y parece evidente que esta incógnita tan solo se despeja con la conclusión relativa a que el dictamen pericial contribuye a transmitir una trascendente información de la que el juez carecía, total o parcialmente, respecto del objeto procesal, así como, en su caso, a clarificar, explicar, alumbrar o iluminar su conocimiento del mismo, pero no, desde luego, a suplirlo.

Los delitos medioambientales presentan la particularidad, en el plano del procedimiento probatorio, de su interdisciplinariedad, lo que conlleva, en un buen número de ocasiones, tanto la emisión, respecto de un mismo atentado ecológico, de dictámenes contradictorios, inconciliables e incompatibles, que dificultarán la toma de posición judicial, como el solapamiento de conclusiones provenientes de peritajes realizados por distintos profesionales en relación con materias colindantes. Ello unido a la imperiosa necesidad de detectar y eludir, por parte del juez, los dictámenes o informes que carecen de veracidad, de rigor, de coherencia, de certeza o, en su caso, del debido conocimiento, conforme a los avances científicos actuales, que ha impulsado, a un sector de la doctrina⁵⁴,

⁵⁴ NIEVA, J., VIVES-REGO, J., CORCOY, M. “Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente”, *Diario La Ley...*, pg. 9, quienes, al propio tiempo, estiman que “la solución a los problemas expuestos no es – al menos no exclusivamente – legal, sino reglamentaria en cuanto a que hay que concienciar a los diferentes

a estimar que debieran desarrollarse y publicitarse los criterios y normativas de aplicación a utilizar en los procesos medioambientales para que tanto los profesionales potenciales emisores de opiniones, como las partes y los jueces, puedan optimizar, cuando no garantizar, la admisibilidad y calidad de la pericia ambiental ante la jurisdicción.

La labor del juez, a la hora de decantarse por uno o varios de los peritajes realizados, frente a los restantes, cuando fueren contradictorios, podría, al propio tiempo, facilitarse si nuestra *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispusiese dos posibilidades que ya han sido advertidas por la doctrina, como lo son, de un lado, la facultad de promover un careo entre los peritos⁵⁵ y de otro, la de decretar la práctica conjunta de la pericia y del reconocimiento judicial⁵⁶.

Colegios profesionales, a las universidades, y a los centros de investigación públicos y privados, de su responsabilidad en la colaboración con la justicia. Las referidas instituciones, deberían establecer listas de peritos, por temáticas y especialidades, y de entre ellos organizar un servicio de peritos de guardia para casos urgentes, con prioridad absoluta teniendo en cuenta que no estamos ante un hecho cualquiera, sino ante un delito de enorme gravedad”.

⁵⁵ NIEVA, J., VIVES-REGO, J., CORCOY, M. *Ibidem*, pg. 12, cuando señalan que “podría utilizarse el art. 724 LECrim. cuando dispone la posibilidad de que los peritos sean examinados *juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos*. Ya se ha puesto de manifiesto que la ley parte de una libertad procedimental bastante grande, por lo que no creo que exista ningún inconveniente para carear a los peritos, pese a que el art. 713 LECrim no los incluya entre los sujetos careables. La razón es que la prueba existe para esclarecer los hechos al juez. No puede admitirse que por una traba procedimental discutible, deba dejar de practicarse esta posibilidad que, además, puede dar unos resultados magníficos si se combina con las preguntas del juez o incluso de los abogados de las partes y del fiscal, que se vayan realizando, con la debida moderación, en el acto del juicio oral”.

⁵⁶ *Ibidem*, pgs. 12 y 13, cuando advierten que “en la investigación de los delitos contra el medio ambiente puede ser especialmente útil la práctica del reconocimiento judicial conjuntamente con la pericia. Por desgracia, muchos daños ecológicos son perfectamente apreciables para el profano. Si resulta que el profano, que en este caso es el juez, acude al lugar de los hechos y observa lo ocurrido, ve además cómo el perito recoge muestras y de donde, y va manteniendo una conversación con el perito en presencia, por supuesto, de las partes, la solución del caso concreto se le aparecerá muchísimo más sencilla, tanto para decidir la condena como la absolución. Por ello, nuevamente, aunque esta posibilidad tampoco esté prevista en los exiguos preceptos legales, debe hacerse uso de la misma siempre que sea preciso, y existan perspectivas de contemplar la magnitud del desastre *in situ*”.

El ejercicio de la interpretación discrecional de los dictámenes periciales habrá de ser especialmente detallado, motivado y razonado si finalmente se decanta por una posición ajena, contradictoria o incluso, opuesta, a la conclusión pericial, toda vez que, tal y como ha tenido ocasión de exponer nuestra doctrina⁵⁷, en sintonía con nuestra jurisprudencia⁵⁸, si el juez no explica la desarmonía existente entre las inequívocas apreciaciones reflejadas en el dictamen y las expuestas en la sentencia, existirá un error en la valoración de la prueba controlable a través de la apelación⁵⁹ e, incluso, de la casación por infracción de ley.

La revisión en casación de la prueba pericial, interpretada por el juez de instancia, requiere demostrar o acreditar, conforme ha tenido ocasión de exponer la jurisprudencia⁶⁰, alguna o algunas de las actuaciones siguientes: que este juez hubiere

⁵⁷ GIMENO S, V., *Derecho procesal civil...* pg. 495.

⁵⁸ Vid., la SAP de Barcelona, 10 de mayo de 2011, donde se ha expresado lo siguiente: “El Tribunal Supremo ha declarado que, en todo caso, la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándole sobre las circunstancias del caso, siendo la prueba pericial de libre apreciación de aquel (STS de 6 de febrero de 1987). En el supuesto de que en el proceso obren dictámenes contradictorios, el juez es soberano para optar por aquel o aquellos que estime más convincentes y objetivos, es decir, que ofrezcan una mayor aproximación o identificación a la realidad de los hechos, presentando mayores garantías de acierto y objetividad (SSTS de 9 y de 19 de febrero de 1987; de 6 de marzo de 1989). Ahora bien, aunque a los tribunales no les vincula el dictamen de los peritos, ello no les exime del deber de apreciar la prueba pericial según las reglas de la sana crítica (STS de 22 de febrero de 1989). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que el juez debe apreciar la prueba pericial según las reglas de la sana crítica (...) para, según aquellas reglas sobre la base de la aportación de conocimientos científicos de los que requieren pericia, poder decidir consecuentemente y fundadamente en el sentido justo (STC de 25 de septiembre de 1987).

⁵⁹ Vid., la SAP de Barcelona, 20 de junio de 1994, donde se señala que: “siendo principio procesal que la prueba pericial de libre apreciación del juzgador (sin tener que someterse este al dictamen de peritos), ha de ser valorada según criterios de la sana crítica, dentro del conjunto armónico de los demás medios probatorios ha de apreciarse por la resultancia del conjunto, siempre que las conclusiones a que llegue el juzgador sean “lógicas y coherentes” con lo discutido y solo si se demuestra que son ilógicas, absurdas o contradictorias, con lo debatido en el pleito, procederá su rechazo, no pudiendo primar sin embargo las conclusiones de los litigantes que no se ajusten a valoraciones objetivas sobre las realizadas por el juzgador siguiendo las reglas procesales sobre valoración de los medios de prueba”.

⁶⁰ La SAP de Madrid, 5 de marzo de 2010, se ocupa de concretar los supuestos en los que es revisable la valoración de la prueba pericial, efectuada por el juez de instancia, al señalar lo siguiente: “La prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorable por el juzgador

extraído conclusiones ilegales, absurdas, irracionales o ilógicas⁶¹, tergiversado las conclusiones de forma ostensible, falseado arbitrariamente su dictado, omitido datos relevantes que figuran en el informe, realizado un “*iter*” deductivo contrario a un razonamiento humano consecuente, o adoptado, al fin, criterios desorbitados o irracionales, o decisiones contrarias a las reglas de la experiencia común. Quedan, sin embargo, fuera de toda posibilidad de impugnación, tal y como también se ha advertido⁶², las situaciones de duda, inseguridad, vacilación o equívocidad.

según su prudente arbitrio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación (SSTS de 7 marzo y del 14 octubre 2000; de 13 noviembre 2001, entre otras). El único límite legal para la formación del juicio jurisdiccional lo constituyen las reglas de la sana crítica, las cuales no están codificadas y han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana (SSTS de 14 octubre 2000 y de 13 noviembre 2001). En definitiva, el Tribunal, al valorar el dictamen de los peritos, deberá ponderar, entre otras, las siguientes cuestiones: Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen. En cualquier caso, con base en la doctrina expuesta, su revisión en esta alzada procedería cuando el juzgador del primer orden jurisdiccional extraiga conclusiones absurdas o ilógicas, tergiversarse las conclusiones de forma ostensible o falsee arbitrariamente sus dictados o se omitan datos relevantes que figuran en el informe, si el “*iter*” deductivo es contrario a un razonar humano consecuente, o se adoptan criterios desorbitados o irracionales, o decisiones contrarias a las reglas de la experiencia común, y, como veremos, nada de ello ocurre en el presente caso. También en relación con el denunciado error de valoración de la prueba, hemos de poner de manifiesto que, como nos enseña la STS de 23 de septiembre de 1996, la valoración de la prueba es facultad de los tribunales, sustraída a los litigantes, a quienes les corresponde aportar las pruebas que la normativa legal autoriza – principio dispositivo y de rogación –, pero en forma alguna tratar de imponerla a los juzgadores. A ello debe añadirse que el juzgador que recibe la prueba puede valorarla libremente, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar la legalidad en la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de su carga, y si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez *a quo* de forma arbitraria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso”.

⁶¹ Vid., la SAP de Málaga, 15 de diciembre de 1999, donde se aclara que “la prueba pericial, cuestionada por la parte apelada, según reiterada y constante doctrina jurisprudencial (SSTS de 19 de octubre de 1982, de 13 de mayo de 1983, de 30 de marzo de 1984, de 9 de octubre de 1989; de 24 de septiembre y 2 de diciembre de 1994), es de libre apreciación judicial y valorable según las reglas de la sana crítica (...), no apareciendo el resultado obtenido de la misma como ilógico, absurdo o disparatado en manera alguna”.

⁶² BELHADJ, C. “La prueba pericial, reglas sobre proposición, admisión y práctica en el Derecho civil”, *Revista Aranzandi Doctrinal...*

La configuración del dictamen pericial como un mecanismo exclusivamente probatorio y no de “auxilio judicial” ha de ser merecedora, finalmente, de una favorable acogida, toda vez que su opción contraria, esto es, la posibilidad de confiar a los peritos, el sentido, designio y, en definitiva, la resolución de un buen número de conflictos jurídicos, supondría una indeseable suplantación, sustitución o desplazamiento de la labor del juez, en favor de la del perito. Y es que en un buen número de casos la probabilidad de riesgo, generado por la actividad contaminante, es de destacar, resulta perfectamente perceptible por los sentidos, sin que el juez precise, para obtener dicha certeza, conocimientos científicos o técnicos específicos.

La prueba pericial es una prueba personal, en tanto en cuanto su realización se encomienda a una persona, el perito, especialista en una determinada materia, que ilustra al juez o complementa sus conocimientos, en el concreto proceso en el que está llamado a emitir un dictamen. El perito ha de ser, por razones obvias de independencia e imparcialidad, un tercero ajeno al proceso, no pudiendo concurrir dicha cualidad en la persona del acusador o del acusado, ni mucho menos en la del juez.

Los dictámenes periciales podrán encomendarse a personas físicas o jurídicas, con una cualificación especial – avalada por sus estudios o por su experiencia – que no han alcanzado un conocimiento del objeto litigioso por su percepción sensorial del mismo – pues en tal caso serían testigos – sino por sus conocimientos científicos o técnicos, o bien por su experiencia práctica, al respecto.

La característica esencial de la pericia, frente a otros mecanismos probatorios, reside, en esencia, en dos elementos: objetivo, el primero, referido a los hechos – de los que el perito habrá de haber tomado conocimiento siempre en el marco del proceso, nunca fuera del mismo –, y subjetivo el segundo, referido a la cualificación, especialidad o experiencia del perito encargado, por las partes o por el juez, de estudiar, analizar y, en su caso, evaluar aquellos hechos.

Las sanciones penales en que incurre el perito que incumple su deber de lealtad a la verdad son las impuestas por el Código Penal al delito de “falso testimonio” [referido a los “peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción” (ex. art. 459 CP) y a los que, “sin faltar sustancialmente

a la verdad, la alteren con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos” (ex. art. 460 CP)].

2.4.3. Momento procesal oportuno

Es de todos sabido que una de las garantías esenciales de nuestro proceso penal es la atinente a que tan solo puedan ser idóneas para desvirtuar la presunción de inocencia, las pruebas que hayan sido obtenidas y practicadas con respeto a los derechos fundamentales⁶³.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, desde la conocida STC 31/1981, de 28 de julio, viene afirmando como regla general – a la que no faltan algunas excepciones para los casos de prueba anticipada o prueba preconstituida debidamente integradas en el material probatorio a través del filtro legitimante que proporcionan los principios de contradicción, inmediación y defensa – que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes⁶⁴.

De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa⁶⁵.

⁶³ Para un estudio especializado, se remite al lector a CALAZA, S. *Garantías constitucionales del...*

⁶⁴ STS de 30 de mayo de 2007: SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, F. 2; 161/1990, de 19 de octubre, F. 2; 51/1995, de 23 de febrero, F. 2; 40/1997, de 27 de febrero, F. 2; 2/2002, de 14 de enero, F. 6; 12/2002, de 28 de enero, F. 4; 155/2002, de 22 de julio, F. 10 y 195/2002, de 28 de octubre, F. 2.

⁶⁵ STC 51/1995, de 23 de febrero, F. 2, citando las SSTC 101/1985, de 4 de octubre; 137/1988, de 7 de julio; y 161/1990, de 19 de octubre.

Como regla general, las diligencias policiales carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, tanto las que se practican en el ámbito de un proceso judicial penal como las que se realizan con anterioridad a su apertura, para la prevención, investigación y constatación de los hechos delictivos, o de infracciones administrativas. Esta ausencia de valor probatorio se deriva de su propia naturaleza, al no constituir pruebas, en sentido estricto, sino meras diligencias de investigación o prevención, aun cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial o en un acta de infracción o de ocupación de efectos o toma de muestras. Para que puedan ser valorados los elementos probatorios que de estas diligencias pudiesen derivarse (recogida de muestras o vestigios, por ejemplo), deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación⁶⁶.

Las diligencias policiales no pueden constituir ordinariamente pruebas preconstituidas porque como señala una reiteradísima doctrina del Tribunal Constitucional, las pruebas preconstituidas son aquellas que reúnen cuatro requisitos: el material (que se trate de pruebas de imposible reproducción en el juicio oral); el objetivo (cumplimiento de todas las garantías legalmente previstas); el formal (que sean reproducidas en el juicio oral a través del art. 730 LECrim), y el subjetivo (practicadas ante el juez de instrucción), no cumpliendo las diligencias policiales este último requisito⁶⁷.

Excepcionalmente el Tribunal Constitucional (sentencia núm. 303/1993, de 25 de octubre, por ejemplo), ha admitido la posibilidad de que un acta policial

⁶⁶ SSTS 64/2000 y 756/2000, entre otras muchas, o la STC 303/1993.

⁶⁷ GIMENO, V. *Derecho procesal civil...* pg. 236, señala, a este respecto, que “el aseguramiento de la prueba es una actividad del juez de instrucción que comprende dos cometidos concretos, bien la práctica del acto de prueba, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto de “prueba instructora anticipada”, bien la guarda y custodia de las fuentes de prueba a través de actos de “prueba preconstituida”. Ambos actos de prueba sumarial poseen un denominador común, cual es la *irrepetibilidad del hecho* sobre el que recaen, pero se diferencian, tanto por el medio de prueba utilizado (testifical y pericial, en la *prueba anticipada* y documental pública en la *preconstituida*), como por la autoridad que la interviene: el juez de instrucción siempre en la prueba anticipada y el juez, el MF o la policía judicial (estos últimos, por razones de urgencia), en la preconstituida”.

podiese tener el valor de prueba preconstituida, reproducible en el juicio a través del art. 730 de la LECrim con valor probatorio sin necesidad de comparecencia de los agentes policiales. Pero «para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza (probatoria) se hace preciso que la policía judicial haya intervenido en ellos por estrictas razones de urgencia y necesidad, pues, no en vano, la policía judicial actúa en tales diligencias a prevención de la autoridad judicial (art. 284 de la LECrim)».

En consecuencia, estos requisitos de «estricta urgencia y necesidad» no constituyen, en realidad, presupuestos de legalidad, o de constitucionalidad, de las diligencias policiales de investigación o de prevención de los hechos delictivos – que solo requieren el cumplimiento de los requisitos materiales de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión – sino un presupuesto indispensable para la excepcional utilización del acta policial como prueba de cargo⁶⁸.

La recogida de las muestras de los delitos ecológicos por los servicios policiales para su análisis por los laboratorios oficiales no constituye, por tanto, una prueba preconstituida, por lo que dicha toma de muestras no necesita practicarse en condiciones similares de contradicción a las exigibles para la práctica de la prueba en el procedimiento judicial.

La norma analógicamente aplicable a esta actuación policial preprocesal, y con independencia de la normativa administrativa que disciplina específicamente estas actuaciones⁶⁹, es la de la recogida u ocupación de los efectos de cualquier clase que pudieran tener relación con el delito y que se encontrasen en el lugar

⁶⁸ Vid., las SSTS 756/2000, de 5 de mayo y 193/2001, de 14 de febrero.

⁶⁹ Los preceptos de la LECrim relativos a la recogida de pruebas materiales de la realización del delito en el lugar de los hechos (art. 326, inspección ocular; 334, cuerpo del delito, etc.), deben ponerse en relación con los arts. 282 y 286.2^o de la misma Ley y con el Real Decreto 769/1987, de 17 de junio, regulador de las funciones de la policía judicial, de cuya combinada aplicación se deduce la interpretación racional y actualizada de la norma en el sentido de que la labor especializada de búsqueda y ocupación de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la policía judicial, bajo la superior dirección del juez instructor cuando estén incoadas diligencias penales, pero sin necesidad de su intervención personal. (Sentencias 267/99, de 24 de febrero, 715/2000, de 27 de abril n.º 873/2001, de 18 de mayo).

en que este se cometió, en sus inmediaciones o en poder del reo, (arts. 334 y 336 de la LECrim), que únicamente exige que se extienda un acta o diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar una idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo, diligencia que será firmada por la persona en cuyo poder fuesen hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos, obviamente si se hubiese dictado previamente, y pudiendo acordarse el reconocimiento pericial de los referidos efectos si fuera conveniente.

Las diligencias policiales no constituyen, en principio, pruebas preconstituidas. Por ello las mismas deben ser reproducidas en el juicio oral mediante la comparecencia de quienes en ellas hayan intervenido, estando sus manifestaciones en dicho acto sometidas a contradicción y siendo captadas por el Tribunal de forma inmediata. Las diligencias efectuadas por la policía judicial, en el curso de la investigación que constitucionalmente tiene atribuida, no constituyen pruebas sino cuando sus contenidos son expuestos, vía testifical, en el juicio oral⁷⁰. Como hemos señalado en nuestra jurisprudencia⁷¹, es claro que la policía judicial, policía técnica y especializada en la investigación de hechos delictivos, tiene competencias propias sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en las leyes procesales. Cuestión distinta es la valoración que deba darse a las mencionadas diligencias policiales, pues como tales diligencias del atestado no tienen naturaleza de prueba, sin perjuicio de su valoración como testifical en el juicio oral sujeta a las exigencias de la prueba testifical. En definitiva, no se trata de una pericial preconstituida sino de una diligencia policial de investigación que adquiere relevancia probatoria, como prueba testifical, cuando los agentes comparecen en el juicio oral para deponer sobre lo que sensorialmente apreciaron⁷².

La recogida de muestras sobre las emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, constituye, por tanto, una diligencia policial que carece de valor probatorio alguno, toda vez que su práctica ha de limitarse a la aprehensión de las

⁷⁰ Sentencia 2031/2002, de 4 de diciembre.

⁷¹ STS 724/2002, de 24 de abril.

⁷² Sentencia 2031/2002, de 4 de diciembre.

muestras, tejidos o, en general, elementos, que ulteriormente serán sometidos a valoración pericial, y no, como es lógico, a fundar directamente, y por sí mismas, una sentencia de condena.

Esta recogida de muestras no precisará, por tanto, la presencia del juez, ni del secretario judicial, si bien nuestra procesalística moderna⁷³ ha tenido a bien advertir, en salvaguarda del derecho de defensa, que debiera facilitarse, pese a ello, en este acto, la participación del presunto autor del delito medioambiental, tanto en el ámbito de las diligencias de investigación abiertas por la fiscalía, como en el seno de la instrucción judicial, con la única excepción de una declaración de secreto de las actuaciones conforme a la ley.

3. DELITOS RELATIVOS A LA GESTIÓN DE RESIDUOS

El art. 328 del Código Penal establece lo siguiente:

1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años quienes establezcan depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.
2. Con las mismas penas previstas en el apartado anterior serán castigados quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas.
3. Serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida,

⁷³ GONZÁLEZ-CUELLAR, N. “La prueba de los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley...*, pg. 2.

integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

4. El que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.
5. Cuando con ocasión de las conductas previstas en los apartados anteriores se produjera, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.
6. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:
 - a) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.
 - b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

7. Cuando en la comisión de cualquiera de los hechos previstos en los apartados anteriores de este artículo concorra alguna de las circunstancias recogidas en los apartados a), b), c) o d) del art. 326 se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código.

4. PREVARICACIÓN MEDIOAMBIENTAL

El art. 329 del Código Penal sanciona, en su primer apartado, que “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses”. Con las mismas penas, según prosigue el segundo apartado de este mismo precepto, se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

Aun cuando el Código Penal tipifica, con toda precisión, el delito comúnmente conocido como “de prevaricación medioambiental”, surge el interrogante relativo a la posibilidad de imposición de sanción a quién, bajo la apariencia, cobertura o aval de la autorización administrativa irregular – sea por prevaricación o cohecho, sea por mera negligencia –, acomete una actuación potencialmente contaminante. La doctrina⁷⁴ que, con mayor rigor, se ha ocupado de la presente cuestión estima, con acierto, que la presencia de una autorización no excluye la tipicidad del hecho. Y con mayor radicalidad, si cabe, se ha pronunciado – la doctrina y la jurisprudencia – en presencia de actuaciones de autorizaciones viciadas,⁷⁵ en aquellos casos en los que estas autorizaciones o permisos han sido

⁷⁴ GÓMEZ RIVERO, M. C. *El régimen de...*, pg. 48, señala, en este sentido, que “al juez le bastará con constatar la infracción de la normativa general (y del peligro, naturalmente) para considerar realizado el tipo, sin que para ello deba indagar sobre la corrección de la autorización otorgada por la administración; en otras palabras: el hecho será típico con independencia de la validez de ese acto administrativo particular”.

⁷⁵ DE VICENTE, R. *Responsabilidad penal del...*, pg. 90, quien, asimismo, acomete una nítida diferenciación entre los supuestos de actuación dolosa o negligente, imputables a la administración, al matizar que: “en el caso en que el emitente consigue una autorización fraudulenta o a través de coacción o cohecho, el emitente no debe poder apelar a una autorización viciada pero eficaz porque es nula. Por el contrario, no actuará con abuso de derecho el emitente que solo se aprovecha de un previo error de la autoridad o si la autoridad

obtenidos mediante engaño, amenazas, soborno o cuando sean evidentes otras carencias especialmente graves.

El delito de prevaricación medioambiental se estima consumado no solo cuando se conculcan las normas administrativas protectoras del medio ambiente a través de informes, autorizaciones o silencio en las inspecciones, sino también, tal y como ya ha sido advertido⁷⁶, cuando merced a estas actuaciones se genera una conducta penalmente típica contra el medio ambiente.

5. DAÑOS EN ESPACIO NATURAL PROTEGIDO

El art. 330 del Código Penal establece que “quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

6. COMISIÓN POR IMPRUDENCIA GRAVE

El art. 331 del Código Penal señala, finalmente, que “los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”.

La mayor o menor gravedad de la imprudencia no debiera condicionar la existencia misma del ilícito, puesto que si la imprudencia fuera leve, aunque los daños fueran catastróficos, entonces, tal y como se ha cuestionado la doctrina⁷⁷, ¿acaso no habría delito alguno?

llega a una falsa valoración de la situación de hecho a partir de sus propias indagaciones a no ser que el emitente esté obligado a la aclaración al efecto”.

⁷⁶ SILVA, J. M. *Delitos contra el...*, pgs. 155 y 156, quien, asimismo, ha señalado que “solo en este caso se da la doble dimensión de lesividad propia del precepto, que, por lo demás, distingue radicalmente las conductas en él comprendidas de las que constituyen tan solo infracciones administrativas”.

⁷⁷ Vid., DE VEGA, J. A. *Delitos contra el...* pg. 140.

7. CONCLUSIONES

La prueba de los delitos medioambientales constituye, como puede desprenderse del presente ensayo, una actividad compleja.

El juez habrá de verificar, en primer lugar, si la actividad realizada constituye alguna de las descritas, con toda precisión, en el tipo – emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos – puesto que, con base en una de las proyecciones fundamentales del principio de legalidad – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – no podrán sancionarse actuaciones que no hubieren sido tipificadas, con carácter previo a su comisión, en el Código Penal.

Estas actuaciones habrán de constituir, al propio tiempo, una contravención de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medioambiente, puesto que la tipicidad de la conducta se hace depender, en nuestro vigente Código Penal, del incumplimiento de las normas reguladoras del hábitat afectado en el caso concreto.

El juez habrá de comprobar, una vez advertida la efectiva realización de, al menos, una de las conductas descritas en el tipo, contraventora de las normas tuteladas del medio ambiente, si la actuación del presunto autor del delito ecológico es directa o indirecta, al tiempo que, en su caso, mediata o inmediata. Será una actuación directa cuando realice, activa o positivamente, las emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos; y será una actuación indirecta cuando deje de evitar, eludir o prevenir, la medida de sus razonables posibilidades, la contaminación ambiental descrita en el tipo. Será una actuación inmediata cuando realice en primera persona estas emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, y lo será mediata cuando provoque, contribuya, impulse, favorezca, facilite, induzca, coadyuve o, de cualquier modo, coopere, desde una posición secundaria o no principal, con la acción descrita. Todo ello sin perjuicio del dolo o imprudencia atribuibles, una vez desvirtuada su presunción de inocencia, al autor directo o indirecto, así como mediato o inmediato del delito ecológico.

Una vez advertida la efectiva existencia de, al menos, una de las conductas, directa o indirecta, inmediata o mediata, descritas en el tipo y contraventora de la específica normativa reguladora del medio ambiente, en el concreto hábitat afectado, hipotéticamente atribuible a uno o varios autores, todavía no ha comenzado la dificultad probatoria. Y es que de la genérica y grandilocuente expresión, referida a las actuaciones descritas, “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, se desprende una triple dificultad probatoria: así, el juez, tras la determinación, concreción y afirmación, en primer lugar, de la existencia de un riesgo hipotético, potencial probable o, si se prefiere, abstracto, generado ante la infracción de una normativa protectora del medio ambiente; habrá de evaluarlo, examinarlo y calificarlo, en segundo lugar, como grave, merced a la adecuación, suficiencia o idoneidad de la acción u omisión descrita en el tipo; y concluir, en tercer lugar, que dicho riesgo o peligro afecta, en adecuada valoración de la relación de causalidad advertida, al equilibrio de los sistemas naturales.

La evaluación de cada uno de estos tres parámetros: probabilidad de la lesión, adecuación de la actividad y relación de causalidad entre los dos anteriores, habrá de fundarse, la mayor parte de las veces, en los informes científicos aportados por los peritos, de suerte que el juez habrá de ser muy cauteloso a la hora de priorizar estudios periciales, carentes de validación científica, frente a las posiciones de las partes, especialmente del imputado, para cumplir los dictados del derecho a la presunción de inocencia.

8. FUENTES

ADINOLFI, G. “La tutela penale dell’ambiente in Italia. Limitazioni legali e necessita materiali”, *Revista electrónica de Derecho Ambiental*, 2006: http://huespedes.cica.es/gimadus/14-15/06_ambiente_in_italia.htm

BELHADJ. C., “La prueba pericial, reglas sobre proposición, admisión y práctica en el Derecho civil”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2012.

BELOFF, M. “Lineamientos para una política criminal ecológica”, *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1994.

CALAZA, S.

- *Garantías constitucionales del proceso judicial español*. Madrid: Colex, 2011.
- “La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n.º 5, 2012.
- “¿Es realmente un principio la oportunidad?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 842, 2012.
- “Las paradojas del mal llamado *principio de oportunidad* en el proceso penal”, *La Ley Penal*, n.º 103. Madrid: La Ley, 2013.
- “El dictamen de peritos”, *Revista Jurídica de Doctrina y Jurisprudencia Civil, Mercantil y Procesal*, Actualidad Civil, n.º 9. Madrid: La Ley, 2014.

CALAZA, S. y HERRANZ, I. “Insuficiencia del actual sistema de ‘publicidad de las normas’ y propuesta de soluciones”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 676, 2005.

CILLERO, P. “La prueba del daño y la relación de causalidad en el ámbito de la tutela frente al ruido”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2014.

CORDERO, C. “Delitos contra el medio ambiente”, *Monte Buciero*, n.º 2, 1998.

CUADRADO, M. A. “Derecho y medioambiente”, *Revista electrónica de Derecho ambiental*, n.º 21, 2010.

DE LA CUESTA, P. M.

- “Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medioambiente como bien jurídico”, *Anales de la Universidad de Cádiz*, XI, 1996.
- *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DE MIGUEL, C. “La nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver”, *Diario La Ley*, n.º 6848 y 6849, 2007.

DE VEGA, J. A. *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico flora y fauna en el Código Penal de 1995*. Madrid: Colex, 1996.

DE VICENTE, R. *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, 1993.

DOLZ, M. “Ministerio Fiscal y medio ambiente: algunas cuestiones sobre la investigación de los delitos medioambientales”, *Diario La Ley*, n.º 6667, 2007.

DOMÍNGUEZ, J. A. y otros. *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la salud colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*. Barcelona: Bosch, 1999.

FEIJOO, B. J. *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*. Madrid: Civitas, 2002.

FUENTES, J. L. “¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?”, *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14- 17, 2012

GIMENO, V.

- *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. Madrid: Colex, 2012. 4.ª e.

- *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2014. 4.^a e.

GONZÁLEZ-CUELLAR, N. “La prueba de los delitos contra el medio ambiente”, *La Ley* n.º 6328, 2005.

GÓMEZ, J. M. y HÓDAR, J. A.

- “Cuando las empresas contaminan y el pueblo paga”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n.º 4, 2002.
- “Protección del medio ambiente. Notas desde una perspectiva ecológica”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4, 2002.

GÓMEZ, M. C. *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

LUACES, A. I. *La prueba pericial en el proceso administrativo. Incidencias prácticas por la aplicación de la LEC*. Madrid: CEURA, 2004.

MARTÍNEZ, A. “Evolución jurisprudencial en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, *Ambiente y Derecho*, n.º 6, 2008.

MATEOS, A. *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*. Madrid: Colex, 1998.

MORETON, M. F.

- “Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 722, 2010.
- “La tutela contra los daños derivados del ruido en los supuestos de inactividad de los entes locales”, *RDP*, 2006.
- “La intimidad personal y familiar a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso español y la protección contra las inmisiones derivadas de la contaminación acústica”, *Revista Jurídica de la*

Universidad Iberoamericana de Puerto Rico, vol. 41, n.º 1 y 2, 2006.

- “Nuevos perfiles de la responsabilidad patrimonial de los entes locales según el Tribunal Constitucional: prueba individualizada del ruido, adopción de medidas suficientes por el Ayuntamiento y doctrina del TEDH sobre intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 722, 2010.

MUÑOZ, F. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. 16.ª e.

NIETO, A. “Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente”, en “La protección de bienes jurídicos globales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 16, 2012.

NIEVA, J. VIVES-REGO, J. CORCOY, M. “Eficacia y admisibilidad de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente”, *Diario La Ley*, n.º 6551, 2006.

PASTOR, D. R. “¿Es conveniente la aplicación del proceso penal convencional a los delitos no convencionales?”, *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1994.

PÉREZ, C. “El crimen ecológico internacional”, *Cuadernos de Criminología, Revista de Criminología y Ciencias forenses*, n.º 5, 2009.

PERIS, J. M. “Delitos contra el medio ambiente”, *Colección de estudios*. Universidad de Valencia: Instituto de Criminología, 1984.

POLTI, A. “Delitos ecológicos o contra el medio ambiente”, *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1994.

RAFOLS, I. J. “Vertidos contaminantes y delito contra el medio ambiente”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4, 2004.

RAZQUIN, J. A. “El ruido de los aviones: Comentario de la STS de 13 de octubre de 2008 sobre contaminación acústica del aeropuerto de Madrid-

Barajas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009.

RODRÍGUEZ, L. “Los riesgos de lo abstracto en el Derecho Penal (el delito de contaminación ambiental como ejemplo)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 574, 2003.

RUSCONI, M. A. “Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico”, *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1994.

SERRANO, E. “La protección medioambiental: especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medioambiente”, *Actualidad Civil*, 2001.

SERRANO, M. D., SERRANO, A. y VÁZQUEZ, C. *Tutela penal ambiental*. Madrid: Dykinson, 2013. 2.ª e.

SESSANO, J. C., “La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades jurídicas de su tratamiento jurídico”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-11, 2002.

SILVA, J. M.

- “¿Protección penal del medioambiente?”, *La Ley*, n.º 132, 1997.

- *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

TARRÍO, M. C. y MURACA, S. F. “El derecho ambiental y los delitos ecológicos”, *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1994.

URRAZA, J. *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*. Madrid: La Ley, 2001.

LOS BIENES INMATERIALES Y LOS ACTIVOS INTANGIBLES COMO CATEGORÍA AUTÓNOMA PATRIMONIAL

ÉDGAR IVÁN LEÓN – ROBAYO

ABOGADO DEL COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO (COLOMBIA-1997), CON POSGRADO EN DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA-1999) Y ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA (COLOMBIA-2001). MAGÍSTER EN DERECHO COMERCIAL DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (2013). DOCTORANTE EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO (ESPAÑA). FUE REPRESENTANTE POR COLOMBIA EN EL 31.º PERIODO DE SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI-UNCITRAL). EN REPRESENTACIÓN DE COLOMBIA INTEGRÓ EL *TASK FORCE* DE FRANQUICIA DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. HA SIDO PROFESOR DE LAS UNIVERSIDADES DE LA SABANA, LOS ANDES Y SERGIO ARBOLEDA (COLOMBIA). ACTUALMENTE ES PROFESOR PRINCIPAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL EN LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, EN PREGRADO, POSGRADO Y EN LA MAESTRÍA EN DERECHO, E INVESTIGADOR ASOCIADO DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO COMERCIAL DEL GRUPO DE DERECHO PRIVADO DE LA MISMA INSTITUCIÓN.

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. La realidad y su contenido: érase una vez una cosa que llegó a ser un activo intangible. 3. Una novedosa categorización. 4. La inmaterialidad – o intangibilidad – y sus cosas, bienes o activos como objeto de derechos. 5. La incorporalidad de los derechos. 6. Características de los derechos que recaen sobre bienes inmateriales y activos intangibles. 7. Utilización por el titular de bienes y activos que no existen en la realidad física. 8. Relaciones jurídico-reales sobre los activos intangibles – *‘Beneficial ownership’* –. 9. Consideraciones finales. 10. Fuentes.

Resumen. Durante las últimas décadas, las definiciones tradicionales de cosa y bien en las legislaciones de derecho civil se han venido modificando paulatinamente. En efecto, el concepto materialista propio del derecho romano, donde la realidad física es la predominante, ha cedido su primacía para darle cabida a lo intelectual y lo virtual, cuyos elementos encuentran en la actualidad un desarrollo jurídico que el operador jurídico debe conocer. Especialmente, cuando dentro de la mencionada evolución ya no se habla solamente de derechos, bienes inmateriales o propiedad intelectual, sino cuando en sistemas anglosajones se ha llegado a tipificar una propiedad especial – *beneficial ownership* – sobre los denominados “activos intangibles”.

1. INTRODUCCIÓN¹

Los sistemas legales de tradición romano-germánica parten de una premisa fundamental: la consideración de la corporeidad como elemento fundamental de la patrimonialidad. En tal sentido, por lo general los códigos civiles definen a los derechos reales como poderes jurídicos de los que disponen sus titulares sobre cosas materiales, entendidas como aquellas que ocupan un espacio en la realidad física.

A pesar de lo anterior, las cosas incorpóreas han adquirido durante las últimas décadas una importancia sin precedentes en materia jurídica, dada su relevancia económica. En efecto, el desarrollo de las artes y las ciencias, así como los avances tecnológicos y de las telecomunicaciones, han traído consigo la necesidad de modificar los esquemas de pensamiento tradicionales en esta materia y, por ende, son múltiples los retos que enfrenta el operador jurídico al momento de aplicar normas obsoletas en casos donde se encuentran afectados derechos de titulares respecto de este tipo de bienes.

Lo fundamental en este punto es, entonces, entender que las cosas incorpóreas no son solamente los derechos, como lo indicó, por ejemplo, Andrés BELLO en sus códigos civiles, sino que dentro de ellas se encuentra también la propiedad

¹ Este artículo es producto del proyecto de investigación “Problemas contemporáneos del derecho comercial”, que actualmente adelanta la línea de investigación en Derecho Comercial, del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

intelectual, desde su doble perspectiva: los derechos de autor y conexos, y la propiedad industrial. Pero es posible ir más allá, al entender que estos conceptos se encuentran cobijados en el entorno económico contemporáneo dentro de un gigantesco espectro que el derecho de la empresa ha denominado “activos intangibles”.

Precisamente, este escrito tiene como propósito analizar en qué consiste este concepto, para lo cual se partirá por explicar en qué reside la realidad, de qué se encuentra compuesta, cuál es su contenido jurídico y se precisará qué es un bien inmaterial, cómo ha evolucionado este término hasta llegar a la definición de activos intangibles, plantear sus consecuencias y efectos legales.

2. LA REALIDAD Y SU CONTENIDO: ÉRASE UNA VEZ UNA COSA QUE LLEGÓ A SER UN ACTIVO INTANGIBLE

Según explica el *Diccionario de la Lengua Española*, “cosa” es todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta, y que tiene cualidades que la diferencian de las demás². Es decir, se trata de todo aquello que existe y que ocupa un espacio en la realidad.

Esta última, a su vez, se define en una de sus acepciones como: “Lo que es efectivo o tiene valor práctico, en contraposición con lo fantástico e ilusorio”³. En términos generales, puede ser clasificada de tres maneras:

- a) Física o material. Corresponde a las cosas que se encuentran ubicadas en la tercera dimensión y que son perceptibles por los sentidos.
- b) Intelectual. Se trata de las ideas, las cuales son creadas y percibidas por la razón humana. Estas aparecen en virtud de un proceso cognoscitivo de creación y pueden estar o no basadas en la realidad.
- c) Virtual. Surge desde la década del 60 con la creación del computador, la evolución de la tecnología informática y el desarrollo de multimedia

² <http://lema.rae.es/drae/?val=cosa>, consulta realizada el 12 de febrero de 2015.

³ <http://lema.rae.es/drae/?val=realidad>, consulta realizada el 12 de febrero de 2015.

e internet⁴. Mediante su utilización los operarios interactúan en el denominado “ciberespacio”, a través de un sistema computacional. Se trata de un universo paralelo en el que las personas se encuentran, realizan negocios, adquieren bienes, reciben información, crean comunidades, construyen ciudades e, incluso, manifiestan sus sentimientos. Por ello, se trata de una categoría intermedia entre la realidad física y la intelectual, pues en ella se involucran elementos intelectuales que son perceptibles por los sentidos, especialmente la vista y, en algunos casos, a través de comandos de voz, en la medida en que los elementos informáticos son puestos en funcionamiento por la interacción que el individuo ejerce directa o indirectamente sobre ellos⁵.

De esta clasificación se desprenden entonces tres categorías de cosas, correspondientes a la clase de realidad en la que se encuentren: corporales, incorporeales y virtuales. Pero, ¿cómo se llegó a esta construcción terminológica?

Desde el derecho romano se han distinguido las cosas que se encuentran en la realidad física y aquellas que tienen una entidad no material. Al respecto, explica BIONDI que esta diferenciación fue formulada por GAIO y quedó recogida en el *Corpus Iuris*⁶. Es así como, en términos generales, las cosas corporales son aquellas que, al tener entidad material, son perceptibles por los sentidos y ocupan un espacio en el universo físico⁷.

Por su parte, ASCARELLI señala que el peso de la tradición romana induce a considerar como cosas corporales las que se pueden percibir inmediatamente con el tacto o, al menos, con los sentidos, contraponiendo a ello, de modo genérico,

⁴ Un completo marco histórico de internet es desarrollado por GAMBOA R. H., *Soberanía estatal en...*, pgs. 627-630.

⁵ Para mayor información sobre este tema, véase: BARFIELD, W. y otros. *Presence and performance...*

⁶ BIONDI, B. *Los bienes...*, pg. 43. “Son corporales aquellas cosas *quae tangi possunt*, como por ejemplo: una finca, plata, oro y otras innumerables; por el contrario, incorporeales son aquellas *quae tangi non possunt* y precisamente aquellas *quae in iure consistunt*, como p. e.: la herencia, el usufructo, la *obligatio*”.

⁷ *Idem.*

todo lo que no lo es, lo cual será, necesariamente, cosas incorpóreas. Según su criterio, esta situación hace que se confundan ciertos asuntos – desconocidos para el derecho romano –, como son: (i) las creaciones intelectuales – contraponibles a cualquier cosa del mundo de la naturaleza –; (ii) los derechos sobre los derechos y (iii) la apropiabilidad de las energías en el mundo físico⁸.

El *Diccionario de la Lengua Española* define el término incorpóreo como:

“... impalpable, que no se puede tocar”. Dentro de sus sinónimos se encuentran expresiones como intangible – que no se debe o no se puede tocar –, inmaterial o incorpóreo⁹. De ello se deduce que las cosas incorpóreas son aquellas entidades jurídicas que no se pueden enumerar entre las corporales, por cuanto no son perceptibles por los sentidos¹⁰.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la mayor parte de las legislaciones civiles de origen francés dividen las cosas en corporales e incorpóreas y establecen igualmente que las primeras tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos¹¹. Al respecto, se debe tener en cuenta que esta forma de regulación obedece a códigos decimonónicos en los que se confundían

⁸ “El indiscriminado tratamiento de problemas tan diversos como los enunciados no es, naturalmente, posible y por eso es por lo que el término ‘bien inmaterial’ debe ser utilizado, a mi juicio, en su significación restringida anteriormente mencionada, tratando después separadamente (...) los tan distintos problemas de los derechos sobre derechos o de la apropiabilidad de las energías...”, ASCARELLI, T. *Teoría de la...*, pgs. 285-287.

⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=incorporeal>, consulta realizada el 13 de febrero de 2015. Véase, igualmente, SUESCÚN, J. *Derecho privado...*, pgs. 1 y 2.

¹⁰ SUESCÚN, J. *Derecho privado...*, pgs. 1 y 2. De acuerdo con SUESCÚN, las cosas incorpóreas son las que no tienen una existencia física y se perciben solo mental o intelectualmente, pues no tienen cuerpo de apariencia sensible.

¹¹ El art. 565 del Código Civil chileno establece: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorpóreas las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”. Esta misma disposición se repite en el art. 653 del Código Civil colombiano. Una excepción a esta regla general la constituye el Código Civil peruano, normativa en la que los bienes se dividen únicamente en muebles e inmuebles y dentro de estas últimas se encuentran las cosas incorpóreas definidas estas como: “Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares”.

las cosas con los bienes. Mientras aquellas son el género, estos son especie.

La determinación de lo que es un bien obedece a tres criterios: (i) el valor económico de la cosa, (ii) su posibilidad de ser apropiado y (iii) su aptitud para satisfacer las necesidades de los sujetos de derecho¹². Por eso, resulta apropiado afirmar que los bienes son cosas que tienen valor económico, susceptibles de apropiación, y que se utilizan por los sujetos de derecho para satisfacer sus necesidades¹³.

Por otra parte, algunos códigos civiles¹⁴ establecen que las cosas incorporales son los derechos¹⁵. Estos serían únicamente los patrimoniales, es decir, los reales y los personales¹⁶. Aquí se deben hacer dos precisiones: en primer lugar, existe una confusión de términos. Aunque los derechos son realmente una variedad de las cosas incorporales, esto no quiere decir que sea la única¹⁷. Es decir, es una

¹² El Código Civil argentino diferencia claramente el concepto de cosas y el de bienes. Mientras por las primeras se deben entender: “Los objetos materiales susceptibles de tener un valor” (art. 2311), los segundos están definidos como “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas” (art. 2312). Para este ordenamiento jurídico el conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio, lo cual resulta criticable, en la medida en que desde un punto de vista económico contable el activo de una persona está compuesto no solo por ellos, sino también por los créditos que un sujeto de derecho tiene a su favor.

¹³ GÓMEZ, J. J. *Bienes...*, pg. 8. Respecto de este punto, GÓMEZ establece: “En sentido lato, [esta clasificación] comprende lo corpóreo, como una silla; lo incorpóreo, como el descubrimiento de un nuevo cuerpo o sustancia y los hechos positivos y negativos que se deben; lo apropiable para el hombre, como unos terrenos baldíos, y lo inapropiable, como el aire (...). En una acepción circunscrita al derecho civil se comprende únicamente lo apropiable, o sea lo corpóreo, como una máquina, y lo incorpóreo, como un descubrimiento o invento útil”.

¹⁴ El art. 576 del Código Civil chileno indica: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”. Esta misma disposición se repite en el art. 664 del Código Civil colombiano.

¹⁵ SUESCÚN, J. *Derecho privado...*, pgs. 5 y 6. “... cabe precisar que todo derecho es necesariamente inmaterial, por tanto incorporal, al entenderse por corporal lo que tiene una existencia material, lo que se puede ver y tocar. Por lo tanto, todos los derechos son necesariamente cosas incorporales (...). Para llegar a esta conclusión es menester admitir la distinción lógica entre el derecho – que siempre es incorporal – pues es una elaboración intelectual, y las cosas objeto de tales derechos, que pueden ser corpóreas o incorpóreas, muebles o inmuebles”.

¹⁶ Véase: ARTEAGA, J. *De los bienes...*, pgs. 283 y 284.

¹⁷ VELÁSQUEZ, L. G. *Bienes...*, pg. 6, afirma: “... el derecho como relación jurídica es una

clase de aquellas¹⁸. Así mismo, existen otros derechos que no son patrimoniales, como ocurre, por ejemplo, con los fundamentales, los recursos de amparo, la acción de tutela – en el caso colombiano – y las acciones populares y de grupo. Estos, por deducción lógica, también son cosas incorpóreas.

Cabe precisar, además, que por fuera de las disposiciones mencionadas también se encuentran otros ejemplos de cosas incorpóreas, como sucede con las ideas. Es el caso de un dragón o de un personaje mitológico, como el Minotauro, o, incluso literario, como Harry Potter, Christian Gray, John Snow o Bilbo Baggins, los cuales se encuentran en la realidad intelectual. Lo cierto es que para la época de redacción de esos ordenamientos, siglo XIX, se desconocía la existencia jurídica de otras variedades de cosas incorpóreas, surgidas gracias a la expansión de las ciencias y de las artes, así como por los avances científicos y tecnológicos.

En cualquier caso, estas cosas son susceptibles de ser incorporadas en un patrimonio, tienen un precio en el mercado y, por ende, pueden satisfacer las necesidades de los individuos, con lo cual son también patrimoniales. Por ello, se

noción incorpórea. El sujeto del derecho la ejerce sobre el patrimonio del acreedor cuanto tiene un carácter personal o sobre todos los demás sujetos – sujeto pasivo universal – cuando la relación jurídica es de naturaleza real. No se puede confundir, como lo hacían los romanos, la cosa o el bien con el derecho que se tiene sobre él”.

¹⁸ ARTEAGA, J. *De los bienes...*, pg. 283 y 284. Respecto de las cosas y bienes incorpóreas, algunos autores confunden el concepto de cosa con el de bien. Esto se deduce de afirmaciones como la siguiente: “Hay otros [bienes que] no se captan por los sentidos, sino que pertenecen a una categoría que se encuentra en el campo de los conceptos; ellos son los bienes incorpóreas, los cuales consisten en derechos reales y en derechos personales (art. 664). Son bienes jurídicamente, pues el titular de ellos los encontrará reflejados en su patrimonio. Sobre ellos pueden constituirse los mismos derechos que sobre las cosas corporales, por ejemplo, el derecho de dominio puede ejercerse también sobre intangibles, tales como las producciones de talento o del ingenio”.

les debe denominar: “bienes inmateriales¹⁹, incorporeales²⁰ o intangibles”²¹.

En el derecho italiano, además, se exige que esta clase de bienes se encuentren tutelados por el ordenamiento jurídico, lo que se presenta cuando la creación intelectual se convierte en un bien inmaterial individualizado conforme a una normativa especial, dictada básicamente para establecer su regulación específica. Esto sucedería específicamente con la regulación tradicional de los códigos civiles para las cosas materiales o, también, respecto de la propiedad intelectual.

Es así como para ASCARELLI: “El bien inmaterial al que se refiere el derecho absoluto constituye, precisamente, un bien externo al sujeto, objetivamente disciplinado en su constitución o individualmente determinado, cuyas utilidades se contraponen a las de la cosa material – o energía – en la que se ha materializado”²². Otros doctrinantes, por su parte, consideran que

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho...*, pg. 159. “Denominamos bienes inmateriales, recogiendo una terminología muy extendida en la doctrina italiana, a aquellas realidades que, careciendo de existencia corporal y siendo producto o creación intelectual del espíritu humano, el ordenamiento jurídico valora como posible objeto de derechos subjetivos”.

²⁰ TERNERA, F. *Derechos reales y...*, pgs. 16 y 17. “Cuando hablamos de bienes incorporeales, no nos referimos a los derechos entendidos como nociones jurídicas y, por ende, necesariamente entes incorporeales. Nos referimos a ciertos bienes objeto de estos derechos, que por no tener una naturaleza corporal no pueden ser percibidos por los sentidos. Estos bienes, denominados incorporeales, no ocupan un espacio físico. Su existencia viene del derecho que les confiere un valor económico cierto y, por ende, un lugar en el patrimonio. Sobre estos bienes inmateriales pueden constituirse derechos similares a los que se imponen sobre las cosas corporales”.

²¹ BIONDI, B. *Los bienes...*, pgs. 63 y 64. “La individualización de esta importantísima categoría de bienes se suele hacer por vía negativa, como resulta de la misma terminología; se habla de bienes inmateriales o incorporeales y los romanos decían que *tangit non possunt*. Pero no es fácil ni jurídicamente útil dar una definición positiva. Observa justamente Carnelutti que, tratándose de la órbita no física ni jurídica, sino metafísica, si bien con carácter económico, el jurista no puede pretender averiguar qué cosa sea este *quid* que se suele llamar bien inmaterial; es un bien en cuanto produce utilidad jurídicamente apreciable; y esto basta para el derecho. Precisar, en efecto, qué cosa sea la energía o la obra del ingenioso no solo es superfluo sino también peligroso, ya que la ley admite como bienes las entidades que socialmente sean consideradas como tales, pero no aquellas que solo científicamente sean consideradas como tales. Es un hecho que respecto a tales bienes se realizan los más variados actos jurídicos sin que nos demos cuenta de su intrínseca naturaleza ni sea necesario determinarla”.

²² ASCARELLI, T. *Teoría de la...*, pgs. 285-287.

mientras los bienes corporales son las cosas apropiadas, los incorporeales son los derechos reales que son objeto de aquellas²³.

En cualquier caso, el concepto de bien inmaterial ha tenido una rápida evolución. Ya no se trata simplemente de una cosa que tiene contenido patrimonial, sino que se trata efectivamente de un instrumento generador de riqueza. Por ello, actualmente se hace referencia a los denominados “activos intangibles”, los que son definidos como un conjunto de bienes inmateriales representados en derechos, privilegios o ventajas de competencia empresarial, cuyo valor contribuye a un aumento en los ingresos o utilidades que generan, por medio del empleo que de ellos hace su titular al interior del ente económico y que son susceptibles de ser transados dentro del curso normal de los negocios²⁴.

Para que un bien inmaterial pueda ser considerado como activo intangible debe ser identificable, tener un carácter no monetario y carecer de apariencia física. Adicionalmente, tiene que cumplir con tres requisitos principales: (i) su titular es un empresario; (ii) para su adquisición, desarrollo, mantenimiento o mejora se emplean recursos o se incurre en pasivos y (iii) tienen la aptitud para generar beneficios económicos, derivados de su naturaleza eminentemente intelectual, es decir, de la información o el conocimiento que de ellos tiene su titular, mediante su explotación por venta o arrendamiento en cualquier modalidad o por el aporte de los mismos a sociedades, empresas o establecimientos de comercio, dado su valor propio, intrínseco o autónomo²⁵.

²³ SUESCÚN, J. *Derecho privado...*, pgs. 1 y 2. “Los bienes inmateriales o cosas abstractas creadas por el hombre representan un valor apreciable en dinero – obras del ingenio, científicas, literarias, artísticas, invenciones industriales –. Sin embargo, nuestro derecho, como lo fue el romano, es mucho más amplio, pues considera como cosas incorporeales los derechos tanto reales como personales”.

²⁴ MARHUENDA, M. “La protección de los diseños industriales en la Unión Europea. Principales rasgos y ventajas en el derecho comunitario”, *Revista de propiedad...*, pg. 97.

²⁵ ROSEMBUJ, T. “Intangibles precios de transferencia (A propósito de la Sección 482 del I.R.C y la nueva reglamentación 2007 del Tesoro de los EE. UU.)”, *Crónica Tributaria*: www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/125_intangibles.pdf, consulta realizada el 13 de febrero de 2015.

3. UNA NOVEDOSA CATEGORIZACIÓN

Ha quedado precisado que tanto el Código Civil francés como las diferentes legislaciones civiles latinoamericanas que siguen sus postulados establecen que las cosas incorpóreas son los derechos²⁶. De acuerdo con lo anterior, únicamente tendrían existencia jurídica los derechos patrimoniales – reales y personales – y los extrapatrimoniales, entre los cuales se encontrarían los fundamentales.

Sin embargo, las cosas incorpóreas son todas aquellas que, a pesar de no tener una manifestación corporal y, por esa razón, no son perceptibles por los sentidos, existen en una realidad intelectual o virtual. Si cumplen con los requisitos de prestarle una utilidad a un sujeto o ente de derechos, pueden ser consideradas bienes inmateriales. Es decir, mientras las cosas incorpóreas son el género, los bienes inmateriales serán una especie de aquellas, por lo tanto, será respecto de estos donde recaerán los derechos patrimoniales correspondientes. A diferencia de los bienes corporales, los bienes inmateriales siempre serán patrimoniales, por sus especiales características.

Tanto el rezago normativo en materia del desarrollo y análisis objetivo de las cosas incorpóreas, como la importancia que han adquirido los principales bienes inmateriales, esto es, la propiedad industrial y los derechos de autor, no han permitido que la doctrina latinoamericana se ocupe de desarrollar estos institutos. Tampoco ha sido posible que se realicen categorizaciones que permitan estructurar una sistematización de este tipo de cosas desde un punto de vista jurídico, como sucede en los diferentes códigos civiles con las cosas corporales.

A pesar de lo anterior, en la doctrina italiana se pueden encontrar dos posturas que permiten realizar esta labor. BIONDI, por ejemplo, presenta una enumeración de los bienes inmateriales y, al señalarlos expresamente, determina sus condiciones y características jurídicas, así²⁷:

- a) Las energías. Según el derecho italiano, será *bien* cualquier clase de energía, natural o producida por el hombre de manera artificial, que pueda ser

²⁶ Véanse los arts. 653 y 664 del Código Civil colombiano.

²⁷ BIONDI, B. *Los bienes...*, pgs. 64-77.

sometida a su poder o que presente una utilidad socialmente apreciable²⁸.

- b) El espacio aéreo. En términos generales, lo que le da a este bien su utilidad es la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo, a través de su relleno o su utilización mediante aparatos que permitan la navegación aérea²⁹. Por lo general, su regulación se encuentra en normas de derecho público, e incluso, en algunos países, como Colombia, está establecida por la misma Constitución³⁰. Se trata de bienes públicos, respecto de los cuales el Estado ejerce un derecho en su calidad de soberano, en virtud del dominio eminente.
- c) El trabajo y el hecho del hombre. Respecto de este tema, el autor advierte que lo que se constituye como bien inmaterial es el producto del trabajo o el derecho a tenerlo, como cualquier otro derecho de crédito. “Si es verdad, como se enseña comúnmente, que el trabajo consiste en la expresión de la energía física o intelectual, es claro que es bien el derecho a tal expresión o su resultado, pero no el trabajo de por sí”³¹. Se debe recordar que en la mayoría de los países cuya legislación es de corte francés hasta hace algunas décadas el trabajo de las personas era regulado por normas civiles. Sin embargo, el advenimiento del derecho laboral hizo que esta rama jurídica se tornara como independiente en el común de los ordenamientos latinoamericanos.

²⁸ *Ibidem*, pgs. 64-71. Para que la energía sea considerada como un bien inmaterial, la ley italiana exige dos requisitos: (i) que se trate de energía natural, producida por el hombre de manera similar a como es producida por la naturaleza o mediante la explotación de las leyes de la naturaleza y (ii) que tenga un valor económico.

²⁹ *Ibidem*, pg. 73. Según el autor, la naturaleza jurídica del espacio aéreo como cosa es discutible, en la medida en que la denominada propiedad del espacio no es otra cosa que la facultad de ejercitar el derecho, ya que el espacio aéreo que se encuentra encima del suelo desaparece, en la medida en que este se ocupa con una cosa corporal. De esta manera, explica que el art. 840 del Código Civil italiano establece que respecto del espacio aéreo no existe propiedad, sino un simple interés, conexo con la propiedad del suelo. Es así como señala: “Tal interés recibe aquellos razonables y necesarios límites que derivan de la exigencia de la misma convivencia social, la cual impone sobre todo libertad de navegación aérea, aun cuando pueda eventualmente producir molestias al propietario del suelo”.

³⁰ En el caso de Colombia, esto se encuentra contenido en los arts. 82 y 101 de la Constitución Política.

³¹ BIONDI, B. *Los bienes...*, pg. 73.

- d) Obras del ingenio. Según esta clasificación, se considera que toda creación intelectual en cualquier campo – literario, artístico, científico o técnico – será un bien inmaterial. Según BIONDI esta categoría se aplica – incluso – si la idea se manifiesta en una cosa corporal. A pesar de su existencia en el mundo físico, aquella seguirá siendo un bien inmaterial, con independencia del medio que la transmite y la hace perceptible a los demás³².

Como se aprecia, en estos casos las obras del ingenio se funden en las cosas corporales y, por lo tanto, no tienen una existencia independiente de ellas, caso en el cual se presenta lo que para BIONDI se denomina *unicum*³³. Según su criterio:

(...) una obra de arte pictórica o escultórica se concreta en la tabla, tela o mármol y la reproducción no tiene el mismo significado y valor que puede tener la reproducción de un poema o de una música. Las reproducciones de la obra literaria, científica y musical son infinitas, todas iguales entre sí, sin que existan copias, como no exista un original. Por el contrario, en la pintura y en la escultura bien es tanto la creación en cuanto idea, como el medio material en el que se transfigura, que ya no es materia, sino que resulta obra de arte³⁴.

En cualquier caso en el que la obra del ingenio ya no es solo un pensamiento, es decir, cuando se aparta del sujeto que la crea, adquiere individualidad propia. Es allí cuando presenta la autonomía necesaria que le permite constituirse en objeto de relaciones jurídicas y, por lo tanto, se vuelve susceptible de ser una cosa apropiable, desde la perspectiva intelectual.

³² *Ibidem*, pgs. 74 y 75. “...una cosa es el poema, el romance, como obra del ingenio y otra es el libro que lo reproduce; una cosa es la música y otra cosa los signos que permiten reproducirla”.

³³ Un ejemplo concreto de esta figura se da en la interrelación entre software y hardware. La justicia argentina analizó la composición de un sistema informático y dictaminó que esta clase de bienes tiene una naturaleza mixta, al encontrarse compuesta por una parte intangible y otra material. Según el fallo, ambos elementos no se pueden concebir por separado, por cuanto conforman una unidad compleja “tangible-lógica”, donde los dos se requieren mutuamente para que el sistema opere, es decir, cumpla con la función esperada por el usuario. Cámara Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, Causa n.º 22.600, MARCHIONE, Gabriel s/sobrescimitamiento, nov. 10/2005.

³⁴ *Idem*.

Tal cualificación se debe entender en sentido no técnico, sino como simple pertenencia genérica o titularidad; son aplicables, en efecto, los principios y el régimen de la propiedad compatiblemente, no obstante con la naturaleza de tales entidades, de las que alguna es regulada en leyes especiales que disciplinan en qué modo se adquiere y se transfiere aquella titularidad y en qué cosa consiste³⁵.

- e) Situaciones jurídicas o de hecho. Por las primeras se debe entender aquellas circunstancias que se pueden aislar, tanto de las personas como del mundo externo, y que sean susceptibles de constituirse como objetos de relaciones jurídicas, tales como los contratos. Las segundas serán bienes cuando presenten sus caracteres³⁶.

La otra postura es sugerida por ASCARELLI, quien reagrupa los diversos tipos de creaciones intelectuales que pueden ser susceptibles de tutela jurídica y los sistematiza en tres categorías³⁷:

- a) Las obras del ingenio³⁸. Se trata de la exposición formal de un determinado contenido, que asume un valor representativo y que constituye un aporte al mundo de la cultura, lo cual se encuentra regulado y protegido por el ordenamiento jurídico. Su contenido se encuentra en los derechos de autor y las prestaciones protegidas por los derechos conexos³⁹.
- b) Los inventos industriales. Respecto de estos, el aporte creador obedece al mundo de la técnica y consiste en un descubrimiento que hace posible utilizar las fuerzas de la naturaleza con el propósito de satisfacer las necesidades

³⁵ *Idem.*

³⁶ BIONDI, B. *Los bienes...*, pg. 76. En este aspecto, BIONDI señala que la posesión no es una situación de hecho y, por lo tanto, no es un bien. Este lo será específicamente la cosa poseída.

³⁷ ASCARELLI, T. *Teoría de la...*, pgs. 319-322. Respecto de las dos primeras, ASCARELLI señala que se trata de creaciones intelectuales que se contraponen al mundo de la naturaleza, que se sobrepone a ella como instrumentos para dominarla o que le permiten a las cosas tener una manipulación más sencilla o les otorgan un aspecto más agradable.

³⁸ *Idem.* ASCARELLI explica que la creación intelectual consiste en la expresión formal de un determinado contenido, expresión formal que asume un valor representativo y que constituye la aportación creadora al mundo de la cultura tutelada por el derecho.

³⁹ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho...*, pgs. 159 y 160.

humanas, mediante la resolución de un problema técnico. Sin embargo, se debe precisar que el objeto protegido con estos bienes es el resultado industrial que se puede obtener con ellos y no tanto el descubrimiento⁴⁰. Esta categoría encuentra su tutela en las normas del derecho de la propiedad industrial.

- c) La nomenclatura de la realidad. Se trata de la creación de signos distintivos en forma de denominaciones o emblemas que permiten a la clientela de una actividad comercial diferenciar a los empresarios, las empresas y los productos o mercancías que se encuentran en un mercado⁴¹.

En resumen, mientras BIONDI presenta un universo de bienes inmateriales en su enunciación de los mismos, las categorías definidas por ASCARELLI para distinguir a los bienes inmateriales no son nada diferente de la propiedad industrial y los derechos de autor. No obstante, se reitera, ambos desconocen en su clasificación que algunos ordenamientos legales también señalan que los derechos hacen parte de esta clase de bienes.

Hasta aquí la clasificación de los bienes inmateriales. Sin embargo, no se puede dejar de lado la consideración que se ha venido haciendo de los denominados activos intangibles.

Como no existe una categorización de los mismos, se puede hacer una enumeración y señalar que dentro de estos se encuentran: el conocimiento científico o tecnológico; el diseño e implementación de nuevos procesos o sistemas; las tasas de registro de propiedad intelectual, en todas sus dimensiones: los derechos de autor y la propiedad industrial; licencias, concesiones o franquicias, y, en general, los conocimientos y derechos comerciales – *know how*, el crédito mercantil, las listas de clientes, programas informáticos, servicios hipotecarios, relaciones mercantiles con clientes o proveedores, cuotas de importación, lealtad de los clientes, cuotas de mercado, derechos de comercialización y pases deportivos –⁴². Así mismo, métodos,

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² Véanse: MANTILLA, S. A. *Capital intelectual y...*, pgs. 175-178; y MARHUENDA, M. “La protección de los diseños industriales en la Unión Europea. Principales rasgos y ventajas en el

programas, sistemas de proceso, campañas, informes, estudios, previsiones, estimaciones, listas de clientes, datos técnicos, etc.

4. LA INMATERIALIDAD – O INTANGIBILIDAD – SUS COSAS, BIENES O ACTIVOS COMO OBJETO DE DERECHOS

En este punto se hace preciso hacer una distinción entre “cosa” y “el objeto sobre el que recae el derecho”. Según explican VALENCIA y ORTIZ, esta expresión tiene un sentido extenso:

(...) las cosas cuando se habla del objeto de los derechos reales; los entes inmateriales, esto es, sin cuerpo, cuando se habla de las ideas de un autor; la conducta de las personas –acciones y omisiones–, cuando se habla del objeto de los créditos u obligaciones; la propia persona humana, cuando se habla de los derechos de la personalidad, etc.⁴³.

Si una cosa puede ser objeto de un derecho y este tiene la categoría de real, en términos generales se estará hablando de un bien. En estos eventos, el objeto se confunde con la cosa e, incluso, con el derecho, por el ejercicio necesario que se debe hacer de ella⁴⁴. Es así como alguna parte de la doctrina infiere que las únicas cosas respecto de las que recaen derechos reales son las corporales. Según su criterio, aquellos no pueden operar sobre las incorporales, pues los bienes inmateriales son demasiado heterogéneos y, por lo tanto, debe existir un régimen jurídico caracterizado por una gran diversidad de normas para su utilización y control⁴⁵. Sin embargo, las tendencias jurídicas actuales admiten que

derecho comunitario”, *Revista de propiedad...*, pg. 97.

⁴³ VALENCIA, A. y ORTIZ, A. *Derecho civil...*, pgs. 9 y 10.

⁴⁴ SUESCÚN, J. *Derecho privado...*, pgs. 5 y 6. Al respecto, señala: “Esto ocurre incluso con el derecho de propiedad, que por ser el más completo en cuanto a los atributos que da a su titular sobre la cosa, tiende a confundirse con esta. Pero en el plano ontológico puede y debe distinguirse el derecho de propiedad – que consiste en la facultad de usar, usufructuar y disponer – de la cosa u objeto, mueble o inmueble, sobre el que recae”. Y agrega: “Aun cuando en lenguaje común se dice: ‘vendí mi casa’, en el campo jurídico lo que se ha hecho es transferir el derecho de dominio sobre ese inmueble, de suerte que lo que se ha enajenado es un bien incorporal, esto es, un derecho, que, por tanto, es abstracto o inmaterial”.

⁴⁵ BIONDI, B. *Los bienes...*, pgs. 63 y 64. Al referirse a los bienes inmateriales señala: “La

estos derechos también pueden versar sobre cosas incorpóreas o derechos y bienes inmateriales⁴⁶.

Citando a ASCARELLI, DÍEZ-PICAZO señala que cuando las cosas incorpóreas se encuentran reguladas por una norma son bienes, debido a que se trata de una creación del derecho. Esto quiere decir que, aunque cualquier clase de idea o de resultado del ingenio potencialmente puede servir como soporte a una relación obligatoria, esto no siempre ocurre en relación con cualquier clase de cosa incorpórea. Es decir, se requiere una manifestación legal que los convierta en objetos jurídicos específicos e, incluso, absolutos, como sucede con los derechos reales. “Hay, por consiguiente, una tipicidad estricta de las creaciones intelectuales susceptibles de ser controvertidas en bienes inmateriales y con ello en objetos de derechos”⁴⁷.

Para otro sector de la doctrina, las puras ideas que no se concretan en obras del ingenio no gozan de especial protección jurídico-real. Es el caso de ASCARELLI, quien afirma que para que una creación intelectual constituya un bien inmaterial se debe exteriorizar, lo que se puede hacer, por ejemplo, mediante cosas materiales o energías. Incluso, en algunos ordenamientos como el italiano es necesario que a la creación se le dé un uso⁴⁸.

Sin embargo, esto no quiere decir que tales cosas no se encuentren protegidas jurídicamente, por cuanto existe otra clase de disposiciones que las cobijan, como sucede por ejemplo con los derechos fundamentales, pues mientras la idea se encuentra en la mente del creador se protege como si fuera la vida misma⁴⁹.

cualificación de propiedad que frecuentemente se da respecto a ellos debe entenderse en el sentido genérico de titularidad, disciplinada de modo particular, ya que la propiedad está limitada a las cosas corporales”.

⁴⁶ SUESCÚN, J. *Derecho privado...*, pgs. 3 y 4.

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho...*, pg. 159.

⁴⁸ ASCARELLI, T. *Teoría de la...*, pgs. 326 y 327. Según el autor, “... mientras sea un *quid in mente retentum* no puede considerarse como creación intelectual ni ser objetivamente considerada en contraposición al acto en que se apoya; permanece todavía en la intimidad del propio sujeto”.

⁴⁹ Por ejemplo, es el caso del art. 27 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el cual establece: “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios

El problema en estos eventos se concreta en que si existe una violación a dicha protección, esta no será diferente al ejercicio de acciones dirigidas a obtener una indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados o la cesación de un comportamiento de terceros.

En conclusión, si bien los derechos que recaen sobre bienes inmateriales se pueden considerar como absolutos – los cuales guardan una evidente similitud con los clásicos derechos reales –, revisten frente a los otros unas características especiales, debido a las condiciones específicas que genera el objeto sobre el que recaen, como lo son las cosas incorpóreas. Por tal razón, desde el punto de vista teórico no existe ningún inconveniente para afirmar que sobre los bienes inmateriales pueden recaer derechos reales diferentes a los que recaen frente a las cosas corporales, como sucede, por ejemplo, con la propiedad intelectual⁵⁰.

5. LA INCORPORALIDAD DE LOS DERECHOS

ALESSANDRI y SOMARRIVA señalan que los derechos sobre los bienes inmateriales son exclusivamente los que están relacionados con la propiedad intelectual. Es decir, se trata de aquellos cuyo objeto recae en las cosas incorpóreas y que le otorgan a su titular “la facultad exclusiva o monopólica de explotarlos económicamente”⁵¹.

que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

⁵⁰ MIHALACHE, A. “Property vs. possession (intellectual property)”: www.spark-online.com/june00/trends/mihalache.html, consulta realizada el 13 de febrero de 2015. MIHALACHE explica que la protección de las ideas cuando están en la mente de los autores obedece a la filosofía misma de la creación de los derechos reales: “La ideología capitalista fundó los derechos de propiedad en el *habeas corpus*, es decir, en la autoridad incuestionable que uno tiene sobre su propio cuerpo”. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho...*, pg. 161, señala que dada la naturaleza de los bienes incorpóreas en todo caso debe quedar claro que se trata de derechos *sui generis*: “... y, desde el punto de vista práctico, que la aplicación a estos derechos de las normas relativas a los derechos reales clásicos, ha de ser una aplicación analógica con todas las dificultades que ello acarrea”. Véase, además: SUESCÚN, J. *Derecho privado...*, pgs. 8 y 9.

⁵¹ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. *Tratado de los...*, pgs. 29 y 30.

Para algunos doctrinantes los derechos asociados con la propiedad intelectual son, por definición, monopolios legales⁵², por cuanto la normativa les brinda la posibilidad a los titulares de explotar exclusivamente esas invenciones, creaciones, marcas y diseños, lo cual les otorga un valor de mercado⁵³. Es decir, la utilidad económica de estos bienes surge precisamente de la facultad que brindan para minimizar la competencia y, por lo tanto, obtener precios más altos gracias a la protección legal de que disponen. Sin embargo, ese derecho absoluto lo que realmente tutela es la probabilidad de obtener una ganancia mediante la utilización de la cosa incorporal y no la que se podría alcanzar con el ejercicio de un género determinado de actividad, al encontrarse restringido para los demás⁵⁴.

No obstante, no se debe olvidar que la mayoría de los códigos de estirpe francesa establecen que las cosas incorporales son los derechos, específicamente los patrimoniales. Según relata SUESCÚN, esta categoría fue creada por un sector de la doctrina francesa que se resistió a aceptar que se trataban de derechos reales, pues frente a estos no podían recaer sobre cosas incorporales, y tampoco de derechos personales, dado que no se ejercen contra una o más personas determinadas⁵⁵. Incluso, mientras algunos autores señalan que estos se

⁵² MARTIN, B. “Against intellectual property”, *Information liberation*: www.uow.edu.au/arts/sts/bmartin/pubs/95psa.html, consulta realizada el 13 de febrero de 2015. En ciertos casos las patentes de propiedad industrial sirven para retrasar el avance tecnológico y disminuir la competencia, no para promoverla. En Estados Unidos, por ejemplo, la empresa AT&T recolectó patentes para asegurar su monopolio de teléfonos, lo cual redujo la velocidad de la introducción de la radio durante aproximadamente 20 años. De manera similar, la General Electric usó sus patentes para retardar la introducción de luces fluorescentes, que eran una amenaza para las ventas de sus luces incandescentes”.

⁵³ HAYS, Th. “La reglamentación europea de los derechos de propiedad intelectual”, *Foro de Derecho...*, pgs. 7 y 8; BAGLEY, C. y CLARKSON, G. “Adverse possession for...”, *Harvard Journal of Law...*

⁵⁴ ASCARELLI, T. *Teoría de la...*, pgs. 282-284. Para ASCARELLI esta es la razón por la que se puede afirmar que los derechos que otorga la propiedad intelectual realmente no constituyen un derecho de monopolio. Esto es así “(...) si dicha expresión se utiliza en su significado jurídico corriente y no como equivalente, sin más, a exclusiva – que podría aplicarse entonces, también, a la propiedad de cosas materiales, o bien en sentido económico –. En sentido económico, en efecto, (...) la prohibición que se deriva de las exclusivas sobre las creaciones intelectuales introduce siempre un elemento monopolístico a la disciplina...”.

⁵⁵ SUESCÚN, J. *Derecho privado...*, pgs. 4 y 5.

encuentran excluidos como objeto de los derechos intelectuales otros van más allá y afirman que ni siquiera son cosas⁵⁶.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que las creaciones intelectuales son cosa distinta del elemento material en el que estas se encuentran manifestadas. ALESSANDRI y SOMARRIVA ilustran con claridad este punto: “El derecho de autor de un poeta recae sobre sus versos y no sobre los libros o las páginas impresas que los contienen y dan a conocer; el derecho del inventor recae sobre la invención misma y no sobre la máquina fabricada de acuerdo con el nuevo esquema mental. El libro y la máquina serán de las personas que adquieran esas cosas concretas, pero la creación poética y el invento siguen perteneciendo a quienes produjeron tales bienes inmateriales”⁵⁷.

Hay quienes argumentan: “...la propiedad aparece cuando alguien la ocupa; pero cuando abandona la ocupación, la propiedad se va con la cosa”⁵⁸. Referida a la cosa corporal sobre la que recae el bien inmaterial, esta postura, propia del siglo XVIII, se encuentra actualmente en desuso, ya que, si bien el autor no tiene derechos reales sobre su obra después de que el elemento material en el que ella consta ha sido objeto de un negocio jurídico, en ella perdurarán todos los derechos morales que surgen de su creación, por el tiempo que establezca la ley⁵⁹.

⁵⁶ TERNERA, F. *Derechos reales y...*, pgs. 16 y 17: “Sobre los derechos existe una titularidad y no una pretendida propiedad, toda vez que los derechos no son cosas”. BIONDI, B. *Los bienes...*, pgs. 44-49: “Mientras que la categoría de las cosas corporales es fácilmente individualizable, en cuanto tienen una existencia material, la categoría de las cosas incorporeales es azas, vasta y heterogénea y respecto a alguna, como veremos, hasta se ha dudado que sea jurídicamente cosa”.

⁵⁷ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. *Tratado de los...*, pgs. 29 y 30. Como complemento de esta afirmación se puede citar a Lord Thurlow, quien señaló: “Decir que un hombre tiene la propiedad sobre las ideas de un libro, y ninguna en el libro en sí, es como si uno pudiera afirmar que un hombre tiene la propiedad sobre las pinturas de un cuadro, pero ninguna sobre el lienzo o donde están los tintes”. Véase EILENBERG, S. “Copyright’s rhetoric and...”, *State University of...*:www.rc.umd.edu/praxis/law/eilenberg/sebg.htm, consulta realizada el 13 de febrero de 2015.

⁵⁸ EILENBERG, S. “Copyright’s rhetoric and”...

⁵⁹ Para entender esta situación es preciso determinar la normativa aplicable a la situación jurídica concreta. En el caso de la propiedad industrial, por ejemplo, la regla general es una protección de 20 años para las patentes, mientras que para los demás bienes será de 10, prorrogables en su

Como se puede apreciar, el derecho intelectual sobre estas cosas realmente existe respecto de la idea. El elemento físico en el cual esta se representa es por esencia una cosa corporal y, por ello, resulta lógico señalar que frente a este se presenta un derecho real, con las facultades que le son propias: el uso, el goce y la disposición.

Algunos autores señalan que los derechos sobre bienes inmateriales realmente constituyen un derecho real y, específicamente, el de propiedad. Sin embargo, parte de la doctrina está en desacuerdo porque en relación con ellos no existe un elemento material y, por consiguiente, no se podría ejercer una posesión. Para esta corriente los derechos en análisis difieren profundamente de los reales. Incluso, a su juicio no es correcto referirse a una propiedad intelectual o industrial, ya que la naturaleza del objeto del derecho real presenta una diferencia radical en cuanto al objeto sobre el que recae el derecho intelectual. Estas denominaciones únicamente serían aceptables como una manera de referirse a derechos análogos. Esto quiere decir que, a pesar de que tienen algo en común con la propiedad, son esencialmente distintos⁶⁰.

Podría plantearse que el derecho real pleno respecto de estas cosas surge cuando se presenta un registro que siempre será constitutivo. Esto salvo que la ley permita su existencia en el momento de su creación, caso en el cual el registro tendrá efectos declarativos y de prueba.

El problema radica en que la inscripción conlleva solamente la posibilidad de realizar ciertas conductas sobre los bienes inscritos, que pueden ser efectuadas por su titular directa o indirectamente, a través de licencias o franquicias.

mayoría – al respecto, véanse las disposiciones correspondientes en la Decisión 486 del 2000 del Acuerdo de Cartagena –. En el caso de los derechos de autor en promedio en el mundo la protección será durante la vida del autor más 75 años – en Colombia es de 80 años, según lo establece el art. 21 de la Ley 23 de 1982 –.

⁶⁰ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. *Tratado de los...*, pgs. 29 y 30. Algunos autores creen que Andrés BELLO intuyó esta diferencia y se refirió a una especie de propiedad, no a los derechos intelectuales o los que recaen sobre cosas inmateriales, porque todavía la doctrina no los había configurado genéricamente y tampoco habían adquirido esa denominación. Esto se produjo solo hasta 1877, cuando el profesor belga Edmund PICARD perfiló esos derechos y les puso un nombre.

6. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS QUE RECAEN SOBRE BIENES INMATERIALES Y ACTIVOS INTANGIBLES

Los derechos que recaen sobre los bienes inmateriales y activos intangibles tienen las siguientes características⁶¹:

- a) Los derechos intelectuales son absolutos, es decir, atribuyen a su titular un poder jurídico que se puede hacer valer contra todos los sujetos de derecho – *erga omnes* –.
- b) Recaen directamente sobre un bien inmaterial o respecto de un activo intangible.
- c) Solamente se pueden presentar respecto de las cosas inmateriales que, genérica o específicamente, señala la ley. En ocasiones esta puede manifestar expresamente cuáles cosas inmateriales no son objeto de su protección, caso en el cual no se pueden considerar como bienes⁶².

7. UTILIZACIÓN POR EL TITULAR DE BIENES Y ACTIVOS QUE NO EXISTEN EN LA REALIDAD FÍSICA

Después de analizar de dónde surgen, en qué consisten y cuáles son las características principales de que gozan los bienes inmateriales y los activos intangibles, se hace necesario determinar cuál es su importancia desde el punto de vista conceptual y patrimonial. Según explica ASCARELLI, para algún sector doctrinario su trascendencia obedece más a una justificación política, que a una jurídica⁶³.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Así, por ejemplo, el art. 20 de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena establece que no serán patentables las invenciones que vayan contra el orden público o la moral o que atenten contra la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente. Igualmente, las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos y los métodos terapéuticos o quirúrgicos para tratamientos humanos o animales, así como los métodos de diagnóstico aplicados a ellos.

⁶³ ASCARELLI, T. *Teoría de la...*, pgs. 277-281.

En efecto, desde una órbita netamente privada, la posibilidad de tener estos bienes en un patrimonio se obtiene como resultado del derecho al trabajo. Esto quiere decir que el creador tiene derecho absoluto a la utilización de su obra, como premio al propio esfuerzo realizado por él cuando se materializa su idea. Lo anterior, se desprende de la facultad exclusiva que el derecho le otorga a cada individuo para reivindicar el uso de sus bienes, lo que se traduce en que el sujeto recibe los frutos del propio trabajo, y, por ello, las creaciones intelectuales que cada uno pueda alcanzar.

Sin embargo, el autor menciona la otra postura, la cual es universal. Según esta tesis, la justificación del derecho absoluto a la utilización de las creaciones intelectuales se halla en el interés de promover el progreso cultural y técnico de la humanidad. Estos bienes trascienden la esfera de lo patrimonial y se extienden hasta la órbita del interés público, lo que encuentra su mayor satisfacción con el reconocimiento de un derecho absoluto que otorgan los ordenamientos jurídicos para su utilización.

Por esta razón, afirma ASCARELLI, esta facultad se debe encontrar limitada en su duración cuando el interés público lo requiera, tal como sucede con las obras del ingenio y las creaciones de la técnica. Es decir, el derecho exclusivo para su utilización por parte del creador debe ceder su puesto a su libre y general uso por parte de cualquier sujeto al transcurrir un determinado período de tiempo establecido por la ley, momento en el que la creación intelectual adquiere su máxima potencialidad. “La importancia del interés público es especialmente la que explica por qué son tutelables tan solo algunos tipos de creaciones intelectuales – aunque estas puedan aumentar en número en futuras evoluciones legislativas –, en contraste con la genérica apropiabilidad de todas las cosas materiales y energías que sean delimitables (...)”⁶⁴.

Estas dos posiciones dan lugar al debate que se plantea en torno a los bienes inmateriales: mientras que para un sector estos bienes cumplen una importante función para el progreso cultural y técnico, para el otro se trata de un premio directo al trabajo y al esfuerzo del creador. En este último caso, el interés que se tutela no es el goce de las utilidades de la cosa incorporal, sino la probabilidad

⁶⁴ *Idem.*

de obtener una ganancia por utilizarla en una actividad con terceros. Por esa razón, cualquier exteriorización de la misma se regulará como cosa corporal y se aplicarán las normas del derecho común⁶⁵.

Pero existe una tercera postura que duda de la existencia de una propiedad intelectual sobre las ideas. Según esta tesis, en el momento en que se divulga la información es imposible evitar que los interlocutores la tomen para sí, pues al publicarse entra de inmediato a formar parte de la mente de los sujetos y todo lo que allí se encuentra, a partir de ese momento, le pertenece al individuo. De esta forma, al ser conocida, quien la toma para sí se convierte en su dueño.

Desde esta perspectiva, la información no será susceptible de apropiación exclusiva y no se podría hablar de propiedad. En esta medida, los pensamientos no son productos exclusivos del intelecto del autor, por cuanto formarían parte del patrimonio de la humanidad⁶⁶. La pregunta que surge en este punto es ¿hasta dónde puede un individuo apropiarse totalmente de las ideas, si todos los sujetos están dotados con las mismas facultades de percepción y poderes de reflexión, ya que el mundo perceptible es común para todos?⁶⁷

⁶⁵ ASCARELLI, T. *Teoría de la...*, pgs. 277-281. “Por otra parte, el derecho sobre la obra del ingenio o sobre el invento reservará en cambio a su titular la posibilidad de exteriorizar la creación intelectual, reproduciéndola en un libro o realizándola en una máquina y tutelaré entonces, no ya, directamente, el goce de las utilidades de la máquina o del libro, sino la probabilidad de ganancia que se deriva de la utilización de la creación intelectual al reproducir la obra del ingenio en el libro o al realizar el invento en la máquina, impidiendo, por lo tanto, a los demás esta exteriorización y la utilización de las cosas en las que aquella hubiera tenido lugar lícitamente (...), prescindiendo de la existencia de una propiedad ajena sobre las cosas materiales empleadas en el uso de la creación intelectual, así como de la propiedad ajena sobre las cosas materiales resultantes de dicho uso”.

⁶⁶ SAMUELS, E. “The idea-expression dichotomy in copyright law”, *Tennessee Law Review*...:

www.edwardsamuels.com/copyright/beyond/articles/ideapt1-20.htm, consulta realizada el 13 de febrero de 2015. En un fallo de la Corte de Tennessee (Estados Unidos) se señaló: “Los conceptos del autor se vuelven propiedad común de sus lectores, que no pueden ser privados del empleo de ellos, ni de su derecho de comunicarlos a otros con su propio lenguaje, por lectura o tratado”.

⁶⁷ EILENBERG, S. “Copyright’s rhetoric and...” *State University of...*:

www.rc.umd.edu/praxis/law/eilenberg/sebg.htm, consulta realizada el 13 de febrero de 2015.

Es claro que las ideas realmente no son novedosas, porque todas ellas surgen de la observación de la naturaleza y de los fenómenos sociales propios del momento histórico que se vive. Además, muchas otras aparecen como complemento posterior de las creaciones de otros predecesores que se han planteado inquietudes y generado sus propias respuestas, con base en su conocimiento personal.

De esta manera se construyen las civilizaciones y se garantiza el desarrollo de los pueblos⁶⁸. Por ello, una obra no podría ser propiedad individual, por cuanto tiene el trabajo del autor más el de todas aquellas personas que realizaron un trabajo previo, intelectual o no, que sirvió de fundamento a la nueva creación⁶⁹. En consecuencia, al igual que se le reconoce al autor una propiedad sobre su obra, porque en ella está implícito su trabajo, también se le debería reconocer su labor a todos aquellos que hicieron posible que, de una u otra manera, la obra fuera una realidad⁷⁰.

Esta postura, sin embargo, no tiene asidero jurídico y menos con la protección que se le ha dado en el ámbito internacional a la propiedad intelectual. En efecto, los derechos sobre las creaciones se consolidan en cabeza del autor al haber puesto en su obra parte de sí mismo, con su trabajo. Además, lo que tiene un contenido patrimonial es el modo como organiza la información que tiene disponible en su mente, al igual que la forma como analiza y concibe su propia realidad⁷¹.

⁶⁸ MARTIN, B. “Against intellectual property”, *Information liberation...*: www.uow.edu.au/arts/sts/bmartin/pubs/95psa.html, consulta realizada el 13 de febrero de 2015. “El valor de los productos intelectuales no se debe al trabajo de una sola persona, o pequeño grupo; los productos intelectuales son productos sociales”.

⁶⁹ *Idem*. Una obra incluye a la “... gente que habló y usó ideas y técnicas, tanto en niveles teóricos como prácticos, que proporcionaron un fundamento cultural”. En efecto, “cualquier parte del trabajo intelectual siempre es agregado y es inconcebible sin el trabajo previo de numerosa gente”.

⁷⁰ *Idem*. “Hettinger indica que los contribuidores contemporáneos al desarrollo de las ideas, por lo general, no están presentes. Por lo tanto, el ‘contribuidor de hoy’ no puede reclamar el crédito total sobre su invención”.

⁷¹ MOORE, A. “Hettinger y Paine Justifying intellectual property rights”: http://courses.washington.edu/info300/hettinger_paine.pdf, consulta realizada el 13 de febrero de 2015. En este punto cabe citar dos afirmaciones contenidas en el análisis que hace

8. RELACIONES JURÍDICO-REALES SOBRE LOS ACTIVOS INTANGIBLES –*BENEFICIAL OWNERSHIP*–

Como se anticipó, el concepto bienes inmateriales ha evolucionado y en la actualidad se hace referencia al término activos intangibles. Dadas sus coincidencias con el de cosas incorpóreas es claro que no puede ser igual al que se presenta frente a una cosa de contenido material, dado que su tenencia, por obvias razones, es distinta.

Para establecer su contenido, es preciso tener en cuenta cuatro criterios señalados por MIRÓ⁷²:

- a) Encuadre. Se trata de una característica jurídica de los activos intangibles determinada por la función social que cumplen en cuanto a su temporalidad, pues transcurrido un determinado plazo legal los derechos recaen en la órbita del dominio público, siendo a partir de ese momento inapropiables.
- b) Sistemática. Son bienes susceptibles de tráfico patrimonial y, por ende, de apropiación, aunque esta sea temporal o dependa de circunstancias jurídicas especiales, como sucede con el registro.
- c) Naturaleza. El esquema garantiza la facultad de uso y disfrute de estos bienes con la característica de excluir a los demás.
- d) Protección. Necesariamente existe un *ius prohibendi* de la utilización de terceros interesados respecto del activo intangible.

Como se aprecia, el ejercicio de derechos sobre estos bienes no puede ser igual al que recae sobre una cosa corporal o, incluso, de una propiedad, pues su condición específica de crear utilidad a través de erogaciones económicas

Adam MOORE, profesor de la Universidad de Washington (Estados Unidos): (i) “El valor se deriva tanto del trabajo para arreglar los materiales, como del diseño o la forma en que los disponen” y (ii) “Una persona adquiere derechos de propiedad sobre aquellas cosas que no son formalmente poseídas y en las cuales mezcla algo que posee [trabajo]”.

⁷² MIRÓ, E. M. “Valoración financiera de recursos intangibles”, *Seminario de finanzas...*, pgs. 1-3: www.ub.edu/iafi/Recerca/Seminaris/miro.pdf, consulta realizada el 13 de febrero de 2015.

sustraer este concepto de la regla general. Por ello, los anglosajones utilizan una expresión cuya traducción no resulta muy clara en idioma español, pero que se acerca mucho a la propiedad: *beneficial ownership*.

Esta figura consiste en que el titular del activo intangible recibe sus beneficios económicos en virtud de los actos jurídico-económicos que se realizan sobre él. Es decir, el goce es diferente al que opera respecto de una cosa corporal, cuyos frutos son percibidos por el titular, en virtud de su ejercicio físico. Este ha realizado una erogación que contribuye a fijar su valor económico y ha asumido los riesgos asociados con el desarrollo del mismo para obtener un beneficio. No obstante, se debe aclarar que contar con el título legal del intangible no necesariamente implica que su titular disponga del valor del bien, pues esto puede depender de múltiples factores.

¿Cómo se manifiesta el *beneficial ownership* respecto de un activo intangible? Al respecto, es posible tener en cuenta tres criterios fijados por la *International Accounting Standard (IAS) 38*⁷³:

- a) Identificabilidad. Un activo será identificable cuando se cumple una de dos condiciones: (i) es separable, esto es, puede ser separado o escindido de la entidad y vendido, cedido, dado en operación, arrendado o intercambiado, ya sea individualmente o junto con el contrato, activo o pasivo con los que guarde relación, y (ii) surge de derechos contractuales o de otros derechos legales, con independencia de que estos sean transferibles o separables de la entidad o de otros derechos u obligaciones.
- b) Control. Un titular controlará un activo intangible si tiene el poder de obtener los beneficios económicos futuros que procedan de los recursos que subyacen en él. Igual sucede cuando puede restringir el acceso de terceras personas a tales utilidades. Normalmente, este control tiene su justificación en derechos subjetivos que pueden ser exigibles ante los tribunales. Sin embargo, esta última posibilidad no es una condición necesaria para la existencia de control, puesto que el titular puede ejercerlo sobre los citados

⁷³ www.ifrs.org/IFRSs/IFRS-technical-summaries/Documents/IAS38-English.pdf, consulta realizada el 13 de febrero de 2015.

beneficios económicos de cualquier otra manera.

- c) Obtención de beneficios futuros. Entre estos se incluyen los ingresos ordinarios procedentes de la venta de productos o servicios, los ahorros de costo y otros rendimientos diferentes que se deriven del uso del activo por parte del titular. Por ejemplo, el uso de la propiedad intelectual dentro del proceso de producción puede reducir los costos de producción futuros, en lugar de aumentar los ingresos ordinarios futuros⁷⁴.

9. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho es una ciencia que todos los días se enfrenta a retos evolutivos que deben quedar consignados en normas y principios que permitan abarcar una regulación efectiva de fenómenos tecnológicos y científicos, cuya aplicación sea lo suficientemente capaz de proteger los derechos de los ciudadanos. Jamás podría afirmarse que se trata de una disciplina estática y rígida de la que su evolución y desarrollo son limitados.

Uno de esos desafíos se encuentra precisamente en las definiciones de *cosa*, *bien* y *bien patrimonial*, y la ubicación de los mismos en los diferentes tipos de realidad: física, intelectual o virtual. Esta discusión, por inocua que parezca, puede traer consigo diferentes consecuencias jurídicas, de acuerdo con las condiciones específicas de los casos en que estas aparezcan.

Una labor adecuada de interpretación y sistematización de los bienes inmateriales y de los activos intangibles garantizará no solamente continuar con la evolución de los conceptos hasta aquí analizados, sino alcanzar un aprovechamiento mucho mayor de las ventajas jurídicas y económicas que estos llevan consigo.

⁷⁴ MANTILLA, S. A. *Capital intelectual y...*, pgs. 175-178.

10. FUENTES

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. *Tratado de los derechos reales. Bienes*. Bogotá: Temis-Editorial Jurídica de Chile, 2001. T. I. 6.^a e.

ARTEAGA, J. *De los bienes y su dominio*. Bogotá: Editorial Facultad de Derecho, 1999. 2.^a e.

ASCARELLI, T. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970.

BAGLEY, C. y CLARKSON, G. “Adverse possession for intellectual property: adapting an ancient concept to resolve conflicts between antitrust and intellectual property laws in the information age”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 16, n.º 2, 2003.

BARFIELD, W. y otros. “Presence and performance within virtual environments”. *Virtual Environments and Advanced Interface Design*. Barfield, W. y Furness III, T. (editores). Oxford: University Press, 1995.

BIONDI, B. *Los bienes*. Barcelona: Bosch, 2003. 2.^a e.

DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. Madrid: Civitas, 1996. T. III. 5.^a e.

GAMBOA, R. H. “Soberanía estatal en internet; análisis desde la perspectiva de conflictos de jurisdicción y competencia en el plano nacional e internacional”. *Comercio Electrónico*. Bogotá: Gecti-Legis-Universidad de los Andes, 2005.

GÓMEZ, J. J. *Bienes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

HAYS, T. “La reglamentación europea de los derechos de propiedad intelectual”. *Foro de Derecho Mercantil*, n.º 3, Bogotá: Legis, 2004.

MANTILLA, S. A. *Capital intelectual y contabilidad del conocimiento*, Bogotá: Ecoe, 2004. 3.^a e.

MARHUENDA, M. “La protección de los diseños industriales en la Unión Europea. Principales rasgos y ventajas en el derecho comunitario”, *Revista de Propiedad Inmaterial*, Bogotá: Universidad Externado, 2006. 1.ª e.

MIRÓ, E. M. “Valoración financiera de recursos intangibles”, *Seminario de Finanzas*, 2006: www.ub.edu/iafi/Recerca/Seminaris/miro.pdf

SAVIGNY, F. *Tratado de la posesión*. Granada: Comares, 2005.

SUESCÚN, J. *Derecho privado. Estudios en derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2003. T. I. 2.ª e.

TERNERA, F. *Derechos reales y personales*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2005.

VALENCIA, A. y ORTIZ, A. *Derecho civil. Derechos reales*. Bogotá: Temis, 2001. T. II. 10.ª e.

VELÁSQUEZ, L. G. *Bienes*. Bogotá: Temis, 1996.

Fuentes electrónicas

EILENBERG, S. “Copyright’s rhetoric and the problem of analogy in the British eighteenth-century debates”. Buffalo: State University of New York, 2001: www.rc.umd.edu/praxis/law/eilenberg/sebg.htm.

MARTIN, B. “Against intellectual property”: Information Liberation. Londres: Freedom Press: www.uow.edu.au/arts/sts/bmartin/pubs/95psa.html.

MIHALACHE, A. “Property vs. possession (intellectual property)”, 2002: www.spark-online.com/june00/trends/mihalache.html.

MOORE, A. “Hettinger y Paine Justifying intellectual property rights”: http://courses.washington.edu/info300/hettinger_paine.pdf.

ROSEMBUJ, T. “Intangibles precios de transferencia (A propósito de la Sección 482 del I.R.C y la nueva reglamentación 2007 del Tesoro de los EE. UU.)”. *Crónica Tributaria*, n.º 125, 2007: www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/125_intangibles.pdf.

SAMUELS, E. “The idea-expression dichotomy in copyright law”. *Tennessee Law Review Association*, The University of Tennessee, 1989: www.edwardsamuels.com/copyright/beyond/articles/ideapt1-20.htm.

ALCANCE Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE TESTAR: ENTRE TRADICIÓN E INNOVACIÓN

SERGIO LLEBARÍA SAMPER
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL. ESADE LAW SCHOOL.
UNIVERSIDAD RAMON LLULL

ÍNDICE: 1. Acotaciones a la libertad de testar. 1.1. Fundamentos. 1.2. El mosaico jurídico-territorial español. 2. Bases para una revisión. 3. Las prohibiciones de suceder como límite negativo. 3.1. La protección de la voluntad como protección de la libertad. 3.2. El fundamento. 3.3. La insatisfactoria delimitación subjetiva de la prohibición. 3.4. Recapitulación. 4. La legítima como límite positivo. 4.1. Acotaciones metodológicas: la justificación desde el sistema. 4.2. Opciones para la revisión de un modelo. 5. Conclusión. 6. Fuentes jurídicas.

Resumen. Este artículo tiene tres claros propósitos. El primero, abordar qué supone en la actualidad la libertad de testar. Es decir, cuál es su fundamento y funcionalidad para, al tiempo, conocer la legitimidad de los límites que se le imponen. Dentro de los cuales, se selecciona el tratamiento de dos clásicos. En primer lugar, las prohibiciones de suceder como límite negativo, explorando su justificación y contrastando las soluciones que el legislador suele ofrecer. Y, en segundo lugar, las legítimas como límite positivo. ¿Queda hoy justificado el mantenimiento o la instauración de una legítima larga y, en su caso, fuerte o dura? Se esgrimen argumentos en pro y en contra, partiendo sustancialmente del derecho español pero tratando en todo momento de ofrecer versiones extrapolables a cualquier ámbito.

1. ACOTACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR

1.1. Fundamentos

La libertad de testar es la libertad de disponer *mortis causa* del propio patrimonio. Toda libertad de organizar o planificar el destino de un patrimonio descansa sobre un presupuesto subjetivo y una proyección objetiva. El presupuesto subjetivo viene configurado por las reglas de capacidad, todas ellas tendentes

a medir qué grado de consciencia es necesario para el adecuado ejercicio de aquella libertad. La proyección objetiva nos ofrece el test de validez acerca del qué, del cómo y del para quién; es decir, filtra la licitud de la disposición atributiva teniendo en consideración – esencialmente – qué objeto se transmite, cómo quiere transmitirse y a favor de quién se pretende hacer. Con distinto alcance, tanto el presupuesto subjetivo como la proyección objetiva están presentes en cualquier acto de disposición patrimonial, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. Por tanto, toda libertad de disponer cuenta con fronteras, con límites, no siendo pues de extrañar que si el titular de un patrimonio encuentra límites a su libertad de disposición *inter vivos*, también lo hará como testador o futuro causante. Tratándose de atribuciones lucrativas, el régimen jurídico de la donación (como paradigma de un acto voluntario de disposición en vida) suele señalarnos dos grandes limitaciones pensadas para proteger tanto al donante como a terceros. En el Código civil español (en adelante CCE) ambas limitaciones se hallan recogidas, respectivamente, en los arts. 634 y 636. Según el primero, el donante puede hacerlo libremente, siempre que se reserve “lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”; mientras que el segundo precepto matiza que “ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento”, so pena de inoficiosidad. Añádase lo dispuesto en el art. 1297, según el cual se presumen *iuris et de iure* fraudulentas las enajenaciones a título gratuito que el deudor realice en perjuicio de sus acreedores.

Estas limitaciones poco tienen de insólitas, pues entroncan con las funciones esenciales que la doctrina ha asignado al patrimonio, y que se concretan en la función económica de satisfacer las necesidades a su titular, facilitando su vida social, y en la función de garantía para terceros acreedores¹. Son dos funciones que se comunican, pues desde la primera el patrimonio extiende una tutela a favor de determinada red parental o familiar que suele cristalizar en el reconocimiento de una relación crédito-deuda (vgr. el derecho de alimentos). *Grosso modo*, aquí tenemos las limitaciones a la libertad de disposición lucrativa *inter vivos*. ¿Cambia el escenario si de disposiciones *mortis causa* se trata? La pregunta adecuada es si debería cambiar. Es decir, si más allá de que las necesidades de su titular ya no precisan satisfacción alguna (obvio, pues se contempla su muerte como *conditio* de eficacia de las disposiciones), tiene sentido seguir tutelando los intereses de

¹ Por todos, vid. DE CASTRO, F. *Temas de Derecho...*, pg. 41.

aquella red parental o familiar, así como los intereses de los acreedores; poco se dudará de la respuesta afirmativa. Pero, a partir de ella, las dudas asaltan en lo que concierne al primer grupo, dudas que pueden quedar resumidas en estos dos interrogantes: ¿a quién incluir y excluir de esa red parental o familiar?, y ¿con qué alcance e intensidad habrá que proteger a los incluidos?

Lo indubitado: que la muerte del deudor no es causa de extinción de las deudas (salvo las personalísimas) y que, en consecuencia, los acreedores podrán dirigirse y cobrar contra la masa hereditaria, es conclusión aceptada universalmente. Más dudoso se presenta el debate de las atribuciones sucesorias *ope legis* a determinadas personas cercanas al causante. Está claro que la muerte del titular de un patrimonio sacude las relaciones jurídicas y sobresalta las vinculaciones económicas, y no tanto porque no haya patrimonio para asegurarlas o atenderlas, sino porque ya no se cuenta con aquella voluntad dinámica destinada a regirlas, que ha sido sustituida por una voluntad estática (la reflejada en testamento y otras disposiciones por causa de muerte), que será fuente de la liquidación y distribución de aquel patrimonio unitario. En esa sacudida o sobresalto se convendrá en la justicia de que no quiebre la financiación de determinadas relaciones de dependencia respecto de lo que ayer era patrimonio y, hoy, es herencia. No costará admitir que la mayoría de estas relaciones son tenidas en cuenta por el testador, por lo que, de una u otra manera, serán atendidas razonablemente. Pero, si no es así, ¿debe el Estado intervenir para tratar de asegurar el mantenimiento de tales relaciones?; ¿debe la ley llegar donde no llega la voluntad del testador?; ¿debe, incluso, llegar a imponerse a esta? Es falaz presentar aquí la ley con vocación de supletoriedad, pues lo supletorio se da en defecto de algo, pero no contra.

La realidad demuestra que aquí la ley tiende a asumir más el carácter de imperativa que de supletoria, pues traza la consecución de un objetivo como innegociable, que deberá alcanzarse por voluntad del causante o por voluntad de la ley². El mensaje parece claro: no hace buen uso de su libertad el causante que se separa de aquel objetivo innegociable. Si hay separación, la ley se impone, existiendo poco margen para la razonabilidad decisoria del causante. Es decir, la tendencia es estrechar o anular el margen de libertad que podría tener el causante

² Tendencia propia de los códigos que pertenecen al denominado sistema latino.

para tratar de justificar su apartamiento de aquel objetivo innegociable. No puede justificar por qué se separa de aquel objetivo, sencillamente porque separarse del mismo es injustificable. De esta manera la ley suele instalarse en dos extremos opuestos: considerar que no hay voluntad ni libertad cuando se testa a favor de ciertas personas (las prohibiciones), y considerar que tampoco hay voluntad ni libertad cuando no se hace (la preterición). Y quizá tanto lo uno como lo otro esté lejos de preservar la libertad del causante. Que lo segundo puede verse incluso como un atentado a la libertad del causante, no es nada extravagante: aquí de lo que se trata es de proteger a terceras personas, y la seguridad de estas merece sacrificar la libertad de aquel (se pensará).

Siendo inconcuso que alguna garantía hay que establecer para que aquellas personas que financiaron su dependencia con cargo al patrimonio del causante no se vean, con y por su fallecimiento, abocadas a una situación de precariedad o necesidad, el problema radica en si el derecho legal a heredar se hace pivotar sobre este exclusivo criterio o sobre algo más. Porque, si es lo primero, los interrogantes no serán pocos: ¿qué debe entenderse por “dependencia financiada”?, ¿cuándo debe ser acreditada o contrastada?, ¿cuándo se entenderá que la dependencia cesa?, ¿qué efectos debe producir el cese de esa dependencia? Se adivina que la posible respuesta a estos -y otros- interrogantes huye de la generalización legal, buscando más la adaptación a las circunstancias del caso concreto. Se introduciría, pues, la circunstancialidad como elemento determinante de aquel derecho legal a heredar, y, como toda circunstancialidad, los esfuerzos de los interesados en uno u otro sentido irán dirigidos a alegar la concurrencia de las circunstancias necesarias y a probar su existencia. Sería predecible ante tal panorama un incremento del número de litigios, alimentado por la falta de un criterio normativo sencillo y apriorístico de inclusión y exclusión del derecho legal a heredar. Escollo ante el que no es infrecuente que el legislador de turno claudique. Pero si lo hace, y por más que hipotéticamente pudiera, ello supone un ahorro de pleitos, ya no podremos seguir hablando de financiar la dependencia de los dependientes. Y, no haciéndolo, el sacrificio de la libertad del causante no solo será mayor, sino que gozará de una justificación menos pacífica. Si se estandariza y objetiva el derecho legal a heredar a favor de determinadas personas, se estaría presumiendo en ellas la situación de necesidad o dependencia, lo que equivale a afirmar que se estaría prescindiendo de la misma. La elección no es inocua.

Lo que he venido llamando “derecho legal a heredar” también puede consagrarse en fórmulas que buscan su fundamento en situaciones que nada tienen que ver con una dependencia real o presunta. Su fundamento se encontraría en la preservación de un marcado origen en la adquisición de los bienes hereditarios, cuyo respeto se mantendría como solución preferible a que tales bienes acaben recalando en un destino familiarmente dissociado de aquel origen. ¿Está en todo caso justificada esta reserva de bienes tanto si hay voluntad expresa del causante como si no la hay? ¿Debe imponerse a la voluntad del causante o debe simplemente colmarla cuando falta? ¿Están justificadas las reservas en los modelos actuales de estructura, de economía y de patrimonios familiares?

Todos estos interrogantes nutren pendularmente las tensiones acerca del ámbito de la libertad de testar del sujeto, y, en paralelo, del alcance que deba tener la intervención del legislador frenando dicha libertad. El propósito de estas páginas no es otro que el de ofrecer una visión de dichas tensiones en el sistema jurídico español, tanto desde la perspectiva de las tendencias normativas como desde la perspectiva de las argumentaciones esgrimidas (y por esgrimir) a favor de perpetuar el modelo existente, de actualizarlo o de revisarlo sustancialmente. En el fondo, cualquier solución tiene un impacto directo en el reconocimiento de la auténtica libertad de testar o de disponer *mortis causa* de las personas, pero también tiene un impacto directo en los intereses de los potenciales causahabientes, sabedores en cada caso del grado en que su adquisición responde a aquel ejercicio de auténtica voluntad del causante, o simplemente viene acomodado por una garantía legal.

1.2. El mosaico jurídico-territorial español

No son pocas las limitaciones que se cuentan a la libertad de testar. Hace treinta años VALLET distinguía entre aquellas de carácter formal, dirigidas a promover la eficacia, precisamente, de la última voluntad del causante y – nótese – evitar litigios; y otras de carácter material que, con fundamento diverso, restringen la libre disposición de su patrimonio. Aquí se contaban las legítimas, los derechos viduales, las reservas, la reversión legal, las incapacidades sucesorias, los límites de grado en las sustituciones fideicomisarias y la ineficacia de condiciones contrarias

a las leyes o a las buenas costumbres³. Dentro de estas limitaciones materiales no todas van a ser objeto de mi análisis, pues algunas de ellas anclan su justificación en un fundamento de naturaleza más transversal, que las hace presentes en la teoría misma del negocio jurídico. Así sucede, por ejemplo, con el límite a la sucesión en fideicomisos, o con el control de las condiciones apuestas. El resto, en la medida en que son peculiares de la disposición *mortis causa*, presentan mayor grado de interés para su revisión. En concreto, y por diferentes razones, son las legítimas y las llamadas incapacidades relativas, las que concentran un grado preocupante de tensión en el equilibrio entre la libertad y la norma imperativa.

En España el derecho de sucesiones está muy vinculado a la tradición histórica de cada pueblo. Así, cuando los llamados derechos civiles forales o territoriales se cristalizaron en cuerpos normativos a partir de la mitad del pasado siglo, buena parte de su contenido vino a monopolizarse por el derecho sucesorio. Convive, pues, el derecho sucesorio estatal encarnado en el Código Civil español de 1889, con los distintos derechos sucesorios forales o especiales (territorios con parlamento autonómico propio y, por tanto, con soberanía para aprobar su propio derecho civil, dentro de los límites marcados por la Constitución). Lejos de asistir a un mosaico de normativa uniforme, el derecho sucesorio en España se encuentra territorialmente fragmentado, tributando, además, respecto a unos principios bien distintos, y, en algún caso, hasta contradictorios. Y así desde la intangibilidad legitimaria la libertad de testar del causante ha sido tratada de diversa manera. Encontramos territorios que conservan una legítima más bien simbólica, otros que mantiene una larga, pasando por los que han optado por la corta: una cuarta parte, un tercio, la mitad, dos tercios o cuatro quintos del caudal hereditario líquido, son expresiones que dibujan un mosaico tan plural como heterogéneo⁴.

³ VALLET, J. “La voluntad del causante ley de la sucesión”, en AA.VV., *Estudio de Derecho...*, pgs. 716-718.

⁴ El CCE conserva una legítima larga y variable: dos terceras partes para hijos y descendientes (un tercio para mejorar), o la mitad para padres y ascendientes, que se reduce a un tercio si concurren con el cónyuge viudo (art. 809). El cónyuge viudo es también legitimario en todo caso, pero recibe su legítima en usufructo: sobre un tercio si concurre con hijos y descendientes (art. 834), sobre la mitad si concurre con ascendientes (art. 837), y sobre dos tercios si no concurre con ninguno de los anteriores (art. 838).

La reivindicación de una mayor libertad de disponer para el causante no es nueva, y su debate suele pivotar en dos aspectos cruciales, uno cuantitativo y otro cualitativo. Desde el primero se busca una ampliación material de la libertad de disposición, lo que se traduce en la cuestión relativa a la reducción o supresión de la legítima. En este debate dos conclusiones emergen con suficiente claridad: la exclusión de los ascendientes como sujetos legitimarios, y el fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo⁵. Desde la vertiente cualitativa, se buscan nuevos canales o instrumentos para vehicular la voluntad del causante. Y aquí acapara todo protagonismo la defensa de los pactos sucesorios⁶. En cualquier caso, y desde el objetivo de este trabajo, me preocupan más aquellos de los que puede libremente disponer el causante y a favor de quién, que cómo puede hacerlo. La mayoría de aquellas reivindicaciones cuantitativas, emergentes con desigual intensidad a partir de las pasadas década de los noventa, se han visto sofocadas por el silencio del legislador. ¿Qué motivos pueden avalar tanto la reivindicación como el silencio? Para ello es necesario detenerse en las eventuales bases que han de servir para fundamentar la norma.

2. BASES PARA UNA REVISIÓN

En los esfuerzos por justificar cualquier reforma, cualquier modificación del ordenamiento, subyace una cierta tensión sobre el *onus probandi*. Para cambiar, ¿hay que convencer de la bondad y calidad de la propuesta de reforma, o es más determinante convencer de la ineficiencia de la normativa a reformar? Dicho de otra forma: si una regulación no se considera defectuosa, caduca o ineficiente, ¿merece ser reformada por el hecho de ser mejorable? ¿A partir de qué momento la capacidad de mejora de una ley – porque todas son susceptibles de ello – aconseja dar el paso hacia su reforma? El Derecho civil tiene fama ganada de conservador. No es fácil modificar la regulación configuradora de una institución, pues en estos casos la presunta necesidad que avala la modificación se ve contrarrestada por la invocación a la tradición y al arraigo. Puede que la institución, con su vigente regulación, admita críticas, pero el reconocimiento de sus defectos y lagunas es un riesgo ya asumido y descontado, proporcionando

⁵ Lo destaca PARRA, M. A. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en AA.VV., *Reflexiones sobre materias...*, pgs. 503-507.

⁶ Vid. ALBIEZ, K. J. *Negocios atributivos...*, pg. 27.

así mayor dosis de seguridad jurídica que el riesgo por asumir ante un eventual cambio normativo. Este planteamiento conservador conlleva que el legislador decida el cambio cuando la norma está ya muerta, y pocas veces cuando está enferma. La reforma de toda una institución (más allá, pues, de la simple reforma normativa) debe buscar tanto su legalidad jurídica como su legitimidad social. En lo que ahora nos ocupa, la primera trata de conocer el grado de respeto y coherencia que la reforma debe mantener con la norma de rango superior. La segunda buscará explicar, por el contrario, qué cambio jurídico es necesario para que la norma pueda dar el mejor servicio al cambio social.

Desde la perspectiva de la legalidad jurídica el test de constitucionalidad puede presentar hasta tres interrogantes en lo relativo a la institución de la legítima como limitación de la libertad de testar⁷. El primero, saber en qué medida es compatible con la dosis de autonomía privada asegurable desde el reconocimiento a la dignidad (u otros derechos fundamentales o de la personalidad) de la persona. El segundo, conocer en qué medida es compatible con la tutela del derecho a la propiedad privada. Y, por último, averiguar a qué obliga y en qué condiciona la protección integral a la familia.

En cuanto al primero de los enumerados, resulta difícil imaginar que la autonomía privada del causante pueda suponer un freno a las limitaciones que operan en su ámbito de disposición *mortis causa*. Solo los derechos fundamentales con proyección *post mortem* serían susceptibles de mantener vigente la tutela de la persona fallecida, pero entre ellos es más dudoso que pueda proyectarse cualquier defensa de su autonomía privada. Esta autonomía de la voluntad solo tiene sentido vincularla a un derecho fundamental cuando está al servicio de la persona en vida. En este ámbito, la dignidad u otros derechos (de la personalidad) fundamentales (o no) de la persona solo juegan cuando la autonomía privada está al servicio de un patrimonio y este al servicio de la persona titular del mismo. Fallecida la persona, esta vinculación desaparece⁸.

⁷ Advierto que este “test de constitucionalidad” viene influido por el patrón que ofrece nuestra Constitución española de 1978.

⁸ Y no se diga que estamos ante una autonomía privada que se ejerce en vida de la persona, pues siendo este presupuesto ineludible (la muerte supone la pérdida de toda capacidad), estos actos de autonomía tienen como causa y *conditio iuris* el fallecimiento de la persona. El destino

En suma, la consideración autónoma de una libertad civil de la persona no ofrece resistencias a las limitaciones legales de su libertad de testar. Estas limitaciones legales no suponen un atentado contra los derechos fundamentales de la persona del causante. Lo que debe buscarse es el derecho que justifica esa libertad de testar. Es decir, si esa libertad para organizar y distribuir el patrimonio tras la muerte tiene su asidero en cualquier otro derecho de espectro más amplio (y distinto de los clásicos bienes o derechos de la personalidad), que permita reconocer el alcance e intensidad a la facultad de disponer *mortis causa*.

El segundo interrogante nos conduce a indagar qué modelo de propiedad (como derecho y como institución) aparece constitucionalizado o consagrado en cada sistema: qué concepto se tiene de la propiedad y cómo se garantiza. En España el art. 33 de la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia⁹. Este reconocimiento comporta una doble premisa, desde la óptica de la propiedad como derecho. La primera es que se garantiza la legitimación gestora y decisoria del patrimonio en la persona de su titular. Y la segunda es que se garantiza que eso siga siendo así, a pesar de la muerte de dicho titular. Esta doble afirmación lleva implícita la autonomía privada, de manera que la libertad civil de la persona es – aquí sí – consecuencia indefectible del hecho de ser propietario; va implícita en el reconocimiento del derecho de propiedad (privada). La libertad de testar, como manifestación de la autonomía del sujeto, entre nosotros encuentra su asidero en un derecho que no es de la personalidad, sino en uno que se proyecta sobre el patrimonio, y que sirve para instrumentalizar la gestión del mismo: el derecho de propiedad. La libertad de testar, en definitiva, no es expresión de ningún derecho de la personalidad, sino expresión de un derecho patrimonial de naturaleza real (el más importante de todos).

Es evidente que esta concepción constitucionalizada del derecho de propiedad sí ofrece resistencias a las limitaciones legales de la libertad de testar. Pero, a

del patrimonio una vez muerto su titular, no satisface ni sus necesidades ni sus derechos fundamentales.

⁹ Artículo 33: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”.

partir de aquí, se desvanece la fuerza en la intensidad de estas resistencias. Dicho de otra manera, ¿qué margen de libertad de testar debería quedarle al individuo para entender respetado aquel art. 33 de nuestra Constitución? La respuesta en la que más se conviene es que solo la limitación que vacíe por completo aquella libertad de testar vulneraría la norma constitucional. No llegando a este extremo, tan constitucional es contar con un sistema de legítima larga como prescindir de ella.

La inclusión del término “herencia” en el art. 33 debe entenderse que refuerza la libertad del propietario de decidir el destino de sus bienes para después de muerto, sin que autorice a pensar que consagra un determinado derecho a recibirlos por parte de nadie, un derecho a heredar. El término tiene como destinatario el potencial causante, no el causahabiente¹⁰. Pero, ¿es posible fuera de este derecho de propiedad encontrar alguna defensa de un hipotético “derecho a heredar”? Explorar la existencia constitucional de este derecho a heredarnos lleva al tercer y último interrogante planteado: ¿limita la libertad de testar de la persona la protección debida a determinados sujetos, a la familia?

El art. 39 de la Constitución española comienza declarando que “[l]os poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, para continuar asegurando la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, así como el deber de los padres de asistir a todos los hijos menores de edad y “en los demás casos en que legalmente proceda”. Una legítima, corta o larga, indiscriminada, a favor de familiares del causante no viene respaldada por este precepto, que en ningún caso obliga a reservar una cuota de la herencia a favor de parientes (o familiares) del causante por el simple hecho de serlo. No hay protección allí donde no hay necesidad, por lo que otorgar un derecho a la legítima, prescindiendo de las necesidades del legitimario excede de la finalidad tuitiva de

¹⁰ Significativamente, en este mismo sentido, DELGADO, J. “El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte”, *La Ley...*, pg. 1. Con matices, la reciente doctrina se muestra mayoritariamente favorable a esta integración constitucional: vid. VALLADARES, E. “Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil”, en AA.VV., *Libro homenaje al...*, pg. 4901; VAQUER, A. “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret...*, pgs. 12-14; PARRA, M. A. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en AA.VV., *Reflexiones sobre materias...*, pgs. 501-503; y BARRIO, A. *El largo camino...*, pgs. 512-531.

la norma constitucional. Es un sofisma pretender justificar constitucionalmente esta a través de aquella remisión a “los demás casos en que legalmente proceda”, pues aquí es la norma remisoria la que fundamenta y da sentido a la norma remitida, y no a la inversa¹¹. Ni siquiera nuestro art. 39 vendría a garantizar una legítima “de mínimos”. La norma garantiza que los poderes públicos asegurarán la protección económica de la familia, objetivo que no pasa necesariamente por blindar una determinada legítima. Lo que importa a la luz del precepto es que las necesidades familiares se vean atendidas, no que aquella deba ser el expediente obligatorio para hacerlo¹².

En conclusión, la legalidad jurídica de las limitaciones a la libertad de testar (principalmente la legítima) exigirá en cada sistema saber cuál es el modelo de propiedad y el recorrido que se le reconoce, así como el énfasis y alcance de la protección a la familia. La eventual relación entre “propiedad” y “familia” y la naturaleza de las normas, que de ella se ocupan en la Ley Suprema¹³, deberá suministrar la cobertura constitucional de la legítima como límite a una libertad previamente reconocida¹⁴.

¹¹ No han faltado voces que han defendido que el aseguramiento constitucional español del derecho hereditario conecta con la garantía institucional tanto de la propiedad como de la familia. Esta conexión implicaría un “derecho a la herencia de los parientes más próximos” (LÓPEZ, A. M. “La garantía institucional de la herencia”, *Revista de Derecho...*, pgs. 51-62).

¹² En este sentido debe entenderse la conciliación que determinados autores hacen del art. 33 con el art. 39 de la Constitución (VAQUER, A. “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret...*, pg. 14; PARRA, M. A. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en AA.VV., *Reflexiones sobre materias...*, pg. 501; y BARRIO, A. *El largo camino...*, pg. 544): claramente el fundamento de la legítima será constitucional en aquella medida que garantizara la protección integral de los hijos establecida por el art. 39.3.

¹³ Si tienen categoría o no de derechos fundamentales, si son simples derechos de las personas, o no pasan de ser criterios rectores o programáticos de la actividad pública. En España, ni el art. 33 ni el 39 están en el catálogo de los derechos fundamentales.

¹⁴ Se hizo eco en nuestra doctrina la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de abril de 2005 que, en síntesis, entendió que la garantía constitucional de la herencia justificaba el derecho de los descendientes a recibir una parte de la misma como legítima, sin que pudiera hacerse depender tal derecho de su estado de más o menos necesidad. Precisamente por tener bases constitucionales disímiles, nuestra doctrina en general rechazó para el sistema español las argumentaciones vertidas por el Tribunal alemán (así lo deja ver DELGADO, J. “El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte”, *La*

Pero todo cambio o reforma de una institución no solo debe tener en cuenta la legalidad jurídica, sino, sobre todo, la legitimidad social. La cual exige que el derecho civil se adapte a los cambios sociales, de la manera en que mejor pueda contribuir a su propia esencia: garantizar la convivencia y satisfacción de los intereses individuales desde el desarrollo de la libre personalidad, previniendo y resolviendo conflictos. Si las legítimas han supuesto la privación a la autonomía de la voluntad del causante de una parte de su patrimonio para atribuirle *ope legis* a personas de su círculo familiar, conviene preguntarse ante todo si esa predestinación ha descansado siempre en unas mismas circunstancias y contexto.

Nuestro Código Civil es de 1889. Desde entonces la sociedad ha evolucionado, cambiando la duración del *status* familiar y también las relaciones internas del mismo. Avanzamos hacia una mayor longevidad, con más expectativas de vida¹⁵, lo que provoca que al fallecimiento del causante, la situación más natural es que sus hijos no sean menores de edad, sino más bien personas cercanas a una edad madura. Esta longevidad trae, asimismo, como consecuencia que la pérdida de facultades cognitivas sea más común entre personas de la tercera edad, frente a lo cual se opta más por la atención familiar fáctica (directa o delegada) que por legalizar su incapacitación. Hay cambios en los modelos, debido a la irrupción de alternativas que no pasan por el matrimonio (parejas de hecho), o por asumir que este último ya no es para toda la vida, pudiéndose replicar (familias recompuestas). Las estructuras de convivencia ya no son tan uniformes. Ha variado la fuente del enriquecimiento personal, destacando una progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral. Todo esto – y más – ha pasado en la última centuria, con distinta velocidad, pero conformando una foto actual que poco tiene que ver con la dominante hace cincuenta años (no digamos en

Ley..., pg.1).

¹⁵ Según el Instituto Nacional de Estadística, en España entre 1992 y 2012 la esperanza de vida al nacimiento de los hombres ha pasado de 73,9 a 79,4 años y la de las mujeres de 81,2 a 85,1 años, siendo así que una de las características de las últimas décadas ha sido la mejora de las expectativas de vida en las personas de edad madura y avanzada. Se concluye que “[d]e mantenerse los ritmos actuales de reducción de la incidencia de la mortalidad por edad en la población de España, la esperanza de vida al nacimiento alcanzaría 81,8 años en los hombres y 87,0 años en las mujeres en el año 2022. Para el año 2051 estos valores serían 86,9 años para los hombres y de 90,7 años para las mujeres”. En esperanza de vida, España se mantiene por encima de la media de la Unión Europea (<http://www.ine.es/ss>).

1889)¹⁶. La evolución histórica de la legítima demuestra, con mayor o menor adaptación al cambio social, una tendencia hacia su flexibilización y suavización. Gracias, sobre todo, a la mejora, la legítima del Código Civil ya supuso en 1889 una atenuación respecto del rigor de la legítima vigente en el derecho castellano anterior, como la supuso este, respecto del derecho romano.

No hay duda que la situación personal y familiar del causante es muy distinta a la de hace unos años. Ahora bien, el simple cambio social no justifica *per se* el cambio normativo. La norma, la institución jurídica, no deviene obsoleta por que el supuesto de hecho haya mutado. Técnicamente, su grado de abstracción y la interpretación actualizadora¹⁷ pueden permitir que su aplicación se adapte a los nuevos requerimientos del supuesto de hecho. Pero aquí no se trata de adaptar una norma, sino posiblemente, toda una institución. Y no es que a la adaptación de toda norma deba reconocérsele ciertos límites¹⁸, sino que la mejor adaptación de las leyes que regulan la legítima no asegura la completa adaptación de la institución en su conjunto, por más que muchas veces nos contentemos con lo primero, como tímida muestra de sensibilización ante la nueva realidad, y posiblemente, como resignación ante la pasividad del legislador. Corresponde a este valorar, en cada sociedad y en cada sistema, la conveniencia de modificar la legítima más allá de hacerlo porque la sociedad es ya muy distinta. En definitiva, ¿qué fundamento debería inspirar la modificación?; ¿debe aspirar la modificación a adaptar la legítima a las nuevas estructuras familiares (en términos de compatibilidad), o bien a optimizar las relaciones jurídicas *mortis causa* (en términos de libertad)?¹⁹ Si se confía más en la primera línea sugerida, la modificación quedará limitada a revisar quiénes (y en qué orden) deberían ser los sujetos legitimarios, revisar el alcance de la atribución (legítima larga *versus*

¹⁶ A esta inadaptación de nuestro Código Civil (en materia sucesoria) se han referido no pocos autores. Especialmente ver VALLADARES, E. “Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil”, en AA.VV., *Libro homenaje al...*, pg. 4901.

¹⁷ Según la realidad social en el momento en que la norma debe ser aplicada, de conformidad con el art. 3.1 CCE.

¹⁸ En nuestro sistema el límite más terminante es que el juez no puede suplantar al legislador; interpretar sí, pero no crear una norma de nuevo cuño.

¹⁹ Y piénsese que estas reflexiones valen para cualquier límite a la libertad de testar distinto de las legítimas (p.e. las prohibiciones de suceder a las que también me referiré).

corta), y su naturaleza jurídica (como simple derecho de crédito o participando de cierta eficacia real). Poca cosa más; dicho de otra manera: muy posiblemente nos contentaríamos con encontrar un nuevo molde a la vieja legítima. Si, por el contrario, se prefiere avanzar en la segunda línea expuesta, la modificación se esforzará en justificar que cualquier restricción a la libertad de disponer del causante venga fundamentada en la protección real de un interés necesitado que deba considerarse prevalente a aquella libertad.

Si tanto una opción como la otra cuentan con la imprescindible cobertura constitucional, el debate se antojará mucho más discrecional para el legislador de turno. Es predecible que entonces aquel se dirija a valorar si merece la pena devolver espacios de libertad a los futuros causantes, quebrando las expectativas generadas por una tradición jurídica no especialmente contestada por sus destinatarios. Es decir, si la alteración de una tradición previsible y pacífica no es demasiado sacrificio o coste para que los causantes recuperen más libertad. Muy posiblemente esta orientación del debate explique las tendencias inmovilistas en esta materia. Sin embargo, se olvida que el riesgo tiende a valorarse solo a corto plazo pues, en aquellas relaciones que hallan su fuente en el negocio jurídico, el fomento de la libertad civil suele merecer la pena a medio y largo plazo. Los particulares pueden estar acostumbrados a disfrutar de menos libertad de disposición patrimonial *mortis causa*, pero a una supuesta ampliación de la misma no tardarían en acostumbrarse.

3. LAS PROHIBICIONES DE SUCEDER COMO LÍMITE NEGATIVO

3.1. La protección de la voluntad como protección de la libertad

La libertad de testar, así como su más amplia base que es la libertad de disponer, en tanto que manifestaciones de la autonomía privada de la persona se hayan reconocidas y especialmente protegidas por los ordenamientos. Como manifestación que es de la autonomía privada, su vulnerabilidad puede venir explicada por tres distintas causas cuyo origen es también desigual: causas intrínsecas, extrínsecas deslegitimadas y extrínsecas legitimadas. Las primeras pertenecen al propio sujeto que pretende formar su voluntad, yendo asociadas a las naturales limitaciones que, por razones de edad o de enfermedad, no tiene más

remedio que padecer toda persona (general la edad, eventual la enfermedad). Ya desde hace tiempo tenemos superado el diagnóstico de vulnerabilidad jurídica que ello representa, y que la acción aquí de legisladores y jueces debe inspirarse en la protección que en cada caso la mejor defensa del interés del sujeto vulnerable aconseje. Junto a ellas hay otras causas que amenazan la autonomía de los sujetos, y son las causas extrínsecas deslegitimadas. Forman parte de este grupo todo ese abanico de abusos, manipulaciones, coacciones, engaños que, procedentes de otras personas, se dirigen a que el sujeto víctima de los mismos acabe declarando una voluntad que, consciente o inconscientemente, no es la real. Con independencia de su tipología y calificación jurídica, ninguno de estos supuestos queda amparado por el derecho. Y finalmente, nos encontramos con las causas extrínsecas legitimadas, o, al menos, legitimadas inicial o aparentemente. Figuran aquí todos aquellos límites a la autonomía privada impuestos injusta e irracionalmente por el legislador.

La libertad de testar y, por tanto, de formarse y expresar una voluntad consciente y libre, puede ser protegida, como cualquier otra, preventiva o resolutiveamente. La protección resolutive ancla sus fundamentos en la teoría de ausencia de consentimiento o en la teoría de los vicios de este. Ningún acto o negocio voluntario escapa a ellos. No obstante, la presunción general de libertad y de capacidad de la persona exigen, llegado el caso, que quien alegue dicha ausencia o dichos vicios corra con la carga procesal de probarlos. La protección preventiva, como cualquier otra, trata siempre de disuadir las posibles amenazas a la libertad de testar (o disponer *mortis causa*). Los expedientes pueden aquí ser variados, desde la inversión de la carga de la prueba hasta la prohibición absoluta de participar o ser beneficiario del acto jurídico de que se trate. La voluntad del causante es, en abstracto, especialmente sensible para ser objeto de manipulaciones e influencias. Concurren muchas circunstancias: el testamento (negocio *mortis causa* por excelencia) es unilateral, por lo que es suficiente convencer a uno; no es necesaria la intervención de nadie más en su redacción (vgr. testamento ológrafo o notarial cerrado); se mantiene ineficaz y bajo confidencialidad mientras viva el causante; y es fuente de atribuciones gratuitas, incluso de carácter universal (eficiencia del vehículo transmisor). El hecho de que el testamento sea eficaz con la muerte de su autor, complica extraordinariamente aquella tutela resolutive del conflicto, pues la discusión y prueba de si la voluntad *mortis causa* fue enteramente

libre se ventila en un escenario en el que el causante ya no está presente.

No es de extrañar que los ordenamientos (y no solo el nuestro), y ya desde hace tiempo (los precedentes en algún caso son muy remotos), traten de compensar esa dificultad de la tutela resolutoria fortaleciendo la tutela preventiva. En lo que nos concierne, ahí están los arts. 752 a 754 CCE, o el más novedoso art. 412-5 del Código civil de Cataluña (en adelante CCC). En todos ellos, con diferencias en las que muchas de las cuales no voy a entrar, se tipifican situaciones y personas a las que la norma veta la posibilidad de recibir una atribución *mortis causa* del causante. No son casos de incapacidad sucesoria (que es general), como tampoco casos de indignidad (no hay reproche a un comportamiento considerado ilícito del causahabiente). Se han venido calificando como incapacidades relativas, prohibiciones o supuestos de inhabilidad.

¿De qué casos estamos hablando? Pues en lo esencial coinciden aquí CCE y CCC: sacerdote/religioso, tutor, y notario, en el ámbito y con la extensión que cada precepto prevé, son los escogidos. Al ser más moderno, incorpora el CCC al cuidador, nada desdeñable en los tiempos que corren. ¿Qué les espera a todos estos sujetos si, a pesar de la prohibición de la norma, resultan favorecidos por el causante? El resultado es siempre el mismo: impedir que se consuma la atribución con efectos *ex tunc*, aunque pueda diferir la categoría jurídica que lo explique (nulidad, anulabilidad, ineficacia, delación claudicante, ausencia retroactiva de delación, etc.). En conclusión, la eficacia de la norma habrá impedido que el religioso, el tutor, el notario o el cuidador hayan consumado impunemente su planificada estrategia para desviar la voluntad del causante en beneficio propio. Pero, ¿hubo una planificada estrategia en tal sentido? Poco importa, como se verá.

3.2. El fundamento

El fundamento o razón de ser de estas prohibiciones se deduce sin mucha complejidad de lo expuesto. La mejor manera de disuadir una posible captación de la voluntad del causante es haciendo inútil cualquier tentativa dirigida a conseguirla. El fin último es el de preservar al máximo la libertad y

la integridad de la voluntad del causante²⁰. Antes llegaba a hablarse incluso de “incompatibilidad moral”²¹. Pero descendiendo a cada supuesto en concreto la doctrina ha revelado otras justificaciones incluso más convincentes – a su juicio – que aquella consistente en el riesgo de captación de la voluntad del causante. Así se explica que, para el caso del religioso que atiende al causante en su última enfermedad, se trataría de evitar toda suerte de suspicacias que adulteraran la tranquilidad del paciente, su derecho a morir en paz. Para el caso del notario, la justificación se aleja de aquel riesgo de captación de voluntades (que se califica de “irreal”), decantándose por el respeto a su actuación profesional y a la garantía de imparcialidad. Y, en fin, para el tutor se pone el acento en la necesidad de no empañar el cumplimiento de un deber como es la rendición final de las cuentas. No me parece que ninguna de estas otras justificaciones minimicen o permanezcan desvinculadas de la principal: eludir el riesgo de influenciar en la voluntad del causante en beneficio propio. En mi opinión se instalan en una perspectiva diferente del mismo problema, pues en definitiva no es si no esa influencia la que enturbiaría la tranquilidad del paciente/causante, la imparcialidad del notario, y un saludable cumplimiento de la obligación de rendir cuentas. De ahí que se haya calificado la norma no solo de “preventiva”²², sino de “profiláctica”²³.

Por más que se convenga con el fundamento esgrimido, por más que se defienda la bondad de la norma, y por más que se reconozca su eficacia²⁴, la duda no puede subestimarse. De la misma manera que no queda abandonada la protección de la voluntad libre del causante en supuestos no contemplados por aquellas normas prohibitivas, que deberá reconducirse a través de lo que he llamado tutela resolutoria, ¿qué sucede si, por el contrario, en los supuestos recogidos puede demostrarse que no hubo captación alguna de la voluntad del

²⁰ Recientemente, y por todos, vid. GÓMEZ, F. “Article 412-5”, en AA.VV., *Comentari al Llibre...*, pg. 121.

²¹ LACRUZ, J. L. “Derecho de Sucesiones”, en AA.VV., *Tratado teórico-práctico...*, pg. 255.

²² LÓPEZ, J. J. “Artículo 412-5”, en AA.VV., *Sucesiones, Libro Cuarto...*, pg. 81.

²³ GÓMEZ, F. “Article 412-5”, en AA.VV., *Comentari al Llibre...*, pg. 121.

²⁴ Aunque sea solamente deduciendo esa eficacia a partir de las escasas sentencias que resuelven conflictos de esta índole, muchas de ellas, además, antiguas. Dedución que no quedaría exenta de toda réplica, por cierto.

causante? La opinión generalizada es contundente en este sentido: sería del todo irrelevante; la prohibición, y sus consecuencias, se aplicarían igualmente aunque la voluntad del causante hubiera sido expresada de forma libre y consciente. Esta extendida opinión solo encuentra alguna fisura, con apoyo en cierta jurisprudencia, para el caso del sacerdote del art. 752 CCE.

La conclusión es que el legislador nos ofrece un cuadro de auténticas prohibiciones de naturaleza imperativa, ante las que nada vale el convencimiento de lograr demostrar que no hubo captación de voluntad alguna. Esas personas no pueden beneficiarse en actos de última voluntad por el causante, pues para el legislador se encuentran en unas circunstancias en que cualquier atisbo de sospecha o riesgo avala la prohibición de raíz. Siendo así, cualquiera puede no contentarse con las explicaciones tradicionalmente vertidas acerca del fundamento de la prohibición, y tratar, desde esa insatisfacción, de llegar más lejos. En esta senda el interrogante parece inevitable: ¿cuál es la verdadera finalidad, o la finalidad última perseguida por la norma? Pues simplemente evitar el conflicto, evitar el proceso. O, mejor dicho, evitar no todo proceso, sino un proceso determinado. En concreto, dirigido a discutir y resolver si hubo o no voluntad libre y consciente del causante. Y esta evitación se justificaría por la dificultad que conlleva la prueba de esa afirmación (que hubo voluntad no viciada). Se quiere, por tanto, evitar litigios por entender que quedarían sometidos a una extremada complejidad probatoria, con los inconvenientes que comportaría el definitivo reparto y adjudicación de la herencia del difunto, impedido hasta la completa resolución del pleito entablado. Esta finalidad de tratar de evitar la judicialización de esa conflictividad no se conseguiría si la norma fuese más permisiva, es decir, si se limitara tan solo a invertir la carga de la prueba. No, solo desde una prohibición indiscutible e inatacable la tentativa del recurso judicial quedaría soslayada: quien resulte incluido en la norma, es inhábil para suceder, con independencia de la voluntad más o menos libre, de la existencia o ausencia de captación de la voluntad del causante.

No obstante, resulta también comprensible que otra clase de procesos no queda desterrada: serán todos aquellos pleitos dirigidos a combatir que no se cumplen los requisitos que desencadenan la tajante prohibición para suceder. Es decir, que la persona beneficiaria (con sus circunstancias) no queda incluida

en el supuesto de hecho de la norma. Pero estos pleitos son siempre inevitables, cualquiera que sea la naturaleza y formulación de la norma, y solo pueden minimizarse afinando su claridad y su calidad, algo para lo que todavía queda margen tanto en el CCE como en el CCC.

3.3. La insatisfactoria delimitación subjetiva de la prohibición

Esta clase de normas prohibitivas preocupa no solo en cuanto a la delimitación de las personas que incluyen, sino también a las que quedan excluidas. El debate ya no se ciñe únicamente a la conveniencia o justicia de las personas que son señaladas por la norma, sino además a las personas que no lo son. Es decir, no solo habrá que justificar que ciertas personas se consideren inhábiles, sino justificar también por qué, comulgando con la finalidad de la norma, otras no son consideradas inhábiles. Así se pone de manifiesto la posible contradicción en eximir de la prohibición al tutor cuando es ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del causante, pues la relación de parentesco no descarta la captación de la voluntad de la persona tutelada. Puede ser ello cierto, pero el legislador obra aquí con otra lógica perfectamente plausible: primar la condición de pariente a la de tutor, condición de pariente que, lejos de levantar sospechas, le sirve al legislador para medir la voluntad razonable del causante medio (y así se fundamenta la sucesión intestada).

Pero a partir de aquí no es complicado destacar los diversos supuestos de exclusión de la norma prohibitiva más difícilmente explicables. ¿Por qué excluir al médico, cirujano o psiquiatra que ha atendido al causante en su última enfermedad? ¿Por qué excluir a otros funcionarios que pueden asumir funciones notariales? ¿Por qué excluir a los cuidadores no vinculados por relaciones contractuales? ¿Por qué no incluir a otros cargos que cumplen funciones tutelares o de protección de la persona? La única explicación para excluir al curador, guardador de hecho, asistente o apoderado preventivamente (supuestos en Cataluña de protección de la persona), es que, a diferencia de todos ellos, el tutor tiene asignadas más funciones institucionales respecto de la persona y bienes del tutelado/causante. Explicación poco convincente. Y poco coincidente con la del CCE, que incluye en la inhabilidad a tutor y curador, posiblemente buscando la identidad formal con las instituciones tipificadas – excepción hecha

del defensor judicial – en el art. 215. Lo que es más, al incapacitado que está bajo tutela se le somete a un control más riguroso a la hora de apreciar su capacidad para testar (vid. arts. 665 CCE y 421-9.2 CCC), control del que escapa la persona que está en cualquiera de los otros casos, al que se le aplica la norma general de presunción de capacidad. Si además convenimos en que los incapaces son cada vez más atendidos por su entorno sin declararlos incapacitados y sin constituir la tutela, la norma prohibitiva parece un tanto alejada de la realidad.

Basten estos ejemplos para concluir que, aunque se justifiquen las inclusiones en la inhabilidad para suceder (como hipótesis), es difícil de justificar todas esas exclusiones, que quedarán fuera del alcance de la norma prohibitiva al no ser posible aquí ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica. Las consecuencias son obvias. Para los incluidos, inhabilidad sucesoria aunque sea verdad y pueda demostrarse que la voluntad del causante no fue mediatizada ni manipulada. Y, para los excluidos, habilidad sucesoria completa, solo impugnable, como cualquier otro supuesto normal, alegando y probando que hubo vicios de la voluntad.

3.4. Recapitulación

Las reflexiones anteriores han llevado a la doctrina a calificar esta suerte de norma prohibitiva de excesivamente simplista y de cortar por lo sano. No le falta razón. Como se ha comprobado, la justificación de la prohibición, en sí misma discutible, queda mucho más cuestionada cuando se intuye lo que queda fuera de su ámbito y alcance. Se ha dicho, para empezar, que no estamos propiamente ante sanción alguna, como sí sucede en los casos de indignidad sucesoria²⁵. Y es cierto que, técnicamente, esta norma prohibitiva puede escapar a su calificación como sancionadora. Y lo hace porque, a diferencia de las causas de indignidad (cfr. arts. 756 CCE y 412-3 CCC), la consecuencia jurídica no se desencadena a partir de la comisión de un ilícito civil o penal. Esto queda claro: la inhabilidad sucesoria no es consecuencia de haber captado o manipulado la voluntad del causante; es, precisamente, una consecuencia con independencia de que esto último haya o no sucedido. Y si la consecuencia jurídica no se deriva de un ilícito, mal puede hablarse de sanción. Formalmente esta conclusión es inapelable. Pero, por serlo, nos conduce a un escenario mucho más escalofriante.

²⁵ Vid. GÓMEZ, F. “Article 412-5”, en AA.VV., *Comentari al Llibre...*, pg. 121.

Las consecuencias de la indignidad y de la inhabilidad sucesoria suelen ser para el indigno o inhábil, las mismas (arts. 760, 762 CCE, y arts. 412-6 a 412-8 CCC). Esto significa que se prevé una misma consecuencia jurídica tanto para aquel que comete un ilícito civil o penal tipificado como causa de indignidad, como para aquel que incurre en causa de inhabilidad, que no supone ilícito alguno. Que, a partir de aquí, la diferencia estriba en que esa misma consecuencia jurídica pueda ser calificada como sanción en el primer caso y no para el segundo. Resulta una conclusión algo trivial. Acaso lo más llamativo sea que un mismo efecto pueda quedar justificado desde una finalidad sancionadora y no sancionadora. Nótese que si alguien manipula la voluntad del causante, esa conducta es considerada como un ilícito que integra una causa de indignidad, pero la misma consecuencia recae sobre todo aquel que es considerado inhábil por el riesgo que se supone de que pueda influir en la última voluntad del causante.

La diferencia es que, al menos, en el primer caso, los hechos deben ser probados, mientras que en el segundo nada hay que probar. Que uno reciba una sanción por la prueba de la comisión de un ilícito es comprensible, pero que reciba la misma sanción sin incurrir en ilícito, es una consecuencia mucho más grave. En definitiva, la inhabilidad no es una consecuencia sancionadora; es algo peor.

En mi opinión, estas normas prohibitivas que integran la llamada inhabilidad sucesoria necesitan romper con la tradición y reformularse o replantearse desde su fundamento, finalidad y ubicación. Todo apunta a que la tutela preventiva que pretenden no es del todo eficiente. La posible incompatibilidad de quienes intervienen en el otorgamiento de un instrumento público, no debería salir de la legislación notarial o de la respectiva que proceda, y ser tratada como un caso más de incompatibilidad profesional o personal. La que afecta al tutor (y curador), merece una revisión dentro de la que exija las relaciones o desplazamientos patrimoniales, en general, entre tutor y tutelado, y, si se conviene en trazar alguna línea de incompatibilidad (conflictos de intereses), que se haga dentro de la regulación de la tutela y con extensión a las demás instituciones de protección de las personas. Y, por último y en lo demás, sería sensato reforzar aquellos mecanismos capaces de garantizar un control no solo sobre la capacidad del causante, sino sobre la expresión de una última voluntad libre y consciente. Y

aquí el instrumento público, la intervención del notario resulta crucial mientras no seamos capaces de inventar un mecanismo preventivo más eficaz. Podrán luego acompañarse a todo ello normas en materia de carga de la prueba, pero sin llegar a desterrar la búsqueda de la verdad por pretender así evitar la iniciación de pleitos que se estiman *a priori* indeseables.

4. LA LEGÍTIMA COMO LÍMITE POSITIVO

4.1. Acotaciones metodológicas: la justificación desde el sistema

Si las llamadas prohibiciones de suceder niegan la posibilidad de favorecer *mortis causa* a determinadas personas, la legítima supone clásicamente la imposición de favorecer a otras. Como limitación a la libertad de testar tiene también un reverso negativo, en la medida en que impide al causante distribuir la cuota reservada a legítima en la forma que crea más conveniente. La visión actual y comparada del sistema de legítimas no nos ofrece una tendencia clara y mayoritaria en uno u otro sentido. El panorama internacional nos sigue deparando variados modelos con legítimas más largas, más cortas, más fuertes o más débiles²⁶. Es difícil encontrar un sistema de libertad absoluta de testar²⁷, lo que provoca que los cambios que se suceden terminen moviéndose entre las típicas oscilaciones pendulares. Pero, en esto, lo que suceda en otros sistemas, en otros países, no debería ser fuente de inspiración directa para el legislador interno. Aquí la norma, la institución o el principio, debe ajustarse, al máximo, a los cambios, la mentalidad y la convivencia de cada pueblo. No es aconsejable aislar y descontextualizar una determinada situación normativa para, so pretexto de su bondad técnica, importarla sin más a un ordenamiento extraño. De la norma que funciona eficazmente en un sistema distinto al propio, solo puede pretenderse su importación si supera con éxito dos resistencias.

De un lado, la resistencia estrictamente jurídica, lo que significa que soporte y encaje con los principios y jerarquías que vertebran el conjunto de normas en el

²⁶ Así PARRA, M. A. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en AA.VV., *Reflexiones sobre materias...*, pg. 477.

²⁷ Lo reconoce VAQUER, A. “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret...*, pg. 3.

que pretende instalarse. Y, de otro lado, la resistencia social, que obliga a verificar la compatibilidad con las conductas sociales de sus potenciales destinatarios y, aún más, su utilidad pragmática en la búsqueda de ciertos incentivos que acompañan y sintonizan – aquí – con el desarrollo natural del individuo, la familia y la sociedad. La norma o institución importada no puede ser nunca un injerto susceptible de producir rechazo, como tampoco una aséptica incorporación vendida e idolatrada desde el esnobismo jurídico-intelectual. A veces se tiene la sensación de que es más fácil (o más convincente para algunos) apoyar una reforma desde una tendencia normativa foránea, que desde la explicación de la coyuntura y necesidades internas. El derecho comparado se pervierte y se convierte en legislación comparada.

Soy de los que entiende que el modelo de legítima que cada ordenamiento asume está necesitado de una constante justificación. No pocas instituciones, y más en derecho civil, descansan sobre una justificación originaria que se ha ido desvaneciendo con el paso de los años, tropezando con la “urgente” reforma solo cuando desembocan en una extrema confrontación con aquellos intereses de los que dice ocuparse. La legítima necesita una constante justificación porque estamos ante una institución que supone un freno a la autonomía de la voluntad, freno que merece ser explicado desde la satisfacción de unos intereses superiores al principio de libertad civil del individuo. En suma, quiénes son los acreedores de estos intereses, cuándo, cuánto y cómo lo son. Cuando la justificación originaria de la institución entra en una fase de dilución, el riesgo viene propiciado por entrar en una zona de complacencia en donde el peso de la tradición (a veces de una tradición mal entendida²⁸) acostumbra a anestesiar el debate sobre la renovación de aquella justificación originaria. A ello contribuye que la autonomía privada individual (no contrapuesta a la de nadie, como sucede en el testamento), aun admitiendo su esencialidad, es menos reivindicada por el interesado que cualquier otro derecho subjetivo o libertad del sujeto. Quizás sea porque las más de las veces la ley favorece a quien ya el causante pensaba favorecer; pero es que, en estos casos, la legítima no actúa como freno a la libertad de testar, sino que más bien converge con ella.

²⁸ Es obvio que el inmovilismo jurídico positivo no es la mejor forma ni la única de respetar adecuadamente la tradición.

Un sistema de legítima larga, entendiendo por tal todo aquel en que el margen de libre disposición es igual o menor que el reservado a la legítima, cuenta en las sociedades modernas con escasa justificación. Además, es frecuente observar que el sistema de legítima larga no se concibe como subsidiario, supletorio ni complementario, lo que añade dureza en su eficacia. La exclusión o falta de percepción de la legítima se mantiene como hipótesis excepcional: imperatividad en las reglas de cálculo, defensa de la intangibilidad, estrecha taxatividad de la desheredación o desprecio hacia la renuncia anticipada, son ejemplos significativos del blindaje que suele acompañar a la legítima larga. Asistimos así a la instauración *ope legis* de un derecho subjetivo (más real que personal) a favor de los llamados legitimarios sobre el patrimonio del causante, y sujeto a la condición suspensiva de supervivencia al mismo. No son pocos los inconvenientes que pueden exponerse. Hurta una buena parte del patrimonio a la voluntad de su titular, atribuyéndolo a los legitimarios (con o sin posibilidad de mejorar) con independencia de necesitarlo y/o merecerlo, desvaneciéndose así cualquier explicación desde el principio de solidaridad familiar. Denota una injustificada desconfianza hacia el uso por el causante de su libertad de testar, al corregir cualquier desviación voluntaria y consciente de la suerte legitimaria mediante la imperatividad de las reglas legales. Trata de preservar una cierta troncalidad patrimonial abstracta en la línea recta familiar, sin que pueda ello tener hoy su sentido desde la contribución del esfuerzo colectivo en su creación. Supone una confusión del papel del Estado en la sucesión testada y en la intestada, pues a la postre y con distintos instrumentos, el objetivo final parece ser que buena parte del patrimonio – o todo él – se atribuya a unos determinados sujetos, pues no en vano suelen coincidir los legitimarios con los primeros llamados en el orden de suceder *abintestato*²⁹. Varía el título, no el objetivo, desconociendo que la misión de la ley debe ser muy distinta ante el ejercicio libre y consciente de la voluntad de testar que, precisamente, ante la ausencia del mismo. En fin, la legítima larga (y, además, fuerte) genera expectativas que, de convertirse en incentivos, es posible que no sean los más indicados en las estructuras familiares del siglo XXI.

²⁹ En efecto, la sucesión intestada cobra así un valor de patrón legal, y en la medida en que el causante se aparte del mismo mediante el ejercicio de su libertad de testar, la ley sigue asegurando que ciertos parientes no perderán derecho a sucederle a través del expediente de las legítimas.

Es cierto que todos estos inconvenientes apuntados no desaparecen del todo con una legítima menos larga o menos fuerte. Entonces la encrucijada consistirá en dilucidar qué presión puede soportar una suavización de la legítima o un giro sustancial de la misma, más o menos compatible con la tradición jurídica y/o con el resto del sistema.

Viniendo, como lo es desde el sistema español en general, de una férrea tradición legitimaria, el debate acerca del alcance de la renovación de su justificación originaria admite dos intensidades distintas. La primera opción se mantendría obediente, respetuosa con su fundamento, por lo que el proceso de actualización pasaría por adaptar su régimen jurídico a las modernas exigencias. La segunda opción iría dirigida a revisar el fundamento mismo de la institución. Veamos algunas claves por las que pueden conducirse ambas opciones.

4.2. Opciones para la revisión de un modelo

Allá donde la legítima es larga³⁰, es fuerte³¹, o ambas cosas a la vez, es donde se alzan más voces críticas alentando su reforma. Pero la misma justificación de esta corriente puede llegar a traicionar su alcance. Es decir, se juzgará razonable que la reforma de la legítima se invoque allí donde supone un mayor freno a la libertad de testar, allí donde el intervencionismo de la norma imperativa es más intenso. Pero nótese que, desde este extremo, cualquier distancia a cubrir hacia inyecciones mayores de autonomía privada es más larga. Así, y desde aquí, el salto a una legítima mucho más respetuosa con la autonomía del testador y mucho menos invasiva de su libertad de disposición, es un salto que puede tildarse de radical o sustancial. Es posible que la brusquedad del cambio encuentre resistencias, que en todos estos casos suelen ampararse en la tibieza de no entender compensada la preferencia de una solución extrema con el descarte de la solución intermedia. Si se abandona una posición extrema, ¿por qué renunciar a la posición intermedia para, a la postre, pasar a otra también considerada extrema? La prudencia hacia un cambio menos convulso parece,

³⁰ Se intuye que por larga puede considerarse toda cuota legitimaria que esté por encima de un tercio o una cuarta parte del activo hereditario.

³¹ La fortaleza se corresponde aquí con una naturaleza propia o cercana a la *pars bonorum*. Una legítima con naturaleza y eficacia propia de los derechos reales.

por sí mismo, hallar mejor o más cómoda justificación.

La posible brusquedad del cambio influye decisivamente en el alcance de las propuestas sugeridas por los autores. En general, arrecian las críticas contra una legítima larga que invada en exceso el ámbito de la autonomía personal del sujeto. Pero estas juzgan compatible el fundamento clásico de la legítima con el hecho de devolver al causante mayor libertad. O, dicho de otra forma, esto último puede conseguirse sin necesidad de renunciar a lo primero. Y no es fácil aquí encontrar argumentos que mantengan vivo aquel fundamento clásico de la legítima, y que no sean a su vez los recurrentes basados en la fuerza de la tradición o en la prudencia por evitar un cambio demasiado súbito. En todas estas propuestas la receta consistente en actualizar la legítima pasa por flexibilizarla y aligerarla. Se trataría, en síntesis, de reformar la legítima larga y/o fuerte atenuando, su rigidez cuantitativa y cualitativa. El contenido y alcance de las sucesivas propuestas en esta línea no las hace excluyentes, más bien al contrario. Se apuesta, por repasar las más significativas, por reducir el *quántum* legitimario, por concebir la legítima como un derecho de crédito³², por excluir a los ascendientes entre los sujetos legitimarios, por revisar la naturaleza de la legítima del cónyuge viudo³³, o por ampliar las causas de desheredación³⁴.

En mi opinión, esta primera opción no supone ninguna revisión del fundamento de la institución de la legítima. Se acepta tal cual, y simplemente se adecúa su alcance y contenido. La conclusión, más o menos aplastante, sigue siendo la misma: la legítima sigue funcionando como un sistema de atribución por voluntad de la ley de una parte de los bienes (o valor) del patrimonio del causante a personas con absoluta independencia de que la necesiten y/o de que la merezcan. Instalados en esta opción, me parece fundamental atenuar el rigor de la legítima no solo reduciendo su cuantía, sino ampliando también las causas de desheredación. Estas causas ya no pueden descansar exclusivamente

³² Así es como funciona en el derecho civil de Cataluña, por ejemplo.

³³ No es inusual concebirla como un usufructo, lo que en ocasiones es fuente inagotable de problemas. Las propuestas irían en orden, bien a concebirla en términos de propiedad, bien en facilitar la conmutación del usufructo.

³⁴ Por todos ver especialmente a VAQUER, A. “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret...*

(como sucede todavía en numerosos sistemas) en la comisión de un ilícito penal contra el causante, cónyuge, ascendientes o descendientes (a veces solo se exigen contra el primero). Quedan así al margen todo un catálogo de ilícitos civiles y probablemente de reproches sociales desde los cuales el mantenimiento del derecho a percibir la legítima chirría sobremanera. La imagen de un hermano, hijo del causante, que reaparece insólitamente sin respetar duelo alguno interesándose por su legítima cuando hace tiempo que no mostró interés alguno por la persona del difunto, no es ni mucho menos extraña.

Más osada es la opción dirigida a suprimir todo asomo de legítima, dando así la máxima expansión a la libertad de testar del causante. No cuenta, entre nosotros, con demasiados partidarios, acaso porque lo que el causante deja al fallecer no es otra cosa que un patrimonio del que posiblemente dependían determinadas personas. Y es aquí donde emerge una revisión del fundamento mismo de la institución legitimaria, que pasaría por convertirla en una institución asistencial. Es decir, a favor de ciertas personas, y siempre y cuando, la necesiten y merezcan. Se pasa a una justificación personal y *ad casum* del derecho a percibir y reclamar la legítima. La legítima podría concebirse con el carácter y la naturaleza propia de una pensión o compensación por alimentos. A partir de aquí cada sistema debería atemperar la determinación de los posibles sujetos legitimarios, como el alcance y prestación de la legítima (siempre, por supuesto, con responsabilidad exclusivamente *intra vires*). Sería coherente que los sujetos legitimarios fueran aquellos mismos a quienes la ley les otorga la facultad de solicitar alimentos legales del ahora causante, y que el régimen de la atribución fuera similar, *mutatis mutandi*, al régimen de alimentos en vida. Funcionaría así la presunción a favor de los hijos menores de edad y de los mayores discapacitados, debiendo el resto de potenciales legitimarios demostrar cumplidamente su estado de necesidad y demás circunstancias concurrentes. Ciertamente este modelo no queda exento de obstáculos y de otros inconvenientes prácticos. Pero no hay ninguna duda que es el que mejor resuelve cualquier fundamentación actual a la restricción de la libertad de testar: aquí sí que existiría un interés superior que justificaría la limitación de la libertad civil, de la libertad de testar de cualquier causante. Una vez fallecido, que su patrimonio no pueda dejar de atender a aquellas personas necesitadas que por ley habrían merecido protección de continuar con vida.

5. CONCLUSIÓN

El presente artículo no tiene otro objetivo que el de revisar la justificación con que cuenta en la actualidad, y con carácter general, la libertad de testar, entendida esta como la libertad de toda persona de organizar y distribuir su patrimonio para después de su muerte. Entre las posibles limitaciones legales se seleccionan, por su impacto y trascendencia, las llamadas prohibiciones de suceder y las legítimas. Las primeras porque la norma imperativa se impone a la hora de determinar que no se puede testar a favor de ciertas personas, y las segundas, porque la ley imperativa se impone a la hora de determinar que ciertas personas deben recibir una parte de la herencia del causante.

Prescindiendo de detalles normativos (más allá de los imprescindibles desde el derecho español) que descenderían a una casuística muy particular o territorial, he tratado de ofrecer argumentos generales para cuestionar y revisar los modelos tradicionales, tanto de las prohibiciones de disponer como de las legítimas. En cuanto a las primeras, la cuestión puede sintetizarse en si la prevención de un posible abuso en la captación de voluntad del causante queda compensada adecuadamente con una auténtica prohibición *ex ante*. A partir de aquí, los supuestos que suelen contemplarse por los ordenamientos parecen ofrecer dudas, lagunas, exclusiones y hasta desviaciones de situaciones actuales, lo que les aboca a una peligrosa obsolescencia. Por lo que respecta a las legítimas, se exponen las bases jurídicas y sociales a tener en cuenta para un debate sobre su implantación, conservación o reforma. La tendencia más marcada, viniendo de sistemas muy respetuosos con la tradición legitimaria, se orienta bien hacia su suavización (respetando su fundamento), bien hacia la revisión de este mismo fundamento, cambiando por completo su naturaleza y función. Avanzar hacia un modelo de legítima asistencial presenta atractivos y ventajas que merecen ser consideradas al albur de cada sistema en particular.

6. FUENTES

ALBIEZ, K. J. *Negocios atributivos "post mortem"*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1998.

BARRIO, A. *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid: Dykinson, 2012.

DE CASTRO, F. *Temas de Derecho Civil*. Madrid: Rivadeneyra, 1976.

DELGADO, J. "El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte", *La Ley*, n.º 7675, 2011.

GÓMEZ, F. "Article 412-5", en AA.VV., *Comentari al Llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Barcelona: Atelier, 2009.

LACRUZ, J. L. "Derecho de Sucesiones", en AA.VV., *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*. T-V. Vol. 1.º Barcelona: Librería Bosch, 1961.

LÓPEZ, A. M. "La garantía institucional de la herencia", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, n.º 3, 1994.

LÓPEZ, J. J. "Artículo 412-5", en AA.VV., *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*. Madrid: Sepín, 2011.

PARRA, M. A. "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", en AA.VV., *Reflexiones sobre materias de derecho sucesorio*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

VALLADARES, E. "Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil", en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

VALLET, J. "La voluntad del causante ley de la sucesión", en AA.VV., *Estudio de Derecho Civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1984.

VAQUER, A. "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", *InDret*, n.º 3, 2007.

ENTREVISTA CIENTÍFICA

ANA ELIZABETH VILLALTA VIZCARRA
MÁSTER EN COMERCIO INTERNACIONAL POR EL INSTITUTO
SUPERIOR DE EDUCACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DESARROLLO,
ADSCRITO A LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID,
DIRECTORA GENERAL ADJUNTA DE SOBERANÍA E INTEGRIDAD
TERRITORIAL DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
DE EL SALVADOR, EMBAJADORA DE CARRERA DEL
SERVICIO DIPLOMÁTICO DEL MINISTERIO DE RELACIONES
EXTERIORES DE EL SALVADOR, MIEMBRO DEL COMITÉ
JURÍDICO INTERAMERICANO DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS
ESTADOS AMERICANOS Y COLABORADORA DE LA CORTE
CENTROAMERICANA DE JUSTICIA

1. Como especialista en Derechos Humanos, ¿cuál es su visión respecto a la evolución que estos han tenido en el Derecho Internacional?

Desde que aparecieron las primeras manifestaciones de los DDHH en el desarrollo de la humanidad, y que se cristalizaron con las primeras declaraciones en esta materia, principalmente del Siglo XVIII en Estados Unidos y Francia, y que en el Siglo XX se concretaron con la Declaración Americana de Derechos del Hombre de la OEA (abril de 1948) y la Declaración de la ONU (diciembre de 1948), prácticamente forman parte del Derecho Internacional. De tal forma que ahora se habla de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que tiende a promoverlos y garantizarlos, así como a condenar sus violaciones, y cuya evolución ha sido tal que ahora en el marco universal de las Naciones Unidas tenemos foros y organismos dedicados a su protección, como lo son el Consejo Económico Social, el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y una serie de convenciones que tratan específicamente estos temas.

En el marco regional que nos corresponde que es la OEA, contamos con el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es decir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo que, hoy en día, todos los procesos regionales cuentan con medios de protección de los DDHH.

2. ¿Cómo debe ser la administración e impartición de justicia a la luz de los derechos humanos?

Los jueces y magistrados están en la obligación de conocer los instrumentos internacionales sobre DDHH, y de aplicarlos en sus resoluciones y sentencias cuando sean pertinentes, además de la legislación interna. Por consiguiente, los poderes judiciales deben capacitar a sus operadores de justicia en esta materia, y contar con una base de datos en la que se incluyan todos los instrumentos internacionales de DDHH de los que su Estado es parte o ha adoptado.

3. En el ámbito del sistema jurídico interamericano, cuáles son los desafíos a los que considera este se va enfrentar en materia de Derechos Humanos.

En el Sistema Interamericano, uno de los desafíos más grandes es lograr que la mayoría de los estados miembros de la OEA acepten la jurisdicción de la C-IDH y que los Estados que forman parte de la C-ADH o Pacto de San José, se mantengan en ella y no denuncien la Convención.

No obstante, el desafío mayor del sistema es lograr que se adopte el Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual la persona humana puede acceder directamente a la C-IDH, es decir, lograr el *jus standi* de los particulares.

4. ¿Qué futuro se le espera a la poderes judiciales de los países latinoamericanos en materia de protección de los Derechos Humanos?

Los poderes judiciales de los países latinoamericanos deben estar necesariamente preparados en el tema de DDHH para poder protegerlos en sus fallos y resoluciones judiciales, sobre todo, tratándose de procesos como el amparo, *habeas corpus*, *habeas data* (en los países que lo tengan), las inconstitucionalidades, extradiciones, etc. Y más que nada, porque muchos de los abogados actuales ya están adquiriendo conocimiento en sus facultades de Derecho sobre esta área; por consiguiente, cuando estén procurando por su cliente los invocarán en su defensa, lo que implica que los jueces y magistrados deben estar preparados y ser competentes al respecto.

Por ello, urge que exista una capacitación constante y actual en los poderes judiciales sobre DDHH.

5. Finalmente, ¿Qué áreas de oportunidad considera se deben fortalecer para que América Latina cumpla con un sistema eficaz y eficiente en materia de Derechos Humanos? y ¿Cuáles son las estrategias que deberían establecerse para ello?

En América Latina las escuelas judiciales deben establecer cursos de DDHH para todos sus jueces y magistrados (comprendiendo desde los jueces de paz hasta los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Constitucionales – cuando estos están separados de la Suprema Corte –). Pero no solo deben ser capacitados jueces y magistrados para tener un sistema eficaz y eficiente en materia de DDHH, sino también todos los operadores judiciales, como los agentes de las fiscalías o procuradurías generales de la república o nación, los defensores públicos, e incluso, abogados, a través de los colegios o asociaciones de abogados.

De esta manera América Latina será responsable en promoción y garantía de los DDHH. Por lo que será necesario hacer congresos y jornadas, celebrados tanto por universidades, asociaciones o colegios de abogados, así como por instituciones estatales.

Sería ideal que en el *pensum* de la carrera de ciencias jurídicas en las facultades de derecho de las distintas universidades estuviera como materia separada y no fuera parte del curso de Derecho Internacional, la materia de Derecho Internacional de los DDHH.

Además de lo anterior, se debe fomentar la publicación de revistas jurídicas y científicas donde se escriba sobre el tema de DDHH, pues es otra forma de fortalecer su difusión.

En fin, falta mucho por hacer pero ya se ha comenzado y eso es una buena noticia para todos.

Dra. Jaanay Sibaja Nava

LECTURA RECOMENDADA

Derecho Constitucional

COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Bosquejos constitucionales 2*. México: Porrúa, 2015.

FLORES SALDAÑA, Antonio. *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*. México: Porrúa, 2015.

LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan; ROJAS BERNAL, José Miguel (coords.). *Derechos humanos y constitucionalismo crítico*. México: Ubijus, 2015.

Derecho Familiar

CALAZA LÓPEZ, Sonia. *Procesos de familia y división de patrimonios*. Madrid: Civitas, 2015.

MARÍN PEDREÑO, Carolina. *Sustracción internacional de menores*. España: Ley 57, 2015.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther y FARIÑA RIVERA, Francisca (coords.). *Mediación familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Derecho Penal

HERRERO HERRERO, César. *Hacia un derecho penal equilibrado. Plataforma razonable de política criminal*. Madrid: Dykinson, S. L., 2015.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*. México: UBIJUS, 2015.

Derecho Procesal

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María; MORENO CATENA, Víctor; RUIZ LÓPEZ, Cristina; y otros. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

SOBERANES DÍEZ, José María. *Manual de teoría del proceso. Perspectiva constitucional*. México: Tirant lo Blanch México, 2015. 2.^a e.

Lic. Alan Pabel Obando Salas
Lic. José Antonio Gutiérrez Flores



NORMAS DE PUBLICACIÓN

**Coordinación Editorial
Consejo de la Judicatura
Poder Judicial del Estado de Nuevo León**

1. El idioma oficial de la revista es el español.
2. Se publican trabajos originales e inéditos¹.
3. Software de edición: Microsoft Office Word.
4. Tamaño de página: carta.
5. Interlineado: 1,5 líneas.
6. Tamaño de letra en tipos de párrafo:
 - 6.1. Texto regular: Garamond 12.
 - 6.2. Cita textual mayor a 4 renglones: Garamond 11.
 - 6.3. Pie de página: Garamond 10.
7. La extensión de los trabajos debe seguir los siguientes parámetros:

¹ Se consideran también trabajos inéditos los publicados en idioma distinto al español y que se traduzcan a él por primera vez. Debe indicarse si el trabajo ha sido presentado para su posible publicación en otro lugar.

- 7.1. Artículos: 10 pgs. máximo
- 7.2. Ensayos: 10 pgs. mínimo y 20 pgs. máximo.
- 7.3. Monografías: 20 pgs. mínimo y 40 pgs. máximo.
- 7.4. Otros trabajos de investigación: 10 pgs. mínimo y 40 pgs. máximo.
- 7.5. Recensión: 5 pgs. máximo.
8. Todo trabajo debe ir acompañado de un resumen no mayor de 150 palabras, así como del curriculum vitae y los datos de identificación² de su autor.
9. Los trabajos deben enviarse impresos³ y además adjuntarse en un disco o bien enviarse a la siguiente dirección de correo electrónico: coord.editorial@pjenl.gob.mx
10. El sistema de índice, citas y notas bibliográficas debe ajustarse al manual de normas editoriales⁴, que dentro de otras, establece las siguientes reglas:
 - 10.1. Índice de fuentes:
 - 10.1.1. Libros. Apellido del autor, inicial del nombre (en caso de ser

² Se deben indicar los siguientes: nombre, grado académico, cargo, lugar de trabajo, teléfono, fax y correo electrónico.

³ A la siguiente dirección: Coordinación Editorial, Piso 11, Edificio del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, Zaragoza y Juan I. Ramón, s/n.º, Centro, Monterrey, N.L., México, C.P. 64000.

⁴ <http://www.pjenl.gob.mx/PJENLPublicaciones/>

editor o compilador debe especificarse). Título del libro (cursivas). Lugar de publicación: Ed., año. E. Trad. (si es el caso). T./Vol. Pg./s

10.1.2. Revistas. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre de la revista (cursivas), vol./n.º, año: Pg./s

10.1.3. Tesis, ejecutorias, votos, acuerdos, ordenamientos o disposiciones de la SCJN. Época. Instancia. Fuente. T, fecha, pg./s., disposición jurídica de la SCJN, materia(s). “Título” (entre comillas).

10.1.4. Periódicos. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre del periódico (cursivas). Fecha (día, mes, año): secc., pg./s

10.1.5. Fuentes electrónicas. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre de la revista, periódico, libro, base de datos o institución/empresa que da la información (cursivas). Fecha: Referencia URL.

10.2. Cita a pie de página:

10.2.1. No se hace una referencia completa de la obra. Para saber cuál es la obra, se debe ir al índice de fuentes al final del capítulo.

10.2.2. Al citar un libro. Apellido del autor, inicial del nombre. Título del libro (letra cursiva y las tres primeras palabras del mismo

seguidas de puntos suspensivos), pg./s

10.2.3. Al citar artículos de una revista. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre de la revista (cursivas y las tres primeras palabras), pg./s

10.2.4. Al citar artículos de periódicos. Apellido del autor, inicial del nombre. “Título del artículo” (entre comillas), nombre del periódico (cursivas) y puntos suspensivos, pg./s

11. Citas textuales:

11.1. Estudios jurídicos generales: mínimo 10 citas textuales.

11.2. Para estudios jurídicos especializados: mínimo 5 citas textuales.



Se terminó de imprimir en julio de 2015. La edición y diseño fue cuidada por la Coordinación Editorial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. El tiraje consta de 1000 ejemplares.



Zaragoza y Juan Ignacio Ramón
64000 / Monterrey, N.L. / México
www.pjenl.gob.mx