

**ACADEMIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
IBEROAMERICANAS**

PONENCIAS Y CONCLUSIONES

**IX CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA**

Asunción – Paraguay

© **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)

JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, *Ministro Responsable*

Alonso y Testanova, Piso 9, Torre Sur, Asunción - Paraguay

Teléfono: +595 21 422 161

© **ACADEMIA PARAGUAYA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI, *Presidente*

Avenida Perú 1.044, Asunción - Paraguay

E-mail: secretaria@academiaparaguayadederecho.org.py

EQUIPO DE EDICIÓN

JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER

BONIFACIO RÍOS ÁVALOS

D 340 DERECHO

CSJ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

**APDCS ACADEMIA PARAGUAYA DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES.**

**“ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES IBEROAMERICANAS
PONENCIAS Y CONCLUSIONES”.**

**IX Congreso de Academias Jurídicas
y Sociales de Iberoamérica**

Asunción – Paraguay

Primera edición. Año 2017. 500 ejemplares, p. 1138

ISBN: 978-99953-41-55-8

Las opiniones vertidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

DERECHOS RESERVADOS. Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.



ACADEMIA PARAGUAYA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

MIEMBROS

Ramón Silva Alonso (†)	Felipe Santiago Paredes
Carlos Fernández Gadea (†)	Hugo Allen Mexeira (†)
Ubaldo Centurión Morínigo (†)	José Emilio Gorostiaga
José Antonio Moreno Ruffinelli	José Raúl Torres Kirmser
Antonio Fretes	Luis Fernando Sosa Centurión
Alejandro Encina Marín (†)	Marco Antonio Elizeche (†)
Antonio Salum Flecha	Miguel Ángel Pangrazio
Antonio Tellechea Solís (†)	Oscar Llanes Torres
Bonifacio Ríos Ávalos	Roberto Ruiz Díaz Labrano
Enrique Sosa Elizeche	Alicia Pucheta de Correa
Juan Bautista Rivarola Paoli (†)	Juan Carlos Mendonca
Miryam Josefina Peña	José Antonio
Luis Enrique Chase Plate	Moreno Rodríguez

COMISIÓN DIRECTIVA ACTUAL

Prof. Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli
Presidente

Prof. Dr. Antonio Fretes
Vicepresidente

Prof. Dr. Bonifacio Ríos Ávalos
Secretario

Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión
Tesorero

Oscar Buenaventura Llanes Torres
Revisor de Cuentas

Prof. Dr. Ubaldo Centurión Morínigo (†)
Director de Publicaciones



ÍNDICE GENERAL

Discurso de inauguración del Noveno Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho	13
Homenajes	
Luis Moisset De Espanés	19
Antonio Tellechea Solís	22

DERECHO PÚBLICO

EXCEPCIÓN DE CONCIENCIA

Las armas y la conciencia. Especial referencia al caso español	29
<i>Joan Oliver Araujo</i>	
Algunas consideraciones a propósito del derecho a la objección de conciencia en el Paraguay.....	59
<i>Miryam Peña</i>	
Excepción u objeción de conciencia	83
<i>Cesáreo Rocha Ochoa</i>	
Ponencia sobre la objeción de conciencia	121
<i>Eduardo A. Sambrizzi</i>	
El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa	145
<i>Alfonso Santiago</i>	
La expansión de las objeciones de conciencia	163
<i>Rafael Navarro-Valls</i>	

La objeción de conciencia al aborto en los hospitales públicos de la ciudad de México (CDMX)	175
<i>Dora María Sierra Madero</i>	
Excepción de conciencia. Filosofía Social - Problemática actual	183
<i>Luís Fernando Sosa Centurión</i>	
La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio en Bolivia	197
<i>Luis Félix Alípaz Echazú</i>	
La imparcialidad de los jueces y la objeción de conciencia judicial	207
<i>Armando S. Andruet (h)</i>	

DERECHO DE LOS MIGRANTES

Justicia penal internacional. El derecho de los refugiados y de los migrantes	239
<i>Sergio Zavala Leiva</i>	
Las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de Costa Rica en materia de protección de los derechos de las personas migrantes y refugiadas.....	253
<i>Ernesto Jinesta Lobo</i>	
Refugiados y derechos de las migraciones	291
<i>Oscar Buenaventura Llanes Torres</i>	
La inmigración. Entre la integración y el rechazo del otro	301
<i>Maestra Susana Barroso Montero</i>	

JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La justicia penal internacional y el principio de jurisdicción universal	317
<i>José Ricardo Pardo Gato</i>	

Breves notas sobre derecho penal internacional	381
<i>Gabriel García Planás</i>	
Derecho penal internacional: ¿Una justicia de los vencedores?.....	401
<i>José Sáez Capel</i>	
Aspectos civiles en el sistema de la Corte Penal Internacional.....	411
<i>Marcos A. Köhn Gallardo</i>	
Crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional.....	423
<i>Marco Gerardo Monroy Cabra</i>	

DERECHO PRIVADO

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

La contratación internacional en las Américas: La CIDACI 22 años después	449
<i>Eugenio Hernández-Bretón</i>	
Más allá de la convención de México y los principios de la Haya: ¿Qué sigue para las américas?	455
<i>José Antonio Moreno Rodríguez</i>	
Sobre la contratación electrónica en los contratos internacionales, particularmente de compraventa y los derechos del consumidor, la jurisdicción y el arbitraje.....	469
<i>Efraín Hugo Richard</i>	
Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los principios de la Haya. Ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay.....	611
<i>Roberto Ruiz Díaz Labrano</i>	

COMERCIO ELECTRÓNICO

La contratación electrónica internacional desde la perspectiva
de la legislación española 651

José Ricardo Pardo Gato

Incidencia económica de la contratación electrónica..... 675

Alberto Martínez Simón

Configuración de la autonomía de la voluntad en la Ley N° 5.393,
del 14 de enero de 2015, sobre el derecho aplicable a los contratos
internacionales 699

Rolando Díaz Delgado

Breve reseña del contrato de la factura crédito conformada y del
contrato de factoring en la legislación paraguaya. Necesidad de
sus regulaciones legislativas 741

Enrique Zacarías Michelagnoli

El contrato en el Código Civil de Bolivia 759

Mario Cordero Miranda

El botón verde ... y el equilibrio entre las partes en el comercio
digital 773

Antonio García Padilla

El comercio electrónico a la luz de la legislación paraguaya..... 787

Bonifacio Ríos Ávalos

ARBITRAJE

Novedades del arbitraje 829

Domingo Bello Janeiro

Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y el Contrato de Inversión. ¿Jurisdicción local o internacional? Interacciones entre el derecho público y el derecho privado 865
Ernesto Velázquez Argaña

El arbitraje internacional..... 889
Fernando Andrés Beconi Ortiz

Comercio electrónico: de Barba Roja al 4.0 941
Beatriz Sanjurjo Rebollo

FINALIDAD Y FINANCIAMIENTO DE LAS ACADEMIAS

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el contexto venezolano..... 957
Eugenio Hernández-Bretón

Finalidad de las Academias y su financiación 971
Josep-D. Guàrdia Canela

Finalidad de las Academias y su financiación el caso de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación y el de su sucesora la Academia Peruana de Derecho 983
Carlos Cárdenas Quirós

La inoperancia financiera de una ley de fomento de las Academias regionales 999
Leopoldo Tolivar Alas

Protocolo de colaboración entre las Academias españolas de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales y creación de la Conferencia Española de las Academias y Reales Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales y su Secretariado permanente..... 1005
José María Rosales de Angulo

Los nuevos caminos para la financiación de las Academias: la Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación	1019
<i>Luis María Cazorla Prieto</i>	
Conclusiones	1029
<i>Emilio P. Gnneco</i>	

TRABAJOS DE RELATORÍA

Derecho Público	
Jueves 22. Excepción de conciencia	1033
Viernes 23. Excepción de conciencia	1063
Viernes 23. Derecho de los migrantes	1080
Viernes 23. Derecho de los migrantes	1105
Derecho Privado	
Jueves 22. Contratación internacional	1115
Jueves 22. Comercio electrónico	1122
Relato y Recomendaciones del grupo de trabajo de Derecho Privado	1135



Discurso de inauguración del Noveno Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho *

El Paraguay, ubicado en el corazón de América del Sur, fue durante muchos años prisionero de su geografía. Sin costas marítimas, una isla rodeada de tierra diría nuestro gran escritor Augusto Roa Bastos, su contacto con el mundo era a través del viejo río que lleva su nombre que en su incesante fluir nos llevaba hasta las costas marinas para de ahí recién encontrarnos con el mundo.

Pero de pronto, y no de mucho tiempo atrás, desde este corazón de América del Sur comenzaron a percibirse sus fuertes latidos impulsados por una historia cargada de jornadas épicas y heroísmo, por un presente pleno de trabajo y realizaciones y por un futuro también lleno de sueños y de esperanzas. Un Paraguay que vibra, que siente a sus ciudadanos participar activamente en la construcción de una democracia que aun con sus problemas, ha servido para el despertar en los paraguayos el inmenso valor de sentirse dueños de su destino.

A este Paraguay, las Academias de Iberoamérica le dieron el privilegio de organizar este noveno congreso que estamos inaugurando. Y digo privilegio, porque somos la más joven de todas las que hoy se reúnen, y porque contar con la presencia de tan dignos y brillantes juristas, verdaderamente lo es. Quedará pues este día grabado en los anales del Derecho paraguayo como uno de los más importantes.

* Palabras de bienvenida del Presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, Prof. Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli.

Pero déjenme hacer un breve recuento.

Cuando hace poco más de un año estaba por viajar a Madrid y Granada para la reunión de la Mesa Directiva de las Academias, me había llegado ya el rumor de que se podría ofrecer a la Academia paraguaya llevar adelante el IX Congreso en Asunción.

A fin de llevar una posición concreta, solicité una audiencia al Presidente de la República con el objeto de explicarle esta situación y pedir su apoyo. El mismo me dijo textualmente: *“Será un honor para el Paraguay recibir a personalidades tan importantes”*. Y lo es. Hoy están acá más de cuarenta. Brillantes académicos.

En el momento que lo planteé a mis colegas paraguayos reunidos en el pleno de la Corporación, recibí el inmediato soporte de todos sus miembros, y así nos pusimos a disposición de nuestras Academias hermanas para llevar adelante este emprendimiento.

En Granada se resolvió además de la sede, cuáles serían los temas a ser desarrollados que comprenden cuestiones atinentes tanto al Derecho Público como al Derecho Privado que además son de gran actualidad.

A fin de organizar los debates, hemos dividido las deliberaciones en dos grandes paneles que comprenden dichos campos.

En el primero, Derecho Público se analizarán cuestiones como la excepción u objeción de conciencia. Este tema se ha vuelto rico en contenido en los últimos tiempos debido a que los Estados dejaron de ser religiosos para ser solamente Estados laicos, con lo que se ha aumentado notablemente el espectro de esta temática ya que no se trata solamente del campo militar como frecuentemente se cree, sino que atañen a otros aspectos como los religiosos, políticos, morales pero que hacen al día a día de nuestros países. Cuando por ejemplo médicos que por sus convicciones se resisten a determinadas prácticas, o pacientes que también así actúan, ¿qué hacer? Pues esta sola interrogante nos anticipa que las conclusiones que saldrán de esta reunión me atrevo a decir serán apasionantes. Y el interés demostrado por la cantidad de ponencias recibidas, es asombroso y avala este presentimiento.

También estudiaremos el Derecho de los Migrantes. Solamente pensar lo que está ocurriendo en Europa en este momento y es darnos cuenta de la gravedad del problema. Más de 340.000 inmigrantes ingresaron este año, con el consiguiente desequilibrio en los presupuestos y en las prestaciones de servicios no preparadas para dicho efecto. ¿Qué hacer entonces ante lo que constituye ya una verdadera tragedia? Y en ese sentido los presidentes de América Latina se pronunciaron el día martes 20 ante la ONU sobre la necesidad de no penalizar el proceso de inmigración que vive el mundo, uno de los más grandes conflictos humanitarios de la historia.

A su vez el canciller paraguayo Eladio Loizaga afirmó también en la ONU que los estados deben proteger a quienes se ven obligados a dejar sus hogares forzosamente para escapar de conflictos armados, violencia, persecuciones e intolerancia.

Nuestro país ha sido también pasible de un gran proceso migratorio. Miles de paraguayos están en la Argentina y miles de vecinos de otros países están en Paraguay. Y ni que decir cómo afecta la cuestión migratoria a nuestros hermanos de México y centro América y también de otras latitudes.

En el Panel de Derecho privado veremos el siempre actual tema de las contrataciones internacionales, cuestión en la que el Paraguay es país de avanzada pues cuenta con una muy nueva ley basada en la ley modelo de la Ley 5393/15 es "SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES".

Si un empresario paraguayo contrata la compra de mercancías con una empresa china, y que dichas mercancías deben ser transportadas por una empresa coreana, aseguradas por una compañía inglesa y el pago se efectúa a través de un Banco norteamericano por medio de su agencia de Tokio, hay seis legislaciones en juego. ¿Cuál de ellas se aplica en caso de algún incumplimiento y que no se haya pactado la jurisdicción? ¿Dónde se promoverá la demanda? ¿Si fuera en New York como se ejecuta la sentencia en china si la empresa de este país es la condenada? En fin, es fácil advertir la maraña de leyes que se cruzan, y las dificultades que ello conlleva, pero es un tema real y alguna solución debe darse. Este congreso se ocupará de alimentar la doctrina existente para estos casos.

Muchos me han preguntado también para qué sirven las Academias. Y francamente no puede haber una respuesta única. Sirven fundamentalmente para que cada una de ellas en sus respectivos países trabajen en la elaboración de doctrinas, en sentar a veces posiciones firmes sobre algunas situaciones que se presentan en la vida pública nacional, especialmente aquellas que tienen relación con el derecho y la justicia. Esa doctrina sirve para fundamentar fallos judiciales y escritos de las partes en un proceso. el sábado tendremos también un debate amplio sobre la finalidad de las Academias.

Nos esperan pues jornadas fascinantes, con un espacio abierto para el debate, la confrontación de ideas, el intercambio de experiencia entre nuestros países. Serán por consiguiente días de gran regocijo espiritual para quienes participaremos de ellas.

Esto es así porque estamos convencidos que el Derecho, es la herramienta más formidable de la que disponen las sociedades libres para alcanzar una vida plena en justicia y con seguridad y paz.

Y recordamos a Benito Juárez cuando decía que, *“entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”*.

El respeto por el derecho ajeno es también la libertad. Y nuestros pueblos hoy demandan más satisfacción a sus necesidades, lo cual es necesario, lógico atendible y justo. Pero desde la cátedra del pensamiento jurídico decimos que se debe hacer con respeto, seriedad y con responsabilidad ciudadanas.

Es hora de agradecimientos, que aunque parezcan protocolares, nacen sin embargo desde lo más profundo de nuestros sentimientos.

Al Señor Presidente de la República por su apoyo, y su presencia que realza este acto.

A la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, y a varios de sus Ministros, por su invalorable ayuda.

A los miembros de la Academia Paraguaya de Derecho.

A las entidades Binacionales Itaipú y Yacyretá por sus aportes.

A todo el equipo coordinadores de la Academia y de otras instituciones que trabajó incansablemente para hacer realidad este Congreso.

A todas las autoridades presentes acá y ahora.

A quienes nos acompañarán en estos días como participantes,

Y a los queridos colegas académicos llegados de diversos países hermanos les digo con nuestro gran poeta Eloy Fariña Núñez que:

Asunción, la muy noble y muy ilustre,

La ciudad comunera de las Indias;

Madre de la segunda Buenos Aires, y

Cuna de la libertad de América.

Les recibe como lo hacemos todos los paraguayos, con los brazos y los corazones abiertos.

Muchas Gracias



Homenajes

Luis Moisset De Espanés

De pronto nos llegó la triste noticia. Luis Moisset De Espanés había fallecido. Parecía imposible creerlo, pero era la dura realidad. Murió durmiendo, sin sufrir. Una muerte digna para una vida digna. Pero para nosotros, sus muchísimos amigos en todo el mundo, una lamentable pérdida que será difícil de superar.

Nacido en las sierras de Córdoba, desde esos hermosos parajes de la Argentina supo irradiar al mundo su sabiduría, su don de gentes, su jovialidad y ofrecer una entrañable amistad a todos a quienes conocía.

Sabiduría que pudimos constatar la primera vez que lo conocimos. Fue en 1.986 cuando acababa de promulgarse el nuevo Código Civil Paraguayo. Para nosotros, los paraguayos, toda una hazaña, pues habíamos vivido más de cien años bajo la égida de un Código argentino. Si bien este era realmente un buenísimo Código, producto del trabajo precisamente de un Cordobés, Dalmasio Vélez Sarsfield, era para nosotros un timbre de orgullo la sanción del nuevo Código.

La Corte suprema de Justicia de ese entonces, y con tal motivo, organizó un Seminario para divulgarlo, para que todos los operadores del Derecho se empaparan de su contenido. Sobre todo, que tenía innovaciones fundamentales ya que reunía en un solo cuerpo legal las obligaciones civiles y comerciales, siguiendo la metodología del Código Italiano. Era a la vez uno de los pocos en América que se había adelantado en ese sentido, por lo que la novedad además de tal, atraía precisamente por eso.

Fue fundamentalmente fruto de la inspiración de, seguramente el más grande jurista que tuvo el Paraguay, el maestro Luis de Gásperi, que intuyó los cambios que se venían en el mundo y escribió su Anteproyecto, un verdadero monumento del Derecho.

Ese Código, vino a ser magistralmente explicado y ordenadamente expuesto por Luis Moisset. Sumaba a su acrisolado saber del suyo propio, y podía entonces cotejar con el nuestro, ver cuánto le había servido de fuente el argentino, o cuanto de innovador tenía el trabajo de la Comisión Paraguaya de Codificación que había hecho suyo el inmenso trabajo de aprobar el Anteproyecto de Gásperi.

En los pocos días que duró el seminario referido, lució la sabiduría de expositor, de acendrado crítico, de afilado maestro que supo encaminar a los estudiosos paraguayos, y animarlos a que escriban sobre él.

Luego nos veríamos muchas veces más. En esas otras ocasiones pude aquilatar también su don de gentes. Era un Señor en el verdadero sentido de la palabra. Siempre medido en sus expresiones, cuidadoso al opinar sobre los demás, cauto en emitir sus opiniones, pero firme en ellas porque eran el producto de la meditación y el trabajo. Tenía el respeto de sus colegas, cosa no fácil, en la ardua y encantadora pasión por el Derecho. Su palabra tenía peso. Era escuchada y seguida por gran parte de la doctrina.

Unida a esa calidad de estudioso, iba su jovialidad. Era amable, conversador, inquieto en la búsqueda de temas que pudieran interesar a su interlocutor. Su compañía era un verdadero deleite. Hasta cuando discrepaba lo hacía con tal delicadeza que nadie podía molestarse con él por sus posturas diferentes en algunos temas.

Y también era un amigo de verdad, como pocos podía tener uno en la vida. Pude constatarlo hasta el final, pues mi cumpleaños fue poco tiempo antes de su fallecimiento y no faltó, como todos los años, su mensaje afectuoso de felicitaciones y buenos deseos.

Y no puedo dejar de mencionar su portentosa tarea en favor de las Academias de Derecho en toda Iberoamérica. Apasionado como dije por el Derecho, tenía amigos en todas partes. Y eso le facilitaba además de su capacidad de convencer, a que se formen academias de Derecho donde nunca habían existido, como era el caso de Paraguay y otros países.

Trabajó incansablemente hasta formar con otras Academias la reunión de todas las que cultivaban el Derecho, y así fueron realizándose Congreso que unían a los estudiosos de toda la región y que forjaron además entre todos ellos lazos de amistad que fueron y son duraderos.

Fueron nueve Congresos que se realizaron y en todos ellos estuvo presente no solo como partícipe sino como actor principal. Tenía una capacidad para mover a la gente que entusiasmaba, y desde donde fuera que estuviera, pues era un viajero incansable, promovía los encuentros que se traducían en Congresos donde el Derecho era estudiado por las más altas cumbres del pensamiento iberoamericano.

Fue amante de la literatura, y escribió mucho bajo el seudónimo de "El Criticón". También deja sus huellas en ese campo. Y por supuesto que será recordado como una de las grandes plumas de Argentina.

Pues nuestro viajero incansable, nuestro amigo de años, emprendió ahora su último viaje. Nos deja consternados, pero al mismo tiempo y curiosamente, podemos decir que satisfechos de verlo partir pleno de realizaciones, y cumplidos sus deseos. Una vasta obra escrita ya insertada en la categoría de clásicos que seguirá iluminando la mente de quienes estudian Derecho, y de quienes hacen de la investigación el auténtico camino para llegar a la verdad.

Deja además una familia que seguramente lo extrañará mucho, como lo haremos sus amigos desde todas las latitudes. Su paso por este mundo no fue efímero, sino un acicate para promover los valores y las riquezas del Derecho. Y muchos otros como la amistad y el amor a la sabiduría.

Así lo recordamos en este libro del IX Congreso de las Academias Iberoamericanas de Derecho, como lo que fue: ¡un gran Señor!

José Antonio Moreno Ruffinelli

Presidente de la Academia Paraguaya de
Derecho y Ciencias Sociales



Antonio Tellechea Solís

El fallecimiento de Antonio Tellechea Solís, impacta duramente en el ámbito del Derecho paraguayo. Hacer un recuento de su vida, del amigo entrañable de muchos años, compañero en la inagotable tarea de aprender y enseñar Derecho, no es tarea fácil y mucho menos hacerlo en pocas palabras. Quizá pueda resumirse diciendo: fue una gran persona, de las muy pocas que existen hoy día.

Pero creo que Antonio se merece muchos más que esto. Por eso resalto decir que formó parte de una excepcional generación de abogados recibidos en el año 1954 entre los que se encuentran Ramón Silva Alonso, Luis M. Argaña, Juan Carlos Mendonca, José Emilio Gorostiaga, Alejandro Encina Marín y muchos otros, que brillaron en intelectualidad paraguaya.

Siguió con ahínco sus estudios cuando ingresó a la magistratura, donde hizo un *cursus honorum* que debió terminar en la Corte, pero que se truncó al ser invitado a trabajar en el ámbito privado, donde participó de un Estudio Jurídico de primer nivel internacional en el cual estuvo hasta poco antes de fallecer.

De la judicatura de primera instancia pasó al Tribunal de Apelaciones y hasta hoy se leen sus enjundiosos fallos que ilustran a las nuevas generaciones de cómo se aplica el derecho para convertirlo en lo que debe ser: una herramienta al servicio de la justicia.

La cátedra lo llamó desde muy joven, y como sabía Derecho, el comprendía que debía estar en su raíz para enseñar aquello que era el basamento, la piedra sillar del conocimiento del derecho y que era precisamente el derecho romano. Su pausada manera de explicar hacía que nadie pudiera escapar al influjo de sus enseñanzas, y nadie podía decir que no se lo entendió porque era medularmente claro en sus exposiciones.

Rector de la Universidad Católica, donde compartíamos cátedras durante años, lo fue durante dos periodos muy fructíferos y de cambios no solo materiales sino en los estatutos y en la forma de administrar la universidad.

Y dejo para e final lo que quizá más le apasionaba: la dirección editorial de “La Ley” paraguaya, empresa a la que dedicó sus mejores afanes para difundir obras de Derecho de autores paraguayos. Sus colecciones de los Códigos Civil, Procesal, Penal y otros son aportes invalorable a nuestra cultura jurídica.

Muchas horas dedicó a estos menesteres y quedará constantemente su recuerdo imborrable en las múltiples ediciones de “La Ley”.

Pero no fue menos importante para él la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, donde Antonio era fundador de la misma y entusiasta miembro de número. Nunca faltó a las sesiones en las que participaba activamente aun en los últimos tiempos en los que su salud estaba notoriamente disminuida. Por ello sentiremos su ausencia. Extrañaremos sus prudentes consejos, sus sabias intervenciones en las reuniones y su aporte a la doctrina del derecho paraguayo. Pero siguiendo el inexorable destino de los hombres, se nos fue al reino de los justos. Allí estará hoy junto a Papiniano, Ulpiano y Sabiniano discutiendo con ellos conceptos y definiciones de las muchas que los romanos nos dejaron y que a él le apasionaban y las sabía de memoria.

Por todo esto y mucho más seguirá pues su luz brillando continuamente entre nosotros. Su ejemplo quedará para las innumerables camadas de egresados de la Universidad donde ejerció el Rectorado, y por qué no, para también tantos paraguayos que lo admirábamos y lo apreciábamos por su integridad y la profundidad de sus conocimientos.

Se fue nuestro amigo. Queda indeleble su recuerdo.

José Antonio Moreno Ruffinelli

Presidente de la Academia Paraguaya de
Derecho y Ciencias Sociales



DERECHO PÚBLICO

EXCEPCIÓN DE CONCIENCIA

Las armas y la conciencia. Especial referencia al caso español *

Joan Oliver Araujo **

Sumario: 1. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA A FORMAR PARTE DE LOS EJÉRCITOS: CONCEPTO, IMPORTANCIA, ORIGEN HISTÓRICO Y RECONOCIMIENTO ESTATAL E INTERNACIONAL. 1.1. *Concepto e importancia de la objeción de conciencia al servicio militar.* 1.2. *Origen histórico de la objeción de conciencia al servicio militar: un fenómeno íntimamente unido a la aparición del cristianismo.* 1.3. *Una panorámica del Derecho extranjero en el tema de la objeción de conciencia al servicio militar.* 1.4. *La objeción de conciencia al servicio militar en los documentos de los organismos internacionales.* 2. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: HITOS DE UN PROCESO. 2.1. *Los objetores de conciencia durante la dictadura franquista: las denominadas “condenas en cadena”.* A) Los primeros objetores de conciencia en España. B) La reacción del régimen franquista: cárcel hasta los treinta y ocho años de edad. 2.2. *El reconocimiento constitucional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar y su protección a través del recurso de amparo (1978).* A) La objeción de conciencia en la Constitución y en la legislación de desarrollo. B) Los motivos relevantes para poder ser reconocido objetor de conciencia. C) El reconocimiento de la condición de objetor de conciencia. D) La prestación

* Ponencia presentada al IX Congreso de las Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, Paraguay, días 22 a 24 de septiembre de 2016.

** Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares (España). Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas Baleares.

social sustitutoria. 2.3. *El derecho a la objeción de conciencia ante la total profesionalización del Ejército (desde el 1 de enero de 2002).*

1. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A FORMAR PARTE DE LOS EJÉRCITOS: CONCEPTO, IMPORTANCIA, ORIGEN HISTÓRICO Y RECONOCIMIENTO ESTATAL E INTERNACIONAL

1.1 Concepto e importancia de la objeción de conciencia al servicio militar

En sentido genérico, podemos definir la objeción de conciencia como la negativa a cumplir una orden de la autoridad o una norma jurídica invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un mandato superior que prohíbe dicho cumplimiento (1). Con criterio similar, Ruiz Miguel (2) define la objeción de conciencia como “la oposición al cumplimiento de una ley por la existencia de un deber moral incompatible”; y Jean Pierre Cattelain (3) indica que la objeción de conciencia consiste “en oponer la ley de la conciencia a la ley oficial”, esto es, en negarse a cumplir un deber jurídicamente exigible por dar preeminencia a las propias creencias. De este modo, comprobamos que para que pueda hablarse, en rigor, de objeción de conciencia deben darse dos elementos básicos (4): 1º la negativa a cumplir un deber jurídico impuesto por una norma o por una autoridad (que tanto puede consistir en un hacer como en un no hacer); y 2º el concreto fundamento de dicha normativa, que debe consistir en un imperativo de la propia conciencia (puede ser percibido como una exigencia religiosa, ética, moral, humanitaria, filosófica e incluso política). Como

(1) En términos parecidos se expresa VENDITTI, R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Giuffrè, Milán, 1981, p. 3.

(2) RUIZ MIGUEL, A., “Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1986-1987, p. 405.

(3) CATTELAÏN, J. P., *La objeción de conciencia*, Oikos-Tau, Barcelona, 1973, p. 53.

(4) OLIVER ARAUJO, J., “Les objeccions de consciència davant el dret: un repte de present i de futur”, en *Estudis Baleàrics*, núm. 49, 1994, p. 32.

ha subrayado González Vicén (5), se trata de “una decisión que la conciencia individual toma en su soledad constitutiva y que solo obliga al sujeto de esta conciencia; es una decisión que no traspone los límites del ámbito estrictamente personal y que no pretende más que la paz del individuo con las raíces de su yo”. Lo que busca el objetor es, en definitiva, proteger su conciencia y, por tanto, su capacidad de autodeterminación personal frente al poder estatal (6). Así, pues, podemos concluir que la objeción de conciencia “existe desde que el hombre es consciente de su ser individual y opone sus concepciones particulares a la organización política, que le compele a realizar un acto que su conciencia rechaza” (7). De todas maneras, ya en estas primeras líneas, es preciso subrayar que este mandato de la propia conciencia se resiste a ser definido con precisión, pues “es exigencia de absoluto”, que tanto puede ser percibido como la voz de Dios en el hombre como un imperativo laico de justicia, libertad y dignidad (8).

Las materias que pueden provocar objeción de conciencia pueden ser, al menos en teoría, tan numerosas como mandatos legales pueden lesionar la conciencia de las personas (9). En términos generales, “no es posible hablar de un *numerus clausus* de supuestos de objeción de conciencia. La dinámica social y la del ordenamiento son las que van haciendo que unos surjan y otros desaparezcan” (10). Sin ningún propósito de ex-

(5) GONZÁLEZ VICÉN, F., “La obediencia al Derecho. Una anticrítica”, en *Sistema*, núm. 65, 1985, p. 104.

(6) CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 23-24.

(7) AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., “La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pp. 21 y 26.

(8) La misma imprecisión constata CATTELAIN, J. P., *La objeción de conciencia*, cit., pp. 173-174.

(9) OLIVER ARAUJO, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 32-33.

(10) CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 30.

haustividad, podemos recordar algunos de los tipos históricos más conocidos de objeción de conciencia: a la guerra y al servicio militar, a los juramentos, al saludo a la bandera, al pago de determinado porcentaje de los impuestos por presuponer su destino militar, a la colaboración en las prácticas abortivas legales, a la venta de preservativos, a vacunar a sus hijos, a la venta de la llamada “píldora del día siguiente”, al sometimiento al ideario de un centro docente privado en el que se trabaja, a revelar los datos cubiertos por el denominado secreto de confesión, a celebrar matrimonios homosexuales o a tramitar los expedientes de los mismos, etc. Sin embargo, a pesar de esta amplísima posibilidad teórica de invocar objeción de conciencia, hemos de indicar que las legislaciones o no la admiten en ningún supuesto o solo en algunas materias muy concretas. Esta ausencia de reconocimiento o, en el mejor de los casos, reconocimiento restrictivo tiene su causa en el temor o desconfianza del legislador ante las consecuencias que se derivarían de una aceptación amplia de la objeción de conciencia, pues podría poner en jaque la propia existencia del Derecho y del Estado. Nuestro estudio va a limitarse al supuesto de objeción de conciencia más clásico, esto es, al servicio militar o servicio de armas.

De forma sencilla, la podemos definir como la negativa a cumplir el deber jurídico del servicio militar (esto es, la incorporación al Ejército) alegando que existe en el fuero interno un imperativo superior, religioso o filosófico-moral, que impide dicho cumplimiento. Tanto históricamente como en la actualidad, la objeción de conciencia al servicio militar ha sido y sigue siendo la forma paradigmática de “objeción” y, sin ninguna duda, la más extendida. Por ello, existe el sobreentendido de que cuando hablamos de objetores de conciencia estamos aludiendo a aquellos ciudadanos que, por razón de sus convicciones más profundas, rechazan cumplir el servicio de armas que les exige el Estado (11). No es, por tanto, de extrañar que en numerosos textos constitucionales sea el único supuesto de objeción de conciencia admitido y, en todo caso, siempre es el que ha merecido mayor atención por parte del legislador, lo cual es lógico dadas las dimen-

(11) CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 33; ROJO SANZ, J. M., “Objeción de conciencia y guerra justa”, en *Persona y Derecho*, núm. 11, 1984, p. 122.

siones que puede alcanzar y los problemas que encierra. Esto es, precisamente, lo que ocurre en España, ya que la Constitución de 1978 solo reconoce *expresamente* la objeción de conciencia al servicio militar (Art. 30.2) (12).

El motivo por el que la objeción de conciencia al servicio militar y, por tanto, a la guerra haya tenido y, sobre todo, tenga en la actualidad una aceptación social tan amplia hay que buscarlo en el espanto que, en numerosas conciencias, causa la crueldad y la frecuencia de la guerra en toda la historia humana. La guerra, con independencia de que sea justa o injusta, es la suprema violencia física y moral, y entre sus gravísimas consecuencias ocupan un lugar destacado la muerte, la destrucción física y la degradación moral a gran escala. Ante un panorama tan desolador, no es de extrañar que la negativa a formar parte de los ejércitos también haya estado presente en la historia de la humanidad desde hace dos mil años (13). Sin embargo, como veremos seguidamente, debe subrayarse que hasta épocas muy recientes esta actitud no se ha consagrado en los ordenamientos jurídicos como un auténtico derecho.

1.2 Origen histórico de la objeción de conciencia al servicio militar: un fenómeno íntimamente unido a la aparición del cristianismo

Si la objeción de conciencia en sentido genérico se remonta a una antigüedad difícil de datar (basta pensar en la obra *Antígona* de Sófocles o en el martirio de los hermanos Macabeos del *Antiguo Testamento*), la ob-

(12) Ello no es óbice para que el legislador ordinario y el Tribunal Constitucional puedan ir reconociendo otros supuestos concretos de objeción de conciencia, a partir de las libertades de ideología y de religión reconocidas en el artículo 16.1 CE (como ocurrió en 1985, cuando el Alto Tribunal estimó inserta en dichas libertades la objeción de conciencia del personal médico a participar en las prácticas abortivas legales).

(13) El conflicto no resuelto entre los argumentos pacifistas, fundados en el convencimiento de que la guerra será cada vez más mortífera y total, y la razón que admite que –en casos extremos– puede ser imprescindible acudir a ella, aparece claramente expuesto en BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías para la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, p. 18.

jección de conciencia a la guerra y al servicio militar tiene un origen histórico mucho más concreto, pues es un fenómeno íntimamente unido al nacimiento de la Iglesia cristiana. En efecto, con la aparición del cristianismo surge el primer movimiento generalizado de objetores de conciencia al servicio militar. De hecho, como es sabido, muchos cristianos de la primera hora murieron por negarse a servir en los ejércitos romanos (14). La razón de esta objeción era doble: por una parte, el culto al emperador que imponían ciertas ceremonias militares; y, por otra, el respeto absoluto por la vida humana que implicaba el rechazo a toda violencia (15). Tal actitud era –a nuestro juicio– coherente con las enseñanzas de Jesús de Nazaret, que están llenas de llamadas a favor del amor y de la paz, no solo con los amigos sino también –y esta es la principal novedad– con los enemigos. Los textos en que Jesús señala este camino a sus discípulos podrían multiplicarse; recordemos ahora solo algunos de ellos (16). El mandamiento nuevo y definitivo lo concreta en las siguientes palabras: “Amaos los unos a los otros, como yo os he amado” (*Juan*, 13, 34-35). En otra ocasión, corrigiendo la ley hebraica y su interpretación, afirma: “No hagáis frente al que os agravia. Al contrario, si uno te abofetea en la mejilla derecha, vuélvele también la otra; al que quiera ponerte pleito para quitarte la túnica, déjale también la capa” (*Mateo*, 5, 39-40). Cuando fue detenido en Getsemaní y Pedro –para defenderle– cortó la oreja al criado del Sumo Sacerdote, Jesús le reprendió diciéndole: “Vuelve la espada a su sitio, porque todos los que empuñen la espada a espada perecerán” (*Mateo*, 26, 51-53; y *Juan*, 18, 10-11). Asimismo, en el Sermón de la Montaña –que constituye la quintaesencia del mensaje cristiano–, Jesús llama bienaventurados a “los que trabajan por la paz, porque a estos Dios los va a llamar hijos suyos” (*Mateo*, 5, 9). Como vemos, la paz y el amor a todos –incluso a los enemigos– son elementos fundamentales en la predicación de Jesús, lo

(14) RIUS, X., La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual, Integral, Barcelona, 1988, p. 31.

(15) GARCÍA ARIAS, L., “Servicio militar y objeción de conciencia”, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 22, 1966, pp. 14-16.

(16) CÁMARA VILLAR, G., La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema), cit., pp. 40-41.

que va a producir sentimientos profundamente pacifistas en las primeras generaciones de cristianos.

Si unimos a los mandatos evangélicos que acabamos de citar las crueles persecuciones a que fueron sometidos los cristianos por parte del Imperio Romano, comprenderemos perfectamente porque la posición de la Iglesia hasta el sínodo de Arles (314) fue contraria al servicio de armas. Es cierto que hubo militares convertidos al cristianismo que continuaron ejerciendo su oficio, pero también lo es que en los tres primeros siglos de nuestra era no hubo ningún documento de la Iglesia que elogiase el servicio militar y, mucho menos, que reprobase a quienes lo rechazaban por motivos de conciencia. Por contra, fueron numerosos los escritos de Padres de la Iglesia que condenaron vigorosamente el empleo de las armas. Las obras de Lactancio, Tertuliano, Orígenes y San Cipriano, entre otros, dan testimonio de esta tradición pacifista dentro de la Iglesia de los primeros siglos. Lactancio, en *Divinae Institutiones*, escribe: “Cuando Dios nos prohíbe matar, no solo prohíbe el bandidaje que las propias leyes públicas no permiten, sino que nos ordena no hacer incluso aquello que los hombres consideran lícito. Así, pues, a un hombre justo no se le permitirá servir como soldado, ya que su servicio militar es la justicia”. Y añade: “Es siempre criminal matar a un hombre que, según la voluntad de Dios, debe ser considerado como una criatura sacrosanta”. Tertuliano, en su obra *De Idolatría*, afirma: “Al desarmar a Pedro, el Señor desarmó a todos los soldados”, lo que le lleva a considerar inmoral el servicio en el ejército; y en *De Corona Militis* se pregunta: ¿cómo un cristiano “podrá vivir con la espada al lado, cuando el Señor ha dicho que el que se sirva de la espada, perecerá por la espada?”. Orígenes –en *Contra Celso*– afirma que “los cristianos han recibido la enseñanza de no defenderse contra sus enemigos”; y apostilla: “Ya no cogemos las armas contra nadie ni aprendemos a hacer la guerra, puesto que hemos sido instruidos por Jesús” (17). San Cipriano, en la misma línea contraria al servicio militar, escribe: “El mundo está plagado de sangre mutuamente vertida. El homicidio es un crimen

(17) Para una aproximación a los planteamientos de Orígenes, puede verse CROUZEL, H., “Origene et la guerre” en VV.AA., *L’attitude des premiers chrétiens face au service militaire*, Publications des Séminaires Théologie et Non-Violence, Massy, 1986, pp. 37-53.

cuando se comete a título personal, pero es considerado valentía cuando se comete en nombre del Estado". Por último, indiquemos que en las reglas de la *Tradición* (reglamento eclesiástico romano), fijadas por Hipólito de Roma a principios del siglo III, se afirmaba: "Si un catecúmeno o un fiel quiere hacerse soldado, que se le expulse, puesto que ha despreciado a Dios". La actividad militar, en este último texto, se ponía al mismo nivel que la que desarrollaban las prostitutas, los proxenetas, los gladiadores, las adúlteras y los idólatras. Resumiendo lo dicho hasta ahora, podemos afirmar que la posición de la Iglesia cristiana en los tres primeros siglos de su existencia fue claramente contraria a que sus miembros formaran parte del ejército, tanto por razones doctrinales como por la persecución a que estaba sometida por parte del Imperio. No es de extrañar, por tanto, que en las *Actas de los Mártires* aparezcan los nombres de numerosos jóvenes cristianos (Massimiliano, Tipasio, Marcelo, Julio, etc.) que, a causa de su negativa a empuñar las armas, fueron torturados hasta la muerte (18). Como es sabido, la posición de radical rechazo al servicio militar por parte de la Iglesia varió muy sensiblemente con la proclamación de Constantino como Emperador y la progresiva cristianización del Imperio. Pero esta es otra historia.

1.3 Una panorámica del Derecho extranjero en el tema de la objeción de conciencia al servicio militar

Aunque existen precedentes de reconocimientos legales de objeción de conciencia por motivos religiosos desde principios del siglo XVI, hay que subrayar que estas exenciones al servicio de armas no se otorgaban como consecuencia del respeto a la libertad de conciencia, sino como privilegios particulares a favor de ciertos grupos religiosos a cambio de contraprestaciones concretas en beneficio del Estado (pago de contribuciones especiales, realización de trabajos particularmente penosos o peligrosos,

(18) BERTOLINO, R., *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli Editore, Turín, 1967, pp. 148-149.

reoblación de zonas conflictivas, etc.) (19). Como afirma el profesor Cámara Villar (20), los reconocimientos que se produjeron antes del comienzo del siglo XX “no eran en la mayor parte de los casos sino gestos utilitaristas, siempre particularizados, de los gobernantes”.

Dejando al margen los precedentes indicados, lo primero que hay que subrayar es que la incorporación del derecho a la objeción de conciencia en los distintos ordenamientos jurídicos ha tenido lugar recientemente y de modo bastante lento. En términos generales, puede decirse que los primeros países que lo reconocieron fueron aquellos en los que había una mayoría protestante o una importante implantación de las confesiones cristianas pacifistas; en cambio, en los países de mayoría católica dicho reconocimiento fue mucho más tardío. Así, antes de la Segunda Guerra Mundial ya habían consagrado el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, entre otras, las legislaciones de Suecia (1902), Australia (1903), Unión Sudafricana (1912), Gran Bretaña (1916), Estados Unidos (1917), Canadá (1917), Dinamarca (1917), Nueva Zelanda (1917), Paraguay (1921) (21), Noruega (1922) y Holanda (1922). Tras el desastre de la Segunda Guerra Mundial, surgieron importantes movimientos pacifistas inspirados en consideraciones éticas y filosóficas, al tiempo que aparecie-

(19) Entre otros casos, podemos recordar la exención del servicio militar a favor de los anabaptistas decretada por el duque Alberto de Prusia en 1520, a favor de los menonitas en Holanda en 1575, y a favor de los anabaptistas en Francia a través del Decreto de 13 de agosto de 1793. Asimismo, durante el Primer Imperio, Napoleón I dispensó sistemáticamente del servicio militar a los cristianos de confesiones pacifistas (anabaptistas, menonitas, ducobors, etc.) de los países aliados o conquistados. Iguales privilegios obtuvieron los cuáqueros en los Estados Unidos y los menonitas y los anabaptistas en Rusia en el siglo XIX. CATTELAÍN, J. P., *La objeción de conciencia*, cit., pp. 72-73; GARCÍA ARIAS, L., “Servicio militar y objeción de conciencia”, cit., p. 39.

(20) CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., pp. 36-37 y 55.

(21) Paraguay, aunque era un país de mayoría católica, reconoció excepcionalmente el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar a los menonitas y a los miembros de otras confesiones pacifistas con la condición de que colonizaran la región del Chaco (Ley de 25 de julio de 1921).

ron diversas corrientes teológicas progresistas (avaladas por el Papa Pablo VI) que defendían la legitimidad moral de los católicos de declararse objetores de conciencia al servicio militar. Todo ello contribuyó al reconocimiento legal de la objeción de conciencia en países tradicionalmente reacios a admitirla. Así lo hicieron, entre otros, la República Federal Alemana (1949), Finlandia (1959), Luxemburgo (1963), Francia (1963), Bélgica (1964), Italia (1972), Austria (1974), Portugal (1976) y Grecia (1977). En todos estos países, salvo alguna excepción muy puntual por motivos coyunturales, los ciudadanos que obtenían el reconocimiento de la condición de objetores de conciencia debían realizar un servicio civil sustitutorio.

En la actualidad, puede afirmarse que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar está reconocido, con mayor o menor amplitud, en los ordenamientos de la práctica totalidad de los países democráticos (22). En unos pocos este reconocimiento se ha hecho en los propios textos constitucionales (Holanda, Alemania, Austria, Portugal, España, etc.), en tanto que en la mayoría se ha consagrado en las leyes ordinarias (Suecia, Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca, Luxemburgo, Francia, Bélgica, Italia, Finlandia, Suiza, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Estados Unidos, etc.). Por lo que se refiere a los ordenamientos que han incorporado el derecho a la objeción de conciencia en la propia Constitución, hay que señalar que no ha habido uniformidad en cuanto a su enclave sistemático. Así, en tanto que algunas lo consagran en el artículo dedicado a la libertad de conciencia, religión y culto (v.g., el Artículo 41.6 de la Constitución Portuguesa), otras lo ubican en el precepto que establece los deberes militares (v.g., el Artículo 30.2 de la Constitución Española) (23).

(22) Con independencia de que dicho derecho esté activo o esté en *hibernación* (por haberse profesionalizado totalmente el ejército respectivo). Esta supresión del servicio militar obligatorio se ha producido, por ejemplo, en el Reino Unido (1962), Estados Unidos (1973), Francia (1997), Holanda (1997), España (2002) y Alemania (2011). FERNÁNDEZ-ARMESTO, F., "Las democracias vuelven a la guerra", en *El Mundo*, 25 de abril de 2011, p. 17.

(23) DE ALFONSO BOZZO, A., "El Tribunal Constitucional y la objeción de conciencia. Comentario a la solución jurisprudencial transitoria para el ejercicio de un derecho constitucional", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1983, p. 210.

1.4 La objeción de conciencia al servicio militar en los documentos de los organismos internacionales

La objeción de conciencia al servicio militar adquirió tal importancia en el siglo XX que traspasó las fronteras del Derecho interno para recibir plasmación en los documentos y resoluciones de los organismos internacionales (24), tanto en los de ámbito global como –sobre todo– en los de ámbito regional europeo. A continuación, de forma casi telegráfica y siguiendo su orden cronológico, vamos a recordar algunos de los más importantes de dichos documentos:

A) *La Resolución número 337, de 26 de enero de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa*. Fue el primer documento internacional que reconoció de manera expresa el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Estaba estructurado en tres partes: principios básicos sobre la objeción de conciencia al servicio militar, procedimiento para lograr el reconocimiento de la condición de objetor y líneas generales que debían inspirar el servicio sustitutorio. Destacaban dos aspectos de especial interés: la calificación de la objeción de conciencia como un derecho subjetivo y la amplitud de los motivos que podían fundamentar el reconocimiento de este derecho. Además, para esta Resolución, la objeción de conciencia al servicio militar derivaba, en una relación lógica, del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Conexión que, como subrayaba el profesor Martín-Retortillo (25), era “sugestiva y fértil en consecuencias”.

(24) FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Garantías para la protección del derecho a la objeción de conciencia: la derogación del artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 45, 1985, p. 214; CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, p. 106; GASCÓN ABELLÁN, M. y PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 1988-1989, p. 99.

(25) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Sistema*, núm. 62, 1984, p. 9.

B) *La Resolución de 7 de febrero de 1983 del Parlamento Europeo*. Esta Resolución fue, “sin duda, la más avanzada muestra de sensibilidad institucional hacia su consideración como derecho fundamental dimanante de la libertad de conciencia” (26). Entre otros aspectos de este criterio generoso y garantista con los objetores, cabe destacar el reconocimiento de la posibilidad de abandonar el servicio militar incluso una vez incorporado al mismo (objeción de conciencia sobrevenida), así como el rechazo a que una comisión o tribunal pudiera indagar sobre la conciencia personal y a que la duración de la prestación social sustitutoria fuera superior a la del servicio militar.

C) *La Recomendación R (87) 8, de 9 de abril de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*. En esta Recomendación, que se mantenía en la misma línea que la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, el Comité de Ministros del Consejo de Europa manifestaba su deseo de que la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio fuera reconocida en todos los Estados miembros del Consejo de Europa y se rigiera por principios comunes. Asimismo, aconsejaba a los Gobiernos de dichos Estados que adecuaran, en la medida que aún no lo hubieran hecho, sus legislaciones y prácticas nacionales a los principios contenidos en la Recomendación que ahora se aprobaba.

D) Las Resoluciones 1987/46 (de 10 de marzo) y 1989/59 (de 8 de marzo) de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En ellas se hacían sendos llamamientos a los Estados para que reconocieran la objeción de conciencia al servicio militar como un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, reconocido en el Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. También solicitaban a todos los Estados que se abstuvieran de encarcelar a los objetores, adoptando, a tal fin, medidas destinadas a eximir del servicio militar cuando existiera una auténtica objeción de conciencia al mismo.

(26) CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 73.

E) *La Resolución de 13 de octubre de 1989 del Parlamento Europeo*. Seis años después de la aprobación de la Resolución de 7 de febrero de 1983, considerando que ni los Gobiernos de los Estados miembros ni la Comisión de las Comunidades Europeas habían tomado las necesarias iniciativas al respecto, el Parlamento Europeo aprobó esta nueva Resolución relativa a la objeción de conciencia al servicio militar y su convertibilidad en una prestación personal de índole civil. En ella se instaba a la Comisión y a los Estados miembros a que se esforzaran para conseguir que la objeción de conciencia al servicio militar se incluyera, como un derecho fundamental, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Con dicha inclusión, podría ser invocado eficazmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR EN EL DERECHO ESPAÑOL: HITOS DE UN PROCESO

Para analizar el difícil y tortuoso proceso histórico que atravesó en España la objeción de conciencia al servicio militar, desde su consideración de delito castigado con severidad hasta su consagración como derecho constitucional fuertemente garantizado, vamos a estudiar brevemente alguno de los hitos fundamentales del *iter* referido (27).

(27) Un estudio en profundidad de este proceso puede verse en OLIVER ARAUJO, J., "Historia de la objeción de conciencia al servicio militar en España", en *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV (Siglo XX), Volumen VI (El Derecho positivo de los derechos humanos), Libro I (Parte General), (directores: Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García, Rafael de Asís Roig, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Carlos R. Fernández Liesa), Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid), Madrid, 2013, págs. 654-727.

2.1. Los objetores de conciencia durante la dictadura franquista: las denominadas “condenas en cadena”

A) Los primeros objetores de conciencia en España

En España, el fenómeno de la objeción de conciencia al servicio militar tuvo sus primeras manifestaciones públicas a finales de los años cincuenta del siglo XX, cuando varios ciudadanos pertenecientes a la comunidad religiosa de los *Testigos de Jehová* se negaron abiertamente a empuñar las armas (28). Los primeros casos fueron los de Jesús Martín Nohales (en 1958) y Alberto Contijoch Berenguer (en 1959) (29). A partir de estas fechas, los casos de objeción de conciencia de testigos de Jehová que eran llamados a filas se fueron reproduciendo en todas las provincias españolas (30). Los testigos de Jehová en edad militar que no salieron de España en la década de los sesenta tuvieron que dar un fuerte testimonio de coherencia con sus creencias. Contijoch recuerda el caso de varios compañeros suyos, destinados a realizar el servicio militar en Lérida, que fueron torturados para forzarles a cumplirlo. “Muchos fueron apaleados e incluso

(28) Hay que apuntar, no obstante, que ya a principios de los años cincuenta se habían planteado algunos problemas con los testigos de Jehová que se negaban a cumplir el servicio militar; sin embargo, hasta 1958, siempre se encontró una “solución interna”. Normalmente, los objetores, tras ser sometidos a diversos tratos degradantes y humillantes para hacerles desistir de su actitud, aceptaban la realización de servicios auxiliares desvinculados del uso de las armas. Como advierte con perspicacia X. RIUS (*La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, cit., pp. 133-134), “los mandos de los cuarteles donde eran destinados no deseaban que sus regimientos tuvieran el estigma de la existencia de desobediencia y buscaban arreglos particulares en cada caso”.

(29) En la mayoría de libros y artículos se fija el origen de la objeción de conciencia al servicio militar en nuestro país con el caso de Alberto Contijoch. Sin embargo, no puede olvidarse el caso –menos conocido, pero no menos duro– de Jesús Martín Nohales.

(30) El profesor L. GARCÍA ARIAS, en un trabajo publicado en 1966 (“Servicio militar y objeción de conciencia”, cit., p. 46), ya recogía una amplia relación de ciudades españolas en donde habían sido juzgados y condenados por la jurisdicción castrense numerosos testigos de Jehová que se habían negado a empuñar las armas.

amenazados de violación si se negaban a realizar servicios auxiliares. Uno de los casos más horripilantes se dio en 1964, cuando el testigo de Jehová Juan Tomás Goparra, tras recibir diversas palizas, fue atado desnudo en el suelo de la cuadra, soltándose luego a las mulas, a las que se azuzaba para que lo pisaran” (31). El mismo Contijoch sufrió numerosas palizas y tratos inhumanos y degradantes, entre ellos podemos destacar el que tuvo lugar en Palma de Mallorca, cuando permaneció cuarenta y cinco días en calzoncillos en el calabozo, ya que le habían arrebatado la ropa civil (32). Pero esto no era todo. Si el trato que recibían los objetores de conciencia en los cuarteles era el que acabamos de describir, el que recibieron por parte de los hombres de Derecho no era mucho mejor. Así, Quintano Ripollés (33) afirmaba que la objeción de conciencia era una postura “extra-vagante”, y el propio Tribunal Supremo (34), en la Sentencia de 15 de noviembre de 1965, la calificaba de “concepto disolvente”.

La situación de los objetores en España dio un salto cualitativo en enero de 1971, cuando apareció el primer objetor de conciencia *católico*: José Luis Beúnza Vázquez. En efecto, en esta fecha, “Pepe Beúnza” se declaró objetor de conciencia católico, no-violento y pacifista, siendo condenado por un consejo de guerra y encarcelado. En este caso se daban tres circunstancias particulares que le dieron un especial relieve: era el primer objetor de conciencia católico (lo que provocó que numerosas asociaciones y sectores cristianos le manifestaran su solidaridad; así, por ejemplo, la Asociación Pax Christi le otorgó el “Memorial Juan XXIII”), era el primer objetor que contaba con una estructura de apoyo preparada con anterioridad, y era el primer objetor que expresamente se ofrecía para realizar un servicio civil sustitutorio del militar (35). El encarcelamiento de

(31) RIUS, X., La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual, cit., p. 135.

(32) IBIDEM, p. 134.

(33) QUINTANO RIPOLLÉS, A., “La objeción de conciencia ante el Derecho Penal”, en *Estudios de Deusto*, vol. XIII, núm. 25-26 (Número-homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J.), 1965, p. 612.

(34) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, 1965, núm. 5.120, p. 3.129.

(35) RIUS, X., La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual, cit., pp. 39-40 y 137-139.

Pepe Beúnza fue el detonante para que el problema de la objeción de conciencia alcanzara una importante trascendencia pública, poniendo en el primer plano de la actualidad un problema que hasta entonces había estado aletargado (36). Desde el momento en que entró en la cárcel, se inició una intensa campaña nacional e internacional para pedir su libertad y, por extensión, la de todos los españoles encarcelados por ser objetores de conciencia al servicio militar. Entre las numerosas manifestaciones que se sucedieron, podemos recordar –por su trascendencia internacional– las que tuvieron lugar en Nueva York, París y Londres. Asimismo, se llevó a cabo una marcha de más de setecientas personas que, comenzando en Ginebra, debía finalizar en la prisión de Valencia. De hecho, aunque en la frontera franco-española fueron detenidos los participantes españoles y se impidió el paso a los demás, el objetivo de llamar la atención de la opinión pública internacional ya se había conseguido. El gesto de Pepe Beúnza tuvo, como hemos dicho, una honda repercusión social y, muy pronto, fue seguido por otros jóvenes católicos (entre ellos podemos recordar a Víctor Boj, Jordi Agulló y Juan Guzmán). Todo ello llevó al procurador en Cortes franquista Blas Piñar a afirmar que, “la actitud humilde de los testigos de Jehová”, se convertía “en los católicos en una actitud subversiva”.

B) La reacción del régimen franquista: cárcel hasta los treinta y ocho años de edad

Cuando comenzaron a producirse abiertamente las primeras actitudes objetoras de conciencia al servicio militar, la respuesta de las autoridades militares y del régimen franquista en general fue reprimirlas con dureza como escarmiento y para evitar, de este modo, que se multiplicaran. El fundamento legal de esta represión lo encontraban en el Artículo 7 del Fuero de los Españoles de 1945, que afirmaba: “Constituye título de honor para los españoles el servir a la Patria con las armas. Todos los españoles están obligados a prestar este servicio cuando sean llamados con arreglo a la ley”. Por tanto, el cumplimiento del servicio militar era obli-

(36) MONTOBBIO, M., “Conversación con J. L. Beúnza”, en *El Ciervo*, junio-agosto de 1984, p. 38; ROIG I RIBAS, A., *Escapar de la mili. Todos los medios legales para no hacer el servicio militar*, Dictext, Barcelona, 1990, pp. 200-201.

gatorio y general, y la negativa a prestarlo debía ser castigada. Sin embargo, sentada esta declaración de principios, era preciso concretar un elemento de orden procesal y otro de orden penal. El primero era determinar cuál era la jurisdicción competente para conocer y castigar la negativa a cumplir el servicio militar; y el segundo era precisar dentro de qué figura delictiva se iba a incluir esta negativa a empuñar las armas.

a) En cuanto a la *primera cuestión*, esto es, determinar cuál era el orden jurisdiccional competente para conocer de esta materia, el Tribunal Supremo declaró que correspondía a la jurisdicción castrense por dos motivos. En primer lugar, porque la persona que se negaba a cumplir el servicio de armas ya era –a estos efectos– un militar en servicio activo (en este sentido, recordaba que la normativa sobre reclutamiento sometía a la jurisdicción militar a los llamados a filas desde el momento de su ingreso en “Caja”). En segundo lugar, consideraba que la jurisdicción competente era la militar porque los hechos que se imputaban no estaban tipificados en el Código Penal ordinario, sino en el Código de Justicia Militar (37) (lo que, en realidad, era muy discutible).

b) La *segunda cuestión*, esto es, dentro de qué figura delictiva se iba a incluir la negativa a cumplir el servicio militar, tampoco estaba exenta de problemas, pues el legislador español no había tipificado penalmente esta negativa (quizás porque, dentro de su mentalidad militarista, le parecía una hipótesis absurda). Ante este vacío normativo, la jurisdicción militar española consideró –de forma bastante forzada– que el objetor de conciencia incurría en un delito de desobediencia a las órdenes de un superior previsto en el artículo 328 del Código de Justicia Militar, en su modalidad de órdenes no relativas al servicio de armas (38). En consecuencia, los objetores de conciencia eran castigados a una pena de prisión militar

(37) GARCÍA ARIAS, L., “Servicio militar y objeción de conciencia”, cit., pp. 51-52.

(38) El artículo 328 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 decía así: “Fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, el militar que desobedezca las órdenes de sus superiores relativas al servicio de armas... incurrirá en la pena de seis años de prisión militar a veinte de reclusión militar. No tratándose de órdenes relativas al servicio de armas... incurrirá en la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar”.

que oscilaba entre los seis meses y un día y los seis años. Pero esto no era todo. Una vez cumplido el tiempo de la pena privativa de libertad, no quedaban exentos del servicio militar, sino que eran vueltos a llamar a filas, y si volvían a negarse –que era lo normal– incurrierían otra vez en el mismo delito de desobediencia (agravado por la reincidencia), y por segunda vez eran encausados y condenados; e igualmente sucedía una tercera e incluso en posteriores ocasiones, hasta que cumplían los treinta y ocho años, edad en la cual se pasaba a la situación de licencia absoluta y ya no eran vueltos a llamar a filas (39). Esta imposición de “condenas en cadena” daba lugar a lo que ciertos autores de la época calificaron de “prisión vitalicia”. El profesor Martín-Retortillo (40) ha descrito de forma gráfica la “diabólica” situación que se producía con estas palabras: “Tras la inicial condena –con pena que iba de seis meses y un día a seis años– podían enganchar sucesivas condenas, pues una vez cumplida la primera volvían a ser llamados al servicio militar. La nueva negativa daba pie a la ulterior sanción, y así, eslabón tras eslabón, se iba trenzando la diabólica cadena que podía alargarse hasta el cumplimiento de la edad de licencia absoluta, fijada entonces en los treinta y ocho años”. Era un castigo absolutamente escandaloso que incluso podía superar con facilidad los que se imponían por delitos de sangre. “La situación de los objetores españoles era tan deplorable e injusta que trascendió fuera de nuestras fronteras, de manera que la opinión pública internacional y las instituciones europeas, como el Consejo de Europa”, presionaron al Gobierno español para que

(39) Entre otros, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 619; AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., “La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español”, cit., pp. 36-37; GASCÓN ABELLÁN, M. y PRIETO SANCHÍS, L., “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional”, cit., p. 98; GONZÁLEZ SALINAS, P., “La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 34, 1982, p. 490; MILLÁN GARRIDO, A., “La objeción de conciencia al servicio militar, la prestación social sustitutoria y su régimen penal”, en *Actualidad Penal*, núm. 15, 1991, p. 220.

(40) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 10.

mejorara el tratamiento jurídico que se daba a sus ciudadanos que se negaban a empuñar las armas.

Esta presión internacional aumentó sensiblemente a partir de 1969, cuando un periodista del rotativo inglés *The Guardian*, aprovechando una ceremonia que se celebraba en el penal gaditano de Santa Catalina (donde se encontraban encarcelados por objeción de conciencia 150 testigos de Jehová), entró mezclado entre los familiares de los presos y realizó un amplio informe con fotografías, que posteriormente vendió a la agencia de noticias Reuter. Esto permitió que la problemática de los testigos de Jehová españoles se difundiera en toda la prensa mundial (41). Acto seguido, se produjeron numerosas manifestaciones en el extranjero y la interrupción del paso de algunos trenes españoles fuera de nuestro territorio. Amnistía Internacional también presionó al Gobierno español, pero fue el Consejo de Europa el organismo que preparó el documento más concreto. Nos estamos refiriendo a la "Proposición de Resolución relativa a la situación de los objetores de conciencia en España", presentada por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 22 de enero de 1971. En ella se lamentaba "la severidad extraordinaria con la cual el Derecho español amenaza a los elementos de su juventud que reclaman la objeción de conciencia"; se recordaba la Resolución 337, de 26 de enero de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, relativa al derecho a la objeción de conciencia; y se deseaba que el Gobierno español tomase "las medidas propias para establecer un estatuto de los objetores de conciencia previendo un servicio civil sustitutivo".

En 1973, Jesús Jiménez publicó el libro titulado *La objeción de conciencia en España* (42), que causó un gran impacto y consiguió rápidamente una amplia difusión. Este autor, además de analizar la situación de los objetores de conciencia en nuestro país, dio a conocer los nombres y apellidos de los jóvenes que en aquel preciso momento –febrero de 1973– estaban encarcelados por este motivo; también informó de las causas instruidas, su número de identificación, la fecha de las condenas, la duración

(41) RIUS, X., *La objeción de conciencia. Motivaciones, historia y legislación actual*, pp. 135-136.

(42) JIMÉNEZ, J., *La objeción de conciencia en España*, Edicusa, Madrid, 1973.

de las mismas y el lugar de su cumplimiento. El total de ciudadanos encarcelados ascendía a 268, de los cuales 264 eran testigos de Jehová y 4 católicos; algunos testigos de Jehová estaban encarcelados desde 1962, y setenta y dos ya llevaban más de cinco años en prisión en la fecha indicada (43).

También los sectores progresistas de la Iglesia Católica, desde Roma y desde Madrid, presionaron fuertemente al Gobierno español (oficialmente "católico") para que pusiera fin a dicha monstruosa regulación. Especial importancia tuvo la concreta referencia a la objeción de conciencia contenida en la Constitución Pastoral "*Gaudium et Spes*" aprobada por el Concilio Vaticano II. En este documento conciliar se afirmaba literalmente: "También parece razonable que las leyes tengan en cuenta, con sentido humano, el caso de los que se niegan a tomar las armas por motivo de conciencia, siempre que acepten al mismo tiempo servir a la comunidad humana de otra forma" (núm. 79). Tras el Concilio, el Papa Pablo VI manifestó, en diversas ocasiones, su satisfacción por las iniciativas legislativas emprendidas en varios Estados que permitían sustituir el servicio militar obligatorio por un servicio de naturaleza civil. En la misma línea, aunque más tardíamente, la Conferencia Episcopal Española emitió una nota en la que recordaba las resoluciones del Concilio Vaticano II y hacía un llamamiento al Gobierno español para que encontrara una solución adecuada. Todos estos documentos y declaraciones surgidas de las más altas instancias de la Iglesia Católica no podían menos que pesar en el ánimo de los gobernantes españoles, sobre todo si se tiene en cuenta que la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 –auténtica quintaesencia del régimen franquista– afirmaba que "la Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera, y fe inseparable de la conciencia nacional, *que inspirará su legislación*" (principio segundo).

(43) FORASTER SERRA, M., "Protección jurisdiccional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 46, 1985, p. 196; IDEM, "Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la normativa de la objeción de conciencia al servicio militar", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1988, pp. 469-470.

2.2. El reconocimiento constitucional del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar y su protección a través del recurso de amparo (1978)

A) La objeción de conciencia en la Constitución y en la legislación de desarrollo

Veinte años después de que aparecieran en nuestro país los primeros objetores de conciencia, la Constitución Española de 1978 intentó sentar las bases para una definitiva solución del problema. Así, su artículo 30, tras afirmar en su primer apartado que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”, incorpora un segundo apartado con el siguiente tenor: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria” (44). Por tanto, por vez primera en nuestra historia, el derecho a la objeción de conciencia, como causa de exención del servicio militar obligatorio, aparecía consagrado en un texto constitucional.

Debemos añadir, además, que no se paró en el artículo 30 CE la preocupación del Constituyente por este tema, ya que en el artículo 53 CE, dedicado a las garantías de los derechos y libertades, se afirma expresamente que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional “será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30” (segundo apartado, *in fine*). Con ello, se le otorga la tutela privilegiada ante el Tribunal Constitucional que está reservada para la protección de los derechos fundamentales. En cumplimiento de este mandato constitucional, el artículo 45 de la LOTC estableció las condiciones y el plazo para interponer este tipo de recurso de amparo.

La Constitución Española de 1978, como hemos visto, afirma de forma expresa que la objeción de conciencia es una de las causas de exención del servicio militar obligatorio (artículo 30.2), pero –como precisó el

(44) El artículo 30 encabeza la sección segunda del capítulo segundo del título primero de la Constitución, que lleva por rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos”.

Tribunal Constitucional– también estamos ante un auténtico derecho reconocido constitucionalmente. En efecto, en la Sentencia de 23 de abril de 1982, tras indicar que la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, afirmó de forma literal que “la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española” (45). Una vez fijado el carácter bifronte de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento, esto es, su carácter de causa de exención de una obligación general y de derecho reconocido en la propia Constitución, estamos en condiciones de acercarnos con más precisión a su concepto y al contenido esencial del mismo. Así, referida al sistema jurídico español, proponemos la siguiente *definición* del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar: derecho reconocido en la Constitución que permite negarse a cumplir el deber del servicio militar obligatorio y los otros deberes militares, invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un imperativo superior –religioso o ético– que prohíbe dicho cumplimiento, al rechazar el uso de las armas con fines militares. La prestación social sustitutoria, compensatoria del deber militar que se deja de cumplir, es –en este sistema de conscripción– una consecuencia obligada del principio de igualdad. En la misma línea, el magistrado constitucional Carlos de la Vega Benayas, tras indicar que el derecho a la objeción de conciencia puede describirse más que definirse, lo conceptúa como “el derecho del individuo a ser respetado por el Estado en sus escrúpulos o convicciones de conciencia, que le impelen al rechazo de la prestación personal del servicio militar, eximiéndole de ella mediante la prestación, en su caso, de un servicio civil, sustitutorio del de armas” (46).

La ley de desarrollo a la que remite el artículo 30.2 de la Constitución fue aprobada, tras una dilatada espera de seis años, a finales de 1984; en concreto, el mandato de este precepto constitucional se cumplió con la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia

(45) STC 15/1982, de 23 de abril (Ponente: G. BEGUÉ CANTÓN), *BOE* de 18 de mayo de 1982, fund. juríd. 6°.

(46) Voto Particular del magistrado C. DE LA VEGA BENAYAS a la STC 160/1987, punto 1.

y de la prestación social sustitutoria, y con la Ley Orgánica 8/1984, también de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal. El Tribunal Constitucional, en la etapa intermedia que va desde la entrada en vigor de la Constitución hasta que el legislador ordinario dictó las disposiciones de desarrollo del artículo 30.2 CE, realizó una importante labor en defensa del derecho a la objeción de conciencia a través del recurso de amparo previsto en el artículo 45 de la LOTC. Al Tribunal Constitucional acudieron, en este período, varios objetores de conciencia que, viendo violado su derecho por las autoridades militares, demandaban amparo. Sus expectativas de tutela no se vieron defraudadas, pues este Alto Tribunal, a través de una serie de autos y de sentencias, elaboró una doctrina rigurosa y garantista, directamente encaminada a proporcionar la necesaria protección al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar.

Como ya hemos indicado, en los últimos días de 1984, el legislador cumplió el mandato contenido en el artículo 30.2 de la Constitución, aprobando la Ley 48/1984 y la Ley Orgánica 8/1984. Así, después de seis años de haberse aprobado la Constitución, se daban los primeros pasos normativos para que el derecho a la objeción de conciencia pudiera alcanzar su plena aplicabilidad y eficacia. El propio preámbulo de la Ley 48/1984 señalaba que los *principios* que inspiraban este texto eran, fundamentalmente, cuatro. En *primer lugar*, la regulación de la objeción de conciencia con la máxima amplitud en cuanto a sus causas, con la mínima formalidad posible en el procedimiento y con la mayor garantía de imparcialidad en cuanto a su declaración. En *segundo lugar*, la eliminación de toda discriminación, en cualquier sentido, entre quienes cumplían el servicio militar y los objetores de conciencia. En *tercer lugar*, la previsión de garantías suficientes para asegurar que la objeción de conciencia no sería utilizada, en fraude a la Constitución, como una vía para evadir el cumplimiento de los deberes constitucionales. Por último, en *cuarto lugar*, la consecución de que el cumplimiento de la prestación social sustitutoria redundase en beneficio de la sociedad y del propio objetor. A pesar de esta declaración del preámbulo de la Ley, lo cierto es que del análisis de su articulado se constataba que los cuatro principios no habían sido desarrollados con la misma intensidad. Así, a nuestro juicio, los principios primero, tercero y cuarto habían obtenido en la Ley una plasmación adecuada; pero no así

el segundo (la eliminación de cualquier discriminación entre quienes cumplían el servicio militar y los objetores de conciencia), que presentaba algunas grietas. Posiblemente, ello era debido a que el celo y la preocupación por asegurar el tercer principio (la búsqueda de garantías contra el fraude) había reducido y oscurecido el alcance del segundo (la igualdad entre objetores y no objetores) (47).

B) Los motivos relevantes para poder ser reconocido objetor de conciencia

El segundo apartado del artículo 1 de la Ley 48/1984 indicaba cuáles eran los motivos de conciencia que el legislador español consideraba relevantes para poder ser eximido de la obligación de prestar el servicio militar. Este precepto decía así: “Los españoles sujetos a obligaciones militares que, por motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza, sean reconocidos como objetores de conciencia, quedarán exentos del servicio militar, debiendo realizar en su lugar una prestación social sustitutoria”. Por tanto, se admitían expresamente cinco tipos de motivaciones (religiosas, éticas, morales, humanitarias y filosóficas) y se dejaba una cláusula abierta (otras motivaciones de la misma naturaleza) para garantizar –como decía el preámbulo de esta Ley– “la máxima amplitud” en cuanto a las causas de la objeción de conciencia. La relación de motivos que enumeraba el artículo 1.2 de la Ley 48/1984, directamente inspirada en el principio de base 1 de la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa y en las legislaciones extranjeras más avanzadas, mereció elogios por su carácter amplio y abierto (48). En efecto, el legislador español recogió una extensa gama de motivos que podían afectar a la

(47) SORIANO, R., “La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 58, 1987, pp. 96-97; CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., pp. 152-153.

(48) CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 158; MILLÁN GARRIDO, A., “La

conciencia y los expresó de forma genérica, al objeto de que, en su acepción, cupieran “una diversidad de actitudes” (49). Esta generosidad en la enumeración de las convicciones relevantes para poder ser reconocido objetor de conciencia venía implícitamente impuesta por el artículo 14 de la Constitución, que prohíbe cualquier discriminación por razón de religión u opinión, y por el artículo 16 del mismo Texto Fundamental, que garantiza, equiparándolas, las libertades ideológica y religiosa (50).

C) El reconocimiento de la condición de objetor de conciencia

La solicitud de declaración de objeción de conciencia y exención del servicio militar debía dirigirse al Consejo Nacional de Objeción de Conciencia (CNOC) (51), que era el órgano competente para efectuar dicha

objeción de conciencia al servicio militar en el Derecho español”, en *Doctrina Penal*, núm. 31, 1985, p. 415.

(49) SORIANO, R., “La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español”, cit., p. 101.

(50) GARCÍA MORILLO, J., “Los derechos y deberes fundamentales” en DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., (dir.), *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980, vol. I, pp. 204-205; AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., “La objeción de conciencia al servicio militar: especial referencia al Derecho español”, cit., p. 40.

(51) El Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, encuadrado en el Ministerio de Justicia, era el órgano competente para conocer las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y resolver sobre las mismas, así como para ejercitar las demás funciones que le atribuía la Ley 48/1984. Estaba integrado por cinco miembros con voto: el Presidente (debía ser un magistrado de la carrera judicial, designado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Justicia), dos Vocales juristas (nombrados uno por el Ministro de Justicia y otro por el Ministro de Defensa), un Vocal objetor de conciencia (designado por el Ministro de Justicia) y un Vocal Secretario del Consejo (designado también por el Ministro de Justicia). Además de estos cinco miembros con voto, el Ministro de Justicia podía acordar la incorporación al Consejo, con voz, pero sin voto, con carácter permanente o no, de aquellas personas que considerase conveniente y, especialmente, de representantes de las entidades en las que los objetores realizasen la prestación social sustitutoria. La adscripción del CNOC al Ministerio de Justicia y su concreta composición, que fijaba el artículo 13.2 de la Ley 48/1984,

declaración. El contenido de dicha solicitud debía contener, entre otros datos más inocuos, la exposición detallada de los motivos de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza que fundamentasen la solicitud de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y la consiguiente exención del servicio militar. A estos efectos, tanto la Ley como el Reglamento precisaban que el interesado podía aportar cuantos documentos y testimonios estimase “pertinentes a fin de acreditar las manifestaciones alegadas”.

Aunque el CNOC debía resolver todas las solicitudes que se le presentasen y, en consecuencia, declarar haber lugar o no al reconocimiento de la condición de objetor de conciencia y a la consiguiente exención del servicio militar, el legislador se preocupó de precisar que, si transcurrían “seis meses” desde la presentación de una solicitud sin que hubiera recaído resolución, aquella se entendía concedida (silencio positivo). Con esta medida se pretendía, esta vez de forma muy garantista, evitar que las dilaciones administrativas pudieran perjudicar al ciudadano. Los efectos de las resoluciones del Consejo que resolvían favorablemente las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia eran dobles: por una parte, la exención del servicio militar del objetor (tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra), quedando total y definitivamente desvinculado de las Fuerzas Armadas, bajo la calificación de “exento del servicio militar”; y, por otra, la obligación de realizar, en su lugar, una prestación social sustitutoria.

Desde su puesta en funcionamiento en 1985, el CNOC se ganó una justificada fama de *benevolente* en la resolución de las solicitudes de reconocimiento de la condición de objetor de conciencia, ya que bastaba con

nos parecen decisiones legislativas correctas y adecuadas, pues con ellas se establecía su completa separación de la Administración Militar y se garantizaba suficientemente la independencia e imparcialidad de sus resoluciones. Asimismo, valoramos en términos positivos la presencia de un Vocal objetor de conciencia y que la Presidencia del CNOC recayera en un miembro de la carrera judicial, con categoría de magistrado, lo cual –como decía el preámbulo de la Ley 48/1984– aseguraba tanto la sensibilidad social de sus resoluciones como la capacidad juzgadora del Consejo.

invocar –formalmente– uno de los motivos que señalaba el artículo 1.2 de la Ley 48/1984 para que, sin exigencia de mayores aclaraciones y sin ningún tipo de indagación, se reconociera la condición de objetor de conciencia solicitada. Era prácticamente imposible dar mayores facilidades.

D) La prestación social sustitutoria

El artículo 30.2 de la Constitución, tras reconocer el derecho a la objeción de conciencia como causa de exención del servicio militar obligatorio, indica que la ley puede “imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”. En consecuencia, quienes eran declarados objetores de conciencia estaban exentos de cumplir el servicio militar, pero, simultáneamente, quedaban obligados a realizar una prestación social sustitutoria, consistente en actividades de utilidad pública que no requirieran el empleo de armas ni supusieran dependencia orgánica de las instituciones militares. Esta radical y absoluta separación de la prestación social sustitutoria de las estructuras militares nos parece un dato positivo, que no se daba ni se da en todas las legislaciones. La prestación social sustitutoria, como afirmaba el profesor Cámara Villar, evitaba que la objeción de conciencia se convirtiera “en una inadmisibile excepción al cumplimiento de un deber en términos generales y absolutos, para serlo tan solo en términos relativos a una de sus formas, respetándose, por una parte, las exigencias de la libertad de conciencia, así como los requerimientos del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley”. La prestación social sustitutoria era, en el caso de los objetores de conciencia al servicio militar, una forma de cumplir el deber de defender a España, que no excluía la necesidad de asumir, en su caso, otras obligaciones para con dicha defensa, con las que coexistía. Se trataba “de un deber de naturaleza semejante y contenido equivalente al servicio militar” y, por ello, podía tener carácter sustitutorio (52). En la misma línea, Carlos de la Vega Benayas afirmaba que la prestación social “es una sustitución del servicio, un cambio o alteración de la forma del derecho y el deber de defender a España”. Y añadía este magistrado: el servicio militar y la prestación social sustitutoria “son supuestos diferentes en la materialidad de su contenido, pero

(52) CÁMARA VILLAR, G., La objeción de conciencia AL servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema), cit., p. 223.

análogos en cuanto ambos son, en su especie, una manifestación del deber general de servir a España” (53). El objetor de conciencia que ha obtenido el reconocimiento del CNOC “ha quedado exento de realizar el servicio militar, no de defender a España” (54).

2.3. El derecho a la objeción de conciencia ante la total profesionalización del Ejército (desde el 1 de enero de 2002)

En los últimos decenios del siglo XX, la mayoría de la sociedad española y muy especialmente sus jóvenes tenían una visión muy negativa del servicio militar obligatorio, sintiéndolo como una carga inútil y reaccionaria. Ello respondía, básicamente, a dos órdenes de razones. Unas eran de *carácter práctico*: la convicción muy generalizada de que el tiempo de la *mili* era un tiempo perdido, en el cual no se aprendía nada útil, sino que, por el contrario, se producía un embrutecimiento personal y se interrumpían los estudios o el trabajo, convirtiéndose además en una pesada carga económica para la familia del soldado. Otras razones eran de *carácter ideológico*: la mala valoración que tenía la sociedad española de la institución militar por el hecho de que, tradicionalmente, hubiera jugado un papel antidemocrático y golpista, poniéndose al servicio de los intereses más conservadores y de las clases sociales más reaccionarias (acentuó este sentimiento su papel protagonista en la Guerra Civil y la ulterior dictadura). Con mayor concreción se pronunció García de la Cruz (55), al afirmar que “los principales desencadenantes del deterioro alcanzado por el servicio militar obligatorio son los tres siguientes: a) el fracaso de la organización militar en culminar el proceso de asimilación de los soldados de reemplazo; b) la *bunkerización* en una constelación de valores trasnochados, con frecuencia antidemocráticos, de la élite militar; y c) la centralidad

(53) Voto Particular formulado por el magistrado C. DE LA VEGA BENAYAS a la STC 160/1987.

(54) CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. (Las dimensiones constitucionales del problema)*, cit., p. 214; OLIVER ARAUJO, J., “La incidencia de la objeción de conciencia en la profesionalización de las Fuerzas Armadas”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, 2000, p. 377.

(55) GARCÍA DE LA CRUZ, J. J., “La pseudoprofesionalización de la tropa”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 82, 1998, pág. 59.

que han tomado las sanciones de las faltas leves en la vida cotidiana de la tropa, generando una dinámica autoritaria que es la principal causa de esa figura que hemos designado como ciudadanos *siervos*".

Este sentimiento contrario al servicio militar obligatorio –ampliamente extendido en toda la sociedad española y hondamente vivido por los sectores de su juventud– no podía tener otro desenlace que la supresión del mismo, dando paso a un Ejército integrado únicamente por soldados profesionales, que hicieran de la milicia su oficio y su forma de ganarse la vida. Pues bien, este tránsito de uno a otro modelo de Ejército (de recluta universal a profesional) tuvo su plasmación normativa en tres disposiciones, una ley y dos reales-decretos, a las que brevemente vamos a referirnos:

– La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas determinaba que, a partir del 31 de diciembre del año 2002, quedaría suspendida la prestación del servicio militar.

– El Real Decreto 247/2001, 9 de marzo, por el que se adelantaba la suspensión de la prestación del servicio militar, avanzó al 31 de diciembre de 2001 (es decir, un año) "la fecha de la suspensión de la prestación del servicio militar".

– El Real Decreto 342/2001, de 4 de abril, por el que se suspendía la prestación social sustitutoria del servicio militar. En concreto, el artículo 1 de esta breve norma afirmaba que quedaba "suspendida la prestación social sustitutoria del servicio militar a partir del 31 de diciembre del año 2001".

De este modo, y en tanto en cuanto por ley no se active de nuevo el servicio militar obligatorio (lo que parece altamente improbable que ocurra), el derecho constitucional a la objeción de conciencia al mismo también está, en cierto modo, en suspenso o inactivo. En efecto, habiendo desaparecido (aunque sea, formalmente, bajo el eufemismo de la suspensión) las obligaciones militares, la objeción de conciencia al cumplimiento de las mismas ha perdido el objeto que la provocaba. Sin embargo, como es obvio, la reintroducción en nuestro ordenamiento jurídico del servicio militar, lo que no ofrecería ningún problema de constitucionalidad, obligaría

simultáneamente a reactivar el derecho a la objeción de conciencia, con la previsión de un servicio social sustitutorio del militar.



Algunas consideraciones a propósito del Derecho a la Objeción de Conciencia en el Paraguay

Miryam Peña *

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Notas esenciales sobre la objeción de conciencia. 3. Concepto de objeción de conciencia. 4. Objeción de conciencia y deber de cumplir las normas. Conflicto jurídico. 5. Andamiaje normativo internacional del Derecho a la objeción de conciencia. 6. La figura de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico paraguayo. 7. Régimen institucional de la objeción de conciencia en Paraguay. 8. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte y Tribunales de Apelación. La posición jurisprudencial al respecto. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Actualmente ocupa el cargo de Ministra de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, en la que integra la Sala Constitucional, en la cual se desempeña como Presidenta. A lo largo de su carrera judicial se desempeñó en la Jurisdicción del Trabajo, desde el año 1971, como Secretaria del Juzgado de Primera Instancia del trabajo; Abogada del trabajo (1973); Agente Fiscal del Trabajo (1977); Juez de Primera Instancia en lo Laboral (1980); Miembro del Tribunal de Apelación del Menor (1984) y Miembro del Tribunal de Apelación Laboral (1995-2015). Es docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y tiene publicados varios trabajos sobre temas de Derecho Laboral y Derecho de la Niñez y de la Adolescencia. Se destaca su obra sobre "Declaración Sociolaboral del MERCOSUR". Es Miembro de Número de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.

1. Consideraciones previas

“Creonte: Pero tú, dime brevemente, sin extenderte; ¿sabías que estaba decretado no hacer esto?

Antígona: Sí, lo sabía: ¿cómo no iba a saberlo? Todo el mundo lo sabe.

Creonte: Y, así y todo, ¿te atreviste a pasar por encima de la ley?

Antígona: No era Zeus quien me la había decretado, ni Dike, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron...”.

Antígona. Sófocles, año 423 a.C.

Valga el precedente fragmento de la célebre tragedia griega, como prolegómeno al tema de este trabajo, en el que se pretende reflexionar respecto del derecho a la objeción de conciencia, como manifestación concreta del derecho fundamental de libertad de conciencia, dando énfasis al desarrollo del mismo en el Paraguay.

El desarrollo jurisprudencial y doctrinario de la figura ha cobrado un avance inusitado en los últimos años y plantea, en forma cada vez más recurrente, diversas y complejas interrogantes a nuestros respectivos ordenamientos jurídicos. Ello justifica, sobremanera, la elección del mismo como uno de los ejes temáticos centrales de este IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, del cual mi país se honra en ser sede anfitriona, en esta edición.

Si bien el instituto de la objeción de conciencia y su categorización como derecho es de elaboración relativamente reciente, a lo largo de la historia de la humanidad pueden citarse a varios célebres personajes que se han mantenido firmes y fieles a sus convicciones, corriendo el riesgo y muchas veces soportando condenas atroces por tal conducta, por lo que pueden ser considerados como objetores.

Por ejemplo, Sócrates, quien murió condenado a beber la cicuta; Antígona, (423 a.C.), quien fue castigada a ser enterrada viva al negarse a obedecer al rey Creonte por ser fiel a la ley inscrita en su espíritu; los primeros cristianos, quienes se negaban a adorar otras divinidades, a rendir culto al César y a participar en la guerra. También debe ser mencionado el humanista Tomás Moro, que fue decapitado por negarse a obedecer al rey Enrique VIII de Inglaterra como cabeza de la nueva iglesia separada.

En el escenario del mundo actual, los motivos o razones de la objeción de conciencia desbordan el ámbito religioso, invocado originariamente con exclusividad, para expandirse hacia otros principios éticos o ideológicos, y a supuestos distintos al del servicio militar obligatorio, que provocó su génesis, ello, como consecuencia de la reglamentación por parte de los diversos ordenamientos jurídicos, de temas que generan un debate ético-filosófico en la sociedad, como ser, la despenalización del aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la eutanasia, lo que trae de suyo la posibilidad de objetar en conciencia.

Dicha situación, parafraseando al distinguido profesor Navarro - Valls, notable estudioso del tema, puede decirse que provocó un *big-bang* de la objeción de conciencia, alegoría más que adecuada para la explosión de supuestos de objeción de conciencia, lo que nos impone reflexionar en torno a la misma en este prestigioso espacio académico.

Las preguntas que se plantean en torno a la objeción de conciencia son arduas y de gran envergadura: ¿Existe un derecho general a la objeción de conciencia? ¿Puede decirse que la objeción de conciencia es un derecho fundamental, en cuanto manifestación directa e inmediata del derecho a la libertad de conciencia?

Por el contrario, ¿es imprescindible que el legislador regule la figura para que una persona pueda invocar válidamente su derecho a la objeción de conciencia? ¿Puede un juez reconocer o rechazar el derecho a objetar?

La respuesta a estas interrogantes entraña una complejidad tal que divide irremediabilmente no sólo la doctrina jurídica especializada, sino a los propios jueces y tribunales, en todas sus instancias.

2. Notas esenciales sobre la objeción de conciencia

La objeción de conciencia se caracteriza por su contenido moral, dado que toda persona tiene derecho a elaborar su propia concepción de la existencia con una escala de valores, y ese derecho incluye la posibilidad de mantener una conducta coherente con dicha concepción y oponerse a aquello que lesione su conciencia.

De ello se sigue que el derecho a la objeción de conciencia se fundamenta en la dignidad de la persona humana, piedra angular de todo Estado de Derecho, y, en el caso de la Constitución paraguaya, proclamada ya en el preámbulo y en varios artículos de la misma.

La persona que objeta tiene la genuina convicción de que el cumplimiento de cierta norma legal atentaría contra su misma dignidad e integridad moral. En definitiva, atenta contra su ética personal.

Por ello, el fundamento de la objeción de conciencia se halla en la posibilidad de comportarse en coherencia con el propio dictamen de la conciencia, que no es irracional, sino que es un producto racional que se forja desde el sustrato cultural de la persona y según sus condicionantes psicológicos.

La conciencia pondera y emite un dictamen respecto de una acción en concreto, que exige la coherencia de esta acción con los valores personales para que la persona pueda reconocerse en su identidad moral.

Tampoco la conciencia se trata de un mero instinto. En este aspecto, el profesor alemán Robert Spaemann señala: "... el yo-no-puedo-actuar-de-otro-modo **de quienes obran por instinto**, se diferencia como el día de la noche del yo-no-puedo-actuar-de-otro-modo **del que obra en conciencia**. Aquél se siente arrastrado, privado de libertad. Bien que querría actuar de otro modo, pero no puede. Está en discordia consigo mismo. El "aquí estoy yo, no puedo obrar de otro modo" del que actúa en conciencia es, por el contrario, expresión de libertad. Dice tanto como: "no quiero otra cosa". No puedo querer otra cosa y tampoco quiero poder otra cosa. Ese hombre es libre ...".

La idea, en sí misma, de hacer depender el cumplimiento de las normas jurídicas de la conciencia particular, le resulta especialmente llamativa al jurista, en cuanto que podría socavar los fundamentos del mismo Estado democrático de Derecho. El cumplimiento de las normas no puede en un principio supeditarse a la libre conciencia y autonomía de cada cual, so pena de atentar contra la estructura más básica de la que se dotan las sociedades democráticas para organizar su pacífica convivencia.

A mayor abundamiento, en una sociedad democrática, la ley es la expresión de la conciencia común o colectiva, e impone un mínimo común ético destinado a cumplirse por todos, independientemente de sus opciones morales o creencias personales.

En definitiva, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia implica la potencial destrucción de la eficacia del ordenamiento jurídico y, por ende, de las sociedades contemporáneas, que contemplarían con impotencia cómo su proyecto de construcción ciudadana se diluye debido a las objeciones de conciencia personales.

Sin embargo, el problema podría observarse desde otro prisma, no tanto como el incumplimiento puro de una norma jurídica que atenta contra el sistema democrático, sino como la idea de que la persona que incumple una obligación por motivos personales podría hallarse protegida por una no sanción de su conducta en base a la objeción debidamente manifestada y fundada en razones de conciencia.

También puede plantearse que la ley no agota el ideal de justicia en las modernas sociedades pluralistas, y cuando se reconoce el derecho a la objeción de conciencia se está precisamente fortaleciendo el sistema democrático ya que, como se ha indicado, "una sociedad democrática da prueba no de debilidad, sino de fuerza cuando renuncia a imponerse".

Cuando se reconoce la objeción de conciencia también se está tutelando la libertad de conciencia de una forma tan delicada que, en realidad, viene a reforzarse el consenso y el sistema democrático. Así pues, estos son los dos componentes del dilema planteado: por un lado, deber inexcusable de cumplir el Derecho u obediencia al Derecho, y, por otro lado, tutela de la autonomía moral del individuo frente a deberes jurídicos que lesionan gravemente su conciencia.

El Profesor Navarro-Valls recordó que, hace poco tiempo, se reunieron en el Vaticano el primer representante del poder político en el mundo, Barack Obama con el Santo Padre Benedicto XVI, esa reunión trató la libertad de conciencia, porque la objeción de conciencia no es un delirio religioso ni un subproducto jurídico que hay que relegar. *“La objeción de conciencia, cuando mira a la vida humana no es una ilegalidad consentida sino una manifestación de un derecho fundamental que está en el corazón mismo de las democracias. La estrella polar que ha guiado el mundo es la libertad de conciencia y hay que respetarla siempre”*, declaró el Papa.

3. Concepto de objeción de conciencia

La tarea de definir la objeción de conciencia no es precisamente fácil, ya que, al ser la objeción de conciencia “un fenómeno plural, susceptible de ser comprendido desde ángulos diversos, mutuamente relacionados”, la doctrina discrepa sobre el exacto contenido y alcance de la institución.

En una primera aproximación ilustrativa puede decirse que la objeción de conciencia es la negativa u oposición de una persona, amparada por razones de conciencia, a someterse a una orden o mandato de la autoridad que en un principio le sería jurídicamente exigible. Es decir, puede afirmarse que la objeción de conciencia implica una omisión o abstención que un individuo, por razones morales y éticas, lleva a cabo respecto a una conducta que jurídicamente le viene impuesta.

En cualquier caso, existe un consenso generalizado en que, desde un punto de vista jurídico, la objeción de conciencia, para ser real, precisa de la concurrencia de, al menos, dos elementos:

– Existencia de una actitud ética real, seria y basada en un criterio de conciencia religiosa o ideológica que obliga a un sujeto a actuar contra un deber jurídico. La objeción de conciencia no puede concebirse como una dimisión egoísta y caprichosa que un ciudadano realiza frente al ordenamiento jurídico. Muy al contrario, se ampara en elevadas razones de conciencia que impulsan al individuo, en una decisión que se antoja harto compleja y hasta un cierto punto dramática, a dejar de cumplir un deber jurídico que le impone el legislador.

– **Presencia de un “deber jurídico válido”**. Esta precisión resulta vital a efectos de la correcta determinación del ámbito de la figura ya que, si la norma que impone el deber jurídico es inconstitucional o, tratándose de un reglamento, ilegal, por vulnerar lo establecido en una norma legal de rango superior, la respuesta no puede ser nunca la objeción de conciencia, sino la activación de los procedimientos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para la anulación de normas: la cuestión de inconstitucionalidad, frente a las normas con rango de ley; la impugnación directa o indirecta ante la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a las normas reglamentarias. En pocas palabras, en un Estado democrático de Derecho es claro que la reacción frente a la norma inválida no puede consistir en reclamar la dispensa de su observancia, sino en exigir su anulación.

4. Objeción de conciencia y deber de cumplir las normas. Conflicto jurídico

Desde un punto de vista jurídico, puede decirse que en los supuestos de objeción de conciencia se produce un choque entre la libertad ideológica o de conciencia del individuo con otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el deber jurídico que viene impuesto por la norma válida, por el derecho.

Nos encontramos, por lo tanto, ante el secular conflicto entre la ética pública, que se concreta en el derecho que emana de las normas aprobadas democráticamente, y la ética privada o la moral que nace de la libertad de conciencia de cada persona, de lo que en el fuero interno de cada cual se considera adecuado a sus convicciones morales, religiosas o ideológicas.

El Estado está obligado a buscar una adaptación razonable a los deberes de conciencia de los ciudadanos, siempre que éstos no perjudiquen un interés público superior. Es decir, en algunos casos no se podrá adaptar la norma jurídica, en su totalidad, a las exigencias morales de conciencia de todos los ciudadanos. En tales situaciones, el poder político debe hacer un esfuerzo flexibilizador para buscar aquellas soluciones menos lesivas para la conciencia del objetor.

Hemos dicho que el límite a la objeción de conciencia es un interés público superior. Sobre este punto, vale señalar que la actitud omisiva ante una norma imperativa, es menos riesgosa para la sociedad que otras objeciones que llevan a una conducta activa contraria a una prohibición legal.

Ante los tribunales norteamericanos, el Tribunal Superior –en el caso Reynolds– rechazó la pretensión de la Iglesia Mormona basada en razones de conciencia, de que las leyes penales sobre la poligamia no se aplicaran a los fieles cuya religión se lo permitiera. Según el Tribunal, la poligamia “contradice el orden público occidental que exige que el matrimonio sea monógamo”.

En el caso referido, el planteamiento de objeción fue presentado por una persona jurídica: una institución religiosa. Sobre este punto resulta oportuno mencionar la objeción de conciencia institucional.

La mayor parte de posicionamientos sobre la objeción de conciencia que se conocen afirman con contundencia que se trata de un derecho individual y personalísimo, alegando que no se puede ejercer de forma colectiva ni tampoco en nombre de una institución, dado que el atributo de la conciencia sólo es predicable de la persona física.

Configurado así, sería si las personas físicas tienen derecho a la libertad de conciencia, de pensar y vivir en coherencia con los valores que quieran, las personas jurídicas tienen ideología, que hacen pública en sus estatutos, idearios o principios fundacionales.

En esta línea, una institución pública no tendría derecho a esta negativa institucional, porque se supone que representa a la misma persona jurídica, el Estado, que es quien regula una determinada prestación o derecho y debe facilitarla al ciudadano en su vocación de servicio público.

Esto no implica que en el contexto público no se pueda ejercer obviamente la objeción a título personal, tal como se ha dicho. Aun así, si se diera el supuesto de que todos los profesionales de una institución pública apelasen a la objeción de conciencia de forma masiva, debería valorarse hasta qué punto la norma general, cuestionada por una mayoría, es aceptable, o bien si esta objeción colectiva no responde a otros intereses y, por lo tanto, no sería cierto.

Ahora bien, decir que solo las personas tienen “conciencia” es una visión muy reducida de este concepto y entendemos que este argumento es excesivamente simple y debe profundizarse. Si las personas físicas tienen derecho a la libertad de conciencia, de pensar y vivir en coherencia con los valores que quieran, las personas jurídicas tienen ideología que hacen pública en sus estatutos, idearios o principios fundacionales.

En este sentido, aunque no hablemos de “objección de conciencia institucional”, se debe admitir que puede darse la negativa de las instituciones prestadoras de servicios a no querer llevar a cabo una acción que ellas consideran contraria a la luz de sus valores institucionales, sin que ello implique que puedan obligar a sus profesionales a la objeción o a la no objeción personal.

Si las organizaciones tienen responsabilidad ética y jurídica, es porque tienen valores y, en base a estos, actúan en coherencia. Hay que añadir, sin embargo, que las decisiones que “en nombre” de estos valores toman las personas que las representan, no las toman a título personal (desde su conciencia individual), sino como representantes de aquellas instituciones, en nombre de la ética de la organización, forjando, así, lo que se denomina “*ethos corporativo*”.

En cualquier caso, es necesario recordar la primacía de la ética cívica al servicio de la cual nace la institución pública, que no es al servicio de la conciencia profesional o personal, sino al servicio de la ciudadanía, que es plural y donde todos deben tener lugar, haciendo posible el respeto a ambas partes.

5. Andamiaje normativo internacional del Derecho a la Objeción de Conciencia

El abordaje del derecho a la objeción de conciencia debe realizarse desde la perspectiva de los derechos humanos, que es el punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional.

Y desde esta mirada, no puede entenderse la objeción de conciencia como una mera excepción a la norma legal, que tiene como trasfondo el simple ánimo de preterir o eludir su cumplimiento, lo cual denotaría una visión muy acotada del tema, ya que abarca mucho más, puesto que la

objección de conciencia se entronca con el derecho humano fundamental y emblemático de libertad de conciencia, que hace al núcleo mismo de la personalidad humana.

Sobre el punto, resulta oportuno traer a colación lo señalado por el filósofo alemán Robert Spaemann "... en la historia de quienes obraron o se negaron a hacerlo en conciencia, se puede ver que eran hombres que de ningún modo estaban inclinados de antemano a la oposición, a la disidencia; sino hombres que hubieran preferido con mucho cumplir sus deberes diarios sin levantar la cabeza". "Un fiel servidor de mi rey, pero primero de Dios", era la máxima de Tomás Moro, Lord canciller de Inglaterra, que hizo todo lo posible para no oponerse al rey y evitar así un conflicto; hasta que descubrió algo que no se podía conciliar en absoluto con su conciencia. No le guiaba ni la necesidad de acomodación ni la de rechazo, sino el pacífico convencimiento de que hay cosas que no se pueden hacer. Y esta convicción estaba tan identificada con su yo que el "no me es lícito" se convirtió en un 'no puedo'...".

La historia de la objeción de conciencia experimenta un giro importante con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, que reconoce el derecho a la libertad de conciencia (Artículo 18), y a partir de ahí son muchos los países que lo han incorporado en sus constituciones y leyes fundamentales.

Sin embargo, no podemos asumir una postura reduccionista al considerar que la objeción de conciencia no ha existido hasta que la norma ha legitimado su ejercicio, al contrario. Los objetores más genuinos han sido los que, a pesar de no ver reconocida legalmente su conducta, han sido coherentes en mantenerla asumiendo hasta las últimas consecuencias, como la propia muerte.

La objeción de conciencia se basa en el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Debe ponerse de relieve que el derecho a la objeción de conciencia no es un derecho en sí mismo, ya que en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no se lo menciona directamente, por lo que se lo

denomina “derecho derivado”, es decir, un derecho que se deriva de una interpretación del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Pasemos ahora a una breve revista de los más emblemáticos instrumentos internacionales de derechos humanos:

– Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En cuanto al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el Artículo 18 de la referida Declaración, expresa: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”*.

– Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, el Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”*.

– Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica.

Artículo 12. Libertad de conciencia y de religión: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como*

en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás [...].

– Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En su Artículo 9 refiere la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

– Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es el único instrumento regional de derechos humanos que, en su artículo 10, reconoce de **manera explícita** el derecho a la objeción de conciencia, en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. **Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia** de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

– Carta Africana de Banjul de Derechos Humanos y de los Pueblos

Artículo 8: “La libertad de conciencia y la profesión y libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades”.

– Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes

Artículo 12 Derecho a la objeción de conciencia: 1. Los jóvenes tienen derecho a formular objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio. 2. Los Estados partes se comprometen a promover las medidas legislativas pertinentes para garantizar el ejercicio de este derecho y avanzar en la eliminación progresiva del servicio militar obligatorio. 3. Los Estados partes se comprometen a asegurar que los jóvenes menores de 18 años no serán llamados a filas ni involucrados, en modo alguno, en hostilidades militares.

De las normas internacionales transcritas se desprende que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar tiene fundamento en el Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En éste se garantiza el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o creencias, aunque no se hace ninguna referencia específica a la objeción de conciencia al servicio militar. Sin embargo, no puede desconocerse que ésta es una concreción de las mencionadas libertades proclamadas en aquel.

Tan es así que el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha concluido que el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar derivado del Artículo 18 de la Declaración existe y ha articulado su posición en su Observación General N° 22 (1993) sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y en su jurisprudencia en relación con las denuncias de particulares al Comité.

En efecto, en dicha Observación General, el Comité expresó: “En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del Artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias” (párrafo 11).

Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, intérprete auténtico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobó diversas resoluciones en la línea del reconocimiento del derecho de objeción de conciencia.

Por ejemplo, durante la XLIII Asamblea de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas se aprobó la Resolución L 73 de 10 de marzo 1987 por la que se hace un llamamiento a los Estados para que *“reconozcan que la objeción de conciencia sea considerada como un ejercicio legítimo del derecho de libertad de conciencia, pensamiento y religión, reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*.

En este contexto, de las resoluciones internacionales surgen estándares universales en materia de objeción de conciencia, que se sintetizan en los siguientes puntos:

– La objeción de conciencia debe ser reconocida como un ejercicio legítimo del derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y religión, reconocido en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

– La objeción de conciencia debe ser reconocida en cualquier circunstancia en la que sea alegada, aun estando la persona prestando Servicio Militar Obligatorio (objeción sobrevenida).

– No pueden establecerse diferencias o discriminaciones en base a la distinta naturaleza de los motivos por los cuales se objeta, ya sean éstos religiosos, éticos o ideológicos.

– Los organismos estatales encargados de la gestión de la objeción de conciencia deben ser conformados en forma imparcial, sin utilizar procedimientos inquisitivos para la comprobación de los motivos alegados.

– Los Estados tienen la obligación de proporcionar información sobre la objeción de conciencia al servicio militar a todas las personas afectadas por el Servicio Militar Obligatorio.

– De reconocerse formas de servicio alternativo, éstos deben ser de naturaleza civil o no combatiente, en beneficio del interés público y de una naturaleza no punitiva.

6. La figura de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico paraguayo

La objeción de conciencia es reconocida expresamente en la Constitución de 1992, en la que se la consagra como un derecho que puede estar fundado en razones éticas o religiosas. Así el Art. 37 de la Carta Magna expresa: *“Se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley la admitan”*.

Y en el Artículo 129, quinto párrafo, admite expresamente la objeción de conciencia al Servicio Militar, al decir: *“Quienes declaren su objeción de conciencia prestarán servicios en beneficio de la población civil, a través de centros asistenciales designados por Ley y bajo Jurisdicción Civil. La reglamentación y el ejercicio de este derecho no deberán tener carácter punitivo...”*.

De esta manera, en el ordenamiento jurídico del Paraguay la objeción de conciencia al servicio militar es un derecho que tiene rango constitucional y, como tal, puede ser ejercido aun en ausencia de ley reglamentaria, conforme con el Art. 45 *in fine* de la Constitución, que manda: *“La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar algún derecho o garantía”*.

Debe apuntarse que pasó mucho tiempo para que se dictara la ley reglamentaria, Ley N° 4013 del 17 de junio de 2010, que reglamenta el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio y establece el servicio sustitutivo al mismo, en beneficio de la población civil.

La declaración formal de la voluntad es el único requisito exigible al ciudadano para operarse el efecto de este derecho consagrado en la Constitución Nacional. Asimismo, la Constitución, si bien enuncia el reconocimiento de motivos éticos y religiosos como fundamento de la objeción de conciencia, no establece enumeraciones taxativas de causales válidas ni prohíbe expresamente otras motivaciones como las políticas.

La inclusión de la figura de la objeción de conciencia en la Constitución de 1992, fue producto de un intenso trabajo de lobby realizado por varias organizaciones (Servicio Paz y Justicia Paraguay SERPAJ PY y la Coordinadora de Iglesias Cristianas, especialmente).

La puesta en práctica y ejercicio paulatino de este derecho por parte de la ciudadanía fue un largo proceso de lucha de los objetores de conciencia.

Debe aclararse que el Estado paraguayo mantiene el Servicio Militar Obligatorio –SMO– como política de reclutamiento para el nivel de tropa en las Fuerzas Armadas. De acuerdo con la **Ley 569/75 *Del Servicio Militar Obligatorio***, todos los paraguayos varones desde los 18 años están compelidos a prestar Servicio Militar Obligatorio durante 12 meses, salvo que sean exonerados por algunas de las causales previstas en la ley.

Si bien la objeción de conciencia, como ya se señalara, es consagrada en la Constitución, su manifestación concreta se da solo en cuanto al Servicio Militar Obligatorio.

Los otros supuestos o hipótesis no son conocidos en nuestro país. Ello porque en el actual escenario presentado por el ordenamiento jurídico paraguayo, el aborto está penalizado; solamente se reconoce el matrimonio entre personas heterosexuales y no existe ley de eutanasia, todo lo cual constituye un valladar para la proliferación de otros tipos de objeción de conciencia, diferentes de aquella relativa al servicio militar obligatorio, como sí ocurre en otros países, en los que ya se da un largo etcétera en los supuestos de objeciones.

En el caso del aborto, por ejemplo, el Código Penal Paraguayo lo penaliza y solo autoriza la interrupción del embarazo cuando la vida de la mujer o de la niña corre un grave peligro. No prevé excepciones en casos de violación, incesto o feto inviable. Por ello, aquellos quienes integran el gremio médico que por motivos religiosos están en contra del aborto, no tienen la necesidad de recurrir a la objeción de conciencia, dado que no se encuentran compelidos por la ley a practicar un aborto.

7. Régimen institucional de la objeción de conciencia en Paraguay

Como antecedente de reconocimiento de la objeción de conciencia en Paraguay, se tiene la exoneración especial del Servicio Militar Obligatorio a las comunidades menonitas que poblaron el Chaco paraguayo, en la década de los años 20 del siglo XX, cuando existía tensión diplomática entre Paraguay y Bolivia, a raíz de la falta de delimitación territorial del Chaco.

En este escenario, el gobierno paraguayo de aquel entonces implementó la política de ocupar el desértico territorio del Chaco con poblaciones civiles permanentes para apoyar su desarrollo económico y consolidar, de esta manera, la posesión del suelo chaqueño.

Este antecedente es el único reconocimiento legal que existe de exoneración del Servicio Militar Obligatorio para una comunidad en atención a sus creencias religiosas, aunque no implicó nunca un reconocimiento ni tácito ni expreso del concepto de objeción de conciencia, así como tampoco obedeció a una genuina voluntad del Gobierno paraguayo de tolerar un credo religioso específico.

La Ley N° 4013/2010 contempla los servicios sustitutivos que puede prestar el ciudadano, que por razones éticas o religiosas, se rehúsa a prestar el servicio militar obligatorio. Así mismo, crea un Consejo Nacional de Objeción de Conciencia como órgano de aplicación, el que quedó conformado por Decreto N° 6363 del 29 de marzo de 2011. Sin embargo, hasta la fecha, el mencionado Consejo no funciona, y actualmente los trámites pertinentes se realizan ante la Defensoría del Pueblo.

Ante esta circunstancia, las presentaciones de los objetores de conciencia al servicio militar obligatorio son canalizadas y certificadas por la Defensoría del Pueblo, a través de su Dirección de Objeción de Conciencia, mediante la presentación de un formulario en el que se exige explicar los motivos por los que la persona se declara objetora; ello, según Organizaciones de la sociedad civil, como el Servicio Paz y Justicia Paraguay y el Movimiento Objeción de Conciencia, contraviene el Art. 129 de la Constitución en su párrafo 5°, que alude específicamente a la declaración de la objeción, sin exigir la explicación de los motivos.

Las mencionadas Organizaciones de la sociedad civil sostienen la inconstitucionalidad de la Ley 4013/2010, mediante la presentación de acciones de inconstitucionalidad, porque consideran que el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, creado por dicha ley como su órgano de aplicación, fungiría como un tribunal de conciencia. Por ende, tendría atribuciones para indagar sobre las razones que motivan la declaración de objeción, lo cual –en la interpretación de dichos movimientos sociales– lesiona el Artículo 24 de la Constitución, que establece que *“Nadie puede ser molestado, indagado u obligado a declarar por causa de sus creencias o de su ideología”*.

Otro de los motivos que aducen en contra de dicha ley es la imposición de un servicio civil sustitutivo, que consideran rayano a un trabajo forzoso.

Asimismo, refieren que la misma ley se torna retroactiva, al prescribir que los objetores que se hayan declarado como tales con anterioridad a la vigencia de dicha ley, deben seguir también el trámite previsto en la misma, lo que, en su apreciación, implica retroactividad, y, ninguna ley puede ser retroactiva; viola el Art. 14 de la Carta Magna.

Sobre este tema debemos ser conscientes de los límites de la objeción de conciencia dentro de una sociedad plural y abierta como es la nuestra, donde se debe garantizar el respeto a las personas y a la convivencia pacífica de quienes objetan y de los que no, ya sea en el ámbito público como en el privado. Garantizar el pluralismo es dar cabida al disenso, no desvirtuarlo considerando al objetor como una “excepción” que se debe penalizar o censurar.

8. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte y Tribunales de Apelación. La posición jurisprudencial al respecto.

Se han seleccionado los siguientes casos:

– Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, planteada por la vía de la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.

Como se tiene señalado, a partir de la Constitución de 1992 se consagra expresamente el derecho a la objeción de conciencia, el que tuvo que esperar casi veinte años para ser reglamentado por ley.

Dicha falta de ley reglamentaria no fue óbice para la operatividad de este derecho, ya que en la práctica no impidió su ejercicio, el que, en el caso de los objetores al servicio militar obligatorio, se seguía un trámite ante la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, que certificaba a los objetores para liberarlos del Servicio Militar Obligatorio sin derivarlos a un servicio social sustitutivo al servicio militar. En el año 1993 fueron certificados los primeros cinco objetores de conciencia que se declararon como tales ante la sociedad paraguaya; 75, en 1994; 1.457, en 1995 y, sucesivamente, fue aumentando el número.

En ese escenario, en el año 1995, tras ciertas posiciones que ponían en entredicho la facultad de dicha Comisión de la Cámara de Diputados para conceder los certificados en cuestión, al no existir ley reglamentaria que así lo estableciera, se presentó ante la Corte suprema de Justicia un caso de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. El 08 de abril de 1996, la Corte, se expidió a través de un fallo plenario –Acuerdo y Sentencia N° 68–, que constituyó en ese momento un verdadero *leading case*.

Dicho fallo plenario se dio en el caso: “Alejandro José Riera Gagliardone s/ objeción de conciencia”, y fue un pronunciamiento *sui generis*, dada la competencia que la entonces novel Constitución de 1992 acordó a la Corte Suprema, dentro de la que no figuraba entender casos de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, aunque la Corte, para atender este caso, invocó el Art. 28 Inc. “d” de la Ley N° 879 –Código de Organización Judicial– que establece que es facultad privativa de la Corte Suprema de Justicia atender en única instancia, los pedidos de exoneración del Servicio Militar Obligatorio. Ello se debió, además, a que por entonces no se contaba con legislación reglamentaria, tal como lo requería el aludido art. 37 de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia resolvió hacer lugar a la declaración de la objeción de conciencia, disponiendo que el objetor prestara servicios sociales en la Cruz Roja Paraguaya, por igual tiempo al que corresponda al Servicio Militar Obligatorio.

Debe aclararse que, de los nueve Ministros de la Corte, solo uno de ellos votó en forma disidente, al considerar que la Corte no tenía competencia en dicho caso.

Los argumentos invocados en el voto mayoritario determinaron el estudio y la procedencia del planteamiento. Los Ministros concluyeron que la objeción de conciencia *“no es desobediencia irracional sino la determinación personal de enfrentamiento basado en principios fundamentales coherentes, por razones religiosas humanas o filosóficas siendo válida si hay íntima convicción”*.

Cabe apuntar que, con posterioridad a la promulgación de la ley 4013 del año 2010, comentada más arriba, la Corte viene rechazando los planteamientos de los objetores de conciencia al servicio militar, alegando incompetencia de la misma, al haber sido creado por dicha ley un Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, como órgano encargado de entender los planteamientos de los objetores de conciencia.

Sin embargo, dicho Consejo aún no se ha conformado, y, ante esta situación, actualmente las declaraciones de objeción de conciencia son certificadas por el Defensor del Pueblo, en el marco de un trámite seguido ante la Dirección de Objeción de Conciencia de la Defensoría, a través de la presentación de un formulario.

– Testigos de Jehová expulsados de instituciones educativas por negarse a reverenciar los símbolos patrios y entonar el Himno Nacional.

Un caso de antigua data (1985), planteado hace ya casi treinta años ante los Tribunales paraguayos, por la vía del Amparo, involucra el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte de alumnos expulsados de instituciones educativas en virtud de una resolución del Ministerio de Educación y Culto, por negarse aquellos a reverenciar los símbolos patrios y entonar el Himno Nacional en las escuelas, al entender, desde su convicción religiosa de Testigos de Jehová, que ello implicaba un acto de idolatría.

El caso llegó hasta la Corte, en la que, finalmente, la acción de amparo promovida por los Testigos de Jehová fue desestimada. Los votos en contra se basaron fundamentalmente en que la actitud de los alumnos es la negación misma de la Patria, y un germen corruptor que incentivaría a

otros alumnos a la rebeldía, por constituir una actitud grave de resistencia contra el principio de nacionalidad y por contravenir disposiciones legales reglamentarias y disciplinarias emanadas de autoridades educacionales competentes.

Por su parte, los Magistrados disidentes elaboraron argumentos a favor de la libertad de conciencia, concluyendo que la cancelación de matrícula y expulsión de los alumnos, en este caso, vulnera las libertades de educación y de conciencia establecidas en la Constitución.

En el fallo de Corte, el Ministro disidente, Dr. Frutos Vaesken, sostuvo que "...Corresponde a los maestros, a los educadores, emplear todos los recursos pedagógicos para hacer comprender a los educandos que el respeto por los símbolos patrios y los próceres que forjaron la Nación en la cual viven y le concede el derecho a la educación, no se contraponen a sus cultos y creencias. El sentimiento de nacionalidad, el amor a la patria, no pueden lograrse por el uso de la fuerza, sino que debe surgir libremente a través de la educación. La reverencia a los símbolos nacionales es una forma de honrar la Patria, pero también se la honra con la tolerancia, con el acatamiento del derecho de los demás, con el respeto hacia la libertad de conciencia y de palabra..." (Acuerdo y Sentencia N° 22 del 25 de febrero de 1986, Corte Suprema de Justicia).

– Testigo de Jehová que se niega a recibir transfusión de sangre.

La sociedad paraguaya actual se caracteriza por un pluralismo religioso. Si bien sigue siendo preponderante la religión católica, se han difundido y coexisten con dicha religión muchas otras confesiones. En este aspecto, son numerosos los casos de testigos de Jehová que se oponen, por convicciones de índole religiosa, a la transfusión de sangre.

En un caso reciente (2012), se plantea ante los tribunales, nuevamente por la vía del Amparo, promovido por el Instituto de Previsión Social, la negativa de un paciente testigo de Jehová internado en dicho centro médico a recibir transfusión sanguínea, la cual hubiera sido eventualmente necesaria en el marco de la intervención quirúrgica de urgencia a la que el paciente en cuestión debía ser sometido, tras un accidente de tránsito que sufrió el mismo. Los médicos encargados solicitaron al paciente su autorización para la eventual transfusión, a lo cual el mismo se negó, alegando que su religión se lo impedía.

La jueza hizo lugar al Amparo –S.D. N° 58 del 06 de setiembre de 2012– otorgando venia al hospital amparista para que aún en contra de la voluntad del paciente, los médicos pudieran transfundirlo en caso de que fuera necesario, para preservar su vida. Dicha sentencia fue recurrida por el paciente, habiendo prosperado el recurso, con la consecuente revocación de la sentencia que le imponía aceptar la trasfusión sanguínea.

El Tribunal de Alzada, en forma unánime, a través de su decisión plasmada en el Acuerdo y Sentencia N° 49 del 25 de setiembre de 2012, entendió en primer término, que el hospital amparista no se hallaba legitimado para plantear la acción, dado que *“...eventualmente quedará resguardado por la declaración expresa de voluntad del paciente a su negativa de someterse a la transfusión sanguínea...”*.

En segundo término, los Camaristas sostuvieron que la autonomía de la voluntad individual de las personas está sustentada en la dignidad y la libertad de las mismas para disponer de su propio cuerpo, ya que el caso no tiene siquiera punto de comparación con la eutanasia, que podría contraponerse a los valores fundamentales confrontados.

Asimismo, los juzgadores señalaron que si bien es loable el celo demostrado por el Instituto de Previsión Social en aras del cumplimiento de su función de precautelar la salud y la vida de sus pacientes asegurados, ello no puede afectar el derecho a la intimidad personal del paciente testigo de Jehová, ya que este es un *“... derecho humano fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivada sin duda de la dignidad humana, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás, vale decir, el poder de autodeterminación del individuo en las decisiones acerca de su persona sin posibilidad de injerencia extraña, salvo derecho de tercero o el orden público...”*, derecho de autodeterminación, que, según la Cámara puede ser ejercido *“con prescindencia incluso de los motivos que lo impulsan”*, explicando el Tribunal que en el caso de autos quedó demostrado que podían aplicarse al paciente otros procedimientos alternativos igualmente eficaces para obtener el resultado pretendido con la transfusión.

Finalmente, invocaron los juzgadores el Artículo 33 de la Constitución, que consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, así como

el respeto a la vida privada que son inviolables, y en tanto esta conducta no afecte el orden público, está exenta de autoridad pública.

Varios medios de prensa locales se hicieron eco de este fallo, entre ellos, el diario abc Color, que, en su edición digital de fecha 15 de octubre de 2012, calificó dicho fallo de “polémico” y, al respecto, sentenció: “... Los camaristas obviaron el derecho fundamental a la vida e hicieron prevalecer el derecho a la intimidad... Resto saber si en caso de haberla necesitado y los médicos no le transfundían, cuál sería la responsabilidad civil y penal de los galenos...”.

9. Conclusión

A la luz de nuestro derecho positivo y de la jurisprudencia constitucional podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existe y puede ser ejercido el derecho fundamental a la objeción de conciencia, con independencia de que se dicte o no regulación concreta aplicable al caso, puesto que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en nuestra Constitución, y ésta es aplicable directamente en el caso de los derechos fundamentales, por mandato del Art. 45, que prescribe: “... la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar algún derecho o garantía”.

Nuestra Constitución, al consagrar los derechos fundamentales de la libertad ideológica y religiosa y, también la objeción de conciencia como tal, convierte la actitud del objetor en el ejercicio de un derecho y no solo frente al servicio militar, sino en principio, frente a cualquier obligación o mandato imperativo de cualquier autoridad, que riña con las convicciones íntimas del objetor.

10. Bibliografía

Argaña, Luis María y Riera Hunter, Marcos. El Amparo. Sus antecedentes y la Ley 340. Su fundamentación parlamentaria. Editorial El Foro. Asunción, 1986.

Irala, Abel. Objeción de Conciencia y juventudes, dos décadas entre la promoción y restricción. Servicio Paz y Justicia Paraguay. Asunción, 2012.

Navarro Valls, Rafael y Martínez Torrón, Javier. Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia. Editorial Iustel. Madrid, 2011. ISBN 978-84-9890-189-4.

Organización de las Naciones Unidas, Alto Comisionado en Derechos Humanos. La Objeción de Conciencia al Servicio Militar. Nueva York y Ginebra, 2012. ISBN: 978-92-1-354127-2.

Peña, Miryam. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, su aplicabilidad directa por los tribunales paraguayos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Asunción, 2014. ISBN: 978-99953-41-24-4.

Webgrafía

Almirón Prujel, María Elodia. La Constitución y los Derechos Humanos. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2226/6.pdf>

Martínez Torrón, Javier. El derecho internacional y las objeciones de conciencia. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/156/7.pdf>

Oliva Blázquez, Francisco. La objeción de conciencia: ¿un derecho constitucional? Disponible en: http://www.Sociedadandaluzadebioetica.es/docs/_bjecion_conciencia_GRANADA_Paco_Oliva.pdf

Spaemann, Robert. ¿Hay que seguir siempre la conciencia? Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/08/ETICA%20PROFESIONAL/CONCIENCIA-SPAEMANN.PDF

Valiente, Hugo. Objeción de conciencia al servicio militar. Servicio Paz y Justicia Paraguay, 1997. Disponible en: <http://www.Derechos.org/nizkor/paraguay/ddhh1996/oc.html>

Asunción, Paraguay, 2016.



Excepción u objeción de conciencia

Cesáreo Rocha Ochoa *

En desarrollo del tema fijado por el IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, hemos escogido el de la Excepción de Conciencia, denominado en el medio colombiano Objeción, por considerarlo actualmente de señalada importancia.

A él nos referiremos de la siguiente manera:

Definición. De manera general podemos decir que la objeción de conciencia *“es el incumplimiento de una obligación o de un deber jurídico al entrar en colisión una norma con aspectos que tienen que ver con la conciencia, la moral, principios e íntimas categorías individuales”*.

Quien objeta, expresa un conflicto interior que le impide cumplir con la norma y ordena su actitud a que, por medio de un comportamiento antijurídico, aspira a no ser sancionado por su incumplimiento.

Aspectos éticos o morales.

La deontología gobierna los deberes éticos y morales que el hombre tiene con la sociedad, quizá por la honda significación que los valores tienen en todas las actitudes humanas. Sócrates, Platón y Aristóteles son probablemente los más importantes exponentes de la ética y la moral de que se tenga noticia en la historia humana. Precisamente para salvaguardar los principios que deben orientar la conducta, desde un comienzo al niño se le hacen advertencias sobre la honradez, la bondad, las buenas costumbres, la maldad, los errores y en la medida en que la persona asciende en

* Academia Colombiana de Jurisprudencia.

el conocimiento social, son entonces los deberes y los derechos los que entran a formar parte de su catálogo cotidiano.

Respecto de las profesiones u oficios se han redactado códigos, donde se encuentran determinados como advertencias los actos que se consideran contrarios a todas las normas y principios y que por lo tanto se transforman en razones para regular las diferentes actitudes de unos y otros.

El reconocido jurista colombiano y profesor universitario Hernán A. Ortiz Rivas (1) sobre este delicado tema apuntó: “La ética por sí sola no hace a los seres humanos virtuosos, responsables o cumplidores de sus deberes. Es indudable que la ética contribuye eficazmente a dilucidar los problemas morales de la humanidad, pero su misión no es solucionarlos”. Precepto este de significativa validez puesto que tanto la ética como la moral, la primera individual, la segunda colectiva, son preceptos que se le deben proponer a la sociedad para que, dentro de sus hondas cavilaciones individuales, provoque y elabore los pensamientos más adecuados frente a las diferentes vicisitudes por las que discurre su existencia. Es la conciencia humana la que, frente a la presencia de los valores y principios, levantados como afirmaciones fundamentales de la sociedad, sean tenidos en cuenta para que, de manera libre, sin atavismos, ni dogmas, ni aprehensiones, fluya su pensamiento y tome la decisión de realizar los hechos sociales que correspondan. Consideramos, por lo tanto, que la verdadera libertad resulta de la sumisión deliberada y consciente a las normas, los principios, las reglas propias del ordenamiento jurídico y al tránsito por los senderos de la moral y las buenas costumbres.

Dentro de este esquema de pensamiento nos percatamos que pueden tener y cada vez más, contacto, los preceptos éticos y morales, con la norma jurídica. Recordamos en este sentido el pensamiento del profesor Hernán A. Ortiz Rivas (2) *“Los asuntos legales pueden despertar nuestra curiosidad o incluso apoderarse de nosotros en múltiples ocasiones, pero solo tienen significación doctrinal y práctica para unos pocos, no obstante que vivimos in-*

(1) *Ética Notarial*, Gustavo Ibáñez. Bogotá 1993, pág. 13.

(2) Cita *Ibíd.*, pág. 17.

mersos en un entretejido social de relaciones jurídicas. En cambio, con los problemas morales nos enfrentamos casi a diario y debemos decidirlos de inmediato mediante poca o mucha reflexión. Hablamos sin cesar de valores morales y en menor proporción de valores jurídicos". El profesor Ortiz nos orienta en este importante tema cuando entramos a hacer un análisis de los problemas éticos, morales, diferenciados de lo jurídico. Sí. En efecto. Cada una de estas consideraciones sociales, son independientes, pero en el ámbito social, en la época contemporánea, cada vez son más dependientes, parte fundamental del tejido social.

En la evolución del derecho en todos los países donde éste es un imperativo categórico, vale decir, donde existe una Carta Política y es el derecho el instrumento que regula la conducta social, donde se advierte cada vez más la presencia de la moral en el ámbito de la aplicación del derecho. En este sentido sostenemos en nuestro libro (3) que: *"En el derecho contemporáneo se ha vuelto a poner énfasis en la relación entre el derecho y la moral, la moral y la justicia, la moral y los fines del derecho, quizá como consecuencia de los acontecimientos sociales de fines del siglo XX y comienzos de la presente centuria, que han llevado a que los juristas, iusfilósofos, académicos y jueces, retomen la reevaluación de estos principios.*

El jurista colombiano Diego Eduardo López Medina hace la siguiente afirmación sobre el tema: La moralización del derecho constituye la idea teórica más importante en la que se apoya la aparición de una lista de contraprinicipios antiformalistas del derecho privado en contraposición a los vigentes en el derecho clásico, los jueces deben tener en cuenta la justicia y la equidad por medio de los diferentes medios de investigación. A través de esta idea se produce una nueva justificación con énfasis moral para los institutos de derecho privado: Cuando el derecho fortifica el deber de socorro en los cónyuges, cuando autoriza la investigación de la paternidad natural, cuando organiza la protección de la niñez, cuando prohíbe el contrato inmoral, cuando impide la especulación, cuando no tolera el enriquecimiento injusto, cuando prohíbe el abuso del derecho,

(3) Cesáreo Rocha Ochoa. Introducción a la Teoría del Derecho. Cuarta Edición. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2015, pág. 92.

cuando protege al obrero contra la explotación del patrono, cuando asegura el descanso dominical, cuando trata de asegurar la justicia en la repartición del impuesto, etc.”.

Respecto de este necesario entrecruce en los aspectos éticos, morales y jurídicos en la conducta humana, nos parece de señalada importancia traer a colación éste enunciado del profesor Simón Younes Jerez (4) *“Todo principio encierra un ideal que hay que poner muy en alto para que no lo afecte la iniquidad humana. Los ideales mueven al mundo y hay que portarlos muy en alto en nuestros corazones.*

Ellos siempre se hallan entrelazados unos con otros, así encontramos el de la tolerancia en trabazón única con el de la libertad que es más amplio y lo engloba. La contradicción entre tolerancia e intolerancia se resuelve en el concepto de libertad que los contiene superados.

La humanidad necesita de hombres de principios y la tolerancia es uno de ellos, como lo es la justicia sin la cual no se puede ser tolerante porque nos da la equidad que nos permite serenamente soportar lo contrario y analizarlo y no desdeñarlo dando a cada uno lo suyo”. Sin duda alguna que estos postulados son connaturales a la vida humana y por lo tanto constituyen máximas de conducta sin las cuales la sociedad se desborda en anarquía.

Para el fin que nos hemos propuesto, en este trabajo, creemos que nuestro pensamiento se enmarca en estas categorías para llevar nuestras reflexiones a que se exprese la conciencia cuando ella pretende que la ley vigente no se le aplique con su rigor característico, cuando ha de recurrir imperiosamente a la objeción de conciencia.

De la misma manera como citamos el derecho a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad religiosa y de cultos, a la de expresión, enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, también nos referimos al derecho a la libertad de conciencia, consagrada

(4) Tolerancia y Democracia. Gold Print de Colombia Ltda. 1996, pág. 89.

en el Art. 18 de nuestra Constitución, derecho este precisado por el profesor de Derecho Público Wilson Herrera Llanos (5) sintetizado así: *“La libertad de conciencia comprende el derecho a no ser molestado, hostigado o perseguido por sus creencias, el derecho a no ser compelido a revelarlas y el no estar obligado a actuar en contra de ellas, es decir, a poder actuar en la vida de manera consecuente con sus propias convicciones o creencias y no de manera diferente. Esta norma debe estudiarse en concordancia con la prohibición a la discriminación de todo orden que consagra el Art. 13 de la misma Carta y con el 16 en relación con el desarrollo de la personalidad”*.

Requisitos. Para que surja a la vida social la objeción de conciencia, requiere de la existencia de una norma jurídica y una posición interior, moral, ética, religiosa que lo obliga a no cumplir con la obligación genérica como lo hemos expresado precedentemente.

Características. Para que produzca efectos la objeción de conciencia consideramos que ella debe tener unas características puntuales: A) Derivar de un criterio ético o moral personal de manera excepcional. B) Constituir una conducta pacífica y personalísima en contraposición de una norma jurídica vigente imposible de atender. C) Tener como fundamento una determinación libre de la voluntad respecto de una obligación legal o contractual. D) Provenir de una persona natural, nunca de una persona jurídica.

Norma Constitucional. La Constitución Política de Colombia dispone al respecto que: *“Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”* (Art. 18).

Este aspecto tiene que ver también con la libertad de cultos y el Art. 19 de la C.N. expresa *“Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”*.

Así mismo, es preciso tener en cuenta el concepto de igualdad, pues en el Art. 13 de la Carta Fundamental, se precisa que *“todas las personas*

(5) Obra citada, pág. 136.

nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

De la misma manera, es necesario contextualizar la objeción de conciencia con las obligaciones contenidas en el Art. 216 de la Carta Política, norma que señala la determinación en que nos hayamos los ciudadanos colombianos cuando es preciso “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

* * *

Es pertinente afirmar que la objeción de conciencia, naturalmente, es un acto de carácter individual, que se erige ante la norma jurídica, bien sea en virtud de creencias, condiciones raciales, culturales, religiosas, éticas que trascienden al plano de la institucionalidad y al ser una expresión de la conciencia, entran en conflicto con la norma para plantear una excepción respecto de su incumplimiento.

En este sentido es válido afirmar que por lo menos podemos distinguir entre dos tipos de objeción de conciencia, bien sea *secundum legem* o *contra legem*. En el primer caso, cuando ella tiende a eludir el contenido previsto en la norma. En la segunda previsión, la objeción de conciencia, de manera expresa, afronta la norma jurídica para desconocer su cumplimiento, amparado por las objeciones ordenadas contra ella.

Es importante puntualizar que más que una violación de la norma jurídica, la objeción de conciencia se presenta como un conflicto entre diferentes valores e intereses jurídicos, que es preciso analizar en cada supuesto.

* * *

TESTIMONIOS HISTÓRICOS. Sófocles (495-406 a.C.) (6) en el conocido pasaje de su *Antífona* en que la protagonista se defiende de haber sepultado a *Polínice*, a pesar de la prohibición de un edicto que prohibía sepultar a los muertos en los días feriados, desconoció el edicto del gobernante con las siguientes razones: “*Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la justicia que tiene su trono en medio de los Dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los Dioses, puesto que tú eres tan solo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero por miedo a las órdenes de un solo hombre merecer el castigo divino*”.

Clarísimo ejemplo de objeción de conciencia en el que el Derecho Natural se yergue ante el derecho positivo como postulado fundamental superior.

Henry Thoreau (7), quizá fue el primer filósofo y escritor que desarrolló el principio de “*desobediencia civil*”. En el año de 1.840 se negó a pagar un impuesto para financiar la guerra de Texas contra Méjico, con el argumento de que la política esclavista de los Estados Unidos transformaba el pago de ese impuesto destinado a la muerte de esclavos negros y a la violación de los derechos de los indios.

Mahatma Gandhi (8), recurrió a la desobediencia civil, en su lucha contra el Imperio Británico en la India, construyó una estrategia pacífica utilizando movilizaciones de la comunidad india, huelgas, con el objeto de sabotear la administración del Imperio Británico. De una manera increíble, desconociendo la norma imperante, logró que las autoridades dominantes, en lo que se llamó “*la marcha de la sal*” logró la liberación de los indios encarcelados y la derogación del impuesto sobre la sal. Gandhi

(6) Cesáreo Rocha Ochoa. Introducción a la Teoría del Derecho. Bogotá. IV Edición 2015, Editorial Universidad del Rosario.

(7) Cita de Mateus Mancilla July Alejandra y Velasco Parra Javier Ricardo. Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia, 2010, pág. 58.

(8) Cita *ibídem*, pág. 59.

llegó hasta el sacrificio dentro del concepto ideológico de la resistencia pacífica, huelgas de hambre e inmovilidad física.

Ronald Dworkin (9), en su obra "Los Derechos en Serio" Sostiene que le parece indispensable no sancionar la objeción de conciencia y en vez de ello, sugiere explorar otras formas jurídicas que amparen el derecho a no concordar con determinadas normas sin que ello se considere como su incumplimiento. Afirma que en el derecho norteamericano no estar de acuerdo con las disposiciones legales genera duda sobre su constitucionalidad y por lo tanto no surge el deber de acatarla.

* * *

Jurisprudencia Colombiana. Ha sido muy reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la objeción de conciencia. Destacamos la sentencia SU-108 del 3 de marzo del 2016 por medio de la cual Sala Plena de la Corte unificó su jurisprudencia, para garantizar la objeción de conciencia en la prestación del servicio militar. Por lo tanto esta alta corporación, teniendo en cuenta que las autoridades de las entidades militares, en términos generales no aceptan la objeción de conciencia planteada por los jóvenes con la excusa de que no existe reglamentación legal al respecto, en la sentencia a que nos venimos refiriendo "ordenó al comandante del ejército nacional de Colombia y a su jefe de reclutamiento que, en el término de un mes, conformen un grupo interdisciplinario del más alto nivel, encargado de dar trámite, estudiar y proferir respuesta de fondo y, en el término de 15 días hábiles a las peticiones de objeción de conciencia presentadas en razón de la prestación del servicio militar obligatorio". Hubo tres salvamentos de voto, dos de ellos de manera parcial.

La Corte recordó que el derecho amparado se fundamenta en el Art. 18 de la Carta Política del cual nacen las siguientes prerrogativas: a) Nadie puede ser objeto ni de acoso, ni de persecución en razón de sus convicciones o creencias; b) Ninguna persona puede ser compelida a revelar sus convicciones y, c) Nadie será obligado a actuar contra su conciencia.

Señaló además la Corte, por ser Colombia un país democrático, participativo, pluralista y fundado en el respeto a la dignidad humana "el

(9) Cita *ibídem*, pág. 60.

reconocimiento de la libertad de conciencia y de la garantía de objetar el cumplimiento de un deber cuando aquella lo impide, más que desconocer el ordenamiento, protege los principios, valores y derechos amparados por la Carta Política". Recordó la Corte que los Tratados de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, son garantía del derecho a actuar, de acuerdo con las convicciones morales y a no ser obligado a proceder de forma contraria a ellas. Organismos internacionales se han pronunciado en este sentido instando a los Estados a ampliar el reconocimiento del derecho a optar.

Destacamos el pensamiento de La Corte al respecto al manifestar que "las convicciones o creencias susceptibles de ser alegadas pueden ser de carácter religioso, ético, moral o filosófico, las cuales corresponden a convicciones humanas que estructuran la autonomía y la personalidad". Enfatizó La Corte que las convicciones y creencias deben ser profundas, no meramente superficiales, que afecten integralmente la vida de la persona, su forma de ser, la totalidad de sus decisiones y apreciaciones; que tales convicciones y creencias sean fijas, vale decir que no pueden ser modificadas fácilmente o sean recientemente asumidas, que ellas sean sinceras, honestas, sin falsedades, posiciones acomodaticias o estratégicas.

Es importante tener en cuenta que la objeción de conciencia tiene límites en los derechos de los demás, en la existencia de deberes jurídicos vinculados a los requerimientos del orden público, la tranquilidad, la salubridad o la seguridad colectivas.

Es natural que el amparo a la objeción de conciencia, sea analizado caso por caso, justamente por circunstancias personales del objetante frente a las particularidades, seriedad y hondas razones ancladas en la conciencia de cada quien para que sea posible la tutela de los argumentos planteados al respecto. Es el legislador a quien corresponde determinar las condiciones para garantizar la objeción al cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia. Pero ha sido a falta de ley vigente al respecto que La Corte Constitucional se erija como entidad que cubra el vacío legal y garantice el derecho fundamental contenido en la objeción de conciencia.

INVOLABILIDAD DE LA VIDA HUMANA

El Artículo 11 de la Constitución Nacional en el Capítulo 1° sobre los Derechos Fundamentales dice al texto: *“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.*

Sobre este artículo el profesor Wilson Herrera Llanos (10) afirmó: *“En efecto, sin perjuicio del criterio independiente de sociólogos, religiosos, maestros y filósofos al respecto, cada uno desde su respectivo ángulo del conocimiento y de sus intereses, jurídicamente ha sido y serán la ley, la práctica constitucional y el desarrollo de la doctrina constitucional los que determinarán la íntima relación del derecho a la vida con temas como la pena de muerte, el aborto, la manipulación genética, la drogadicción en todos sus aspectos, la necesidad de la atención al niño, la potestad de morir con dignidad, la eutanasia, la guerra, las catástrofes por falta de control de fuerzas naturales, los desbordamientos de ríos por inacción estatal, la inanición de viejos y niños, etc.”.* Obsérvese que en los ejemplos enunciados resulta, frente al derecho a la vida, sus excepciones u objeciones como se le dice en nuestro medio, para en casos muy puntuales ejercer la objeción de conciencia.

Respecto del primer postulado, en virtud de que los hechos sociales son irreprimibles. La Corte Constitucional, en un fallo contenido en la sentencia C- 355 de 2006, en discutido examen sobre el enunciado del Art. 11 de la Carta, sobre la inviolabilidad de la vida humana, se vio obligada a precisar, a título de excepción, la autorización al aborto en los siguientes casos: A) Cuando está en peligro la vida de la madre. B) Cuando el producto de la concepción obedeció a una violación y por lo tanto el embarazo no es querido, y C) Cuando es evidente la deformación fetal”.

Quizá esta sentencia ha sido objeto de encendidas y opuestas consideraciones por lo que significa como excepción al principio constitucional de que la vida es inviolable. Solamente en estos casos, en nuestro país, se autoriza la interrupción del embarazo u aborto y al despenalizar el uso de esta figura, ha sido necesario acudir a la objeción de conciencia.

(10) Derecho Constitucional Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Año 2011. Bogotá, pág. 131.

Reproducimos unos breves apartes de esta sentencia:

1° (A) - Procedencia de la interrupción del embarazo cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre.

“Resulta relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el Artículo 6 del PDCP, el Artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al Estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional. En todo caso, esta hipótesis no cubre exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del Artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

(B) Procedencia de la interrupción del embarazo cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida.

Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y

el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones. Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

(C) Exigencia de certificación médica cuando el embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida.

Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado. Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión”.

Las Personas Jurídicas no son titulares de la objeción de conciencia.

Ha determinado la Corte Constitucional que, respecto de la objeción de conciencia, no son titulares de ella las personas jurídicas por la potísima razón de que carecen de conciencia, de voluntad, propia de los humanos, no obstante que son las personas naturales quienes representan a las personas jurídicas. Por lo mismo no puede haber objeción de conciencia institucional en los casos del aborto. Es Improcedente la objeción de conciencia por parte del médico para negarse a practicar el aborto. Invocación para no practicar aborto.

“La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica”.

Casos en que la interrupción del embarazo no constituye delito.

“Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el Artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

NASCITURUS Y PERSONA HUMANA. Protección jurídica distinta.

“La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nas-

citurus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres”.

TRATADOS INTERNACIONALES QUE HACEN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. La protección de la vida en gestación no es absoluta ni incondicional.

“De las distintas disposiciones del derecho internacional, de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado. Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada”.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. Reconocimiento como derechos humanos.

“Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña, son esenciales para la sociedad y, por lo tanto, constituyen una

de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”.

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA EN EL ABORTO. Límites.

“De las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que, al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio”.

La Prohibición total es inconstitucional.

“El legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del nasciturus, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales. Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de

todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”.

Penalización del Incesto.

“La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos. En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer”.

Exigencia de denuncia cuando el embarazo es resultado de incesto, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

“Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes”.

2. Objeción de conciencia en la prestación del servicio militar

Como lo hemos enunciado, también ha sido frecuente recurrir a la objeción de conciencia para que se excluya a determinadas personas naturales de la prestación del servicio militar. Acá han resultado invocados motivos de carácter religioso como el de la imposibilidad moral de portar y manejar armas de fuego, o la objeción de conciencia para solicitar la

transitoria exclusión al trabajo, por motivos religiosos, o la negativa a tratamientos médicos y rechazo de hemotransfusiones, para determinadas agrupaciones religiosas, como los testigos de Jehová.

Sobre este tema existen en nuestro medio una gran cantidad de sentencias de la Corte Constitucional respecto de la objeción de conciencia y por la naturaleza de este trabajo solamente enunciaremos sus principios rectores:

T-409 de 1992.

Línea jurisprudencial de la objeción de conciencia con respecto al servicio militar.

La sentencia de tutela número 409 de 1992 fue la primera en la cual la Corte Constitucional, recién creada, analizó el tema de la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio. La Corte, en este caso, establece que las Fuerzas Militares no le han violado ningún derecho al demandante por cuanto la obligación de prestar el servicio militar obligatorio es el desarrollo de un supuesto según el cual los intereses generales priman sobre los personales y según el cual, junto con los derechos consagrados en la Constitución Política, se les imponen deberes a los ciudadanos para garantizar la vida en comunidad. Además, argumenta la Corte, la generalidad de la Ley le ordena actuar de la misma forma con todas las personas, sin importar sus diferencias, hasta que el legislador no se pronuncie modificando la ley para incluir en las causales de exención del servicio militar en todo tiempo a los objetores de conciencia. La Corte también señala que la garantía a la libertad de conciencia no necesariamente implica la consagración positiva de la objeción de conciencia en todos los casos. La regla expresada en la *ratio decidendi* de la Corte en este caso es que la objeción de conciencia no se encuentra regulada por la ley, así que esta no existe en Colombia para evitar prestar el servicio militar obligatorio, que además es un deber de los ciudadanos en compensación a los derechos que les otorga el Estado.

Sentencia C- 511 de 1994

Esta sentencia reúne dos demandas de inconstitucionalidad separadas a varios artículos de la Ley 48 de 1993, "por la cual se reglamenta el

servicio de Reclutamiento y Movilización". La Corte, en sus consideraciones, colige que un Estado moderno rodea de garantías al hombre para establecerse como persona libre e independiente, pero que estas, a su vez, vienen acompañadas de deberes que permitan la vida en comunidad y el alcanzar metas conjuntas fundamentales como el crecimiento económico y el desarrollo político y social. Las pretensiones de los demandantes de que el servicio militar se reduce a los regímenes de excepción es, según la Corte, una visión errada por cuanto el cumplimiento de los fines que le son propios a las Fuerzas Armadas requiere de una colaboración permanente de los ciudadanos. La Corte además afirma que los ciudadanos hombres adultos no se encuentran cobijados por los tratados internacionales ratificados por Colombia en cuestiones de los derechos a los adolescentes, teniendo en cuenta que quienes entran a integrar las Fuerzas Militares son personas que han terminado sus estudios básicos y medios y han llegado a la mayoría de edad. Respecto a la objeción de conciencia, la Corte se refiere en el mismo sentido que en la sentencia T- 409 de 1992, al decir que la garantía a la libertad de conciencia no necesariamente implica la consagración positiva de la objeción de conciencia. Además, la Corte señala que dentro de las obligaciones que impone la Constitución están las de respetar y apoyar a las autoridades legítimas del Estado, y de propende por el logro de la paz. Por esto, la Corte considera que ni los demandantes ni ningún colombiano está exento de servirle al país en las Fuerzas Armadas. La ratio decidendi de la sentencia T- 409 de 1992 es reafirmada por ésta sentencia.

Sentencia C- 728 de 2009

La sentencia de constitucionalidad número 728 de 2009 establece la doctrina vigente sobre el tema de la objeción de conciencia y el servicio militar. En esta sentencia, los demandantes argumentan que el Artículo 27 de la Ley 48 de 1993, que regula el servicio militar, incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluir a los objetores de conciencia entre los exentos en todo tiempo para prestar el servicio militar obligatorio. Así, los demandantes argumentan que no incluir a los objetores de conciencia, junto con los indígenas y los limitados físicos, entre quienes están exentos de prestar el servicio militar, es contrario a los principios de igualdad (Art.

13 C.P.), libertad de conciencia (Art. 18 C.P.) y libertad de cultos (Art. 19 C.P.).

En su razonamiento, la Corte diferenció entre las circunstancias objetivas y las circunstancias subjetivas que podrían excusar a los ciudadanos de prestar el servicio militar. Las objetivas, como la pertenencia a un grupo indígena y la condición física del aspirante (las categorías ya contenidas en la Ley) son fácilmente determinables y no dependen de las creencias del sujeto, en cambio la categoría subjetiva hace referencia a los motivos por los cuales una persona se opone, por cuestiones ideológicas o religiosas, a prestar el servicio militar. La objeción de conciencia encaja en esta última categoría, por lo que, para la Corte, no debe estar regulada en el Artículo 27 de la Ley, ya que ambas categorías tratan acerca de situaciones diferentes. Así que no hay una omisión relativa legislativa ya que en el artículo demandado no caben los objetores de conciencia. De haber una omisión legislativa, la Corte señala que ésta se pudo haber predicado de varios artículos de la norma, lo cual es contrario a la tesis de las omisiones legislativas relativas las cuales, según la jurisprudencia de la Corte, deben estar señaladas específicamente para ser válidas. Para la Corte, es el Legislativo, mediante una ley estatutaria, quien debe regular los derechos fundamentales y su aplicación a las diferentes esferas de la sociedad. Así que, si bien se descarta la omisión legislativa relativa, tal como se había demandado, se abre la posibilidad, en un cambio jurisprudencial de la Corte, para que se tutele la objeción de conciencia frente al servicio militar en los casos en que haya circunstancias extremas en las que se viole el derecho fundamental.

Sentencia No. T-224/93. Naturaleza del servicio militar.

“El servicio militar es una forma de responsabilidad social, que mantiene la conexidad entre la sociedad civil y el Estado, al permitir que los miembros de aquella, roten por el poder público armado que éste ejerce. Es una apertura al ciudadano, antes que una limitación de su libertad. Y es responsabilidad, por cuanto la acción de quien presta el servicio es una satisfacción del compromiso que el ciudadano adquiere como partícipe de los fines sociales. Sólo una inhabilidad manifiesta o una incompatibilidad grave e inminente pueden justificar una omisión en su prestación”.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

“Se reafirma la necesidad del servicio militar por su función social. Incluso, si llegare a existir objeción de conciencia –condicionada a que sea admitida por la legislación del respectivo país–, de todas maneras, debe establecerse otro servicio análogo, aunque bajo otra modalidad. Pero el sentido del servicio en sí, es inobjetable”.

Sentencia T-363/95. Obligatoriedad del servicio militar.

“La de prestar el servicio militar es una obligación de naturaleza constitucional que corresponde a exigencias mínimas derivadas del deber genérico impuesto a los nacionales respecto del sostenimiento y defensa de la soberanía, la guarda del orden institucional y el mantenimiento del orden público”.

Taxatividad de las causales de exención.

“El carácter taxativo de las causales de exención del servicio militar se deriva de la misma Constitución Política, que no las hace extensivas más allá de los límites de la ley, por lo cual no es lícito al intérprete y menos todavía a las propias autoridades militares ampliar la cobertura de las excepcionales previsiones legales al respecto. De allí que no sea posible ejercer acción de tutela contra los responsables del reclutamiento por acatar las prescripciones constitucionales y las de la ley sobre el particular, invocando excepciones no consagradas explícitamente. Contra nadie se puede interponer el amparo judicial por atenerse a la normatividad vigente”.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. Límites de la libertad de conciencia.

“Si bien una persona no puede ser obligada a actuar contra su conciencia, en garantía de la libertad correspondiente, ésta no es absoluta y, por el contrario, tiene claros límites relacionados con el interés general, lo cual significa que las propias convicciones no pueden invocarse como excusas para el cumplimiento de deberes que el Estado impone a todos por igual y que objetivamente considerados no implican prácticas o actuaciones susceptibles de ser enfrentadas a la conciencia individual”.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. En el servicio militar.

“El servicio militar no es **per se** algo que implique violencia, daño a los demás, ejercicio ciego de la fuerza o vulneración de derechos fundamentales. Se trata de un deber en abstracto, cuyos contenidos concretos están sometidos a la Constitución y a la ley. En ese orden de ideas, la vinculación a filas no tiene por sí misma una calificación que pueda enfrentarse a la conciencia del conscripto, pues sólo tiene el alcance de una disponibilidad del sujeto a la disciplina y a las órdenes que se le impartan. Al mandar el Constituyente que los colombianos presten el servicio militar no los constriñe por ello a obrar en contra de sus creencias”.

OBEDIENCIA DEBIDA

“La obediencia debida es el principio general al que deben acogerse las relaciones entre superiores y subalternos militares y que solamente en casos de palmaria, evidente e indudable transgresión de los límites constitucionales, mediante órdenes que afecten de modo directo los derechos humanos, es permisible al inferior acogerse a los dictados de su conciencia para hacer que en el caso concreto prevalezcan la Constitución y el respeto a la dignidad humana. Es decir, el inferior no está obligado a la obediencia ciega pero tampoco le es posible cobijar, bajo el amparo de razones puramente subjetivas, la oposición a mandatos que no pugnen con el orden constitucional. Así, en casos como el examinado, ningún sentido tiene el alegato de motivos religiosos o la apelación a las propias convicciones para evadir el cumplimiento de órdenes superiores que no solamente no se oponen a la Constitución Política, sino que la desarrollan”.

SERVICIO MILITAR. Testigos de Jehová

“Las libertades religiosas y de cultos no han sido transgredidas en esta ocasión, pues ni el ingreso al servicio militar ni tampoco la exigibilidad de las prácticas inherentes al mismo impiden al hijo del accionante adoptar las creencias de su predilección ni atender en su tiempo libre los ritos y ceremonias propios de su credo, a la vez que tampoco se le ha compelido o forzado a efectuar acto alguno que implique su afiliación a otra congregación religiosa o que contradiga sus convicciones íntimas”.

SERVICIO MILITAR. Exenciones. Ministro de culto. Dignidad sacerdotal. Prueba. Obligación del servicio.

“La Ley 48 de 1993 dispuso, como se ha visto, que la exención legal en cuanto a la prestación del servicio militar incluye a “los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto”. Pero tal exención no se alcanza por el sólo hecho de alegar que se posee la dignidad sacerdotal. Se requiere probarla ante la autoridad que tiene a su cargo el reclutamiento y, si se ejerce acción ante los jueces, como en el presente caso, debe acreditarse tal calidad en el proceso, como lo señalara esta Corte con entera claridad. Además, la norma legal exige la dedicación permanente al culto, que también debe probarse. El caso analizado no encaja en ninguna de las dos necesarias hipótesis en referencia. Nada en el expediente demuestra que, cuando fue vinculado al servicio militar, el hijo del peticionario se encontrara dedicado de manera permanente a oficiar como sacerdote en actividades propias del culto”.

Desde su Sentencia T-409 del 8 de junio de 1992, la Corte Constitucional ha puesto de presente que, como fundamento del Estado de Derecho y para garantizar la integridad de la soberanía, la organización política dispone del monopolio de la fuerza y goza de plena aptitud para ejercerla legítimamente cuando ello sea indispensable, obviamente dentro de los límites que el ordenamiento jurídico establece.

Esta facultad –ha señalado la Corporación– impone la existencia de cuerpos especializados, dotados de material técnico y de un grupo humano capaz e idóneo para el cumplimiento de la alta misión que le compete.

En concordancia con lo anterior, el Estatuto Fundamental dedica el Capítulo 7º de su Título VII a la Fuerza Pública y establece que la misma estará integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

La providencia, en su parte pertinente, señaló:

“El Estado, como organización política de la sociedad, garantiza, mediante su Constitución, a los individuos que lo integran una amplia gama de derechos y libertades, al lado de los cuales existen obligaciones correlativas.

Los beneficios conferidos por la Carta Política a los colombianos se hallan establecidos, de manera genérica, en el Título II, Capítulos 1° al 4°, pero como ella misma lo dice en su artículo 95, inciso primero, “el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades”.

“De igual manera el Artículo 2 de la Constitución, en su inciso segundo, declara que las autoridades han sido instituidas para “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (subraya la Corte). Es apenas lógico que, si el Estado proporciona beneficios, reclame de quienes gozan de ellos, una mínima contribución al interés colectivo y les imponga límites razonables al ejercicio de sus libertades”.

Tales son los motivos para que el Artículo 216 de la Constitución establezca de modo perentorio que “todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

Esta obligación debe entenderse en armonía con la previsión genérica del Artículo 95 C.P., que, al establecer los deberes de la persona y del ciudadano, incluye en su numeral 3° el de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.

Siendo claro, sin embargo, que las obligaciones de prestar el servicio militar y de tomar las armas no podrían hacerse exigibles a personas que por diversas circunstancias se hallan imposibilitadas para hacerlo, la Constitución ha previsto que la ley determine las condiciones que en todo tiempo eximen de aquéllas.

Como puede observarse, la **regla** del Artículo 216 de la Carta Política está constituida por la obligación de todo nacional de enrolarse en las filas de la Fuerza Pública y de tomar las armas, al paso que las **excepciones** son de carácter taxativo y han sido confiadas por la Constitución al legislador.

Debe relievase que la Carta Política no señala ella misma excepción alguna que se pueda invocar directamente en cuanto a la prestación del servicio militar.

La aludida Sentencia dejó en claro que, si el colombiano llamado al servicio no se encuentra en una de las circunstancias que la ley contempla, debe acudir a las filas.

El carácter taxativo de las causales de exención del servicio militar se deriva de la misma Constitución Política, que no las hace extensivas más allá de los límites de la ley, por lo cual no es lícito al intérprete y menos todavía a las propias autoridades militares ampliar la cobertura de las excepcionales previsiones legales al respecto. De allí que no sea posible ejercer acción de tutela contra los responsables del reclutamiento por acatar las prescripciones constitucionales y las de la ley sobre el particular, invocando excepciones no consagradas explícitamente. Contra nadie se puede interponer el amparo judicial por atenerse a la normatividad vigente.

Con lo dicho no riñe lo que ha observado esta misma Corte en el sentido de que el legislador, al plasmar las causales de exención del servicio militar, está obligado a hacerlo en términos acordes con la propia Carta. Es lo que acontece, por ejemplo, con la referencia legal al conscripto casado que debe atender a la crianza y educación de un menor, la cual no puede extenderse de manera exclusiva a la unión entre parejas por el vínculo solemne del matrimonio, sino que, en desarrollo del Artículo 42 de la Constitución, cobija necesariamente a las personas ligadas por vínculos naturales en unión de hecho permanente, siempre que en tales casos medie el reconocimiento del hijo. (Cfr. Sentencia SU-491 del 28 de octubre de 1993. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

La norma actual sobre exenciones para prestar el servicio militar en tiempo de paz es el Artículo 28 de la Ley 48 de 1993, que dice:

“ARTICULO 28. Exención en tiempo de paz. Están exentos del servicio militar en tiempos de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar:

a. Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Así mismo los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto.

b. Los que hubieren sido condenados a penas que tengan como accesorio la pérdida de los derechos políticos mientras no obtengan su rehabilitación.

c. El hijo único, hombre o mujer, de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera.

d. El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento.

e. El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, siempre que dicho hijo vele por ellos.

f. El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo.

g. Los casados que hagan vida conyugal.

h. Los inhábiles relativos y permanentes.

i. Los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, que siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo”.

La normatividad vigente no consagra la objeción de conciencia para prestar el servicio militar.

La Constitución Política de Colombia no previó, como causa para ser excluido del servicio militar, la objeción de conciencia, según lo tiene dicho esta Corte en providencias como las que a continuación se relacionan.

- En la Sentencia T-409 del 8 de junio de 1992 dijo la Corte:

“La garantía de la **libertad de conciencia** no necesariamente incluye la consagración positiva de la **objeción de conciencia** para prestar el servicio militar. Esta figura, que en otros sistemas permite al individuo negarse a cumplir una obligación como la mencionada cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas, no ha sido aceptada por la Constitución colombiana como recurso exonerativo de la indicada obligación”.

- En Sentencia C-511 del 16 de noviembre de 1994 (M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz), se reiteró:

“... no existe en nuestro régimen relacionado con el servicio militar la figura de la 'objeción de conciencia', por cuanto no resulta del fuero propio de las exigencias del servicio militar el autorizar a los ciudadanos para no atender este deber esencial, cuyos basamentos se encuentran no sólo en lo dispuesto en la ley sino justamente en la conciencia del propio compromiso social”.

Las aludidas conclusiones de la jurisprudencia tienen sólido fundamento constitucional, en cuanto, si bien una persona no puede ser obligada a actuar contra su conciencia (Artículo 22 C.P.), en garantía de la libertad correspondiente, ésta no es absoluta y, por el contrario, tiene claros límites relacionados con el interés general, lo cual significa que las propias convicciones no pueden invocarse como excusas para el cumplimiento de deberes que el Estado impone a todos por igual y que objetivamente considerados no implican prácticas o actuaciones susceptibles de ser enfrentadas a la conciencia individual.

En ese orden de ideas, la vinculación a filas no tiene por sí misma una calificación que pueda enfrentarse a la conciencia del conscripto, pues sólo tiene el alcance de una disponibilidad del sujeto a la disciplina y a las órdenes que se le impartan. Es necesario, entonces, verificar si el contenido de éstas, examinadas individualmente, podría llegar al lesionar la libertad de conciencia del subalterno, o conducirlo a violentar sus convicciones.

Sobre el tema la Corte ha señalado:

“Juzga la Corte, por otra parte, que el servicio militar en sí mismo, es decir como actividad genéricamente considerada, carece de connotaciones que puedan afectar el ámbito de la conciencia individual, por cuanto aquel puede prestarse en diversas funciones de las requeridas para la permanencia y continuidad de las Fuerzas Militares. Así, un colombiano llamado a las filas del ejército nacional, puede desempeñarse en cualquiera de los distintos frentes que implican la existencia de los cuerpos armados, por ejemplo, en calidad de conductor de vehículo, o como operador de radio, mediante una **razonable** distribución de tareas y responsabilidades, en el marco de las facultades legales de quienes tienen a cargo su funcionamiento.

Ahora bien, por regla general el empleo de las armas por parte de los miembros de las Fuerzas Militares, está íntimamente ligado a la naturaleza de sus actividades, pues no es fácil concebir un ejército en el cual sus integrantes dejaran de valerse de ellas absolutamente”.

“No obstante, el perentorio mandato consagrado en el artículo 16 de la Constitución vigente permite al subalterno reclamar el derecho inalienable de no ser obligado a actuar en contra de su conciencia, lo cual conduce necesariamente a distinguir, en el campo de la obediencia militar, entre aquella que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior.

Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5ª de 1960 (Diario Oficial N° 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar “en todas las circunstancias”, existen infracciones **graves**, contra las cuales los estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, “el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos

los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" (Artículo 50).

Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (Artículo 93 Constitución Política), mal podría prohijarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.

La obediencia que el subalterno debe a su superior en el ámbito propio de la disciplina castrense, cuyo sentido radica en asegurar la eficacia de la actividad confiada a los cuerpos armados –la cual resultaría erosionada si cada mandato fuera controvertible y controvertido por los inferiores con argumentos de orden jurídico–, no equivale al seguimiento absoluto y ciego de las instrucciones recibidas, pues por una parte el superior está obligado a impartirlas con arreglo a criterios de juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad y dentro del estricto respeto a los derechos humanos, y, por otra, no obstante que la responsabilidad por violación de la Constitución habrá de recaer sobre quien da la orden, el subordinado goza del derecho inalienable, garantizado por el Artículo 22 de la Carta, de no ser obligado a actuar contra su conciencia.

La distinción que precede no sacrifica la disciplina militar, sino que la somete al ordenamiento jurídico, encuadrando las relaciones de mando y obediencia en presupuestos que rechazan por igual el abuso del poder y el desorden en las filas.

Desde esta perspectiva, la posibilidad que tiene el subalterno de negarse a ejecutar una orden abiertamente contraria a su conciencia corresponde a un derecho de rango constitucional, pero tampoco puede extenderse de manera ilimitada, por cuanto ello conduciría a la ruptura de la línea de mando y a la desaparición de toda disciplina.

Es, pues, indispensable que la Corte advierta, como en efecto lo hace en este fallo, que la obediencia debida es el principio general al que deben

acogerse las relaciones entre superiores y subalternos militares y que solamente en casos de palmaria, evidente e indudable transgresión de los límites constitucionales, mediante órdenes que afecten de modo directo los derechos humanos, es permisible al inferior acogerse a los dictados de su conciencia para hacer que en el caso concreto prevalezcan la Constitución y el respeto a la dignidad humana. Es decir, el inferior no está obligado a la obediencia ciega pero tampoco le es posible cobijar, bajo el amparo de razones puramente subjetivas, la oposición a mandatos que no pugnen con el orden constitucional.

En efecto, exigir del soldado que rinda honores a la Bandera, que entone el Himno Nacional, que preste juramento, que porte el uniforme o que lleve en él los símbolos patrios, o que asista a eventos o actos cívicos, no implica en modo alguno imposiciones que puedan entenderse contrarias a su conciencia ni lesivas del fuero interno, pues se trata de actos que en sí mismos no desconocen valores ni principios, sino que por el contrario los encarnan y resaltan.

Desde luego, lo ideal es que la persona acoja el cumplimiento de su deber de buen grado e inclusive con gusto, pero eso no equivale a que la autoridad que exige tal cumplimiento tenga que consultar en cada caso con el obligado si el deber le parece atractivo y deseable.

Una concepción contraria resquebrajaría el imperio del orden dentro de la sociedad y debilitaría en extremo el concepto de autoridad, imprescindible en ella. No se puede fundar la libertad en la anarquía.

Es evidente que los símbolos patrios no son deidades y que los honores que se les rinden no representan actos litúrgicos ni de adoración, por lo cual es del todo equivocado atribuirles un carácter religioso o estimar que el respeto debido a ellos los asimila a la divinidad.

Resulta evidente que el acto patriótico no es sinónimo de “adoración” a los símbolos patrios. **Adorar**, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, quiere decir “reverencia con sumo honor o respeto a un ser, considerándolo como cosa divina” (se subraya).

No es eso lo que acontece cuando se llevan a cabo actos en honor de la patria, y menos aun cuando se concurre a eventos cívicos, pues, a todas

luces, en las aludidas ocasiones no se está celebrando un culto ni concurriendo a una ceremonia religiosa, sino desarrollando un papel que corresponde a la persona en virtud de su sentimiento de pertenencia a la Nación. Se trata de asuntos cuya naturaleza difiere claramente.

Los ministros del culto ante la obligación de prestar el servicio militar.

Dice la norma que están exentos de prestar servicio militar entre otros: "Los clérigos y religiosos, de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Así mismo los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto".

La referencia a los convenios concordatarios vigentes implica, obviamente, alusión de la norma a los sacerdotes y dignatarios eclesiásticos del catolicismo, como quiera que la Iglesia Católica es la única que, a la luz del Derecho Internacional, goza de personería jurídica para la celebración de tratados y convenios internacionales, tal como lo reconoce el Artículo 11 de la Ley Estatutaria sobre Libertad Religiosa y de Cultos, hallado exequible por esta Corte según Sentencia C-088 del 3 de marzo de 1994.

Ahora bien, el artículo XVIII del Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1973, aprobado por la Ley 20 de 1974 y en vigencia desde el 2 de julio de 1975, norma que fue declarada exequible por esta Corte mediante Sentencia C-027 del 5 de febrero de 1993 (M.P.: Dr. Simón Rodríguez), estableció al respecto:

"Los clérigos y religiosos no podrán ser obligados a desempeñar cargos públicos incompatibles con su ministerio y profesión religiosa y estarán además exentos del servicio militar".

La Corte Constitucional, en la sentencia que se acaba de mencionar, dejó en claro lo siguiente:

"Es cierto que la ley puede establecer exenciones, siempre y cuando no sean de las que constitucionalmente estén prohibidas. Aquí el legislador consagra una excepción, cuando expresa que los clérigos y religiosos estarán exentos del servicio militar. En Colombia el servicio militar tiene el carácter de obligatorio y las únicas personas exentas de este servicio a

la patria son aquellas que, al tenor de este artículo, ostentan los títulos mencionados. En consecuencia, la norma, antes que violar el Artículo 216 de la Constitución Nacional, encuentra en él su asidero, ya que su inciso 3° dispone que la ley determinará las condiciones que en todo tiempo exigen del servicio militar. En este caso, es la Ley 20 de 1974 la que determina la exención y las condiciones de la misma”.

Clara como está la situación de los sacerdotes católicos, cabe establecer la de los ministros y jerarcas equivalentes en otras religiones.

Al respecto, la Corte Constitucional, en el mismo fallo del que se habla, expresó:

“Este tratamiento especial y para preservar el principio de igualdad de las religiones, ha de extenderse a las demás confesiones religiosas organizadas respecto de sus ministros y clérigos, los cuales deberán acreditar debidamente su calidad de tales” (subrayado fuera del texto).

Acogiendo este criterio, la Ley 48 de 1993 dispuso, como se ha visto, que la exención legal en cuanto a la prestación del servicio militar incluye a “los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto” (subraya la Corte).

Sentencia N° C-561/95 -SERVICIO MILITAR- Obligación. Prevalencia del Interés General.

“A menos que se configure una de las causales legales de exención, la prestación del servicio militar corresponde a un deber ineludible de la persona, que tiene su fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general y que se exige a los nacionales como expresión concreta de la obligación genérica, a todos impuesta, de cumplir la Constitución y las leyes. La obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan tiene un objeto determinado, preciso e indiscutible: el de defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

La Sentencia C-728/09 reitera lo dispuesto frente a la objeción de conciencia para prestar el servicio militar, su carácter obligatorio, insiste en la omisión legislativa al respecto y puntualmente determina los límites de la objeción de conciencia.

Advierte la Sala que, tal como se ha manifestado en otras ocasiones, la omisión del legislador, si bien dado su carácter de absoluta, no puede ser suplida por una decisión integradora de la Corte en sede de control abstracto de normas, no implica que el derecho a la objeción de conciencia, incluido el que se plantee frente al servicio militar, no pueda ejercerse, sino que en tal caso se aplica de manera directa la Constitución y el derecho puede hacerse valer, cuando sea necesario, por la vía de la acción de tutela.

Respecto del derecho de Libertad de Cultos, ha determinado la Corte en Sentencia T-1263 de diciembre 19 de 1992.

ANTECEDENTES. Se basa la solicitud en el hecho de que los petitionarios matricularon a su hijo Raúl Vladimir en la Escuela Pública “Julio Zuluaga”, para que cursara el primer año de primaria.

En este establecimiento se dicta la asignatura de educación religiosa a todos los alumnos, con base en el plan de estudios de educación básica del Ministerio de Educación (Decreto 1002 de 1984, Artículo 5). Por esta razón, y amparados en sus creencias –no profesan religión alguna–, solicitaron al establecimiento educativo que no se impartiera a su hijo dicha educación ni se le sometiera a los rituales propios de la religión que profesan en dicha Escuela, esto es, la religión católica.

Dicha petición no fue atendida por las directivas de la Escuela.

Ante este hecho los padres del educando recurrieron entonces a la acción de tutela.

La solicitud de tutela se cimentó en el Artículo 68 inciso 4° de la Constitución Nacional, por el cual:

“... los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa”.

En primera y única instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en providencia de febrero 26 de 1992 accedió a la petición de acción de tutela propuesta por Amparo Bedoya y José Raúl García

García, y en consecuencia ordenó a las directivas de la Escuela Julio Zuluaga abstenerse de impartir educación religiosa y de hacer comparecer a sus rituales al menor Raúl Vladimir García Bedoya.

Los siguientes fueron los argumentos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales para acceder a la solicitud:

1. El Derecho invocado –Artículo 68– no está designado dentro de los derechos fundamentales; su contenido en cambio encaja dentro de los derechos sociales, económicos y culturales.

2. En el presente caso se está más bien ante la presencia de la libertad de conciencia, Artículo 18 constitucional. Esta norma sí es derecho fundamental, entendida como “esa facultad moral, permanente de la persona humana, que asegura la captación de los sonidos emitidos por los valores”.

3. La libertad de conciencia implica la libertad religiosa.

4. Para el Tribunal, por último, el derecho fundamental de la libertad de conciencia fue desconocido, en la medida que no se permitió a los tutores del estudiante prescindir de la religión que se impartía en el centro educativo. Los padres consideran la religión innecesaria para su íntima convicción, siendo ésta una evidente manifestación de la libertad de conciencia, la cual es amparada en la Constitución Política de 1991.

1.4. De la libertad de conciencia

El último soporte constitucional de la libertad de cultos, desde luego, es la libertad de conciencia, como quiera que aquélla es una manifestación o especie de ésta.

El Artículo 18 de la Constitución consagra lo siguiente:

“Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

Esta norma se encuentra respaldada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia en virtud de Ley 74 de 1968, en su Artículo 18, que reza:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, ratificada por Colombia en virtud de Ley 16 de 1972, en su Artículo 12 preceptúa:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a la religión. Este derecho implica conservar la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica en su Artículo 12 citado anteriormente, también se refiere al tema del derecho a la libertad de cultos.

En cuanto al derecho comparado, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Wisconsin vs. Yoder*, sostuvo en 1972, a propósito de la educación impartida a los niños de la religión Amish, que “la esencia de todo lo que se ha dicho y escrito sobre este tema es que los intereses de orden superior y aquellos otros que no pueden ser ejercidos de otra manera pueden contrabalancear el legítimo reclamo a la libre profesión de una religión. Podemos dar por aceptado, en consecuencia, que no importa cuán fuerte sea el interés del Estado en la educación general obligatoria, éste no es de modo alguno absoluto no permite la exclusión o subordinación del resto de los intereses... El cumplimiento de la ley estatal

que requiere la asistencia obligatoria a la escuela... pondría en peligro gravemente, si es que no destruiría, el libre ejercicio de su fe a los demandados”.

Por su parte, la Corte Suprema de Argentina dijo en 1979 a propósito de un caso similar al de esta tutela, que la conducta asumida por “las autoridades del establecimiento escolar respectivo importa un apartamiento manifiesto y arbitrario de los fines de la norma superior”.

La conciencia, como una expresión de la dignidad humana, es entendida como la propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta; como el conocimiento interior del bien y del mal o el conocimiento exacto o reflexivo de las cosas. Es la conciencia la que da sentido y valor a los actos de la persona; la que permite al individuo distinguir racionalmente la licitud o ilicitud de sus actuaciones, de conformidad con los parámetros que guían el obrar humano.

La libertad de conciencia constituye, en un régimen democrático, pluralista y participativo, una de las libertades básicas del hombre, puesto que “ninguna democracia puede tenerse por auténtica y completa si en ella se desconoce o se menosprecia el derecho de todo ser humano a seguir su propio sentido ético: a no traicionar esa voz apremiante que le dicta, desde su interior, la regla del comportamiento”.

La Corte ha resaltado también que la Constitución de 1991 establece el carácter pluralista del Estado social de derecho colombiano, del cual el pluralismo religioso es uno de los componentes más importantes. Así mismo, que la Carta excluye cualquier forma de confesionalismo y consagra la plena libertad religiosa y el tratamiento igualitario de todas las confesiones religiosas, puesto que la invocación a la protección de Dios, que se hace en el preámbulo, tiene un carácter general y no referido a una iglesia en particular. En efecto, lo “religioso no es un valor accesorio, sino esencial de la persona y por consiguiente se encuentra garantizado por la Constitución”. En el ordenamiento constitucional colombiano se prescribe que el Estado es laico y que hay separación entre el Estado y las iglesias. Esa estricta neutralidad del Estado en materia religiosa es la única forma que los poderes públicos aseguren el pluralismo y la coexistencia igualitaria y la autonomía de las distintas confesiones religiosas.

Las referencias anteriores permiten sostener que la Constitución confiere un tratamiento especial a las libertades religiosas y de cultos, la cual está íntimamente relacionada con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, al igual que los demás derechos fundamentales, esas libertades no constituyen un derecho absoluto y están sujetas a ciertos límites, "que no son otros que aquellos que permitan armonizar el legítimo ejercicio de ese derecho, con los derechos ajenos y las exigencias del justo orden público y la seguridad jurídica de todos". Por ende, su uso debe ser razonable y adecuado a los fines que persiguen. En otros términos, el ejercicio abusivo de estos derechos también hace parte de la proscripción que contempla el Artículo 95, numeral 1 de la Constitución Política.

Los límites para el ejercicio de dichas libertades se encuentran consagrados en el Artículo 4° de la Ley 133 de 1994, en el cual se señala que "El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de cultos, tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público, protegido por la ley en una sociedad democrática".

Por las anteriores Razones la Corte reiteró la decisión tomada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en sentencia de febrero 26 de 1992.

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que la norma general en cualquier ordenamiento jurídico, está conformada por el imperativo categórico de su cumplimiento. Todas las personas están compelidas a su acatamiento.

Como una excepción, que por lo mismo confirma la regla general, se ha establecido la circunstancia individual de quien, como persona natural, ante circunstancias de carácter moral, religioso, educativo, laboral, se ven en el aprieto de buscar persuadir al Estado en sus diferentes formas para que se considere, repetimos de manera excepcional, que no se le apli-

que el rigor de la norma jurídica. Surge entonces lo que en nuestro derecho se ha denominado la objeción de conciencia, como apelación a las más íntimas categorías humanas para que se le permita, como una exclusión, particularísima, lograr que se le otorgue el beneficio jurídico de la opción.

Hemos comentado que la objeción de conciencia no puede referirse a circunstancias ordinarias, corrientes, cotidianas, de comportamiento social o individual, sino a las íntimas voces de su conciencia, aquel íntimo rincón donde nacen las ideas, los principios, los valores y las categorías. Hacemos memoria de una definición de la Corte Constitucional al definir la objeción de conciencia *“como la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito, por lo que la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral”*.

La sociedad contemporánea, con los avances de la ciencia, la tecnología, la renovación de conceptos y presupuestos de la conducta humana, debe de manera puntual, ser abierta al escrutinio de las recónditas razones de quien ante una vicisitud irreprimible se ve obligado a acudir a esta excepcional contingencia jurídica para que se le exonere del cumplimiento de la ley por razones éticas, morales, religiosas, educativas, que de una u otra manera lesionen su libertad de conciencia, los derechos humanos y dado caso, el derecho internacional humanitario.

Bogotá, junio 17 de 2016.



Ponencia sobre la objeción de conciencia

Eduardo A. Sambrizzi *

1. Introducción

Previamente al análisis del significado y alcance de la denominada *objeción de conciencia*, debemos analizar lo que es la *conciencia*, entendiéndose por tal, según uno de sus significados, la realización de distintos procesos cognitivos interrelacionados que nos llevan a un proceso interior sobre el bien que debemos hacer y el mal que debemos evitar. Con la conciencia distinguimos una acción correcta de una incorrecta, así como un acto moral o ético de uno inmoral o antiético, como en su momento distinguió, para poner un ejemplo, Tomás Moro, o los primeros cristianos cuando se negaban a abjurar de sus creencias. Para los católicos, la conciencia tiene un valor relevante, habiéndose afirmado en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* que “en la profundidad de su conciencia, el hombre descubre una ley, que él no se da a sí mismo, sino que debe obedecer, y cuya voz, permanente invitación a amar el bien y evitar el mal, no deja de resonar claramente a su oído interior en el momento oportuno: haz esto, evita aquello” (n° 16).

Por lo que bien se puede afirmar que la conciencia se aplica a lo ético, a los juicios que podemos y debemos practicar sobre lo que está bien y lo que está mal, tanto de nuestros actos como de los de terceros, siendo la conciencia moral una condición innata e intrínseca al hombre. Como

* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

afirmó San Juan Pablo II en el Mensaje para la Jornada Mundial por la Paz, del año 1991, la conciencia moral sería la capacidad de discernimiento que tiene el hombre para descubrir y obrar según la ley que Dios ha inscrito en cada hombre, la que debe conformarse en función de la verdad objetiva, universal e igual para todos, siendo una obligación de cada persona ir en búsqueda de esta verdad. Lo que nos lleva a afirmar que cuando hablamos de *objeción de conciencia* nos estamos refiriendo a un juicio crítico con relación a determinados actos, disposiciones legales o situaciones internas o externas que se nos requiere que realicemos y con las que disintamos y rechazamos por antiéticas, con fundamento tanto en la libertad de conciencia –según la cual nadie puede ser constreñido a realizar un acto que se considera ilícito– como en la libertad religiosa, calificando nuestra conciencia esos actos como un mal que debemos evitar (1). Se trata de actos que debemos realizar personalmente y que, por tanto, nos son moralmente imputables, por lo que los rechazamos en conciencia.

2. El derecho a ejercer la objeción de conciencia

Cuando a una persona se le reclama –aún con fundamento en una norma jurídica– que practique determinados actos que la conciencia no acepta por considerarlos inmorales, puede tomar una decisión adversa a su cumplimiento. Dicho de otra manera: en el supuesto de que el acto que alguien debe realizar en razón de lo establecido en una disposición legal dictada por la autoridad competente, lesione las convicciones más íntimas de la persona, ésta puede objetarlas en conciencia y, como consecuencia, negarse lícitamente a practicarlas, con lo que la misma queda eximida de cometer lo que en su fuero íntimo considera un mal grave (2).

(1) Jorge Scala afirma que la cuestión de la objeción de conciencia recién surge de forma generalizada cuando, en épocas recientes, “leyes inicuas obligaron a destruir matrimonios, esterilizar o matar seres humanos” (“La objeción de conciencia como antesala del *iusresistendi*”, E. D., 227-124, 2).

(2) Con cita de Ilva Myriam Hoyos, Jorge Scala afirma que “las cuatro notas esenciales que caracterizan jurídicamente la objeción de conciencia son... las siguientes: a) la existencia de un deber legal que exige realizar una acción contraria a las convicciones morales de quien objeta en conciencia, b) la existencia de una

Claro que no sólo es cuestión de invocar la lesión alegada, sino que el objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes con sus convicciones (3); en especial, cuando la ley reconoce en forma condicional –por contraposición a incondicional– la posibilidad de ejercer el derecho. En tal sentido, en el caso “Portillo” –sobre el que más adelante volveremos–, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la objeción de conciencia debe ser sincera.

La objeción de conciencia deriva de la libertad de conciencia, habiéndosela reconocido como una forma de resistencia pacífica con respecto al cumplimiento de una norma, por constituir su cumplimiento un conflicto entre la disposición objetada y su conciencia. Debe quedar en claro que lo que el objetor pretende –mediante un acto no violento– no es obstaculizar ni modificar la norma de que se trata, sino obtener el debido respeto a su conciencia. La obligación legal presupone que la persona debe actuar en un determinado sentido, implicando en cambio su comportamiento una conducta omisiva, debido a que su conciencia moral lo obliga a objetarla.

El objetor no trata de cambiar la ley, sino de proteger su conciencia. La conducta del objetor de conciencia tiene su fundamento en la existencia de principios superiores a las disposiciones legales, derivados de la ley

situación singular y concreta que genera el conflicto personal entre el cumplimiento del deber legal y el del deber moral, c) la existencia de una razón eximente de la realización de ese deber legal, y d) el incumplimiento del deber legal por el cumplimiento del deber moral” (SCALA, Jorge, ob. cit., E.D., 227-124, 3). Afirma Rodolfo L. Vigo que “en esa lista de derechos humanos que resultan indisponibles está el derecho a desobligarse de los prescripto por una norma jurídica invocando las convicciones racionales íntimas, pues un derecho con rostro y al servicio del hombre no puede dejar de reconocerlo” (“Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”, E.D., 264-549, 2).

(3) Véase al respecto, LAFFERRIERE, Nicolás, “Aborto y objeción de conciencia”, en *El médico frente al aborto*, AA.VV., publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, junio de 2012. Análogamente, Jorge Guillermo MOLINA PORTELA afirma que el objetor debe probar la autenticidad de su objeción (“Algunas consideraciones acerca del divorcio y la objeción de conciencia”, E.D., 189-305).

natural, que deben prevalecer por sobre lo que la ley manda, que no siempre es justa, lo que ocurre cuando carece de un basamento moral, indispensable en toda norma jurídica, puesto que la operatividad del derecho es inescindiblemente moral. Lo que lleva a la afirmación de que una norma puede ser *legal*, por haber sido dictada de acuerdo a las formalidades exigidas al respecto, pero a su vez, *ilegítima*, por transgredir la norma moral. Como recuerda Rodolfo Vigo, para las teorías no positivistas “no cualquier contenido puede ser derecho, por ende, funciona un límite moral racional respecto de éste, de manera que si se supera ese umbral de *la injusticia extrema*, lo que intenta formularse como derecho no alcanza a serlo en virtud de que, si bien tiene unos elementos necesarios a esos fines, carece del elemento racional, moral o ideal que también necesita”. Por lo que –agrega dicho autor– “las convicciones íntimas pueden esgrimirse por el destinatario del derecho a los fines que jurídicamente se lo desobligue” (4). Debemos a todo evento aclarar que para ejercer la objeción de conciencia con respecto a una disposición legal, no se requiere necesariamente que la misma sea injusta o inmoral, en abstracto, pues también puede ejercerse ese derecho con relación a una ley que no sea injusta ni inmoral en sí misma –como puede ocurrir al negarse a la práctica del servicio militar con el uso de armas–, pero que hiera la conciencia del objeto; aunque bien puede afirmarse que en el primer caso –cuando la ley es injusta o inmoral– el ejercicio del derecho es todavía más claro, si así pudiera decirse. Como, asimismo, puede ocurrir que un acto puede ir contra la conciencia y las convicciones de una persona, pero no de otra, como en el caso de la jura de la bandera, a lo que se niegan los Testigos de Jehová.

De lo antes dicho puede afirmarse que la objeción de conciencia –que de ser ejercitada suele suponer el incumplimiento de una norma jurídica– consiste, como sostiene María Inés Franck, en “el derecho a eximirse, total o parcialmente, del cumplimiento de una obligación legal, debido a que ésta violenta la conciencia religiosa o moral de una persona”, lo que la lleva a solicitar una excepción a cumplir con dicha obligación,

(4) VIGO, Rodolfo L., “Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”, E.D., 264-549, 2, y pág. 550, 3.

circunstancia esta que no debe confundirse con incitar a otros a desobedecerla (5). A su vez, Lafferriere afirma con relación a la objeción de conciencia, que la misma es “la posibilidad de eximirse de acciones prescriptas por la ley sin que, a consecuencia de ello, tenga que sufrirse discriminaciones o renunciar a derechos, en razón del conflicto existente entre lo mandado y las propias convicciones”. Porque –agrega dicho autor– el derecho a la objeción de conciencia se desprende de las garantías constitucionales relativas a la libertad de culto, de conciencia y de religión (6). Mientras que Fernando Arlettaz dice que “en un sistema democrático, la objeción de conciencia es un instrumento que, en el contexto de la libertad de conciencia y de religión, permite proteger las convicciones de quienes disienten de la perspectiva de la mayoría” (7). Navarro Floria pone el acento en que la negativa individual y pacífica a cumplir una obligación legalmente impuesta, proviene del hecho de contravenir la norma un mandato obligatorio en conciencia, con un fundamento religioso o meramente ético (8).

Por su parte, la Academia Nacional de Medicina emitió con fecha 28 de septiembre de 2000 una Declaración, en el sentido de que “la objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente. En tal sentido, la Academia Nacional de Medicina aboga por el derecho de los

(5) “El derecho a la objeción de conciencia en Argentina y en América”, en *El Derecho Administrativo*, 2015, n° 13.862, del 25-11-2015. Agrega Franck que la objeción de conciencia se diferencia de la desobediencia civil, por cuanto aquélla no cuestiona la ley en sí, objetivamente, sino la obligatoriedad de determinado aspecto de la misma, en determinadas circunstancias para un individuo específico. Véase asimismo al respecto, ARLETTAZ, Fernando, “Matrimonio homosexual, oposición religiosa y objeción de conciencia en Argentina. A cinco años de la ley de matrimonio igualitario”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, n° 1, año 2015.

(6) Ob. cit., págs. 29 y 31.

(7) Ob. cit., n° 3, 3.1.

(8) NAVARRO FLORIA, Juan G., *Un caso de objeción de conciencia laboral*, E.D., 208-357, 1.

médicos a actuar, en el ejercicio de la profesión con total libertad de conciencia acorde con la ética y conocimientos científicos". Y el artículo 48 del Código de Ética de la Asociación Médica Argentina dispone en su última parte, que "ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional".

El derecho a la objeción de conciencia puede fundarse en el artículo 14 de la Constitución Nacional, que tutela la libertad de culto, lo que también resulta de varios tratados internacionales incluidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución, entre los que debemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 18 dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia" (9).

De todo lo cual bien se puede afirmar que para ejercer lo que se considera el derecho a oponer la objeción de conciencia para eximirse de la realización de un determinado acto que legalmente es exigido, no se requiere la existencia de una norma que en forma explícita permita ejercerlo, resultando a nuestro juicio suficiente que violenta la libertad de conciencia y de religión. Naturalmente que en el supuesto de que la norma admitiese expresamente la posibilidad de objetarla en conciencia, la actitud del objetor pasará a ser el legítimo ejercicio de un derecho. Aunque es claro que, de no existir una norma en tal sentido, la posibilidad de ejercer ese derecho no resulta tan evidente; más aún, quizás, porque de la Constitución no resulta en forma explícita que se pueda incumplir una norma por violentar la conciencia.

En definitiva, no reconocer el derecho en cuestión significa ni más ni menos que no reconocer la libertad de pensamiento, debiendo al respecto recordar que de conformidad a la Resolución n° 46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del año 1987, "la objeción de conciencia... debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho

(9) Conf. el Art. 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también incluido en el Art. 75 inciso 22 de la CN.

a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, que además de en la ya citada Declaración Universal de Derechos Humanos, también se encuentra reconocido, entre otros instrumentos internacionales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados a la Constitución Argentina en el Artículo 75, inciso 22. Es que, como recientemente dijo el Papa Francisco, la objeción de conciencia debe estar presente en cada estructura jurídica, porque se trata de un derecho humano, habiendo sostenido con respecto al aborto, que una vez que una ley que lo admite ha sido votada, el Estado debe respetar las conciencias (10).

3. La situación legal en la Argentina y en países de Latinoamérica con respecto al reconocimiento de la objeción de conciencia.

Varias son las leyes vigentes en la Argentina con relación al reconocimiento de la objeción de conciencia, que, por lo general, admiten ese derecho con distintos requisitos. Recordamos al respecto, entre otras, la Ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable, en la que se reconoce la llamada *objeción de conciencia institucional*, según la cual se admite que ciertas instituciones pueden exceptuarse de la práctica de determinados actos médicos en razón de su ideario (11). En tal sentido, el Artículo 10 de dicha ley establece que “las instituciones privadas de carácter profesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse de lo dispuesto en el artículo 6º, inciso b), de la presente ley”, que se refiere a la distribución masiva de anticonceptivos. Es que como ha sostenido Neydy Casillas, asesora jurídica de la organización legal *Alliance Defending Freedom* (ADF), “los centros médicos son instituciones que están conformadas por personas. No son edificios vacíos que se administran solos, son personas que en su ejercicio al derecho a asociarse se han unido con un fin que va de

(10) Declaración hecha con fecha 16 de mayo de 2016 al Diario francés *La Croix*.

(11) Hay quienes, en cambio, entienden que el ejercicio de la objeción de conciencia constituye un derecho estrictamente personal.

acuerdo con sus fines personales y creencias propias” (12). Por su parte, el Decreto 1282/2003, reglamentario de la precitada Ley 25.673, también admite la objeción de conciencia personal, disponiendo al respecto que a tal fin los objetores deben efectuar la presentación pertinente ante las autoridades sanitarias locales.

La Ley 26.130, de Contracepción Quirúrgica, permite a toda persona –ya sea médico o personal auxiliar del sistema de salud-, ejercer su objeción de conciencia con respecto a las prácticas médicas que enuncia el artículo 1° de dicha ley, sin consecuencia laboral alguna; aunque agrega que ello no exime de responsabilidad a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, respecto de la realización de las prácticas requeridas, que están obligadas a disponer de manera inmediata los reemplazos necesarios (13).

De igual manera, la Ley 26.150, del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, reconoce en su Artículo 5 la posibilidad de cada comunidad educativa a incluir en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, “la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros”.

Poco tiempo después de dictado el fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa “F., A. L.”, del año 2013, al que más adelante haremos referencia, el Ministerio de Salud de la Nación dio a conocer, aunque únicamente por Internet, un Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, en el que si bien se incorporó un apartado relativo a la objeción de conciencia, se limitó su ejercicio al personal médico en forma individual –y no, en cambio, con un

(12) Nota de Bárbara Bustamante en Aciprensa, Santiago de Chile, 29 de abril de 2016.

(13) En el corriente año 2016 se presentó en el Congreso un Proyecto de ley (Expdte. 0930-D-2016) que propone anular la figura de la objeción de conciencia admitido en las leyes de esterilización quirúrgica (n° 26.130) y de salud sexual y procreación responsable (n° 25.673) y su decreto reglamentario (n° 1282/2003).

alcance institucional-, no pudiendo tampoco plantearse, como se estableció, cuando implicara “la dilación, retardo o impedimento para el acceso a esta práctica médica”.

A su vez, la Ley N° 298 de enfermería, de la ciudad de Buenos Aires, establece que los profesionales y auxiliares de la enfermería tienen derecho a “negarse a realizar o colaborar en la ejecución de prácticas que entren en conflicto con sus convicciones religiosas, morales o éticas, siempre que de ello no resulte un daño en las personas sometidas a esa práctica” (14). La Ley 1044, también de la ciudad de Buenos Aires, reconoce el derecho de los profesionales que integran los servicios de obstetricia y tocoginecología, de oponer la objeción de conciencia ante situaciones de embarazos con patologías incompatibles con la vida, como en el supuesto de la anencefalia.

En distintas jurisdicciones de la Argentina se contempla la objeción de conciencia, generalmente con relación al aborto, como ocurre en la provincia de Entre Ríos, en que el médico debe comunicar la objeción en cada caso a la mujer o a sus representantes legales. En Salta la objeción de conciencia se puede ejercer en forma amplia, sin necesidad de registrarse previamente. En otras Provincias, en cambio, se exige un registro previo, como ocurre en Mendoza (Ley 7456, de contracepción quirúrgica), Chaco (Ley 5409, del año 2004, de procreación responsable), Santa Cruz, Tierra del Fuego, Santa Fe. En la provincia de Buenos Aires, la forma de registrarse corresponde a cada institución sanitaria (15).

La ley I-0650-2008 de la provincia de San Luis, reconoce en forma genérica el derecho “a no actuar en contra de la propia conciencia personal” (Art. 1), debiendo en caso de alegarse ese derecho, ser decidida la objeción que se pretenda, por la autoridad administrativa o judicial, por

(14) Varias Provincias también han dictado leyes de enfermería en las que se reconoce el derecho a la objeción de conciencia. Véase al respecto, ARLETTAZ, Fernando, ob. cit., nota 50.

(15) Con respecto a estos datos, seguimos lo dicho por PADILLA, Norberto, “Aborto y muerte digna en la Argentina (Objeción de conciencia según la Corte Suprema y protocolos de aplicación)”, en Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, año 2015.

el procedimiento de amparo. En el artículo 2 se define a la objeción de conciencia como “el derecho subjetivo a desobedecer una norma jurídica que imponga acciones u omisiones contrarias a las convicciones religiosas, morales o éticas indubitadamente acreditadas, aceptando cumplir prestaciones sustitutivas, cuando éstas correspondieran”.

Cabe asimismo señalar que son varios los países de Latinoamérica que en su legislación interna reconocen con mayor o menor amplitud, el derecho a ejercer la objeción de conciencia, entre los cuales recordamos a la Ley 19.987 del Uruguay (año 2012); el Código de Moral Médica de Costa Rica (2008), que pone como límite cuando se ponga en peligro la salud del enfermo; la ley 29.635 del Perú, del año 2011; la Ley 783 de 1995, del Paraguay, y el artículo 37 de la Constitución de ese país (16); el artículo 66 de la Constitución Política del Ecuador; el artículo 19 de la Constitución Política de Chile, que asegura a todas las personas “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público” (17); el Código de Conducta Ética del Servidor Público del año 2007, de Honduras, según el cual el objetor de conciencia debe presentar una solicitud de reconocimiento de su objeción ante la máxima autoridad de la institución para la cual trabaje. Recordamos, asimismo, el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia, que establece que el Estado “garantiza la libertad de conciencia”, y que “nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia” (18). En México, las normas que permiten el

(16) Dicha norma establece que “se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley la admitan”.

(17) Un reciente proyecto de ley sobre aborto presentado por la Presidenta Michelle Bachelet, contempla la objeción de conciencia –aunque no absolutamente por parte de los médicos, y no, en cambio, de las instituciones. Véase al respecto, GERI, Leonardo, “La objeción de conciencia institucional, un debate pendiente en Chile”, E.D., 262-903.

(18) Dicha disposición fue de alguna manera ratificada por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-728, del año 2009. Sobre dicha legislación, véase FRANCK, María Inés, “El derecho a la objeción de conciencia en Argentina y en América”, cit., y “Las buenas prácticas de América Latina respecto

de la objeción de conciencia”, E.D., 260-914. Naturalmente que el tema en cuestión se ha presentado en otros países fuera de Latinoamérica. Sin entrar a dicho análisis, sólo queremos recordar un relativamente reciente fallo de la sala Contencioso Administrativa de la ciudad de Sevilla, que al revocar un fallo de Primera Instancia, hizo lugar a una acción por la que ejerciendo la objeción de conciencia, la madre de un menor demandó a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía para que su hijo no curse ni sea evaluado en la Asignatura “Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos”, que el Gobierno del ex Presidente Rodríguez Zapatero había impuesto en forma obligatoria para todos los cursos de todos los ciclos de todo tipo de enseñanza, a partir de la escuela inicial (Véase al respecto, SCALA, Jorge, ob. cit., E.D., 227-123, 1.) Dicho fallo no ha hecho más que seguir la doctrina del fallo n° 53/1985 del Tribunal Constitucional de España del 11 de abril de ese año, según el cual la objeción de conciencia existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya regulado por ley, por formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa. Recordamos, asimismo, que en el art. II-10, parágr. 2 del Proyecto de Constitución para Europa, se “reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. En los Estados Unidos, adonde existe una cláusula de conciencia en 46 de los Estados, la reciente sentencia de la Corte Suprema de ese país que reconoció la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo, dejó a salvo el derecho de las organizaciones religiosas y de quienes se oponían a una solución como la adoptada, a continuar oponiéndose. Recientemente, en el corriente año 2016, apelando al Restablecimiento de la Ley de Libertad Religiosa del año 1993, que reconoce la objeción de conciencia, a instancia de las Hermanitas de los Pobres –entidad religiosa católica- la Corte Suprema de Estados Unidos anuló siete sentencias de tribunales de Apelación que respaldaban la obligatoriedad de incluir el aborto y demás métodos de contracepción en los seguros médicos de los empleados, incluso para las universidades, los hospitales, los asilos y las fundaciones religiosas (diario infoCatólica del 16 de mayo de 2016). El Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales del 04-11-1950 reconoce la objeción de conciencia, como también lo hace el art. 10, apart. 2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, habiendo sido reconocida dicha objeción por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en distintos fallos que omitimos citar; lo mismo resulta de la Resolución n° 337 del Consejo de Europa, del año 1967, así como, entre varias otras, de la Recomendación n° 478 del mes de enero de ese mismo año. Tanto en Canadá como en los países escandinavos se admite asimismo el derecho de ejercer la objeción de conciencia por parte de los ministros de los cultos religiosos, para no celebrar matrimonios religiosos que tienen

matrimonio homosexual no incluyen cláusulas que admitan la objeción de conciencia.

4. Distintos supuestos en los que se suele invocar la objeción de conciencia

Hay supuestos que podríamos denominar *emblemáticos*, en los que debido a la relevancia de las cuestiones que se hallan en juego, se suele invocar la objeción de conciencia. Seguidamente haremos referencia a cuatro de ellos, el aborto, la transfusión de sangre en el caso de los testigos de Jehová, la eximición de realizar el servicio militar, y la celebración del matrimonio homosexual (19).

a) El ejercicio de la objeción de conciencia en los casos de aborto

Cabe por de pronto señalar con respecto al derecho a la atención sanitaria de las personas, que no se debe ver limitado u obstaculizado por el ejercicio de una objeción de conciencia mal entendida, que sea utilizada en forma inapropiada, como una manera de eludir las responsabilidades profesionales por parte de los médicos, abusándose de tal manera de los derechos de las personas, con grave menoscabo de su salud.

Lo que, a nuestro juicio, no ocurre con relación al aborto, por tratarse del derecho a la vida –que es un derecho esencialísimo sin el cual no pueden ejercerse los demás derechos–, consistiendo en tal caso la objeción de conciencia en negarse a ejecutar o cooperar en forma directa o indirecta

efectos civiles, entre personas del mismo sexo. Ello es también así en países de tradición continental europea. No obstante, en España el Tribunal Supremo negó en sentencia del 11 de mayo de 2009, la posibilidad por parte de los funcionarios del Registro Civil, para ejercer el derecho de objeción de conciencia; lo mismo ocurre en Francia, en que sólo se reconocen efectos al matrimonio civil (conf. decisión del *Conseil Constitutionnel* del 18 de octubre de 2013). Sobre lo anterior, véase ARLETTAZ, Fernando, ob. cit.

(19) Naturalmente que en dichos casos no se agota la posibilidad de objetar actos en conciencia, debiendo entre muchos otros casos ocurridos en la práctica, recordar el de negarse a trabajar en días de descanso religioso, el caso de los testigos de Jehová que se niegan al uso de escarapelas, la negativa a realizar intervenciones quirúrgicas esterilizantes o de adelantamiento del parto, la obligatoriedad del voto, etc., etc.

con un acto de esa naturaleza, por considerar esa conducta como contraria ya sea a la ley moral, a las normas deontológicas o a las religiosas. En los últimos años se han dictado en la Argentina sentencias relacionadas con el accionar médico, en algunas de las cuales se han impuesto determinadas restricciones al derecho que asiste a toda persona –y en particular a los profesionales de la medicina y al personal sanitario–, de objetar la realización de ciertos actos, como el aborto, que se considera que ofenden a la conciencia. Ya la Asociación Médica Mundial aprobó en el año 1970 la llamada Declaración de Oslo, en la que se contempla la objeción de conciencia al aborto, debiendo asimismo recordar el reconocimiento que de la objeción de conciencia efectuó la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio N° 106, del año 1971. Asimismo, este último Organismo aprobó en el año 1977 la Recomendación n° 157, en que se reconoce el derecho a la objeción de conciencia por parte de los enfermeros.

Con relación al aborto, recordamos la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2012 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el denominado caso “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (20), en que dicho Tribunal efectuó una interpretación amplia y, a nuestro juicio, errónea, con respecto a la práctica de los abortos no punibles, habiendo, entre otras argumentaciones, afirmado que la objeción de conciencia de los profesionales de la salud debe ser practicada ya sea en el momento en que las autoridades legislativas implementen un protocolo sobre la forma de proceder ante una violación, o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente (21). Estimamos equivocada dicha restricción, puesto que no se puede limitar el tiempo en el que los médicos pueden ejercer el derecho a la objeción de conciencia para negarse a practicar abortos. Lo que es así porque pasado ese tiempo, se les estaría imponiendo una obligación a participar en abortos, lo que constituiría un atentado al sentido último de la profesión médica, e incluso a su dignidad

(20) La Ley, 2012-B-241, con múltiples comentarios doctrinarios.

(21) Considerando 29 de la mayoría del Tribunal. Ello se dijo, como resulta del fallo, “de forma tal que toda institución que atienda esta clase de situaciones cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual”.

personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que por su vocación se encuentran llamados a la defensa de la vida humana (22). El fallo desconoce que el ejercicio de la objeción de conciencia no se puede limitar de la forma en que se pretende, porque constituye un derecho de raigambre constitucional (23), que consiste en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas. En otras palabras, como más arriba recordamos, en la objeción de conciencia se está frente al derecho a negarse a observar determinadas conductas cuando ellas violentan la propia conciencia, por lo que limitar su ejercicio se opone a la esencia misma del instituto, verdadero derecho fundamental que se posee en forma continuada en el tiempo y no sólo en una oportunidad determinada (24). Asimismo, ese derecho a la objeción de conciencia no puede ser conculcado alegando una supuesta interferencia de las convicciones de la persona con la práctica de su profesión de médico.

Dos años después del precitado fallo, en un caso en el que una persona de cincuenta años de edad que con motivo de un accidente automovilístico había quedado en un estado vegetativo en el que se mantuvo aproximadamente durante unos veinte años, sus hermanas (que fueron designadas sus Curadoras) reclamaron que, dado la irreversibilidad de su estado, se le retirara la alimentación e hidratación, que se le proporcionaba junto con cuidados paliativos. Al revocar la sentencia de Segunda Instancia, nuevamente la Corte Suprema de Justicia resolvió con respecto a la objeción de conciencia en el sentido de que el personal sanitario debía ejercer ese derecho en el momento de la implantación del protocolo o al

(22) LAFFERRIERE, Nicolás, *ob. cit.*, pág. 30. Conf., entre otros, BERTI GARCÍA, María Milagros y Bernardita, y NASAZZI, Fernando, “El derecho de ejercer la objeción de conciencia a un año del fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, E.D., 252-823.

(23) Fallos, 312-496. Véase al respecto, VIDAL, Elisabet, “El aborto y la pretensión de limitar la objeción de conciencia”, E.D., 261-900.

(24) Véase al respecto nuestra nota “El fallo de la CSJN sobre aborto”, *La Ley*, 2012-B-277.

inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente (25).

Resulta por demás innegable que la conciencia no puede congelarse en el tiempo, pudiendo toda persona cambiar de creencias, como se reconoce, entre otras Convenciones incorporadas a la Constitución de la Argentina, en el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos del año 1969, y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966. La persona puede evolucionar, incluso moralmente, y lo que una determinada acción –como un aborto– que en una época o momento admitió como válida, puede luego cuestionarla cuando se le requiera proceder a sacrificar una vida humana contra el juramento hipocrático que oportunamente prestó, de velar por la vida de sus pacientes. Como afirma Siro De Martini, “los problemas de conciencia deben plantearse cuando se presentan. El hombre no es una máquina cuyas convicciones o decisiones morales pueden ser tomadas de una vez para siempre, y mantenidas de esa forma de modo inalterable” (26). En similar sentido, al criticar el fallo de la Corte en el caso “F., A. L.”, Norberto Padilla considera con relación a los requisitos que dicho Tribunal exige para poder ejercer la objeción de conciencia, que éstos constituyen una “curiosa forma de inmovilizar la conciencia, ya que si con el correr del tiempo, quizás después de practicar varios abortos, quizás

(25) Véase al respecto nuestro trabajo “La supresión de la alimentación e hidratación constituye un supuesto de eutanasia”, Revista La Ley, diario del 15 de julio de 2015.

(26) DE MARTINI, Siro M.A., “Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos”, en *El médico frente al aborto*, AA.VV., publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, junio de 2012, pág. 17. Agrega dicho autor que “una cosa es sostener que no se va a castigar a una persona que mate a otra y otra muy distinta es decir que, por eso, alguien está obligado a matarla. No hay ninguna relación lógica (ni jurídica) entre una cosa y otra”. Y agrega que “si los jueces no tienen facultades para autorizar que se mate a una persona por nacer ¿cómo habrían de tenerlas para ordenar o exigir a un tercero que la mate?”

tras una nueva reflexión ética o religiosa, el profesional replantease sus pautas morales, se vería imposibilitado de ser atendido y respetado" (27).

Lo cierto es que aun cuando se considerara lícito limitar de alguna manera la posibilidad de hacer valer la objeción de conciencia, por ejemplo, para evitar practicar un aborto (por más que éste sea considerado, en el caso particular, como no punible), aun cuando se entendiera que una persona no podría hacer valer la objeción de conciencia por no haberse inscripto dentro de un plazo predeterminado en un Registro de objetores de conciencia, no por ello se le puede obligar a cometer un aborto. Lo que es así porque, como bien afirma Siro De Martini, "ninguna autoridad en nuestro país, ni los jueces (de la Corte o de cualquier otro tribunal), ni los funcionarios públicos (Presidente de la Nación, ministros, gobernadores, etc.), ni el Congreso de la Nación, pueden exigirle a una persona que mate a otra. Más aún en un país como el nuestro en que no existe la pena de muerte..." (28). Resulta aquí aplicable el artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

b) El caso de los Testigos de Jehová

Otro de los casos emblemáticos es el de los Testigos de Jehová, que, como es sabido, con fundamento en la objeción de conciencia se niegan a que se les transfunda sangre, no obstante que de acuerdo a su estado de salud sea lo que en el caso particular aconseje la ciencia médica. Contrariamente al supuesto recordado en el inciso que antecede, en éste el objetor de conciencia no viola –en dicho aspecto– ninguna ley positiva, aunque sí lo hace, por ejemplo, cuando con el mismo fundamento se niega a enrolarse en el ejército en los casos en que ello es legalmente obligatorio (29).

(27) Ob. cit., n° 1.

(28) Ob. cit., pág. 12.

(29) Otra situación planteada por un Testigo de Jehová consistió en su negativa a prestar el juramento de lealtad a la bandera nacional, con fundamento en la objeción de conciencia. Si bien la Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia denegatoria del reclamo en tal sentido, uno de los jueces del Tribunal votó en favor de la procedencia de la acción (Fallos,

Con relación a la transfusión de sangre recordamos un conocido caso –Bahamóndez– de una persona de esa Religión que en el año 1994 se encontraba internado en un Hospital y que había manifestado claramente su negativa a que le efectuaran una transfusión de sangre, la que había sido considerada necesaria por los médicos para salvarle la vida. Éstos consiguieron por medio del Hospital una orden judicial para realizar la transfusión, pues entendían que se debían adoptar todas las acciones necesarias cuando, como en el caso, peligraba la vida del paciente. Apelada la resolución de 1ª instancia, la Cámara la confirmó con fundamento en la afirmación de que la vida es un valor supremo, por lo que la libertad de cada persona de ejercer sus derechos y aún sus opciones religiosas, no puede ser practicada de manera tal que se extinga la vida misma (dijo la Cámara que la negativa a recibir sangre constituía un supuesto de suicidio por omisión), aunque se aclaró que en ciertas situaciones ello es posible, ya sea para salvar a la patria o a la bandera, o a vidas ajenas (30). Ante ello, Bahamóndez acudió a la Corte Suprema de Justicia por recurso extraordinario, la que resolvió que al mismo le asistía derecho a negarse a la transfusión, lo que hizo con fundamentos múltiples (31), dentro de los cuales destacamos el argumento que puede considerarse central, consistente en la necesidad de respetar la objeción de conciencia de cada persona en particular, con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentales. La Corte afirmó que “la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho de no cumplir

328-2966). Muchos años antes, el mismo Tribunal había rechazado una acción iniciada por un Testigo de Jehová, que con igual fundamento se había querido negar a la exigencia de prestar juramento en la instancia de la entrega de un título universitario (Fallos, 214-139).

(30) La resolución de la Cámara fue criticada antes del fallo de la Corte, tanto por HERRENDORF, Daniel E., “Una solución judicial que no descubre ninguna solución para nadie”, como por BIDART CAMPOS, Germán J., “Terapias obligatorias en oposición a las convicciones religiosas y morales del enfermo”, E.D., 134-295 y 296, respectivamente.

(31) Para una ampliación de dichos fundamentos, véase nuestro trabajo Derecho y Eutanasia, Buenos Aires, 2005, págs. 127 y sigs.

una norma u orden de autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común” (32).

Al comentar el fallo, Jorge Guillermo Portela afirmó que cuando no se advierta daño a terceros, el objetor de conciencia debe ser sujeto de protección jurídica, constituyendo la objeción de conciencia un derecho de la personalidad, por lo que el Estado que no reconoce a los individuos el derecho a ser fieles y obedientes a la propia conciencia, es un Estado totalitario. A su vez, Germán J. Bidart Campos puso de relieve que quien no quiere someterse a una terapia recomendada y ordenada por el médico, y con esa negativa pone en riesgo su salud o su propia vida, no comprometiendo derechos ajenos, no puede ser compelido a prestarse al tratamiento que rechaza. Néstor P. Sagües, a su vez, sostuvo que la negativa a aceptar una transfusión de sangre cuando ella es indispensable, reviste una decisión indirecta de suicidio, aun cuando el paciente no quiere directamente matarse, sin perjuicio de lo cual, dicho autor entiende que debe respetarse la decisión personal de no admitir la transfusión (33). El fallo también mereció un comentario de Carlos E. Colautti, en el que dicho autor afirmó la inexistencia de norma alguna –constitucional o infraconstitucional– que pueda obligar a un habitante a aceptar un tratamiento médico específico, dado que el conocimiento humano es, por esencia, falible, no pudiendo las conclusiones científicas ser impuestas. Entre otros conceptos, dijo también Colautti que no se puede someter a una persona mayor y capaz sin su consentimiento, a una intervención sobre su propio cuerpo, y ello, con independencia de si afecta derechos de terceros, así como de las motivaciones del paciente, siendo irrelevante, agregó, que la decisión del mismo tenga fundamentos religiosos, éticos o científicos (34).

(32) Fallos, 316-479. Pocos años después se reiteró esa doctrina en Fallos 329-2966 (autos “Asociación Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ Inconstitucionalidad”, del año 2005).

(33) “¿Derecho constitucional a no curarse?”, La Ley, 1993-D-126.

(34) “Precisiones e imprecisiones en el caso Bahamóndez”, La Ley, 1994-B-785.

c) La objeción de conciencia para evitar la realización del servicio militar

Como es entendible, esta cuestión se ha planteado fundamentalmente en los Estados en que el servicio militar es obligatorio, por contraposición a voluntario, siendo por lo general los objetores personas pertenecientes a grupos religiosos pacifistas, minoritarios (35). Hace ya más de treinta años que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió intervenir con motivo de la pretensión de seguidores de los Testigos de Jehová de no querer realizar el servicio militar, en ese entonces obligatorio en la Argentina. En casos resueltos en los años 1982 (36) y 1983 (37), la Corte rechazó los pedidos de eximición de dicho servicio, que había sido requerido con fundamento en la objeción de conciencia.

Pero en el año 1989 dicho Tribunal modificó su jurisprudencia en el caso Portillo (38), que había cuestionado la constitucionalidad de la ley de servicio militar por violentar la libertad ideológica y de conciencia (Art. 14 de la CN), y al que en sede penal se había condenado a cumplir el servicio militar más un año adicional como pena. Portillo sostuvo que su credo católico le impedía el uso de armas contra otra persona, ya que entendía que implicaba la violación del quinto mandamiento, y ofrecía prestar cualquier servicio alternativo que no implicara el uso de armas. La Corte le reconoció a Portillo el derecho a la objeción de conciencia, aunque sólo con el alcance de no obligarlo a portar armas, debiendo el mismo, no obstante, cumplir con el deber de contribuir a la defensa de la Nación. En

(35) Se recuerda que durante la guerra de la independencia de Holanda, en el año 1575, los menonitas quedaron exceptuados de participar en la vigilancia armada de sus ciudades.

(36) Fallos, 304-1524. En el caso, la Corte Suprema sostuvo, entre otros argumentos, que el derecho a la libertad de culto no era absoluto, y que el mismo debía conciliarse con el deber, también constitucional, de prestar el servicio militar obligatorio. Dijo también dicho Tribunal que "la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la Nación misma...".

(37) Fallos, 305-809, del año 1983.

(38) Fallos, 312-496.

ese precedente la Corte reconoció el valor de la libertad religiosa, y extendió la protección de la libertad de conciencia a quienes “establezcan una determinada jerarquía en cuanto a sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante” Sostuvo, además, que en los casos en que resulte posible, debe tratarse de conciliar el cumplimiento de los deberes legales con el respeto a las convicciones del objetor (39).

También la Corte Constitucional de Colombia reconoció la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia para no realizar el servicio militar, habiendo sostenido al respecto que los fines que se buscan con la práctica de dicho servicio pueden también ser conseguidos por otros medios (40). Recordamos asimismo lo expresado con fecha 8 de marzo de 1989 por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que afirmó que la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio “es inherente al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”, e igualmente, lo afirmado en similar sentido en la Resolución del Alto Comisionado de las Naciones Unidas del mes de marzo de 1995, sobre la objeción de conciencia al servicio militar. También en el Artículo 2 de la Resolución del Parlamento Europeo de fecha 7 de febrero de 1983, se reconoció en forma expresa el derecho a la objeción de conciencia como negativa al servicio militar, debiendo igualmente recordar la Recomendación N° 1518 de ese Organismo, del año 2001, con relación al ejercicio de ese derecho en los Estados miembros del Consejo de Europa.

d) La objeción de conciencia por parte del funcionario público Obligado a celebrar un matrimonio entre personas de igual sexo.

Sabido es que en distintos países ha sido legalmente admitida la posibilidad de la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo. En la Argentina dicha posibilidad existe desde el año 2010, con motivo del

(39) Los criterios expuestos por la Corte en el caso Portillo, fueron más adelante recogidos por la Ley 24.429, donde se reguló la posibilidad de poder ejercer la libertad de conciencia en el nuevo servicio militar voluntario que estableció dicha ley.

(40) Conf. sentencia C-728 del año 2009.

dictado de la Ley 26.611, lo que ha sido mantenido con la Ley 26.994, que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (conf., Art. 402).

En su momento se produjeron diversos cuestionamientos al proyecto que finalmente se transformó en la ley que permitió el matrimonio homosexual, lo que ocurrió por entenderse que el matrimonio constituye una institución que debe ser celebrada por dos personas de distinto sexo. Ello derivó, luego de la aprobación de la Ley 26.611 y aunque dicha ley nada contempló al respecto –como tampoco el nuevo Código–, en el ejercicio del derecho de objeción de conciencia por parte de distintos funcionarios que debían celebrar esos matrimonios, con la finalidad de abstenerse de celebrarlos, en razón de que dicho acto vulneraba sus convicciones. Los cuales, en la Argentina son funcionarios del Estado, ya que el matrimonio religioso no tiene efectos jurídicos.

Ante el silencio de la ley, se produjo un debate al respecto, habiéndose distintos funcionarios públicos negado a participar en la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, como ocurrió en el año 2010 con una Jueza de Paz en la provincia de La Pampa, o con el Director del Registro Civil de Concordia, en la provincia de Entre Ríos. Lo que desde el punto de vista práctico no trajo problemas, al haber sido esos funcionarios reemplazados por otros, por lo que no se afectaron derechos de terceros. Con relación a la procedencia de la objeción, se argumenta que el carácter de funcionarios públicos les impediría negarse a la aplicación de la ley, en contra de lo cual se sostiene que aparte de funcionarios, son personas a las que no se les puede negar su derecho a ejercer su libertad de conciencia y de religión (41). No obstante, se ha dicho que “quien entra a un ámbito estrictamente reglado como es el de la administración pública puede verse sometido a restricciones en sus derechos en pos del correcto funcionamiento de esa administración y de la protección de los derechos de los administrados”, lo que se refuerza –se agrega– si se tiene en cuenta que la celebración de matrimonios es una práctica monopólica regulada por el Estado: sólo puede ser realizada por quienes forman parte

(41) Véase al respecto, NAVARRO FLORIA, Juan, “La objeción de conciencia de los jueces y funcionarios al llamado matrimonio homosexual”, E.D., 234-382.

del cuerpo de funcionarios del Estado" (42). Concluye el autor recién citado en nota, que "en ausencia de una regulación específica (leyes sobre objeción de conciencia, leyes sobre el Registro Civil o reglamentos y resoluciones sobre su funcionamiento) los funcionarios del Registro Civil no pueden negarse a intervenir en la celebración del matrimonio", sobre todo si se tiene en cuenta que lo que constituye verdaderamente el matrimonio es el consentimiento de los contrayentes, cumpliendo el oficial público una función de mero registrador.

Por nuestra parte, con fundamento en lo dicho al comienzo de esta nota, creemos que los oficiales públicos del Registro Civil pueden negarse a celebrar matrimonios de personas del mismo sexo, cuando en conciencia, ello va contra sus más íntimas convicciones morales.

5. Ponencia

Como consecuencia de lo hasta aquí analizado, formulo la siguiente Ponencia:

1º Toda persona tiene derecho, con fundamento en la moral y en sus convicciones más íntimas, así como en la libertad de conciencia y religiosa, de ejercer la denominada *objeción de conciencia* a fin de no realizar determinados actos que le son requeridos, lo que constituye un derecho intrínseco a la dignidad humana.

2º Al constituir la objeción de conciencia un derecho fundamental de la persona, ningún Estado tiene el derecho de derogarlo, como tampoco de otorgarlo, puesto que la omisión de otorgar dicho derecho no impide que sea ejercido sin interferencias o impedimentos. No obstante, es conveniente que lo prevea, señalando sus modalidades, aunque sin limitaciones arbitrarias ni irrazonables.

3º El derecho de ejercer la objeción de conciencia para negarse a la realización de cierta clase de actos que sean requeridos, también puede

(42) ARLETTAZ, Fernando, ob. cit.

ser ejercido por las instituciones que tienen determinados idearios éticos o religiosos que le impidan la realización de tales actos.

4° El objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes y consecuentes con sus convicciones.

5° El ejercicio de la objeción de conciencia no puede ser restringido de ninguna manera, con la salvedad de que en razón de su ejercicio se ponga en riesgo el orden público, la vida o los derechos de terceras personas o, de forma significativa, la salud de las mismas.



El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa

Alfonso Santiago *

Sumario: Presentación. A) El ideario como expresión de la identidad, sentido y misión de las instituciones de inspiración religiosa. B) Las instituciones con ideario religioso como organizaciones de tendencia. C) Los derechos humanos que fundan la posibilidad de promover instituciones de inspiración religiosa. D) El pluralismo social de nuestras democracias constitucionales y su creciente reconocimiento jurisprudencial. E) Conclusiones.

Presentación

Es un dato de la realidad social que un número importante de instituciones médicas, educativas, universitarias y asistenciales han nacido y desarrollan sus actividades inspiradas en ideales de carácter religioso.

Así, p. ej., teniendo únicamente en cuenta a las universidades católicas y otros institutos de estudios superiores de similares características, existen 1861 centros de este tipo en todo el mundo, distribuidos del siguiente modo (1):

* Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Cfr. INDEX, Editio 2005, "Universitates et alia Instituta Studiorum Superiorum Ecclesiae Catholicae", publicación de la Congregación para la Educación Católica.

- 545 en Europa
- 322 en América del Norte
- 229 en América del Sur
- 611 en Asia
- 19 en Oceanía
- 25 en América Central
- 110 en África

Por otra parte, cabe señalar que el 15 % de los hospitales en EEUU pertenecen a las instituciones católicas. Al dar la bienvenida al Papa Francisco en su reciente viaje a ese país, el Presidente Obama reconoció y agradeció todo el trabajo que realizan las instituciones católicas en el ámbito educativo, médico y social.

En los últimos años se han dictado en distintos países un número importantes de leyes que introducen prácticas médicas (aborto, esterilizaciones, anticoncepción de emergencia, etc.), contenidos educativos o disposiciones jurídicas que claramente contradicen abiertamente los idearios de esas instituciones.

La pregunta que pretendemos contestar en esta comunicación es la siguiente: ¿cabe reconocer a estas instituciones el derecho de no realizar las prácticas médicas y no transmitir los contenidos educativos que contradicen abiertamente su ideario institucional? ¿cabría hablar de derecho a la “objeción de conciencia de carácter institucional”? ¿las normas sobre no discriminación tienen una modalidad particular de aplicación en este

tipo de entidades? Situaciones concretas planteadas en Estados Unidos (2), Colombia, Chile (3) y España (4), entre otros países, muestra que las preguntas formuladas lejos de ser hipótesis de laboratorios para hacer referencia a problemas reales y actuales.

Estructuraremos nuestra exposición en cinco partes:

– En primer lugar, analizaremos el concepto de ideario institucional;

(2) Cfr. caso “Hobby Lobby” que analizaremos en el apartado IV de este trabajo. Refiriéndose a la situación planteada con motivo de la sanción de la ley del seguro de salud en ese país, previa al fallo del caso “Hobby Lobby” señalaba la Conferencia Episcopal norteamericana: El mandato de la HHS sobre anticoncepción, esterilización y drogas abortivas. El mandato del Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS por sus siglas en inglés) ha recibido una amplia atención, y ha encontrado nuestra más vigorosa y unificada oposición. De forma sin precedentes en la historia de los Estados Unidos, el gobierno federal obligará a las instituciones religiosas a facilitar y pagar por algo que es contrario a sus enseñanzas morales, pretendiendo definir cuáles instituciones religiosas son “suficientemente religiosas” como para ameritar la protección de su libertad religiosa. Estas peculiaridades de los “servicios preventivos” del mandato de la HHS hacen que esta sea una ley injusta. El Arzobispo William Lori de Baltimore, Presidente de nuestro Comité Ad Hoc de Libertad Religiosa, testificó ante el Congreso, diciendo: “Esto no es un asunto de que si el gobierno deba prohibir la anticoncepción. No es siquiera un asunto de que si la anticoncepción deba ser apoyada por el gobierno. Se trata de que, si las personas e instituciones religiosas deben ser forzadas por el gobierno a proveer cobertura de anticonceptivos o esterilización, aun cuando estas prácticas violen sus creencias religiosas”, Documento “La primera y más preciada de nuestras libertades”, marzo 2012.

(3) Según informó el diario El Mercurio el pasado 22 de febrero, con motivo del debate de la despenalización del aborto en Chile, el Dr. Ignacio Sánchez, rector de la Pontificia Universidad Católica de Chile, descartó la posibilidad de que la red de centros médicos de dicha institución confesional admita la práctica del aborto, más allá de su eventual despenalización, lo que provocó la reacción de algunos legisladores oficialistas.

(4) Cfr. la situación planteada en algunos centros educativos en relación a ciertos contenidos de la materia “Ciudadanía” que pretendió imponer el último gobierno socialista del Presidente Zapatero.

– Luego caracterizaremos a estas instituciones como organizaciones de tendencia;

– En el tercer apartado señalaremos los derechos constitucionales implicados en esta materia;

– Más adelante, veremos cómo la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales se está abriendo en los últimos años a esta realidad y las soluciones que ha brindado;

– Finalmente, extraeremos algunas conclusiones finales.

En el tratamiento y resolución de las cuestiones planteadas acudiremos a principios jurídicos, normas constitucionales, legales y convencionales y jurisprudencia reciente de tribunales nacionales e internacionales.

A) El ideario como expresión de la identidad, sentido y misión de las instituciones de inspiración religiosa

Las instituciones de inspiración religiosa (escuelas, universidades, hospitales, etc.) desarrollan sus fines propios de acuerdo con su concepción del hombre, de la vida y de la sociedad que las inspira. No se trata de un proyecto social sin más, sino de instituciones que desde su mismo origen y misión pretenden impregnar todas sus actividades con esos valores. Esa identidad, lejos de ser algo secreto, oculto, interno o reservado, adquiere un carácter público y manifiesto, que se busca transmitir y comunicar tanto hacia dentro como hacia fuera de la institución.

Esa concepción y los valores que ella es portadora suele estar expresado en un documento o ideario que plasma, expresa, comunica y transmite los valores que dan identidad y sentido a la existencia y actividad de esa entidad.

La afirmación de esta identidad institucional es un bien, un valor importantísimo que potencia los fines sociales propios de esa organización y da unidad y coherencia a sus actividades. Lejos de ser una limitación, es una fortaleza para estas instituciones. Así como una persona se enriquece cuando formula su proyecto de vida y unos principios por los que regir su conducta, del mismo modo una institución adquiere madurez y coherencia cuando postula sus fines y valores institucionales que la han de guiar. Lógicamente que la calidad del ideario dependerá de su

contenido y corresponde reconocer que la gran mayoría de los valores religiosos, aun desde una perspectiva exclusivamente humana, son sumamente valiosos.

El documento que contiene el ideario, junto a su valor simbólico y formativo, tiene inevitables virtualidades jurídicas que deben ser reconocidos por todos los actores jurídicos, tanto dentro como fuera de la institución.

B) Las instituciones con ideario religioso como organizaciones de tendencia

La formulación pública del ideario universitario configura a estas instituciones en lo que se ha dado en llamar en el derecho comparado como “empresas o instituciones de tendencia”. Estas entidades se caracterizan no sólo por tener un ideario sino por estar orientadas a su promoción y difusión. Son instituciones de tendencia los partidos políticos, las confesiones religiosas, determinadas ONGs o “think tank”, algunos medios de comunicación nacidos con la clara y expresa función de promover determinados valores y doctrinas, las instituciones educativas de distinto nivel que han adoptado un determinado ideario que define su identidad y misión, etc. La existencia de entidades de tendencia es muestra del pluralismo social y de la riqueza y diversidad que debe caracterizar a las actuales sociedades democráticas.

Se ha señalado que las organizaciones de tendencia son aquellas “encaminadas a la consecución de finalidades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, educativas, científicas, artísticas y similares, y, presuponen la adhesión a una particular ideología o concepción del mundo llamada genéricamente ‘tendencia’ por parte del trabajador de ella dependiente” (5). Esta categoría, originada en el derecho alemán, se ha ido expandiendo a otros países como Italia, España, Japón, etc.

(5) Sanctis Ricciardone, “Licenziamento de una scuola privata, (prime note in materia di -imprese di tendenza-)”, in *Giruprudenza Italiana*, I, senz II, 1975, pág. 904.

El orden jurídico ha comenzado a considerar y tener en cuenta la existencia de estas organizaciones de tendencia, reconociendo un tratamiento diferenciado en determinadas cuestiones. Entre otros muchos ejemplos, se puede mencionar la legislación laboral alemana (*Betriebsverfassungsgesetz*) que contempla un régimen especial para lo que denomina “empresas de tendencia y confesionales”. Fundamentalmente, la ley ampara a todo tipo de instituciones que, además de perseguir sus propios fines, actúen bajo un determinado marco religioso, ético e incluso político.

También el art. 6 del Reglamento delegado del gobierno español del 8 de febrero de 1984 que establece: “Las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulan las instituciones creadas para la realización de sus fines podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como el debido respeto a sus creencias sin perjuicio del debido respeto de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en especial los de libertad, igualdad y no discriminación”. También el art. 6 de la ley orgánica de establecimiento de centros educativos de España dispone que “se reconoce a los titulares de centros privados el derecho a establecer el un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución”.

Por su parte, el Art. 9 de la Ley argentina 25.673 de 2002 que establece el programa nacional de salud reproductiva señala que “las instituciones educativas públicas de gestión privada, confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones” (6).

(6) A su vez, en el Art. 10 del Decreto 1.282/2003, reglamentario de esa Ley 25.673, se reglamentó *la objeción de conciencia institucional* prevista en el mencionado Art. 10. El decreto establece lo siguiente:

“Artículo 10.- Se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el PROGRAMA NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y PROCREACIÓN RESPONSABLE previa fundamentación, y lo que se enmarcará en la reglamentación del ejercicio profesional de cada jurisdicción. Los objetores de conciencia lo serán tanto en la actividad pública institucional como en la privada. Los centros de salud privados deberán garantizar la atención y la

A su vez, su Art. 10 señala que “las instituciones de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamentos en sus convicciones exceptuarse del cumplimiento de los dispuesto en el artículo 6, inciso b) de la presente ley” (se refiere al suministro de elementos y métodos anticonceptivos). También la ley 26.150 de educación sexual señala en su art. 5: “cada comunidad educativa incluirá en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros”.

A su vez, el Art. 10 de la Ley uruguaya 18.987 sobre aborto también contempla expresamente la objeción de ideario (7).

También a nivel de legislación de la Unión Europea, cabe mencionar otro ejemplo significativo en lo que hace a una consideración jurídica particular de la realidad de las instituciones religiosas en el tratamiento de la no discriminación en el ámbito laboral. Así, la Directiva 2000/78/CE del Consejo del 27 de noviembre de 2000, luego de prohibir en su art. 3 la discriminación laboral por cualquier motivo, incluido el religioso, precisa en su Art. 4:

implementación del Programa, pudiendo derivar a la población a otros Centros asistenciales, cuando por razones confesionales, en base a sus fines institucionales y/o convicciones de sus titulares, optaren por ser exceptuados del cumplimiento del artículo 6, inciso b) de la ley que se reglamenta, a cuyo fin deberán efectuar la presentación pertinente por ante las autoridades sanitarias locales, de conformidad a lo indicado en el primer párrafo de este artículo cuando corresponda”.

(7) “Todas las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud tendrán la obligación de cumplir con lo preceptuado en la presente ley. A tales efectos, deberán establecer las condiciones técnico-profesionales y administrativas necesarias para posibilitar a sus usuarias el acceso a dichos procedimientos dentro de los plazos establecidos. Las instituciones referidas en el inciso anterior, que tengan *objeciones de ideario*, preexistentes a la vigencia de esta ley, con respecto a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo que se regulan en los artículos anteriores, podrán acordar con el Ministerio de Salud Pública, dentro del marco normativo que regula el Sistema Nacional Integrado de Salud, la forma en que sus usuarias accederán a tales procedimientos”.

“Los Estados podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1 no tendrán carácter discriminatorio cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo, dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Los Estados miembros podrán mantener en sus legislaciones nacionales (...) disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de Iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, no constituya discriminación sino una diferencia de trato. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho Comunitario, y no podrá justificar discriminación basada en otro motivo” y luego se añade que “siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas y privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, que actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativa nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de la organización”.

Por último, cabe mencionarse la Resolución 1763 del Parlamento Europeo de 7 de octubre de 2010 acerca de la no obligatoriedad de realizar ciertas prácticas médicas que contradicen el ideario de una determinada institución (8).

(8) Señala esta norma:

“1. Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón.

2. La Asamblea Parlamentaria enfatiza la necesidad de afirmar el derecho a la objeción de conciencia junto a la responsabilidad del Estado de asegurar que los pacientes tienen un acceso adecuado a la atención sanitaria prevista por la ley. La Asamblea es consciente de que el ejercicio sin regulación de la objeción de

Una de las consecuencias jurídicas más importante, que se deriva de que una institución sea considerada como organización de tendencia, es la necesidad de la modalización o adaptación de las normas y principios generales del ordenamiento jurídico a la realidad concreta y específica de esta clase de organizaciones.

Indudablemente, cuanto más serio y profundo sea el compromiso real de una institución con el ideario que la inspira, mayor deben ser la consideración, reconocimiento y respeto del mismo por parte de sus integrantes y de las autoridades públicas. El ideario no es sólo un documento que contiene los valores que se declaman, sino aquellos que efectivamente inspiran en la práctica la actividad de la institución. La coherencia con su propio ideario es un factor a tener en cuenta a la hora de reconocer y evaluar sus consecuencias jurídicas (9).

conciencia puede afectar de modo desproporcionado a las mujeres, especialmente a las que tienen bajos niveles de renta o viven en zonas rurales.

3. En la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, la práctica de la objeción de conciencia está regulada de modo adecuado. Existe un marco legal claro y completo que garantiza que –en el ejercicio de la objeción de conciencia por los profesionales sanitarios– se respetan los intereses y derechos de quienes buscan un acceso a prestaciones sanitarias admitidas por la ley.

4. A la luz de las obligaciones de los Estados miembros de asegurar el acceso a los servicios y prestaciones sanitarias admitidas por la ley y de proteger el derecho a la protección de la salud, así como su obligación de asegurar el respeto al derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión de los profesionales sanitarios, la Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud, los cuales:

4.1. Garanticen el derecho a la objeción de conciencia en relación con la participación en el procedimiento en cuestión.

4.2. Aseguren que los pacientes son informados de cualquier objeción, en un plazo adecuado, así como que son derivados a otro profesional sanitario.

4.3. Aseguren que los pacientes reciben tratamiento adecuado, en particular en casos de emergencia”.

(9) Cfr. See *Seattle University Employer*, 199 L.R.R.M. 1286 (April 17, 2014).

C) Los derechos humanos que fundan la posibilidad de promover instituciones de inspiración religiosa

Quienes promueven esta clase de instituciones lo hacen fundados en una serie de derechos fundamentales que las constituciones y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos han ido reconociendo y regulando en su alcance. Entre ellos, cabe mencionar los siguientes:

- El derecho de asociación con fines útiles;
- La libertad de enseñanza;
- La libertad religiosa;

El derecho de asociación con fines útiles, reconocido en el art. 14 de nuestra CN, permite a los ciudadanos poner en marcha iniciativas que sirvan al bien común político. Sin lugar a dudas, las actividades educativas, asistenciales y médicas que desarrollan estas instituciones inspiradas en valores religiosos constituyen un claro servicio a la sociedad. La posibilidad de alcanzar ese "fin útil" ha de ser reconocido y protegido jurídicamente.

De modo complementario, el Art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica afirma con amplitud la libertad de asociación con fines útiles, cuando señala que "todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines *ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole*". Sostiene con toda razón la profesora uruguaya Carmen Asiaín: "proclamado el derecho de las personas de asociarse (no otra cosa son las instituciones sino personas, seres humanos de carne y hueso, con *affectio societatis* en torno a una o unas ideas), con fines ideológicos y religiosos, entre otros, queda reconocido el derecho de estas agrupaciones de **conducirse en sus actos** en la vida pública, de conformidad con dicho ideario o directriz. El reconocimiento del derecho no se limita a la acción asociativa en sí, sino que quedan reconocidas las proyecciones, dimensiones, modo de ejercicio de este derecho: el desarrollar el ideario mediante acciones, y el no ser constreñido el grupo a actuar en contradicción con el mismo, todo ello siempre y cuando el accionar sea conforme a Derecho. El respeto por el ideario de las instituciones -tanto en su faz negativa de no constreñir, no coaccionar, no interferir,

como en su faz positiva, que excede la tolerancia e impone deberes positivos al Estado en el sentido de favorecer el libre ejercicio del derecho- no debe percibirse como una concesión graciosa que hace el Estado, sino antes bien, de la actitud debida del poder político en un Estado social, democrático y pluralista de Derecho" (10).

Por su parte, en materia de entidades educativas, la libertad de enseñanza comprende, entre sus variados y múltiples aspectos y facetas, la posibilidad de crear centros educativos, otorgándoles una determinada impronta como es el caso de las instituciones de inspiración cristiana. No se trata de una mera concesión del poder público, sino de un auténtico derecho constitucional y convencional que ha de ser protegido, reconocido con amplitud, y razonablemente regulado.

Por último, la libertad religiosa, entre sus múltiples contenidos, abarca en su dimensión comunitaria la facultad de emprender este tipo de iniciativas sociales fundadas en valores religiosos. Como lo ha puesto de relieve Habermas, es mucho lo que la religión, las confesiones religiosas y los ciudadanos creyentes pueden aportar a las modernas sociedades democráticas pos-seculares.

Cabría tener en cuenta aquí, con las debidas adaptaciones, la progresiva apertura de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y del derecho comparado para reconocer el derecho a la objeción de conciencia de carácter personal.

Así, la Corte Suprema argentina comenzó a reconocer tenuemente la objeción de conciencia en su novena etapa (1976-1983) cuando, en los casos "Barros" (11) y "Santa Cruz" (12), dejó sin efecto sanciones de alum-

(10) ASIAÍN, Carmen, "Comentario al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia e ideario", Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, n° 22, Montevideo, año 2013.

(11) Cfr. "Barros c/ Consejo Nacional de Educación" Fallos 301:151 (1979).

(12) Cfr. "Santa Cruz", Fallos 303:151 (1979).

nos Testigos de Jehová que se negaban a reverenciar los símbolos patrios (13). Más adelante, en la décima etapa (1983-1990), reconoció el derecho a la objeción de conciencia a la prestación con armas del servicio militar en el caso Portillo (14). Ya en la undécima etapa (1990-2003), la Corte estableció, en el caso "Bahamondez" (15), que una persona podía, por razones de conciencia y religión, negarse a recibir un tratamiento médico ordinario, aunque esto le pusiera en riesgo de perder la vida. También en la resolución del caso "Tanus" (16), sobre inducción de parto de un niño anancefálico, nuestro máximo tribunal confirmó íntegramente el fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires que establecía que, si los médicos designados para practicar la intervención se negaran por razones de conciencia, había que reconocerles este derecho, y el hospital público debía realizar las sustituciones que correspondieran. Ya en la actual duodécima etapa (2003-...), la Corte Suprema dictó en junio de 2012 el fallo "Albarracín Nieves" (17) reconociendo ampliamente a la autodeterminación con motivo de tratamientos médicos y la negativa a recibir tratamiento médico que contradigan las propias convicciones religiosas.

Como puede verse, la objeción de conciencia en algunos supuestos extremos ha pasado a ser parte necesaria, un contenido esencial, del derecho constitucional a la libertad religiosa. Motivos análogos a los que llevan a reconocer el derecho a no realizar aquellas acciones ordenadas legalmente que contradicen abiertamente las propias convicciones de carácter religioso o moral, pueden fundar el derecho de las instituciones inspiradas en valores religiosos y de sus integrantes a no ser obligados a realizar actividades claramente contrarias a su ideario.

Así, la conclusión X del XV Coloquio del Consorcio Latinoamericano de libertad religiosa, celebrado en México, D.F., 21 al 23 de mayo de

(13) La solución adoptada en estos dos fallos fue finalmente adoptada por la Resolución 1818/84 del Ministerio de Educación.

(14) Cfr. "Portillo", Fallos 312:496 (1989).

(15) Cfr. "Bahamondez", Fallos 316:479 (1993).

(16) Cfr. "Tanus c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", E.D. 191-429 (2001).

(17) Cfr. "Albarracín Nieves", CS, 1-VI-12.

2015 señala: “La tutela jurídica de la dimensión colectiva del derecho de Libertad Religiosa es debida, por ser el ejercicio “en comunidad con otros” una dimensión esencial –la propia y más frecuente– de la Libertad Religiosa. Reconocido el derecho de las colectividades religiosas y de las entidades e instituciones definidas en torno a unas creencias de conducirse de conformidad con su ideario, la procedencia de la admisión de la objeción planteada por personas jurídicas al cumplimiento de obligaciones contrarias a su doctrina no se discute, existiendo en cambio una gradación en la dificultad probatoria, a la hora de demostrar que el ideario institucional de esta especie dentro del género de ‘empresas de tendencia’ le impide cumplir con la obligación contenida en la norma de general aplicación” (18).

D) El pluralismo social de nuestras democracias constitucionales y su creciente reconocimiento jurisprudencial

El pluralismo social, cultural y religioso que caracteriza la vida social, política y jurídica de nuestros días, ha hecho que el ordenamiento jurídico reconociera esa diversidad de situaciones y tendiera a modalizar las disposiciones normativas generales y los contenidos de los diversos derechos a esas distintas realidades que deben ser reguladas. Los fenómenos religioso, artístico, deportivo, laboral, etc. requieren de adaptaciones y desarrollos específicos, al igual que las diversas culturas, grupos sociales y comunidades que pueden habitar en un mismo territorio. El derecho general, sin renunciar a sus contenidos y cometidos esenciales, se abre y diversifica para lograr en la mayor medida posible que las personas y grupos sociales se encuentren “a gusto” y puedan desarrollar sin indebidas interferencias estatales sus proyectos comunes. Los recientes casos *Hossanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission ET AL* (19) y *Hobby Lobby* de la Corte Su-

(18) Para ampliar los fundamentos de esta postura, puede consultarse Navarro Floria, J. G., *La llamada “objeción de conciencia institucional”*, *Vida y Ética*, Año 8, N° 1, 2007, pág. 122. Ver también Toller, F., “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, en *Revista Vida y Ética*, Buenos Aires, Año 8, n. 2, diciembre de 2007, pp. 186-187.

(19) 565 U.S.2012; 132 S. Ct. 694; 181 L. Ed. 2d 650.

prema norteamericana y el caso *Sindicatul "Păstorul cel Bun v. Romania (20)*, de la Corte Europea de Derechos Humanos, parecieran ser expresión de esas tendencias.

En los casos *Hosanna-Tabor* y *Sindicatul "Păstorul cel Bun*, se discutían conflictos entre comunidades religiosas y sus ministros. Ambos casos presentaban situaciones jurídicamente muy discutibles y opinables, que fueron resueltas por los tribunales dando primacía y privilegiando el principio de autonomía de las entidades religiosas, particularmente en lo referente a las relaciones entre ellas y sus ministros.

Ambos tribunales reconocieron que las leyes laborales generales y los derechos humanos relativos a los trabajadores no podían ser aplicados sin más a las relaciones entre los ministros y sus comunidades religiosas. El fenómeno religioso reclama una cierta modalización y adaptación de los principios generales a la específica realidad del fenómeno religioso en su dimensión social.

En el caso resuelto por la Corte norteamericana, ella señaló que, más allá de la arbitrariedad o no de la decisión adoptada en torno al despido, no era procedente la aplicación al caso de las leyes laborales sobre despido arbitrio y/o discriminatorio vigente en el país en las relaciones entre la comunidad religiosa y sus ministros. Existe en esta materia una "excepción ministerial" que impide esa aplicación directa e inmediata y el tribunal privilegia la no intromisión de las autoridades públicas en los conflictos que se suscitan entre las iglesias y sus ministros. El dique de separación entre autoridades civiles y religiosas impide que las primeras se entrometan en las cuestiones propias de las últimas. Es muy interesante la mención que, p. ej., no podría considerarse discriminatorio y contrario al derecho a la igualdad que la ordenación sacerdotal esté reservada en la Iglesia Católica sólo a los varones. Este respeto a la esfera propia del fenómeno religioso viene, a criterio del máximo tribunal norteamericano, exigida constitucionalmente.

En el fallo dictado por la Gran Sala de la Corte EDH, se considera que los sacerdotes de la Iglesia Ortodoxa rumana no gozan, en virtud del

(20) Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos, 9-VII-13.

particular vínculo que los une a ella, del derecho de asociación sindical con el mismo alcance que los trabajadores comunes. Las peculiaridades del fenómeno religioso y la autonomía propia de las organizaciones religiosas requieren de una modalización del ejercicio ese derecho para adaptarlo a la realidad concreta y situada en la cual opera. El derecho de asociación gremial, e incluso el propio principio de legalidad en la regulación de los derechos humanos, se reelaboran de cara a su aplicación a la solución de este caso concreto relativo al fenómeno eclesial.

En la resolución de ambos fallos subyace una concepción pluralista de la sociedad democrática, con un reconocimiento de las distintas realidades que la conforman, muy especialmente de los grupos religiosos que en ella habitan. El respeto a esta dimensión social, propia de la libertad religiosa, se hace cargo de la compleja realidad social y cultural de nuestros días, crea espacios de libertad y propicia una convivencia armónica y pacífica entre las autoridades civiles y religiosas en bien de la persona humana y de la sociedad en su conjunto.

Por su parte, en el caso “Hobby Lobby”, resuelto el 30 de junio de 2014 la Corte Suprema de los Estados Unidos dispuso, por 5 a 4 votos, que en razón de la libertad religiosa protegida por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (Religious Freedom Restoration Act, RFRA), es inválido el mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud (HHS) que obliga a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto, a financiar cuatro métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo (21). El voto de la mayoría en el caso “Hobby Lobby” fue redactado el juez Samuel Alito, y fue suscripto por el presidente de la Corte, John Roberts, y los jueces Antonin Scalia, Clarence Thomas y Anthony M. Kennedy (según su voto), mientras que Ruth Bader Ginsburg redactó un voto en disidencia, acompañado por la jueza Sonia Sotomayor y, parcialmente, por los jueces Stephen Breyer y Elena Kagan, que también conformaron la minoría. La mayoría de la Corte adopta como punto de partida la ley de libertad religiosa (RFRA)

(21) Puede verse un buen comentario a este fallo en: Didier, María Marta; Romero, José Ignacio y Parini, Nicolás Francisco, *Objeción de conciencia: un fallo trascendente de la Corte Suprema de Estados Unidos*, La Ley, 2014-F, 206.

y se pregunta si esta ley permite al Departamento de Salud demandar el cumplimiento de prestaciones de salud reproductiva que violentan las convicciones religiosas de los dueños de las compañías Hobby Lobby, Mardel y Conestoga. Para la Corte, las regulaciones que imponen esa obligación violan la RFRA, que prohíbe al gobierno federal tomar cualquier medida que signifique una restricción sustantiva para el ejercicio de la religión, salvo que esa medida sea el medio menos restrictivo de cumplir con el interés sustancial estatal en juego. Según la Corte, el mandato del Departamento de Salud “opprime gravemente el ejercicio de la religión”. “Si los propietarios se adhieren al mandato de HHS, facilitarán el aborto, y si no se adhieren, pagarán una multa muy alta, hasta 1,3 millones de dólares por día, cerca de 475 millones de dólares al año, en el caso de una de estas empresas”. “Es obvio que estas consecuencias son equivalentes a una fuerte opresión” (22). Esta decisión resuelve los planteos iniciados por personas jurídicas con fines de lucro. Mientras tanto, se aguarda una decisión sobre otras organizaciones no lucrativas, como Sacerdotes por la Vida o la congregación de Little Sisters que todavía están litigando para su exclusión del mandato contraceptivo. Una de las fundadoras de Hobby

(22) Esta postura ya había sido anticipada por algunos autores: cfr. WARDLE, Lynn D., “Protecting the Rights of Conscience of Health Care Providers”, *Journal of Legal Medicine* 14 (1993) 177-230; BOOZANG, Kathleen M., “Deciding the Fate of Religious Hospitals in the Emerging Health Care Market”, *Houston Law Review* 31 (1995) 1429-1516; FRANK, Michael J., “Safeguarding the Consciences of Hospitals and Health Care Personnel: How the Graduate Medical Education Guidelines Demonstrate a Continued Need for Protective Jurisprudence and Legislation”, *Saint Louis University Law Journal* 41 (1996) 311-351; KELLHOFER, Jason M., “The Misperception and Misapplication of the First Amendment in the American Pluralistic System: Mergers Between Catholic and Non-Catholic Healthcare Systems”, *Journal of Law and Health* 16 (2001-2002) 103-143; GREENAWALT, Kent, “Objections in Conscience to Medical Procedures: Does Religion Make a Difference?”, *University of Illinois Law Review* (2006) 799-825 (señalando que la objeción de conciencia también puede apoyarse en estos casos en elementos no religiosos); y O'CALLAGHAN, Nora, “Lessons from Pharaho and the Hebrew Midwives: Conscientious Objection to State Mandates as a Free Exercise Right”, *Creighton Law Review* 39 (2006) 561-639. Cfr. TOLLER, Fernando, “El Derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”.

Lobby, Barbara Green, afirmó: “Nuestra familia ha acogido con gran alegría la decisión de la Corte Suprema. Hoy la Corte más importante de los Estados Unidos reafirmó la importancia vital de la libertad religiosa como un principio fundamental del país. Es una victoria no sólo para nuestra empresa, sino para todos aquellos que quieren vivir su fe. Estamos muy agradecidos con Dios y con los que nos han apoyado en este largo y difícil camino” (23).

Cabe también mencionar que en mayo de 2005 el Estado de Massachusetts introdujo en su legislación una cláusula de conciencia para que ningún científico fuera obligado a efectuar investigaciones que supongan la creación o utilización de embriones pre-implantados en relación a la investigación con células madres. También puede señalarse que una corte de apelación del estado de California tuteló el derecho de dos médicos que se negaban por motivos de conciencia a realizar una inseminación artificial de una mujer lesbiana.

En nuestro país, recientemente un tribunal cordobés tuteló la oposición la oposición del servicio médico del Sanatorio Allende de esa provincia a realizar una inducción de parto de un niño anancefálico y señaló: “La objeción de conciencia institucional, planteada por un centro asistencial privado en el que se atiende una mujer gestante de un feto inviable que pretende que se le practique un parto inducido, es de recibo, pues existe la posibilidad cierta de que otro establecimiento, público o privado, lleve a cabo la práctica requerida”.

Estos fallos recientes, tanto nacionales como internacionales, que hemos reseñado muestran una tendencia creciente a reconocer la autonomía e identidad de grupos sociales y las proyecciones jurídicas que de ellas se derivan, entre los que se encuentra el derecho a actuar en todos los conforme a los principios que inspiran su ideario.

(23) Cfr. *Boletín del Centro de Bioética* de la Universidad Católica Argentina, del 4-VII-2014.

E) Conclusiones

Luego del análisis que hemos realizado, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Existen en la realidad social numerosas instituciones con un ideario inspirado en valores y principios religiosos;

b) Se han dictado en varios países disposiciones legales que imponen algunas prácticas que contradicen abiertamente los valores y principios de base religiosa o ética contenidos en esos idearios;

c) El derecho, como lo viene realizando en las últimas décadas, ha de reconocer y brindar un régimen jurídico con algunas particularidades propias en relación con esta clase de instituciones que tienen un ideario de inspiración religiosa, encuadrándola como “organizaciones de tendencia”;

d) El derecho al ideario institucional puede en algunos supuestos modalizar el ejercicio de alguno de los derechos constitucionales de quienes integran, trabajan y se relacionan con estas entidades, para armonizar esos derechos con el respeto debido al derecho de esas instituciones y de sus integrantes de actuar conforme a sus valores fundantes;

e) Cabe reconocer a estas instituciones un derecho a no realizar aquellas prácticas médicas, educativas o sociales claramente contrarias a su ideario.

f) Estos criterios encuentran su fundamento en los derechos humanos de la asociarse con fines útiles, de la libertad de enseñanza y en la libertad religiosa, reconocidos constitucional y convencionalmente.



La expansión de las objeciones de conciencia *

Rafael Navarro-Valls **

1. En el universo físico existe una pluralidad de fenómenos astronómicos, desde agujeros negros a estrellas supernovas; desde estrellas fugaces hasta basura cósmica.

Algo similar ocurre con el universo jurídico. Existen entidades jurídicas sólidamente asentadas (propiedad, contrato, familia), otras absorbidas por agujeros negros hasta desaparecer (comodato, *traditio longa manu* etc.). Algunas otras crean nuevas estrellas fijas.

Eso está ocurriendo con las objeciones de conciencia. De un núcleo inicial (la objeción de conciencia al servicio militar) se han ido expandiendo todo tipo de objeciones: fiscal, a tratamientos médicos, al aborto, farmacéutica, a formar parte de un jurado, en materia de bioética y bioderecho, a celebrar determinados matrimonios, a formar parte de mesas electorales y un largo etcétera. Incluso en el campo confesional ha tenido sus manifestaciones (1).

* Ponencia presentada al X Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, Sección Primera.

** Catedrático emérito de la Universidad Complutense y Académico/Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

(1) Un análisis amplio de las diversas objeciones de conciencia puede verse en R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Madrid 2012.

Pondré algunos ejemplos. En agosto de 1999 la Corte Penal Internacional desestimó una propuesta de Canadá que proponía perseguir judicialmente al sacerdote que se niegue a revelar el secreto de confesión en una causa penal. Poco antes, Conan W. Hale, convicto por robo en una penitenciaría de Oregón, solicitó los servicios de un sacerdote católico. Su confesión fue grabada a través de medios sofisticados, pretendiéndose posteriormente utilizarla como medio de prueba contra el recluso en un juicio por homicidio. La Santa Sede protestó ante el gobierno americano. La prueba no fue aceptada por los Tribunales (2). Otro último ejemplo conexo con la Iglesia anglicana. Primero autorizó el sacerdocio femenino y luego el episcopado. Ante la inquietud de un sector de la Confesión, el Sínodo General autorizó una modalidad de objeción de conciencia nueva: derecho reconocido a los obispos que tuvieran “escrúpulos de conciencia de que en su territorio no hubiera ordenación de mujeres” y otras medidas en las que ahora no puedo detenerme (3). En fin, la Corte Constitucional colombiana ha sentado recientemente la doctrina de que el personal de enfermería en el país puede hacer uso del derecho a la objeción de conciencia frente a los procedimientos que consideren que atentan contra su dignidad y los derechos de las personas (4).

2. Esta especie de explosión *–big bang* jurídico la he denominado en alguna ocasión (5)– ha producido que sus manifestaciones se extiendan a cuestiones colaterales al tema de la propia objeción. Por ejemplo, recuerdo la objeción de conciencia planteada por médicos y farmacéuticos en Texas negándose a intervenir en el proceso de pena de muerte, es decir, negándose a poner al recluso la inyección letal o a proporcionar las drogas

(2) Cfr. R. Navarro-Valls, *Del poder y de la gloria*, Madrid 2004, pp. 159-162 y 174-178.

(3) Cfr. *Ordination of Women (Financials Provisions)*, Episcopal Ministry Act of Synod y *Code of Practice*, todas de 1993.

(4) Cfr. www.elcolombiano.com/colombia/enfermeros-si-puede-objetar-conciencia, visitado 1 de junio de 2016.

(5) Cfr. R. Navarro Valls/J. Martínez Torrón, *Conflictos...*, cit., p. 29.

necesarias para hacerlo. Sus palabras fueron: “somos médicos, no verdugos” (6). En el plano judicial, también conviene recordar la planteada por los jueces de Turín (Italia) ante el Tribunal Constitucional, porque la Ley les obligaba a intervenir, supliendo el consentimiento paterno ó materno, cuando una menor quería abortar. Ellos manifestaron su deseo de abstenerse en este punto (7).

En el plano político, es la misma “incomodidad” de conciencia que llevó a Balduino en Bélgica a negarse a firmar la ley de aborto aprobada por el parlamento. Acaso –dijo Balduino– “¿es el Rey el único ciudadano belga que no tiene derecho a la objeción?” (8).

Igualmente, el 18 febrero 2008, el Gran Duque de Luxemburgo se negó, por razones de conciencia, a sancionar la ley de eutanasia aprobada por el parlamento (9). Tabaré Vázquez, médico oncólogo, vetó la ley de aborto de Uruguay (10).

Más recientemente, en Vaduz (Principado de Liechtenstein) el 15 de agosto de 2011, el príncipe heredero Alois von Liechtenstein, de 43 años y católico, anunció públicamente su oposición a la despenalización del

(6) Sandburn, Josh, “The Hidden Hand Squeezing Texas’ Supply of Execution Drugs”, *Time* (7 agosto 2013).

(7) Cfr. V. Turchi, *I nuovi volti di Antigone. Le obiezione di coscienza nell’esperienza giuridica contemporanea*, pp. 111ss; A. Bettetini, *Libertad de conciencia y objeción al aborto en el ordenamiento italiano*, “*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 23 (2010), pp. 15 ss. Sobre el problema en España: S. Sieria, *La objeción de conciencia sanitaria*, “*En objeción de conciencia y función pública*”, Madrid 2006, pp. 92 ss.

(8) Como es sabido, el 5 de abril de 1990, el rey Balduino remitía una carta al Parlamento en la que se negaba a sancionar la ley de aborto aprobada el día anterior. Cfr. J. M. Sánchez García, *Monarquía parlamentaria y objeción de conciencia*, “*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 9 (1993), pp. 289 ss.

(9) www.libertaddigital.com/.../el-gran-duque-de-luxemburgo-se-niega-a-firmar-la-despenalizacion-de-la-eutanasia1276345_191/..., 3.12.2008., visitado 20 marzo 2010.

(10) Texto del veto en: E. Kriskovich de Vargas, *Librería Editrice Vaticana*, 2015, pp. 383-ss.

aborto, independientemente del resultado del referéndum anunciado sobre el tema (11).

3. La razón de esta eclosión es que la objeción de conciencia manifiesta hacia fuera un drama interior: el objetor se encuentra ante una obligación jurídica que le impone un hacer o un no hacer, y una ley en su conciencia que le mueve a decir “No” a ese mandato. Esto provoca en su interior una perplejidad que le coloca ante una alternativa: o desobedecer a la Ley o traicionar su propia conciencia.

La solución a este drama ha transitado por vías diversas. Unas veces el Estado, consciente de la existencia de esta tensión, ha ido estableciendo en algunas leyes cláusulas de conciencia, exonerando del cumplimiento de determinadas obligaciones. Otras, ha sido la judicatura la que ha reconocido la objeción. En algunas ocasiones, cuando el objetor se ha visto desasistido, se ha producido una desobediencia civil a la ley, esto es, una insumisión.

Las actuaciones de esas personas –me refiero a las actuaciones en conciencia– merecieron primero el respeto de los ciudadanos y, luego, el del poder. Conviene tener en cuenta que las motivaciones que mueven a un verdadero objetor son muy distintas de quien se mueve por un interés bastardo (por ejemplo, la corrupción) para defraudar la ley. Quien dice no a una ley por un deber de su conciencia actúa con una motivación ética que merece respeto. De ahí que muchas cláusulas de conciencia establecidas en algunas leyes son fruto de la mala conciencia del poder, es decir, de un cierto “remordimiento legal” por obligar a un ciudadano ir contra su conciencia.

4. Estamos asistiendo a un panorama muy interesante desde el punto de vista jurídico que conviene afrontar con serenidad. La elaboración jurídica de un derecho humano es un proceso largo y, a veces, doloroso. Pasó con las libertades de expresión y religiosa, con el de no discriminación por cuestiones raciales y, ahora, está ocurriendo con el de objeción de conciencia.

(11) Véase información en www.zenit.org/article-40433=spanish, visitado 5 septiembre 2010.

Su expansión está dividiendo a los tribunales y poder legislativo. Precisamente, porque frente a él caben dos posiciones: entenderlo como una especie de “delirio religioso”, una recusable excepción a la norma legal, que conviene restringir, o, al contrario, conceptuarlo como una derivación evidente del derecho fundamental de libertad de conciencia, un verdadero derecho humano. En esta segunda perspectiva –en mi opinión, la correcta– el derecho de objeción de conciencia debe perder su trasfondo de “ilegalidad más o menos consentida”.

Solamente desde una concepción desenfocada del Estado puede mirarse la objeción de conciencia con sospecha, precisamente porque ocupa un lugar central, no marginal, en el ordenamiento jurídico, por la misma razón y de la misma manera que es central la persona humana. El Tribunal Supremo estadounidense lo ha expresado muy bien: “Si hay alguna estrella fija en nuestra constelación constitucional, es que ninguna autoridad, del rango que sea, puede prescribir lo que es ortodoxo en política, religión u otras materias opinables, ni puede forzar o prohibir a los ciudadanos confesar, de palabra o de obra, sus convicciones de conciencia” (12).

5. Desde luego, siguen existiendo reticencias, pero estas han sufrido un varapalo jurídico severo por la Resolución 1763 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En ella se establece una clara prohibición de coaccionar o discriminar a personas o instituciones que rehúsen –por cualquier razón– participar o colaborar en un aborto voluntario, eutanasia o cualquier acto que cause la muerte de un feto o embrión humano. Al tiempo, invita a los Estados miembros a que desarrollen una normativa que tutele en su plenitud la objeción de conciencia al aborto, garantizando al personal sanitario el derecho a abstenerse en cualquier tipo de prácticas abortivas o eutanásicas (13).

(12) Cfr. sentencia *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Cfr. tex en castellano: M. Beltrán y Julio V. García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América*, Madrid 2005, en especial, p. 260.

(13) Resolución 1763(2010) A.P.C.E, 7 de octubre de 1910, cfr. R.Navarro-Valls y J. Martínez Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley...*, cit., pp. 142-143.

6. El episcopado estadounidense ha decidido apoyar dos propuestas de ley en la Cámara de Representantes que buscan tutelar la conciencia de los profesionales del sector sanitario y evitar que fondos procedentes de los impuestos se usen para financiar abortos. El primer proyecto de ley (Protect Life Act), evitaría que los fondos públicos subvencionasen abortos, defendiendo la libertad de los profesionales del sistema sanitario y asegurando que la ley no prevaleciese sobre leyes estatales del aborto y la objeción de conciencia. El segundo proyecto (Abortion Non-Discrimination Act) codificaría la política de la enmienda Hyde/Weldon y daría a las estructuras sanitarias que no efectúen abortos, un recurso legal frente a la discriminación gubernamental (14).

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 30 de junio de 2014 (15) declara que la libertad religiosa ampara el derecho de una empresa a no ser obligada a contratar seguros que cubran anticonceptivos a sus empleadas.

También recientemente se han producido en el ámbito estadounidense nuevas manifestaciones de tutela de la objeción de conciencia al aborto. El 4 de noviembre de 2011, un juez federal emitió una orden temporal en la que prohíbe a un hospital de New Jersey que obligue a 12 enfermeras a asistir en abortos, en contra de sus convicciones personales. La orden de la Corte se emitió ante la demanda presentada por las enfermeras contra el centro de salud, que amenazó con despedirlas si no participaban en los abortos que allí se practican (16).

El Tribunal Supremo de Estados Unidos determinó el 16 de mayo, de forma unánime, que el gobierno no puede multar a las Hermanitas de

(14) Cfr. <https://www.aciprensa.com/noticias/aborto-en-estados-unidos-presidente-del-episcopado-pide-proteger-organizaciones-pro-vida-49966/>, visitado el 3 de febrero 2016.

(15) Caso *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al. v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf.

(16) Cfr. ACI/EWTN Noticias, www.aciprensa.com, visitado 10 febrero 2012.

los Pobres (The Little Sisters of the Poor) por negarse a suministrar cobertura sanitaria a sus empleados en materia de contracepción, esterilizaciones y píldoras abortivas. La Corte ordenó además a tribunales menores que ayuden al gobierno a elegir un método alternativo para proveer servicios que no requieran la participación de las religiosas. Con esta decisión se anulan siete sentencias de tribunales de apelación que respaldaban la obligatoriedad de incluir el aborto y demás métodos de contracepción en los seguros médicos de los empleados, incluso para las universidades, los hospitales, los asilos y las fundaciones religiosas. La base argumental de los demandantes giraba sobre la Ley de Restablecimiento de la Libertad Religiosa, de 1993, que reconoce la objeción de conciencia (17).

7. Ante este panorama conflictual caben dos posturas radicales: la de los que descalifican el ‘totalitarismo de la norma’ o, al contrario, los que repudian la ‘dictadura de las conciencias’. El resultado de esta disyuntiva simplista es el de provocar drásticas vueltas de tuerca que santifiquen medidas legales intemperantes de un poder excesivamente suspicaz, o bien, al contrario, que dejen galopar sin bridas el errático corcel de la conciencia. Cabe, naturalmente, una tercera vía que me atrevo a defender: recurrir, como siempre se ha hecho en épocas de crisis, a la *prudentia iuris*, tanto en el momento constitutivo de la norma como en el momento judicial.

Sin embargo, para un sector de la doctrina jurídica, la aceptación judicial y generosa de la objeción de conciencia ocultaría la amenaza de un “Apocalipsis jurídico”. Lo cual, permítaseme observarlo, es posición poco razonable y, en el fondo, sin confianza en la capacidad del derecho para adaptarse a los desafíos sociales. Un sistema jurídico desarrollado sabe ser tan elástico que se adapta sabiamente a las necesidades jurídicas sin grandes terremotos sociales y admitir generosamente las objeciones de conciencia. Los juristas sabemos bien que en nuestro quehacer hemos de ser firmes como una roca, pero flexibles como un junco.

(17) Cfr. New York Daily News, Sunday, March 27, 2016.

8. He dicho generosa, pero no ilimitada. Como todo derecho humano tiene sus límites. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (18) ha señalado que para que una objeción de conciencia pueda estimarse digna de ser tomada en consideración, la convicción o creencia que la motiva debe proceder “de un sistema de pensamiento suficientemente estructurado coherente y sincero”. Por su parte, una sentencia de la Cámara de los Lores en el caso Williamson exige, para que una creencia (religiosa o no) pueda ser tomada en cuenta, que sea “coherente con unos estándares elementales de dignidad humana”, referirse a “problemas fundamentales y no a “cuestiones triviales”, y revestir un “cierto grado de seriedad e importancia” (19).

Pongamos dos ejemplos: uno antiguo, otro muy reciente. En el primero, el Tribunal Supremo americano en el caso Reynolds (1879) rechazó la pretensión de la Iglesia Mormona, basada en razones de conciencia, de que las leyes penales sobre la poligamia no se aplicaran a los fieles cuya religión se lo permitiera. La práctica de la poligamia, entendió el Tribunal, “contradice el orden público occidental que exige que el matrimonio sea monógamo” (20). El Tribunal Europeo de Derechos humanos (21) ratificó las sucesivas multas y conductas impuestas al demandante por andar desnudo en cualquier circunstancia y hora. Este alegó que obraba con “la profunda creencia de la belleza del cuerpo humano y el carácter inofensivo de ir siempre desnudo por la calle”. Prescindiendo del indudable mérito de la acción en un clima difícil (Reino Unido), el Tribunal rechaza el amparo de la acción que el demandante basa en el Art. 9 Convenio Derechos Humanos (libertad de pensamiento, creencias y religión), así como en el 10 (libertad de expresión). Para el

(18) Sentencia de 25 de febrero de 1982, caso Campbell y Cosans c. Reino Unido,. Texto en D. Sarmiento, L. J. Mieres y M. A. Presno, Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, 2007, pp. 395 ss.

(19) R (Williamson) v Secretary of State for Education (2005) UKHL 15, (2005) 2 WLR 590, pág. 23-24.

(20) Reynolds vs United State, 1878, Ludlow, Daniel H., The Encyclopedia of Mormonism. New York, Macmillan. pp. 1229-1230.

(21) Gough vs. United Kingdom 28.X.2014., www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2014_10_178_ENG.pdf

TEDH la opción del demandante atenta contra los derechos de los terceros, que no tienen que soportar ese “espectáculo”, ni querido ni buscado. Lo cual es razonable.

La existencia de estas excepciones explica que, junto a una generalizada exaltación social de los comportamientos de objeción de conciencia y la consiguiente reivindicación en el plano jurídico, se alcen también voces alertando acerca del peligro del ‘totalitarismo de la conciencia’. Una cierta denuncia de la ambivalencia del instituto, que tanto podría ser factor de construcción de una más libre convivencia social como elemento de disgregación y degradación de las instituciones de la vida colectiva. Incluso se ha llegado a hablar de la objeción de conciencia como instituto ‘irracional’, que conduciría a que el mal de la democracia no fuera hoy tanto la *prepotencia del poder* como su *impotencia* (22).

No obstante, como contrapeso a estas posiciones conviene recordar que, al renunciar a imponer la mayoría su voluntad a las minorías disidentes, “una sociedad democrática da prueba no de debilidad sino de fuerza” (23). Sin olvidar que el recurso a la objeción de conciencia confirma la vitalidad de la democracia, al reforzar de alguna forma el consenso en cuya virtud la objeción existe, y garantizar uno de los elementos políticos que fundamentan el sistema democrático: el respeto de las minorías.

9. La objeción de conciencia es un valor fundamental, central, no marginal. En este sentido parece razonable que el ejercicio de la objeción no quede limitado solamente a las concretas modalidades reguladas por la ley. Existen, además, otros supuestos que el juez tutelará ponderando los intereses en juego. Resolver, en justicia, los conflictos de objeción de conciencia supone, en última instancia, un proceso de equilibrio de intereses –lo que la jurisprudencia americana llama *balancing process*– que determine cuando debe prevalecer la opción asumida en conciencia y

(22) Cfr. G. Gemma, Brevi note critiche contro l’obiezione di coscienza, en “L’obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico”, Milano 1991, pp. 320 y 333.

(23) A. Passerin D’Entreves, A chi obbedire, (obbedienza e resistenza in una società democratica), Milano 1970, p. 228.

cuando han de primar otros intereses sociales que resulten afectados en esa concreta situación. De ahí que la objeción de conciencia no pueda confiarse por entero a una regulación legislativa, ya que, a ese nivel, son escasas las respuestas definitivas que puedan darse. Lo cual exige, claro está, una judicatura verdaderamente sensible y consciente de sus posibilidades de acción.

10. En la comunidad democrática, la fuente de la ley es la llamada 'conciencia común de la sociedad', manifestada fundamentalmente en la voluntad general que, a su vez, se apoya en esa ambigua expresión política que es la 'opinión pública'. Cuando, a través del mecanismo parlamentario, ésta cristaliza en leyes, el positivismo legalista las refuerza inmediatamente con la cobertura de este doble postulado: "la ley es todo el derecho" y "la ley es toda derecho" (24).

Sin embargo, contra estos axiomas soplan hoy vientos de fronda impulsados por una concepción de justicia en la que el *ius* no se agota en la ley, ni toda ley es, de suyo, necesariamente justa. Es decir, una visión del derecho no totalmente conforme con que sea la 'conciencia común' la que desempeñe para el Estado, y en todo caso, esa función ética que, en la teoría clásica de la justicia, correspondía a la conciencia singular del individuo. Por eso se observa con frecuencia una contestación a determinadas leyes no tanto por lesión de convicciones religiosas cuanto por ofensa a la conciencia *tout court*, o, si se quiere, a creencias que desempeñan en la vida de la persona un papel de importancia semejante al que ocupa Dios en la vida de quienes practican una religión tradicional (25).

11. Un adecuado planteamiento jurídico de las objeciones de conciencia lleva a entender, como punto de partida imprescindible, que el objetor de conciencia no es primordialmente un infractor de la norma. Es, repitámoslo de nuevo, sobre todo, una persona que ejerce un derecho

(24) La expresión es de Lombardi Vallauri, citada por F. D'Agostino, *Accoglienza alla vita in una epoca di secolarizzazione*, en "Diritto e secolarizzazione", Milano 1982, p. 44.

(25) Cfr G. Lo Castro, *Legge e coscienza*, "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", 1989/2, p. 53.

fundamental, la libertad de conciencia, que como tal forma parte del ordenamiento jurídico. Por decirlo en palabras del Acuerdo y sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay (8 abril 2006), atentamente estudiada por Kriskovich: “El objetor de conciencia se opone interior y subjetivamente a una disposición legal haciendo uso de su libertad. No es una desobediencia irracional, sino una actuación basada en principios fundamentales coherentes...” (26).

La perspectiva de análisis cambia así radicalmente. No se trata tanto de casos de violación del ordenamiento jurídico por razones legítimas pero privadas, cuanto más bien de situaciones de colisión o enfrentamiento entre intereses jurídicos diversos, que habrán de ponderarse en cada supuesto. Los conflictos entre ley y conciencia reclaman un análisis particularmente atento, por varias razones de peso. Entre ellas, el hecho de que se halla en juego una libertad pública esencial, y también la especial sensibilidad que las sociedades contemporáneas suelen ofrecer hacia el respeto del orden jurídico, por un lado, y la diversidad de creencias y el respeto a las minorías, por otro.

Presenta cierto interés un acontecimiento que tuvo como protagonista a la Ciudad del Vaticano. Me refiero al encuentro entre el primer líder político del mundo y la primera autoridad moral de la tierra: el encuentro entre Barack Obama y Benedicto XVI (27) (el encuentro duró 40 minutos). El tiempo útil (no contando traducciones, saludos protocolarios etc.) se calcula que fue 20 minutos. Ocho minutos (casi la mitad de la reunión) se dedicaron a los choques entre conciencia y ley. Sorprende que a la hora de destacar un tema que preocupe a los dos núcleos más intensos de poder de la Humanidad sea precisamente el de las objeciones de conciencia. Sin olvidar, que el papa Francisco, al hablar recientemente de las ventajas del Estado laico ha exaltado, paralelamente, la necesidad de conferir el máximo juego a la objeción de conciencia, en estos términos: “El Parlamento es el que debe discutir, argumentar, explicar, dar razones. Es así como crece una sociedad. Sin embargo, una vez que la ley ha sido

(26) E.A. Kriskovich de Vargas, La objeción de conciencia como derecho humano fundamental: en materia de Bioética y Bioderecho, cit., pp. 251-253.

(27) Cfr. R.Navarro-Valls, Entre dos orillas. De Barack Obama al Papa Francisco, Madrid 2014, pp. 53 y ss.

aprobada, el Estado también debe respetar las conciencias. El derecho a la objeción de conciencia debe ser reconocido dentro de cada estructura jurídica, porque es un derecho humano. También para un funcionario público” (28).



(28) Cfr. <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-papa-defiende-estado-laico-solido-ley-libertad-religiosa-garantia-objecion-conciencia-20160517141420.html>.

La objeción de conciencia al aborto en los hospitales públicos de la Ciudad de México (CDMX)*

Dora María Sierra Madero **

Sumario: Introducción 1. Algunos antecedentes sobre la despenalización del aborto en México. 2. La práctica del aborto en los hospitales públicos de la CDMX 3. La Objeción de Conciencia al aborto 4. Médicos Objetores de Conciencia al aborto en los hospitales públicos 5. La regulación de la objeción de conciencia al aborto en la CDMX. 6. La práctica de abortos a mujeres provenientes de otras entidades del país. Corolario.

Introducción

Hace apenas doce años que en México se reconoció por primera vez en una ley, el derecho a la objeción de conciencia. Los supuestos que motivaron su regulación fueron la objeción de conciencia de los trabajadores de salud en el Estado de Jalisco, en relación a diversas prácticas y procedimientos sanitarios, y la objeción de conciencia de los médicos en el caso del aborto en el Distrito Federal (DF), actual Ciudad de México (CDMX).

A partir de una importante reforma constitucional aprobada en 2011, los derechos humanos –tanto de fuente interna como de fuente in-

* Ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica. Paraguay, septiembre 2016.

** Académica de Número, sitial 9, de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

ternacional– gozan de supremacía constitucional en nuestro país, disponiendo que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (Art. 1º, párr. 2).

Asimismo, la Constitución obliga a toda autoridad pública de cualquier nivel de gobierno, a ajustar sus actos a los estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos disponiendo que “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad” (Art. 1º, párr. 3).

Por ello, consideramos que no es indispensable el reconocimiento legal del derecho de objeción de conciencia para poder ejercerlo, por tratarse de una concreción de los derechos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, reconocidos en la Constitución (Art. 24) así como en diversos tratados internacionales.

Sin embargo, por tratarse de una figura novedosa en nuestro país, nos parece un paso importante su inclusión en leyes secundarias, pues así refuerza su legitimidad y evita la discrecionalidad de la autoridad para reconocerla o no, en los distintos ámbitos donde se presenten conflictos entre ley y conciencia.

En el presente trabajo nos referiremos al caso singular de la objeción de conciencia al aborto en la CDMX, una metrópoli con más de 20 MM de habitantes.

Al aprobarse la reforma penal por la que despenalizó del aborto *sin causa* dentro de las doce primeras semanas en el año de 2007, el gobierno de la CDMX comenzó a practicar el aborto gratuito en los hospitales públicos, a través del Programa ILE (Interrupción Legal del Embarazo), garantizando al mismo tiempo, el derecho de objeción de conciencia de aquellos médicos que adujeran motivos de conciencia.

Es importante señalar que en la CDMX coexisten, tanto hospitales públicos dependientes del gobierno federal como hospitales dependientes del gobierno local, siendo mucho mayor la infraestructura hospitalaria del gobierno federal, en comparación con la del gobierno local.

Pero el aborto gratuito se practica únicamente en los hospitales dependientes del gobierno local de la CDMX, ya que, hasta el momento, es la única entidad del país que ha despenalizado el aborto *sin causa* dentro de las doce primeras semanas.

A casi diez años de experiencia en la práctica del aborto en hospitales públicos y el correlativo reconocimiento de la objeción de conciencia de los médicos, nos parece interesante conocer el número de médicos que solicitaron objeción de conciencia en los primeros años de haberse implementado el Programa ILE, así como el porcentaje que representan dichos objetores, en relación al número total de médicos gineco-obstetras de los 18 hospitales del gobierno local, en los que inicialmente se practicó el aborto gratuito.

Los datos fueron obtenidos a través de solicitudes de información a la Secretaría de Salud del entonces D.F., con base en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Asimismo, analizaremos la regulación de la objeción de conciencia al aborto en la Ley de Salud de la CDMX, para revisar si cumple con los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos, proponiendo –en caso dado– las modificaciones pertinentes.

1. Algunos antecedentes sobre la despenalización del aborto en México

En México el aborto provocado es un delito que se encuentra tipificado tanto en el Código Penal Federal, como en los Códigos locales de cada uno de las 32 entidades federativas que forman la República Mexicana, incluyendo la hoy CDMX.

Cada estado contempla distintos supuestos en los que el aborto no es punible; en general todos los códigos penales locales contemplan como *excluyentes de responsabilidad* el caso de violación, y el peligro para la vida de la madre, o aborto terapéutico.

En el año de 2002, por reforma al Código Penal del entonces D.F., se ampliaron los supuestos no punibles a los casos de: malformaciones congénitas y peligro para la salud de la madre.

La minoría legislativa que votó en contra de ésta reforma, impugnó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la inconstitucionalidad de la reforma, alegando la violación del derecho a la vida del *nasciturus*. La SCJN desestimó la impugnación, justificando las nuevas excluyentes de responsabilidad, en atención a las circunstancias extremas en las que se encuentra la mujer en los supuestos despenalizados.

Posteriormente, en 2007 la Asamblea Legislativa del DF por nueva reforma al Código Penal local aprobó la despenalización del aborto *sin causa*, dentro de las primeras doce semanas de gestación. En ésta ocasión, el Procurador General de la República, así como el *Ombudsman* nacional, a petición de un gran número de ciudadanos, impugnaron la inconstitucionalidad de dicha reforma por violación del derecho a la vida del *nasciturus*.

La Suprema Corte –en medio de una gran polémica– terminó avallando dicha reforma con el argumento de que la Constitución Mexicana no contiene una cláusula *expresa* que proteja la vida *desde el momento de la concepción*.

2. La práctica del aborto en los hospitales públicos de la CDMX

Es así como a partir de la reforma de 2007, se comenzó a practicar el aborto libre y gratuito dentro de las doce primeras semanas, en casi 20 hospitales públicos de la Red Hospitalaria de la Ciudad de México.

Por medio del Programa ILE, de abril de 2007 a marzo de 2013 se practicaron **99,466** abortos gratuitos en los hospitales públicos del entonces D.F., aumentando considerablemente el número de abortos cada año. Esta cifra incluye los abortos de mujeres procedentes de otras localidades del país, a quienes se cobra una cuota de recuperación, de acuerdo a su situación socio-económica.

De igual modo, con base en la reforma de 2007 que despenalizó el aborto en las doce primeras semanas en la CDMX, varias clínicas privadas

también comenzaron a ofrecer la práctica del aborto, si bien algunas de ellas ya existían, pero en la clandestinidad.

3. La Objeción de Conciencia al aborto

En el año de 2004 por reforma a la Ley de Salud del D.F., entonces vigente, se reconoció el derecho de objeción de conciencia al personal de salud que, alegara motivos religiosos o de conciencia, para no participar en la práctica de abortos.

Cinco años después, en 2009 la Asamblea legislativa local, expidió una nueva Ley de Salud para el D.F., en la que reconoció el derecho de objeción de conciencia, en los siguientes términos:

“El médico a quien corresponda practicar la Interrupción Legal del Embarazo y cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tal procedimiento, podrá ser objetor de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en la interrupción del embarazo, teniendo la obligación de referir a la mujer con un médico no objetor. Cuando sea urgente la interrupción legal del embarazo para salvaguardar la salud o la vida de la mujer, no podrá invocarse la objeción de conciencia. Es obligación de las instituciones públicas de salud del Gobierno garantizar la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal de salud no objetor de conciencia en la materia” (Art. 59 Ley de Salud para el Distrito Federal).

4. Médicos la Objetores de Conciencia al aborto en los hospitales públicos

En 2009, a dos años de haberse implementado el Programa ILE, el número de médicos objetores de conciencia era de 250, de un total de 282 médicos repartidos en 18 hospitales públicos de la Red Hospitalaria del D.F. lo que representaba el 88% del total de médicos a quienes correspondía intervenir en la práctica abortos.

Un año después en marzo de 2010, el número de médicos objetores era de 267 de un total de 316 médicos, es decir, el 84% del total de médicos.

Nos parece que éstos datos dan cuenta de la acogida que tuvo la Objeción de Conciencia entre el personal médico de la red hospitalaria de

la CDMX, al comenzar a practicarse el aborto a petición, dentro de las doce primeras semanas de gestación.

Independientemente de que en algunos casos el recurso a la objeción de conciencia haya sido por motivos distintos, como la saturación de los hospitales públicos, la carencia de recursos o infraestructura, o cualquier otra razón, nos parece que es relevante el elevado número de médicos objetores de conciencia al aborto en la CDMX, al implementarse el programa ILE.

Por otro lado, nos llamó la atención que en 2012 dejó de practicarse el aborto en 6 hospitales de los 18 en los que inicialmente se practicaba. Los informes del gobierno, no dan ninguna explicación al respecto, limitándose a señalar que esos seis hospitales “no entraron al Programa ILE”.

¿Cuál es la razón por la que en esos seis hospitales se haya dejado de practicar el aborto, considerando que la demanda de aborto había aumentado cada año? Pensamos que quizá se trataba de aquellos hospitales con mayor número de médicos objetores. Concretamente, en el “Hospital General Balbuena” se reportan 23 médicos objetores de un total de 23 médicos, lo cual refleja que, en ese hospital, no llegó a practicarse el aborto.

Este dato nos parece relevante para el tema que nos ocupa, pues refleja el efecto directo de la objeción de conciencia médica sobre las políticas públicas de aborto en los hospitales de la CDMX, sin que –hasta donde sabemos– se hayan presentado quejas por carecer de médicos disponibles para practicar el aborto.

Por otra parte, los lineamientos del Programa ILE establecen que debe preferirse la práctica de abortos por medio de medicamentos, a los abortos quirúrgicos. Al parecer, hasta la novena semana de gestación todavía se puede inducir el aborto con fármacos. Esto implica menos requerimientos en cuanto a personal de salud, equipo médico, quirófanos, etc.

5. La regulación de la objeción de conciencia al aborto en la CDMX.

Por lo que se refiere a la regulación de la objeción de conciencia al aborto, como hemos visto, solo se reconoce a los médicos (Art. 59, 1ª parte)

excluyendo al resto del personal de salud, como estaba contemplado en la normativa anterior de 2004.

Entendemos que en términos generales el personal de salud que no médico, está subordinado a las directrices del médico responsable de la toma de decisiones en la prestación de los servicios de salud; sin embargo, consideramos que esto no es un motivo justificado para que en relación al aborto, se excluya al resto del personal de salud del ejercicio de éste derecho, ya que con ello se violan en perjuicio del personal de salud que interviene en el procedimiento de aborto, dos derechos humanos fundamentales: la libertad de conciencia y el principio de igualdad y no discriminación por motivos de conciencia, ambos reconocidos en la Constitución (Arts. 1º y 24), así como en los tratados internacionales.

Consideramos que las instituciones de salud deben organizar la prestación de los servicios de salud de tal manera que ninguno de los trabajadores de la salud se vea obligados a intervenir en una práctica contraria a sus convicciones religiosas o de conciencia. Ello no se opone el respeto al principio de autoridad y orden que debe haber al interior de las instituciones de salud, porque la objeción de conciencia es un mecanismo pacífico y respetuoso de la autoridad.

De igual modo, la restricción de la objeción de conciencia en casos de urgencia médica, así como la obligación del médico a referir a la usuaria con un médico no objetor, es violatoria del derecho de libertad de conciencia del médico (Art. 59, 2ª parte), pues resulta una restricción injustificada a la libertad de conciencia, ya que la institución debe organizar los servicios de tal manera que los objetores de conciencia no se vean presionados a colaborar de algún modo en una práctica que contraviene sus creencias o convicciones, sin que por ello sean discriminados o perjudicados en sus derechos laborales.

Consideramos que, por los motivos señalados, debe reformarse el Artículo 59 en comento para armonizarlo con los estándares de derechos humanos y de esta forma prevenir y evitar conflictos o situaciones irregulares en las instituciones de salud gubernamentales.

6. La práctica de abortos a mujeres provenientes de otras entidades del país

En la información proporcionada por la autoridad competente se refiere que la práctica del aborto también se ofrece a mujeres que vienen de otros estados de la República.

Consideramos que se trata una irregularidad que debe subsanarse a la mayor brevedad, ya que impacta en el presupuesto de salud destinado para los habitantes de la CDMX, quienes terminan subsidiando el gasto de salud de otras entidades federativas. Esto es aún más grave si pensamos en la saturación de la infraestructura hospitalaria de una metrópoli como la CDMX. Aun cuando las usuarias cubran una cuota de recuperación acorde con su situación socio-económica, el gobierno sigue subsidiando gran parte de los abortos de mujeres provenientes de otros estados.

Corolario

Sabemos que no faltan voces que señalan la improcedencia de la objeción de conciencia al aborto, por afectar el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, pero lo cierto es que en México la objeción de conciencia al aborto ha permitido conciliar pacíficamente ambas pretensiones: la libertad de conciencia del médico y el derecho de la mujer a decidir sobre su embarazo.

Nos parece que lo anterior es una muestra de la eficacia del recurso de objeción de conciencia como un mecanismo pacífico de solución de conflictos, y protección de derechos humanos en aparente contradicción, evitando presionar a los médicos y al personal de salud, a realizar un procedimiento contrario a sus convicciones y formación, sin que por ello se altera el orden y el principio de autoridad al interior de las instituciones hospitalarias.



Excepción de conciencia. Filosofía Social - Problemática actual *

Luís Fernando Sosa Centurión **

El Poder Judicial, como institución del derecho, al impulso del Positivismo Jurídico, ha ido estrechando el vínculo con el mundo de los valores. El conflicto de conciencia existe en la búsqueda de “la verdad”. Y, cuando afecta a la verdad constituida con falsos testimonios, chantajes, sobornos, manipulaciones y todo tipo de violencias puestas al servicio de “*intereses inconfesables*”, resulta difícil relacionar al valor verdad en la conciencia ética de los hombres y el proceso de justicia por la verdad (verdad procesal), como base de la justicia, y agrega Javier Giraldo Moreno S. J. (1), al referirse a la experiencia culposa de la falta de justicia:

“Pero cuando es dable develar los mecanismos de construcción de esa “verdad” procesal y se ve multiplicarse de manera tan descomunal los casos que en dicha “verdad” se construye con falsos testimonios, producto de la mercantilización del testimonio; con chantajes, sobornos, manipulaciones y todo tipo de violencias supuestas al servicio de *intereses inconfesables*, ya no hay posibilidad de relacionar, ni siquiera tenuemente,

* IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica – Paraguay.

** Miembro de Número y Tesorero de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Coordinador General de los programas de postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Profesor Titular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la U.N.A.

(1) Javier Giraldo Moreno S. J. “Testigo de Excepción”. Edit. CINEP. Bogotá – Colombia – 2009.

la “verdad” procesal con el valor VERDAD ínsito en la conciencia ética de la humanidad. Por el contrario, se ha ido creando un abismo cada vez más infranqueable entre la “verdad” procesal y de la verdad real. Lo mismo cabe decir de una “justicia” que funda sus decisiones en la tal “verdad” procesal y que en sus mecanismos ya no resiste el menor examen de imparcialidad, independencia y rectitud”.

La nueva terminología para exculpar actos repudiables y supuestamente cometidos en la sociedad actual por pretensión, es justificar la culpa, en:

- La informática como carga académica, y justificación de incapacidad (teoría subjetiva de culpabilidad).
- Prevaricato administrativo sin reglas adecuadas (licitaciones públicas).
- El error de riesgo (ambiental) financiero.
- Impuestometro: que revela informe de lo recaudado por el Estado, y exigencia de incremento tributario para el costo social.
- Criminalización en la política por delación premiada (prueba). Fraude por lavado de activo en asistencia de autoridad.

Las palabras; integridad, transparencia, seguridad, criterios, y en otras declaraciones socio-políticas, conducen a imprecisión y variedad de opiniones, que trascienden al derecho.

En el campo de la Economía en cuanto al ciudadano, como pretensión de reclamos de necesidades y *modificar* instituciones, hoy se lo denomina “rebelde y hasta terrorista”, se pretende despolitizar el sentido conceptual hacia la criminalización. El estado de seguridad social, se dirige en zonas inciertas, donde lo público y lo privado se confunden.

En el libro “**Estado de excepción**” Georgio Agamben –Edit. Adriana Hidalgo– 2005 Bs. As., Argentina, dice: “Vivimos en el contexto de lo que se ha denominado una “guerra civil legal”. El totalitarismo moderno se define como una guerra civil legal, a través del “Estado de excepción”, y esto ocurre tanto para el antiguo régimen NAZI como para la situación en

que se vive en los EE.UU., donde George W. Bush emitió el 13 de noviembre del 2001 una "MILITARY ORDER" que autoriza la detención indefinida de los no-ciudadanos estadounidenses sospechados de actividades terroristas.

Ya no se trata de prisioneros ni de acusados, sino de sujetos de una detención indefinida –tanto en el tiempo como en la modalidad de su detención– que deben ser procesados por comisiones militares, distintas de los tribunales de guerra.

Aquí **Giorgio Agamben** (2) articula el problema del **Estado de Excepción** con la noción foucaultiana de biopolítica. Tal como había señalado ya en *Homo sacer I*, la excepción es en realidad la estructura originaria que funda –da origen y fundamento– a la biopolítica moderna: esto es, a la política que incluye a la vida natural (la *zoé*, en la terminología de Foucault que Agamben retoma) dentro de los cálculos del Poder Estatal. Al incluir al viviente, en tanto "*vida desnuda*" (3), dentro del Derecho mediante su exclusión (en la medida en que alguien es ciudadano), ya no es más mero viviente; pues al mismo tiempo, para ser ciudadano pone su vida natural, su *nuda vida*, a disposición del Poder Político, y la política se vuelve bio-política. El **Estado de Excepción**, cuando crea las condiciones jurídicas para que el poder disponga de los ciudadanos, en tanto "*vidas desnudas*", es un dispositivo bio-político de primer orden.

La intuición que organiza este volumen, dice Agamben, es que "una Teoría del **Estado de Excepción** es la clave para iluminar la relación que liga, y al mismo tiempo abandona, al viviente en manos del Derecho". Solo así, en la medida en que se aclare qué es lo que está en juego en la diferencia –o supuesta diferencia– entre lo **Político y lo Jurídico**, entre el

(2) Giorgio Agamben, Doctor de la Universidad de Roma-Italia, discípulo de Martín Heidegger. Condiscípulo de Walter Benjamín. Profesor de Filosofía del Derecho, en la Universidad de Verona-Italia.

(3) Vida desnuda es la traducción literal del italiano *nuda vita*, que ya es parte de la terminología técnica de Giorgio Agamben. La fórmula *nuda vida*, menos usual en castellano, se ha vuelto canónica. Estado de excepción. *Homo sacer II*, I, Bs. As. Argentina. Edit. Hidalgo. 2004.

hecho y el derecho, será posible responder una pregunta crucial en la historia política de Occidente: “¿Qué significa actuar políticamente?”, en el Derecho como Institución independiente.

El conflicto de conciencia: cuando se es consciente de que los mecanismos institucionales que asumen las etiquetas de “verdad” y de “justicia”, a través de numerosas experiencias dolorosas que de ninguna manera podrían tener el carácter de excepcionales, se definirían más honestamente por los conceptos de “falsedad” y de “injusticia”, entonces la colaboración con el aparato institucional que las sustenta entra en colisión con la conciencia ética.

En varias décadas se afianzan formalismos judiciales y disciplinarios que **no sirven a su objetivo natural y legal**, de sancionar a los culpables, de proteger a la víctimas y de corregir conductas que destruyen las vidas, la dignidad y los derechos de las personas y colectividades, *sino que por el contrario se ponen al servicio de la repetición continua y sistemática de las mismas conductas criminales, se está, sin lugar a dudas, ante una práctica del engaño y la falsedad, agravada por sus consecuencias, como son el exterminio y la degradación de vidas humanas.* Colaborar, entonces, con esos formalismos engañosos y falsos, riñe desde sus orígenes, con la ética universal y la moral cristiana.

Véase: E. A. Kriskovich, comentario Ac. y Sent. C.S.J. PY (6-IV-2006). “La objeción de conciencia como derecho humano fundamental en materia de Bioética y Bioderecho (cita pp. 251 y sgts.).

Aporte del Cristianismo al Derecho. La verdad en la excepción de conciencia.

En la tradición espiritual del cristianismo se ha considerado siempre la “Verdad” como uno de los valores centrales de su identidad. El “*Catecismo Católico*”, en su versión más reciente de 1992, establece al respecto de lo contrario:

“La mentira consiste en decir falsedad con intención de engañar” (...). “La mentira es la ofensa más directa contra la verdad. Mentir es hablar u obrar contra la verdad para inducir a error al que tiene el derecho de conocerla. Lesionando la relación del hombre con la verdad y con el

prójimo, la mentira ofende el vínculo fundamental del hombre y de su palabra con el Señor”.

“La verdad de la mentira se mide según la naturaleza de la verdad que deforma, según las circunstancias, las intenciones del que comete, y los daños padecidos por los que resultan perjudicados. Si la mentira en si solo constituye un pecado venial, sin embargo, llega a ser mortal cuando lesiona gravemente las virtudes de la justicia y la caridad”.

“La mentira es condenable por su misma naturaleza. Es una profanación de la palabra cuyo objeto es comunicar a otros la verdad conocida. La intención deliberada de inducir al prójimo a error mediante palabras contrarias a la verdad constituye una falta contra la justicia y la caridad. La culpabilidad es mayor cuando la intención de engañar corre el riesgo de tener consecuencias funestas para los que son desviados de la verdad”.

“La mentira, por ser una violación de la virtud de la veracidad, es una verdadera violencia hecha a los demás. Atenta contra ellos en su capacidad de conocer, que es condición de todo juicio y de toda decisión. Contiene en germen la división de los espíritus y todos los males que esta suscita.

La mentira es funesta para toda sociedad: socava la confianza entre los hombres y rompe el tejido de las relaciones sociales” (Nº 2482 a 2486).

“Una afirmación contraria a la verdad posee una gravedad particular cuando se hace públicamente. Ante un tribunal viene a ser un falso testimonio. Cuando es pronunciada bajo juramento se trata de perjuicio. Estas maneras de obrar contribuyen a condenar a un inocente, a disculpar a un culpable o a aumentar la sanción en que ha incurrido al acusado; comprometen gravemente el ejercicio de la justicia y la equidad de la sentencia pronunciada por los jueces”.

Colaborar, pues con la falsedad y la mentira como protocolo social, riñe con la conciencia moral y es ahí que la “excepción” no debe anular lo que es normal al “ser de la conciencia”, y así el mismo catecismo cristiano lo explicita:

“La conciencia moral es un juicio de la razón por el que la persona humana reconoce la cualidad moral de un acto concreto que piensa hacer,

está haciendo o ha hecho. En todo lo que dice y hace, el hombre está obligado a seguir fielmente lo que sabe que es justo y recto. Mediante el dictamen de su conciencia el hombre percibe y reconoce las prescripciones de la ley divina”.

“La conciencia es una ley de nuestro espíritu, pero que va más allá de él, nos da órdenes, significa responsabilidad y deber, temor y esperanza... La conciencia es la mensajera del que, tanto en el mundo de la naturaleza como en la gracia, a través de un velo nos habla, nos instruye y nos gobierna” (Nº 1778).

“La dignidad de la persona humana implica y exige la rectitud de la conciencia moral. La conciencia moral comprende la percepción de los principios de la moralidad (“sindéresis”), su aplicación a las circunstancias concretas mediante un discernimiento práctico de las razones y de los bienes, y en definitiva el juicio formado sobre los actos concretos que se van a realizar o se han realizado. La verdad sobre el bien moral, declarada en la ley de la razón, es reconocida práctica y concretamente por el dictamen prudente de la conciencia. Se llama prudente al hombre que elije conforme a este dictamen o juicio” (Nº 1780).

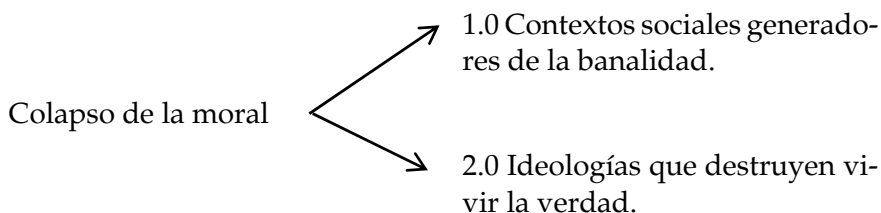
“El hombre tiene el derecho de actuar en conciencia y en libertad a fin de tomar personalmente las decisiones morales. “No debe ser obligado a actuar contra su conciencia, ni le debe impedir que actué según su conciencia, sobre todo en materia religiosa” (Concilio Vaticano II, documento *Dignitatis humanae*) (Nº 1782).

El cristianismo en su catecismo da por sentado que los aparatos judiciales y, en general, las autoridades de los Estados pueden desviarse de sus fines naturales y pervertirse abdicando por ello mismo su legitimidad:

“La autoridad solo se ejerce legítimamente si busca el bien común del grupo en cuestión y si, para alcanzarlo, emplea medios moralmente lícitos. Si los dirigentes proclamasen leyes injustas o se tomaran medidas contrarias al orden moral, estas disposiciones no pueden obligar en conciencia. “En semejante situación, la propia autoridad se desmorona por completo y se origina una iniquidad espantosa” (Encíclica *Pacem in Terris* del Papa Juan XXIII, Nº 51) (Nº 1903).

Los mitos que se van imponiendo y arraigando en la institucionalidad rutinarias de las sociedades y en lo que Erich Fromm denominó “*la patología de la normalidad*”, van creando supuestos falsos que tranquilizan con mucha facilidad la conciencia ética ciudadana y permiten muchas veces que los mecanismos institucionales sirvan precisamente para todo lo contrario de aquello para lo cual fueron establecidos. Lamentablemente el común de la gente vive de los mitos sociales y poco se preocupa por someter a examen la coherencia entre los medios y los fines; entre los mecanismos institucionales y los valores éticos y sociales a los que se proclama servir, incluso cuando experiencias recurrentes revelan contradicciones palpables y profundas entre los mecanismos y los valores.

Esto suele ocurrir muy frecuentemente con los valores éticos de VERDAD y JUSTICIA, tan necesarios y fundamentales para la vida sana y humana de toda sociedad. Pero muchas veces se supone que esos valores se viabilizan automáticamente a través de mecanismos legales institucionales que se han vuelto “normales” y rutinarios y que la conciencia de cada individuo en la sociedad puede tranquilamente desentenderse de si los fines de verdad y justicia en realidad se logran o se aproximan mediante dichos mecanismos, contentándose con acatar los mecanismos legales, establecidos para ello, sin volverse a preguntar a qué verdad, y a qué justicia se está contribuyendo, y confundiendo el acatamiento del mecanismo legal, con su contribución a la realización de valores.



FILOSOFÍA Y POLÍTICA

Derechos Humanos

Con la redacción de la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” y culminación de la Revolución Francesa se inicia una etapa llamada **“DERECHOS DE LA PRIMERA GENERACIÓN”** en la que vemos un decaimiento del absolutismo político y monárquico. Como repuestas a una etapa de crisis de los derechos humanos, por distintas situaciones, entre ellas el comunismo en Rusia (1917) la Revolución Industrial en Inglaterra, la Revolución Mejicana (1917), comienza una etapa llamada **“DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN”** que son específicamente derechos sociales y económicos, que contienen las esperanzas de los hombres de mejorar sus condiciones de vida dentro de la sociedad, en lo económico y en lo cultural, a medida en que otras valoraciones novedosas entran a los conjuntos culturales de las diferentes sociedades, y el repertorio de los derechos civiles y políticos reciben una reclamación ampliatoria.

La **“Excepción de Conciencia”**, en el pensamiento de Humberto Eco, comprende la enunciación genérica de los Derechos Humanos y el orden jurídico constituido en un Estado.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, se establecieron documentos destinados a su protección por la importancia y necesidad de respeto, posteriormente los derechos humanos se ubicaron en el Derecho Internacional.

Se citan ejemplos:

– LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

– LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO, de 1959.

– LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS POLITICOS DE LA MUJER, de 1959.

– LA CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION DE LA MUJER, de 1969.

– LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANAS O DEGRADANTES, de 1984.

– LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, de 1989, entre otros.

Con la **universalidad de los derechos humanos**, en la actualidad hay muchas maneras para señalar los derechos inherentes al hombre, esto ocurre por diversos factores (políticos, distintas posturas de cultura), o causas (idioma, doctrina de autores).

Entre las diversas denominaciones tenemos;

1. Derechos del hombre: Se utiliza la palabra “hombre” para asignar a aquellos derechos que son inherentes a la persona, en razón de su naturaleza humana.

2. Derechos individuales: CRÍTICA, comprende al hombre como un individuo y se lo estaría apartando de la sociedad y del Estado, y marcando aun ser solitario y fuera de la sociedad.

3. Derechos de la Persona Humana: CRITICA, Si soy persona ENTONCES soy humano, POR LO TANTO, se estaría redundando.

4. Derechos Públicos subjetivos. La palabra “Público”, nos estaría ubicando al hombre frente al Estado, y dentro del ámbito del derecho público. Aparece hacia fines del siglo XVIII, con el constitucionalismo.

5. Derechos Fundamentales. Cuando aparecen en el derecho positivo, y de rango Constitucional.

6. Derechos Naturales. Son derechos provenientes de la naturaleza humana, con lo que de alguna manera hay que compartir la idea de que el hombre tiene naturaleza.

7. Derechos Innatos. Son los derechos que se encuentran insertos en nosotros, como humanos.

8. Derechos Constitucionales. Derechos insertados en la Constitución de un país.

9. Derechos Positividad. Son los derechos que aparecen dentro de un orden normativo, y poseen vigencia nomológica.

10. Libertades Públicas. Es de origen francés y está relacionada con los derechos individuales, derechos subjetivos públicos, los derechos civiles etc. Lo podemos ubicar dentro de los "Derechos Positivizados". La crítica es que estas libertades se introducen en los derechos de segunda generación, que son derechos sociales y económicos.

(Constitución Nacional del Paraguay, 1992. Arts. 4°, 5°, 6° y Título II de los Derechos, Deberes y de la Garantías).

Estado de Excepción

Su planteamiento original fue en Alemania (Ausnahmezustand). Según Karl Schmitt, es "la situación extrema del Estado, en la cual el soberano ejerce su facultad de determinar al enemigo público, trascendiendo, si es necesario, el estado de sitio con el fin de proteger el bien público" (Karl Schmitt: Jurista Alemán ...).

Giorgio Agamben contesta a Schmitt, en las implicaciones concretas de su idea. Obra: "Estado de Excepción", con mayor extensión de concepto, dice: el núcleo problemático está en relación a la armonía y el Derecho que aparece como estructura constitutiva del Orden Jurídico. Esta doble naturaleza del Derecho, obra como ambigüedad constitutiva del Orden Jurídico; por lo cual este parece estar siempre al mismo tiempo fuera y dentro del mismo; a la vez vida y norma, hecho y derecho. El Estado de excepción es el lugar donde esta ambigüedad emerge a plena luz, y a la vez, el dispositivo que debería mantener unidos los elementos contradictorios del sistema jurídico.

La ruptura entre violencia y Derecho del Orden Jurídico

Antecedentes históricos

Según Saint-Bonnet, (Derecho Constitucional 2001, p. 28), de "hecho el estado de excepción constituye un punto de desequilibrio entre Derecho Público y hecho político".

El "Estado de Sitio", como institución tiene su origen en Francia durante la revolución. Después con el Decreto de la Asamblea Constituyente del 8 de julio de 1791, adquiere su fisonomía propia con la Ley del Directorio del 27 de agosto de 1797 y luego con el Decreto napoleónico del 24

de diciembre de 1811. Desde esa fecha, la legislación sobre el "Estado de Sitio" señala en Francia los momentos de crisis constitucional en el curso de los siglos XIX y XX.

Primera Guerra Mundial: en la mayoría de los Estados beligerantes, coincidió con un "Estado de Excepción" permanente. En Francia, el 2 de agosto de 1914, el Presidente POINCARE, por Decreto ponía el país entero en "Estado de Sitio" y que fue convertida en Ley del Parlamento. En enero de 1924, inclusive abarco plenos poderes en materia financiera. En la Constitución actual, establece que el Presidente de la República tome las medidas necesarias "cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus obligaciones internacionales sean amenazadas en modo grave e inmediato y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales se vea interrumpido".

En **Alemania**, la Constitución de WEIMAR, considero estos aspectos up-supra desde 1919-1933.

El Estado de Excepción, en el cual se encontraba Alemania, en la presidencia de Hindenburg, fue justificado en el plano constitucional a través de la idea de que el presidente actuaba "como custodio de la Constitución" (Schmitt - 1931).

Italia: el abuso de los Decretos de vigencia por los fascistas, determino la necesidad de limitar su alcance (1939) a los "casos extraordinarios y de urgencia" en que el gobierno podría adoptar "disposiciones provisionarias con fuerza de ley, que debían presentarse al Parlamento, y que, si en 60 días no se convertían en ley de su publicación, perdían eficacia.

Inglaterra: en un dispositivo jurídico, aparece con el nombre de MARTIAL LAW, pero no es preciso, y trata de justificar a través del COMMON LAW, los actos llevados a cabo por necesidades, con el objeto de defender el COMMON WEALTH cuando se va a la guerra (Rossiter 1948, p. 142). Pero esto no significa que no pueda existir algo así como un Estado de Excepción. La facultad de la corona de declarar la MARTIAL LAW, estaba limitada en general en los MUTINY ACTS durante los tiempos de guerra, pero aun así implicaba consecuencias incluso graves para

los civiles extraños que fueron encontrados involucrados de hecho en la represión armada.

La definición en Teoría Política desarrolla la paz social en base al ordenamiento jurídico del Constitucionalismo Social (Derechos Sociales y Económicos).

La política social, en su concepción, considera que no corresponde suspender (Giorgio Agamben y otros autores):

- El derecho a la vida
- El derecho a la integridad personal
- Libertad de conciencia y de cultos
- La protección a la familia
- El derecho a la identidad
- Los derechos del niño
- El derecho a la nacionalidad
- Los derechos de ciudadanía
- Prohibición de esclavitud y servidumbre
- El principio de legalidad y de irretroactividad
- El derecho al reconocimiento de la Personalidad Jurídica
- Las garantías judiciales, procesales para la protección de estos derechos.

En la República del Paraguay, el Estado de Excepción trata la Constitución Nacional –20/junio/1992– en su Art. 288 (Estado de excepción – de la declaración, de las causales, de la vigencia y los plazos).

Giorgio Agamben, expresa que en la actualidad se designan como Estado de Conmoción Interior, Estado de Emergencia, Estado de Alarma, Estado de Derecho, Estado de Sitio.

Constitución Paraguaya (20-VI-1992)

Objeción de Conciencia: (Art. 129 C.N. del Py). Al servicio militar obligatorio. Ley 4013/2010.

Estado de excepción (Art. 288 C.N. del Py). Estado de Sitio, y es conceptualizado como: Procedimiento o instituto que posibilita a un gobierno democrático, con los debidos controles, restrinja derechos en forma transitoria y siempre bajo el control jurisdiccional. Así se designan:

Estado de conmoción interior (Colombia), (Argentina).

Estado de Defensa, conmoción interior, estado de emergencia (Chile).

Vigencia de Relaciones Internacionales (C.N. Py). Arts. 141 al 144.

Arts.: 145 (C.N. Py) del Orden Jurídico Supranacional (Derecho Penal Internacional).

Con la universalidad de los Derechos Humanos la esperanza del hombre contemporáneo depende de nuestros actos como seres habitantes del planeta para hacer que los “Derechos Humanos sean una realidad”, y se torna la esencia de la **Excepción de Conciencia**.

El hombre corrompido por los vicios, requiere correcciones de la conducta, por lo que los reclamos sociales exigen enmendar errores, en muchos casos, en que las personas puedan mostrar no un simple enunciado de derecho sino el amor misericordioso y para que ella no sea una mera filantropía.

En este ideal, el Gobierno de la República del Paraguay a enunciado su política migratoria que fuera aprobada en su implementación por Decreto N° 4483 del 27 de noviembre del 2015.



La Objeción de Conciencia al Servicio Militar Obligatorio en Bolivia *

Luis Félix Alípez Echazú **

Comunicación s/ Excepción de Conciencia al Servicio Militar Obligatorio: en resguardo de las libertades y derechos de todos los bolivianos, el régimen democrático actual debe acatar la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio vigente en virtud de la prelación y preferente aplicación de los convenios internacionales respecto de la normativa constitucional.

En su defecto debe aprobar una disposición legal que permita, respete y reglamente la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.

Esquema: I. Situación actual. II. El Servicio Militar Obligatorio en Bolivia. III. Disposiciones Legales. IV. Objeción de Conciencia al Servicio Militar Obligatorio. V. Prestación Social Sustitutoria o Servicio Civil alternativo. VI. Jurisprudencia. VII. Tratamiento de otros Países a la Objeción de Conciencia al Servicio Militar. VIII. Conclusión.

I) SITUACIÓN ACTUAL

La Defensoría del Pueblo y varios estamentos del conglomerado social denunciaron que en los recintos militares se registra muertes y todo tipo de abusos, por lo que plantearon realizar un referéndum sobre la

* IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica del 22/9 al 24/9 2016, Paraguay.

** Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia.

obligatoriedad del servicio militar. El recluta que recibe instrucción militar obligatoria adquiere ciudadanía a cambio de ser humillado y discriminado. El servicio militar obligatorio infunde prejuicios machistas, sexistas, racistas con lo que se daña, perturba y pervierte a los jóvenes. Se inflige abuso psíquico y tortura física. Instructores vejan, violan y –en muchos casos– ocasionan la muerte de los conscriptos. El servicio militar obligatorio es denigrante y no tiene sentido, más aún en un país que se proclama pacifista y promueve la cultura de la paz y el derecho a la paz. La indiscriminada obligatoriedad del servicio militar atenta contra los derechos humanos. La obligatoriedad del servicio militar es contradictoria pues quienes buscan hacer el servicio militar “voluntario” son más que los que las FFAA pueden recibir, pues no tienen suficientes recursos e infraestructura. Es más, hay formas y argumentos para evadir el servicio militar obligatorio, pagando las tarifas definidas por las Fuerzas Armadas. Gran parte de los jóvenes que cumplen este “deber” provienen del campo. Prevalece el mito de que en el “cuartel se hacen hombres”. El Presidente Morales –sin ocultar su talante machista– remarcó que en “el cuartel se puede evadir el compromiso de embarazo con la novia”.

La activista de Mujeres Creando, María Galindo criticó sin ambages el servicio militar obligatorio cuando en un artículo de prensa publicado en el periódico de circulación nacional “Página Siete” el 8 de junio de 2016 escribió: “Los militares administran con brutalidad, sadismo y morbosidad el ímpetu sexual de los conscriptos, al punto que podríamos decir que allí aprenden a violar para no ser violados...”.

Galindo anotó que: “Las Fuerzas Armadas históricamente han hecho del ‘servicio a la patria’ uno de sus negocios más rentables. Allí todo cuesta. ...”. La activista remarca que en los recintos donde se presta el servicio militar obligatorio todo se mercantiliza: “Hay de todo precio a gusto del consumidor. Los uniformes cuestan y las preferencias cuestan también, sacan rédito, además de tener mano de obra gratuita que ha servido para construir casas de generales, cargar y descargar, sembrar o cosechar gratuitamente para los militares que no rinden cuentas por ello. En ese contexto todas las libretas son en realidad falsas, no prueban nada más que la corrupción de las Fuerzas Armadas. No hay un movimiento de objeción de conciencia en Bolivia porque, a fin de cuentas, todos

pueden obtener una Libreta de Servicio". María Galindo concluyó su manifiesto contra el servicio militar obligatorio, señalando: "Hoy la libreta se ha convertido en un arma de chantaje político, ministros y opositores se desafían a mostrar sus libretas, como quien estuviera en un rito de machismo colectivo, desafiándose a medirse el pene unos a otros. Nadie quiere destapar las verdades: Hacer el Servicio Militar es denigrante, comprar la libreta es racista y objetarlo, que es lo más digno, es innecesario".

Evidentemente en Bolivia el servicio militar obligatorio es un fomento al culto de la agresividad, la guerra, el machismo y dominación.

D) EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN BOLIVIA

El Servicio Militar Obligatorio prestan varones de 18 a los 22 años y tiene la duración mínima de un año.

El Artículo 249 de la Constitución Política del Estado instruye el servicio militar obligatorio a todos los bolivianos. Es posible realizar el servicio Pre-Militar, destinado a jóvenes y señoritas de 16 a 18 años en etapa escolar regular durante sus vacaciones escolares y todos los sábados durante clases. El carácter obligatorio del servicio militar recae sobre los bolivianos varones; así la Constitución dice: "Son deberes de los bolivianos y bolivianas: prestar el servicio militar, obligatorio para los varones". En una interpretación abierta, las mujeres prestarían el servicio militar de forma voluntaria.

Según las autoridades militares: "La presencia de hombres capaces de ofrendar sus vidas en pos de la seguridad y el bienestar común enriquecen la historia en hechos que demuestran excesivo valor y una desinteresada entrega del más excelso don otorgado por el Divino Creador, cual es la vida".

El artículo 244 de la Carta Fundamental –aprobada el año 2009 por la mayoría oficialista– incide en que el deber y cometido de las Fuerzas Armadas es defender y conservar la independencia, seguridad y estabilidad del Estado, su honor y la soberanía del país; asegurar el imperio de la Constitución, garantizar la estabilidad del Gobierno legalmente constituido y participar en el desarrollo integral del país. El Presidente Evo Morales ratificó que el servicio militar se debe cumplir conforme a lo que

señala la Constitución Política del Estado, con lo que la administración gubernamental procede a su instrumentación obligatoria pese a los reclamos de organismos de derechos humanos que propician la eliminación del servicio militar obligatorio y pese al clamor de las Asociaciones de Padres de Familia del país ante las imágenes difundidas por televisión, donde muestran a cuatro uniformados que castigan a un conscripto.

El Gobierno ha instrumentado mecanismos para politizar a las Fuerzas Armadas, diseñando –al efecto– el perfil profesional de los futuros oficiales al “servicio de los intereses de las mayorías”. Se impuso –no sin acalorado debate– la arenga difundida por el castrismo del “¡Patria o muerte, venceremos!”, que será aumentada al actual lema de “subordinación y constancia, viva Bolivia hacia el mar”. En estos días se inauguró la escuela militar anti-imperialista para “incorporar las Fuerzas Armadas al proceso de cambio y servir al pueblo en su lucha contra el imperialismo”. En ese sesgo inferimos que algunos estamentos de poder se oponen a quitar la obligatoriedad del servicio militar. El presidente Evo Morales no concibe que las FFAA deban tener una presencia minoritaria y específica en la sociedad boliviana.

Tales señales nos inducen a fortalecer nuestra convicción respecto a que el servicio militar no puede ser obligatorio en Bolivia. Y en cumplimiento estricto de la Constitución Política del Estado Plurinacional –que determina la prelación de los tratados, convenios e instrumentos internacionales– se debe acatar la objeción de conciencia al servicio militar, o –por lo menos– aprobar una ley que reglamente la aplicación de la objeción de conciencia al servicio militar, en resguardo de las libertades de todos los bolivianos.

III) DISPOSICIONES LEGALES

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 7 de enero de 2009 regula el servicio militar obligatorio. Además, conforman la normativa concordante las siguientes disposiciones legales: Ley del Servicio Militar Obligatorio de 16/1/1907 y su correspondiente Decr. Regl. de 6/4/1907, Decr. Ley No 7755 de 1º/8/1966, Decr. Ley N° 1775 de 1º/8/1976, Decr. Supremo No. 14567 del 10/6/1977, Decr. Supremo No 21479 del 17/12/1986, Ley N° 1405 de 30/12/1992, Decr. Presidencial N°

21157 de 1996, Decr. Supremo N° 24527 de 17/3/1997, aclarado por la Resolución Ministerial N° 0148, Resolución Suprema 219172 de 21/5/2000, el Decr. Supremo N° 27057 de 31/5/2003, Ley N° 070 de 10/12/2010 y Decr. Supremo 1875 del 22/1/2014.

IV) OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

La objeción de conciencia las entendemos como el desacuerdo, disenso, resistencia, desavenencia, discrepancia al cumplimiento de una disposición legal u orden de la autoridad esgrimiendo un mandato de conciencia o deber moral incompatible. Son muchas las normas que podrían contraponerse a la conciencia de las personas, como revelar datos de confesión, aceptar la vacunación de sus hijos, colaborar con prácticas abortivas, admitir transfusiones de sangre, cumplir el servicio militar obligatorio, pagar impuestos por suponer destino militar o bélico, celebrar matrimonios homosexuales, etc. La prensa ha sido acuciosa en los que se refiere al cumplimiento estricto de la Constitución Política para objetar el servicio militar obligatorio. Mucho más por tratarse de un tema recurrente cuando se detecta abusos, violaciones y casos de muerte en la prestación de este servicio. El publicista Saúl Paniagua Flores apuntó categóricamente en El Deber de 5 de septiembre del presente año que “el servicio militar en Bolivia no es obligatorio desde la promulgación de la Constitución Política del Estado el 7 de enero de 2009”. Esgrime que conforme al artículo 410, inciso II y artículo 256 incisos I y II de la CPE, el Bloque de Constitucionalidad de Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, está definida la primacía, preferencia e interpretación de los tratados, convenios e instrumentos internacionales sobre el artículo 249 de la Constitución Política del Estado que textualmente establece: “Todo boliviano está obligado a prestar servicio militar, de acuerdo con la ley del Servicio Militar de 16 de enero de 1907.” Como antecedente reciente se tiene que el 5 de julio de 2012, durante la XX Sesión del Consejo de Derechos Humanos (DDHH), se aprobó una resolución sobre la objeción de conciencia al servicio militar, recordando todas las anteriores resoluciones y decisiones relevantes, incluyendo la del Consejo de Derechos Humanos 2/102 del 6 de octubre de 2006 y las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos 2004/35 del 19 de

abril de 2004 y 1998/77 del 22 de abril de 1998, en la cual la Comisión **“reconocía el derecho de toda persona a hacer objeción de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”**, artículo 18 de la Declaración Universal de DDHH y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y la observación general N° 22 (1993) del Comité de Derecho Humanos”. Más aun, la Constitución Política del Estado de Bolivia incluye interesantes previsiones en materia de constitucionalidad, derechos civiles, derechos políticos y derechos humanos. Define categóricamente la prelación jerárquica de los tratados internacionales respecto a la misma Carta Magna y suple los vacíos y lagunas de la misma Constitución con los convenios y tratados de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad cuando **“declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”**, aplicándose por tanto estas normas sobre Derechos Humanos **“de manera preferente sobre esta”**. Consecuentemente el servicio militar obligatorio que establece el artículo 249 de la Constitución Política del Estado Plurinacional queda sometido a la decisión de quien quisiera objetarlo, como ejercicio legítimo del derecho a la libertad. La opción que abre el publicista Paniagua es la de recurrir a la Comisión y Corte Interamericana de DDHH para que confirme que el servicio militar no es obligatorio.

V) PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA O SERVICIO CIVIL ALTERNATIVO

Si se reconociera el derecho a la objeción de conciencia como causa de exención al servicio militar, sería absolutamente viable que se apruebe una prestación social sustitutoria. En tal sentido se dijo que las Fuerzas Armadas estudian la conformación de grupos de salvamento y rescate en las tres fuerzas como una opción alternativa al servicio militar obligatorio como deber de naturaleza análoga y contenido similar, permitiendo al joven boliviano quedar exento de realizar el servicio militar. Actualmente, la instrucción castrense se la puede recibir de tres maneras: mediante el reclutamiento ordinario, en el escalafón que corresponda; el premilitar, para los estudiantes que cursan el último año de colegio; y a través del voluntariado durante dos años en el Grupo SAR Bolivia que es una Unidad táctica especializada en labores de Búsqueda, Rescate y

Salvamento. Su organización y sus parámetros de funcionamiento están en base a normas Militares y del Sistema SAR Internacional.

En Alemania, Austria y Suiza quienes alegan objeción de conciencia al servicio militar pueden cooperar con trabajo social en la administración pública, en hospitales, en el campo de la protección ambiental, casas de retiro, servicios médicos de emergencia, agricultura, etc. Desde 1992 existe además la posibilidad de hacer el servicio civil en el extranjero (“Auslandsdienst”) durante 12 meses en un servicio alternativo. Esta posibilidad es factible a través de varias organizaciones no gubernamentales, como la Organización para el Servicio en el Extranjero, etc.

VI) JURISPRUDENCIA

Son relevantes dos casos de jurisprudencia:

- La **Sentencia Constitucional 1662/2003-R de 17/11/2003-Caso Alfredo Díaz Bustos**, quien alegó la violación del derecho a la objeción, respecto al servicio militar obligatorio y solicitó se le reconozca su condición de objetor de conciencia por su convicción religiosa como Testigo de Jehová, además objetó el impuesto militar por lo que se le debió entregar su libreta de servicio militar por ser un documento indispensable para el ejercicio de otros derechos políticos, económicos, sociales y culturales. La Sentencia Constitucional declaró improcedente e inviable la concesión de la tutela solicitada, habida cuenta que no se habría legislado sobre la objeción de conciencia, y –más aun– las convicciones religiosas no eximen en ningún caso el cumplimiento de las leyes del país, sin considerar se recomienda a los Estados que suscriben Tratados y Convenciones sobre DDHH, promulgar leyes y adoptar medidas destinadas a eximir del servicio militar cuando exista una auténtica objeción de conciencia al servicio armado. Asimismo, recomiendan a los Estados que tengan un sistema de servicio militar obligatorio en el que no se haya introducido todavía una disposición de ese tipo, que introduzcan varias formas de servicio alternativo para los objetores de conciencia. La Comisión Interamericana de DDHH, recomendó en 1997 a los Estados Partes del Sistema Interamericano, adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer posible que las personas puedan ejercer la objeción de conciencia como una excepción al servicio militar. Bolivia arribó a un acuerdo de solución amistosa con

el ciudadano Alfredo Díaz Bustos, la solución fue aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005).

- Respecto de la **Sentencia Constitucional 265/2016 S2 de 23/3/2016- Caso José Orías Calvo**, el Tribunal debió pronunciarse concediendo la tutela sobre objeción de conciencia, habida cuenta que Bolivia ha suscrito convenios y tratados que son de aplicación preferente en virtud de lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución que en su Parágrafo I señala que “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. Y el Parágrafo II establece que: “los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.” Es más, en 1986 Bolivia suscribió el 1º de noviembre de 1986 Convenio con el Vaticano para exención del servicio militar obligatorio a clérigos, seminaristas, religiosos y novicios. José Ignacio Orías, universitario de Comunicación Social, es uno de los primeros jóvenes bolivianos en presentar “objeción de conciencia” para no realizar el servicio militar obligatorio por ser pacifista, no creer en la mentalidad guerrerista de las FFAA y rechazar su espíritu verticalista. Su pedido, presentado ante el Tribunal de Justicia de La Paz, fue declarado parcialmente procedente, lo que podría establecer jurisprudencia y sentar un precedente. Orías Calvo interpuso recurso de amparo constitucional contra el Ministro de Defensa, Reymi Ferreira. El recurso se elevó al Tribunal Constitucional, en Sucre, donde fue rechazado. El fallo además detectó un vacío jurídico sobre la objeción de conciencia, por lo que exhortó al Parlamento redactar una ley que establezca los alcances y fines del derecho de esta figura que es reconocida en la Carta Magna.

VII) TRATAMIENTO DE OTROS PAÍSES A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR

El Catedrático Joan Oliver Araujo en su ponencia Las Armas y las Conciencia – Especial Referencia al Caso Español, refiere que los países demoraron en incorporar a sus legislaciones el derecho a la objeción de conciencia. Sin embargo, la gran mayoría de los países que se precian

de democráticos reconocen –al presente– el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Suecia en 1902 fue precursora de la incorporación del derecho a la excepción de conciencia al servicio militar. Sucesivamente desde 1903 hasta 1922 le siguieron en dicho afán Australia, Unión Sudafricana, Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Nueva Zelanda, Noruega y Holanda. El año 1978, España –al igual que Holanda, Alemania, Austria y Portugal– incorporó en su régimen constitucional el derecho a objetar el servicio militar por razones de conciencia. Otros países aprobaron leyes expresas para poner en vigencia este derecho: Suecia, Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca, Luxemburgo, Francia, Bélgica, Italia, Finlandia, Suiza, Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos. En algunos países, quienes no prestan el servicio militar deben realizar el servicio civil sustitutorio o Zivildienst (“servicio civil”) es el servicio comunitario obligatorio y remunerado. La hermana República del Paraguay consagró el derecho a la objeción de conciencia mediante Ley de 25 de julio de 1921, configurándose como pionera en Iberoamérica cuando permitió que objeten el servicio militar los menonitas y miembros de cultos pacifistas a cambio de colonizar el Chaco.

VIII) CONCLUSIÓN. La presente COMUNICACIÓN incide en la urgencia de que el régimen democrático actual acate la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio vigente en virtud de la preferente aplicación de los Tratados e instrumentos internacionales respecto a la normativa constitucional, caso contrario se deberá aprobar disposición expresa que permita y reglamente la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.

– En estricto cumplimiento de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional debió pronunciarse dando curso favorable a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio que planteó Ignacio Orías Calvo (Sentencia Constitucional 0265/2016-S2 de 23/3/2016) puesto que Bolivia suscribió tratados que son de aplicación preferente en virtud del Artículo 256 de la C.P.E. vigente, que en su Parágrafo I señala que “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. Y el Prgrf. II establece que: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de

acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.



La imparcialidad de los jueces y la objeción de conciencia judicial *

Armando S. Andruet (h) **

Sumario: I.- La imparcialidad judicial y el sistema inmunitario ciudadano. II.- La subjetividad de los jueces. III.- Subjetividad e imparcialidad judicial. IV.- Jueces y proyectos personales de vida. V.- La conciencia moral, los prejuicios y la emotividad judicial. VI.- El residuo moral de la objeción de conciencia judicial. VII.- Condiciones de operatividad para la procedencia de la objeción de conciencia judicial.

* El presente ensayo es una reflexión ulterior de otros trabajos que a este respecto hemos formulado. En Andruet, A. (2010) *Incertidumbres entre la ciencia y conciencia de los jueces*. En Cuadernos de la Especialización en Derecho Judicial – Cuestiones de Ética Judicial, Andruet, A. (ed.). Córdoba: EDUCC, pág. 11 y ss. y otro más sintético intitulado: *¿Los jueces pueden ser objetores de conciencia?* En Revista Suplemento La Ley Constitucional (27.IX.10). Buenos Aires: La Ley.

En el presente estudio, existen muy pocos registros que corresponden a dichos trabajos, puesto que se hace un abordaje que no fue centralizado en las anteriores presentaciones como es, el de la imparcialidad judicial. También ahora, hacemos alguna rectificación no menor sobre desarrollos anteriores, particularmente en orden a la comprensión que al concepto de ‘prejuicios’ en la constitución de la dimensión judicial cabe brindar.

** Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba. Director de la Especialización en Derecho Judicial y de la Judicatura de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Magistrado en retiro del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

Contacto: armandoandruet@gmail.com

I. La imparcialidad judicial y el sistema inmunitario ciudadano

La dinámica social actual nos ha enseñado a convivir en una democracia activa, con una vocación por ser auténticamente deliberativa (1), la cual impone exigencias políticas de los ciudadanos para con la República y también realizaciones efectivas para con nuestros congéneres. Nociones tales como: diversidad, tolerancia, razonabilidad, consenso, mayorías y minorías, son los tópicos que integran el abecedario político ciudadano (2).

En este escenario de la vida democrática, los jueces han visto aceleradamente modificados sus ancestrales hábitos. Así advierten, que antes que ser portadores de la toga judicial como natural atuendo judicial, están vestidos con la misma, aunque más frágil epidermis ciudadana como cualquier otro y en función de tales circunstancias, gozan *prima facie* de los mismos derechos que sus conciudadanos, aunque debilitados ellos en algunos supuestos, pero a la vez fortalecidos en sus compromisos ciudadanos, porque tienen los jueces, un plus de responsabilidades (3).

Naturalmente y como bien se puede advertir, dicha convivencia social tiene varios puntos sobre las que ella se asienta: amistad, respeto y obediencia a la norma entre otros. En dicho devenir societario, con las exigencias que supone dicho estar social, como negar que de todos los que

(1) Vide al respecto Elster, J. (2001) La democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 2001; Nino, C. (2003) La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa.

(2) Algunos autores entre los que se cuenta Jean Leca han preferido destacar, que el oficio de un buen ciudadano supone un conjunto de cualidades que dicen acerca de la ciudadanía por sí misma, y que pueden ser resumidas en las siguientes: 1) la creencia en la inteligibilidad del mundo político, 2) la empatía y 3) la civilidad (citado por Braud, P. (1993), El jardín de las delicias democráticas. Bs.As.: F.C.E., pág. 74).

(3) Vide Vigo, R. (2007) Ética y responsabilidad judicial. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pág. 28 y ss.

están impuestos de cumplir con las normas, lo más exigidos a ello son los jueces.

Un juez despedido con la ley es una contradicción. Sin embargo, queremos interrogar si ello seguiría siendo igual; cuando dicha ley genera una 'afectación y/o repulsión profunda' a la conciencia del juez. En tal caso: ¿éste la debe aplicar igualmente? (4). La respuesta que inmediatamente se obtiene, es que los defectos emotivos o incluso morales que los jueces advierten en las leyes, no son materia de discusión por dichos funcionarios, siendo su función la de aplicar la ley acorde al derecho vigente y con las delimitaciones que el derecho adjetivo dispone.

Aunque todavía cabe indagar y siguiendo dicha línea reflexiva, que sucedería si el juez advierte, que teniendo que aplicar dicha ley que le genera 'afectación y/o repulsión profunda', el real perjudicado por ella habrá de ser el ciudadano que la invoca a cuenta de su derecho. Toda vez que advierte el juez, que no estaría siendo debidamente imparcial con el tratamiento de la cuestión y colige con poco riesgo de error, que la realización efectiva que se siga en dicha práctica judicial habrá sido cumplida sin existir la objetividad debida. En tal supuesto, a sabiendas habría brindado un trato *iurisdicente* no ecuaníme y no neutral a alguna de las partes intervinientes en un pleito a su estudio. ¿Debería igualmente aplicar dicha norma?

Estimamos que el punto crítico en el análisis de un supuesto de esta naturaleza, estará en poder sostener argumentativamente –lo que creemos admisible– que bajo determinadas circunstancias puede el juez, apartarse del sometimiento a la norma para que al final de cuentas, se pueda cumplir con el resultado esperando de la presencia de un juez, como es, el de cumplir con un basal requerimiento impuesto desde la práctica del

(4) Recordamos una concepción clásica a dicho respecto. Santo Tomás indica "Toda ley humana tiene razón de ley en tanto en cuanto se deriva de la ley natural. Si en algo se separa de la ley natural no será ley, sino corrupción de ley" (Suma Teológica, I-II, q. 95 a. 2). Dicha consideración había sido sostenida antes con mayor dureza por San Agustín quien había señalado que no hay ley que no sea justa, es decir, cuando una ley es injusta no es ley (Vide De libero arbitrio, 5).

profesar justicia y modernamente desde la ética judicial, como es, asegurar que el juez sea imparcial y también que se muestre como tal (5).

Recordamos al paso, que es precisamente la imparcialidad –junto con la independencia y la ecuanimidad- el núcleo ontológico de toda la epistemología deontológica que de los obreros éticos del juez se ocupa (6). Además, cabe ilustrar, que es una exigencia siempre presente en los principales instrumentos que se ocupan de la ética judicial, y en ellos se indica su cumplimiento como un plus de exigencia; así se dice que el juez debe exteriorizar claramente que es imparcial y que ello pueda ser así comprendido por un ‘observador razonable’ quien cumple satisfactoriamente el rol de apreciar el estándar deseado (7).

Por otra parte, bien se podría indicar que la ética judicial, solo en cuanto corresponde a la imparcialidad, destaca que ella tiene que ser públicamente demostrada que así existe en el juez. Posiblemente ello se corresponda con la misma esencia conceptual de la imparcialidad y las ex-

(5) Vide Andruet, A. (2008) Códigos de ética judicial. Discusión, realización y perspectiva. Bs.As.: La Ley.

(6) Existe una gran cantidad de producciones sobre el tema y de prestigiosos autores, sin embargo, hay producciones de muy buena calidad, aunque de autores de no gran conocimiento todavía al menos, así: As.Vs. (2010) Principios de ética judicial iberoamericana: Imparcialidad judicial. En Colección Iberoamericana de Ética Judicial, México: CIES-SCJN.

(7) El Código Iberoamericano de Ética Judicial en su artículo 11 indica “El juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así”. En lo particular del punto en Atienza, M. (2008) Reflexiones sobre ética judicial. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. De todas maneras, no se puede decir con ello, realmente se encuentre todo resuelto, puesto que tiende haber una identificación de la apreciación del hombre razonable con el juicio del ‘hombre corriente’; sin embargo, la discusión es que muchas veces, el ‘hombre corriente’ no siempre se comporta como una persona libre de inestabilidades emocionales y por ello, con falta de razonabilidad.

tremas dificultades que se producen al momento de querer realizar su debido control (8); puesto que no se encuentran fácilmente los modos adecuados de colocar los obstáculos correspondientes para que no sean los propios condicionamientos mentales profundos del juzgado los que gobiernan tácticamente dicha situación procesal.

Siendo entonces la afectación a la imparcialidad tan endógena al propio juez, puesto que son sus personales valores y/o prejuicios (9) los que están definiendo dicho tránsito; no parece haber nadie mejor que él para conocerlos a los mismos –al menos aquellos más severos– y por ello, para denunciar a la debilidad que lo imponen cuando son irrefrenables.

(8) Dicho control se dificulta tanto cuando quien lo pretende realizar es alguna de las partes involucradas o es auto impuesta dicha gestión por el juez, frente a la aparición de leyes que generan en su espíritu ‘apelación y/o repulsión’, toda vez, que aunque deseoso de no ser parcial por tales circunstancias.

(9) Reconocemos que calificar a dichos condicionamientos mentales profundos, con el rótulo de ‘valores y/o prejuicios’ puede que no sea lo más ajustado técnicamente pero no es ésta una contribución a la psicología, sino a la práctica judicial con una mirada ética de ella y por lo tanto, hablar de ‘valores y/o prejuicios’ en el discurso corriente, permite colegir aquellas cuestiones que tienen un arraigo adquirido en cada persona y que se han sedimentado durante largo tiempo hasta que han sido apropiados en el consciente del sujeto y que también se expresa luego ello por la formulación de ideas y creencias.

Por prejuicio se debe comprender “La acción de juzgar de antemano, de presuponer. En psicología social, opinión que se forma en el ámbito social, favorable o desfavorable a algo, sin ningún fundamento real (Merani, A. (1977) Diccionario de psicología. Barcelona: Grijalbo, pág. 121). Respecto a los valores la cuestión es un tanto más compleja puesto que el valor se viene a centrar sobre tres cuestiones principales y conectadas: 1) propiedades que tiene una cosa y por ello se dice que es valiosa, 2) la discusión si el valor en la cuestión es objetivo de la cosa o subjetivo del sujeto que se lo atribuye y 3) lo referido al cómo se puede decir, qué cosas tienen valor (Hunderich, T. (ed) (2008) Enciclopedia Oxford de filosofía. Madrid: Tecnos, pág. 1117). A todo ello cabe agregar la íntima relación sinonímica incluso que el valor puede tener con el bien y por ello, con una apertura a la metafísica (Jolivet, R. (1957) Tratado de filosofía – Metafísica. Bs.As.: Carlos Lohlé, T.III, pág. 227).

En un supuesto como el que decimos, no hay o es muy exiguo el resultado convictivo que en el juez se pueda llegar a producir en función de la gestión argumental de las partes a propósito de aquella ley afectatoria o repulsiva; pues ya se ha producido antes de ello a la luz de ideas y creencias profundas existentes en el juez y disparadas por prejuicios y valores; y que posee el juez desde antes incluso de saber que alguna vez, ellas podían llegar a ponerse en contradicción con alguna ley que como es obvio, está impuesto por ser juez de respetar y hacer cumplir.

II. La subjetividad de los jueces

Suponer que los jueces carecen de ideologías (10) es tomar una posición por demás superficial y también ingenua de lo real. Es obvio que la tienen como cualquier otra persona y es también evidente, que han aprendido a lo largo de su experiencia –no todos, claro está– a domeñarla hasta donde les resulta posible (11). Lo cual no quita, que existan acontecimientos que cruzan la vida profesional de los jueces y que disparan dichos registros y que se vuelven irremediabilmente presentes y ello así, anticipa

(10) Nos referimos a dicho concepto en su comprensión contemporánea. Así bien se ha escrito "... la utilización más importante del término en filosofía y política contemporáneas e más restringido y más normativo, designando una colección de creencias y valores que un grupo de individuos mantiene por razones distintas a las puramente epistémicas; por ejemplo, ideología burguesa, ideología nacionalista o ideología sexista. El uso normativo del término comporta típicamente dos elementos. El primero, un particular estilo de explicación en donde el predominio de ciertas creencias y valores es atribuido al papel no-epistémico que tales creencias y valores desempeñan ante los individuos que los mantienen o ante la sociedad en general (...). El segundo, un particular estilo de criticismo al que las creencias y los valores son sometidos precisamente para fundamentar su interés o dar una explicación simbólico-social de un predominio; una explicación que característicamente es desconocida por los propios creyentes" (Honderich, T. (ed) (2008) Enciclopedia Oxford de filosofía. Madrid: Tecnos, pág. 579). Para un estudio comparativo a lo largo de la historia, se puede consultar Lenk, K. (2001) El concepto de ideología. Comentario crítico y selección sistemática de textos. Bs.As.: Amorrortu).

(11) Hemos escrito a propósito de la libertad de expresión de los jueces. Andruet, A. (2015) La ética judicial y la libertad de expresión de los jueces. En Revista Suplemento La Ley Constitucional. Bs.As.: La Ley, N° 3, pág. 3/15.

el resultado de cualquier disputa que de dicha tesis frente a otras se pueda presentar: la ideología del juez gobierna el acto decisonal (12).

En rigor, dichas circunstancias no pueden ser achacadas al juez en tanto sea un mal juez o lo que sería peor, calificarlo por ello como una mala persona moralmente hablando (13). Simplemente hay que considerar, que no se llega a ser juez desde una crianza aséptica y químicamente pura y poder reunir entonces, además, las condiciones de una suerte de filósofo rey platónico y tener todas las condiciones para superar los avatares psicológicos, emotivos y morales que la realidad judicial pone al paso diario a los juzgadores.

El que es juez hoy, la mayoría de las veces no siempre supo que lo quería ser, tampoco tuvo una formación a modo de un *cursus honorum* de formación judicial –al estilo del modelo francés o incluso español (14)– y durante la cual, pueda haber aprendido con algún grado de éxito la forma de compatibilizar sus creencias e ideas profundas con aquellas cuestiones en las que tendría que intervenir y que resultan ostensiblemente revulsivas en lo profundo de su propia subjetividad y no meramente como una incomodidad o un solo discrepar de puntos de vista (15).

(12) Vide Nieto, A. (2000) El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial. Madrid: Texto recobrado de lecciones impartidas en la Facultad de Derecho. Universidad Complutense por Sergio Valverde Alpizar.

(13) A propósito de que las malas personas no pueden ser buenos jueces. En contra Malem, J. (2001) ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? En *Doxa* N° 24, pág. 379 y ss. También del mismo autor Malem, J. (2003) La vida privada de los jueces. En *La Función Judicial. Ética y Democracia*; Orozco, J. et al (compil.). Barcelona: Gedisa.

(14) Vide Aulet, J. (1998) Jueces, política y justicia en Inglaterra y España. Barcelona: Cedecs. También Antos, V. (2013) Experiencias de capacitación judicial en el mundo. En *Tratado de Derecho Judicial*, Vigo, R. y Gattinoni de Mujía, M. (dir). Bs.As.: Abeledo Perrot, T. I, pág. 947 y ss.

(15) Bien se ha indicado que hay cuestiones que no son argumentables; este sería un supuesto de ello. Vide Eemeren, F. et al (2006) *Argumentación – Análisis, Evaluación, Presentación*. Biblos: Bs.As. También Habermas, J. (2004) *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Bs.As.: Paidós.

De esta forma es que resulta ser una hipótesis posible de realización, que a lo largo de la vida profesional el juez, encuentre muchos aspectos de fricción con su propio mapa conceptual y cosmovisional del mundo y también más excepcionalmente, que en alguna ocasión, el roce se convierta en frontalidad contradictoria y es allí, cuando la subjetividad de los jueces pasa a gobernar la escena del acontecimiento en desmedro de la totalidad de los otros actores y variables que están igualmente presentes.

Destacamos que nuestra consideración no es una especulación de gabinete o un ensayo teórico, se trata de una problemática absolutamente actual en los tiempos que corren acorde a la dinámica sinuosa que la realización de la moral pública viene modelando y que de una u otra manera se judicializa después. Para así demostrarlo, habremos de ilustrar con un caso que, si bien tiene ya sus años, nos importa, porque tiene la totalidad de la secuencia que se puede presentar.

El supuesto fáctico que utilizamos como basamento de la consideración intelectual, indica que el Tribunal Supremo de España, mediante la Sala de lo contencioso-administrativo con fecha 11.V.09 ha dictado una sentencia desestimatoria en el recurso N° 69/2007 que rechaza la apelación presentada por el Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 3 de Sagunto de la Comuna de Valencia, a la resolución también denegatoria, contra la solicitud que hiciera al Pleno del Consejo General del Poder Judicial de España con fecha 22.XI.06, acerca de ejercitar en su favor –el juez– el derecho a la objeción de conciencia o ejercitar la práctica de la excepción de conciencia en relación con los expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo, cuya tramitación haya de seguirse en el Registro Civil a su cargo (16).

Existen entonces, múltiples posibilidades de producción de situaciones extremas por los aspectos morales divergentes que pueden poseerse y con ello, entrar en colisión con una práctica moral corriente: y sin

(16) Se ha indicado que ser objetor de conciencia es realizar “una negativa individual por motivos de conciencia a someterse a una conducta que, en principio, resulta jurídicamente exigible” (J. Martínez Torrón; Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, N° 79 (1992), pág. 200).

duda que la disidente menos moderna y posiblemente más atávica y por ello prejuiciosa. Más lo cierto, es que nuestro objetivo en esta comunicación, no es discutir las disrupciones de la moral tradicional frente a una diversidad de morales naturalmente vigentes en la práctica de la moralidad contemporánea (17). Sólo queremos transitar el camino reflexivo para que, la práctica moral de que se trate, no quede fuera del trato imparcial y debido que cualquiera sea ella siempre merece y que el Poder Judicial tiene la obligación de cumplir de tal manera.

En realidad indicamos y a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las prácticas ejercitadas bajo el ropaje de objeción o excepción de conciencia, en que son ellas cumplidas a favor del propio sujeto objetor o excepcionante; pues cuando el sujeto activo de la práctica es el juez, tal como venimos promocionando, el beneficiario de la mencionada situación de excepción es el justiciable, porque si no mediara dicha objeción por el juzgador, en realidad dicha causa no sería tratada y resuelta bajo el prisma de la objetividad e imparcialidad, sino que lo sería muy probablemente, bajo el amparo de la subjetividad negativa y la parcialidad profunda del nombrado juez.

Y volvemos a señalar, la ciudadanía tiene como primer derecho en la práctica judicial, a ser juzgada por un juez imparcial. Y si bien puede haber muchas razones para dudar bajo determinadas circunstancias de la imparcialidad de los jueces, no hay ninguna razón para la incertidumbre cuando los puntos definitorios radican en las cavilaciones profundas de la vida moral de las personas porque bajo dichas circunstancias, la imparcialidad tiende a ser de una fragilidad extrema.

Sin duda que los tiempos corrientes, importan la coexistencia de diversidades morales sobre la hipótesis de una moral de mínimos asentada sobre una convivencia desde la laicidad (18); pero ello en modo alguno empaña la posibilidad de que ciertas prácticas de la realización importen

(17) Vide Lukes, S. (2011) *Relativismo moral*. Madrid: Paidós, pág. 87 y ss. También Scanlon, T. (2003) *Lo que nos debemos unos a otros ¿Qué significa ser moral?* Paidós: Barcelona.

(18) Vide Taylor, Ch. y Madure, J. (2011) *Laicidad y libertad de conciencia*. Alianza: Madrid.

perplejidad primero y rechazo moral después en las personas: sean ellas jueces o no jueces. Más lo cierto es que si reúne la condición judicial antes dicha, la decisión alcanzada puede quedar afectada en su imparcialidad y ello es una afectación profunda a la realización societaria y por lo tanto debe ser evitada en cuanto sea ello posible. Toda vez que a conciencia y con conocimiento de causa, resulta una injusticia terrible –además de la inmoralidad– evitar dotar de máxima confianza a la ciudadanía por la práctica que los jueces tienen.

De todas maneras también hay que señalar, que según creemos, la mayoría de supuestos de cuestiones de conciencia que los jueces puedan llegar a tener no son públicas, como quizás lo sean para otras personas; sino que son reservadas y por lo cual, los justiciables, generalmente no conocerán de ellas hasta que el mismo juez no decida revelarlas y dicha realización encriptada es la que acaso, podrá permitir que el juez, sin hacer invocación del defecto real que le impide seguir atendiendo en una causa, bien se puede valer de otros caminos procesales más ortodoxos e invocar algunas de las causales de excusación previstas por las leyes procesales.

Pero podrá optar también el juez, en orden a una franqueza que siempre coopera al mejor crédito judicial, por la vía de la denuncia de objeción de conciencia. Mediante ella, se habrá de conseguir que dicho juez, no sea juez de su misma y propia causa –atento a tener sobrada definición sobre dicha cuestión- y con ello, evitar violar la regla *nemo iudex in sua causae* (19).

III. Subjetividad e imparcialidad judicial

Tal como se puede advertir entonces, el tema de la objeción de conciencia del juez, en realidad es la consecuencia operativa de una causalidad subjetiva que la dispara y que ni siquiera, tiene ella su asiento en la controlada racionalidad judicial, sino que está en las esferas profundas de la neurología del juez, en cuanto que ella se vincula con los comporta-

(19) Vide la consideración crítica sobre el mencionado tema de Waldron, J. (2005) Derecho y desacuerdos. Madrid: Marcial Pons, pág. 355.

mientos morales de las personas –jueces o no- y por lo tanto, en colindancia psicológica con las dimensiones afectivas y emocionales que las personas tienen (20).

No dudamos que apreciaciones de este tipo son por definición, las que desde una perspectiva retrógrada no merecen siquiera ser esbozadas. Durante años se ha enseñado en manera dogmática y sin ningún tipo de estudios profundos, psicológicos o experimentales, cuanto de resquicio y/o residuo afectivo o moral existe en los jueces antes o después de tomar decisiones en esos supuestos fácticos, que naturalmente se ubican en la línea de los casos considerados trágicos o especialmente dilemáticos.

Se ha pensado y alimentado el concepto que la total dimensión emotiva que los jueces puedan tener debe ser evitada, para con ello sostener la valía de la objetividad en la decisión y con ello asegurar la perspectiva de la imparcialidad y la ecuanimidad en el juzgamiento (21). Y ello naturalmente que es lo correcto; un juez no puede ser venal, pero lo que no puede tampoco hacer el juez, es retirar de su mapa cosmovisional la existencia de registros profundos respecto a cuestiones trascendentales que por más esfuerzo que coloque a tal respecto, ellos estén ubicados en la superficie de su misma conciencia y son inconvencibles.

El desafío contemporáneo y en pos de buscar una justicia que pueda ser cada vez más imparcial, es que, si el juez reconoce *prima facie* tener un impedimento de naturaleza emocional y/o moral con una determinada cuestión que a la vez es puesta a su resolución y que, por ello, le impide tener el equilibrio imparcial para su juzgamiento, pueda inhibirse de entender en ella, en cuanto se den otros extremos que luego analizaremos. No hacerlo, es para el buen juez generar una profunda afectación, toda vez que ha tenido por decidido el caso antes de resolverlo, como también haber hecho un abuso de su posición frente a cualquier esfuerzo que hubiera hecho alguna de las partes intervinientes por defender una tesis,

(20) Cfr Rocha Ochoa, C. (2013) Derecho y neurociencia. Una relación complementaria. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, pág. 83 y ss.

(21) En contra de estas consideraciones con un excelente aprovechamiento Nussbaum, M. (2006) El ocultamiento de lo humano – Repugnancia, vergüenza y ley. Bs.As.: Katz.

porque simplemente al ser ella opuesta al núcleo emotivo/moral del juez, resulta un esfuerzo en vano el cumplido.

No se puede dejar de considerar que contemporáneamente se ha avanzado de gran modo en dos aspectos que resultan sustantivos de considerar en la presente contribución, por una parte, las recientes vinculaciones que se ha producido desde las neurociencias y los comportamientos sociales de las personas; permitiendo que se desarrollen nuevos estudios que se ubican en el campo de la neuroética y la neuropolítica (22).

Dentro de la primera de las indicadas, algunos autores pueden llegar a sostener que el cerebro tiene una memoria ética producida por la huella primitiva que ha evolucionado a lo largo de miles de años y en virtud de la cual, tiene el ser humano comportamientos reflejos o automáticos y por lo tanto, aunque nos preocupemos de colocarles un marbete de racionalidad, en verdad son casi de pura funcionalidad neuronal (23); pues siguiendo modestamente esa reflexión interrogamos acerca de porque no se puede considerar que algunos otros registros, no ganados en la evolución socia-civilizatoria ética de los hombres (24), sino de la exclusiva y propia realidad biográfica de cada una de las personas, y de las cuales algunas devendrán en ser jueces, pues si no existieran también ciertas realizaciones que han quedado registradas con características indelebles en su conciencia y que tendrán un carácter definidor, cuando dichos registros sean puestos en tensión frente a otras variables diferentes.

Cabe decir también que dicha realización confrontativa, no será el fruto de una mirada obsesiva o refractaria del juez, sino que es el resultado de una suerte de impulso 'neuro-cognitivo' que lo lleva al juez a dicha realización y por ello, es que parece que habiendo reconocido tal sesgo

(22) Vide Cortina, A. (2012) Neuroética y neuropolítica. Sugerencias para la educación moral. Madrid: Taurus.

(23) Vide Changeaux, J. y Ricoeur, P. (2001) La naturaleza y la norma. Lo que nos hace pensar. México: F.C.E.

(24) No se puede ocultar la importancia que para dicha cuestión tiene la obra de Schweitzer, A. (1962) Filosofía de la Civilización. II. Civilización y ética. Bs.As.: Sur.

el juez, si lo puede evitar mediante la invocación de la objeción de conciencia cual es la razón mayor para impedirlo si con ello, se fortalece el cumplimiento integral del buen juez de ser una persona imparcial.

IV. Jueces y proyectos personales de vida

Los autores han considerado por defecto, que la objeción de conciencia, es como una suerte de derecho-facultad que le corresponde al ciudadano de invocar bajo determinadas circunstancias, aun cuando no esté amparada en ley alguna. Como también se ha formulado una clara negación a su postulación, para el supuesto de que su invocante sea juez.

Huelga recordar que la insumisión al derecho –donde se aloja la objeción de conciencia– es un tema central para la filosofía del derecho clásica, y que se actualiza en los jueces, en tanto emerge un conflicto moral e individual en ellos como sujetos autónomos que tienen determinados proyectos de vida, que aparecen afectados por una legislación determinada. Los jueces son hombres con proyectos de vida y realizaciones morales propias y que quizás puede que tengan que aplicar leyes que resultan afectatorias a ellos. Huelga reiterar lo extraordinario del supuesto.

Naturalmente que existe una buena parte de doctrinarios de la ética judicial, que atribuyen al juez un estatus de tanta fortaleza moral, que aspiran creer que el juez se puede sobreponer exitosamente a todo conflicto individual moral, resignando incluso, sus propias convicciones morales profundas. Lo cual creemos que no es posible.

Recordemos ahora, que la objeción de conciencia es un tipo de desobediencia al derecho, materializada en “la actitud de quien se niega a obedecer una orden de la autoridad o un mandato legal invocando la existencia, en su fuero interno, de una norma que le impide asumir el comportamiento prescrito” (25). Y tal como aparece, se trata de una garantía cívica de los ciudadanos y que, por ello, ninguno de los integrantes

(25) La definición corresponde a R. Venditti y ha sido citada por A. Millán Garrido (1990) *La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria*. Madrid: Tecnos, pág. 19. También ha sido definida por L. Prieto Sanchís como “el incumplimiento de una obligación de naturaleza personal cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o, si

de una sociedad en el Estado de derecho, está al margen de ellas. Sin perjuicio que, en algunos de los integrantes, puedan evidenciarse dichas circunstancias con valencias diferentes, a veces con mayor exigencia y otras con menos.

Los jueces en el Estado de derecho, por defecto, tienen ciertas restricciones para el ejercicio de sus derechos si es comparado con un ciudadano no juez (26); pues por caso, sabemos que los jueces no pueden decir todo lo que piensan, no pueden estar en todos los lugares que podrían querer, no pueden tener ciertas amistades, etc.; pero lo que creemos también, es que todas esas restricciones siempre están puestas a los efectos de que mejor se cumpla con el servicio de la administración de justicia y mal se podría hacer ello, ignorando la primera premisa de todo servicio de justicia y base del sistema de un Estado de derecho, como es, permitir y posibilitar la afectación a la garantía de la imparcialidad judicial.

De allí que la no aceptación de la objeción de conciencia de los jueces, no es compatible con una sana y recta realización de la magistratura, porque en caso que no se admitiera ella, quedaría el juez domeñado para dictar resoluciones acorde a sus convicciones prefijadas y con ello, no se habría garantizado el supremo interés del justiciable de ser juzgado por un juez auténticamente -y no sólo formalmente- imparcial (27). A lo que corresponde agregar, y para agravar más la circunstancia, que tal resultado, bajo esas condiciones es un hecho deliberado y por lo tanto en modo alguno excusable, porque para el juez, su convicción moral respecto a una cuestión seria y trascendente de raigambre moral, no es una cuestión baladí, sino que hace a su núcleo biográfico más profundo.

se prefiere, de sus principios de moralidad" (1984). La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho. En *Sistema*, pág. 49).

(26) Vide entre otros Hernández García, J. (2012) El derecho a la libertad ideológica de los jueces. En *Los Derechos Fundamentales de los Jueces*, Saiz Arnaiz, A. (Dir.). Madrid: Marcial Pons, pág. 65 y ss.

(27) Vide Barry, B. (1997). *La justicia como imparcialidad*, Barcelona: Paidós, pág. 35.

V. La conciencia moral, los prejuicios y la emotividad judicial

El marco teórico que habilita la objeción de conciencia judicial, es un conflicto moral que se genera y que el juez representa intelectualmente frente a su posibilidad de concreción efectiva al hacer aplicación de una norma a un caso sometido a su decisión. Cuando la subsunción de un determinado supuesto fáctico a cierta ley –y que es sólo esa en plena corrección– genera una afectación en la conciencia del juez y por ello, avizora con plena certidumbre intelectual que la única decisión correcta posible, es aquella que su misma conciencia moral orienta por estar ya *a priori* generada en su fuero íntimo (28). Las actuaciones posibles de los contendientes son inanes en esta instancia. Todo salvo su opción moral, importan una ingobernable y evidente repulsión en su uso y, por lo tanto, no integran el colectivo de respuestas posibles (29).

Frente a un derrotero de este tipo; hemos ya dicho que la jurisprudencia española y la misma definición del Consejo General del Poder Judicial, como el argumento central que fuera brindado en el caso testigo que utilizamos, indica que el juez sólo se rinde ante el imperio de la ley, y no puede quedar dominado por su propia conciencia o por sus prejuicios en sentido lato. Dicha definición es la que habremos de discutir ahora, por creer que seguirla, es algo más que violar la garantía de la imparcialidad judicial; sino que se convierte en una realización de prevaricación institucional.

Iniciamos señalando que no es asimilable tal como se ha dicho, la conciencia moral del juez a los meros, vulgares y corrientes prejuicios que

(28) Son dos los caminos posibles: Resuelve con afectación a la imparcialidad o formula una objeción de conciencia para actuar como un buen juez lo haría.

(29) La idea de las emociones controlan el espacio de la imparcialidad y por ello es que, en el derecho norteamericano, existen instrucciones y estándares más o menos definidos a tal respecto. Un espinel por la principal jurisprudencia puede consultarse en la obra citada de Martha Nussbaum. También se puede comprender un poco más de las emociones y la incidencia en cualquier toma de decisiones en otra obra de Nussbaum, M. (2003) *La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenista*. Barcelona: Paidós. Finalmente, una emoción en particular en Boucheron, P. y Robin, C. (2016) *El miedo*. Bs.As.: Capital intelectual.

puedan existir en el mismo. Justamente con énfasis indicamos, que quienes como jueces denuncian una afectación en su conciencia moral pues con ello, intentan retirar todo atisbo de concreción judicial presidida bajo el imperio de la parcialidad y de la que, frente a determinadas convicciones morales se hace incontrolable. No se trata meramente de cuestiones ocasionales o de mero gusto, son de tipo estructural y no ornamental.

A efectos de sustentar nuestro criterio afirmativo a la excepción de conciencia judicial, traemos a la memoria algunos de los fundamentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, invocados para la admisión de objetores de conciencia al uso de armas de fuego y la sumisión a emblemas patrios durante el cumplimiento del servicio militar obligatorio, en la causa 'Portillo' (30) y formulado dicho pedido por ciudadanos fieles al culto de Testigos de Jehová.

En tal precedente, los jueces dijeron que la objeción de conciencia es el resultado necesario de la libertad religiosa, que comprende dos potestades: la libertad de creencia o de conciencia y la libertad de culto (31). Se destaca igualmente que la libertad religiosa, es una especie del género de libertad de pensamiento. Así es como resulta, que la objeción de conciencia es una especie de 'derivación primaria de los derechos constitucionales' que le corresponden a todo ciudadano y no, un 'derecho constitucional primario'. Se trata de un derecho fundamental (32).

Tener convicciones morales es un dato que pone de manifiesto una madurez racional de cualquier persona, y ellas, bajo determinadas circunstancias pueden conformar un modo biográfico de ser, actuar y pensar y por ello, conformar en toda su potencialidad un auténtico proyecto de

(30) Resuelto por S.C.J.N., Fallos 312:496. Son innumerables los comentarios en diverso sentido que se han realizado a este pronunciamiento un estudio completo en Valdunciel de Moroni, M. (1989). Objeción de conciencia y deber militar. Bs.As.: Ediar.

(31) Cfr. Badeni, G. (2004) Tratado de derecho constitucional. Bs.As.: La Ley, T.I, pág. 389.

(32) Sin duda que se trata la afirmación de ser un derecho fundamental de una alta discordia entre los doctrinarios. Particularmente en el punto, nos valemos de la conocida autoridad de Pérez Luño, E. (1988) Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos.

vida. Resultaría discriminatoria una consideración que sostuviera que, al estar el juez sujeto a la ley, está por ello impedido –siempre que se cumplan otras condiciones y de las que indicaremos más abajo su entidad– de remover el obstáculo moral existente que, como tal, impone una consistencia convictiva *a priori* que afecta severamente a todo el proceso fundamnetario que se pueda efectuar y que hace reposar la respuesta, en un puro acto prejuicioso y no en uno realmente motivado (33).

A la luz de estas consideraciones no se puede sino admitir, que la conciencia moral de las personas es una consecuencia necesaria de tener capacidad de generar pensamiento y a partir de ellos, hacer las construcciones socio-biográficos que correspondan (34). Con ello aparece evidente que es un atributo no generado en forma especial y trabajosa por el ser humano, sino que es de una naturalidad sorprendente como se construye la conciencia real de las personas y que nada tiene que ver para ello. Las competencias profesionales o científicas que las personas puedan tener. No hay persona que no tenga dicho acervo de conciencia moral.

(33) Tangencialmente nos hemos referido en Andruet, A. (2015) La discrecionalidad judicial desde una perspectiva iusfilosófica y lógica. En Derecho Procesal y Teoría General del Derecho, Rojas, J. y Moreno, R. (compil.). Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pág. 15 y ss.

(34) A lo largo de la historia se ha asociado al concepto de conciencia moral con el de sentido moral y ello es “... porque tienen en común un punto fundamental: caracterizan la capacidad gracias a la cual los seres dotados de razón perciben o conocen el bien y el mal, lo que les permite tanto evaluar y dirigir sus conductas como juzgarse a sí mismos” (Canto Sperber, M. (dir) (2001) Diccionario de ética y de filosofía moral. México: F.C.E, T.II, pág. 1453). También se ha dicho que “La conciencia moral es ante todo conciencia. En su sentido genérico conciencia es la característica general de la vida psíquica por la que quien la vive sabe de ella y de sus actos (...). Por último, los fenómenos de conciencia en general y los fenómenos de la conciencia moral en particular incluyen aspectos cognoscitivos, aspectos volitivos y aspectos afectivos, todos ellos transidos por la sensibilidad o sensorialidad” (Hortal Alonso, A. (1994) Ética- I Los autores y sus circunstancias. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas). Una reflexión sobre ella desde diversas perspectivas, puede ser consultada en Blum, E. et al (1961) La conciencia moral. Madrid: Tribuna de la Revista de Occidente.

Pues el solo hecho de estar en el mundo, de socializar con otros y de haber desarrollado una mínima entidad de pensamiento, habilita a que se produzca conciencia respecto a valores que, como tal, vertebrarán en buena parte el eje de los comportamientos sociales de tal persona. Ello sin perjuicio de poder hacer también referencias para el mismo aspecto, pero desde una perspectiva más amplia y también históricamente anterior, como bien podrían ser las conclusiones que los aportes que desde la neurociencia se pueden reconocer (35).

En tales consideraciones cuando lo que aparece como la causa eficiente de la invocación de la objeción de conciencia del juez, son las dimensiones cosmovisionales que puede tener frente a determinadas realizaciones, acontecimientos y/o personas y que como tal, afectan naturalmente al juicio imparcial que debe presidir su decisión, es que aparece de mayor sentido común y jurídico que también debería autorizarse una excepción en el sometimiento del juez a la ley y por ello, poder promover exitosamente la objeción de conciencia en dichos casos.

Consideramos que posiblemente algunos aspectos o contenidos integrativos de lo que genéricamente venimos nombrando como núcleo cosmovisional del juez, se integra con elementos de variada cantidad y que en algunos casos son de fuerte raigambre psicológica de la persona y se vinculan con la tradición socio-cultural, como también con otros espacios valorativos y también biográficos y como es natural, igualmente se integran con algunas vertientes de prejuicios profundos y no meramente sociales de adquisición relativamente circunstancial que la persona haya podido recoger.

A propósito de estos últimos es sobre los que hay que avanzar con extrema delicadeza y merecen reflexiones más profundas que las ejecutadas por doquier y a veces formuladas con una libertad expresiva que les ha quitado todo ámbito de seriedad y con ello, desconociendo los extensos

(35) Vide Farisco, M. (2013) *Filosofia delle neuroscienze*. Cervello, mente, persona. Padua: Messagero. Traducción al español a cargo de María D. Lasa y Carlos D. Lasa.

estudios que desde la psicología y sociología a propósito de tales comportamientos de las personas –jueces y no jueces– se han realizado y que operativamente tienen consecuencias de profunda incidencia social (36).

No parece entonces posible, equiparar la conciencia moral con solo prejuicios; éstos –salvo los casos que tienen anclaje muy profundo– suelen ser de alguna manera removibles de la propia estructura motivacional de los jueces a partir de un trabajo de apoyo psicológico estable y continuado que se hace por parte de expertos y en realidad, ello es deseable que se produzca; porque si en verdad hay jueces que son prejuiciosos sobre un grupo social o étnico, o tienen resistencia respecto a ciertas pautas de comportamiento social o condición social, o sobre los gustos o modas específicas que otras personas pueden tener, en rigor pone en duda –si ello es conocido y no es tratado por el propio juez o el Poder Judicial no acompaña para que eso se produzca–, evidencia estar frente a una persona que integralmente no puede ser un buen juez, porque no solo que no es imparcial en determinados supuestos; sino que sabiéndolo tampoco lo quiere modificar.

Reiteramos que esa imparcialidad afincada en ese tipo de prejuicios, es una cuestión vencible y los jueces tienen que ser ciudadanos que asumen los déficits propios con una mayor preocupación que los otros para superarlos, puesto que su responsabilidad ante la sociedad siempre es mayor.

En realidad, habría que decirles a dichos jueces, que la solución a los nombrados prejuicios, no está en convertirse en objetores de conciencia, sino que la solución pasa, por dejarse asistir profesionalmente por expertos que lo ayuden a que progresivamente tal aspecto quede superado. Los Poderes Judiciales tienen también que estar muy atentos a estas cuestiones, porque bien pueden existir prejuicios corporativos en el colectivo judicial lo que significa, el tratamiento no imparcial a otro colectivo de ciudadanos que reclama por sus derechos ante unos jueces que, al fin de cuentas, no serán imparciales.

(36) Por muchos y muestra de lo dicho, el excelente estudio de Adorno, Th. (1965). *La personalidad autoritaria*. Bs.As.: Proyección.

De esta forma estamos indicando, que de la misma manera que hay prejuicios superables y por ello no susceptible de habilitar ninguna objeción de conciencia; existe otros, que tienen razones suficientes para que pueda ser ella aceptada. Asegurando con ello, la auténtica imparcialidad judicial y también evitando que al amparo de un concepto específico y restrictivo como es la objeción de conciencia, se pueda superar un espacio para que los jueces consoliden una práctica judicial rodeada de dimensiones prejuiciosas no tratadas –y por ello no erradicadas– y que, como tal, cada vez serán más numerosas y dicho juez, no será garantía de ninguna imparcialidad.

Conviene entonces reiterar, que lo que otros ciudadanos podrían no hacer, como es, no esforzarse por superar sus prejuicios; en el juez aparece como una obligación de primer orden y por lo que, no cabe resignación alguna frente a dicho acontecer.

Sin embargo, cuando ese conjunto de restricciones que están puestas en interés de la ciudadanía en función de la integridad o decoro de la función judicial, entran en colisión con la perspectiva imparcialidad del juez y el registro está alojado en lo profundo de la cosmovisión del juez, sin duda que la calidad intuita común a todo ciudadano de poder ser objeto de conciencia renace incólume para proteger con ella, todavía de mejor modo, a la misma ciudadanía de los prejuicios profundos, valores o cosmovisión que para otros ciudadanos, se habrán de convertir dichas convicciones del magistrado, en un pequeño territorio de los núcleos biográficos inmodificables y por ello, anunciado la total parcialidad que respecto a ellos existe.

VI. El residuo moral de la objeción de conciencia judicial

Para cumplir con algún éxito los novedosos espacios socio-culturales y jurídicos de la contemporaneidad, es natural que el juez posea nuevos atributos que adornen la figura sempiterna aristotélica del buen juez como la misma justicia andante. Entre ellos, se encuentra la mayor competencia interdisciplinaria como uno de los aspectos necesarios en respuesta a los nuevos espacios a los que alcanza la judicialización de lo social, sin desconocer que ello también lo habrán de llevar al juez a experi-

mentar nuevas vicisitudes morales y de las que, en algunos casos no podrá quedar indemne. Entre ellas, se cuenta el tener que afrontar una decisión relativa a ser objetor de conciencia.

El juez por defecto profesional, debe saber poner en marcha en el momento oportuno los instrumentos operativos que lo pongan a salvo de cualquier defección que amenace su independencia; como así también, ejercitar los respectivos mecanismos de defensa que lo pongan a buen resguardo de los diferentes prejuicios –removibles- que como tal pueda poseer, sean ellos biográficos o incluso adquiridos por la misma práctica judicial, pero que en ambos casos le ha sido posible conocer en cuanto tales.

Y por último, deberá también saber quedar indemne de los factores cosmovisionales y axio-sociales profundos que gravitan en la construcción de su propia conciencia y que según lo que venimos exponiendo, son ellos aspectos ilevantables como también irrefrenables en su presencia y consecuencias; porque tienen a nivel de los individuos una función matricial y por ello constitutiva de los mismos aspectos identitarios de ese individuo y que ingresan en una zona de rozamiento con las mismas emociones de ellas (37).

Reiteramos, no se trata meramente de una ideología la que se encuentra en juego, y que, por lo tanto, puede y tal como corresponde a sujetos racionales quedar abierta a una variación en cuanto a su comprensión acorde a nuevas perspectivas argumentales que se puedan realizar en torno a ella. Estamos frente a núcleos biográficos ontológicos, que más allá de cierta borrosidad que puedan tener en alguno de sus márgenes, tienen una incuestionable certeza en sus postulados reconocidos por el sujeto, más de una forma intuitiva antes que racional, pero sin embargo

(37) Se anota en un año libro de psicología judicial, mas no por ello inservible, y mucho antes de los desarrollos disparados por los estudios del cerebro y su referencia con la neuroética lo siguiente: "En efecto, en la zona subcortical se originan todos los atributos fisicoquímicos que más de cerca se relacionan con la emoción, con los afectos y con las pasiones, que constituyen el subsuelo o fondo personal oscuro y profundo, que se conoce también con el nombre de sustrato endotímico" (la cursiva nos corresponde) Altavilla, E. (1970) Sicología judicial. Bs.As.: Depalma, T.I, pág. 97.

en condiciones posibles de poder exponerlos y comunicar su existencia a otras personas si fuera en el caso necesario (38).

Se trata entonces de un plano más óntico que ontológico, pero que fenoménicamente resulta claramente apreciable y ello hasta tal punto, que el juez lo denuncia como un impedimento para poder resolver imparcialmente una determinada causa. Es algo entonces, que está en la matriz profunda del mismo sistema neuronal del juez y que, aunque a veces en forma poco perceptible, es en función del mismo que se definen gran cantidad de situaciones tanto de la vida profesional y personal del mismo juez; lo cual obedece a una suerte de implicancia y correlatividad que se conjuga entre determinados comportamientos y la mencionada cosmovisión (39).

En este supuesto, la cosmovisión es la que viene a efectuar una suerte de delineado preventivo y/o instintivo en ciertos comportamientos operacionales de las personas y ello, corresponde tanto para los aspectos profesionales como para los que no lo son. Tal aspecto, en una apreciación corriente y para nada científica, se compadece con aquellas situaciones donde se aprecia positivamente que la persona obra como piensa, esto es: dice pensar algo que luego los hechos lo confirman en igual sentido.

Naturalmente que cuando se tienen ciertos roles profesionales como es el de ser juez y, por lo tanto, consolidado dicho ejercicio sobre la cuestionada plataforma socialmente aceptada de que quien juzga, es una persona que a la par de las condiciones científicas y técnicas propias de la mencionada *métier*; es y se muestra activamente como un juez independiente, imparcial y ecuaníme pues no debe ahorrar caminos para efectivamente serlo. Obviamente que su obrar no puede ser sino consecuente

(38) Destacamos que operativamente lo tendrá que poder decir y acreditar para hacer valer la objeción de conciencia.

(39) Para ejemplificar desde un objetor de conciencia ya consolidado como son los Testigos de Jehová, que tal como sabemos se oponen a ser transfundidos atento a la impureza que dicha intervención habría de implicar; pues devendría un contrasentido, que el nombrado Testigo de Jehová sea donante de sangre. No hace falta que se explique, porque dicha persona no lo será, aunque su objeción es a recibir dicho vital líquido rojo.

con su pensar, por ello, cuando no es un pensar imparcial sino vertebrado por algún conjunto de componentes cosmovisionales que afectan al mismísimo criterio de imparcialidad que dicho juez tiene, es su obligación moral el buscar el camino adecuado que, sin lesionar los intereses de los otros, promueva una solución posible y fecunda. En realidad, lo que un juez íntegro no puede admitir, es fracasar ante sus propias convicciones o ante la responsabilidad del cargo que ocupa.

Adviértase entonces el carácter dilemático en que se encuentra el juez, y por lo tanto desde el mejor servicio de administración de justicia corresponde una solución cuidadosa que no entrañe parcialidad para la ciudadanía, pero que tampoco imponga sacrificios morales para los jueces. Dicha vía de escape, naturalmente está en sostener la posibilidad de la invocación de la objeción de conciencia por el magistrado interviniente.

Tómese razón a este efecto, que los casos judiciales acorde a una clasificación extendida y que ajustamos a nuestro parecer, se pueden considerar bajo los siguientes rangos: (i) Simples o fáciles, (ii) Técnicos o difíciles, (iii) Trágicos y (iv) Dilemáticos (40).

Decimos brevemente que el último de los indicados por las características que muchas veces tienen en su composición, parecieran ser, los que orientan la aparición de una situación invocable bajo el ropaje de objeción de conciencia; pero en rigor ello no es tal, porque la denuncia de la excepción de conciencia que los jueces pueden hacer, debe ser impuesta por la imposición de tener que ajustar la respuesta judicial a una ley cuyo

(40) En una mirada gruesa, se puede señalar de cada uno de ellos, y desde la perspectiva de la labor que corresponde cumplir al juez, para ajustarse al mandato del mismo Art. 3 del CCCN, de dictar una decisión razonablemente fundada; que para los casos (i) basta con que se cumpla por el juez, con una 'racionalidad lógica'; para (ii) además de ello, se requerirá de una lógica del sentido común luego de haber efectuado una elección preferencial y justificada de la premisa desde donde se construye el razonamiento. Los supuestos (iii) y (iv) no sólo que suponen también en alguna medida lo anterior, sino que particularmente se habrá de desarrollar en ellos un tipo particular de 'argumentación moral' que sostenga la decisión razonablemente fundada con independencia que, a pesar de su excelencia discursiva, pueda dejar en el juez, lo que se conoce como 'residuo moral'.

contenido es reprobado acorde a los estándares cosmovisionales o axio-sociales que el juez posee esto es entonces, frente a casos trágicos o difíciles. Mientras que en los 'casos dilemáticos', es clara la posibilidad de la utilización de varias normas con resultado diverso, aunque cualquiera de ellas, imponga una conducta que puede ser negativamente considerada, pero que se sortearía la invocación de objeción de conciencia (41).

Por ello parece más frecuente, que los casos en que los jueces habrán de poder hacer la invocación de la objeción de conciencia, es cuando se encuentren frente a determinado tipo de asuntos que integran la tipología descrita más arriba de 'casos trágicos o difíciles'; toda vez, que para invocar la excepción de conciencia lo que debe existir, es una ley que se invoque como aplicable al caso y donde los espacios para la discusión hermenéutica se vean reducidos en manera notable y por lo tanto, es frente a dicha exigencia normativa unidimensional donde aparece la resistencia cosmovisional del juez y por lo que, la vía de la objeción resulta ser el único camino real y no ficticio de solución al entuerto.

También hay que señalar, que no es que frente a una determinada especie de casos difíciles que gravitan sobre la matriz cosmovisional del juez y afectan entonces su misma imparcialidad, no existan otros caminos para superar la dificultad que no sea la de recurrir a la objeción de conciencia; naturalmente que ellos existen –y muchos de ellos se vienen utilizando serenamente- más tienen ellos -no por las consecuencias sino por la causalidad que los mueve- un carácter ficto. Esto así han sido formulados bajo estratagemas procesales que en cualquiera de los supuestos son invocados con una cierta fachada, pero ocultan una realidad diferente. Se

(41) Bien se ha dicho que el dilema en "Stricto sensu presupone la existencia de dos alternativas incompatibles. Un agente está obligado a hacer A y B, pero no puede ambos a la vez, y tanto A cuanto B llevan a resultados opuestos o contradictorios. La turbación filosófica surge porque no existe un criterio que permita decidir cuál opción elegir y cualquiera sea el camino escogido por el agente algo valioso es sacrificado" (Lariguet, G. (2011) Encrucijadas morales. Una aproximación y su impacto en el razonamiento práctico. Madrid: Plaza y Valdez, pág. 26).

podrá indicar así, la inhibición por violencia moral, o por tener cierta comunidad, hasta introducir la inconstitucionalidad oficiosa.

A ello se suma, que para dicho juez, no pudiendo obtener la mencionada aceptación a su objeción de conciencia, el tener que seguir interviniendo en el caso, lo pone *in praxis* frente a una notable circunstancia dilemática. No es porque sea el caso dilemático, sino que se torna dilemática la misma función judicial en ese supuesto, toda vez, que cualquiera de las dos decisiones que pudiera tomar el juez son afectatorios a su subjetividad, esto es: i) Porque resolviendo acorde al canon de su cosmovisión, naturalmente que ello le impondría de una profunda perturbación moral el haberlo hecho, puesto que no se le escapará en conciencia a ese juez, que no ha podido desbaratar una situación psicológica invencible para él, y haber procedido como debiera haberlo hecho un buen juez que opera siempre con imparcialidad.

ii) Y por otra parte, porque aun cuando le fuera concedida la invocación de la mencionada objeción de conciencia y por lo tanto, fuera retirado de intervenir en dichas actuaciones; la nombrada circunstancia a un buen juez, también le genera un significativo residuo moral porque advierte con pesar, que existe en su misma estructura psíquica y neuronal cierta cosmovisión que lo gobierna y que él no gobierna, y que ello no es nunca bueno para un juez, aun cuando lo pueda evitar por la vía de la objeción de conciencia.

Naturalmente el menor costo social se paga en cuanto se atiende a la objeción de conciencia del juez y que por las mismas consideraciones que anteceden, no son precisamente aspectos que hablen de las completas y mayores perfecciones de dicho juez; pues por lo pronto indica que en él, existe algo que resulta más determinante a la hora de tener que hacer definiciones judiciales en ese supuesto fáctico, pero que en aras de no consolidar allí una situación hipócrita del sistema judicial, es que le resulta menos gravoso social y moralmente admitir esa circunstancia antes que consolidar una puesta escénica, donde los justiciables y sus argumentaciones, se vuelvan sólo material de utilería y sin valor discursivo alguno, puesto que la suerte ya estaba echada desde el mismo inicio.

Por otra parte no se puede dejar de considerar, que de la misma forma que los jueces frente a interferencias que se puedan presentar sobre

el resultado de su decisión habrán de poner en marcha un conjunto de operaciones proactivas a los efectos de minimizarlas o ignorarlas y por ello, es que bien se puede decir que estamos frente a un juez que parece cumplir con el designio social que se espera de un buen juez, esto es ser independiente no es logrado respecto a la restante virtud judicial (42). Destacamos que para el cumplimiento de la imparcialidad -que incluso algunos autores han sostenido que tiene un valor superior y anterior a la misma independencia-, se ponen también en marcha operaciones proactivas que repelen cuando existen tales factores exógenos tal como se ha dicho más arriba y por ello no se advierte, cual es la razón para señalar, que los factores endógenos al mismo juez y que afectan su imparcialidad y que devienen de naturaleza invencible, no puedan ser denunciados y así considerados bajo el instituto de la objeción de conciencia.

Cabe agregar también, que a los efectos de hacer la remoción de los aspectos que afectan la independencia, son por lo pronto los intervinientes en el pleito quienes están en condiciones óptimas de hacer una labor cooperativa para ello y secundariamente cualquier ciudadano también lo podría realizar: porque los jueces independientes son apreciados por toda la sociedad y no sólo por quienes en su tribunal están litigando.

Mientras que la remoción de los aspectos que hacen a la dimensión cosmovisional o axio-social del juez, es una cuestión más compleja, porque dichos registros residen en la misma subjetividad del juez y tienden a estar encriptadas, y por ello, son primaria y casi exclusivamente reconocidos por el propio juez luego de haber ejercitado una práctica aperceptiva cuidadosa; con lo cual la cooperación de agentes externos para ello es muy limitada y los riesgos que se corren por la parcialidad judicial son muy altos.

En la línea de encontrar otros caminos que permitan asegurar el respeto a las convicciones morales de los jueces y no romper la regla del juego a las partes defecionando por el concepto de imparcialidad, y no tener que invocar una instancia de objetor de conciencia, no se nos escapa -como adelantamos en párrafos más arriba- que se podría seguir algunos

(42) Vide Andruet, A. (2012) La independencia judicial. En Revista La Ley (ejemplar día 23.XII.12). Bs.As.: La Ley.

caminos alternos, que si bien habrán de llevar al mismo resultado; pero también hay que decir, que no son articulaciones auténticas y entonces, es adecuado preguntarse: ¿qué vale más para los ciudadanos?, jueces que no dicen que sus convicciones afectan su imparcialidad a quienes para ser veraces en plenitud, se convierten en objetores de conciencia frente a la ley.

Por ciudadanos y jueces que somos, aprobamos la segunda perspectiva; pero no se nos escapa que muchas veces son los cultores del proceso y los apegados a ciertos formalismos severos, quienes visualizan peregrinamente que seguir adelante con esa perspectiva, es una suerte de habilitación a la generación de patentes de corso para que magistrados naveguen en los procelosos mares jurisdiccionales de causas y tengan una noble salida antes del terrible naufragio. No participamos de esa consideración, pero no dejamos de reconocer que es la más difundida.

VII. Condiciones de operatividad para la procedencia de la objeción de conciencia judicial

Por lo dicho entonces, se puede precisar que la objeción de conciencia judicial no parece desestabilizar ni la institucionalidad ni la legalidad de las funciones del Poder Judicial, sino por el contrario, garantizar con mayor fortaleza el cumplimiento de la función imparcial del juzgador. Negar la posibilidad de ser invocada ella por los jueces, ayudará a robustecer una desatinada creencia del imaginario colectivo de que los jueces son personas que están en condiciones de resolver con plena imparcialidad siempre y en todos los supuestos las cuestiones que se les presentan, lo cual es solo una objetable ficción que lejos de promover confianza en la magistratura, produce mayor precariedad a esa realización.

Según creemos, el aspecto que hay que resguardar en la objeción de conciencia judicial, al ser ella de tipo institucional, es la no afectación a terceros con dicha conducta. Porque si bien no se trata de toda la institución Poder Judicial la objetora, sino de uno de sus integrantes; es posible que bajo determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar dicho juez, para un determinado ciudadano, bien se pueda convertir en toda la institución Poder Judicial y en tal caso, no será posible invocación alguna de

objeción. Sólo entonces y en segunda vista, podrá ser considerada como una objeción de conciencia de tipo institucional.

Se trata también de un tipo de objeción que puede ser nombrada como de naturaleza *'autorreferente'* (43), puesto que el destinatario de la acción es en primer lugar el mismo juez o el sistema judicial que él encarna y solo en modo secundario es el tercero litigante, quien encontrará satisfacción del acto mediante otro juez que lo ejecute al mencionado acto jurisdiccional del que se trata.

Además, por la naturaleza que tiene la matriz identitaria cosmovisional del juez, es de muy extraña posibilidad que las partes puedan invocar la existencia de una causal de inhibición con dicho juez, porque muchas veces, si bien es existente, real y manifiesta dicha cosmovisión, hay supuestos de gran reserva y está presente mucho antes del caso.

Distinto es el supuesto de las personas jurídicas, por caso que son instituciones de servicios médicos, donde todos sus integrantes se asocian sobre un proyecto común ideológicamente vinculante y por ello, ninguno de los integrantes de la Institución puede dar una satisfacción al tercero sin afectar la conciencia institucional y a la vez individual del resto de los miembros. En los Poderes Judiciales ello no ocurre, puesto que ideológicamente existen conformaciones con cosmovisiones distintas y por ello, es que los Poderes Judiciales monocordes tampoco por estas razones son recomendables de promover.

Afirmamos entonces, que la objeción de conciencia dignifica a la persona que la invoca (44). Negarla porque los jueces están sometidos a

(43) La idea está inspirada en Rebecca Dresser y citada por M. Alegre; Opresión a conciencia: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva en <http://www.seminariogargarella.blogspot.com>, consulta realizada el 14.VIII.09).

(44) Se ha afirmado que "La objeción de conciencia no es una especie de tumor que le haya salido al Estado democrático. No es una ilegalidad más o menos consentida, sino un derecho fundamental, que goza de una presunción de legitimidad jurídica" (Navarro Valls, R. (2007) *La objeción de conciencia*. En Manual de Ética y Deontología de las Profesiones Jurídicas, Kriskovich, E. (Dir.), Asunción: Atlas, pág. 347.

la ley, es minimizar el rol judicial contemporáneo (45) y afectar con ello, uno de los pilares de la misma ontologitud judicial como es la imparcialidad, junto con la independencia y también la ecuanimidad.

No es óbice para su sostenimiento que ella no esté prevista normativamente, serán los otros jueces –como es en cualquier trámite de excusación y/o recusación– quienes ponderarán las razones para tenerla o no por acreditada (46). En rigor lo que los jueces no pueden hacer, es resolver con pérdida de imparcialidad y es obvio que impuestos de tener que hacerlo el juez objetor, es muy seguro que no lo hará en contra de sus convicciones profundas y será la fortuita lotería de los prejuicios profundos del magistrado la variable que defina el resultado y no un juicio motivado de ello, sin perjuicio de cualquier tipo de motivación aparente.

En este contexto es que no se debe olvidar, que el art. 112 de la Constitución Nacional de la República Argentina, impone la obligación –a los miembros de la Corte Suprema y extensivo al resto de los magistrados– prestar juramento obligándose a “...desempeñar sus obligaciones, administrando justicia *bien y legalmente*, ...” (la cursiva nos corresponde). De donde se puede concluir, que no resulta compatible administrar bien –esto es bondadosamente– por quien no tiene, la imparcialidad suficiente para hacerlo y mucho más, cuando resulta inatendible su expresa y pública denuncia de manifiesta parcialidad.



(45) Vide ha señalado Ezquiaga Ganuzas, F. (2003) *Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley*. En *La Función Judicial. Ética y Democracia*; Orozco, J. et al (compil.). Barcelona: Gedisa, pág. 41 y ss.

(46) Dice M. Gascón Abellán que “si la objeción de conciencia no está reconocida, es el Juez quien ‘mediante la oportuna ponderación de los bienes en conflicto, debe hacer prevalecer uno u otro; o si la objeción de conciencia está reconocida, es la regulación que disciplina su ejercicio la que determinará las condiciones y límites del mismo” (A propósito de la objeción de conciencia al servicio militar en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 11 (1994), pág. 558).

DERECHO DE LOS MIGRANTES

Justicia Penal Internacional. El derecho de los refugiados y de los migrantes *

Sergio Zavala Leiva **

Presentación del tema

Hoy día el concepto de migrante y refugiado tiene alcances diferentes muy importantes y precisos, a tal grado que las organizaciones internacionales claman por el uso de la palabra correcta, ya que, aplicadas indistintamente, podría acarrear algún tipo de problemas para ambos grupos. Un ejemplo de lo anterior lo vemos con lo que sucede en el Mediterráneo convertido en la ruta de migración más peligrosa que ha provocado una crisis sin precedentes en Europa al haber ingresado más de un millón de refugiados y migrantes, principalmente a través de Grecia e Italia, cruzado por embarcaciones menores o muy precarias, habiendo perecido más de 3,000 desplazados en el intento, lo que ha sido destacado por diarios locales e internacionales empleando en la relación de los mismos ambos términos, lo cual como queda expuesto es incorrecto.

Los refugiados son personas que huyen de los conflictos armados en sus países de origen, o de persecuciones de todo tipo, lo que los obliga a cruzar fronteras internacionales en busca de su seguridad y protección

* IX Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas y Sociales. Paraguay, septiembre de 2016. Ponencia de la Academia de Derecho de Honduras.

** Representante de la Academia de Derecho de Honduras.

en los países de su entorno. En dicho carácter, los refugiados de conformidad a la ley internacional deben ser reconocidos como tales, con derecho a recibir asistencia de los Estados involucrados quienes podrán al final de un proceso administrativo justo concederles un asilo humanitario.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptado en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y su Protocolo de 1969, como también otros instrumentos legales como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, regulan los aspectos relacionados con su estatus, para establecer sus derechos y protección legal.

La protección de los refugiados les garantiza en primer orden, no ser devueltos o expulsados a su país de origen en donde se someterían a los peligros precisamente de los cuales han huido, el acceso a un procedimiento de asilo justo y eficiente, y en general el respeto de sus derechos humanos básicos, que les permita vivir o radicarse en condiciones dignas y seguras. Los Estados tienen la responsabilidad de hacer efectiva esta protección, lo cual es vigilado de cerca por instituciones creadas en el marco de la referida convención, tal como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que trabaja muy de cerca con los gobiernos, ya sea asesorándolos en esta materia o apoyándolos en lo que fuere necesario para cumplir con este cometido.

Los migrantes por otra parte, abandonan su propio país por otras causas que no tienen nada que ver con amenazas, agresiones o persecuciones, sino que, por cuestiones económicas, tratando de lograr un mejor ámbito laboral o por su reunificación familiar. A diferencia de los refugiados, y en esto estriba una de sus principales diferencias, los migrantes pueden retornar a sus países de origen y continuar gozando de la protección de estos. Esta diferencia como lo señalamos al principio es de mucha importancia para que los gobiernos receptores puedan darles a los solicitantes el debido tratamiento legal correspondiente a cada situación. En el caso de los migrantes de acuerdo a su estatuto interno y más particularmente de acuerdo a sus leyes migratorias, mientras a los refugiados, de conformidad a las normas legales relacionadas con el derecho de asilo y protección dentro del marco del derecho internacional.

De ahí que la confusión de ambos términos conlleve dificultades legales sobre todo para los solicitantes de asilo, en lo que respecta a las salvaguardas legales específicas para su protección; mientras que para los migrantes no, por aplicárseles otros estatutos o normas legales en los que concurren otros presupuestos como la dignidad y el respeto.

Por lo anterior, al hablar de refugiado o de migrante, debemos distinguir en forma clara y precisa entre aquellos que huyen de una guerra o conflicto armado, y los que emigran o se trasladan a otro país en búsqueda de una mejor calidad de vida. No se trata de una expresión de tipo semántico, sino que, de un concepto, que atendidas las circunstancias que sean, definen uno u otro carácter el cual da lugar a cualquiera de las anteriores consideraciones. En el primer caso las personas huyen, como queda expuesto, para salvar sus vidas o preservar su libertad. En el segundo caso las personas transitan o emigran a otro Estado por razones de tipo económico. Mientras los refugiados tienen derecho a solicitar asilo siempre que puedan demostrar que provienen de un país en conflicto que les obliga a buscar refugio y protección fuera de sus fronteras, existiendo además fundado temor de ser perseguidos por motivos de su raza, religión, nacionalidad, o pertenencia a un determinado grupo social, tal como así lo establece la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Por lo que, en sentido contrario, los que se trasladan a otro país, que no sea por los motivos relacionados, no pueden por lo tanto ser considerados como refugiados, sino que como migrantes, aplicándoles a estos estatutos legales diferentes.

Hoy día existen unos 22 millones de personas en el mundo que han abandonado el país de su nacionalidad, de los cuales la mayor parte son mujeres y niños que se han visto obligadas a huir de sus respectivos países por la intolerancia y la violencia. En este mismo concepto existen personas en situaciones de gravedad similares pero que no califican como refugiados. Estas personas son conocidas como desplazadas, y son aquellos que han huido de sus hogares a consecuencia de una guerra civil, pero que han permanecido en sus países de origen. ACNUR ha computado a más de 5.4 millones de ellos que son asistidos también por razones humanitarias.

LOS DERECHOS HUMANOS NO TIENEN FRONTERAS

De conformidad a la Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, auspiciada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), existe una conexión entre migración y derechos humanos. Este Tratado establece además un estándar que ha servido como marco para la promoción de los derechos de los migrantes de cada país. En este sentido el tema de las deportaciones de los migrantes es una cuestión de derechos humanos que ha motivado a la indicada organización a instar a los Estados Unidos para que adopte políticas migratorias amplias y concretas basadas en los derechos fundamentales del individuo, dada la disfuncionalidad del sistema migratorio de este país que en la actualidad ha recibido a 11 millones de migrantes indocumentados, y a miles de refugiados, entre ellos sirios y de otras nacionalidades como lo explicamos más adelante.

En este mismo orden de ideas, Amnistía Internacional cuyo objetivo es contribuir a que se observen en todo el mundo los derechos humanos proclamados en las normas internacionales, tiene como misión fundamental la realización de labores de investigación y acciones centradas para impedir y poner fin a los graves abusos contra el derecho a la integridad física y mental, a la libertad de conciencia y de expresión y contra las discriminaciones, en el contexto de su labor de promoción de los derechos humanos en el mundo. Esta organización tiene varios años defendiendo los derechos de los refugiados, los solicitantes de asilo y los desplazados de que hablamos anteriormente, que están expuestos a sufrir vejaciones y abusos graves contra sus derechos humanos. Ya se trate de refugiados o de migrantes, y aun de los desplazados, todos tienen derechos fundamentales que los Estados deben resguardar, y en el caso de su retorno voluntario a sus países de origen, deberán realizarse con garantía de su seguridad y dignidad, y con pleno respeto a sus derechos humanos, que podrían resumirse en los siguientes:

- Protección contra todo tipo de discriminaciones.
- Libertad de religión.
- Contar con identificación y documentos para viajar.
- Derecho al trabajo, vivienda, educación y asistencia humanitaria.

– Protección contra sanciones penales por entrada ilegal y libertad de circulación.

En términos generales un migrante debe gozar además de los derechos fundamentales que son atinentes a la persona humana, entre ellas el derecho a la vida, a no ser detenidos arbitrariamente, a no ser torturados y el derecho a un nivel de vida adecuado. La Convención de la Organización Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que entro en vigencia el 1 de julio de 2003, constituye un estatuto muy importante en el reconocimiento de los derechos de los migrantes.

El marco normativo que consagra los derechos de los migrantes y refugiados se fundamenta en los derechos humanos, buscando eliminar no solamente las conductas discriminatorias, sino también garantizar el pleno ejercicio de todos sus derechos, en especial a la salud, a la educación, vivienda, trabajo y acceso a la justicia de conformidad al principio de igualdad y no discriminación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales ya se trate de las personas migrantes, refugiadas o solicitantes de asilo.

El ejercicio de los derechos del migrante en Estados Unidos: Una de las preocupaciones principales de las organizaciones protectoras de los derechos de los migrantes en Estados Unidos es su creciente detención y posterior deportación. Para el caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) está convencida de que, en muchos casos, y probablemente en la mayoría de ellos, la detención de los migrantes constituye una medida desproporcionada en donde los programas alternativos a la detención configurarían una opción más equilibrada con el interés legítimo del Estado para asegurar el cumplimiento de la normativa migratoria, pero con el respeto de los derechos de que hablamos.

En los casos en que la detención sea necesaria, la CIDH considera preocupante la ausencia de un sistema de detención civil, compatible con la dignidad y el trato humano como derechos fundamentales, y con las condiciones especiales propias de una detención no punitiva. Así mismo esta organización observa en una de sus conclusiones, que, para la administración y el cuidado personal de las personas migrantes detenidas, se

recurre con frecuencia a contratistas privados, sin que se cuente con información suficiente sobre los mecanismos de supervisión que podría degenerar el proceso de deportación de los migrantes.

También la Comisión Interamericana considera preocupante el impacto que tiene la detención en el debido proceso, particularmente en el derecho para acceder a un abogado, y por lo tanto en la posibilidad de ser liberado. A fin de garantizar el derecho a la representación legal y eventualmente al debido proceso, la CIDH considera que se requieren programas estatales más sólidos sobre alternativas con respecto a la detención lo cual debe ser expandido a toda la nación americana. En particular la Comisión observa con preocupación la falta de representación legal que deba ser suministrada de oficio para el caso de los niños no acompañados, procedentes de Guatemala, El Salvador y HONDURAS que viven una situación de extrema violencia e inseguridad derivada de las pandillas o maras que azotan estos países centroamericanos pertenecientes al llamado Triángulo Norte. Estas organizaciones criminales que se agrupan en algunas pandillas juveniles que surgieron hace algunas décadas en Los Ángeles, California, ahora basadas en Centroamérica por haber sido deportados muchos de sus integrantes a sus países de origen, se les vincula con algunos carteles de narcotraficantes que operan en esta misma región como acarreadores de droga o como sicarios del crimen organizado en una nueva fase que los ha hecho adoptar sofisticados comportamientos como organizaciones criminales evolucionadas. Estas organizaciones y su violencia extrema son las responsables del éxodo masivo de centroamericanos a Estados Unidos que emigran para salvaguardar sus vidas y de su integridad, y que ingresan por la frontera Sur en calidad de refugiados. Siendo los niños y niñas no acompañados un gran sector de estos desplazados que han causado, según las autoridades de migración de Estados Unidos un grave problema de orden social, pues en un par de años se han contabilizado más de 60,000 menores que han ingresado en condición irregular, impulsados por las acciones de aquellos grupos criminales que controlan algunas zonas de las principales ciudades de los tres países de Centroamérica citados sin que las autoridades puedan encontrar una solución a este problema que, como lo afirma el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras ya se volvió emblemático.

Los miles de niños desplazados que por su condición tienen un alto grado de vulnerabilidad requiere por parte de los gobiernos centroamericanos una protección específica. Unos 60,000 infantes han ingresado ilegalmente en los dos últimos años a Estados Unidos con riesgo de su integridad, pero igualmente miles de ellos han sido retornados por las autoridades migratorias de este país que ha concedido a muy pocos de ellos el asilo que las leyes y los tratados internacionales autorizan, en cuya acción han sido organizaciones civiles en Estados Unidos defensoras de los derechos humanos del migrante los que han representado a unos pocos de estos infantes en las cortes de migración, exigiéndose la representación de oficio para los demás, lo que hasta el momento no se ha logrado.

El terror causado por el pandillerismo, los narcotraficantes y el crimen organizado han provocado como queda explicado este éxodo masivo de centroamericanos, entre adultos, mujeres y niños, quienes buscando un lugar seguro para vivir huyen de las extorsiones o de las amenazas de los pandilleros, quienes en muchos casos demostrados han reclutado niños y niñas para perpetrar sus criminales propósitos, sin que existan políticas gubernamentales para revertir el problema y para dar más protección a estos sectores, que han sido tabulados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con vistas a determinar las estrategias que deban prevenir este peligroso desplazamiento forzado por el desierto en la región fronteriza México-estadounidense, lo que por supuesto debe incluir su protección internacional, como lo determina el Estatuto del Refugiado y el goce de los derechos que establece la Constitución de los Estados Unidos.

La contestación de las observaciones presentadas por el gobierno federal norteamericano a la CIDH han sido muy valiosas al evaluar las áreas en las que ya se han verificado avances y en las cuales la reforma migratoria anunciada por el presidente Barack Obama ha producido resultados concretos hacia el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, lo que ha sido enfatizado por la CIDH al gobierno estadounidense y a tener en cuenta sus recomendaciones a fin de mejorar la protección de los refugiados, sobre todo aquellos en trámite de asilo, más tratándose de menores de edad en situación de riesgo, y a humanizar el tratamiento de los migrantes sin ningún tipo de penalización.

Las diversas legislaciones y jurisprudencias nacionales difieren en el alcance del derecho de asilo. Sin embargo, los acuerdos internacionales de los que forma parte cada Estado siempre deben prevalecer sobre el derecho interno, como así lo dispone la ley fundamental de los Estados como marco legal referencial. Ciertos países desarrollados, como Estados Unidos, han establecido una cuota para conceder asilo a los refugiados, generalmente como resultado de un conflicto armado. La mayor parte de los refugiados en este país han provenido de Irak, Irán, Territorios Palestinos, Afganistán, Ruanda, Burundi, Sudan Congo, Sahara Occidental, Albania, China, Colombia, Siria, la antigua Yugoslavia, Siria, El Salvador y Vietnam.

De acuerdo a la Convención sobre Refugiados de 1951 y a su Protocolo de 1967 las naciones están obligadas a conceder asilo humanitario y no pueden ni deben, como ha quedado expuesto, devolver a un refugiado a su país de origen por los peligros y riesgos que esto les puede significar. La protección de los refugiados se dio por primera vez en 1920 para apoyar a los refugiados rusos y alemanes. En 1947 se creó la Organización Internacional de los Refugiados, y en 1949 la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUR) que funciona hasta el día de hoy, como un organismo internacional creado para brindar protección y asistencia a los refugiados, y cuya función tiene los siguientes postulados:

- La protección de los refugiados
- Intervenir ante los gobiernos a favor de los refugiados
- Buscar soluciones duraderas para que los refugiados vuelvan a iniciar sus vidas en un ambiente normal.

Conclusiones

En el caso particular de Honduras se han tabulado unos 23,000 niños que estarían solicitando asilo en los Estados Unidos, y que han llegado en condiciones irregulares en los dos últimos años a la frontera sur de dicho país, huyendo de la violencia imperante en sus lugares de origen causada por las pandillas o maras, que no son más que delincuentes comunes muy violentos. Estos infantes pueden solicitar y acogerse a este

beneficio, el cual se gestiona a través de un centro de procesamiento administrado por la Organización de las Naciones Unidas.

Actualmente el programa de admisión de refugiados en Estados Unidos cumple cánones muy estrictos por lo que el porcentaje de beneficiados que son aceptados es muy limitado, apenas el diez por ciento, el cual se estaría implementando de conformidad a lo expresado por el Secretario de Estado de los Estados Unidos John Kerry a cifras mayores, apoyándose en esta forma a muchas familias que demuestren su vulnerabilidad frente a la violencia generalizada y al crimen organizado, o que sean perseguidos por las bandas criminales que muchas veces reclutan niños para entrenarlos en sus actividades delictivas, quienes por la misma razón presentan un cuadro de alto riesgo o vulnerabilidad.

Este anuncio ha venido en un momento de presión al presidente Barack Obama por parte de 149 legisladores de su propio partido, el Demócrata, tras conocerse las recientes deportaciones de migrantes centroamericanos indocumentados, y a los reclamos para que este tipo de migración sea considerada bajo el estatus de refugiados, y tratárseles con los derechos a que antes nos hemos referido en el desarrollo de esta Ponencia, tutelado por el derecho internacional.

El estatus de refugiado sería una forma de darle protección a este tipo de migrantes, al no poderla brindar en su caso los gobiernos de los tres países de la región centroamericana referidos anteriormente, debiendo el gobierno estadounidense dar asistencia, proteger o aliviar el sufrimiento o la difícil situación de las personas desarraigadas, proporcionándoles también asistencia a través de múltiples sistemas que promueven las mejores prácticas humanitarias.

De acuerdo a las autoridades de Estados Unidos, una persona es susceptible de recibir el estatus de refugiado o asilado si puede demostrar que es perseguido o que teme serlo, por su raza, religión, nacionalidad, opinión pública o por pertenecer a cierto grupo social, siendo requisito esencial que se encuentre en Estados Unidos, o que solicite dicha gracia en un punto fronterizo. Lo más importante del anuncio hecho por el señor Kerry, es el reconocimiento que las familias, jóvenes y niños que buscan asilo son refugiados, lo cual les da el derecho a ser tratados como tales y deben ser protegidos por las leyes que rigen el asilo político.

En este mismo orden de ideas, un grupo de senadores de Estados Unidos ha trabajado en la elaboración de una propuesta legal para regularizar los 11 millones de migrantes indocumentados que viven actualmente en situación irregular. Hay varios proyectos de ley, unos demasiado exigentes en sus requisitos y otros muy favorables, para alcanzar un estatus legal que le permita a los migrantes incorporarse a la fuerza de trabajo de este país y dejar de vivir en zozobras y sin contratiempos de ninguna clase.

Si esta reforma migratoria fuere aprobada en la forma más conveniente, se estaría beneficiando unos 8.5 millones de mexicanos, 660 mil salvadoreños, 520 mil guatemaltecos y 380 mil hondureños, más los ciudadanos chinos y migrantes de otras nacionalidades que completan una cifra cercana a los 11 millones de personas. México ha destinado grandes recursos y estrategias para presionar al Congreso de los Estados Unidos a cumplir con este compromiso asumido por la administración Obama, lo mismo que los gobiernos centroamericanos que apoyan esta histórica lucha a través de varias organizaciones en las cuales se incluyen distintos grupos defensores de los derechos humanos y hasta de algunas iglesias de Estados Unidos.

Pero hasta la fecha la Cámara de Representantes de la nación americana no ha discutido el proyecto de ley que contendría una reforma migratoria integral como la referida, esto a pesar del esfuerzo realizado por las organizaciones defensoras de los derechos humanos de los migrantes, a pesar también de las movilizaciones, el apoyo empresarial y de los sindicatos, aun de la población americana que simpatiza con esta causa, que ahora es un asunto de derechos humanos, tal como lo dejamos expuesto en el desarrollo de este tema, para que el conglomerado de migrantes en condición irregular o indocumentada puedan residir legalmente e incorporarse con su trabajo a la producción nacional del país. Los medios de comunicación han sido también muy generosos con sus coberturas a favor de la legalización de estos migrantes.

A pesar de todos estos esfuerzos el tema, desafortunadamente, se ha politizado en un momento en que el proceso para la elección del próximo presidente de los Estados Unidos está en su momento más crucial.

Por el contrario, se han denunciado por parte de la Asociación de Abogados de Inmigración de Estados Unidos mediante un informe publicado, los “obstáculos” que el gobierno pone a los refugiados centroamericanos, niños, niñas y familias enteras que han huido de la violencia extrema en El Salvador, Guatemala y HONDURAS, deportándolos en muchos casos en contravención a las normas legales contenidas en los instrumentos legales citados que lo prohíben.

Las estrategias de las autoridades norteamericanas en cuanto a la aplicación de la ley y la disuasión han minado el proceso de forma tan severa, que las familias que han logrado el asilo en el país, lo han alcanzado tras superar grandes obstáculos que se oponen al debido proceso, y a los derechos fundamentales de los migrantes y más particularmente de los refugiados. A estos se les debe garantizar su representación legal en las cortes de migración que son las encargadas de conceder o no el asilo correspondiente, que en muchos casos no se ha dado como queda referido anteriormente.

Los procesos de asilo deben tramitarse de conformidad a lo que establece la ley internacional, por lo que las políticas administrativas muy agresivas, como las que ha denunciado la Asociación de Abogados de Inmigración de Estados Unidos deben abandonarse, así como otras tácticas disuasivas como las aprehensiones masivas, las simples detenciones y las deportaciones injustificadas y rápidas, y las redadas sobre todo de migrantes o de sus familias que no representan ningún peligro, o que no han cometido ningún tipo delito o crimen contra la sociedad americana.

Con respecto a la situación europea, el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados ha mostrado su preocupación ante el acuerdo alcanzado por la Unión Europea que pretende expulsar a todos los migrantes a Turquía y realojar solamente a ciudadanos sirios. Este acuerdo ha sido cuestionado por organismos internacionales de derechos humanos al cerrarle el camino a los refugiados a territorios comunitarios.

Europa expulsara hacia Turquía a todos los migrantes solicitantes de asilo, que huyan o no de conflictos armados o de persecuciones, y realojara solamente a los sirios. “Un acuerdo estableciendo la expulsión directa de extranjeros hacia un país tercero no es consistente con la legis-

lación europea ni con la legislación humanitaria internacional”, ha expresado el señor Vicent Cochetel, responsable para Europa de la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados refiriéndose a los nuevos solicitantes de asilo que lleguen a las islas griegas a partir de la entrada en vigor de dicho plan. Por cada sirio devuelto la Unión Europea se compromete a realojar a otro, lo que también ha sido criticado por Amnistía Internacional, al considerar inhumano el intercambio de personas y de ser atentatorio contra sus derechos humanos. Lo que debe hacerse –sostiene esta organización– es crear rutas seguras y legales para evitar trágicos accidentes de refugiados en el mar y cumplir con la legislación correspondiente.

La ONU, a través de Acnur han mostrado también preocupación ante la cuestionable legalidad de este acuerdo al considerar los expertos que violaría el derecho internacional al expulsar a los refugiados a Turquía, aunque la Unión Europea lo justifique al considerar a este país, como seguro, a pesar que la práctica demuestre lo contrario como lo afirma Amnistía Internacional, al tenerse conocimiento de varios incidentes en contra de los refugiados.

El Consejo General de la Abogacía Española ha criticado por su parte este acuerdo al considerar que “todo el bagaje jurídico que hace de la Unión Europea un bastión de los derechos humanos se viene abajo con una medida de esta naturaleza”. La institución que aglomera a la mayoría de colegios de abogados de España recuerda que la legislación europea obliga a “una admisión ordenada, digna, estudiada y personalizada de cada solicitud de protección internacional”. Agregando que al “aplicar la devolución a Turquía indiscriminadamente a “todos”, sin diferenciar y procurar refugio a los potenciales solicitantes de asilo, supone una vulneración radical y manifiesta del derecho internacional y particularmente del europeo que obliga a todos los países de la Unión y la Unión misma”. Pero las autoridades europeas insisten en que los sirios continuaran siendo realojados después de ser retornados de Turquía, a pesar de que hayan recorrido miles de kilómetros huyendo de la guerra o persecución, todo en contravención a las normas internacionales de protección de que se ha hecho referencia.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea promulgada en el año 2007, garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la ONU. Pese a estos esfuerzos no existe un modelo tipo común a todos los países de la UE. La Comisión española de ayuda para el refugiado declaró en su último informe que en 2015 había 51.2 millones de personas que vivían fuera de sus hogares a causa de las persecuciones, las guerras y las violaciones de los derechos humanos. Se trata de una cifra muy elevada desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 han salvado millones de personas y por ello hacen parte de los principales instrumentos jurídicos de derechos humanos, esta convención encarna los valores humanitarios fundamentales, la cual ha demostrado su capacidad normativa como así ha sido reconocida por los tribunales internacionales como un instrumento eficaz capaz de ofrecer protección a los refugiados. La mayor garantía de esto no sería este instrumento en sí, sino que la voluntad para que los Estados cumplan con ella, la cooperación internacional y la responsabilidad de los Estados compartida.

A propósito del tema tratado en esta ponencia, concluimos que no existe una definición uniforme del término migrante, este se utiliza como un término genérico que cubre tanto a los migrantes como a los refugiados. Sin embargo, en el debate público esta práctica puede conducir a una confusión, lo que también podría generar graves consecuencias para los refugiados que tienen derechos propios, muy diferentes a los que tiene un migrante, aunque ambos gozan de sus derechos fundamentales que les son atinentes como los derechos humanos universales. Lo que obliga a los Estados a tratarlos con respeto y dignidad. Garantizando que, en el primer caso, el de los migrantes, se les respete sus derechos humanos, y en el segundo, el de los refugiados, se les proporcione una adecuada respuesta jurídica y operativa debido a su situación muy particular, evitando que se debiliten las responsabilidades que tienen los Estado hacia ellos. Por esta razón el ACNUR siempre hace referencia a “refugiados” y “migrantes” en forma separada, para mantener la claridad acerca de las causas y el carácter de los movimientos de los refugiados y a no perder de vista las obligaciones específicas contraídas con los refugiados en virtud del derecho internacional, que en algunos casos son inobservados por los países desarrollados como ha quedado antes apuntado, por lo que se debe

recomendar su estricto cumplimiento y apego a las normas legales especialmente de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1969 y para mantener incólume el derecho y la justicia en cualquier país del orbe.



Las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de Costa Rica en materia de protección de los derechos de las personas migrantes y refugiadas

Ernesto Jinesta Lobo *

I. Introducción

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar y comentar las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en materia de protección de los derechos de las personas migrantes y refugiadas. Con ese fin, se han escogido las sentencias señeras del Tribunal Constitucional costarricense en este ámbito, las cuales serán agrupadas en dos grandes grupos; el primero, en lo que atañe a la tutela de las personas migrantes y, el segundo, en cuanto a las personas refugiadas.

Tales sentencias serán expuestas en estricto orden cronológico, destacándose su carácter innovador y garantista, poniéndose de manifiesto la situación fáctica en cada caso, los agravios de las partes involucradas en esos procesos, así como lo resuelto por la Sala Constitucional.

Cabe mencionar que, según lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva N° OC-18/03, *migrante* es el término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante.

* www.ernestojinesta.com

Precisando que emigrante es la persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él. En tanto que inmigrante es la persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él (1).

Por su parte, en lo que atañe a la condición de refugiado o asilado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el caso de la Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, ha desarrollado los siguientes elementos:

– El reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo, de modo que no se adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.

– Una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto y, por ende, garantizar un deber de precaución especial en la verificación de tal condición y en las medidas que pueda adoptar.

– Las personas que tienen reconocido el estatuto de refugiadas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el Artículo 22.8 de la Convención Americana, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados. Las personas que tienen reconocido el estatuto de refugiadas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde

(1) Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N° 18, párr. 69. Citado por Castilla Juárez, K., *La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras en 35 años de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Coordinador: Saiz Arnaiz, A, Tirant lo Blanch, en prensa.

donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

– Todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal, por lo que son necesarios procedimientos previsibles, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias.

– La Corte considera que, de conformidad con las garantías establecidas en los Artículos 8º, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales aplicables, que, implican las siguientes obligaciones para los Estados:

a) Deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR;

b) La solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;

c) Las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa.

d) Con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad;

e) Si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y

f) El recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.

Los Estados pueden establecer “procedimientos acelerados” para resolver solicitudes que sean “manifiestamente infundadas y abusivas”, respecto de las cuales no existe la necesidad de protección internacional. No obstante, dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aún en esos procedimientos deben respetarse las mínimas garantías de audiencia, de determinación de ese carácter infundado o abusivo de la solicitud por parte de la autoridad competente y de posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión.

El derecho de buscar y recibir asilo establecido en el Artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías (2).

II. En lo que respecta a los derechos de las personas migrantes en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Como se expuso con anterioridad, en este apartado serán analizadas las sentencias emblemáticas de la Sala Constitucional costarricense en esta

(2) *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N° 272. Véase, sobre lo anterior, el relevante estudio efectuado por el Jurista Mexicano Castilla Juárez, K., *La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras en 35 años de jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Coordinador: Saiz Arnaiz, A, Tirant lo Blanch, en prensa.

materia. En este orden, hemos escogido 8 sentencias, las cuales destacan por su carácter innovador y garantista, a saber, la sentencia N° 2003-11841, sobre la obligación estatal de dotar a las personas migrantes de traductor, cuando resulte necesario; la sentencia N° 2004-9129, sobre la repatriación de unos niños ecuatorianos, quienes fueron encontrados en el país cuando se dirigían de manera ilegal a los Estados Unidos de América, en aras de reunirse con sus progenitores; la sentencia N° 2007-7388, sobre los matrimonios con poder; la sentencia N° 2014-2425, sobre la obligación estatal de sustentar o fundamentar, de manera debida, la detención administrativa de un migrante ilegal; la sentencia N° 2015-2074, en que la Sala Constitucional prohíbe la expulsión de una madre ilegal cuyo hijo prematuro recibía tratamiento médico en un hospital público; la sentencia N° 2015-4322, sobre la obligación estatal de no rechazar, *ad portas*, la documentación de las personas migrantes; la sentencia N° 2016-00788, acerca del deber estatal de dotar al migrante detenido de asistencia consular; y, finalmente, la sentencia N° 2016-1899, en que la Sala Constitucional ordena corregir las condiciones de hacinamiento detectadas en el Centro de Detención de Extranjeros.

II.1. La Sentencia N° 2003-11841, de 17 de octubre, sobre la obligación estatal de dotar a las personas migrantes de traductor.

En esta sentencia la Sala Constitucional resolvió un recurso de habeas corpus planteado a favor de una migrante de nacionalidad china, quien fue detenida al considerarse ilegal su permanencia en el país. En esa ocasión, la Sala Constitucional tuvo por acreditada la siguiente relación de hechos:

1) La tutelada, Xiangyu Mo, ingresó al Centro de Aseguramiento para Extranjeros en Tránsito, a las 00:40 horas del día 04 de octubre de 2003.

2) El 04 de octubre de 2003, a las 09:50 horas, el Departamento de Policía Especial de Migración de la Dirección accionada, le tomó declaración a la aquí tutelada. El documento que contiene esa declaración consigna que la compareciente “No sabe leer y escribir el idioma español, por lo cual interviene como traductora la señora Kwok Sheung Leung Lau”.

Además, señala que se hizo “indicación expresa de que este acto constituye parte del procedimiento administrativo que se inicia a su nombre a los fines de determinar su condición migratoria en el país y aplicar las medidas administrativas que correspondan, caso de ilegalidad comprobada”. En esta declaración la tutelada manifestó que “En Costa Rica no tengo familiares de primer grado de nacionalidad costarricense”.

3) Mediante resolución N° 135-2003-1211-DPI PEM, de las 13:27 horas del 04 de octubre de 2003, la Dirección General de Migración y Extranjería, declaró ilegal el ingreso y la permanencia de Xiangyu Mo y ordenó su deportación, así como el respectivo impedimento de entrada al país.

4) La resolución indicada en el aparte anterior, fue notificada a la aquí tutelada a las 11:17 horas del 05 de octubre de 2003. Esta acta no indica que la notificación se hubiere llevado a cabo en presencia y con la participación de un traductor.

Mediante oficio del 07 de octubre de 2003, la Subjefe de la Policía Especial de Migración de la Dirección accionada le solicitó al Consulado General de Panamá, que le certificara el estado de residente en ese país, de Xianyu Mo, a efectos de repatriarla. Ese documento fue recibido por dicho Consulado en la misma fecha.

Ahora bien, en esa ocasión la parte recurrente alegó que en el procedimiento de deportación se había infringido el derecho de defensa, porque al estar detenida la tutelada, no tiene oportunidad de ejercerlo. También afirmó que se había quebrantado el artículo 51 de la Constitución, porque no se le dio la oportunidad de demostrar su vínculo familiar con el promovente. Asevera que, al existir dicho vínculo, se le debe conceder a la tutelada oportunidad para legalizar su permanencia. Finalmente, alega que por provenir ella, de un país “comunista”, se hace merecedora de asilo o refugio político. De este modo, tras descartar los argumentos formulados por el actor, el hábeas corpus finalmente fue estimado, únicamente, al constatarse que *“al notificarle la resolución que dispuso deportarla, no lo hizo con el auxilio y la participación de un traductor habilitado para ese efecto. Y esto no se dice sin fundamento, porque la misma accionada, al recibirle declaración a la investigada, consignó que “no sabe leer y escribir el idioma español” y por eso intervino una traductora (...). Así las cosas, siendo este un elemento relevante del derecho de defensa de la tutelada, procede acoger únicamente*

por esta situación el recurso y ordenar a la Administración que reponga el trámite, a efecto de que la traductora del procedimiento, o un traductor debidamente facultado, le comunique en su idioma el contenido de la resolución final". Lo anterior, teniendo en cuenta los alcances del derecho de defensa y al proceso debido, en los términos en que han sido proclamados en los Artículos 39 y 41 de la Constitución Política.

Así, en la parte dispositiva de la sentencia la Sala Constitucional resolvió: "Se declara CON LUGAR el recurso, única y exclusivamente, en lo que se refiere a la notificación de la resolución dictada por la Dirección recurrida, número 135-2003-1211-DPI PEN, de las trece horas y veintisiete minutos del cuatro de octubre de dos mil tres. En consecuencia, se ordena a Marco Badilla Chavarría en su condición de Director General de Migración y Extranjería, o a quien ocupe ese cargo, que en el término improrrogable de veinticuatro horas, contado a partir de la comunicación de la parte dispositiva de esta sentencia, proceda nuevamente a notificar a la tutelada la resolución administrativa que se indicó, con mención expresa de los recursos que procedan, esta vez con la participación y asistencia de la traductora acreditada en el procedimiento, o de un traductor debidamente facultado, a efecto de que en el idioma de la tutelada se le comunique íntegramente el texto de esa decisión así como de esta resolución".

II.2. La Sentencia N° 2004-9129, de 24 de agosto, sobre la repatriación de unos niños ecuatorianos, quienes fueron encontrados en el país cuando se dirigían de manera ilegal a los Estados Unidos de América, en aras de reunirse con sus progenitores.

En esta oportunidad, el recurrente, en su calidad de Comisionado de Derechos Humanos para los Nacionales en América del Norte de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, y representante de los menores de edad: Alex Sebastián Reinoso Bautista, Óscar Eduardo Reinoso Bautista y Julio Peñaloza Jiménez, reclama la violación de los derechos fundamentales de los amparados, por la negativa del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José y, luego, del Juzgado Penal de ese sitio, de levantar el impedimento de salida que pesa sobre los menores, para ser repatriados al Ecuador, por haber sido encontrados en el país cuando viajaban de manera ilegal hacia los Estados Unidos de América para reunirse

con sus progenitores. Según el promovente, la actuación de las autoridades recurridas es injustificada y lesiona el Derecho de la Constitución, en cuanto carece de la debida fundamentación, en tanto omite señalar la normativa legal que le sirve de sustento (3).

(3) En este caso se tuvo por demostrada la siguiente relación de hechos: el amparado Julio Peñaloza Jiménez fue encontrado por las autoridades recurridas el 26 de abril de 2004, mientras que los menores Alex Sebastián y Óscar Eduardo Reinoso Bautista fueron localizados el 30 de abril de 2004 en una vivienda situada en Concepción de Alajuelita, cuando se desplazaban de manera ilegal desde el Ecuador hacia los Estados Unidos de América, r con el fin de reunirse con sus padres; en la Unidad de Delitos Varios se tramita la causa penal N° 04-007775-042-PE contra Claudio Cordero Santana y otros por el delito de falsificación de documentos para el tráfico de menores y otros, en perjuicio de la fe pública; la Unidad de Atención Inmediata del Área Metropolitana de San José del Patronato Nacional de la Infancia, por resolución de las 15:20 hrs. de 3 de mayo de 2004, inició un proceso especial de protección en sede administrativa y dictó varias medidas a favor de los amparados Reinoso Bautista; lo mismo se dio en el caso del ofendido Peñaloza Jiménez, por resolución de las 17:20 hrs. de 27 de abril de 2004; la Unidad de Atención Inmediata del Patronato Nacional de la Infancia, por resoluciones de 15:10 hrs. y 15:40 hrs. de 6 de mayo de 2004, sustituyó las medidas de protección a los agraviados, por el abrigo temporal en la Organización no Gubernamental Hogar de Vista de Mar del Hospicio de Huérfanos de San José, por un período de 6 meses; la Dirección General de Migración y Extranjería, por resoluciones de 15:05 hrs., 15:28 hrs. y de 15:48 hrs. de 7 de junio de 2004, declaró ilegal el ingreso y la permanencia de los amparados en el país; el 10 de junio de 2004, a las 13:15 hrs., el recurrente se apersonó a las instalaciones de la Oficina Local del Este del Patronato Nacional de la Infancia con el objeto de reclamar a los tutelados; la Oficina Local del Este del Patronato Nacional de la Infancia, por resoluciones de 15:00 hrs. y de 15:30 hrs. de 10 de junio de 2004, ordenó la entrega de los niños al actor; el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José, desde las 09:30 hrs. de 9 de junio de 2004, hasta las 11:50 hrs. de 11 de junio de 2004, practicó un anticipo jurisdiccional de la prueba, en la que intervinieron los imputados de la causa penal N° 04-007775-042-PE, así como los amparados (folios 355 a 365 de la causa penal N° 04-007775-042-PE); el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José, por resolución de las 13:15 hrs. de 11 de junio de 2004, rechazó la solicitud de aplicación de medidas de protección planteada por el Ministerio Público; la Fiscalía interpuso recurso de apelación contra esa decisión, razón por la que el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San

De este modo, en este caso la Sala Constitucional, tras desarrollar los alcances del derecho protegido en el artículo 51 constitucional, que establece el deber estatal de brindar tutela particular a los menores de edad, así como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de manera particular, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (aprobada y ratificada por nuestro país, mediante, la Ley N° 7184, de 18 de julio de 1990, que establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (Artículo 2°), tales como el derecho a ser cuidado por sus padres (Artículo 7°) y el derecho a un “*nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*” (Artículo 27); de la misma manera, ese instrumento internacional le fija una serie de obligaciones a los Estados parte o signatarios, tales como la de velar “*...porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos ... excepto cuando, a reserva de revisión judicial, ... tal separación es necesaria en el interés superior del niño*” (Artículo 9° párrafo 1°)

José, por resolución N° 652-04 de las 10:30 hrs. de 30 de junio de 2004, dispuso: “*Se declara con lugar el recurso de apelación que formula el Ministerio Público. Se revoca la resolución venida en alzada. Vuelva el expediente a la oficina de origen para lo de su cargo, en cuanto a comunicar que los niños no pueden salir del país sin autorización judicial*”; luego de haber obtenido el resultado de las pruebas de ADN que los padres de los menores se efectuaron en la Ciudad de Nueva York, en compañía de autoridades administrativas y judiciales de la República de Costa Rica, el Ministerio Público, en oficio de 15 de junio de 2004, pidió al Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José levantar las medidas de protección decretadas a los ofendidos, a fin de ser entregados a sus progenitores, o a quien presente poder debidamente legalizado por la vía consular y con los requisitos de ley; el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José, por resolución de las 08:00 hrs. de 22 de julio de 2004, dispuso: “*por ser de utilidad y necesidad para los fines del proceso se ordena las siguientes medidas: Valoración médica y análisis psicológico y sociales de los menores por parte de las Secciones Médico Forense y Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial. Se ordena nombrar un curador ad litem a efectos que represente el interés de los menores en este asunto. Artículo 260 Código Procesal Civil. Se ordena promover el proceso administrativo a efectos de varias la situación migratoria de los menores ante el Departamento de Migración y Extranjería. Se ordena comunicar la presente resolución a los padres biológicos de los menores, para lo cual, se comisiona al Consultado de Costa Rica en Nueva York, toda vez, que es derecho de los padres conocer la situación jurídica que ostentan los menores en Costa Rica*”.

y atender toda solicitud, formulada por un niño o por sus padres, para entrar en un Estado parte o para salir de él en forma positiva, humanitaria y expedita), así como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en que se estipula que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (en idéntico sentido Artículo 23, párrafo 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966). Por su parte, el Artículo 25, párrafo 2º, de la supraindicada Declaración señala que "*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...*" y, finalmente, en el Artículo 24, párrafo 1º, se establece que "*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna ... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*". De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a toda luz, que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés del superior del niño, evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental.

Así, al resolver este recurso de habeas corpus, la Sala Constitucional finalmente concluye que las autoridades recurridas no sólo desconocieron la opinión o el criterio de los afectados con motivo de las diligencias de protección que se promovieron a su favor, sino también el derecho que gozan los tutelados de mantenerse junto a sus padres o sus familiares, si esto resulta materialmente posible. Todas estas razones obligan a estimar el recurso, ordenándose a la Jueza Penal del Primer Circuito Judicial de San José, que adopte las medidas necesarias a fin de entregar a esas personas, de manera inmediata, a quien tenga autoridad y ofrezca garantía en representación del Estado ecuatoriano, a efecto de ser trasladados a su país de origen. Asimismo, se le ordena que ejecute las acciones pertinentes con el objeto de asegurar la repatriación de los niños de modo efectivo y oportuno, en estricto apego al interés superior del menor; lo anterior bajo apercibimiento de las consecuencias penales, que se desprenden por la desobediencia a las órdenes dictadas por esta Jurisdicción. Además, se ordenó levantar las medidas de protección que habían sido decretadas a favor de los amparados.

II.3. La Sentencia N° 2007-7388, de 29 de mayo, sobre los matrimonios con poder especial, y no especialísimo.

En esta sentencia la Sala Constitucional resolvió el recurso de amparo interpuesto por Carlos Manuel Segura Jiménez, a favor de Yamile Pérez Ripio y José Ángel Vargas Navarro, contra la Dirección General de Migración y Extranjería. En esa ocasión, el recurrente acusó la violación de los derechos fundamentales de los amparados porque la solicitud de visa de ingreso por reunificación familiar gestionada a favor de Yamilé Pérez Ripoll, ciudadana cubana, fue rechazada por la Dirección recurrida, alegándose que su matrimonio con José Ángel Vargas Navarro, carece de validez porque se celebró con fundamento en un poder especial y no en un poder especialísimo, como lo establece el Artículo 30 del Código de Familia. De este modo, en esa oportunidad la Sala Constitucional tuvo por demostrado que el matrimonio de los amparados, celebrado el 26 de diciembre de 2005, se encuentra inscrito en el Registro Civil; el 2 de mayo de 2006, el amparado Vargas Navarro planteó una solicitud de visa de ingreso y residencia permanente libre de condición a favor de su cónyuge Yamilé Pérez Ripoll; que mediante resolución N° D.G.V.R. 01059-2007 LAUP de las 10:00 hrs. de 20 de marzo de 2007, la Dirección General de Migración y Extranjería denegó la solicitud de visa de ingreso a favor de Pérez Ripoll, por cuanto el matrimonio de ésta con Vargas Navarro se había llevado a cabo por medio de poder especial y no de un poder especialísimo como correspondía.

En esa ocasión la Sala Constitucional consideró:

“Este Tribunal considera que la Dirección General de Migración y Extranjería no puede cuestionar el cumplimiento de requisitos legales de los matrimonios que se encuentran inscritos ante el Registro Civil, pues ello es competencia exclusiva de otras instancias administrativas o judiciales. En el caso concreto, del estudio de la resolución por medio de la cual se rechazó la solicitud de visa de ingreso para la amparada se desprende que tiene fundamento en el hecho de que el matrimonio de Vargas Navarro y Pérez Ripoll se llevó a cabo por medio de un poder especial y no un poder especialísimo, tal y como lo dispone el Artículo 30 del Código de Familia. Es decir, la Dirección recurrida basa la desestimación de la

solicitud de los amparados, en el supuesto incumplimiento de un requisito legal para la realización del matrimonio de los gestionantes, situación que resulta ilegítima pues no corresponde a la autoridad accionada verificar el cumplimiento del requisito referido, toda vez que ello es competencia de otras instancias, más aún si se toma en cuenta que la indicada unión ya se encuentra inscrita ante el Registro Civil. En ese sentido, si lo que pretende la Dirección General de Migración y Extranjería es cuestionar la validez del matrimonio celebrado entre los amparados, deberá substanciar el trámite requerido por el ordenamiento jurídico para anular un asiento inscrito en el Registro Civil. Como corolario de lo expuesto se impone declarar con lugar el recurso con las consecuencias que se detallarán en la parte dispositiva de esta sentencia”.

Así, en la parte dispositiva de esta sentencia, la Sala Constitucional anuló la resolución N° D.G.V.R. 01059-2007 LAUP de las 10:00 hrs. de 20 de marzo de 2007, y ordenó al Director General de Migración y Extranjería, resolver, como en derecho corresponda, la solicitud de visa de ingreso presentada por el amparado el 2 de mayo de 2006, dentro del plazo de quince días contado a partir de la notificación de esta sentencia, sin entrar a valorar si el matrimonio de los amparados, cumple los requisitos establecidos legalmente.

II.4. La Sentencia N° 2014-2425, de 25 de febrero de 2014, sobre la obligación estatal de fundamentar, de manera debida, la detención administrativa de un migrante ilegal.

En esta sentencia la Sala Constitucional conoció el recurso de hábeas corpus planteado por Yesca Chong Yu, mayor, soltera, representante comercial, con cédula de identidad 1-1054-035, vecina de Sabanilla de Montes de Oca; a favor de Hoi Tik Lai, mayor, administrador, casado, con pasaporte número 751403374; contra la Directora General de Migración y Extranjería y el Director General del Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular, ubicado en Hatillo.

En esta oportunidad, la actora alegó que la resolución que ordena la deportación de su representado, carece de fundamento pues no se explican los motivos por los cuales se dispuso esa medida, como tampoco se justifican las razones para su privación de libertad. Además, aduce que

su patrocinado, está casado con costarricense, y ese elemento no fue tomado en cuenta. Al considerar vulnerados los derechos del tutelado, pide que se declare con lugar el recurso con sus consecuencias.

Pues bien, al resolver por el fondo este proceso de habeas corpus, la Sala Constitucional consideró que el 24 de enero de 2014, el tutelado ingreso al Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular, por cuanto, en resolución N° 135-2014-7-DPL-PPM, se declaró la ilegalidad de su permanencia en el país, ordenándose su deportación y el establecimiento del impedimento de entrada al país por un período de 5 años. Sin embargo, es indispensable resaltar que, pese a que el tutelado se encontraba en el país en una condición migratoria irregular que justificó el dictado de su deportación, también es lo cierto que esa circunstancia no lo debería de privar, en modo alguno, de sus derechos esenciales, como la libertad de tránsito, y así lo dispone expresamente el artículo 31 de la Ley General de Migración y Extranjería vigente. En ese sentido, para la Sala, al haberse ordenado la aprehensión administrativa del tutelado, únicamente, bajo el argumento que tenía que ser deportado, implicó una lesión de su derecho fundamental a la libertad de tránsito, pero también una desatención de las garantías que caracterizan a un Estado Constitucional de Derecho. Para la Sala la detención del tutelado no puede limitarse a la mera verificación mecánica de la condición irregular del extranjero y de la emisión formal de una orden de deportación, sino que se debe profundizar tanto en la forma como en los motivos y justificación de esa privación de libertad, sobre todo cuando el propio legislador, en los Artículos 31 y 211 de la Ley General de Migración y Extranjería vigente, ha reconocido la titularidad de los derechos y garantías constitucionales a las personas extranjeras, la excepcionalidad de la medida de aprehensión administrativa y un abanico de opciones sustitutivas a la privación de libertad. Lo anterior obligó a la Sala Constitucional a velar porque este tipo de restricciones a ese derecho, sean debidamente fundamentadas y justifiquen las razones por las cuales se ordena. Empero, en el caso concreto, observó ese Tribunal que en la resolución de detención administrativa N° DG-044-2014-CATECI de las 10:05 hrs. de 25 de enero de 2016, notificada en esa fecha al tutelado y emitida por la Directora General de Migración y Extranjería, considerando tercero, se indica de manera escueta, que *“...en el caso particular del señor de apellido Lai de nombre Hoi Tik, se concluye*

que producto de la forma en que permanece en el país, aunado a que contra el extranjero se dictó resolución de deportación número 135-2014-7-DPL-PPM de fecha 09 de enero de 2014, la cual se encuentra en firme, se generan elementos de convicción bajo parámetros de lógica y razonabilidad, de tomar las medidas pertinentes para asegurar la presencia del citado extranjero en la tramitación del procedimiento correspondiente". Como se desprende de la cita anterior, esa es la única fundamentación y valoración que hizo la Dirección General de Migración y Extranjería para ordenar la detención administrativa del tutelado, sin que se emitiera ningún otro razonamiento que explicara las razones por las cuales no era procedente aplicar alguna o algunas de las otras medidas establecidas en el Artículo 211 de la Ley citada y que son sustitutivas a la privación de libertad, pero que bien podrían haber sujetado a este extranjero al proceso de deportación. Para la Sala, la Administración omitió motivar y fundamentar su decisión de aprehender al tutelado en el Centro de Aprehensión de Extranjeros en Condición Irregular, en lugar de haberle dictado una medida menos gravosa, a pesar que tenía tal obligación como garantía del debido proceso y del derecho de defensa. En vista que ninguna de las razones que pudo haber tenido la Administración para ordenar esa medida tan gravosa en lugar de otra sustitutiva, quedó plasmada en la resolución que la ordenó, se estimó que la detención dispuesta y ejecutada en contra del tutelado, fue arbitraria.

II.5. La Sentencia N° 2015-2074, de 13 de febrero, en que la Sala Constitucional prohíbe la expulsión de una madre migrante ilegal cuyo hijo prematuro recibía tratamiento médico en un hospital público.

En este caso, la Sala Constitucional resolvió el recurso de hábeas corpus planteado por María Cecilia Ramírez Gómez, a favor de Nina Marie, menor de edad y Tanisha Goute, pasaporte 454742566, contra la Dirección General de Migración y Extranjería, en el cual la parte actora alegó que en la Dirección General de Migración y Extranjería se tramitó la solicitud de prórroga de su visa de turista realizada por la señora Tanisha Goute, por cuanto tuvo un parto prematuro y, por ende, su hija –Nina Marie- se encuentra actualmente hospitalizada. No obstante, la Dirección General de Migración y Extranjería rechazó su solicitud y se le ordenó salir del país en el lapso de diez días.

Así, en este caso la Sala Constitucional tuvo por demostrado que:

1) La amparada ingresó al territorio nacional el 30 de setiembre de 2014 y se le otorgó visa de turismo que vencía el 19 de octubre de 2014.

2) El 22 de noviembre de 2014, el Subdirector del Hospital Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia de la Caja Costarricense de Seguro Social, indicó que: “Que el (la) paciente GOUTE NO INDICA OTRO TANISHA (sic) de acuerdo con su cédula N° 001070745. Estuvo internada en el Servicio de OBSTETRICIA del ocho al diecinueve de diciembre de dos mil catorce. Diag.: Preeclampsia severa. G3P1A1C0. R. Labor de parto, producto femenino viva, nacida el trece de diciembre de dos mil catorce. Operación: Cesárea. Estuvo internada en el Servicio de MATERNIDAD del seis al siete de diciembre de dos mil catorce. Diag. Hipertensión Arterial cónica secundaria. Estuvo internada en el Servicio de MATERNIDAD el veintidós de noviembre del dos mil catorce. Diag.: Hipertensión Arterial crónica”.

3) El 16 de enero de 2014, el Subdirector a. i. del Hospital Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia de la Caja Costarricense de Seguro Social, indicó: “Que el (la)” paciente: GOUTE NO INDICA OTRO NIÑA (sic). De acuerdo con su cédula N° 001070891. Se encuentra internada en este Hospital, desde el trece de diciembre de dos mil catorce, sin que se pueda precisar aún la fecha hasta la cual deba permanecer hospitalizada e incapacitada”.

4) El 23 de enero de 2015, la recurrente en su condición de apoderada especial de Tanisha Goute presentó solicitud de prórroga de visa de turismo debido a que: “... estando en Costa Rica, se me adelantó el parto y tuve a mi hija NiNa (sic), quien por ser prematura todavía se encuentra en el Hospital Calderón Guardia, y todavía no tengo la fecha de salida de ella...”.

5) El 29 de enero de 2015, la Dirección General de Migración y Extranjería resolvió: “... DENEGAR a TANISHA GOUTE, la solicitud de prórroga de su visa de turismo, ya que al momento de presentar su solicitud permanecía en una condición irregular en el país y excedió la permanencia en territorio nacional por más de noventa días en calidad de turista...”. Además, que dispuso que debía abandonar el país en el término de diez días hábiles contados a partir de la notificación de esa resolución.

Al resolver el recurso, la Sala Constitucional indicó, en primer lugar, que, si bien el Estado goza de la facultad de determinar la política migratoria y, con base en esto, definir si la permanencia de un extranjero es procedente o no, tal potestad debe realizarla con absoluto arreglo a los principios y normas constitucionales, fundado en la dignidad del ser humano y en el respecto de sus derechos fundamentales. En segundo, la Sala pone de manifiesto la obligación estatal de vigilar por el pleno respeto del interés superior del menor. Por este motivo, la Sala declara con lugar el recurso, anula la Resolución N° 135-504151-Administrativa de 29 de enero de 2015 de la Dirección General de Migración y Extranjería y le ordenó a esa autoridad otorgar un plazo razonable a la tutelada para que legalice su situación migratoria.

II.6. La Sentencia N° 2015-4322, de 27 de marzo, sobre la obligación estatal de no rechazar, *ad portas*, la documentación de las personas migrantes.

En este caso, la Sala Constitucional resolvió el recurso de amparo planteado por Francisco José García, cédula de identidad número 8-081-414; a favor de Chiwen Wu; contra la Dirección General de Migración y Extranjería, quien alegó que el 18 de febrero de 2015, el amparado se presentó en la Dirección General de Migración y Extranjería con la documentación solicitada en la resolución número 135-488124 ADMINISTRATIVA para legalizar su permanencia en el país; empero, se le rechazó *ad portas* sus documentos sin antes realizar alguna valoración adecuada del caso, lo cual consideró que vulneraba los derechos fundamentales del tutelado.

En esta ocasión, la Sala Constitucional tuvo por demostrado, en primer lugar, que el 18 de febrero de 2015, el tutelado se presentó en el Subproceso de Documentación de la Dirección General de Migración y Extranjería, a efectos de cumplir con la documentación requerida en la resolución número 135-488124-Administrativa, para legalizar su estatus migratorio; en segundo, en vista que la documentación presentada por el amparado no estaba completa, se le informó que debía presentar la documentación como correspondía; tercero, al momento en que se dictó la resolución que le concedió su permanencia legal en el país, la autoridad recurrida le previno al amparado que cuando se presentara a documentarse, debía aportar el entero de gobierno por un monto de 98 dólares y, además,

el documento que demostrara su aseguramiento en el régimen de la CCSS; finalmente, se tuvo por demostrado que el documento de aseguramiento que el tutelado presentó no correspondía a su persona.

De este modo, en cuanto al fondo la Sala Constitucional consideró que: “A pesar de esta situación, la Sala es del criterio que los documentos que el tutelado pretendía presentar el 18 de febrero de 2015, debieron ser recibidos, independientemente de que alguno de ellos tuviera algún error. Según se explicó en el considerando IV de esta sentencia, la Administración tiene la obligación de recibir las solicitudes de los administrados, darles trámite y resolver lo que en definitiva corresponda. En dado caso que la Dirección General de Migración y Extranjería hubiera advertido vicios para darle curso a la gestión, lo pertinente era haberle concedido al administrado un plazo prudencial para corregir tales defectos (v.gr., concederle plazo para presentar el documento correspondiente al aseguramiento en la CCSS) y haberle comunicado tal prevención de manera escrita. Tal como ha sostenido reiteradamente este Tribunal en sus precedentes, la simple denegatoria a recibir la gestión inicial, injustificada por demás, implica una abierta lesión a las garantías esenciales de petición y de obtener pronta respuesta, por lo que se impone declarar con lugar el recurso en este sentido”.

Por consiguiente, se declaró con lugar el recurso, y se ordenó a la Directora General de Migración y Extranjería, admitir, de inmediato, la documentación presentada por el amparado Chiwen Wu, el 18 de febrero de 2015, y concederle plazo para corregir los defectos encontrados.

II.7. La Sentencia N° 2016-00788, de 20 de enero, acerca del deber estatal de dotar al migrante detenido de asistencia consular.

El recurrente acusó que la Dirección General de Migración y Extranjería ordenó la detención administrativa de los amparados, 3 ciudadanos cubanos, pese a que se encuentran en igual condición que el resto de sus coterráneos que se dirigen a Estados Unidos, lo que viola sus derechos fundamentales. Además, en el procedimiento se les recibió declaración sin tener representante legal, en tanto que, a uno de éstos, no se le ha notificado resolución que ordene su detención, lo que viola su derecho de defensa, además, que no se les dio asistencia consular. Finalmente,

adujo que los amparados no pueden ser devueltos a Cuba, sino a un tercer país, pues huyen del régimen socialista y podrían sufrir represalias por haber salido del país.

En esa ocasión la Sala tuvo por demostrado que, efectivamente, el 18 de diciembre de 2015, al ser las 08:30 horas, los tres amparados se presentaron al Puesto Fronterizo de Migración en Peñas Blancas, y solicitaron la renovación de la visa humanitaria a fin de continuar su camino hacia Estados Unidos, pero al constatar que su pasaporte no contaba con visa ni sello de ingreso legal, fueron aprehendidos y trasladados al Centro de Aseguramiento de Extranjeros en condición irregular en Hattillo, al que ingresaron el mismo día. Asimismo, se aprecia que, mediante resoluciones administrativas debidamente fundamentadas, notificadas personalmente a los tutelados el mismo día de su dictado, la Dirección General de Migración y Extranjería ordenó su detención administrativa. Tras analizar los argumentos y los elementos fácticos de este proceso de habeas corpus, la Sala Constitucional lo declaró con lugar, únicamente, en cuanto se dirigía contra la omisión de brindar asistencia consular a los amparados que lo hayan solicitado, o que expresamente lo soliciten y mientras sea su voluntad, todo con sustento en el siguiente orden de consideraciones:

“Sobre la solicitud de asistencia consular. En cuanto, a la ausencia de asistencia consular, el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre asistencia consular, en su Artículo 36 establece el derecho de los funcionarios consulares a visitar al Nacional del Estado que se halle arrestado, detenido en prisión preventiva o de cualquier forma para asistirlo o asesorarlo, siempre y cuando el detenido no se oponga a ello. En lo que interesa señala la norma:

“Artículo 3.

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) Los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

Esta norma fue objeto de interpretación por parte de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en la Consulta 16/99, en la que se estableció que esta norma tiene un contenido de derecho fundamental aún y cuando no está inserta en un instrumento de derechos humanos y le da al detenido el derecho a solicitar asistencia consular. No discrimina si es con ocasión de una causa penal únicamente por lo que se interpreta conforme los principios *pro homine* y *pro libertate* en forma amplia a favor de cualquier privación de libertad sea ésta de carácter administrativo o penal. En lo que interesa señala textualmente la consulta de referencia:

“81. Los apartados b) y c) del Artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares se refieren a la asistencia consular en una situación particular: la privación de libertad. La Corte estima que estos apartados requieren análisis separado. El apartado b) dispone que, si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor

deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado. El texto citado consagra, entre otros, el derecho del extranjero privado de la libertad a ser informado, "sin dilación", de que tiene a) derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y b) derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida "sin demora".

82. Los derechos mencionados en el párrafo anterior, que han sido reconocidos por la comunidad internacional en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, tienen la característica de que su titular es el individuo. En efecto, el precepto es inequívoco al expresar que "reconoce" los derechos de información y notificación consular a la persona interesada. En esto, el Artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia.

83. Los derechos reconocidos al individuo por el apartado b) del artículo 36.1, ya citado, se relacionan con el apartado siguiente, de acuerdo con el cual c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello [.] Como se desprende del texto, el ejercicio

de este derecho sólo está limitado por la voluntad del individuo, que puede oponerse “expresamente” a cualquier intervención del funcionario consular en su auxilio. Esta última circunstancia reafirma la naturaleza individual de los referidos derechos reconocidos en el Artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

84. Por lo tanto, la Corte concluye que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Esta interpretación se confirma por la historia legislativa del artículo citado. De ésta se desprende que aun cuando en un principio algunos Estados consideraron que era inadecuado incluir formulaciones respecto de los derechos que asistían a nacionales del Estado que envía, al final se estimó que no existía obstáculo alguno para reconocer derechos al individuo en dicho instrumento.

85. Ahora bien, es necesario examinar si las obligaciones y derechos consagrados en dicho artículo 36 conciernen a la protección de los derechos humanos.

86. Si el Estado que envía decide brindar su auxilio, en ejercicio de los derechos que le confiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión.

87. Por lo tanto, la comunicación consular a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquel. Esta es la interpretación que debe darse a las funciones de “protección de los intereses” de dicho nacional y a la posibilidad de que éste reciba “ayuda y asistencia”, en particular, en la organización de “su defensa ante los tribunales”. La relación que existe entre los derechos conferidos por el Artículo 36 y los conceptos de “debido proceso legal” o “garantías judiciales” se examina en otra sección de esta Opinión Consultiva (infra 110”).

(...)

Los recurrentes manifiestan que solicitaron asistencia consular y no la han recibido, sin que conste en el expediente prueba en contrario. En ese sentido, de conformidad con lo expuesto supra, procede estimar este recurso de habeas corpus, para que a los recurrentes y en general a todo detenido extranjero que expresamente así lo solicite y mientras sea su voluntad, reciba asistencia consular, durante la detención, para los efectos de la Convención de Viena sobre asistencia consular o en general para su asesoría y defensa si así lo requiere. En consecuencia, deberán las autoridades de migración, solicitar la audiencia consular antes de la ejecución de la deportación, para cualquier detenido extranjero que así lo manifiesta expresamente y en el caso de los recurrentes necesariamente ya que así lo han manifestado en este recurso de habeas corpus”.

II.8. La Sentencia N° 2016-1899, de 9 de febrero, en que la Sala Constitucional ordenó corregir las condiciones de hacinamiento detectadas en el Centro de Detención de Extranjeros.

Finalmente, en esta sentencia la Sala Constitucional conoció el recurso de hábeas corpus promovido por Rodolfo Nassar Guier, cédula de identidad N° 106510728, a favor de Marlene Yuleisi Canon Molina, y Mohammed Abdel Zhader, contra la Dirección General de Migración y Extranjería.

En este proceso el actor alegó que los amparados se encuentran privados de libertad en el Centro de Aprehensión desde el 9 de enero de 2016 y desde esa fecha la amparada, quien se encontraba embarazada, requirió atención médica, siendo que la misma se le brindó hasta el 11 de enero, lo que provocó la pérdida del bebe. Acusó, asimismo, que el Centro donde se encuentran detenidos, existe hacinamiento y las personas deben de dormir en el piso.

En este caso, la Sala Constitucional consideró, por un lado, que la detención de los amparados goza de la debida fundamentación, en la medida en que se encuentran en el país de modo ilegal, que no tenían arraigo, y que era necesaria su aprehensión en aras que se pueda ejecutar el procedimiento de deportación y, por otro, que no consta que la tutelada haya

solicitado atención médica o que se haya quejado ante los oficiales de algún malestar físico, así como tampoco consta que la autoridad recurrida le haya negado la atención médica oportuna, por lo que no verifica una lesión al derecho a la salud de la amparada. En todo caso, la Sala tuvo por demostrado que, con posterioridad a la intervención quirúrgica, la Dirección recurrida la trasladó a un hostel para su recuperación y cuidado post operatorio y luego, el 16 de enero del 2016, la Dirección levantó la detención administrativa y modificó la medida de detención administrativa, por la de presentación y la firma periódica, una vez cada quince días a la Dirección de la Policía Profesional de Migración y Extranjería en la Uruca, a partir de 29 de enero de 2016, hasta tanto se resuelva en firme la solicitud de refugio interpuesta. Ahora bien, si el aborto fue producto de las condiciones en las que se encontraba la amparada en el Centro de Atención, o bien, por la situación vivida previo al ingreso a este centro u otros factores fisiológicos, es un asunto técnico que no puede ser valorado ante la Jurisdicción Constitucional, en la medida en que excede la naturaleza sumaria del recurso.

No obstante, lo anterior, en lo que respecta a las condiciones de hacinamiento del Centro de Aseguramiento para Extranjeros en Tránsito, la Sala Constitucional tuvo por acreditado que:

- No reúne las condiciones mínimas que establecen las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, en cuanto a las condiciones de higiene, de espacio, de ventilación y de salud con que deben contar las instalaciones que funcionan como cárceles o centros de detención. Lo anterior se desprende del informe rendido a este Tribunal por parte del Ministerio de Salud, con ocasión de la Inspección realizada al Centro de Aseguramiento referido, según se ordenó mediante resolución de las 15:54 horas del 27 de enero de 2016.

- El Director del Área de Salud de Hatillo del Ministerio de Salud informó que en dicho Centro se ha excedido la capacidad de personas que puede albergar, provocando situaciones de hacinamiento, y sus consecuencias, dada las dimensiones de la celda y la cantidad de personas que allí permanecen.

- Asimismo, advirtió el Ministerio de Salud, las deficiencias detectadas incluyen la falta de iluminación y ventilación en las celdas, no existen suficientes camarotes, por lo que algunas personas deben dormir en colchonetas en el suelo, los servicios sanitarios y duchas no tienen buen drenaje, lo que incide en forma negativa en la preservación de la salud de los individuos, así como en la capacidad para poder enfrentar brotes y/o contagios.

- Por otra parte, la parte recurrida aportó un informe realizado por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, creado por Ley número 9204, de 18 de febrero de 2014, que es un órgano de desconcentración máxima, adscrito administrativamente a la Defensoría de los Habitantes, pero con independencia funcional y de criterio. Precisamente, dicho órgano tiene como fin de fortalecer la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, y degradantes. Efectivamente, en el informe rendido se reiteró lo dicho por las autoridades del Ministerio de Salud, en el sentido que constató el alto grado de hacinamiento que tiene CATECI, siendo que el informe reveló que hay una sobrepoblación actual del Centro que supera el veinte por ciento de la capacidad.

- Además, dicho informe señaló que la infraestructura de las celdas se encuentra muy deteriorada, son muy oscuras, no se cuenta con ventilación ni iluminación natural, ni artificial. Los servicios sanitarios se encuentran en mal estado y en malas condiciones de higiene, aunado que no existe abastecimiento de agua potable durante las veinticuatro horas, tanto para consumo y aseo personal como para las labores de limpieza.

- A su vez, contrario a lo dicho por el recurrente, concluyó que el centro les brinda los tres tiempos de comida, y existe una dieta especial para aquellos que así lo requieran. En cuanto a los artículos de aseo personal, la recurrida les provee a los detenidos de pasta de dientes, jabón de baño y papel higiénico, cepillos dentales, pero no se les brinda toallas sanitarias para las mujeres detenidas.

De esta manera, en el caso presente la Sala Constitucional consideró que se confirió a los tutelados un trato degradante e indigno, justamente por las condiciones de hacinamiento en que se encuentra el Centro referido. Por este motivo, se estimó parcialmente el recurso de habeas corpus,

ordenándose a la Directora General y Jefe del Centro de Aprehensión Temporal Para Extranjeros, en Condición Irregular, ambos de la Dirección General de Migración y Extranjería, que, en forma inmediata, a partir de la notificación de esta resolución, deben adoptar las medidas administrativas que sean necesarias para disponer de un lugar adecuado para los extranjeros en situación irregular que deban ser detenidos, con las condiciones básicas para garantizar su dignidad y su derecho a la salud y atender las recomendaciones efectuadas por el Ministerio de Salud. Asimismo, deberán garantizar en el Centro, el abastecimiento de agua en forma continua, proveer de camas a todas las personas que se encuentran detenidas y suministrar toallas sanitarias a las mujeres detenidas.

III. Tutela de los derechos de las personas refugiadas en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional

Una vez comentadas algunas sentencias señeras de la Sala Constitucional en materia de protección de los derechos de las personas migrantes, a continuación, se realizará el análisis con respecto a los derechos de las personas refugiadas. Con ese propósito, se han escogido las siguientes decisiones: la Sentencia N° 00156-89, sobre el derecho a trabajar de los refugiados; la sentencia N° 2004-09255, sobre ciertas restricciones impuestas por el Colegio de Médicos a profesionales en medicina extranjeros que tenían la condición de refugiados; la sentencia N° 2005-4293, acerca del derecho de los refugiados de efectuar trámites bancarios y acceder al crédito; la sentencia N° 2008-11576, en que se reconoce la condición de refugiada a una mujer norteamericana que era víctima de violencia doméstica en su país de origen, lo cual tuvo por fin impedir la ejecución de una orden de extradición que había sido decretada en su contra; y, finalmente, la sentencia N° 2014-0958, en que se establece que para el reconocimiento de la condición de refugiados, y posteriores trámites migratorios, no se puede exigir el cumplimiento de requisitos que suponen una situación de riesgo para el interesado.

III.1. La Sentencia N° 00156-89, de 6 de diciembre sobre el derecho a trabajar de los refugiados.

En esta sentencia, la Sala Constitucional conoció el recurso de amparo planteado por Manuel Orlando Dávila Urbina, de nacionalidad nicaragüense y refugiado contra la Comisión Mixta de Permisos de Trabajo a Refugiados. En este caso el actor alegó que la decisión tomada por la autoridad recurrida, en que se le denegó el permiso de trabajo, vulneró la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Convención de Ginebra) y su Protocolo de 1967, así como de los numerales 7°, 19, 48 y 56 de la Constitución Política de la República. En este caso, aunque la Sala tuvo por demostrado que el acto adoptado por la autoridad accionada se sustentaba en los Artículos 13 y 69, inciso b), del Código de Trabajo, también puso de manifiesto que el señor Dávila Urbina tiene más de tres años de residir en el país, está casado con costarricense y tiene hijo costarricense, con lo cual se cumplían las condiciones previstas en el artículo 17 de la Convención, que dispone:

Artículo 17.- Empleo remunerado.

1.- En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros.

2.- En todo caso, las medidas restrictivas respecto de los extranjeros, impuestas para proteger el mercado nacional de trabajo, no se aplicará a los refugiados que ya estén exentos de ellas en la fecha en que esta Convención entre en vigor respecto del Estado contratante interesado, o que reúnan una de las condiciones siguientes:

- a) Haber cumplido tres años de residencia en él;
- b) Tener un cónyuge que posea la nacionalidad del de residencia. El refugiado no podrá invocar los beneficios de esta disposición en caso de haber abandonado a su cónyuge; y
- c) Tener uno o más hijos que posean la nacionalidad del país de residencia.

3.- Los Estados contratantes examinarán benévolutamente la asimilación, en lo concerniente a la ocupación de empleos remunerados, de los derechos de todos los refugiados a los derechos de los nacionales, especialmente para los refugiados que hayan entrado en el territorio en tales Estados en virtud de programas de contratación de mano de obra o de planes de inmigración”.

Con sustento en el contenido de esas disposiciones, se declaró con lugar el recurso de amparo.

III.2. La Sentencia N° 2004-09255, de 25 de agosto, sobre ciertas restricciones impuestas por el Colegio de Médicos a profesionales en medicina extranjeros que tenían la condición de refugiados.

En este caso, la Sala Constitucional conoció la acción de inconstitucionalidad promovida por María Victoria Cadavid Restrepo, refugiada política y colombiana contra los artículos 4°, párrafo final, y 5° inciso e) del Reglamento del Médico Residente Becado Extranjero, emitido por la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica el 3 de julio de 2002. Dichas normas estipulaban lo siguiente:

“**Artículo 4°**- El interesado en optar por una plaza de Médico Residente Extranjero deberá aceptar su responsabilidad de sufragar los gastos que por concepto de transporte, estadía, alimentación, matrícula y otros, demande su proceso de adiestramiento, para lo que deberá aportar documentación anualmente o cuando así lo requiera el Colegio, debidamente autenticada por las correspondientes autoridades del país que lo expida, por el Cónsul de Costa Rica en ese país y por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en Costa Rica, de la forma en que será apoyado desde el punto de vista económico en su calidad de becado extranjero debiendo fijar la Junta de Gobierno del Colegio la suma mínima que debe recibir el becado.

Por ningún motivo podrá recibir beca, salario o apoyo económico de cualquier tipo de instituciones nacionales”.

“**Artículo 5º**- Los médicos interesados deberán presentar ante la Junta de Gobierno previo a cualquier trámite ante otra institución, solicitud con timbres médicos correspondientes y acompañada de los siguientes requisitos.

a) Título original y copia certificada, que lo acredite como médico cirujano debidamente autenticado por las autoridades correspondientes del país de origen que lo expida, por el Cónsul de Costa Rica en ese país y por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica.

b) Certificación expedida por la institución que otorga la beca (o de otras formas de financiamiento), detallando el monto, que no podrá ser en ningún caso inferior al sueldo regular de un médico residente nacional, así como estados financieros vigentes legalizados y autenticados debidamente como el título de médico en el inciso anterior, de la institución que beca al residente médico extranjero.

c) Fórmula para datos personales.

d) Dos fotografías tamaño pasaporte.

e) Declarar bajo la fe del juramento ante Notario Público autorizado en Costa Rica, que no solicitará, ni ejercerá la Medicina en Costa Rica al concluir sus estudios de especialidad, según fórmula de declaración jurada expedida por el Colegio”.

En esta ocasión la actora consideró que las disposiciones impugnadas vulneraban los derechos protegidos en los artículos 19 (sobre el régimen jurídico de las personas extranjeras en el país), 28 (sobre el principio de reserva de ley), y 56 (sobre el derecho al trabajo) de la Constitución Política. En este caso, la Sala Constitucional consideró que, de la lectura de las disposiciones impugnadas (artículos 4 párrafo final y 5 inciso e) del Reglamento del Médico Residente Becado Extranjero), es fácil concluir que ambas son contrarias al Derecho de la Constitución. Lo anterior por cuanto, estas normas imponen restricciones absolutas para el ejercicio de las profesiones de Medicina y Cirugía, para aquellas personas que hayan accedido a una residencia en condición de becados extranjeros, impidiéndoles laborar en Costa Rica o incluso recibir salario u otros estipendios de personas u organizaciones costarricenses. La Junta de Gobierno del Colegio aludido, al aprobar las disposiciones reglamentarias impugnadas, se

extralimitó en sus potestades. Impuso una restricción absoluta para los médicos que efectuarán estudios de especialidad en el país bajo el régimen de becados extranjeros, impedimentos que van, incluso, más allá del período durante el cual realicen sus estudios. Crea una nueva categoría de personas que, aun si obtienen los permisos migratorios y de trabajo correspondientes y son contratados para prestar sus servicios en el país, están impedidos para trabajar en Costa Rica en forma indefinida, lo cual también trasgrede el Artículo 19 de la Constitución Política. Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

III.3. La Sentencia N° 2005-4293, de 20 de abril, acerca del derecho de los refugiados de efectuar trámites bancarios y acceder al crédito.

La Sala Constitucional, en la sentencia referida, resolvió el recurso de amparo planteado por Carlos Ricardo Ángel Sánchez, refugiado contra el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, la Dirección General de Migración y Extranjería y el Ministerio de Gobernación y Policía. En este asunto, la parte actora alegó que el Banco Popular y de Desarrollo Comunal le rechazó una solicitud de crédito que presentó por ser refugiado y carecer de residencia permanente, lo cual estimó una interpretación errónea de lo dispuesto en los numerales 36 y 41 de la Ley General de Migración y Extranjería que se agrava con el hecho que para un refugiado es imposible variar su condición migratoria y solicitar una residencia permanente (4).

(4) En este caso la Sala Constitucional tuvo por demostrado que: "Por Resolución 0330-2001-DR-KOV de las nueve horas del once de mayo de dos mil uno, la Dirección General de Migración y Extranjería concedió al amparado Carlos Ricardo Ángel Sánchez la condición de refugiado. El amparado Carlos Ricardo Ángel Sánchez realizó gestiones de crédito ante el Banco Popular y de Desarrollo Comunal. Mediante oficio SGN-642-2004 del veinte de agosto de dos mil cuatro, el Subgerente del Banco Popular y de Desarrollo Comunal informó al Gerente General que resulta improcedente concederle un crédito al amparado Carlos Ricardo Ángel Sánchez por no contar con cédula de residencia y ser radicado temporal. Dicho acuerdo fue informado al recurrente el siete de setiembre de dos mil cuatro".

En el caso concreto consideró la Sala Constitucional que la Convención de 1951, sobre el estatuto de los refugiados, es un instrumento internacional de derechos humanos que ofrece un marco global, uniforme y especializado para la protección de los refugiados. Por eso, entendió la Sala la importancia de hacer efectivo dicho instrumento en nuestro ordenamiento, dado que sólo de esa forma se contribuye a la aplicación universal de los principios y preceptos consagrados en él, y se confirma el compromiso de tratar la cuestión de los refugiados como una responsabilidad internacional compartida. Si bien no se desprende de la citada Convención un derecho expreso a favor de los refugiados a recibir créditos bancarios, sí existe un compromiso del Estado para incentivar su inserción en las actividades productivas, la compra de bienes muebles e inmuebles y a cualquier tipo de trabajo lícito, para lo cual es claro que debe brindarse los incentivos y las facilidades respectivas, dentro de las cuales puede ubicarse la posibilidad de acceder a un crédito bancario. De igual forma, a partir de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Política, quedó claro que los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que la Constitución y la ley establecen. Al exigir y garantizar el artículo 19 un trato igual, se observa una específica manifestación del derecho de igualdad y del principio de no discriminación que predica, en sentido general, el artículo 33 de la norma fundamental. Es claro, entonces, que si la misma Constitución prescribe, entre otros posibles, un régimen de equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros, no puede ser sino porque asume que la agregación de estos últimos a la vida nacional tiene o puede tener, en general, consecuencias valiosas.

De este modo, estimó la Sala que independientemente de la posibilidad legal o no que el recurrente cambie su categoría migratoria de temporal a permanente, lo cierto es que resulta desproporcionado que se le impida acceder a un crédito bancario por su simple condición de refugiado. Lo anterior, además de ser discriminatorio, resulta contrario a los instrumentos internacionales ratificados en nuestro país y a lo dispuesto en nuestra Constitución Política. Así, al constatarse que resultaba discriminatorio el hecho que se le negara al amparado, únicamente, por su condición de refugiado, la posibilidad de acceder a un crédito, la Sala estimó el recurso, no sin antes asegurar que las autoridades del Banco Popular y

de Desarrollo Comunal ostentan los medios suficientes a través de los cuales se puede asegurar el pago de una eventual deuda, con las garantías correspondientes, sin que influya en ningún sentido la condición migratoria del amparado.

III.4. La Sentencia N° 2008-11576, en que se reconoce la condición de refugiada a una mujer norteamericana que era víctima de violencia doméstica en su país de origen, lo cual tuvo por fin impedir la ejecución de una orden de extradición que había sido decretada en su contra.

En este caso, la Sala Constitucional conoció de varios recursos de habeas corpus acumulados todos a favor de Chere Lyn Tomayko; contra el Tribunal de Casación Penal, el Tribunal de Juicio de Heredia y el Estado de Costa Rica. En este caso, los accionantes reclamaron la violación de la libertad personal de la amparada, por cuanto se muestran disconformes con la ejecución de las diligencias de extradición que se han instaurado en su contra. En este sentido, acusan que la tutelada ha adquirido la condición de ciudadana de este país por haber contraído matrimonio con un costarricense, y que no se puede ejecutar la extradición mientras la Dirección General de Migración y Extranjería no resuelva la solicitud de refugio que se ha instado a favor de la afectada. Estas situaciones, según las recurrentes, son ilegítimas y lesionan el Derecho de la Constitución.

En este caso, la Sala Constitucional tuvo por demostrados los siguientes hechos:

“a) Contra la amparada se tramitan unas diligencias de extradición a petición del Gobierno de los Estados Unidos de América, por el delito de secuestro internacional de la menor (bajo el expediente N° 07-000072-016-PE), el cual ha sido estimado por el Tribunal de Juicio de Heredia (informe a folio 60);

b) El 22 de febrero de 2008 la amparada planteó una solicitud ante la Dirección General de Migración y Extranjería, con el fin de obtener el status migratorio de refugiada (folio 264);

c) El 6 de abril de 2008 la tutelada contrajo matrimonio con el Sr. Javier Francisco Montero Umaña, de nacionalidad costarricense, quien es el padre de las menores Ana Sofía Montero Tomayko y Ariana Nicole

Montero Tomayko, que nacieron el 18 de junio de 2008 y el 17 de septiembre de 2002, respectivamente (informe a folio 107);

d) La Dirección General de Migración y Extranjería, por resolución N° 135-99560-Administrativa de las 14:43 hrs. de 24 de abril de 2008, denegó la solicitud del refugio (folio 264);

e) El Tribunal de Casación Penal, por resolución N° 2008-0382 de las 14:15 hrs. de 8 de mayo de 2008, declaró sin lugar los recursos apelación planteados sobre las diligencias de extradición promovidas contra la tutelada (folio 62);

f) La ejecución de la orden de extradición fue programada para el 17 de julio de 2008 (folio 254);

g) Ante el recurso de apelación planteado por la tutelada frente a la decisión de la Dirección General de Migración y Extranjería, N° 135-99560-Administrativa de las 14:43 hrs. de 24 de abril de 2008, la Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, en la resolución N° 1023-2008-DMG de las 08:00 hrs. de 23 de julio de 2008, dispuso otorgarle a la tutelada la condición de “refugiada de conformidad con la Convención de 1951 y su protocolo de 1967; para lo cual deberá apersonarse a la Dirección General de Migración y Extranjería a efecto de obtener el documento respectivo (folios 264 a 271)”.

En este caso, la Sala Constitucional realizó una aclaración preliminar en el sentido que si bien la legitimidad del proceso de extradición incoado contra la promovente había sido examinada por ese Tribunal Constitucional en otras oportunidades en el caso presente han sido formulados dos argumentos que no habían sido analizados con anterioridad: el primero, la imposibilidad de ejecutar la orden de extradición que se ha emitido contra la tutelada, por encontrarse pendiente de resolver una solicitud que ha promovido ante la Dirección General de Migración y Extranjería, con el fin de recibir el status migratorio de refugiada y, el segundo, el hecho de haber obtenido o no la ciudadanía costarricense, por contraer matrimonio con el Sr. Javier Francisco Montero Umaña, quien es nacional de este país, y el padre de dos de sus hijas menores Ana Sofía Montero Tomayko y Ariana Nicole Montero Tomayko, quienes nacieron el 18 de junio de 2008 y el 17 de septiembre de 2002, respectivamente.

De esta manera, en esta sentencia la Sala Constitucional desarrolla los alcances y la protección que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos les brinda a las personas refugiadas, de la siguiente manera:

“VII.- Sobre el fondo. De conformidad con el artículo 1º, sección A, párrafo 2º, de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico mediante la Ley N° 6079 del 28 de agosto de 1977, el término refugiado se aplica a toda persona que:

“Como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

Este criterio que fue retomado por el derecho interno en el Artículo 1º del Decreto Ejecutivo N° 32195 de 22 de septiembre de 2004, según el cual, se “Considera refugiado a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida, se encuentra fuera del país de su nacionalidad, y no pueda o no quiera acogerse a la protección de ese país”.

Por su parte, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 22 de noviembre de 1984 (reconocida y reafirmada en la Declaración de San José, Costa Rica, sobre los Refugiados y personas desplazadas de 7 de diciembre de 1994), que recoge la mejor tradición latinoamericana en la materia, y extiende esta condición a

“Las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violencia masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público” (parte III, Tercera).

En vista que la Convención suscrita por Costa Rica no establece procedimiento administrativo alguno para la obtención de la condición de refugiado, cada Estado contratante puede establecer el trámite que estime

más apropiado, por lo que todo refugiado tiene, respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas en aras de asegurar su máxima protección. Precisamente, con el objetivo de resguardar la seguridad y la integridad de aquellas personas amparadas por un estatus de refugiado, el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados establece el principio de no devolución (*non refoulement*) que constituye la piedra angular del sistema internacional de protección al refugiado, el cual, significa la protección del refugiado contra la expulsión o cualquier forma de devolución a las fronteras de territorios donde su vida o su libertad estarían en peligro y este principio beneficia no sólo a aquellas personas que tienen un miedo fundado de persecución en el sentido de la Convención de 1951 sobre Refugiados, sino también a las cubiertas por la definición regional de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena. Asimismo, cabe destacar que la referida Declaración de Cartagena recalca este principio en la Conclusión Duodécima, al señalar lo siguiente:

“Reiterar el carácter voluntario e individual de la repatriación de los refugiados y la necesidad de que ésta se produzca en **condiciones de completa seguridad**, preferentemente, al lugar de residencia del refugiado en su país de origen” (lo resaltado no es del original).

Es en virtud de los referidos principios, que los Estados nacionales asumen un inquebrantable compromiso de velar por la seguridad e integridad de las personas amparadas por la protección especial derivada de su condición de refugiadas, lo cual, se ha reflejado en el ordenamiento jurídico interno, toda vez, que el artículo 111 de la Ley de Migración y Extranjería ordena lo siguiente:

“**Artículo 111.** Salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, no podrá ser deportada, expulsada ni devuelta al territorio del país donde su vida o su libertad peligren por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas, ninguna persona refugiada ni asilada. Tampoco podrá deportarse ni expulsarse a ninguna persona que solicite refugio o asilo cuya gestión aún esté pendiente de resolución firme.”

Por su parte, el Artículo 112 ídem establece:

“Artículo 112.-

La interposición de una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado o de asilado, tendrá efecto suspensivo sobre la ejecución de la extradición de la persona extranjera, hasta que el procedimiento correspondiente haya sido completado, mediante resolución firme e inapelable. **El reconocimiento de la condición de refugiado o de asilado tendrá el efecto de terminar cualquier procedimiento de extradición iniciado contra la persona refugiada o asilada, a petición del Gobierno del país donde se haya cometido el supuesto delito, basado en los mismos hechos que justificaron dicho reconocimiento**” (lo resaltado no es del original).

Así como también en el artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 32195, que ordena lo siguiente:

“**Artículo 18.** En virtud del artículo 31 de la Constitución Política de Costa Rica, ningún refugiado será devuelto, al país donde su vida o su libertad corran peligro por motivo de persecución, salvo lo dispuesto en el artículo anterior”.

VIII.- Sobre las competencias de la Dirección General de Migración y Extranjería. De importancia para resolver el asunto, cabe señalar que, tratándose de los extranjeros, el Estado costarricense puede, en el ejercicio de su soberanía, regular su ingreso y permanencia al territorio nacional y dictar las políticas migratorias que estime oportunas. Además, toda persona que ingrese o egrese del país debe someterse a los controles migratorios correspondientes a la luz de lo ordenado en el artículo 30 de la Ley de Migración y Extranjería, que dispone lo siguiente:

“**Artículo 30.** Será obligación de toda persona que pretenda ingresar al territorio nacional o egresar de él o de quien efectúe el movimiento correspondiente, hacerlo exclusivamente por los puestos habilitados para tales efectos y someterse al control migratorio correspondiente, con el fin de determinar si cuenta con las condiciones y los requisitos legales y reglamentarios vigentes para permitirle el ingreso al país o la salida de él. En todos los casos deberá mediar la correspondiente autorización de la Dirección General, por medio del funcionario competente de la Policía Especial de Migración”.

Específicamente, en relación a las personas refugiadas, la Ley de Migración y Extranjería preceptúa lo siguiente:

“**Artículo 35.** Las regulaciones sobre ingreso, egreso y permanencia para las personas extranjeras que soliciten asilo o la condición de refugiado, se registrarán conforme a la Constitución Política, los convenios ratificados y vigentes en Costa Rica, y la demás legislación vigente”.

“**Artículo 103.** El reconocimiento de la condición de refugiado estará sujeto a las normas estipuladas en los instrumentos internacionales sobre la materia vigentes, aprobados y ratificados por el Gobierno de Costa Rica. Para los efectos de la presente Ley, el término refugiado se aplicará a toda persona extranjera a quien la Dirección General le reconozca tal condición”.

A la luz de lo anterior, es evidente que el Estado Costarricense –en ejercicio de su soberanía– tiene la potestad de establecer los requisitos para obtener, el otorgamiento del estatus de refugiado a una persona, atribuciones que la ley le ha encomendado ejecutar a la Dirección General de Migración y Extranjería, siempre y cuando las potestades discrecionales de dicho órgano sean ejercidas sin vulnerar los derechos que la Constitución Política reconoce a los extranjeros, los que, en principio, tienen los mismos que los nacionales de conformidad con el Artículo 19 constitucional y con las excepciones que la misma Constitución o la Ley establezcan. Así las cosas, la Dirección General de Migración y Extranjería es la entidad competente para la aplicación de las disposiciones de la Ley de Migración y Extranjería, normativa que le atribuye entre otras funciones, la de fiscalizar el ingreso y egreso al territorio nacional de personas, declarar ilegal el ingreso o permanencia de extranjeros cuando no pudieran probar su situación migratoria legal en el país, así como la de ordenar la deportación de los extranjeros según las causales previstas en dicha Ley (sobre todo lo anterior es preciso revisar la sentencia N° 2007-011264 de las 14:33 hrs. de 8 de agosto de 2007).

En este orden de ideas, y en aplicación de los instrumentos y disposiciones referidas, se tuvo por demostrado que, por medio de la resolución dictada por la Ministra de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, N° 1023-2008-DMG de las 08:00 hrs. de 23 de julio de 2008, se otorgó a la promovente la condición de:

“Refugiada de conformidad con la Convención de 1951 y su protocolo de 1967; para lo cual deberá apersonarse a la Dirección General de Migración y Extranjería a efecto de obtener el documento respectivo”.

Es evidente que esta declaración de voluntad de la administración, por sí misma, tiene la virtud de concluir cualquier procedimiento de extradición iniciado contra la persona refugiada o asilada, como es el presente caso, a petición del Gobierno del país donde se haya cometido el supuesto delito, basado *en los mismos hechos que justificaron dicho reconocimiento*, todo lo anterior por fuerza del Artículo 112 de la Ley de Migración y Extranjería (Ley N° 8487 de 22 de noviembre de 2005) ya citado. Por lo anterior, se declaró con lugar el recurso, ordenándose a las autoridades del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José y al Tribunal de Juicio de Heredia, que adoptara las medidas necesarias y que ejecutaran las acciones pertinentes para archivar de manera inmediata el proceso de extradición que se había instaurado contra la promotente, si alguna otra circunstancia no lo impedía. En este caso se ordenó, asimismo, la libertad inmediata de la amparada.

III.5. La Sentencia N° 2014-0958, de 24 de enero, en que se establece que para el reconocimiento de la condición de refugiados no se puede exigir el cumplimiento de requisitos que suponen una situación de riesgo.

En esta decisión la Sala Constitucional conoció el recurso de amparo promovido a favor de un refugiado contra la Dirección General de Migración y Extranjería. En este caso el actor alegó que al amparado las autoridades de la Dirección General de Migración y Extranjería le estaban solicitando unos documentos que no podía aportar para poder cambiar su estatus migratorio, ya que, se encontraban en su país de origen, Cuba, donde no podía regresar, pues atentaría contra su vida.

En este caso se tuvo por demostrado que el amparado, efectivamente, ostentaba la condición de refugiado y, en escrito de 8 de agosto de 2013, planteó una gestión ante la autoridad recurrida en que solicitó el cambio de la categoría migratoria de refugiado a residente temporal y libre de condición, al haberse casado con costarricense. Mediante la Resolución N° 135-428101-Administrativa de las 09:40 hrs. de 17 de diciembre

de 2013, la Dirección General de Migración y Extranjería previno al amparado para que aportara, entre otros documentos, certificación de antecedentes penales y certificación de nacimiento, ambos documentos debidamente apostillados. Además, se le indicó al amparado que *“si materialmente se le hace imposible aportar alguno de los documentos podrá continuar con la condición de refugiado ya reconocida, mediante escrito indicándolo así, escrito que será firmado en frente de funcionario o autenticado por abogado.*

De este modo, la Sala Constitucional consideró que la decisión adoptada por la autoridad recurrida vulneró los derechos fundamentales del tutelado, habida cuenta que le estaban solicitando aportar documentos que debían ser obtenidos en su país de origen, en este caso Cuba, lo que podía generarle al petente una situación de riesgo, en forma innecesaria, tomando en cuenta que en nuestro país ostenta la categoría de refugiado. Por consiguiente, se declaró con lugar el recurso de amparo, dejándose sin efecto el acto cuestionado en ese proceso.

IV. Conclusión

En este ensayo se han desarrollado las decisiones emblemáticas de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica en materia de protección de los derechos de las personas migrantes y refugiadas. Lo anterior, justamente, tras describir qué se entiende por cada una de estas categorías y mencionándose, asimismo, algunos estándares desarrollados por la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los casos de la Jurisprudencia de la Sala Constitucional han sido escogidos por su carácter innovador y garantista, en los cuales se recuerda a las autoridades públicas la obligación de observar, en todo momento, los derechos de carácter fundamental proclamados en la Constitución Política, así como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República y, en particular, los que han sido promulgados de manera específica en esta materia.



Refugiados y derechos de las migraciones *

Oscar Buenaventura Llanes Torres **

1) Refugiados y migraciones

La Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) anuncia con tristeza que existen más de quince millones de refugiados en todo el mundo.

El panorama es desolador. El refugiado huye de su lugar de origen por conflictos armados y sociales, es azotado por el hambre y la pobreza, de la persecución y de las violaciones a los derechos humanos.

Las normas internacionales la contemplan por la Convención de 1967, conceptuándola como “las personas que tienen un temor fundado de persecución debido a su raza, religión, nacionalidad, membresía en un grupo social específico, u opinión política, en esta parte se hace la diferencia entre LIBERTAD DE EXPRESIÓN y LIBERTAD DE OPINIÓN, la primera es para fijar la propia personalidad y el segundo es para la manifestación del pensamiento. Se tiene que reconocer que el sujeto perseguido está fuera de la patria de su nacionalidad, no obteniendo la protección a su vida, a su patrimonio y a su familia, no pudiendo regresar por alto grado de persecución.

* IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica. Asunción – Paraguay, 22-23 y 24 de setiembre de 2016.

** Miembro de Número de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de la Universidad Nacional de Asunción.

Existen muchas Organizaciones humanitarias que prestan servicios alrededor del mundo, en campos de concentración asistiendo y ayudando a los grupos sociales y familiares, personas que están necesitadas de abrigo, protección, alimentos, agua potable, además de educación, servicios de salud y alguna actividad para su desarrollo, se tiene campos de concentración de diferentes tamaños, de 50 a 400 mil personas, según ACNUR.

Específicamente, se puede citar el dramático campo de concentración de Dadas, que alberga 400 mil refugiados, es un dato que muestra la crisis en que viven los habitantes del Cuerno de África, cientos de somalíes que huyen de la pobreza y los enfrentamientos bélicos y otros en distintas geografías buscando alimentos, protección ante la fragilidad y vulnerabilidad en que se encuentran, buscan refugio, alimentos y medicinas.

A los efectos de la sistematización de este estudio, se citan varios tipos de refugiados:

a) **Refugiado Económico:** En virtud de la ausencia de trabajo o alguna manera de prosperar y superarse dejan sus Estados de origen, escapan para otras latitudes que les ofrezcan esperanzas de una mejor vida;

b) **Refugiado Político:** Que, por sus actividades políticas, o por ideales son perseguidos por las fuerzas públicas de su país, eligen huir de su país por miedo a perder la vida y la de su familia;

c) **Refugiado Ambiental:** Muchos refugiados debieron abandonar sus hogares por inundaciones que los dejaron sin nada. El tan mentado Cambio Climático que ocasiona sequías, desertización, que ha terminado con cosechas de miles de damnificados, sin olvidar la deforestación, que ha afectado a su medio de existencia y a sus hogares, ha provocado Emigraciones, emigraciones en masa;

d) **Refugiado de Guerra:** Se retiraron de su país, de su ciudad, de su zona, después de abandonar sus trabajos, sus hogares, sus familias porque estalló una guerra en la región u otro modelo de conflicto muy grave como el estallido social, las causales son muy diversas, puede ser conflicto armado entre dos o más Estados, crisis internas irreconciliables, cuestiones étnicas y religiosas por la falta de tolerancia y el fanatismo;

e) **Refugiado Sanitario:** Las enfermedades en su región, en su zona, en su ciudad, se ven obligados de desplazarse a otros lugares, porque el hambre, la miseria natural de lo que conlleva la pobreza y que afectan a familias y vecinos en forma grave y cruel;

f) Las actividades de los Organizaciones HUMANITARIAS, se doblan, por ejemplo, en los campos de refugiados birmanos para que no le falten comida y cobijo, por lo tanto, la crisis humanitaria de esta zona necesita del apoyo de todos.

Una medida diplomática muy difundida, es aceptada como practica constante el Asilo Humanitario, que se aceptan en su jurisdicción, a inmigrantes que se han obligados a abandonar su país de origen debido al peligro que lo asediaban por cuestiones raciales, religiosas, guerras civiles, catástrofes naturales y otras figuras y fenómenos que determinan tomar esta de cisión.

Las causales del refugio obligan a decisiones fuera de su voluntad, están forzados a huir porque en su lugar de origen no existen las garantías suficientes de protección por parte de los gobiernos de los Estados en esta grave y dolorosa situación.

Es muy impactante la decisión que asumieron Francia, Canadá y Estados Unidos de Norteamérica, han establecido el Estatuto de Refugiadas a mujeres que han sufrido mutilaciones sexuales o que correrían el riesgo de sufrirlas si permanecieran en sus Estado de origen y España ha otorgado a las personas homosexuales, perseguidas por sus opciones sexuales.

Las normas y doctrinas nacionales difieren ampliamente en el alcance de derecho de asilo, donde esta figura jurídica no es un derecho es una concesión, en el PARAGUAY es un derecho constitucional. Cabe recordar que los Convenios Internacionales que los Estados son signatarios y ratificados siempre prevalecen sobre el derecho interno caso un conflicto de ley. Ciertos Estados, generalmente desarrollados, han establecido una cuota de refugiados a los que consideran pasibles de concesión, las causales son las mismas conflicto armado en ascendencia y amplitud, la mayoría de los refugiados desde la mitad del siglo XX provienen de Irán, Irak, los territorios de Afganistán, Ruanda, Burundi, Sudán, Congo,

Sahara, Occidental, Albania, Cuba, China, Colombia, Siria, Alemania, Francia, y la antigua Yugoslavia.

Es lamentable la actitud de algunos Estados que no respetan la Convención de Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967, que por los compromisos resultantes de estos instrumentos internacionales contraídos y ratificados están obligados a conceder Asilo Humanitario que les impide a su vez devolver por la fuerza a un refugiado a su Estado de origen por el peligro natural que esto representa.

Es interesante recordar que el Día Mundial del Refugiado se celebra el 20 de junio, establecido en el año 2000 por la vía de una Resolución especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, anteriormente, el 20 de junio, era el Día del Refugiado Africano.

En un planeta agitado y maltratado, convulsionado mismo existe en vasta zona del mundo el espíritu de pacifismo, de Estados y pueblos que anhelan vivir en paz, en armonía, en tranquilo sosiego, en donde la sociedad como un todo pueda sentirse segura en sus hogares, en sus trabajos, con la familia y en sus comunidades, en fin, sentirse cómodo entre su gente, tranquilo en su cultura y compartir con otros pueblos soluciones y anhelos de bienestar en todos los rincones del mundo.

Es común no es normal, que por razones económicas o por cualquier otro motivo, personal y/o social, deciden dejar sus hogares para iniciar una nueva vida en un nuevo suelo, una nueva cultura, otra creencia y otro idioma, otro aroma y otro sabor, es muy doloroso acompañar la vía crucis de un refugiado, un perfil triste, apariencia lamentable, en su alma sabe que deja muchas cosas, muchos sentimientos, mucha sensibilidad fracturada, que la decisión es premeditada, tiene consciencia de que está optando con una nueva forma de sentir y actuar, deja de lado la sonoridad de su idioma y de su música, margina los sabores y aromas de su cultura.

Cuando la furia de la naturaleza opera en su terrible manifestación, sus hogares y bienes arrastrados por el agua y por el viento, devastados en su mundo, ver comunidades enteras desaparecer, asimismo, cuando las guerras, los disturbios civiles asolan comunidades enteras, obligando a personas desplazarse o simplemente emigrar para proteger su vida. En los casos señalados solo resta dos opciones morir a causa de las mínimas

condiciones o del genocidio; u optar por la vida en el exilio. No se debe esperar ver para creer, huir de la violencia no solo es desgarrador, es inhumano, porque esperar para apreciar la gravedad de sus necesidades y consecuencias.

Es difícil la situación de los refugiados y los desplazados internos en la actualidad. En el año 2008 ACNUR asistió a más de cuatro millones de personas, de los 11 millones de refugiados que se supone existen, asimismo apoyó y asistió a más de trece millones de desplazados internos, recordemos también que ACNUR asiste a refugiados y personas que se reintegran a su sociedad, se tiene cifras seguras de la existencia de más de treinta y un millones de personas despojadas de las seguridades mínimas necesarias para iniciar sus vidas productivas y real sentido de dignidad.

Es triste y lamentable los conflictos armados, los desastres naturales que afectan a personas en esta situación de riesgo, sin embargo, la ONU presta los mejores servicios para paliar los sufrimientos de personas y familias, con la intención de retornar a sus hogares y a proteger sus vidas para que el retorno sea posible.

Cuando se instala en los puntos de conflictos armados o crisis sociales, las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU se desplazan para proteger los centros que ocupaban y vivían, donde se suman al trauma natural de sentirse desplazado se tiene a la vista la ausencia de alimentos, medicinas, vestimentas, agua y saneamientos básicos, en ese marco de dificultades la ONU se ocupa de la protección.

Es interesante señalar que la protección es tarea de la ONU, tarea de acción humanitaria, el ACNUR es el organismo encargado de la protección de los refugiados y de los desplazados internos, conjuntamente con la OIM –Organización Internacional de las Migraciones–, que se ocupa de las faenas específicas de los campamentos aliados a los objetivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Existen otros Organismos dentro de la ONU que están vinculados estrechamente con este enfoque como son la Organización de las Naciones para la Alimentación y Agricultura (FAO), asimismo, señalar al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y los programas para la Infancia y la Niñez. (UNICEF), así como un programa muy interesante conocido como OCHA

Coordinación de Asuntos Humanitarios, OMS para la salud y el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el organismo encargado de los refugiados fue galardonado en dos oportunidades con el Premio Nobel de la Paz (1954 y 1981).

Es recomendable examinar la situación de los cuatro millones de refugiados palestinos en Oriente Medio, esta cifra incluye los un millón quinientos mil que viven en campos de refugiados en los 58 centros en Jordania, Líbano, Siria y en el territorio palestino señalado como ocupado que corresponde a la Franja de Gaza y Cisjordania.

En el sistema nacional de la República del Paraguay existen Órganos competentes y procedimientos de determinación del Estatuto de los Refugiados, y normas conexas como la Ley 978/96 de las Migraciones, en el marco normativo se tiene a la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE), este órgano es la dependencia con la debida competencia para analizar, examinar, estudiar para la aplicación de la normativa nacional e internacional en la materia que nos ocupa, su conformación está compuesta por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Trabajo y Seguridad Social, la Comisión de Derechos Humanos de ambas Cámaras del Congreso y representantes de una ONG y del ACNUR que participan con voz pero sin voto.

Este organismo colegiado ofrece garantías a los que buscan protección al Estado Paraguayo, favorece la deliberación y tratamiento de las peticiones sobre el reconocimiento del estatus jurídico de Refugiado y acceder con los derechos propios de ser un admitido al amparo de la legislación paraguaya, asimismo formular las políticas públicas para su protección y asistencia, el papel del ACNUR es de supervisar competencia que le confiere el artículo 35 de la Convención de 1951 que textualmente establece que "los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o con cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; y en especial de las disposiciones de esta Convención". El artículo 14 de la ley delimita la jurisdicción de competencia de la Comisión Nacional de Refugiados, en el ansia de la búsqueda de soluciones duraderas en sus diferentes esferas como la repatriación voluntaria, la integración local o el reasentamiento. Los Artículos 15

a 17 siempre en relación al CONARE, puede proponer políticas públicas ya señaladas incluyendo la figura para solicitantes de asilo y refugiados, así como normas de funcionamiento y requisitos para funcionar la sesión con el quórum adecuado, los votos necesarios para adoptar decisiones y la obligación de reunirse en forma regular y ordinaria como mínimo dos veces al mes, además de la posibilidad de cualquiera de sus miembros requiera reuniones extraordinarias. La CONARE cuenta con una Secretaría Ejecutiva (Artículo 18) que constituye una instancia administrativa tanto de la Comisión como del peticionario de Asilo y Refugiado, en términos generales, le corresponde llevar a cabo toda tarea relacionada con la conformación de expedientes y el impulso del procedimiento, así también disponer las medidas necesarias para el normal desarrollo del procedimiento administrativo de determinación de la condición de refugiado en primera instancia desde su inicio hasta su finalización.

Quinto Sol

El escritor mexicano Carlos Fuentes, en una de sus obras cuenta que estamos en el "Quinto Sol", como señal de los tiempos, con la siguiente secuencia, el primero tierra, el segundo aire, el tercero, agua, el cuarto fuego y quinto el de las movilizaciones, esa secuencia del curso de las civilizaciones nos lleva a la siguiente reflexión.

La diplomacia contemporánea tiene en la actualidad un capítulo especial, en el marco de la geopolítica estudia las Condiciones Demográficas, pues, en el curso del siglo pasado, tuvimos una singular movilidad de personas, por el creciente número de la población universal y el intenso aflujo de emigraciones e inmigraciones, modificando el potencial de los Estados, debilitando otros, surgiendo conflictos y confrontación de intereses, siempre teniendo como base el factor económico como en el dominio político, dando un nuevo enfoque a las relaciones internacionales.

En el citado aspecto es importante analizar los desplazamientos, sus consecuencias, sus logros, sus impactos, provocando conflictos y litigios difíciles entre los Estados, revisando los registros de la historia encontramos que en el año 1800 el mundo tenía alrededor de 900 millones de habitantes y en el año 1954 había alrededor de 2.460 millones, en el conti-

nente europeo el crecimiento fue muy desigual, Rusia aumentó su población en 60 millones, Alemania el incremento fue de 27 millones, en Gran Bretaña 14 millones, en Italia 8 millones, en Francia apenas tres millones y medio.

Analizando estos detalles la pregunta pertinente es, ¿cuál el poderío de los Estados? En los segmentos de la fuerza militar, la prosperidad económica y de las tendencias psicológicas colectivas.

En el inicio del siglo XX se afirmaba categóricamente que el número de habitantes podría ser un elemento esencial del poderío militar, en la creencia que de la eficacia del ejército estaba próxima de la cantidad de soldados, más que la capacidad de fuego.

En las potencias de aquel entonces la fuerza demográfica no fue en relación al poderío militar, sino cuando se tenía reunidos los factores sociales, económicos y financieros, que sumados fortalecían al Estado y elevando el elemento psicológico colectivo como un propulsor de dominio y potencial multiplicado, que se generó en Alemania con preponderancia.

El efecto de la expansión demográfica en el desarrollo del poderío económico de los ESTADOS Unidos de América, que fuera resaltado por los economistas y sociólogos de fines del siglo XIX e inicio del XX. Otro ejemplo válido, es el caso de Bélgica, Gran Bretaña y Alemania entre los años de 1890 a 1914 ha confirmado el aumento de la población ha sido un estímulo para el aumento de la producción, el crecimiento de las fábricas, la formación de una juventud entusiasta con nuevos mercados de trabajo y abundante requerimiento de mano de obra. Asimismo, tenemos el caso de Japón, que tuvo un avance extraordinario en su industria con el aumento de la población, que tuvieron el ejercicio de la previsión en un tiempo marcado de 20 años, ofreciendo a la nueva generación un mosaico de nuevas oportunidades, en su tradicional estilo oriental de disciplina, desprendimiento, valores de respeto y el orden colectivo, en el marco de una sólida educación en la familia, en los institutos educacionales donde recibían conocimiento y valores de ética en la convivencia social, dejando a los padres la educación formal interpersonal y la disciplina en el trabajo, así fuere creando una sociedad que logró condiciones de vida superior hasta entonces conocido, pues, la industrialización aumentó el nivel de

vida, siendo el crecimiento demográfico solo un factor, surgieron nuevas necesidades técnicas, científicas y el apoyo del capital necesario y justo.

En la conclusión de este material, se propone una revisión urgente de la Ley 978/96, de las Migraciones, en especial el Artículo 6° y numerales 1, 2 y 3, francamente discriminatoria y violatoria de los Derechos Humanos, se tiene numerosos casos que impiden en virtud de esta norma el ingreso de familiares de nacionales paraguayos, se considera que es urgente una respuesta a esta Revisión.

Textos consultados

Compendio de Tratados, Leyes, y Actas para el Servicio Diplomático y Consular – ADEP Asociación de Diplomáticos Escalafonados del Paraguay.

Internet, Convenciones Internacionales, Organismos de las Naciones Unidas, pertinentes a la materia de este trabajo.

Oscar B. Llanes Torres, Derecho Diplomático y Consular, Teoría y Práctica, Editora Jurídica San Salvador, El Salvador, 1994.

Oscar B. Llanes Torres, Revista Digital “CAMBIO POLÍTICO” 2016.



La inmigración. Entre la integración y el rechazo del otro

Maestra Susana Barroso Montero **

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, lo mismo que la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, se refieren al refugiado como la persona que se encuentra fuera del país del que es nacional y al que no puede, o no quiere regresar, debido a que tiene temor fundado de ser perseguida por su raza, religión o nacionalidad o por su pertenencia a algún grupo social.

Se dispone que el refugiado no debe ser castigado por haber entrado al país de manera ilegal, que debe tener acceso a la justicia, libertad de circulación, libertad religiosa y el derecho a que se les expidan documentos de identidad y de viaje, o visa de tránsito cuando tengan la de residencia en otro país contratante.

De todos los derechos que incluyen los documentos antes mencionados, el más importante es el de no ser devuelto al país de donde ha salido pues, de hacerlo sería lo mismo que imponerles a estas personas una sentencia de muerte o de prisión.

Las únicas causas válidas para negar la protección es que el reclamante sea considerado un peligro para la seguridad del país o que haya sido condenado por delito grave.

** Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación de México. Sitial Número 17.

Para coordinar y dirigir las acciones de protección a refugiados, la Organización de las Naciones Unidas cuenta con la Oficina del Alto Comisionado (ACNUR) establecida en 1950, que ayuda a instalar refugios emergencia, a resolver problemas de integración y a procurar el regreso al país de origen, cuando esto es posible. También busca reunir a las personas con sus familias y protegerlas de abusos. Sin embargo, la ayuda que proporciona esta Oficina es insuficiente pues los derechos que otorgan los instrumentos internacionales son muy nobles en el texto, pero muy difícil de cumplir por los países de acogida. De poco sirve que en el texto se diga que se debe dotar a millones de refugiados del derecho a un empleo remunerado, a vivienda o a educación y servicios de salud, cuando en la realidad el Estado de acogida no puede garantizar plenamente estos mismos derechos ni siquiera a sus nacionales.

La calidad de migrante es muy diferente a la de refugiado. Los primeros optan por cambiar de país, permanente o temporalmente, no necesariamente en situación de emergencia, sino buscando desarrollo personal, mejorar sus condiciones económicas o para reunirse con su familia. Los migrantes no pierden la protección de su gobierno de origen y se les aplican las medidas indicadas en las leyes nacionales sobre la materia, no el derecho internacional. Se considera su situación atendiendo al grado de cumplimiento de los requisitos de entrada al país.

América Central y América del Sur son grandes proveedoras de migrantes hacia Estados Unidos. De estos migrantes, los mexicanos son la comunidad hispana mayoritaria asentada en ese país, con más de treinta millones de personas, seguida por los puertorriqueños. Y es que para los mexicanos la migración hacia el país vecino es algo casi natural, compartir una gran frontera y tener condiciones económicas profundamente desiguales, provoca inevitablemente el "sueño americano" que lleva a pensar que la vida en el país del norte será de mayor calidad, que habrá oportunidades para salir de la pobreza o que se podrá obtener capacitación suficiente para desarrollar habilidades. La idea es reforzada por miles de historias de triunfo que llegan a diario acerca de gente que se ha arriesgado pero que, al final, terminan integrándose y prosperando, aunque el éxito vaya acompañado de riesgos, trabajo arduo y soportar sentimientos de nostalgia o de profundo dolor por abandonar a seres queridos. Por otra parte, también hay muchas historias tristes de personas que mueren en el

intento de cruzar, otras que están presas o que han tenido que dejar a su familia de un lado y otro de la frontera o algunas a las que la miseria las ha obligado a realizar trabajos ilegales o de alto riesgo para su vida o su salud.

Algunos compatriotas ingresan a los Estados Unidos con documentos oficiales para hacerlo, pero muchos otros lo hacen sin papel alguno. A estos últimos se les llama despectivamente “espaldas mojadas” o “braceros” pues son fuerza de trabajo que cruza el río fronterizo nadando o en precarias balsas.

Para los Estados Unidos el tema migratorio es, sin duda, un problema urgente a resolver, pues casi el quince por ciento de su población es inmigrante y, de ese porcentaje, alrededor de tres cuartas partes es de indocumentados.

En la Historia mexicana, la relación con el país vecino al norte ha estado siempre presente, para bien y para mal, formada de Invasiones territoriales, intereses estratégicos y relaciones comerciales. Nunca ha sido una convivencia fácil, sin embargo, ahora mismo los sentimientos antimexicanos están exacerbados debido a frecuentes noticias de violencia y de crimen organizado provenientes de México que sirven para alimentar discursos incendiarios como en el caso del candidato Donald Trump que, como parte de su campaña política, esgrime la bandera de controlar fuertemente la entrada de mexicanos al país mediante la construcción de un muro fronterizo que dice “pagarán los propios mexicanos”.

La escritora Ann Coulter ha dicho que los inmigrantes mexicanos son más peligrosos que ISIS y se ha atrevido a proponer como solución para impedirles el paso definitivamente, bombardear al país. Pone en el mismo paquete de material invasivo a las drogas, las armas y a las personas provenientes de México. Sostiene que, de seguir la inmigración, los Estados Unidos se convertirán en un país como Uganda, donde entre otras cosas, se incrementarán los casos de violación. Estas y otras expresiones en el mismo sentido están contenidas en su libro: *Adiós América: El*

Plan de la Izquierda para Convertir Nuestro País en un Infierno del Tercer Mundo (1).

Existen diversos grupos, como el *Tea Party* o la Patrulla Fronteriza, que se oponen a la inmigración latinoamericana y, sobre todo a la mexicana. Argumentando razones económicas o de franco nacionalismo, se refieren a ella como “cáncer cultural” que contamina el estilo de vida norteamericano.

Los ataques terroristas del 11/11, contribuyeron a aumentar la desconfianza y la xenofobia, lo que hace más difícil cualquier negociación para un mejor trato a los inmigrantes. Muchos son los mexicanos que han sido asesinados por cuestiones que tienen un fondo evidentemente eugenésico. Pero, de todas las discriminaciones, la más dolorosa probablemente sea la que proviene de los propios paisanos mexicanos asentados ya en Estados Unidos y que rechazan a los de su mismo origen, debido a que consideran que se invade un espacio ya ganado por ellos y también a un sentimiento de vergüenza de las raíces comunes y al temor de ser identificados como parte de un grupo social que se considera inferior.

No obstante, lo anterior, aun con las medidas restrictivas, con muros y amenazas, aun cuando se les pague menos por ser indocumentados, se prevé que el número de inmigrantes mexicanos en Estados Unidos seguirá aumentando pues el desplazamiento tiene primordialmente razones de tipo económico y laboral. El origen principal de la salida de mexicanos es la falta de oportunidades, la pobreza, la falta de trabajo digno y bien remunerado, pero a esos elementos se aumenta ahora el factor inseguridad; por lo que muchos nacionales, sobre todo jóvenes de clase media, han abandonado el país para buscar calidad de vida y una mejor formación profesional. La migración incluso se ha dirigido ahora a los estados más al norte, hasta Canadá o Alaska a pesar de las dificultades que representan el idioma y el clima.

(1) Adios America. The Left's Plan to Turn Our Country Into a Third World Hellhole. Summarized by J.J. Holt. Editorial: Smashwords USA.

Desde hace años, entre los dos países se da un fuerte fenómeno de transculturización, los mexicanos han aportado sus tradiciones, la religión, el idioma y expresiones culturales como comida, música y artes plásticas y, por otro lado, México es gran consumidor de productos norteamericanos y hace turismo frecuentemente hacia los Estados Unidos. El idioma inglés se imparte en todas las escuelas mexicanas. Se sabe de todas las contribuciones que hacen los mexicanos al desarrollo de la economía norteamericana en la construcción, la agricultura, en diferentes campos de la actividad social, económica, artística, profesional, laboral. Actualmente, se encuentran funcionando más de trescientas mil empresas mexicanas en los Estados Unidos de América.

En materia de sueldos, la situación de los inmigrantes mexicanos es más desfavorable que la de otros inmigrantes y se ha esgrimido que esto se debe a que su nivel de educación al entrar al país es menor, alrededor de sólo siete años de escolaridad. Sin embargo, aquellos que invierten en desarrollar su educación y destrezas pueden después mejorar sus ingresos y acceder a mejores oportunidades. Los inmigrantes mexicanos tardan varias generaciones en ponerse a la par de ingresos con los estadounidenses.

En la actividad política la participación de los mexicanos ha sido importante para toda la comunidad hispanoparlante. En los sesentas, César Chávez, hijo de padres mexicanos dirigió la lucha para el establecimiento del Sindicato de Trabajadores Agrícolas y en 1981 fue elegido Henry Cisneros, de origen mexicano, como el primer alcalde latino en San Antonio, Texas.

La situación política de los mexicanos en Estados Unidos es muy diferente a la de otros grupos, pues no tiene una protección especial como si la tienen otros grupos hispanos, por ejemplo: los cubanos obtienen residencia legal bajo los términos de la Ley de Ajuste Cubano de 1965, los puertorriqueños son ciudadanos estadounidenses por ser Puerto Rico estado asociado, en cambio para los mexicanos indocumentados se ha incrementado la persecución y la deportación. Leyes migratorias como la llamada "Ley Del Castigo" contenida en la Ley de Inmigración y Nacionalidad dispone que los inmigrantes ilegales deberán abandonar el País de inmediato y solicitar desde fuera el reingreso y el perdón y pedir visa

de residente, lo que no siempre se obtiene y provoca la muy frecuente separación de las familias.

Entre 1942 y 1964 estuvo vigente un acuerdo migratorio entre los dos países para que los mexicanos pudieran suplir la fuerza laboral de los obreros norteamericanos que habían sido enviados a combatir a la Segunda Guerra Mundial. Una vez terminada la vigencia del convenio, la salida de mexicanos hacia los Estados Unidos continuó porque es un hecho que para aquel país siempre ha sido conveniente contar con mano de obra barata y con los servicios de gente muy calificada, como el caso de las enfermeras o técnicos o en sectores de servicios como hotelería y restaurantes y manufactura.

Otro asunto muy relevante para la economía mexicana y para el patrimonio familiar son las llamadas 'remesas', que es el dinero que los migrantes envían a sus familias para mejorar su situación y representan millones de dólares, razón principal de que el tema migratorio sea prioridad para el gobierno.

Cuesta trabajo creer que no se promueva una migración legal a partir de los Estados Unidos ya que es una nación cuya fuerza de desarrollo se ha dado a partir de los inmigrantes.

Así como no se penaliza al refugiado que busca un país de acogida huyendo de situaciones difíciles, tampoco se debería criminalizar a las personas que ingresan ilegalmente a un país en la búsqueda de mejores oportunidades. Desde luego, se entiende que debe promoverse el cumplimiento de las leyes migratorias vigentes en cada país, por ello la única solución sería legalizar la migración con mejores condiciones, lo que inhibiría el paso sin control y sería benéfico para las partes involucradas ya que se podrían contratar a los trabajadores necesarios para realizar actividades determinadas según requerimiento de las empresas, habría un censo confiable de las personas que entran y salen, cuestión vital en la guerra contra el terrorismo y para evitar la explotación y los abusos. El inmigrante recibiría un trato digno o "trato nacional", según establece la norma internacional en el sentido de otorgar la misma protección que reciben los trabajadores nacionales.

Pero, además, con un buen sistema de control, habría una fuerte reducción al gasto que hoy significan vigilancia, patrullas y repatriaciones. El ahorro podría ser destinado al combate al terrorismo y lo más importante es que se atendería a la dignidad de las personas en búsqueda de oportunidades en lugar de tratarlas como delincuentes.

Los trabajadores indocumentados podrían obtener una visa permanente cuando hubiesen cumplido un tiempo determinado colaborando en la producción de bienes o servicios, con la condición de que hayan observado buen comportamiento. Aquellos que hubiesen trabajado y vivido en los Estados Unidos por un tiempo determinado, podrían solicitar residencia permanente y luego la ciudadanía. Todo lo anterior estaría condicionado a no haber cometido delitos ni realizar actividades que representen un peligro para la sociedad. Ello contribuiría a cambiar la forma en que ve la sociedad norteamericana al mexicano pues mientras no cambie la percepción del inmigrante, seguirá siendo una realidad la entrada ilegal con sus terribles consecuencias.

En el siglo XXI, la globalización proclama una mayor cercanía y mediante las nuevas tecnologías se da una comunicación inmediata. Se va logrando el derribamiento de barreras comerciales, pero, ¿hasta qué punto será posible destruir también las barreras culturales?

Todos los días vemos imágenes terribles de personas que mueren al intentar salvar sus vidas huyendo de guerras o de regímenes que los mantienen amenazados. Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, toda persona tiene derecho a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país y solamente se limita este derecho en caso de una acción judicial por delitos comunes o actos opuestos a los principios de la ONU.

En principio todos estamos de acuerdo en que los seres humanos deben ser tratados de la misma manera y que no debe haber lugar para la discriminación. Sin embargo, esto no es una realidad pues en el propio reconocimiento de la identidad automáticamente nos encontramos el concepto del Otro. El Otro es algo externo, algo diferente que aliena al ego. Ante la presencia de actos terroristas cada vez más frecuentes y violentos, se prefieren medidas de seguridad que muchas veces atentan al respeto de los derechos humanos.

Muchos han sido los autores que, a lo largo de la historia, han analizado en profundidad el tema de la otredad. Por ejemplo, el filósofo francés Jean Paul Sartre utilizó ese término para estudiar a fondo la existencia de uno mismo a través de lo que sería la mirada del otro. Estableció que la otredad se encontraba presente en el día a día de cualquier persona a través de elementos tales como la empatía, el rechazo, la tolerancia o la simpatía.

Inevitablemente el ambiente se altera ante la presencia de un extraño. En ese sentido se considera oponente porque lo habitual es que la otredad se construya a partir de la alteridad y la oposición. El Otro es aquel que es distinto, lo que nunca fuimos, no somos y no seremos y que, en muchas ocasiones representa lo que no queremos ser.

La identificación y fuerza de choque en el reconocimiento del Otro, depende de la perspectiva de cada individuo. Se conoce a los otros desde el punto de vista de quien observa, condicionado por las circunstancias de cada persona. No podría ser de otra manera.

La identidad es necesariamente la base de la discriminación. Tenemos que resolver y de manera urgente si seremos capaces de encontrar y conservar la identidad, sin discriminar al que es diferente. Esto solamente se podrá lograr partiendo del conocimiento del otro en su totalidad, con sus sentimientos y emociones, y entonces podríamos remontar el concepto a una relación en que el extraño sea el fundamento de la propia existencia.

A partir del siglo XX, el relativismo sostiene que se debe observar a las otras culturas desde su realidad y no desde la realidad del que observa. Ante la presencia de culturas no occidentales, la única manera de estudiarlas y tratar de comprenderlas sería buscar el parecido con las instituciones que conocemos.

La coexistencia de diversas culturas sobre el territorio de un mismo Estado produce problemas de convivencia que se reflejan inevitablemente sobre la esfera jurídica y hace cada vez más urgente establecer si, y en qué términos, el acervo cultural del imputado debe tener relevancia en la valoración de su responsabilidad penal.

Se ha discutido si la defensa por razones culturales tendrá que ser introducida dentro del orden jurídico de los países como nueva disciplina ante la diversidad de modos de entender la realidad, presentes en un mismo territorio.

El estado moderno enfrenta un flujo migratorio cada vez más diverso que lo lleva a tomar una posición en la relación que se da entre multiculturalismo y la aplicación de la teoría de los derechos fundamentales. Se puede intentar mantener neutral, mientras que tutela las diferencias culturales, o puede respetar la autonomía y responsabilidad individual dentro del contexto cultural, de cada uno, o bien, puede decantarse por mantener, antes que nada, la unicidad del ordenamiento jurídico. Hay una diferencia sensible entre el discurso humanitario que la gente quiere oír y la realidad con la que se puede cumplir.

Actualmente, la motivación cultural puede servir como atenuante o como agravante al momento de motivar una sentencia. Los antecedentes culturales del imputado pueden ser utilizados pro reo, sosteniendo que deben ser tomadas en cuenta las improntas culturales y étnicas como atenuantes pues el entorno en que nace y crece la persona forma su personalidad y las convicciones de cada uno lo hacen incapaz de limitar algunas conductas.

A favor de la defensa por razones de bagaje cultural se argumenta que garantiza que todos los individuos, aunque pertenezcan a una cultura diversa a aquella que informa el sistema penal del Estado en que viven, son libres de actuar conforme su propio sistema de valores y a sus tradiciones en condiciones de igualdad.

En contra, se dice que introduce tratamientos diferenciados contrarios al principio de igualdad formal y que la libertad de cada individuo puede ser garantizada solo con la absoluta neutralidad del Estado.

Pero, también los antecedentes del individuo han sido utilizados en contra del reo, cuando se quiere advertir a la sociedad sobre los riesgos de conductas violentas o misóginas de algunos grupos culturales.

Para que un delito pudiera juzgarse como culturalmente motivado, sería necesario averiguar si la conducta delictuosa es admisible o incluso social o moralmente aceptable en la cultura a la que pertenece el imputado

y que éste hubiere cometido el delito en razón de los condicionamientos de su propia cultura.

Algunos piensan que es muestra de intolerancia imponer a individuos de culturas diversas la adhesión a modelos propios del ordenamiento jurídico estatal. Lo anterior se cuestiona pues provoca gran inseguridad jurídica al aplicar consecuencias jurídicas diferentes para un mismo tipo penal, dependiendo de los antecedentes de quien cometa el delito.

Pretender la adhesión a las normas por parte de individuos de culturas diversas significa discriminación respecto de aquellos que están obligados a elegir entre la ley del Estado y los valores de su propia cultura. Pero en el caso contrario, si permitimos que se aplique un régimen diferente para quien proviene de culturas diferentes ¿no significaría esto una discriminación a los nacionales, a los que se aplica de manera estricta la ley vigente, sin poder recurrir a atenuantes culturales?

Todos estos cuestionamientos tienen mucho que ver con el libre albedrío enfrentado al pensamiento mecanicista o determinista pues sostener que la pertenencia a un grupo social es elemento constitutivo e invariable de identidad, es tanto como aceptar que es imposible elegir ya que la conducta es un reflejo condicionado fortalecido por el entorno.

Es cierto que, en algunos grupos culturales, la marginación en contra del individuo que viola las normas religiosas o sociales a cambio de respetar el derecho penal vigente puede merecer una sanción más grave que la sanción impuesta por el Estado, pero no por ello habría que cambiar el Derecho que regula la vida del lugar en que se aplica la norma.

Angela Merkel ha dicho que su deseo es que los inmigrantes absorban los fundamentos culturales de nuestra convivencia. Es decir, los inmigrantes tendrán que comportarse según el sistema de valores, reglas y comportamientos que rigen en Occidente. Esas declaraciones contradicen el paradigma del multiculturalismo que se pregona por lo menos en el discurso donde se asegura que en una misma sociedad pueden convivir culturas diversas, sin que ello represente un problema.

Fuertes declaraciones de Giovanni Sartori han movido a reflexionar sobre la posibilidad real de integrar a los inmigrantes musulmanes en la

cultura occidental. Se refiere a la evidente dificultad de integrarlos por su falta de respeto a valores muy arraigados en la cultura europea, como son la tolerancia y la igualdad entre el hombre y la mujer. Según este pensador, el multiculturalismo no existe. “En nuestra sociedad tenemos unas normas generales, unos principios. El inmigrante puede hacer en su casa lo que quiera, pero debe aceptar las reglas del Estado que le acepta”.

No es posible entonces que un inmigrante, educado en una cultura o una religión distinta, como el islam, se pueda integrar, negando los principios que forman parte de su educación, de su sensibilidad, de lo que le asegura la vida eterna.

Señala Sartori como muestra del abismo cultural y religioso insalvable entre la Europa liberal y algunos de países árabes, los hechos ocurridos en algunas ciudades alemanas el fin de año de 2015 cuando casi un millar de jóvenes árabes, en su mayoría marroquíes y argelinos, a los que se había acogido generosamente, fueron capaces de agredir sexualmente a mujeres que encontraron en su camino. Sartori destaca las declaraciones del imán de Colonia Sami Abu-Yusuf, quien a pesar de llevar ya muchos años viviendo en Alemania, no ha cambiado su manera de pensar y ha dicho que “la responsabilidad no era de los agresores, sino de las mujeres que iban por la calle medio desnudas y perfumadas” (2).

Sartori ha puesto el dedo en la llaga de cuestionamientos religiosos y culturales en los que todos deberíamos estar reflexionando seriamente, pero que no son bien vistos de discutirse abiertamente.

Lo sucedido en el semanario Charlie Ebdó también es otra de las muestras que podemos encontrar de lo poco que nos entendemos los occidentales y el islam, indica ignorancia, intolerancia y falta de respeto de ambos puntos de vista del lamentable suceso.

Actualmente la inmigración se está atendiendo de manera emergente, para dar prioridad a la llegada de gente que huye de situaciones de guerra o desastres ambientales. Se descuida el control y la información

(2) Giovanni Sartori. La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros: Taurus, Madrid, 2001.

que el Estado debe tener acerca de la entrada de personas al país. En Francia, han causado molestia las declaraciones del antiguo primer ministro François Fillon, que defiende en una entrevista la necesidad de crear estadísticas “étnicas”. Dice que hay un tabú increíble por el cual nadie en Francia sabe cuál es la realidad de la población del país, que se debería tener la posibilidad de saber a quién se acoge y luego saber a qué se dedican esas personas, cómo se integran y para ello se necesitan estadísticas. Lo anterior, que parece muy razonable, para algunos no lo es tanto pues aseguran que las estadísticas tendrían finalidad discriminatoria porque distinguen el origen de los ciudadanos, no solamente por criterios legales, lo que sería clasificar por razas.

En este tema, considero que la protección que otorgan los instrumentos internacionales a los refugiados, de ninguna manera impide que el Estado de acogida tenga sistemas de información del número y procedencia de sus protegidos. Creo que en la defensa de los derechos humanos no debería dar como resultado una total política de puertas abiertas sin control ya que hacerlo así deja en estado de indefensión al país de acogida y provoca sentimientos de angustia y resentimiento en la población local.

El 23 y 24 de mayo de 2016 se han reunido en Estambul representantes de ciento ochenta países en la Primera Cumbre Humanitaria Mundial. Un objetivo central de la cumbre es la revitalización de la voluntad política y el compromiso de aplicar la Agenda para la Humanidad que se ocupa de la forma en que la comunidad internacional debería evitar el sufrimiento humano, prepararse para las crisis. Además, se llevará seguimiento de las acciones mediante el segmento de Asuntos Humanitarios del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Entre los principales puntos de esa Agenda se estableció el compromiso de hacer más por prevenir los conflictos; respetar las leyes humanitarias; no marginar a nadie; vincular la ayuda humanitaria con el desarrollo sostenible a través de la Agenda 2030; y conseguir más recursos financieros, al tiempo que se rebajan las necesidades humanitarias.

Durante su discurso inaugural, el Secretario Ban Ki-moon reconoció que se necesita de una mayor voluntad política, liderazgo, perseverancia, así como, que las organizaciones humanitarias y las de desarrollo colaboren estrechamente para cubrir las necesidades a largo plazo. Insistió en

fortalecer el derecho internacional humanitario y los derechos humanos para proteger a todos los ciudadanos e invitó a los sectores público y privado a invertir en la humanidad para otorgar directamente el dinero en efectivo a las personas y comunidades.

Sin embargo, no todos están de acuerdo con las propuestas de Naciones Unidas pues Rusia ha comunicado que no se considerará vinculada a las decisiones de la cumbre humanitaria pues las decisiones que se toman contienen obligaciones a largo plazo que se deberán tomar o abstenerse de tomar sin que los Estados miembros puedan expresar individualmente sus puntos de vista u observaciones. Cabe señalar que Rusia apoya en Siria al régimen de Bashar al Asad.

Por su parte la ONG Médicos sin Fronteras (MSF) una de las principales organizaciones humanitarias, anunció que “con pena” renunciaba a participar en esa cumbre humanitaria porque no confía en que se presione a los Estados para mejorar la ayuda a las víctimas de conflictos.

Conclusiones

– La migración ilegal es un problema que atañe a todo el mundo, ya sea como países de exilio o como países de acogida.

– Es un tema al que habrá que ponerle atención urgente. Las consecuencias de no hacerlo pueden ser muy graves pues haciendo una revisión histórica no cabe duda que después de procesos globalizadores vienen como respuesta el exacerbado nacionalismo y la xenofobia.

– En el problema migratorio mundial es necesario atender a las causas que lo provocan. Mientras las condiciones en el país de origen no mejoren las personas seguirán huyendo en búsqueda de una vida digna. Los países desarrollados no pueden, aunque así lo quisieran, hacerse cargo del caos mundial.

– No son suficientes los discursos demagógicos, es importante darse cuenta de las limitaciones reales que se enfrentan en la atención de refugiados y hacer de ello consciente y participe a la población, lo que abonaría a incrementar la empatía y disminuir sentimientos de rechazo que se han manifestado de manera violenta en repetidas ocasiones.

– El control eficaz de las fronteras exteriores es fundamental para la gestión de los flujos migratorios.

– Un sistema más amable de legalización podría contratar a los trabajadores necesarios, mejoraría sueldos y condiciones laborales de millones e impulsaría la inversión en capital humano. Liberaría recursos y personal para la guerra contra el terrorismo y mejoraría la relación con países vecinos.

– Lo conseguido en la Cumbre Humanitaria resulta muy limitado, frente a las necesidades y amenazas que caracterizan los contextos de crisis alrededor del mundo.

– Es el respeto a los derechos fundamentales lo que podría indicar el rumbo a seguir para conciliar la garantía de igualdad con la tutela de las diferencias.

– El Estado debe respetar la libertad de expresión de las diferentes identidades individuales solamente en la medida en que su ejercicio no se traduzca en violación a la ley vigente o en comportamientos lesivos de los derechos fundamentales de otros.



JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La justicia penal internacional y el principio de jurisdicción universal *

José Ricardo Pardo Gato **

“Se puede engañar a todo el mundo por un tiempo, y a algunos siempre, pero no a todos siempre”.

Abraham Lincoln

Sumario: I. LA JUSTICIA COMO PREÁMBULO: APROXIMACIÓN DESDE LOS CLÁSICOS AL *DERECHO GLOBAL*.- II. PREMISA INTRODUCTORIA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES.- III. LA POTESTAD DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL.- IV. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.- IV.1. Aprobación, finalidad, principios.- IV.2. Lagunas detectadas en su aplicación jurisdiccional.- *a) Ausencia de ratificación general.- b) Limitación a la extensión competencial.- c) Aspectos formales y procesales.- d) Colisión entre diferentes modelos jurídicos.*- V. LA JUSTICIA UNIVERSAL IRRADIADA DESDE EL ESTADO ESPAÑOL.- V.1. Sumarios y asuntos: ¿Posible solución sobre el terreno?.- *a) Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983).- b) Caso Fidel Castro.- c) Caso Guatemala.- d) Caso José Couso.- e) Caso Tíbet y caso Falun Gong.- f) Caso*

* IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica. Asunción-Paraguay - 22, 23 y 24 de septiembre de 2016.

** Abogado. Académico correspondiente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Ruanda-R.D. Congo (crímenes 1990-2002).- g) Caso Guerra Civil española y caso Holocausto nazi.- h) Caso Gaza.- i) Caso Guantánamo.- V.2. Legislación y jurisprudencia española a modo de justicia penal universal.- a) Postulados legales y principios reconocidos.- b) Doctrina y limitaciones jurisprudenciales.- c) Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional.- d) La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL VERSUS AUDIENCIA NACIONAL.- VI.1. Elementos positivos y negativos a ponderar entre ambos tribunales.- VI.2. Mejoras a introducir en el funcionamiento de la Corte Penal Internacional.- VII. EPÍLOGO: CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

I. LA JUSTICIA COMO PREÁMBULO: APROXIMACIÓN DESDE LOS CLÁSICOS AL DERECHO GLOBAL

De entre los más ilustres juristas y politólogos que ha dado Galicia a lo largo de la historia uno de los más señeros ha sido, sin duda, Eugenio Montero Ríos, para quien, desde el sendero de la simbología.

La Justicia debe ser como la inmóvil roca en medio del mar siempre agitado, a la cual se acogen los que, combatidos por la tempestad, buscan en ella su salvación y contra cuya base se estrellan siempre las embravecidas olas sin conmovérla.

Si bien dicho símil fue empleado por el autor el 15 de septiembre de 1870 en el *Discurso de Apertura de los Tribunales*, ya desde mucho tiempo atrás el término justicia envuelve nuestro propio ser y el quehacer que nos mueve, por lo que no es de extrañar que su significado haya estado desde siempre presente en el pensamiento humano.

En un sentido más directo, Hans Kelsen, en el acto académico de despedida como miembro activo de la Universidad de California (Berkeley, 27 de mayo de 1952) pronunció una conferencia sobre el tema *¿Qué es la justicia?* (1), disertación cuyas primeras palabras se valieron de la siguiente letanía:

(1) Kelsen, H.: *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 35-63. La cita que sigue se encuentra en la p. 35 de la obra.

Cuando Jesús de Nazaret fue conducido ante Pilatos y reconoció que era rey, dijo: "Nací para dar testimonio de la Verdad y para ello vine al mundo". Y Pilatos preguntó: "¿Qué es la Verdad?". El procurador romano esperaba una respuesta a esta pregunta y Jesús no se la dio, ya que dar testimonio de la Verdad no era la esencia de su misión divina como rey mesiánico. Jesús había nacido para dar testimonio de justicia, la justicia del reino de Dios, y por esta justicia murió en la cruz. Por tanto, tras la pregunta de Pilatos, "¿Qué es la Verdad?", se plantea, a raíz de la sangre derramada por Cristo, otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: ¿Qué es la Justicia?".

A esta formulación, ya de por sí compleja habida cuenta de las variantes que la misma encierra, se le une con fuerza, fundamentalmente de un tiempo a esta parte, la apelación a un Derecho global, a partir del que emerge, desde un primer momento, una nueva pregunta en torno a su propia esencia, ¿*Qué es el Derecho global?*? motivo de estudio y polémica científica de distintos investigadores, entre ellos Rafael DOMINGO, quien, más recientemente, ha venido a profundizar sobre la vertiente de la justicia en su acepción de universalidad (2):

Roma dio vida al Derecho de gentes; la Europa moderna e ilustrada, al Derecho internacional; el mundo globalizado en que vivimos, al Derecho global, universal, cosmopolita, de la Humanidad, o como quiera denominarse. En todo caso, se trata de un Derecho común, de un "*ius commune*" del tercer milenio, con ciertas semejanzas con el Derecho común medieval, que haría las veces de tío abuelo de nuestra familia jurídica.

Ante estas manifestaciones recurrentes viene a mi memoria el famoso texto de las *Instituciones* de GAYO (2.73), donde el jurista del siglo II d.C. afirmaba que:

Lo que otro edifica en terreno nuestro, aunque lo edifique por su cuenta, se hace nuestro por Derecho natural, porque la construcción cede al terreno ("superficies solo cedit").

(2) DOMINGO, R.: *¿Qué es el Derecho global?*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008. La reseña se toma de la p. 22.

Difícilmente esta misma autoridad se hubiera atrevido a repetir tal manifestación, multiseccularmente aceptada por los tribunales, si pudiera volver la vista a la actualidad y observar, a buen seguro desde la incredulidad más absoluta, la problemática jurídica internacional de los tiempos que corren.

En puridad, fue CICERÓN, como un vaticinio a lo que siglos más tarde acontecería, el primero en atreverse a emplear la expresión "*Derecho de gentes*", luego asumida por los juristas romanos, los teólogos y canonistas medievales, los humanistas renacentistas y los ilustrados racionalistas, que terminarían convirtiéndolo en un derecho interestatal en sentido estricto.

En la actualidad, la latente globalización exige una reformulación de este derecho, una respuesta jurídica adecuada a los nuevos tiempos. Es hora, pues, de un derecho global, como antes lo fue el derecho de gentes y luego lo ha sido el derecho internacional, como bien se cuida en interrelacionarlos el profesor DOMINGO:

Sin el "*ius pentium*", no se entiende el Derecho "inter naciones", el "Internacional Law". Y sin el desarrollo de éste, no hubiera nacido el incipiente Derecho global. Los tres Derechos -de gentes, internacional y global- son como abuelo, padre y nieto, respectivamente. Forman parte de una misma familia. Tienen, por tanto, rasgos comunes que los aproximan por basarse en principios jurídicos distintos y aplicarse en momentos históricos del todo diferentes (3).

Probablemente la convivencia superpuesta de tales derechos fue lo que llevó al gran historiador Sir Frederic POLLOCK (1845-1937), en el año 1911, durante un ciclo de conferencias sobre "*The Genios of the Common Law*" en la Columbia University de Nueva York, a pronunciar la siguiente frase lapidaria: "*Law is the sister of freedom*". El tiempo transcurrido parece haber venido a confirmar su validez y actualidad, pues, como apunta GARRIGUES WALKER.

Si queremos construir un nuevo orden mundial -lo que parece una exigencia del desarrollo humano alcanzado- basado en la libertad y en los

(3) Cfr. pp. 20 y 21.

demás principios que informan nuestras democracias occidentales, necesitamos un derecho nuevo que garantice la libertad en estas circunstancias históricas en las que vivimos (4).

Situaciones que día a día se ven, si cabe, más difíciles y complejas habida cuenta de los nuevos acontecimientos acaecidos, tales como la declaración unilateral de la independencia de Kosovo o el secuestro de los atuneros españoles, primero, del Playa de Bakio (5) y, más tarde, del Alakrana (6), perpetrados por un grupo de piratas en el mar de Somalia, *reducto sin ley* cada vez más al servicio del abordaje, el secuestro y la piratería, a cuyo peligro no es ajeno ningún Estado ni ciudadano que se atreva a adentrarse en dichas aguas.

Ante hechos o circunstancias de este tipo u otras relacionadas con la persecución de delitos perpetrados contra la humanidad o crímenes de guerra la respuesta internacional ha venido, en último término, de la mano de organismos internacionales como la Corte Penal Internacional o a través del recurso a la justicia universal, propiamente por medio, en muchos casos, de la Audiencia Nacional española. A estas dos posibilidades de acogimiento procesal nos referiremos a lo largo del presente estudio.

II. PREMISA INTRODUCTORIA: LA DISYUNTIVA LIBERTAD-SEGURIDAD Y EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES

Libertad y seguridad son, sin duda, dos de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el actual Estado de Derecho. Ante ellos, la Justicia, en su concepción lata, ha de mantenerse siempre expectante en su

(4) GARRIGUES WALKER, A.: "Prólogo" al libro colectivo *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados*, DOMINGO, R. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2006, p. 9.

(5) El secuestro del barco Playa de Bakio fue un incidente ocurrido entre el 20 y el 26 de abril del año 2008. Entre esas fechas su tripulación fue retenida por piratas en la costa de Somalia.

(6) El secuestro del barco Alakrana, obra también de piratas somalíes, se produjo a 413 millas de las costas del sur de Somalia el 3 de octubre de 2009. En el momento del abordaje dicho pesquero se hallaba faenando en aguas internacionales, fuera de la zona protegida por la Operación Atalanta.

cometido de garante de que ambos conceptos, en cuanto que consustanciales a la condición humana, coexisten pacíficamente para hacer posible un estatus de libertad garantizada por un efectivo sistema de seguridad, frente a la amenaza que siempre supone el alcanzar una situación de tales garantías a costa, en detrimento o cercenamiento de derechos fundamentales básicos de la persona.

En este sentido, el siempre difícil equilibrio entre la libertad y la seguridad por todos requerida no supone, o al menos no debe presuponer inicialmente, la contraposición de lo que por los referidos conceptos entendemos genéricamente, sin que de su íntima relación quepa inferir con carácter previo connotaciones de por sí negativas, siempre y cuando esa equidad de justas aspiraciones se mantengan, precisamente, en esa anhelada posición de racionalidad y equilibrio en que se sustenta la legitimidad de los sistemas democráticos de corte occidental.

No obstante, conocedores de que los acontecimientos de la realidad social y los intereses políticos de cada momento y de cada lugar sustentan dicha contraposición en un constante *tira y afloja*, tal situación exige a las distintas cortes y tribunales que velan por garantizar el ansiado equilibrio de voluntades el permanecer en alerta y vigilantes para que un exceso de celo en salvaguardar la seguridad no vaya acompañado de una aminoración de la libertad por debajo del umbral que configura un moderno Estado democrático de Derecho.

Convivimos, ciertamente, en permanente presencia de esa aludida *dicotomía libertad-seguridad*, la cual se antoja a todas luces presente en la cotidianidad actual del mundo globalizado, sin que, por ello, dicha tesis deba traducirse a la postre, necesariamente, en una merma de libertad y de reconocimiento y respeto de los derechos humanos *globalmente consagrados*.

A diferencia de lo que ha venido sucediendo hasta fechas muy recientes, inviable se presenta preservar esta polémica en el espectro internacional, dado que la movilidad social imperante, junto con los incesantes flujos migratorios, convierten los problemas transnacionales en vicisitudes concretas de los países receptores de tales flujos, junto con el hecho - no menos relevante- de que los problemas suscitados en el seno de estos

estados repercuten e inciden directa o indirectamente en la realidad internacional. De ahí que, de un modo u otro, no debamos o -mejor dicho- no podamos quedarnos impasibles ante tales acontecimientos, pasados o presentes, así como respecto de aquellos que puedan aflorar o sobrevenir en el futuro.

Para ello debemos reafirmarnos en los dos principios, plenamente reconocidos (7), que los juristas, al menos desde el prisma de la cultura instalada en el mundo considerado más avanzado, confían definitivamente adquiridos e inmutables: por un lado, en su máxima expresión, cualquier democracia que se precie, para merecer tal nomenclatura, incluso para justificar su propia razón de ser, debe venir presidida y proclamar abiertamente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como propiciar y crear las instituciones y procedimientos necesarios para que los mismos sean por todos respetados y puedan ejercitarse sin menoscabo alguno; por otro, el Estado, así configurado, debe garantizar a los ciudadanos un marco de seguridad viable y razonable que haga factible el desarrollo de su vida y actividades diarias en forma pacífica y que ampare con eficacia el ejercicio y disfrute de los mentados derechos y libertades.

En relación al primer principio citado, y respecto a la conformación de las instituciones y los procedimientos necesarios para que esos derechos y libertades sean por todos coherentemente respetados, susceptibles de ejercitación, se destina primordialmente este trabajo, sobre todo a los efectos de situar y clarificar, en la medida de lo posible, la oportunidad que asiste a un determinado estado de extrapolar su derecho y jurisdicción más allá de sus fronteras si lo que se entiende conculcado es, justamente, el desarrollo de tales libertades y derechos básicos de la persona, cuando no el poder apelar a organismos y tribunales internacionales que vengan a tutelar y amparar su libre y natural desarrollo (8); para lo cual

(7) Tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como por la propia Convención Europea de Derechos Humanos, así como en las constituciones de todos los países democráticos, entre ellas la Constitución española.

(8) Sobre el tema tuve ya oportunidad de referirme, si bien de un modo somero y sin poder hacerme eco de las últimas modificaciones legales operadas

trataremos de perfilar en el camino los *pros y contras* de cada una de las dos vías jurisdiccionales articuladas en los últimos tiempos desde la base del ordenamiento nacional e internacional directamente aplicable, así como la solución finalmente adoptada al respecto por el Estado español.

III. LA POTESTAD DE JUZGAR Y EJECUTAR LO JUZGADO. LA DESEADA DOBLE INSTANCIA PENAL EN EL SISTEMA ESPA- ÑOL

Pero antes de adentrarnos en el cometido propuesto, cabe referirnos, aunque sea someramente, sobre una cuestión previa que no debemos perder de vista dada su evidente vinculación con el tema, al menos por lo que afecta al sistema español de defensa de los derechos fundamentales en cuanto al necesario o, al menos, conveniente recurso a la doble instancia penal para el supuesto de su cercenamiento.

Sabido es que, en nuestro marco jurídico de actuación, la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado viene atribuida al justiciable en el artículo 117.3 de la Carta Magna (CE), del mismo modo que, símbolo de madurez política y sobre todo de respeto a la libertad de expresión, los ciudadanos puedan, hasta cierto punto, mostrar su acuerdo o desacuerdo con tales decisiones, dentro de los márgenes democráticos instaurados, de tal forma que a través del derecho fundamental de defensa el abogado y, en último término, el juzgador se conviertan en garantes de la inviolabilidad de derechos y libertades que por ser inherentes a las personas resultan de naturaleza irrenunciable.

Es en este contexto donde debe afirmarse que el recurso a la doble instancia penal tiene en nuestro país rango constitucional –si bien no expreso–, tras la ratificación por el Estado español, el 13 de abril de 1977, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorgado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, que expresamente así lo garantiza, a lo que cabe añadir lo proclamado a su vez por el artículo 10.2 de la CE cuando dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales

dentro del marco del ordenamiento jurídico español, en PARDO GATO, J.R.: “Corte Penal Internacional y/o justicia universal. ¿Las dos caras de la misma moneda?”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 92, julio-diciembre 2008, pp. 109-142.

y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El sistema de recursos regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) excluye de la doble instancia a los delitos que llevan aparejadas penas más graves frente a aquellos otros de penalidad inferior, de tal modo que mientras para estos últimos la ley establece un régimen procesal de naturaleza ordinaria (recurso de apelación) (9), para los primeros sólo se prevé el de casación ante el Tribunal Supremo (10); proce-

(9) El Proyecto de Ley Orgánica 121/000069 por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, si bien tiene como objetivo primordial generalizar la doble instancia en los procesos penales mediante la extensión del recurso de apelación a toda sentencia penal, no parece, en principio, que vaya a cumplir todas las expectativas expuestas, al declarar su anunciada Exposición de Motivos que: “... se puede revisar, por tanto, a través de este cauce procesal de la apelación, la aplicación del Derecho realizada por el órgano *a quo* y el control de los hechos realizado por el expresado órgano judicial únicamente cuando se trata de verificar que la conducta se sustenta sobre pruebas lícitas, que existe prueba de cargo suficiente y si la prueba practicada permite sostener la culpabilidad más allá de toda duda razonable”. En el nuevo recurso de apelación regulado se excluye, por tanto, como motivo del mismo, el *error en la valoración de la prueba*, por lo que no habilita para una nueva instancia plena. No en vano en la actualidad dicho error se contempla, si bien con carácter restringido, en el recurso de casación y, de manera amplia, en el de apelación que regula el artículo 790 de la vigente LECrim.

(10) Ya demandado en su día para el proceso militar por DE QUEROL Y LOMBARDEO, J.F.: “El mando militar ante el recurso de casación”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, enero-junio 1989, pp. 27-56; “El recurso de casación en el proceso militar”, *Derecho penal y proceso militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 655-676. En este último trabajo y en el contexto temporal de la temática abordada, el autor iniciaba su reflexión con estas palabras de tanto calado: “*Salvo un paréntesis corto, cuando la Segunda República reformó la legislación castrense, pretendiendo establecer un recurso de casación contra las sentencias de los Consejos de Guerra, ha sido tradicional en el proceso militar la inexistencia de pluralidad de instancias. Inexistencia de recursos de apelación como medio ordinario de impugnar*

dimiento que, por su carácter extraordinario, sólo resulta viable si concurren los requisitos y presupuestos legalmente establecidos, por lo que se veda la posibilidad de llevar a cabo una nueva valoración de los hechos o indicios incriminatorios.

Fruto de todo ello se viene vulnerando, reiteradamente, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión penal a la doble instancia, lo que ha supuesto la condena a España en diversas ocasiones por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), por violación del artículo 14.5 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (11), en el que se señala que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

A la espera de la pertinente reforma de nuestra ley procesal penal y de cómo quede definitivamente regulada la doble instancia en el futuro texto legal, sirva aquí de expresa constancia la denuncia por la vulneración reiterada del referido Pacto internacional de Nueva York para luego poder acudir a las instancias, organismos y tribunales internacionales.

IV. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Entre los organismos y tribunales creados para velar y, en su caso, castigar ciertas actuaciones alejadas a derecho en el ámbito internacional, destaca fundamentalmente –desde su conformación e inicio de facultades y consiguiente actividad jurisdiccional– la Corte Penal Internacional (CPI), cuyo favorable reconocimiento no debe impedirnos denunciar los

las resoluciones judiciales; imposibilidad de las partes de instar ante un Tribunal Superior cuando las sentencias infrinjan la ley; escasa posibilidad de denunciar quebrantamientos de formas, etc.”. Motivos que, aunque por razones diferentes, avalan la doble instancia penal aquí solicitada.

(11) Valga de ejemplo el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 11 de agosto de 2000 por el que se ordenaba la anulación de la condena a un español por vulneración de su derecho a la doble instancia penal, salvo que fuera revisado su proceso.

posibles inconvenientes o aspectos negativos que su funcionamiento, después de más de media década, arrastra tras de sí.

IV.1. Aprobación, finalidad, principios

A tenor de una propuesta presentada en 1989 por Trinidad y Tobago ante la 44ª Asamblea General de la ONU, el 17 de julio de 1998, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de este mismo organismo aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), primer tribunal de estas características con vocación de permanencia y alcance potencialmente universal. Dicho texto legal entró en vigor el 1 de julio de 2002, una vez superadas las sesenta ratificaciones necesarias que a tal fin el propio Estatuto preveía. España, por su parte, prestó su consentimiento al mismo a través de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre.

Si su finalidad se centra, básicamente, en acabar con la impunidad y prevenir nuevos crímenes mediante la constitución de una instancia judicial independiente, vinculada con las Naciones Unidas, dos de los principios generales por los que se rige entroncan directamente con los ya recogidos en la Carta de tan alto organismo, a saber: la prohibición del uso o amenaza de la fuerza y la no injerencia en los asuntos internos (12); postulado este último que no ha de entenderse de tenor restrictivo, pues como gran logro de la CPI figura el que los crímenes notorios cometidos en los conflictos armados internos (no internacionales) serán igualmente de su competencia.

(12) Para mayor abundamiento sobre la aprobación, finalidad y principios de la norma base de la CPI, *vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.: "Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 73, enero-junio 1999, pp. 197-207.

IV.2. Lagunas detectadas en su aplicación jurisdiccional

a) Ausencia de ratificación general

Hasta enero del año 2007, ciento cuatro países habían suscrito el Estatuto de Roma de la CPI (13), por lo que si consideramos que son ciento noventa y dos en la actualidad los Estados miembros de las Naciones Unidas, el número de Estados parte de la Corte es significativo e importante, si bien claramente insuficiente, por cuanto si lo pretendido es ejercer una jurisdicción universal y una primacía institucional en la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha de estimarse como un fracaso y una radiografía ciertamente inquietante del estado del mundo la ausencia de naciones clave en el concierto internacional.

Así, la falta de ratificación por las grandes naciones (Estados Unidos de América, Rusia, China, India, Israel y la práctica totalidad de los Estados árabes, desde Marruecos, Egipto y Arabia Saudita, hasta Irán o Pakistán), ha supuesto un serio varapalo al objetivo inicial con el que se fraguó la conformación de la CPI. Dejar fuera de su jurisdicción a una parte importante de ciudadanos no hace sino convertir para muchos de ellos en mera expectativa inviable el acceso a las reparaciones, indemnizaciones o rehabilitaciones que podrían exigir de concurrir una mayor extensión de su competencia.

b) Limitación a la extensión competencial

Como premisa, debe quedar claro antes de nada que este organismo conoce exclusivamente de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, de ahí que hasta el momento se haya concretado en la persecución de los delitos de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, previéndose su extensión en el futuro al delito de agresión (artículo 5 ECPI), cuya competencia queda deferida a una posterior concreción, tanto de los elementos del mismo como de las condiciones en que pueda ser perseguido (ex artículos 121 y 123 ECPI).

(13) De este número de países, cuarenta y uno son europeos, veintinueve son Estados africanos, veintidós de Iberoamérica y Caribe, y doce de Asia.

Empero, carece de competencia para conocer del delito de terrorismo (14), por presentar el mismo un concepto no unívoco en el ámbito internacional, habida cuenta de su falta de tipificación hasta el momento por la Asamblea General de la ONU.

A diferencia de otros tribunales de naturaleza similar creados con anterioridad (Nüremberg, Tokio, Ruanda, Yugoslavia) (15), con la finalidad de atender a situaciones concretas y con carácter temporal, la CPI no se limita al conocimiento de *delitos acaecidos en el ínterin de una contienda o un determinado conflicto*, ni para situaciones definidas durante o con posterioridad a la lucha armada; no se trata, pues, de un tribunal *ad hoc* creado *ex post facto*, tras haberse cometido el delito, lo que viene a justificar la razón de porqué no retrotrae su jurisdicción, al limitar su conocimiento a los delitos y crímenes ocurridos después del 1 de julio de 2002.

c) Aspectos formales y procesales

Por otro lado, si bien el Estatuto reconoce los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*, basados en la aplicación de los delitos y penas que se regulan en la propia norma, contrariamente no contempla la

(14) Al respecto, tempranamente, *vid.* GUTIÉRREZ LANZA, G.: "Notas sobre los delitos de terrorismo", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35-48; y, en cuanto a su íntima relación con los derechos humanos, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional*, Dykinson, Madrid, 2005.

(15) Los Tribunales de Nüremberg y Tokio fueron consecuencia de una guerra de agresión y unieron la responsabilidad de los gobernantes por violaciones de derechos humanos a la responsabilidad por la guerra [BACIGALUPO, E.: "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 77, enero-junio 2001, p. 251; sobre el desarrollo de los acuerdos internacionales para la penalización de la guerra de agresión -Protocolo de Ginebra, 1924, Pacto Kellogg, 1928-, *vid.* SCHMITT, C.: *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1945, ed. por QUARITSCH, H., 1994]. En cuanto a los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, *vid.* Resoluciones de la ONU 827 (1993), de 25 de mayo, y 955 (1994), de 8 de noviembre, respectivamente.

posibilidad de desarrollar, en su caso, el juicio en la lengua materna del acusado, sino tan solo en los idiomas de trabajo de la Corte, entre los que, sorpresivamente dada su amplia difusión, no se encuentra la lengua española.

Destacable es también, como nota diferencial respecto de los Tribunales *ad hoc* precedentes, la regulación de los derechos de las víctimas, que en relación con muchos de los sistemas jurídicos nacionales existentes ha venido a representar una verdadera irrupción jurisdiccional novedosa.

A nivel procesal, conviene asimismo aclarar que se incorpora en este Tribunal la figura del *amicus curiae*, por la que, acorde con su espíritu, por vía de intervención adhesiva puede ser llamado al proceso bien por el propio justiciable, bien a petición propia.

En el ámbito de la exigencia a la hora de la demanda, se requiere a las víctimas para su presentación la respectiva solicitud de participación en el procedimiento y el reconocimiento de su condición, con la consiguiente posibilidad de rechazo de tales reclamaciones en caso de la no acreditación indubitada de la *categoría* de víctimas de los demandantes (16). Esta circunstancia, aparentemente lógica desde el punto de vista de la *ratio* jurídica, quiebra su naturalidad ante la esencia del proceso y su fin perseguido, por cuanto las víctimas suelen encontrarse dispersas, en ocasiones en situaciones de grave riesgo y con evidentes problemas para la demostración palpable de lo que se les requiere; tengamos por caso la

(16) En cuanto a la condición de *víctimas*, debemos tener presente lo confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), Sala Tercera, de 28 de junio de 2007 (asunto: C-467/2005), al no incluir dentro de dicho concepto (contenido en la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo) a las personas jurídicas que hayan sufrido un perjuicio directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

Además, hay que tener en cuenta que, para la activación de la jurisdicción abstracta de la CPI con respecto a una situación de crisis referida en la pretensión de activación, los estados partes han establecido toda una serie de presupuestos materiales (*presupuestos de activación*) que deben concurrir en relación con dicha situación y que se recogen en los artículos 15, 16 y 53 ECPI y en la regla 48 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

situación de mujeres violadas o agredidas, las más de las veces ocultas y silenciadas por el miedo. Por tanto, facilitar el acceso a la demanda y la posibilidad de intervención en el proceso sin exigencias previas, que pueden no responder a la necesidad de la aplicación de la justicia, parecería lo más razonable, ello sin desconocer que los procedimientos puedan iniciarse de oficio, lo que para nada obsta lo que acabamos de sostener.

La audiencia de confirmación de cargos que ha tenido lugar en los últimos procesos habidos propiamente ante la CPI, así como las primeras sesiones celebradas al efecto (17), han revelado, en este sentido, que el procedimiento establecido por los Estados parte del Tratado de Roma requiere de ajustes para garantizar un adecuado amparo del derecho a la defensa, habiendo instaurado, por otro lado, un novedoso papel encomendado a las correspondientes defensas de las víctimas, con posibilidad de intervención en las sesiones (18), no equiparable totalmente en sus posibilidades procesales al fiscal y a la defensa del acusado.

Junto a estas breves pinceladas destinadas a esbozar la presencia de la CPI en el ámbito en el que nos movemos, cabe significar como rasgo también identitario de la misma en su ejercicio la concesión de privilegios e inmunidades del abogado defensor, tal como se colige del artículo 48 ECPI. Así, el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, redactado por la Comisión Preparatoria de la CPI y adoptado por la Asamblea de los Estados partes el 9 de septiembre de 2002, deviene en medio necesario para poder ejercitar la acusación y la defensa con total independencia y libertad: localización de pruebas en el propio

(17) Sesiones que tuvieron lugar durante tres semanas en los meses de noviembre y diciembre de 2006, en el asunto del *Fiscal contra Thomas Lubanga Dilo*; causa juzgada ante la CPI en el año 2007 por hechos acaecidos en la República Democrática del Congo que afectaron al reclutamiento de niños soldado, entre otros cargos. En los últimos tiempos la CPI ha prestado su sede para acoger el juicio contra *Charles Taylor ante el Tribunal Internacional de Sierra Leona*.

(18) OLÁSULO ALONSO, H.: "La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional", *Diario La Ley*, núm. 6343, 20 de octubre de 2005, p. 1, destaca que dicha posición procesal ha sido considerada como uno de los avances más significativos del Estatuto de Roma (así, también, SCHABAS, W.A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, 2004, p. 172).

territorio nacional del defendido, cuando probablemente los dirigentes sean reacios a proporcionar medios y facilitar las investigaciones pertinentes, o permitir la salida del país de las pruebas obtenidas, así inculpatorias como exculpatorias, puede significar una tarea ciertamente peligrosa e incluso potencialmente lesiva si el acusador o el defensor resultan ser ciudadanos –nacionales o extranjeros– carentes de la necesaria protección.

Razón de más para concluir que tanto las personas como los bienes de fiscales y abogados hayan sido dotados de la debida salvaguarda, articulada en base a los preceptos 15, 16 y 18 del mentado Acuerdo, donde se detallan las inmunidades, inviolabilidades y exenciones de que gozan tanto los principales como los integrantes de sus equipos durante el tiempo en que se prolongue su mandato. Esta protección dispensada se justifica, desde el prisma técnico, en que la CPI no es mismamente un organismo perteneciente a la ONU, por lo que quienes lo integran no gozan de los privilegios e inmunidades de que se favorecen y están facultados los funcionarios de la máxima organización internacional, a diferencia, por otro lado, de lo que sucede respecto de quienes actúan o forman parte integrante de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia o Ruanda.

Sin embargo, es de lamentar que España aún no haya procedido a la ratificación de este Acuerdo internacional, por lo que, como efecto contrario, los letrados españoles ya inscritos en la lista de abogados admitidos para actuar ante la CPI no gozarán hasta ese momento de tales privilegios esenciales para el adecuado ejercicio del derecho de defensa con todas las garantías procesales oportunas, ello sin perjuicio de la ayuda que a tal fin proporciona la figura de la Secretaría de la Corte Penal Internacional (19).

(19) No quedan, sin embargo, eliminadas las carencias de la defensa gracias a la contribución que proporciona la regulación de la Secretaría de la Corte, tan extraña a nuestro sistema nacional español. Pues si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 –que al referirse, en su Exposición de Motivos, a los secretarios judiciales, indicaba que su función era la de auxiliar y colaborar con los jueces y tribunales– ha sido actualizada a finales del año 2003 en lo que a la secretaría del tribunal concierne, “convirtiendo la figura del secretario judicial en

d) Colisión entre diferentes modelos jurídicos

Además de lo señalado, otra cuestión merece ser contemplada en este recorrido de problemas encontrados. Cuando se trata de alcanzar un punto suficiente de conexión en medio de intereses y experiencias diversas, por lo general a los vértices de unión sólo se llega con ciertas tensiones o situando el acuerdo en espacios de difícil e incompleta conjunción.

De hecho, en el marco internacional resulta perfectamente constatable que ciertos acuerdos no resultan, a menudo, fáciles de plasmar o de llevar a la práctica -ténganse en cuenta experiencias recientes como el proceso de aprobación de una *Constitución para la Unión Europea* o las distintas contradicciones que han surgido y sobrevienen en el seno de organismos más consolidados, como la propia ONU-, por lo que avanzar a pequeños pasos es siempre aproximarse plausiblemente al objetivo propuesto, a falta de una superior concreción en menor tiempo.

En este sentido, la existencia de un modelo jurídico y judicial anglosajón y un sistema continental europeo, con tantos elementos de diversidad como se sabe, no facilita a este respecto la armonización deseada, inclinando en muchas ocasiones la balanza hacia los principios del sistema de la *common law*, lo que desde nuestra perspectiva y desarrollo legal no hace sino provocar insuficiencias, también y sobre todo en las garantías de que deben disponer las víctimas, lo que ha de convertirse en un conculcado empeño por nuestra parte en ir corrigiendo y subsanando tales deficiencias.

V. LA JUSTICIA UNIVERSAL IRRADIADA DESDE EL ESTADO ESPAÑOL

V.1. Sumarios y asuntos: ¿Posible solución sobre el terreno?

Es precisamente, como acabamos de manifestar, en el campo de protección de las víctimas y del ejercicio de sus derechos donde estos proble-

una de las claves de la actual reforma”, lo que no obsta que su cometido, conforme a esta misma norma, se siga conjugando entre dos extremos esenciales: *la dación de fe y la documentación judicial*.

mas se acentúan o se hacen más palpables y manifiestos –estados al margen de la CPI, incompetencia en algunos delitos, dificultades formales y procesales en su encaje a derecho, o la colisión entre modelos jurídicos diferentes–, sobre todo si tenemos en cuenta que en el sistema penal los dos objetivos claves perseguidos son, por un lado, la condena y castigo de los culpables, pero por otro –no menos relevante– la satisfacción a las víctimas de los daños ocasionados por aquéllos.

A esta situación parece responder, sino en todo al menos en parte, la denominada como *justicia universal* o *jurisdicción universal*, que ha ido adquiriendo protagonismo en los últimos años, a la sombra –o no– de la CPI, con importantes reminiscencias y especial protagonismo de nuestro país sobre el tema –sin olvidar, como así nos lo ha confirmado nuestro Tribunal Constitucional (20), que España no es el único estado que reconoce el principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, citando al respecto las legislaciones de Bélgica, Dinamarca, Suecia, Italia o Alemania– (21), al mostrarse competente, hasta hace poco sin

(20) STC de 26 de septiembre de 2005.

(21) Bélgica, en el artículo 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999; Dinamarca, en el artículo 8.6 de su Código Penal; Suecia, en la Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964; Italia, en el artículo 7.5 de su Código Penal; y Alemania, distintos *Länder* incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricción alguna basada en vínculos nacionales. Sobre el comentario a algunos de los asuntos abiertos en estos países, como el *caso de las monjas ruandesas* en Bélgica, *vid.* BACIGALUPO, E.: “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas...”, *cit.*, pp. 259 y ss.

Por su parte, en cuanto al derecho americano, téngase en cuenta la Ley de Reclamación de Extranjeros por Daños y Perjuicios, sancionada en 1789 (*Alien Tort Claims Act of 1789* o “ATS”). Dicha norma ha originado un importante auge de demandas ante la justicia norteamericana. Esta ley permite que los ciudadanos extranjeros que buscan reparación por violaciones al derecho internacional, incluyendo abusos a los derechos humanos, puedan reclamar daños y perjuicios contra el autor del daño ante un tribunal federal de los Estados Unidos, independientemente de la nacionalidad del demandado y aun cuando el acto ilícito haya tenido lugar fuera de los Estados Unidos.

cortapisas y en diversas ocasiones, la Audiencia Nacional española, auténtico “*portaviones de la Justicia*” en palabras de MENDIZÁBAL ALLENDE (22), para conocer de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, además de la posibilidad de irradiar su influencia sobre los delitos de terrorismo o agresión, e incluso –aunque más cuestionable– sobre el de tortura, cometidos a espaldas de nuestro territorio (23).

A pesar de que las últimas modificaciones legislativas operadas han aminorado notablemente su capacidad de actuación, conviene en este momento dejar reflejados, con carácter objetivo, los posibles fallos recaídos y actualizar los asuntos latentes, para disponer de los suficientes elementos de juicio a la hora de ofrecer una valoración e interpretación adecuada a su justa repercusión.

a) Caso Chile (crímenes 1973-1990) y caso Argentina (crímenes 1976-1983)

Como asuntos pioneros abiertos en nuestro país por crímenes internacionales se sitúan los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas por los hechos acaecidos durante las dictaduras argentina y chilena, de tal forma que el pleno de la Sala de lo Penal de la AN, en sendos autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, respectivamente (24), vino a reconocer la competencia de la jurisdicción española. En el primero, la AN interpretó que el artículo 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no excluye la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio o estado en el que se cometió el delito o de un tribunal

(22) MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: “El portaviones de la Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 7121, de 24 de febrero de 2009, pp. 3 a 5.

(23) A algunos de estos casos se refirió la profesora GIL GIL, A.: “Jurisdicción de los Tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, enero-junio de 2006, en particular pp. 55-62.

(24) Argentina: auto AN núm. R. Apel. 84/1998, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; Chile: auto AN núm. R. Apel. 173/1998, de 5 de noviembre, de la Sala de lo Penal, Sección 1ª. El ponente de ambos autos fue Carlos Cezón.

internacional; y, en sentido similar, aunque valiéndose de menor argumentación, en el segundo se aceptó también la competencia para juzgar a *Pinochet* por las imputaciones de terrorismo y torturas, si bien el Ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar su extradición a España por encontrarse “gravemente enfermo”.

Sin embargo, el proceso, tanto en relación con la dictadura chilena como argentina, ha seguido su curso respecto de otros acusados. Así, en cuanto al *caso del general chileno Hernán Julio Brady Roche*, la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de marzo de 2004 asumió la doctrina constitucional sobre la jurisdicción española recogida en la sentencia del caso Guatemala, al que más adelante nos referiremos.

Por su parte, en el marco de la dictadura argentina se han seguido actuaciones en el *caso del ex militar de la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA), Adolfo Scilingo*, y en el *caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo*. En el primero de ellos, la STS de 15 de noviembre de 2004 vuelve a confirmar la competencia de la AN para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo, de tal forma que el 19 de abril de 2005 la AN establece la primera sentencia condenatoria en este sumario por la que se condena a dicho ex militar a seiscientos cuarenta años de prisión por la comisión de un delito de lesa humanidad (25). En este fallo la AN cambia la calificación jurídica inicial de los hechos y, en lugar de por genocidio, terrorismo y torturas, dispone la condena por aplicación del artículo 607 bis del Código Penal español, precepto por el que en el año 2004 se introdujeron en nuestro ordenamiento los crímenes contra la humanidad (26). En su argumentación, la AN precisa que dicha decisión no implica, por el contrario, una violación del principio de legalidad, al

(25) En concreto, se trata de la SAN núm. 16/2005, de 19 de abril, de la Sala de lo Penal, Sección 3ª; ponente: José Ricardo de Prada.

(26) En este sentido, se había pronunciado, con anterioridad, GIL GIL, A.: *Derecho penal internacional*, 1999, p. 183, quien comenta asimismo esta sentencia de la AN en *Jueces para la Democracia*, julio, 2005, pp. 7 y ss., y cuyas observaciones críticas a la misma son contrarrestadas por CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: “De Nüremberg a Madrid: la sentencia del caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-rl, noviembre 2005, pp. 3-11.

existir tales crímenes en la costumbre internacional ya anteriormente a la comisión de los hechos.

En cuanto al *caso del oficial Ricardo Miguel Cavallo*, inicialmente México procedió al cumplimiento de las órdenes internacionales de detención del juez español Baltasar Garzón, lo que se consiguió el 24 de agosto de 2000 en Cancún, cuando intentaba regresar a Buenos Aires, para su extradición a España. La AN dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2006 por la que apreció la *declinatoria de jurisdicción* a favor de la República Argentina, al fundamentarlo en la existencia de diligencias penales abiertas por los tribunales de este país que estima preferentes al entender que se trata de un supuesto de “*conurrencia de jurisdicciones*”, lo que permitiría hablar de un “*conflicto de jurisdicción*”, toda vez que existe *litis pendencia* por encontrarse simultáneamente en curso actuaciones en dos países; y así estima la *declinatoria de jurisdicción* que, como artículo de previo pronunciamiento, planteó la defensa del procesado en el trámite anterior a la celebración del juicio oral, para ceder a la autoridad competente argentina el conocimiento de los hechos que motivaron el procesamiento -genocidio, terrorismo y torturas-.

Posteriormente, la STS de 18 de julio de 2007 estimó que dicha resolución de la AN debía quedar sin efecto por incurrir en varias infracciones legales: en primer lugar, por disponer materialmente la extradición de un acusado cuyo enjuiciamiento correspondía a los tribunales españoles a través de una inadecuada vía procesal -estimación de una *declinatoria de jurisdicción* planteada de forma incorrecta-; en segundo término, por omitir la solicitud y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Tratado de Extradición suscrito con la República Argentina y sustraer al Ejecutivo su capacidad decisoria; y, en tercer lugar, por vulnerar también el contenido del Tratado suscrito con los Estados Unidos Mexicanos que prescribe el “obligado consentimiento expreso”, previo a la posibilidad de autorizar la *reextradición* a un tercer país.

Por tanto, podemos igualmente concluir que el TS, tras modificar su inicial posición al respecto para otros casos -como tendremos ocasión de comprobar-, vuelve a otorgar la competencia a los tribunales españoles para enjuiciar al imputado por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en detrimento de la jurisdicción argentina.

b) Caso Fidel Castro

Como efecto reflejo, los citados autos iniciales de la AN relativos a los casos chileno y argentino trajeron consigo la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, en su mayoría de ámbito latinoamericano.

Así ocurrió con los sucesivos intentos de *encausamiento de Fidel Castro*, al menos tres hasta la fecha, que la AN ha ido rechazando, incluso con posterioridad a la sentencia del caso Guatemala y pese a la convalecencia del dictador y la consiguiente cesión del mando a favor de su hermano Raúl, por razón de la inmunidad de la que gozaba, según el derecho internacional consuetudinario, al tratarse, en su momento, de un Jefe de Estado en activo (cfr. *caso Yerodia*) (27) y, posteriormente, por motivos de "cosa juzgada".

c) Caso Guatemala

La denuncia presentada por la Premio Nobel de la Paz, *Rigoberta Menchú Tum*, ante el Juzgado Central de instrucción de guardia, el 2 de diciembre de 1999, por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados, conjunta e indistintamente, a los generales

(27) Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el *caso Yerodia*, a través de la cual este Tribunal sostiene la existencia en el derecho internacional consuetudinario de inmunidades de jurisdicción, si bien excepciona de la regla de la inmunidad la persecución en el propio país, los casos en que el mismo Estado decide el levantamiento de la inmunidad, la persecución de actos cometidos a título privado cuando el sujeto ha dejado ya el cargo oficial, así como la persecución ante jurisdicciones penales internacionales. Sobre el asunto Yerodia, *vid.* PUEYO LOSA, J.: "Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 83, enero-junio 2004, en particular pp. 28-33; y, en cuanto a la jurisprudencia general de este Tribunal, OMAR RAIMONDO, F.: "El valor de la jurisprudencia de la Corte internacional de Justicia como verificadora del derecho internacional humanitario y el crimen internacional de genocidio", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 81, enero-junio 2003, pp. 143-191.

Efraín Ríos Montt y Oscar Humberto Mejías Víctores, que ocuparon sucesivamente la jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente *Fernando Romeo Lucas García* y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército, llevó al Tribunal Constitucional español a dictar una de las más relevantes sentencias hasta el momento recaídas sobre el tema (28), al fijar la delimitación jurisdiccional de la justicia universal, haciéndola residir al efecto en los tribunales españoles, siguiendo el sentido de la definición aportada, sólo un mes antes, por el Instituto de Derecho Internacional, en resolución firmada en Cracovia el 26 de agosto de 2005: “*La competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración o vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional*” (29).

En concreto, se trata de la STC 237/2005, Sala Segunda, de 26 de septiembre, que vino a anular las dos resoluciones previas impugnadas, vertidas hasta ese momento sobre el caso en cuestión, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Así, conforme al criterio sentado, tanto el anterior auto del pleno de la AN de 13 de diciembre de 2000 (30), como la STS de 25 de

(28) Sobre este caso y la importancia del fallo del TC, véase PARDO GATO, J.R.: “El papel de los abogados ante la jurisdicción universal. El nuevo horizonte abierto tras el caso Guatemala”, *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso Nacional de la Abogacía*, 26 al 28 de septiembre de 2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 187-194.

(29) El proyecto de 1996 de *Código de Crímenes contra la Humanidad*, promovido por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, establecía que cualquier estado parte se puede encontrar facultado para ejercer su *jurisdicción respecto del presunto responsable de algunos de los crímenes de derecho internacional enunciados (genocidio, crímenes contra la humanidad, de guerra, etc.)*.

(30) En su apoyatura, la AN se vale del artículo 6 del Convenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 relativo a la prevención y sanción del delito de genocidio para sostener la vigencia de una relación de subsidiariedad de la jurisdicción española sobre la territorial, requiriendo

febrero de 2003 (31), realizan, a juicio del Alto Tribunal, una interpretación excesiva e *infundadamente rigorista* del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a partir de argumentos restrictivos de la competencia de los tribunales de nuestro país, no incluidos en la ley ni que puedan derivarse razonablemente de ésta.

Razón por la cual, una vez comunicada la decisión del Constitucional, la AN, en asunción de la misma, adoptó un acuerdo del pleno no jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, conforme a la idea de unificación de criterios del artículo 264 LOPJ, según el cual en adelante examinará de oficio su propia jurisdicción, así como la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales, y aceptará la jurisdicción "*salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos*". Asimismo, en ejecución de la citada decisión constitucional, la AN dictó posterior resolución en este caso admitiendo su competencia a través del auto de 16 de febrero de 2006.

d) Caso José Couso

De gran impacto social en España, por auto del Juzgado de instrucción núm. 1 de la AN de 19 de octubre de 2005 se dicta orden internacional de busca, captura y detención a efectos de extradición contra tres militares estadounidenses (*sargento Cornelio, capitán Lázaro y teniente coronel Carlos José*) bajo la acusación de crímenes de guerra por un presunto delito de homicidio de dos periodistas, uno de ellos de nacionalidad española (José

además una acreditación plena de la imposibilidad legal o prolongada de inactividad judicial, hasta el extremo de exigir la prueba del rechazo efectivo de la denuncia por los tribunales de Guatemala.

(31) El TS fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en los límites de aplicación intrínsecos al principio de jurisdicción universal. Así, en su apelación a la costumbre internacional, requiere para su asunción unilateral por el derecho interno la concurrencia de "*vínculos de conexión*"; a saber: que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas tengan la nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con los intereses nacionales.

Manuel Couso, de la cadena *Telecinco*), en el ataque al *Hotel Palestina* de Bagdad (Irak) en 2003, donde se alojaba la prensa internacional.

Confirmado en reforma por auto de 28 de octubre de 2005, dicha decisión fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Sala Penal de la AN, cuya Sección Segunda dictó a su vez auto de fecha 8 de marzo de 2006 por el que confirmó el recurso y declaró la falta de jurisdicción, revocando los autos citados y decretando el archivo de las diligencias previas.

No obstante, contra la anterior resolución los querellantes interpusieron recurso de casación, que el TS, en sentencia de 11 de diciembre de 2006, haciendo suyos los fundamentos de la referida STC 237/2005, *declara haber lugar, casando y anulando el anterior auto*, bajo la declaración de que los tribunales españoles ostentan jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa.

En mayo de 2008 la AN revocó el procesamiento de los tres militares estadounidenses implicados en la muerte del cámara José Couso, al estimar que no existían indicios "*suficientes*" para seguir con la investigación. Este auto venía a corroborar así la postura de la fiscalía, que el 21 de abril de 2008 solicitara, nuevamente, el archivo de la causa al considerar que aquella muerte se enmarcaba en un "*acto de guerra*".

No obstante, el TS ha compelido finalmente a la AN a reabrir la investigación, al considerar que la estrategia bélica denominada "*de impacto y pavor*", consistente en actos como el bombardeo sobre personas y bienes protegidos en conflicto armado, al igual que el que provocó la muerte de Couso, es penalmente imputable a quien dirija esas operaciones. Así, el juez de la AN Santiago Pedraz ha ordenado la busca y captura e ingreso en prisión para la extradición de los tres militares americanos imputados en el caso. Asimismo, el magistrado solicitó, además, autorización al Consejo General del Poder Judicial para viajar a Irak entre octubre y noviembre del año 2010 para proceder a la inspección ocular, *in situ*, del lugar de los hechos (32).

(32) En prensa, Agencia Efe, abril de 2010.

e) Caso Tíbet y caso Falun Gong

Los fundamentos de la meritada STC recaída en el caso Guatemala han servido también de base para que la AN declarara su competencia para investigar el presunto genocidio cometido por las ex autoridades chinas en el *Tíbet* (33), lo que justificó la decisión del auto de 10 de enero de 2006, por el que se revocó a su vez el del Juzgado de instrucción núm. 2 de la AN de 5 de septiembre de 2005. Con independencia del proceso seguido, la represión policial china ante las revueltas acontecidas en el Tíbet por tensiones políticas volvió a poner el acento en la presunta vulneración de los derechos y libertades fundamentales de la minoría tibetana en ese país, por parte, en este caso, de las actuales autoridades.

Con China también en el punto de mira y con sustento asimismo en la STC 237/2005, ha sido de nuevo el Alto Tribunal español quien ha determinado, mediante STC de 22 de octubre de 2007, que la inadmisión de la querrela interpuesta contra los ciudadanos de esa nacionalidad, *Jiang Z.* y *Luo G.*, por supuestos delitos de genocidio y torturas cometidos desde el año 1999 en relación con miembros del grupo *Falun Gong* vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Responde así este fallo a la impugnación, por un lado, del auto del Juzgado Central de instrucción núm. 2, de 20 de noviembre de 2003, confirmado, en reforma, por auto de 17 de diciembre; en apelación, por el del pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 11 de mayo de 2004; y, en casación, por la STS de 18 de marzo de 2005; autos que habían acordado dicha inadmisión por no ser españoles ni las víctimas ni los presuntos responsables de los delitos denunciados, no encontrándose además en territorio nacional.

Ambas decisiones, tanto la de la AN en el caso Tíbet, como la del TC en el caso Falun Gong, vuelven a contradecir la doctrina del TS, desautorizada por el constitucional desde el caso Guatemala:

- En el asunto Falun Gong dicha doctrina se desestima, además de por la interpretación que se hace del artículo 23.4 LOPJ, por el hecho de

(33) Una nota sobre este asunto, desde la perspectiva filosófica, puede consultarse en CALVO GONZÁLEZ, J.: "Jurisdicción universal y genocidios en el Tibet. La Justicia, entre los juncos", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 711, 2006.

que la única vía procesal a disposición de las víctimas es la aplicación del principio de jurisdicción universal, dada la imposibilidad de enjuiciar estos delitos en la CPI, pues China no reconoce su competencia y como miembro del Consejo de Seguridad de la ONU dispone de derecho de veto sobre cualquier resolución que pudiera dictarse.

- Por su parte, igualmente importante se antoja para el estudio que nos ocupa el auto de la AN acogido en el caso Tíbet, ya que, además de analizar la inactividad jurisdiccional china en la persecución del delito, se detiene también en la imposibilidad de intervención de la CPI por ser los hechos acaecidos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto de Roma y no ser ni el presunto infractor ni la víctima parte en el mismo, motivo por el que la jurisdicción española manifiesta su competencia.

f) Caso Ruanda-R.D. Congo (crímenes 1990-2002)

En esta misma línea, el 6 de abril de 2005 la AN dictó un auto admitiendo a trámite la querrela interpuesta por el Fórum Internacional por la Verdad y la Justicia en el África de los Grandes Lagos contra sesenta y nueve altos cargos del Estado ruandés por los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y tortura cometidos tanto en Ruanda como en la República Democrática del Congo entre los años 1990 y 2002. En ese período perdieron violentamente la vida nueve misioneros y cooperantes españoles (34) que asistían a la población civil *hutu* en ambos países en medio de una dramática situación humana silenciada (35).

(34) Además de los varios millones de víctimas ruandesas (desde 1990 hasta la fecha) y congoleesas (desde 1996 hasta el presente), junto con otros ciudadanos europeos, canadienses y de otras nacionalidades que han perdido violentamente la vida sin haberse realizado las correspondientes investigaciones criminales, en un clima de la más absoluta impunidad, que no hace más que agudizar y acrecentar el conflicto.

(35) La organización internacional *International Rescue Committee* ha puesto de manifiesto que desde el año 1998 hasta 2004 cerca de cuatro millones de personas han perdido la vida a causa de este conflicto armado, después de que el ejército de Ruanda (APR/FPR) liderara la invasión, por segunda vez, de la R.D. del Congo. Asimismo, debe hacerse referencia a las resoluciones del Parlamento Europeo sobre la explotación ilegal de los recursos naturales en dicha R.D. (en

Uno de los aspectos relevantes de esta decisión, además de reiterar la competencia de la jurisdicción española en tales casos, es la de decantarse por la investigación de la muerte no sólo de los ciudadanos españoles sino también de algunos ruandeses y congoleños, como necesario contrapeso para conocer la dimensión real de lo sucedido. Aunque es evidente la imposibilidad de investigar todos los crímenes cometidos en dicho período en los dos países, el acometerla sobre determinados crímenes de contexto debe servir, según el auto referido, para confirmar o no la *“existencia de un sistemático plan de exterminio de una determinada etnia”* –la hutu– para imputar un delito de genocidio.

Asimismo, como elemento diferenciador respecto de los casos de Chile, Argentina o Guatemala, en los que se investigaba a responsables de crímenes que ya no se encontraban formalmente en el poder, en el asunto de Ruanda-R.D. Congo los responsables del ejército ruandés del FPR/APR ocupan hoy dicho espacio, así como puestos claves en la administración político-militar ruandesa, tanto la oficial como la secreta, y los crímenes y matanzas se siguen produciendo, con miles de desplazados y víctimas inocentes.

especial, las de 15 de septiembre de 1999, 14 de febrero, 4 de julio y 12 de diciembre de 2001, 15, 16 y 23 de enero de 2003 y 15 de enero de 2004), así como a los cuatro informes del Grupo de Expertos de Naciones Unidas sobre la explotación ilegal allí ocurrida (en especial, los informes S/2001/357, de 12 de abril, y S/2002/1146, de 16 de octubre). En estos informes se ponía de manifiesto –junto con el listado de las personas, organizaciones y empresas halladas responsables– que estas actividades sobrepasan lo que se entiende por explotación ilegal para convertirse en pillaje sistemático, además de advertir de la existencia de un vínculo claro entre ese pillaje y la continuación del conflicto, por entender que la explotación de estos recursos contribuye a financiar los ejércitos y actúa como fuente de abastecimiento para la guerra, de tal manera que el acceso a los principales recursos minerales y no minerales y su control se presentan como una de sus causas principales, con la consiguiente violación reiterada de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Estos hechos, por sí solos, deben ser considerados a todas luces como crimen internacional de guerra de pillaje sistemático y a gran escala.

g) Caso Guerra Civil española y caso Holocausto nazi

Por auto del Juzgado Central de instrucción núm. 5 de la AN, de 16 de octubre de 2008 (36), se afirma la competencia de este tribunal para entender de los crímenes cometidos durante la Guerra Civil española y el franquismo de detención ilegal sin razón del paradero o desaparición forzosa, en el contexto de crímenes contra la humanidad y en conexión con delitos contra la CE y los altos organismos de la nación (37).

Como singularidad, en este asunto cabe destacar que los denunciantes, asociaciones y particulares, no buscaban el establecimiento de responsabilidades penales individuales por los crímenes que hubieran podido cometerse, lo que planteaba un complejo escenario al juzgador que convirtió su argumentación en un interesante y, quizás también, arriesgado *andamiaje jurídico*, cuyas bases fundamentales fueron dos: de una parte, el elemento de contexto de crímenes contra la humanidad (38), y, de otra, una amplia interpretación de las *reglas de conexividad* y de lo dispuesto en el artículo 65.1.a) de la LOPJ.

Por otro lado, iniciado el año 2009, el juez de la AN Ismael Moreno decidió acumular a su investigación una denuncia presentada por la Fundación Acción Pro Derechos Humanos contra el régimen franquista, al

(36) Diligencias previas-procedimiento abreviado 399/2006 V. Esta decisión judicial se enmarcaba en un proceso iniciado a raíz de una serie de denuncias presentadas por distintas asociaciones y particulares a partir de mediados de diciembre de 2006.

(37) Sobre este auto, véase el trabajo de CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: "Examen del Auto del Juzgado de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional. Por el que se acepta la competencia para investigar los crímenes contra la humanidad en la Guerra Civil y el franquismo", *Diario La Ley*, núm. 7054, de 12 de noviembre de 2008, pp. 1-7.

(38) El auto destaca que "los hechos objeto de denuncia nunca han sido investigados penalmente por la Justicia española, por lo que hasta el día de la fecha, la impunidad ha sido la regla frente a unos acontecimientos que podrían revestir la calificación jurídica de crimen contra la humanidad".

que acusaba de haberse “*inhibido*” ante las prácticas infligidas por las autoridades nazis a ciudadanos españoles que se trasladaron a Francia tras la Guerra Civil española.

La FAPDH acudió al Juzgado de instrucción núm. 7 de Madrid, justo después de que la AN estableciese que corresponde a los juzgados penales el conocimiento respecto de los crímenes de la Guerra Civil y de la dictadura franquista, cuyo procesamiento venía realizando el juez Baltasar Garzón. No obstante, este tribunal se inhibió a favor del Juzgado Central núm. 2, dirigido por Ismael Moreno, quien ya comunicara por medio de providencia la acumulación de esta denuncia a la causa.

Es de significar que, en este caso, la querrela presentada por un superviviente español del Holocausto nazi y los familiares de otras cinco víctimas de los campos de concentración contra los cuatro responsables de las SS residentes en Estados Unidos había contado en su momento con el apoyo de la Fiscalía de la AN, por ser las víctimas, ciudadanos españoles.

h) Caso Gaza

En mayo de 2009 el titular del Juzgado Central de instrucción núm. 4 de la AN, Fernando Andreu, decidió seguir adelante con la causa iniciada contra siete responsables militares de Israel, entre ellos el ex Ministro de Defensa Benjamín Ben Eliécer, por un bombardeo efectuado por el ejército hebreo en la franja de Gaza el 22 de julio de 2002 en el que murieron catorce civiles.

El instructor adoptó esta decisión en contra del criterio de la Fiscalía de la AN tras valorar el escrito remitido por las autoridades de Israel, en el que justifican dicha acción militar por la pretensión de proteger a sus ciudadanos ante el terrorismo de Hamás, además de por el hecho de que el Gobierno israelí dispone de “*mecanismos independientes*” para investigar la acción de sus fuerzas armadas, tesis que en buena medida fue asumida por la fiscalía para solicitar en el mes de abril de 2009 el archivo provisional de la querrela. Entre sus argumentos, resalta el hecho de que España

no puede actuar como “*una tercera instancia penal*”, además de que el ataque había sido objeto de una triple revisión, efectuada por el fiscal general militar, el fiscal general del Estado de Israel y el Tribunal Supremo (39).

No obstante, además de tomar como base el principio de jurisdicción universal, el juez instructor de la AN defendió, inicialmente, su capacidad de actuar, pues, aunque Israel hubiera abierto una investigación al respecto de la Convención de Ginebra, se desprende la competencia “*concurrente*” de la AN.

i) Caso Guantánamo

Días antes de adoptarse la decisión de continuar la causa por el caso Gaza, en concreto el 29 de abril de 2009, el juez Baltasar Garzón hizo público un auto por el que ordenó abrir diligencias previas para investigar a los posibles “*autores materiales, inductores, cooperadores necesarios y cómplices*” de los delitos de torturas cometidos en el centro de detención norteamericano de Guantánamo (Cuba) durante la Administración de George W. Bush. Igualmente, el magistrado asumió la decisión en contra de la propia Fiscalía de la AN, que consideraba que la causa debía ser investigada en Estados Unidos.

Para la resolución de la cuestión de competencia planteada por la fiscalía, el magistrado pidió al juez Ismael Moreno que le remitiera la causa que tenía abierta por los vuelos secretos de la CIA en dirección a Guantánamo que hubieran hecho escala en territorio español, por entender que se trataba de antecedentes concretos que afectaban directamente a la investigación.

La decisión de Garzón de abrir la investigación respondió a la denuncia presentada por cuatro presos que aseguraron ser torturados en Guantánamo: Hamed Abderramán Ahmed –conocido como el *talibán español*–, Lahcen Ikassrien, Jamil Adullatif y Omar Deghayes, acusados en

(39) Los familiares de los palestinos fallecidos en el bombardeo denunciaron el caso al Tribunal Superior israelí. Este abrió una investigación que fue cerrada en enero de 2006, al considerar que la operación militar fue “proporcional al objetivo militar de asesinar a (Salah) Shehade”, líder de Hamás contra el que se dirigía el ataque y en base a que el resultado posterior no fue “intencionado”.

España de pertenencia a organización terrorista, pese a que ninguno de ellos fue condenado por este delito. Los cuatro declararon ante el magistrado que habían sufrido torturas durante el tiempo de su detención *“bajo la autoridad de personal del Ejército norteamericano”*.

En su auto Garzón manifiesta que decidió abrir esta causa al constatar que *“de los documentos desclasificados por la Administración norteamericana”* se desprende *“lo que antes se intuía: un plan autorizado y sistemático de tortura y malos tratos sobre personas privadas de libertad sin cargo alguno y sin los elementales derechos de todo detenido”*. Asimismo, detalla que ese plan sistemático configura *“la posible existencia de una acción concertada para la ejecución de una multiplicidad de delitos de torturas contra las personas privadas de libertad en Guantánamo y otras prisiones”*, como la de Bagram (Afganistán).

En todo caso, cabe significar que tanto la decisión del auto del juez Andreu, para el caso Gaza, como la adoptada más tarde por el juez Garzón, en el asunto Guantánamo, ambas opciones judiciales fueron acogidas al amparo del artículo 23 de la LOPJ, sin embargo tales decisiones, junto con alguna de las anteriormente referidas, reactivaron el debate sobre la necesidad de poner límites a la jurisdicción universal y, al menos en parte, podemos decir que han sido finalmente las causantes del cambio de orientación legal acontecido en España al respecto.

V.2. Legislación y jurisprudencia española a modo de justicia penal universal

A la vera de las decisiones recaídas, la cuestión se centra por tanto en determinar si para llenar las lagunas actuales detectadas en la regulación y aplicación de la CPI la respuesta ha de venir efectivamente de la mano de la justicia universal y, en su caso, si dicha aportación ha de ser complementaria o adicional a la jurisdicción dimanante de la CPI, o bien si debemos procurar salidas alternativas a la situación creada. Para ello destinaremos las siguientes observaciones a tratar de concretar, en primer término, la base y principios legales de la competencia jurisdiccional universal española sobre la que se sustentaron los procedimientos habidos, para, a continuación, contrastar la misma, virtudes y defectos, con los ya mencionados respecto de la CPI, y, a la postre, terminar clarificando las

reformas posteriores aprobadas en España con motivo del establecimiento de ciertos límites a su extensión, al hilo de tensiones, no tanto jurídicas como políticas o ideológicas, nacidas de los problemas diplomáticos sobrevenidos con los estados directa o indirectamente afectados.

a) Postulados legales y principios reconocidos

Como se ha podido inferir del pronunciamiento de la STC 237/2005 fallada en el caso Guatemala, no cabe duda de que el precepto principal sobre el que gravita la legislación de nuestro país al respecto es el artículo 23.4 de la LOPJ, según el cual, de acuerdo con su ya anterior redacción, "será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- Genocidio.
- Terrorismo.
- Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- Falsificación de moneda extranjera.
- Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España (40).
- Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

No es éste, sin embargo, el único precepto de nuestro ordenamiento que afronta la cuestión, pues, de una manera general y a la suerte de lo

(40) La redacción de este delito, que se mantiene vigente en la actualidad, fue tomada del artículo único de la Ley Orgánica 3/2005, de 18 de julio, de modificación de la LOPJ.

establecido en el artículo 8.1 del Código Civil (41), puede indicarse como regla de fondo en la materia que la jurisdicción penal española tiene atribuida, ex artículos 4 y 9.3 LOPJ, el conocimiento y ejecución de las causas y juicios criminales relativos a todas las personas y en todo el territorio nacional, sin más límites que los derivados del *principio de legalidad* y de ciertas especialidades subjetivas propias de la CE y normas internacionales suscritas por España (cfr. artículo 23.1 LOPJ).

Como norma rectora, a priori, aparece así el *principio de territorialidad (forum loci comissi)*, uno de los bastiones sobre los que, de siempre, se ha cimentado nuestro derecho, en cuanto que la jurisdicción española en el orden penal alcanzará hasta donde se irrogue su soberanía (42).

Ahora bien, este principio de territorialidad, como anticipamos, no agotaba, ni limita tampoco en este momento, las posibilidades de actuación de la jurisdicción española al convivir con normas también legislativas que, en ciertos supuestos, convierten en viable la actuación de la jurisdicción española más allá de dicho límite territorial. De esta manera, junto a él, nuestro ordenamiento reconoce también como principios válidos, complementarios, el *principio de personalidad o nacionalidad activa*, regulado en el artículo 23.2 LOPJ (43), en virtud del cual se atribuye jurisdicción a los tribunales de un estado para el enjuiciamiento de los hechos

(41) Según el artículo 8.1 del Código Civil, “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

(42) En el mismo sentido, vid., por todos, Cerezo Mir: Curso de Derecho penal español, I, 2004, pp. 248 y ss.; también, Rodríguez y Fernández, R. y Echarri Casi, F.J.: “El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005)”, Diario La Ley, núm. 6377, de 13 de diciembre de 2005, p. 1; y, anteriormente, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: “Límites de la jurisdicción penal universal española”, *Diario La Ley*, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003.

(43) De acuerdo con el artículo 23.2 LOPJ, la jurisdicción española “conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

realizados por sus nacionales en el extranjero -los ciudadanos se hallan sometidos a la jurisdicción de su país de origen-; el *principio real, de defensa, o de protección de intereses*, recogido en el artículo 23.3 LOPJ (44) y en el artículo 7 del Código Penal Militar (45), por el que se confiere jurisdicción a las autoridades de un determinado estado para enjuiciar, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del autor o autores,

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

(44) Conforme el artículo 23.3 LOPJ, “conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.

b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.

c) Rebelión y sedición.

d) Falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.

e) Falsificación de moneda española y su expedición.

f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración pública española.

i) Los relativos al control de cambios”.

(45) Según el artículo 7 del Código Penal Militar, “los preceptos de esta Ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales”. Para ser sujeto activo de los delitos contenidos en este Código es requisito necesario tener la condición de militar, conforme lo previsto al efecto en la definición del artículo 8.

determinadas conductas que atentan contra sus intereses esenciales -ex- tiende por ende la jurisdicción nacional a los ataques del estado que sean perpetrados desde territorios extranjeros-; y el valorado *principio de jurisdicción o de justicia universal*, o simplemente *principio universal o de universalidad* (46), regulado en el referido artículo 23.4 LOPJ, hoy reformado, según cuya significación previa posibilitaba *abiertamente* a los estados la aplicación de su ley penal respecto de cualquier hecho cometido en cualquier lugar o, al menos, en aquellos lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún otro estado (47).

(46) Henzelin, M.: *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Bruselas, 2000.

(47) Así, Bacigalupo, E.: "Jurisdicción penal nacional...", cit., p. 259. Desde una concepción amplia, sería aquel por el que se atribuye competencia a las autoridades de un estado que carece de especiales vínculos o nexos de unión con los hechos de cuyo enjuiciamiento se trata, ya sea desde el punto de vista del lugar de la comisión, la nacionalidad de los autores y/o víctimas, o de los intereses o bienes jurídicos lesionados (Rodríguez y Fernández, R. y Echarri Casi, F.J.: "El derecho de acceso a la denominada jurisdicción universal...", cit., p. 2). Desde esta perspectiva, el principio de universalidad sería aquel título de jurisdicción por el que los jueces y tribunales de un determinado estado asumen competencias para enjuiciar delitos cometidos en el extranjero, por extranjeros, contra extranjeros y sin que tal estado pueda considerarse especialmente lesionado (Sánchez Legido, A.: *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 34 y ss.). Otros fundamentan este principio desde el punto de vista ontológico, caracterizándolo como un principio operativo para la represión nacional de delitos especialmente odiosos y, por ello, atentatorios contra intereses esenciales de la humanidad y/o de la comunidad internacional (García Arán, M.: "El principio de justicia universal en la LOPJ", *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2004, p. 67). En la doctrina italiana, Florian: *Trattato di Diritto Penale*, 1910, p. 198, había sostenido que el principio universal "desconoce la variedad de los delitos en los diversos países y la conexión entre la forma de la delincuencia y el grado de civilización de un pueblo", mientras que otros autores admitían que el delincuente nato podía ser juzgado en cualquier parte (Fedozzii: en *Riv. Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, pp. 240-269).

Junto a estos principios, expresamente regulados, podemos referirnos a algún otro no contemplado por nuestro sistema jurídico. Así, por ejemplo, el *principio de personalidad pasiva*, por el que la condición de nacional de la víctima sería susceptible de conferir competencia al estado para el enjuiciamiento, como mínimo, de determinados delitos de singular gravedad, aun cuando hubieren sido cometidos fuera de su territorio y por nacionales de terceros estados (48); o el conocido como *principio de beligerancia*, por el que el estado beligerante vendría facultado, en virtud del derecho consuetudinario, para enjuiciar a los enemigos considerados responsables de violaciones graves de las leyes y costumbres de guerra.

Vistos a grandes rasgos los principios susceptibles de aplicación (49), estimo debemos prestar atención a los específicamente previstos en nuestra legislación. Y así como la LOPJ no contempla limitación alguna al principio de territorialidad, no sucede lo mismo para la aplicación extraterritorial de la ley penal española por nuestros tribunales; en concreto, en los principios de defensa y de justicia universal el único requisito previsto –sin perjuicio de las restricciones introducidas para este último por la jurisprudencia y por la Ley española de Cooperación con la CPI, así como ulteriormente por la modificación llevada a cabo respecto del artículo 23.4 LOPJ– se basa en que el sujeto no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena; mientras que en el principio de personalidad activa se exige, además, la punibilidad en el lugar de comisión, salvo que se excepcione por el derecho internacional.

No obstante, debe tenerse también presente que cada una de las conductas delictivas reseñadas en el ex artículo 23.4 LOPJ, a los efectos del principio de justicia universal, contienen límites en cuanto a su perse-

(48) Principio cuestionado por Díez Sánchez, J.L.: *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la ley penal)*, Madrid, 1990, pp. 113 y ss., y 139 y ss.

(49) Para cuyo detalle me remito, por su clarividencia al respecto, a la lectura del FJ 3º de la STS de 21 de junio de 2007, que otorga la competencia a los tribunales españoles para juzgar a los “patrones” de un cayuco descubierto en aguas internacionales por delito de tráfico de inmigrantes.

cución y enjuiciamiento derivadas de sus propios convenios reguladores (50), además de las que por vía de reforma legislativa ha sido objeto posteriormente y sobre las cuales incidiremos a continuación, una vez expuesta la doctrina sentada en los fallos comentados y las limitaciones que tanto desde el ámbito jurisprudencial como desde la aprobación de la citada Ley de Cooperación con la CPI habían ido evidenciándose.

b) Doctrina y limitaciones jurisprudenciales

Como puede presumirse de lo expuesto, si de alguno de los sumarios reseñados debemos desentrañar la doctrina y posibles limitaciones jurisprudenciales en torno a la justicia universal este no es sino el tan traído y llevado asunto Guatemala, donde el TC crítica y censura la interpretación restrictiva que del ex artículo 23.4 LOPJ realizaron, en instancias previas, tanto la AN como el TS. Así, mientras la AN había negado su competencia por entender que la misma debería recaer en los tribunales guatemaltecos en base a una infundamentada aplicación subsidiaria del principio de justicia universal (51), modalizada posteriormente en otros asuntos por el TS hacia el principio de concurrencia (52), este último tribunal se decantó finalmente por rechazar dicho criterio e introducir la necesidad de conexión con intereses nacionales españoles, posicionamiento

(50) Así, *ad exemplum*, en materia de terrorismo, el Convenio europeo para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 21 de enero de 1977) y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999); y en materia de piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970) y el Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971).

(51) Ni la legislación española ni el derecho internacional consuetudinario acogen dicha posibilidad, argumentada por la AN en la ausencia de normas en Guatemala que sancionen la impunidad.

(52) Cesión de la competencia a una jurisdicción preferente cuando la misma efectivamente haya iniciado la persecución del delito [SSTS 20 mayo 2003 (caso Perú) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo)].

seguido a posteriori, aunque con cierta atenuación, por otros fallos del mismo tribunal (53).

Sin embargo, ese exacerbado rigorismo de los criterios aplicados por la AN y por el TS redundaba en su palmaria incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, que el TC estima vulnerado en su vertiente de acceso a la jurisdicción -doctrina reiterada por la STC de 22 de octubre de 2007 en el caso Falun Gong-, por lo que anula la jurisprudencia, anterior y posterior, del TS y contraría el principio de subsidiariedad manejado por la AN en el caso Guatemala y reiterado en el caso Scilingo, oponiendo a su vez el de concurrencia, principio por el que se cede la competencia a una jurisdicción concurrente preferente como la del territorio, sin implicar por ello obligatoriedad alguna de que el denunciante acredite de forma plena la imposibilidad legal o la prolongada inactividad judicial, como así se exigía desde la AN. Asimismo, el TC niega la existencia en derecho internacional consuetudinario de límites al ejercicio unilateral, no reconocido en convenio internacional, del principio de jurisdicción universal, como así venía justificando el TS (54), y rechaza sin tapujos la exigencia de conectividad o puntos de conexión, como la nacionalidad de la víctima, vínculos con intereses españoles o la presencia del inculgado en territorio español.

En palabras del propio TC, que califica los anteriores límites como requisitos establecidos *contra legem* y alejados del propio fundamento y fines del principio de universalidad, *la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva viene dada al excluir la posibilidad de interpretaciones más laxas y acordes con el principio pro actione*, entendido como *“de obligada observancia por Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplica-*

(53) SSTS 8 marzo 2004 (caso Gral. chileno Brady Roche) y 15 noviembre 2004 (caso Scilingo).

(54) Un comentario sobre la doctrina del TS vertida en el caso Guatemala lo encontramos en PARDO GATO, J.R.: “El papel de los abogados ante la jurisdicción universal...”, cit., pp. 187-194; RUEDA FERNÁNDEZ, C.: “La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el “Genocidio Maya” ante el Tribunal Supremo”, *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 6, 2003.

ciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida" (55).

De esta manera, siguiendo los postulados del intérprete constitucional, y dada la inexistencia de los procesos *in absentia* en nuestra legislación (56), el que la presencia en territorio español del presunto responsable constituya un *requisito insoslayable* para el respectivo enjuiciamiento y eventual condena, no debería llevarnos, al menos por aquel entonces, a erigir dicha circunstancia en *requisito sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, habida cuenta de que se estaría sometiendo el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de profundo significado no contemplada legalmente hasta ese momento.

Otro tanto cabría inferir respecto de la nacionalidad de las víctimas, pues además de incorporar un requisito añadido no previsto de aquella por la normativa legal, tampoco podía considerarse como teleológicamente fundado, por cuanto en relación con el genocidio contradice, particularmente, la propia naturaleza de este delito y la aspiración compartida de su persecución universal, la cual se presentaba así restringida, cuando no cercenada, de origen.

Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio jurisprudencial del interés nacional argüido en contrario, pues el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales a la concurrencia de intereses de ámbito *estrictamente* nacional no resulta *cabalmente conciliable* con el fundamento perseguido de universalidad jurisdiccional, conforme lo sentado así por el Alto Tribunal.

En la referida pugna hasta la fecha servida por nuestros jueces y magistrados, el TC parece haberse decantado, por tanto, a favor de las tesis que podemos considerar como posiciones *universalistas*, aquellas que, reivindicando una justicia universal para evitar la impunidad de los

(55) *Vid.* SSTC 133/2005, de 23 de mayo; 122/1999, de 28 de junio; o 168/2000, de 29 de septiembre.

(56) Esto es, no puede juzgarse a una persona que se encuentre fuera de España [*vid.* STEDH de 12 de diciembre de 2001 (*caso Bankovic v. 17 Estados miembros*)].

más horribles crímenes contra la humanidad y el *ius gentium*, comprueban como sus postulados se *positivizan* en el derecho y en la realidad internacional con toda la firmeza del *ius puniendi*; posicionamiento, eso sí, asumido con carácter previo a la reforma sufrida por la ley judicial española.

Salvaguardando no obstante el principio de territorialidad (57), con esta importante sentencia, de obligada traslación al resto de sumarios hasta ese momento abiertos y respecto a la toma de decisiones judiciales posteriores que fueron haciendo suyas una a una su doctrina -cfr. SSTs de 8 de marzo de 2004, caso Gral. Brady Roche; 15 de noviembre de 2004, caso Scilingo; 11 de diciembre de 2006, Caso Couso; 18 de julio de 2007, caso Cavallo; o la propia STC de 22 de octubre de 2007, caso Falun Gong; entre otras-, el TC parecía querer mostrar así, en un sentido conclusivo desde el punto de vista jurisprudencial, el concepto y extensión legal del *ex* artículo 23.4 LOPJ de la jurisdicción universal, partiendo de nuestro propio marco normativo de actuación, al considerarla como potestad jurisdiccional y atribución competencial ilimitada, material, subjetiva y territorial de los juzgados y tribunales españoles, en particular de los Juzgados Centrales de Instrucción de la AN y su Sala de lo Penal (58), de conformidad con las normas sobre competencia y procedimiento del ordenamiento jurídico español contempladas hasta entonces para el conocimiento y fallo de los delitos contenidos en dicho precepto.

c) Limitaciones derivadas de la Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional

El acotamiento de las limitaciones del principio de justicia universal por el TC no impide, por el contrario, que la promulgación de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, por la que

(57) JIMÉNEZ DE ASÚA: Tratado de Derecho Penal, II, núm. 768, 4ª ed., 1977, p. 759, considera que el principio de justicia universal es "inaplicable como doctrina absoluta, y sólo puede defenderse como principio complementario de la territorialidad, para aquellos delitos que lesionen la comunidad de intereses".

(58) En palabras de TRILLO NAVARRO, J.P.: "Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4.g) LOPJ", *Diario La Ley*, núm. 6354, 8 de noviembre de 2005, p. 10.

se ha adaptado la normativa del Estatuto de Roma al sistema jurídico español, haya traído consigo sus propias limitaciones a este principio, en un avance parcial a lo que más tarde desembocaría en la modificación de la LOPJ; las cuales van más allá de las establecidas por el Constitucional, por cuanto el artículo 7.2 de esta ley cede a los efectos la competencia a la CPI (59), si bien es de considerar que será el juez español ante el que se interponga la denuncia correspondiente el que deberá determinar, en un primer momento, si la CPI puede o no ser competente para juzgar los hechos, teniendo en cuenta sus propias limitaciones jurisdiccionales, por lo que el juzgador nacional deberá atender no sólo a la naturaleza del delito denunciado, sino también a los criterios de competencia derivados del lugar y tiempo de comisión del delito (60).

De hecho, esta última matización fue la razón de fondo que movió al legislador a incorporar un nuevo párrafo, el tercero, en el seno de dicho precepto (“...si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes”), lo que, sin embargo, tampoco aportaba una solución definitiva al efecto, quedándose en un *mero intento* por facilitar una salida a la víctima o víctimas ante la eventualidad de que la CPI no llegase a admitir el asunto.

(59) Este precepto dispone lo siguiente: “Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio fiscal o una solicitud de un departamento ministerial, en relación con hechos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio”.

(60) Así, GIL GIL, A.: “Jurisdicción de los tribunales españoles...”, cit., p. 78; al respecto, puede consultarse igualmente su trabajo *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, 1999, pp. 67 y ss.

Así, pues, la aprobación de la Ley Orgánica 18/2003 sólo sirvió para modificar indirectamente los términos de la regulación española del principio de justicia universal, al no haber trastocado, por ella misma, la redacción del artículo 23.4 de la LOPJ. Sí se introdujeron, dadas las modificaciones señaladas, ciertos límites por medio de una técnica legislativa poco plausible: se pretendía que en asuntos que pudieran entrar en el ámbito de cognición de los órganos de la CPI, los propios órganos jurisdiccionales españoles, por su parte, no quedarían facultados para ejercer su particular jurisdicción, salvo que la Corte hubiera declarado inadmisibile el asunto, con lo cual -junto con el desconocimiento en ocasiones del efecto de cosa juzgada de las sentencias penales, cual es una de las causas de inadmisibilidad-, esta disposición entendía al revés la posición complementaria de la CPI (61).

Como es obvio, se encontraban fuera de estas restricciones los casos anteriores a la entrada en funcionamiento de esta ansiada institución internacional y aquellos asuntos alejados de los márgenes de la competencia definida en los artículos 5 y siguientes del ECPI.

c) La reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Tal y como hemos podido comprobar, desde 1985 la Ley jurisdiccional española, dedicada, entre otros aspectos, a la extensión y límites de dicha jurisdicción, previó que los juzgados y tribunales españoles, de acuerdo con las normas de competencia y procedimiento, guardarían facultad procesal incluso para conocer de asuntos penales en los que la comisión delictiva no hubiese tenido lugar en el territorio español, ni los imputados fueran ciudadanos españoles, ni siquiera las víctimas lo fueran y aun los bienes jurídicos susceptibles de afectación no tuvieran directa relación con España, siempre y cuando se tratara de determinadas categorías delictivas singularmente graves y de trascendencia especial para la dignidad humana. A esta concreción legal del principio de universalidad,

(61) En este sentido, BUJOSA VADELL, L.M.: "En torno a la reforma del principio de justicia universal en la jurisdicción española", *Diario La Ley*, núm. 7289, de 4 de diciembre de 2009, pp. 8 y 9.

sin mayores matizaciones, parece responder la doctrina constitucional comentada.

Sin embargo, tanto las limitaciones jurisprudenciales controvertidas, sentadas o no desde el TC, como las limitaciones indirectas de que fue objeto la justicia universal por la Ley de Cooperación con la CPI, u otras razones de índole de economía procesal o de gestión pública de recursos ilimitados -como la dificultad en la entrega del acusado que lleve a un posible sobreseimiento de la causa (62)-, han llevado al legislador español a replantearse la situación preexistente y a decantarse por una reforma de mayor calado de la justicia universal, a través de la decidida modificación del artículo 23.4 de la LOPJ.

En cualquier caso, es de reconocer que las causas aludidas, pese a tener cierto peso en esta voluntad legislativa, no fueron sin duda las definitorias de la misma, toda vez que debe buscarse en razones de presión política -al igual que lo llevara a cabo en su día el legislador belga- la modificación operada, como así lo demuestra el hecho de que no haya nacido de un anteproyecto de ley aprobado por el Gobierno, sino que obedece a una enmienda presentada por los grupos parlamentarios Socialista, Po-

(62) En este tipo de procesos penales las normas españolas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impiden el procesamiento sin la presencia física del acusado y no sólo de su abogado, como una manifestación especialmente reforzada del principio de contradicción y de la defensa material del sujeto pasivo del proceso. Por ello, y según señala BUJOSA VADELL, L.M. ("En torno a la reforma del principio de justicia universal...", cit., p. 8), "bien pudiera suceder, como realmente es frecuente que suceda, que cuando se inicia la investigación procesal con base en este fundamento jurisdiccional lo imputados ni siquiera se encuentran dentro de las fronteras españolas y, por tanto, fuera del alcance de nuestras autoridades si no es a través de mecanismos de cooperación interestatal como es principalmente la extradición. Así pues, si no se obtiene la entrega del acusado o por alguna razón éste no se encuentra en España, la tramitación procesal no podrá seguir y la solución jurídica no podrá ser otra que un sobreseimiento provisional, haciendo poco menos que vanos los esfuerzos investigadores anteriores".

pular, Convergencia i Unió y EAJ-PNV, durante la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial (63).

En efecto, esta transformación del principio de justicia universal surge, ni más ni menos, que al calor del debate social, pero sobre todo político, del complejo reflejo ocasionado de las relaciones internacionales encontradas, a sabiendas de que cuando nos situamos ante hechos susceptibles de ser calificados como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo, etc., la política no deja de estar presente ante los contrapesos diplomáticos generados, en muchas ocasiones porque los principales imputados suelen ser altos cargos políticos o líderes militares de un determinado país (64). Por ello, cualquier acusación proveniente de la jurisdicción de otro estado se ve como una injerencia o inmisión en los asuntos políticos internos del estado soberano afectado, directa o indirectamente, por la acusación formulada.

Sobre el papel, en el preámbulo de la Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial (65), se mencionan dos de los motivos que llevan al legislador a proponer la modificación del artículo 23.4 LOPJ:

1. Por un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban hasta el momento incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra.

(63) BOCG de 5 de junio de 2009, enmienda núm. 676.

(64) Con motivo del caso Gaza y los problemas diplomáticos surgidos con el Gobierno de Israel, la propia ex Ministra de Relaciones Exteriores anunciara en los medios de comunicación que tras una llamada a su sucesor en el cargo este le manifestó que el Gobierno de España “trabaja para intentar cambiar la ley con el fin de limitar la jurisdicción de los tribunales españoles para investigar delitos de genocidio cometidos fuera de España” (“De la Vega cree que Israel entiende la independencia de la Justicia Española”, *Diario El Mundo*, elmundo.es, 30 de enero de 2009).

(65) BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 28-5, de 28 de octubre de 2009.

2. Por otro, adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del TC y la jurisprudencia del TS.

En cuanto a este último extremo, en realidad el legislador debiera haber dicho que lo que pretende, en puridad, es adaptar y clarificar la norma a la doctrina de la mayoría de los magistrados del TS, que en su día dejó sin efecto la unanimidad de los magistrados del TC (66).

A mayores, no cabe perder de vista dos razones más formuladas en el seno del Congreso por los portavoces de los dos partidos mayoritarios, que vienen a confirmar los argumentos esgrimidos:

1. Que con la reforma se pretende homologar nuestra legislación con la de los países de nuestro entorno.

2. Solventar la “problemática que muchas de las sentencias (...) afectaban a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos” (67).

A todos estos motivos parece querer responder la redacción actual del artículo 23.4 LOPJ, cuyo tenor literal, en contraste con el texto anterior del precepto, es el que sigue: “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio y lesa humanidad.

b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

(66) Así, también, DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, *Diario La Ley*, núm. 7307, de 21 de diciembre de 2009, p. 2.

(67) VILLARRUBIA, J. (PSOE) y MONTSERRAT, M. (PP), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria, núm. 90, de 25 de junio de 2009.

e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos -sigue diciendo el precepto- deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior” (68).

De esta nueva regulación de la norma se evidencian cuatro principales requisitos para el desarrollo de la justicia universal:

1. En primer término, el ejercicio de la jurisdicción universal queda reservado para determinados delitos.

En este sentido, téngase en cuenta que, con relación a la regulación anterior, desaparece la mención expresa a los delitos de falsificación de moneda extranjera, si bien debería entenderse que podrán seguir siendo

(68) A continuación, el artículo 23.5 LOPJ dispone lo siguiente: “Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo”.

objeto de persecución en aplicación de la cláusula contenida en la letra h) y de conformidad con lo previsto en el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de la falsificación de moneda.

Se incorpora ya expresamente la persecución de los delitos de lesa humanidad, lo que sin duda es de elogiar, pero, por el contrario, no sé entiende bien por qué no se hizo lo mismo con los crímenes de guerra, mención que desapareció del texto final de la norma cuando inicialmente se había barajado su más que razonable inclusión (69).

(69) Como pone de manifiesto DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 3, la respuesta a esta ausencia de regulación expresa de los crímenes de guerra parece encontrarse en las prisas de la mayoría parlamentaria en limitar el ejercicio de la jurisdicción universal: “Como adelantamos, en la enmienda presentada al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, en la que tiene su origen esta reforma, aparecía en la letra a) del art. 23.4 LOPJ los delitos de genocidio y lesa humanidad. Sin embargo, en el debate de la Comisión, el representante del grupo parlamentario socialista justificaba la propuesta de modificación del art. 23.4 LOPJ, en la incorporación de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, núm. 315, Sesión núm. 16, celebrada el jueves 18 de junio de 2009). En el informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados, aparece la aceptación de la propuesta de modificación del apartado 4, letra a), para que aparezca, junto a los delitos de genocidio y lesa humanidad, los crímenes de guerra (BOCG, núm. 28-1, 24 de junio de 2009, p. 2). Es así, como tanto en el Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso el 25 de junio (BOCG, núm. 28-3, 6 de julio de 2009, p. 3), como en el proyecto remitido al Senado [BOCG, núm. 18(a), 6 de julio de 2009, p. 3], aparecen expresamente los crímenes de guerra. Sin embargo, en el debate de la Comisión de Justicia del Senado, el representante del grupo parlamentario popular argumentó que el texto remitido por el Congreso de los Diputados no se correspondía con lo aprobado por esa Cámara, en la medida que *nunca* la Comisión de Justicia del Congreso aprobó tal cosa, y *nunca* el pleno de aquella Cámara aprobó una justicia universal que versa sobre los crímenes de guerra. Llegados a este punto, según el senador popular, entre las distintas opciones que tenían para solucionar el problema, eligieron presentar una enmienda transaccional y arreglar las cosas sin tanto ruido ni tanta alharaca (*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, núm. 202, 15 de octubre de 2009). Es así como tanto en la Comisión de Justicia del Senado [BOCG, núm. 18(d), 7 de octubre de 2009, p. 57]

Empero, debe quedar claro que junto con los delitos enumerados en el artículo 23.4 LOPJ, el principio de justicia universal queda reservado para la persecución de los delitos que lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional, por tanto también, entre ellos, los que según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deban ser perseguidos en España, además del delito de blanqueo de bienes según establece el artículo 301.4 del Código Penal.

2. Como segundo requisito se sitúa el que los presuntos responsables de los delitos a que nos hemos referido anteriormente se encuentren en España, “con lo que de presupuesto para la apertura del juicio oral pasa a convertirse en presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción” (70).

A este respecto, entre los elementos problemáticos a destacar de la nueva redacción de la norma se encuentra el determinar quién debe acreditar que el sospechoso en cuestión se halla en territorio español, si bien parecería lógico pensar que han de ser precisamente las autoridades quienes deban acreditar tal circunstancia (71).

3. Que existan víctimas de nacionalidad española, con lo que se confunde el principio de jurisdicción universal con el de personalidad pasiva.

como en la Sesión del Pleno del mismo, se aprueba la versión original de la propuesta de reforma en la que sólo se hacía referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad (*Diario de Sesiones del Senado*, Sesión núm. 54, 7 de octubre de 2009). El Pleno del Congreso de los Diputados, no modifica esta situación al aprobar las enmiendas del Senado en su integridad, aunque al legislador se le escapa una circunstancia. El Preámbulo de la Ley, el número III, sigue diciendo que la modificación del art. 23.4 LOPJ se realiza *para incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra*”.

(70) BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

(71) De este parecer, DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 5, *in fine*.

4. Y, por último, la constatación de algún vínculo relevante con España, requisito ahora legal exigido previamente por la jurisprudencia ordinaria. Sobre este aspecto el nuevo precepto cumplirá sólo de manera limitada el objetivo de evitar conflictos diplomáticos, principalmente con países de nuestro entorno cultural, pues es claro que con ellos existe un evidente vínculo de conexión relevante (72).

Es importante subrayar que los tres últimos requisitos mencionados actúan alternativamente, esto es, se trata de condiciones alternativas no cumulativas, no siendo necesaria, por ende, la concurrencia de todos ellos. Es obligado, no obstante, indicar que junto con uno de esos requisitos para que sea viable la justicia universal deberemos estar ante alguno de los delitos que el artículo 23.4 LOPJ reserva para la misma.

Por último, en cuanto al principio de subsidiariedad, si existe un elemento en el que tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional están plenamente de acuerdo, es en el reconocimiento de la prioridad de los tribunales del lugar donde se cometieron los hechos. Como puso de manifiesto el Secretario General de Naciones Unidas en un informe sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (73).

La comunidad internacional no debe construir sustitutos internacionales de las estructuras nacionales, sino que debe ayudar a los países a consolidar sus sistemas nacionales de administración de justicia con arreglo a las normas internacionales. Si esta declaración se llevara a la práctica:

(72) BUJOSA VADELL, L.M.: "En torno a la reforma del principio de justicia universal...", cit., p. 9.

(73) De este informe se hacen eco SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *La práctica española en materia de jurisdicción universal* (<http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/ART%C3%8DCULOSPYBIL.doc>), p. 17; así como la propia Del Cárpio Delgado, J.: "El principio de justicia universal en España tras la reforma...", cit., p. 8.

a) Si la comunidad internacional contribuyese a que sean los propios tribunales del país donde se cometieron los hechos quienes procesen a los presuntos autores de los mismos, y

b) Si existiese capacidad y voluntad de reprimir esos hechos por parte de los Estados donde se cometieron los -mismos-, no habría razones para que los tribunales de terceros países ejerzan su jurisdicción sobre hechos con los que no tienen ninguna conexión, salvo el que se trate de ataques contra bienes jurídicos esenciales para toda la comunidad internacional o la comunidad internacional decidiese el establecimiento de tribunales penales internacionales.

Pues bien, antes estos antecedentes, la nueva redacción que ofrece el artículo 23.4 LOPJ determina un criterio de prioridad para los tribunales nacionales o internacionales donde se estén “investigando o persiguiendo” los hechos, en detrimento del ejercicio jurisdiccional que han venido asumiendo los tribunales españoles, en especial la AN. Hablamos de un criterio o principio de subsidiariedad ineludible, de obligado cumplimiento, en aras a evitar una eventual duplicidad de procesos o la vulneración del principio *ne bis in ídem*, habida cuenta de que se exige a los juzgados y tribunales españoles tener siempre presente los efectos de litispendencia o cosa juzgada penal internacional, pues no es posible el ejercicio de la jurisdicción española si en algún otro “país competente o en el seno de un Tribunal internacional” se ha iniciado un proceso penal efectivo por tales hechos.

Los problemas que suscita la aplicación de este principio son variados y de difícil clarificación. En principio, la exigencia de que los hechos deban estar siendo investigados o perseguidos efectivamente en otro tribunal implica que no sea suficiente con que exista una “posibilidad” de que cualquier juzgador pueda libremente indagar, de tal modo que la investigación debe estar en curso y su persecución ha de ser efectiva. Sin embargo, no se establece cómo y quién deberá acreditar tal exigencia, pues podría darse el contrasentido de que cualquier tribunal nacional, por ejemplo, abra una investigación con la única finalidad de asegurar la impunidad de sus propios nacionales, alterando de esta manera lo que debieran ser las reglas de juego. Así, la determinación de la efectividad del proceso penal anterior bien pudiera quedar a la valoración concreta del

órgano jurisdiccional competente español (74), ante cuya decisión puede haber implicadas, de nuevo, distintas posiciones que enturbien o afecten a las relaciones diplomáticas; o bien que la obligación de acreditar la inexistencia de una investigación o procesamiento ante un tribunal nacional o internacional corresponda de oficio al órgano jurisdiccional que deba conocer de la correspondiente denuncia o querrela, sin perjuicio de que los denunciados o querellantes se hallen facultados para aportar alguna prueba al respecto (75).

Por otra parte, si la consecuencia inmediata del inicio de otro proceso ante otro tribunal resulta ser el sobreseimiento provisional de la causa, otros interrogantes afloran ante la nueva regulación, pues ¿qué seguridad existe de que la apertura de ese procedimiento en el mismo país donde se cometieron los hechos no se realiza para garantizar la impunidad de los mismos?; ¿podrían contentarse, por ejemplo, los tribunales españoles con la apertura formal del procedimiento para decretar el sobreseimiento?; o bien, por el contrario, ¿se deberían utilizar ciertos mecanismos para asegurarse de que dicha decisión no supone una forma de obtener cierta impunidad? (76).

A todo ello, ya de por sí complejo, habría que añadir las consecuencias del derecho a la tutela judicial efectiva que el TC advierte en estos supuestos, por lo que, por tanto, en caso de duda, parece que deberá primar el principio *pro actione*, “un factor más pues –como señala BUJOSA VADELLE– para concluir que la reforma no es tan restrictiva como lo ha sido en otros ordenamientos” (77).

(74) Así lo entiende BUJOSA VADELLE, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

(75) En este sentido, DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 8.

(76) Preguntas que deja en el tintero DEL CARPIO DELGADO, J., ante la nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ (cfr. “El principio de justicia universal en España tras la reforma...”, cit., p. 8).

(77) Cfr. “En torno a la reforma del principio de justicia universal...”, cit., p. 9.

VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL *VERSUS* AUDIENCIA NACIONAL

VI.1. Elementos positivos y negativos *a ponderar* entre ambos tribunales

Con independencia de la solución final adoptada por el ordenamiento jurídico español respecto del principio de justicia universal y su plasmación en el nuevo artículo 23.4 LOPJ, de las limitaciones competenciales referidas a lo largo del presente trabajo, tanto de la CPI como de la justicia universal española, personalizada en la AN, se hace necesario cohonestar las mismas respecto a los delitos contra la comunidad internacional en los que puedan concurrir ambas jurisdicciones (78), a tenor del carácter complementario de la CPI respecto de las jurisdicciones penales nacionales (artículo 1 ECPI, que se completa con la proclamación de su preámbulo: "... es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"; ello sin perjuicio de lo establecido al respecto por la Ley 18/2003, como hemos indicado). Y es que, en relación a los aspectos negativos que se irradian de la competencia jurisdiccional de la CPI, cabría inferir *a sensu contrario* elementos positivos a favor de la jurisdicción universal española depositada en la AN, y viceversa.

Con ánimo de recapitulación, la CPI, en principio, no es competente si el delito se cometió con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto (artículo 11 ECPI), por lo que no estaría capacitada para enjuiciar los delitos cometidos previamente al 1 de julio de 2002, y para lo que, en su caso, sí estaría facultada la AN, siempre y cuando se den los condicionantes exigidos por el artículo 23.4 LOPJ.

En segundo lugar, la CPI tampoco es competente si el estado en el que se cometió el delito ni aquél cuyo nacional lo cometió son parte en el Estatuto ni otorgan su consentimiento (artículo 13 ECPI), aspecto que

(78) Para una delimitación competencial -cronológica, orgánica y sustantiva- entre la CPI y la AN, *vid.* SALÁS DARROCHA, J.T.: "Corte Penal Internacional y Audiencia Nacional: delimitaciones competenciales", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2006.

nada influye, de por sí, respecto de que la AN pueda mostrar, en su caso, su *vis atractiva*. En este sentido, pocas advertencias merecen el hecho de que los países más poblados no hayan suscrito el Estatuto, en tanto que la relevancia de su exclusión por sí misma se define.

Escasas igualmente son las consideraciones que cabe ponderar ante la incompetencia en delitos como la agresión o el terrorismo, al que cada vez en mayor medida se hallan más expuestos los ciudadanos del mundo, delitos sobre los que la AN no deja de mostrarse competente, incluso respecto de los considerados de lesa humanidad, una vez efectivamente incorporado a la redacción del artículo 23.4 LOPJ. Aunque pudiera pensarse en la inadecuación del delito de genocidio con anterioridad al 1 de octubre de 2004 -fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003-, lo cierto es que su inserción debe relacionarse con la adhesión de España al Convenio para la prevención y la sanción del mismo, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 12 de diciembre de 1968, incorporándose al Código Penal por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (79); razón por la que nos reafirmamos en la posibilidad que la AN ostenta de proceder por delito de lesa humanidad debido a conductas anteriores al 1 de octubre de 2004, lo que, como sabemos, no es posible acogiendo a la jurisdicción de la CPI.

Por otro lado, puede decirse que la participación de las víctimas contemplada por la CPI, recogida en las reglas 89 a 98 del Reglamento de Procedimiento y en los artículos 68 y 75 del Estatuto -así como en otras disposiciones dispersas-, es muy inferior a la establecida por nuestra propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde sí resulta perfectamente posible ejercer la acusación penal, además de exigir la responsabilidad civil correspondiente, desde el mismo inicio del procedimiento, lo que sitúa a las víctimas en un nivel de exigencia, de protección y de demanda notablemente superior, indispensable desde cualquier punto de vista si lo que

(79) Sobre su modificación conceptual por la STC de 7 de noviembre de 2007, que declara la inconstitucionalidad de la expresión contenida en el primer inciso del artículo 607.2 CP, cuando castiga la difusión de ideas o doctrinas "que nieguen" un delito de genocidio, *vid.* DE LA ROSA CORTINA, J.M.: "Negacionismo y revisionismo del genocidio: perspectiva penal y constitucional", *Diario La Ley*, núm. 6842, 17 de diciembre de 2007.

se persigue es un resarcimiento lo más pleno posible al grado de sufrimiento o pérdida padecido (80).

El hecho de que el representante de las víctimas no pueda ejercer de acusador -"acusar"- colisiona seriamente con las posibilidades que a este respecto otorga el derecho español (81), y ello pese a reconocer, sin ambages, que el Reglamento de la CPI ha supuesto un importante avance en el derecho de participación de las víctimas comparativamente hablando con el dispuesto por el sistema del *common law*, donde las limitaciones se presentan si acaso más acusadas.

Estas razones avalan que nos encontremos en un momento de la historia crucial desde el prisma del acercamiento jurídico internacional, ya sea en su caso a través de la CPI, desde la AN o desde cualquier otra jurisdicción admitida internacionalmente, como puede ser en su caso el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (82), en el que tanto las víctimas como los que ejercen su defensa, así como el resto de conciudadanos del mundo en general, habremos de consolidar nuestro

(80) Lo que ha llevado a algunos a manifestar que, en la práctica, la representación de las víctimas se ejerce desde las ONGs y sus abogados (BERNARDO RÓDENAS, S.: "Algunas notas en relación a la CPI y su funcionamiento en relación con el derecho de las víctimas", *Libro de ponencias y comunicaciones IX Congreso...*, *ob. cit.*, p. 93; para mayor abundamiento, *vid.* GARCÍA RUIZ, C.R.: *ONGs y Derecho internacional: Su influencia en la elaboración de las normas internacionales*, Iustel, Madrid, 2006).

(81) Desde el punto de vista de la acusación del Ministerio Fiscal español, *vid.* CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: *La figura del acusador público ante el principio de justicia universal*, Madrid, 2001.

(82) *Vid.*, por ejemplo, la STJCE de 15 de febrero de 2007, ante una acción ejercitada contra un estado contratante por los derechohabientes de las víctimas de masacres de guerra causadas por sus fuerzas armadas en otro estado contratante. Un comentario a la misma puede consultarse en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA-MARÍA, P.: "Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania*", *Diario La Ley*, núm. 6745, 29 de junio de 2007, pp. 1 y ss.

más firme convencimiento en que la sociedad organizada actual parece haber encontrado los necesarios contrapesos a los peores desatinos.

Y es que no debemos olvidar que, hasta el día de hoy, la justicia universal ha dado, quizás, sus mayores pasos, decisivos por otra parte, en este caso no a manos de quien podría entenderse, en principio, como legítimo acreedor de sustanciación jurídica, la CPI, sino de un tribunal más cercano y proclive, al menos en los últimos tiempos, en defender los derechos allá donde se conculquen -nuestra AN (83)-, lo que, paradójicamente, más que un rechazo hacia ese Tribunal internacional ha contribuido a su vez a crear un clima favorable a su instauración.

VI.2. Mejoras a introducir en el funcionamiento de la Corte Penal Internacional

A la hora de entrar a dilucidar los más horribles y execrables crímenes internacionales no cabe por menos señalar, a título de demanda, las necesidades que el propio presente y futuro inmediato nos exige, máxime conocedores de que la AN no puede convertirse en un sucedáneo de la CPI, por muy buenas intenciones y razones que se esgriman, al no gozar de la capacidad necesaria -ni material, ni jurídica, ni política- para afrontar una tarea de tal envergadura, tal y como lo ha venido a corroborar, por otra parte, la reforma de la LOPJ.

Esta Corte ha supuesto, sin duda, un paso positivo en el establecimiento de una justicia común que trasciende los límites de cada estado. Superada así la experiencia de tribunales internacionales nacidos al calor de contiendas y para delitos derivados de las mismas, con una competencia temporal y sustantiva limitada, el nacimiento de la CPI se traduce en el primer gran intento por la armonización de un derecho general y el reconocimiento de la necesidad de plantear un escenario de justicia independiente más allá de las coyunturas.

(83) Como resalta CID CEBRIÁN, M.: "Hacia una justicia universal", *Otrosí*, núm. 71, diciembre 2005, p. 47, "nuestra Audiencia Nacional empieza a ser tanto o más que la CPI una esperanza para tantas víctimas desprotegidas, al menos de nuestro mundo más próximo cultural y afectivamente hablando".

Sin embargo, todo avance que se precie -y más los que se fraguan en el concierto de naciones diversas con intereses muchas veces enfrentados e influencia dispar- suele generarse con pasmosa lentitud y exige normalmente un largo período de desarrollo, de maduración, hasta que se afinan sus engranajes y se armonizan consensuadamente los motivos iniciales de aquellos que se presentan como acreedores y partícipes.

Es por ello por lo que, en la progresiva adaptación a la realidad mundial, además de la necesaria intensificación de la cooperación en materia procesal penal a nivel europeo e internacional (84), parece oportuno dejar reflejadas ciertas posibles mejoras a incorporar en el funcionamiento y efectividad de la CPI (85), con afán no sólo de constancia sino, fundamentalmente, de velado manifiesto de concienciación por aquellos estados, instituciones u organismos que tengan competencias al efecto:

- Urge, así, la firma y ratificación de su Estatuto por todas las naciones y, en especial, las de nuestro entorno más cercano, lo que debe ser instado, sin cejar en ese empeño, no sólo desde los estados integrantes del

(84) Al respecto, *vid.* MONTEIRO GUEDES VALENTE, M.: “La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales” (estudio traducido por CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A.), *Diario La Ley*, núm. 6914, de 31 de marzo de 2008; en relación con otras posibles soluciones, *vid.* RAMOS MÉNDEZ, F.: *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005.

(85) En cuanto a las posibles medidas a adoptar, *vid.* las “Conclusiones aprobadas en la Primera Ponencia del IX Congreso Nacional de la Abogacía Española” (Zaragoza, 26 al 28 de septiembre de 2007), *colgadas* en la página *web* del Consejo General de la Abogacía Española (<http://www.cgae.es>), así como las comunicaciones presentadas a dicho Congreso, recogidas en el *Libro de ponencias y comunicaciones...*, *ob. cit.*, en particular las de CRESPO SALORT, F. y PÉREZ, P.J. (pp. 65-70), PARAMIO ESPINOSA, M^a.A. (pp. 70-76), BERNARDO RÓDENAS, S. (pp. 91-95), ORTIZ DE ZÁRATE ORTIZ DE ZÁRATE, J.P. (pp. 181-187) o PARDO GATO, J.R. (pp. 187-194).

Tratado, sino también desde las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes (86).

- Abogamos para que la Asamblea de Naciones Unidas apruebe una definición, lo más clara y precisa posible, de los delitos de terrorismo y de agresión, en aras a su inclusión final en el elenco de los contemplados por el Estatuto de Roma y, así tipificados, puedan ser objeto de enjuiciamiento por la Corte, a sabiendas de que la lucha contra el terrorismo y contra toda forma de delincuencia es uno de los objetivos fundamentales de todas las instituciones democráticas, que sólo se legitima si respeta los derechos humanos y libertades fundamentales, el imperio de la ley y la democracia, así como la independencia judicial en todos los órdenes. Esta última afirmación no implica debilidad en la lucha antiterrorista, más al contrario, la misma sólo será eficaz si se respetan tales principios, en tanto que su derogación legal o su no aplicación de facto pueden llegar a destruir aquello por lo que se combate.

- Impulso, sin dilaciones, de una política, lo más amplia posible, de la erradicación de la tortura y los malos tratos (87), para lo que se deben implementar de manera inmediata los Mecanismos de Prevención de la Tortura previstos en el Protocolo de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, a los que ya se comprometió el ejecutivo español al momento de su ratificación.

- Perentoria es la regulación sistematizada y completa del derecho de defensa, desde el mismo inicio de las actuaciones que conciernan a la detención, así como la inclusión del español como lengua de trabajo, con

(86) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, en su resolución de 8 de diciembre de 1998, ya aconseja a los distintos Estados americanos que "suscriban el Tratado de Roma del Tribunal Penal Internacional y que introduzcan en sus legislaciones el principio de jurisdicción universal en lo relativo a la persecución de crímenes contra la humanidad".

(87) En la actualidad la tortura está jurídicamente erradicada en todos los países civilizados y rigurosamente prohibida por los tratados internacionales (*vid.* artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales).

motivo del análisis que proceda de la futura revisión del Estatuto de la CPI.

- Igualmente obligada es la ratificación por el Estado español del Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la CPI y la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las correspondientes Reglas de Procedimiento y Prueba.

En cualquier caso, se antoja cada vez más necesario desde las instancias jurídicas españolas abogar consistentemente por una ampliación del derecho de defensa de las víctimas, como es la modificación y ampliación sustancial de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI relativas a su desarrollo, garantizando suficientemente su ejercicio y procurando que las normas más progresistas y garantes de nuestro propio ordenamiento puedan, incluso, informar los procedimientos de la Corte.

A este respecto, en el ámbito del ejercicio del derecho de defensa en nuestro país, como misión de tutelar los derechos y libertades fundamentales de las personas, propugnamos la instauración, sin mayor dilación, del sistema de doble grado de jurisdicción o doble instancia plena en el proceso penal, como expresión y garantía de cumplimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y, dentro de él, como derecho a un proceso público con las debidas garantías procesales, dotado de un eficaz sistema de recursos.

Y en el marco internacional queda pendiente de desarrollo, como reto apasionante, el necesario derecho de defensa ante la CPI con todas las garantías, tanto desde el plano sustantivo como desde el procedimental, para conseguir alcanzar tan alta finalidad como con el ejercicio jurisdiccional de este Tribunal internacional se pretende, sin menoscabar para ello la competencia en su caso de la AN, sobre todo ante posibles inhibiciones competenciales del primero que puedan ser por éste asumidas, de acuerdo con lo previsto en el vigente artículo 23.4 de la LOPJ.

VII. EPÍLOGO: CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Garantizar la seguridad y la libre y pacífica convivencia de los ciudadanos se configura, en definitiva, como una obligación prioritaria de los estados y, en general, de todos los poderes públicos, lo que implica la

explícita obligación para todos ellos, así como para las distintas organizaciones supranacionales e internacionales competentes, de luchar contra toda clase de abusos de los derechos humanos consagrados, pero siempre, en sus justos términos, dentro del marco establecido precisamente por el *ius* propio de tales derechos y libertades fundamentales, cuyos principios son inderogables y su desconocimiento no se justifica bajo ninguna clase de circunstancia o situación.

Compete, en este sentido, a cada estado y al resto de organismos nacionales y supranacionales, a través de sus mecanismos e instituciones, mantener, en todo caso, la vigencia de que las medidas adoptadas para garantizar un sistema de seguridad latente se sitúen dentro de los márgenes y límites establecidos por los tratados, constituciones y leyes que proclaman los derechos y libertades fundamentales de las personas (88).

Es más, los mismos convenios internacionales parecen querer sumarse a la voluntad de que no exista posibilidad alguna de *impunidad en casos de tortura, conculcación de los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad*, no siendo más relevante el órgano o tribunal que la exija, por lo que desde este prisma la sentencia constitucional del caso Guatemala es perfectamente encuadrable en dicho acervo internacional, como doctrina más acorde con los convenios suscritos por España.

Con igual orientación, ya la citada Resolución del Instituto de Derecho Internacional configuraba el ejercicio de la jurisdicción universal como una competencia más de los estados, de cada uno por sí mismo, sin necesidad de su sometimiento a un órgano jurisdiccional supranacional como la CPI, así como, a su vez, sin el establecimiento de relaciones que podríamos calificar de subsidiariedad entre órganos internacionales de esa misma índole –sin perjuicio de lo ahora establecido al efecto por el artículo 23.4 LOPJ–, o con otro u otros estados, ni tan siquiera en relación

(88) No debemos olvidar cómo a lo largo de la historia se han sucedido períodos, normalmente coincidentes con procesos de *involución política* de uno u otro signo, en los que, paradójicamente, se ha pretendido justificar la supresión de derechos y libertades individuales, con ansias de preservar un mayor e hipotético estado de seguridad y libertad colectivo.

a que resulte competente bien por consideración del *forum delicti commissi* o por anterior comienzo de actuaciones judiciales.

Ahora bien, sentado lo anterior, además de las modificaciones legales operadas, una breve cronología de lo aquí constatado puede resultar-nos útil para no perder la perspectiva de la realidad imperante, cuando no persistente, sobre todo teniendo en cuenta la evolución gradual de los acontecimientos y los efectos que de los mismos se derivan:

En orden temporal, y tal y como se ha plasmado, primero fue la captura del general Augusto Pinochet a su paso por Londres, todo un hito en la puesta en práctica del principio de justicia universal, por el cual, como hemos visto, se permiten juzgar en cualquier país delitos de lesa humanidad, como los de genocidio o torturas, algo que hasta entonces existía, pero sólo sobre el papel. En aquel momento, se puede decir que todos nos congratulamos de la valentía y osadía del juez español que lo hizo posible, a través de medidas que en general se atenían a los procedimientos legalmente previstos y que rehuían por ello actuaciones que han caracterizado algunas otras aplicaciones extraterritoriales de la jurisdicción; me estoy refiriendo al famoso secuestro de Adolf Eichmann en 1960 por el *Mossad* en territorio argentino o, más recientemente, el apresamiento de Álvarez Machaín en México por agentes de los Estados Unidos de América.

Tras el caso Pinochet le tocó el turno a las juntas militares argentinas que sembraron el terror durante largos años en el país austral. Casi nada que objetar porque, en la práctica, no había otra forma, jurídicamente aceptable, de participarles un mínimo de justicia a las víctimas.

A partir de ahí la justicia universal se puso de moda en España y a las puertas de la AN empezaron a llamar las víctimas de los genocidios, entre otros, de Guatemala, Ruanda, el Tíbet, el Sáhara, Gaza y unos cuantos más, como los aquí expuestos.

Posteriormente, cuando ya se hubieron apagado los ecos de la memoria histórica, y al abrigo del efecto Obama, emerge Guantánamo. En aquel momento, de nuevo, resurgen las discrepancias públicas y privadas entre la fiscalía y los jueces de la AN, hasta el punto de que voces tan autorizadas como la del presidente del Tribunal Supremo, Carlos DÍVAR, con un efecto anunciador de lo que más tarde cristalizó en vía legislativa,

se había ya manifestado a favor de poner nuevos límites a la jurisdicción universal, al abogar por una modificación restrictiva del artículo 23 de la LOPJ, “porque España no puede convertirse en el gendarme judicial del mundo” ni estar “en conflicto diplomático diario”, además de argumentar criterios de eficacia, ya que ninguno de los casos hasta el momento investigados “ha llegado a feliz término” (89).

Es evidente que no debemos confundir la justicia universal con un deseo de *justicia mediática*, sobre todo si tenemos en cuenta que, por su origen y características, la AN está sometida a tensiones, también políticas, que de un modo u otro terminan por manifestarse. No se trata de discutir su eficacia, como se demostró en el juicio del 11-M y en muchas otras cuestiones, ni mucho menos su constitucionalidad, asunto ya resuelto como tribunal “ordinario”, pero sí debatir acerca de su más correcto funcionamiento y del poder *exorbitante* que parece proporcionárseles a jueces de instrucción.

Si el nacimiento de la AN, tras la desaparición del desgraciado Tribunal de Orden Público, se justificó como un instrumento para juzgar el terrorismo y otros graves delitos evitando la presión y las dificultades técnicas de los jueces “naturales”, habrá de reconocerse que no son sólo éstos los que padecen presiones y que parecen agrandarse en la Audiencia todas las *paradojas del sistema judicial*. Además, aunque la iniciativa de crear en España una jurisdicción universal que permitiese a los tribunales nacionales perseguir algunos delitos especialmente odiosos cometidos fuera de territorio español se configuró en su día como una idea razonable, “la extensión que se le dio legalmente a tal jurisdicción resultó, desde el principio, de una amplitud a todas luces excesiva” (90).

(89) Afirmaciones recogidas en prensa.

(90) Así opinaba al respecto BLANCO VALDÉS, R.L.: “Superman en la Audiencia Nacional”, *Diario La Voz de Galicia*, sección “El ojo público”, de 1 de mayo de 2009, p. 12, para quien “una cosa es que la jurisdicción universal sirva para perseguir a presuntos criminales que no son juzgados en sus países respectivos por gozar allí de impunidad jurídica o política (como ocurría, con toda claridad, en el caso del tirano Augusto Pinochet) y otra muy distinta que la Audiencia Nacional se arrogue la competencia para investigar todas las acciones criminales del planeta...”.

En todo caso, no debemos desconocer la capacidad de intervención de la AN tal y como se le ha dotado legislativamente en la redacción del nuevo artículo 23.4 LOPJ y la vigente aplicabilidad del principio de jurisdicción universal, si bien con las restricciones estipuladas y que, desde mi punto de vista, han resultado del todo aconsejables a tenor de los *derroteros judiciales* seguidos en los últimos años, manteniendo con ello presente que en nuestro referente ha de estar siempre la Justicia, como norte, allá donde se invoque o demande.

Según se pronunciara en diciembre de 2003, en la Reunión Anual de la Abogacía, la Sra. Juez, Elisabeth Odio Benito, Vicepresidenta Segunda de la CPI:

Desde edades remotas los seres humanos nos hemos preguntado que es la Justicia. La pregunta contiene tras de sí el dolor de las víctimas postergadas, la frustración de la impotencia ante la impunidad, la humillación de los vencidos ante los vencedores. Las respuestas a esa crucial pregunta nunca han sido totalmente satisfactorias. Vengan de la filosofía, de la historia o del derecho, las respuestas han carecido de un carácter comprensivo que nos abarque a todas y a todos. Nunca hasta hoy la Justicia ha sido la misma para los miembros de una sociedad.

De ahí mi pleno convencimiento de que de la respuesta que demos hoy y en los próximos años a esa eterna formulación, tanto en el orden nacional como en el internacional, bien sea en su caso por medio de la justicia universal representada por la AN, *modalizada restrictivamente*, o bien a través de la CPI, depende el futuro de paz que todos los pueblos que integramos las Naciones Unidas nos comprometimos en 1945 a conformar para el bien de las generaciones venideras.

Debemos sino pensar que hace sólo ciento cincuenta años la aplicación de una justicia universal era, a lo sumo, un sueño, una *quimera*, tanto en su perspectiva de un *tribunal global* como en la aplicación de un “principio de justicia universal por parte de jurisdicciones nacionales” (91). El

(91) Expresión utilizada por PALOU-LOVERDOS, J.: “Esperanzas para la justicia universal ...”, *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 42, febrero 2007, p. 62.

ingente esfuerzo colectivo realizado en el pasado siglo ha ido convirtiéndose ese sueño en realidad, poco a poco, paulatinamente, pero sin pausa.

A pesar de los males que aquejan a este planeta, de la percepción de conflicto global, de delitos internacionales omnipresentes, desde la pacificación y armonía entre las personas, las gentes y los pueblos que lo habitamos actualmente debemos reafirmarnos en la convicción de que existen avances sólidos, no sin dificultades, orientados al fin de la impunidad de los crímenes internacionales, sobre los cuales habremos de sustentar nuestro futuro de cara a la deseada Justicia, cuyo icono en forma de imagen femenina de ojos vendados representa su ceguera por no tener miramientos con las partes y por ser la misma para todos, pueblos y culturas, blandiendo su balanza independientemente de a quién afecte su actuación.



Breves notas sobre Derecho Penal Internacional

Gabriel García Planás *

1. Introducción

Un argentino, que reside en Alemania, viaja a España y comete un hecho delictivo, ¿qué tribunal sería el competente para resolver el caso? ¿se produciría la extradición de dicho sujeto? ¿podría cualquier estado perseguir al argentino por el hecho criminal cometido? ¿qué ley penal será la aplicable para sancionar al sujeto activo; la española, la de su nacionalidad o la de su residencia?

Todas estas preguntas son resueltas por el derecho internacional, pero si bien hoy en día, se acepta unánimemente la existencia del derecho civil internacional, siendo además caracterizado porque, en la Unión Europea, se encuentra regulado a tres niveles: internacional, a través de los tratados y convenios internacionales. Comunitario, principalmente con las directivas europeas. Nacional, mediante la legislación propia de cada uno de los Estados miembros de la UE, mayores dificultades ofrece de ser aceptada la existencia de un derecho penal internacional.

Así pues, mediante esta comunicación trataremos de resolver las cuestiones planteadas con el objeto de saber si existe verdaderamente el derecho penal internacional.

* Presidente de la Academia de Derecho de Baleares, España.

2. Principios para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable

Para definir qué delitos pueden vincular a diferentes estados en el ejercicio de su *ius puniendi*, podemos utilizar la definición de delito transnacional realizada por el Convenio de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Así, según el Art. 3 de dicho Convenio, un delito es transnacional si:

a) Se comete en más de un Estado.

b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado.

e) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o

d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

2.1. De la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable

La competencia judicial internacional (CJI) tiene por objeto saber qué tribunal deberá resolver el litigio penal que haya surgido, teniendo en cuenta que el sujeto activo y/o pasivo está vinculado a diferentes estados.

Para la determinación de la CJI debe observarse si ésta queda determinada por algún tratado o convenio internacional. En su defecto, y en el caso de que se trate de países comunitarios, si se determina por alguna normativa comunitaria y, subsidiariamente, se atiende al criterio nacional, es decir, la ley del país.

Así, ante la inexistencia de tratados internacionales, a excepción de los delitos conocidos como de la extraterritorialidad o universales, no existen normas internacionales o comunitarias que delimiten dicha cuestión más allá de prever la obligación que tienen los Estados de sancionar

determinadas conductas de forma efectiva, proporcionada y disuasoria (1). Así, en defecto de normas internacionales y comunitarias, se debe atender al criterio nacional establecido para determinar la CJI.

Por otro lado, la ley aplicable al caso consiste en determinar qué ley, si la nacional o la extranjera, deberá ser aplicada para la resolución del conflicto penal y la determinación de la sanción que, en su caso, le corresponda al sujeto activo. De igual manera que con la CJI, para determinar qué ley es la aplicable debemos observar tres niveles que serán aplicados por dicho orden y de forma subsidiaria: a) internacional b) comunitario y e) nacional.

A este respecto, a nivel nacional se ha aceptado, tanto por las legislaciones (2) como por la doctrina (3) una serie de principios tanto para determinar la competencia de los tribunales, así como la ley penal aplicable. Estos son:

El principio de territorialidad.

El principio de personalidad, diferenciándose entre:

(1) Como en el caso de las directivas y siempre bajo el respeto del principio de la libertad organizativa de los Estados miembros de la Unión Europea. Así a título de ejemplo, la Directiva 2014/52, UE, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, la Directiva 2005/35. CE, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

(2) Así, la legislación española en su Art. 23,1 de la Ley Orgánica 6(1985, de 1 de julio, del Poder judicial, al expresar "en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte".

(3) Así, Beccaria, Mir Puig y Polaino.

- + Personalidad activa
 - + Personalidad pasiva
 - + Criterio del domicilio
 - + Doble nacionalidad
 - + Personalidad absoluta o extrema. El principio de justicia universal.
- El principio de justicia supletoria.

2.2. Principio de territorialidad

De estos, destaca, como el más aceptado, el principio de la territorialidad, es decir, que los tribunales que conozcan del litigio penal sean los del país de la comisión del hecho delictivo, así como también sea la ley penal del *comissi delicti* la aplicable.

El fundamento del principio de la territorialidad es la soberanía de los Estados en el ámbito espacial que los comprende, sin tener que soportar interferencias de otros Estados debido al principio de igualdad entre los Estados y de independencia recíproca de estos. Así, el estado ejerce *su ius puniendi* en base a su soberanía con el objeto de mantener el orden público dentro de su territorio y apaciguar la alarma que se ha creado como consecuencia de la conducta punible, a través de la pena que sea procedente atribuir.

De este modo, podemos observar que el principio de la territorialidad puede ser justificado desde las teorías de la finalidad de la pena, concretamente a través de la teoría preventiva tanto general como especial.

Prevención general (4) -> El principio de territorialidad permite una mayor efectividad de la sanción penal (5) al disuadir a los potenciales delincuentes de cometer los hechos delictivos.

Prevención especial -> Permite una mayor corrección y enmienda del delincuente, siempre que se trate de delincuentes españoles o extranjeros que fuesen juzgados y penados en su propio país (6).

Además, desde el punto de vista procesal, el criterio de la territorialidad presenta ventajas evidentes derivadas de la proximidad del lugar del delito y del lugar del juicio, tales como una mayor facilidad en la instrucción, recogida y práctica de medios probatorios, economía y celeridad de la persecución. En sí mismo, el principio de la territorialidad permite un mejor enjuiciamiento de la persona investigada.

Como hemos dicho, el estado ejerce el *ius puniendi* sobre su territorio, pero ¿qué debe ser entendido por territorio? Tradicionalmente, ha sido definido como el presupuesto o elemento esencial del Estado, indispensable para la existencia de un Estado como tal. Kelsen, lo definía como el espacio al que se circunscribe la validez del orden jurídico estatal del Estado, de tal modo que la identidad del territorio del Estado no es más que la identidad del orden jurídico. Finalmente, si adoptamos la versión jurídica de Quintana Ripolles, el territorio “constituye un elemento natural de sustentación de Estado que interesa al Derecho penal en cuanto porción de superficie en la que un sistema jurídico-penal determinado tiene validez de exigencia procesal, y por ello como *substratum* de soberanía ya que caben en la materia, acuerdos o disposiciones que así lo establezcan, sin precisión de coincidir exactamente con sus límites ordinarios”.

(4) “Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida”, Capítulo III, Paul H. Robinson. donde se puede observar como al sancionar al delincuente del caso concreto, el sistema puede disuadir a otros muchos de cometer éste y otros delitos. Así, su objeto es prevenir la comisión de delitos futuros.

(5) Polaino.

(6) Cerezo.

El criterio del lugar de la comisión del delito no plantea mayor problemática en tanto que lo frecuente es que la acción u omisión y el resultado se produzcan en el mismo lugar (o territorio), impidiendo con ello el planteamiento de problemas de aplicación de las leyes penales o de competencia de los tribunales.

La problemática surgirá cuando la acción y el resultado se produzcan en diferentes lugares sujetos a diferentes soberanías. Para solucionar esta cuestión se han planteado diversas teorías:

1) Teoría de la actividad -> El lugar de comisión del delito es el lugar en el que el sujeto ha llevado a cabo su acción u omisión delictiva. Pero, ¿acaso el estado donde se produce el resultado delictivo no tiene interés en sancionar dicha conducta? Así, la problemática no queda solucionada.

2) Teoría del resultado -> el delito se entiende cometido en el lugar donde se produce el resultado o consecuencia de la conducta activa u omisiva. Por tanto, se busca el lugar consumativo del delito. Pero esta teoría, en el ámbito estrictamente penal, resulta imposible la aplicación efectiva en delitos cuyas consecuencias pueden producirse en diversos estados a la vez.

3) Teoría de la ubicuidad -> el delito se entiende cometido tanto en el lugar donde el sujeto ha realizado la acción u omisión delictiva, como en el lugar donde se ha producido el resultado o efectos de aquéllas. Así es una teoría combinada de las anteriores e implica que los tribunales de cualquiera de los países en los que haya acontecido alguno de aquellos aspectos, tienen competencia para conocer del delito.

En el ámbito temporal, en el ordenamiento jurídico penal español se ha convenido que la ley penal aplicable, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecute su acción u omite el acto que estaba obligado a realizar (Art. 7 del Código Penal).

2.3. Principio de personalidad

Otro criterio para determinar qué tribunales serán los competentes y la ley penal aplicable, es el criterio de la personalidad consistente en que serán los tribunales de la nacionalidad del sujeto activo, del que cometiere

la conducta penalmente sancionable, los competentes con independencia del sitio en que dicha conducta se realizó.

Su fundamento se basa en que nadie mejor que el juez nacional del delincuente puede valorar las pruebas e individualizar la responsabilidad del sujeto, en la que deberán de tenerse en cuenta factores psicológicos y éticos (7). Además, dicho criterio permite facilitar trámites procesales, así como asegurar las mayores garantías de una justicia penal equitativa, al eludirse dificultades idiomáticas, culturales, de defensa... Facilitándose a su vez, mediante este mecanismo la protección y corrección del delincuente cumpliendo con la teoría de la prevención individual de la pena.

Pero este criterio presenta ciertos inconvenientes, como son: a) Intromisión de la soberanía territorial extranjera. b) Conflictos de conciencia (8). c) Controvertidos supuestos en toma de consideración directa o indirectamente, del derecho extranjero (9).

Los elementos esenciales para la aplicación de este criterio son:

1. La nacionalidad del sujeto, siendo la nacionalidad que se ostente en el momento anterior o durante la comisión del delito, es decir, debemos estar en la etapa del *iter criminis* ya que la nacionalidad sobrevenida

(7) Quintano Ripolles.

(8) Según Maurach el conflicto de conciencia es explicado mediante el ejemplo siguiente: un alemán mata a un argentino en Buenos Aires. El derecho del país de comisión se hará valer incuestionablemente si atrapa al autor, en virtud del principio territorial, pero si el sujeto se refugia en su país, la pretensión del derecho de éste será la efectivamente ejercida con sujeción a sus propias normas.

(9) Fierro "la existencia de pluralidad de procesos con posibilidad de resultados contradictorios, hipótesis que puede presentar, a su vez., la variante de que el hecho haya sido cometido con la cooperación de coautores o partícipes que son juzgados en el lugar de comisión, siendo posible entonces que el autor sea absuelto en el país de origen por entender que el hecho cometido no constituye delito, mientras que los partícipes - cuya actuación es siempre accesoria del hecho principal- resulten condenados por su colaboración en una acción por la cual su autor ha sido absuelto por no constituir ella una infracción punible", cit. Pág. 146.

o adquirida con posterioridad, impide la extradición, lo cual implicaría su impunidad.

2. Presencia de éste en el territorio nacional.

Pese a todo lo mencionado, el principio de personalidad activa tiene ciertas limitaciones en base a:

- La gravedad de la infracción.
- El principio de doble incriminación.
- El principio *ne bis in ídem*.
- Gravedad de la infracción

La reserva del principio personal para infracciones que presenten una determinada gravedad o que se hallen conminadas con una determinada pena sólo es sostenible jurídicamente por un innegable desprecio del derecho extranjero vulnerado, así como una actitud egoísta por parte del derecho nacional.

Además, la consecuencia de dicho límite es la ausencia de persecución e impunidad para las infracciones menores con sanción leve, en virtud de la protección del Estado en el que se refugia el sujeto.

- Principio de doble incriminación

El requisito de la doble incriminación implica que la conducta debe ser incriminatoria tanto en el Derecho nacional como en el extranjero, de modo que:

- Si no es delictiva según el lugar de comisión, aunque lo fuese en el ámbito nacional, derivaría la impunidad del sujeto activo.

- Si es sancionable penalmente en ambos ordenamientos jurídicos, el sujeto activo será responsable, responsabilidad que quedará determinada según la ley de su nacionalidad.

- Principio *ne bis in ídem*

El principio *ne bis in ídem*, deriva del principio de legalidad penal e implica que no puede ser castigado dos veces un sujeto por el mismo hecho y fundamento, cuando haya sido ya sancionado en el extranjero. De

este modo, se constituye como un límite del ejercicio del *ius puniendi* de la nacionalidad.

Para la aplicación de este principio se requiere:

– Sentencia penal en el extranjero, determinante de responsabilidad ya sea exculpatoria o condenatoria.

– Triple identidad de sujeto, objeto y fundamento.

• Principio del abono de las penas. Este principio, que deriva del principio *ne bis in ídem*, implica que se compensará la sanción impuesta y cumplida efectivamente en el extranjero.

Se han podido diferenciar cinco clases del principio de personalidad, distinguiéndose:

1. Principio de personalidad activa

2. Principio de personalidad pasiva

3. Principio del domicilio

4. Principio de doble nacionalidad

5. Principio personalidad extremo o absoluto.

Refiriéndonos a estos brevemente, podemos señalar que:

– El principio de personalidad activa o puro es el que determina que la ley penal aplicable es la del Estado de la persona que delinque.

– El principio de personalidad pasiva, también conocido como el principio de la nacionalidad del ofendido o de protección de los nacionales, se decanta por aplicar la ley penal de la víctima del delito.

– El principio del domicilio, determina que debe ser aplicable la ley del domicilio o residencia del sujeto activo en el momento de cometer el hecho delictivo, prescindiendo de cualquier otro elemento personal.

– El principio de doble nacionalidad, éste considera que debe ser aplicable la ley de la nacionalidad del que delinque en un país extranjero cuando el sujeto pasivo es titular de la misma nacionalidad que el sujeto activo.

– El principio extremo o absoluto considera que la ley penal de un Estado sólo se aplica a los ciudadanos de éste, no pudiendo ser aplicada a ciudadanos extranjeros (10).

2.4. El principio de justicia universal

Existen determinados hechos delictivos que, con independencia del lugar de comisión de los mismos, de los sujetos o de los bienes jurídicos afectados, pueden ser enjuiciados por cualquier Estado porque afectan a intereses esenciales de la comunidad internacional. Así, cualquier Estado está legitimado para juzgar las ofensas o agresiones ya que toda la comunidad internacional está interesada en su persecución y castigo (11).

El fundamento de esta justicia universal radica en tres razones:

1. Cualidad o categoría de los bienes jurídicos afectados. Los hechos acaecidos afectan a bienes jurídicos de la comunidad internacional, atentando contra los bienes y valores de todos los pueblos. De ahí que se conozcan como los delitos internacionales o de *iuris gentium*.

2. Solidaridad internacional en representación de intereses universales. De modo que cada uno de los Estados, que persigan dichos delitos, estará actuando en nombre y representación de la comunidad de todo estado civilizado.

3. Necesidad de protección estatal

A estos efectos, debemos destacar la existencia de la CORTE PENAL INTERNACIONAL que es una institución permanente, con personalidad jurídica internacional, creada y vinculada con las Naciones Unidas, con sede en La Haya, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas que

(10) Polaino Navarrete.

(11) Rodríguez Mourullo.

cometan los crímenes más graves de trascendencia internacional, de conformidad a lo previsto a su Estatuto (Arts. 1, 2 y 4 del Estatuto de Roma) (12).

Concretamente, de acuerdo con el art. 5 de su Estatuto, la Corte (13) tendrá competencia sobre los siguientes crímenes, siempre que hubiesen sido cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto (14) en aquellos Estados que sean parte del Estatuto o, aun no siendo parte, hubiesen reconocido la competencia de la Corte (15).

1. Crimen de genocidio.

(12) Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el 17 de julio de 1998. La Corte Penal Internacional entró en vigor el 1 de julio de 2002. España es miembro de la Corte Penal Internacional desde el 19 de octubre de 2000.

(13) Compuesta por: La presidencia, una Sección de Apelaciones, Sección de Primera Instancia y Sección de cuestiones Preliminares, la Fiscalía y la Secretaría (Art. 34). La Corte estará compuesta por 18 magistrados, pudiendo ser aumento dicho número, elegidos por la misma entre los miembros de la Corte en régimen dedicación exclusiva (Arts. 35 y 36).

(14) Ello de conformidad con el Art. 11 del Estatuto y resultando lógico con el principio de legalidad en su manifestación de la necesidad de la *lex previa*, en sí, coherente con el principio de irretroactividad de las normas penales. reconocido en el art. X del Estatuto y en las legislaciones de la comunidad internacional, así a título de ejemplo el art. 25 de la Constitución Española.

(15) Así el art. 12 del Estatuto: "1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5. 2 En el caso de los apartados) o e) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiera cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen. 3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX".

2. Crímenes de lesa humanidad

3. Crímenes de guerra

4. Crimen de agresión. El cual se produce por quien estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas (Art. 8, bis del Estatuto).

Es fundamental determinar qué derecho debe ser el aplicado por la Corte para enjuiciar los casos que se le presenten, éste será, por este orden y de carácter subsidiario (Art. 21 del Estatuto):

1. El presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba.

2. Tratados aplicables, principios del derecho internacional, incluidos los de los conflictos armados.

3. Principios generales del derecho que la Corte derive del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo y, cuando proceda, el derecho interno del Estado a quién le correspondería ejercer su jurisdicción, siempre que no resulte incompatible con el Estatuto y el derecho internacional.

4. Interpretaciones jurisprudenciales de la propia Corte.

De este modo, también el Estatuto establece los principios generales del Derecho penal que la Corte tendrá en consideración, siendo estos (Arts. 22 a 33).

– *Nullum crimen sine lege.*

– *Nulla poena sine lege.*

– Irretroactividad *ratione personae.*

– Responsabilidad penal individual.

– Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.

– Improcedencia del cargo oficial, derivado del principio de igualdad, por lo que permite enjuiciar a toda persona sin distinción alguna basada en el cargo oficial (Art. 27).

-
- Responsabilidad de los jefes y otros superiores.
 - Imprescriptibilidad (Art. 29), por lo que coincide que las conductas perseguibles por la Corte también son declaradas como imprescriptibles por el ordenamiento jurídico nacional de los Estados Parte del Estatuto de la Corte. Elemento de intencionalidad.
 - Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.
 - Error de hecho o error de derecho.
 - Órdenes superiores y disposiciones legales.

Principios que como puede observarse, son también los aplicados en la mayoría de Estados.

2.5. Principio de justicia supletoria

Su fundamento es evitar la impunidad del delito cometido en el extranjero, colmando así las inevitables lagunas que surgen en el Derecho penal internacional, cuando el sujeto se refugia en un país distinto del de la comisión y/o nacionalidad, o incluso cuando el sujeto ha cometido el delito en lugares no sometidos a ninguna ley penal, impidiendo burlar el ejercicio del *ius puniendi* (Polaino).

Elementos:

- Incriminación en el lugar del hecho.
- Presencia del reo en el territorio, entre otros.
- Imposibilidad de su enjuiciamiento derivada de obstáculos de naturaleza procesal.

El principio de justicia supletoria podría quedar delimitado para su aplicación:

- A los sujetos extranjeros en el momento de la comisión del delito que, con posterioridad, adquieren la nacionalidad del Estado donde se hallan, al devenir imposible su extradición por el principio de la no entrega del nacional.
- En caso de delitos cometidos por extranjeros en el extranjero contra nacionales, en defecto de la vigencia en nuestro derecho nacional del

principio de personalidad pasivo o de protección de intereses individuales, y siempre que no se solicite la extradición o ésta no se pueda conceder, teniendo el Estado un interés legítimo por la nacionalidad del sujeto pasivo del delito.

– Podría añadirse la vigencia de dicho criterio en los supuestos de delitos cometidos en territorios no sujetos a ningún poder punitivo, como fórmula solidaria en defecto de otros mecanismos procesales que permitieran una solución más satisfactoria.

3. Cooperación Internacional en la persecución de hechos delictivos

La cooperación jurídica internacional es el mecanismo por el que los Estados solicitan colaboración de otros para llevar a cabo el proceso judicial. En el ámbito penal, dicha cooperación permite clasificar las circunstancias de un hecho ilícito, identificar al autor y someterlo a su jurisdicción.

Inicialmente, la cooperación penal internacional giraba en torno a la figura jurídica de la extradición de delincuentes. Así, la extradición es el mecanismo que permite a un Estado detener un sujeto por la comisión de hechos delictivos no producidos en su territorio y entregarlo al Estado que quiere ejercer su *ius puniendi*.

La cooperación internacional puede ser clasificada en tres grados de asistencia, sin incluir la extradición que debe ser objeto de estudio diferenciado y autónomo. Que son:

1. En el primer nivel, se encuentran medidas sencillas que no alteran las garantías y/o derechos del sujeto activo. Ejemplos: solicitud de documentación judicial o extrajudicial o citación a una audiencia.

2. En el segundo nivel se adoptan medidas que producen una cierta afectación, Ejemplo: la citación de una persona investigada.

3. En el tercer nivel, donde si pueden verse afectados determinados derechos en búsqueda de la verdad material. Ejemplo: orden de intervención de comunicaciones telefónicas.

A nivel internacional, existen múltiples mecanismos de cooperación internacional penal creados por la ONU. Así podemos destacar, entre los tratados más importantes en esta materia los siguientes: El Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional (2010), juntamente, con el Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (2010), la Convención de las naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), juntamente con el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, entre muchos otros.

Igualmente, entre las instituciones de la ONU para luchar contra el crimen, debemos destacar la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), creada en 1997, con sede en Viena, cuya función es prevenir la comisión de hechos delictivos, educar sobre los peligros del uso indebido de drogas, promover sistemas estables y viables de justicia penal y combatir las amenazas de la delincuencia organizada internacional.

A nivel comunitario, debemos señalar diversos mecanismos de cooperación internacional penal. Primero, mediante el Tratado de Maastricht de 1992, se adoptó la Justicia como uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea, reconociendo que dicho tratado tenía, entre otros objetivos, garantizar una cooperación policial entre los estados miembros de la UE para combatir el terrorismo, el tráfico de drogas y otros crímenes internacionales. De este modo, la primera manifestación de la cooperación policial se realizó en 1993 con la formación de *Europol Drugs Unit*, que empezó a operar en enero de 1994.

Actualmente, *Europol* es la agencia de la Unión Europea cuyo principal objetivo es conseguir una Europa más segura a través de la lucha de los crimines internacionales y el terrorismo. Debe señalarse que los oficiales de *Europol* no tienen poder de arresto, sino que, analizando, obteniendo información y coordinando operaciones para ayudar a resolver los

crímenes sucedidos en la Unión Europea, *Europol* se constituye como un elemento de refuerzo de los Estados miembros.

Posteriormente, en el 2002 se creó *Eurojust* mediante la Decisión 2002/187/JHA del Consejo, modificada por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, organización europea que tiene por objeto apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales en las formas graves de delincuencia transfronteriza en la Unión Europea.

Mediante el Tratado de Lisboa se preveía que la Unión Europea se constituyese como un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores garantizado a través de la adopción de medidas para la prevención y lucha contra la delincuencia, entre otras (16). Concretamente es en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), bajo la rúbrica de "Espacio de Libertad, seguridad y justicia" dispone de capítulos dedicados a la cooperación judicial en materia penal y a la cooperación policial (17).

(16) El Art. 3,2 del TUE prevé lo siguiente: "La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia". En este sentido el Art. 67,3 del TFUE que dispone lo siguiente: "La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo, la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes. así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales".

(17) Concretamente el Título V del TFUE, dedica su Capítulo IV y V a la regulación de la cooperación judicial en materia penal (Arts. 82 a 86 del mismo) y a la cooperación policial (Arts. 87 a 89 TFUE), del mismo.

De especial importancia ha sido la creación de la *euroorden* (18), ésta es una resolución judicial dictada (19) en un Estado miembro de la UE para que otro Estado miembro detenga y entregue a un sujeto contra el que se quiere interponer acciones penales o para el cumplimiento de la pena ya impuesta, cuando esta consista en una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad o medida de internamiento en centro de menores.

La euroorden al ser un documento único, sencillo y breve, simplifica los trámites y la documentación a remitir, lo cual, juntamente con el hecho de que incorpore plazos muy breves, e incluso suprima en determinados casos el principio de doble incriminación, e incluya mecanismos que permiten la agilización de la cooperación judicial y la acción de justicia, permite una auténtica y eficaz cooperación judicial. Así, la euroorden, la cual sustituye el procedimiento de extradición, se establece como un sistema ágil de entrega de personas reclamadas a través de la cooperación directa de las autoridades judiciales.

Finalmente, debe señalarse que para garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea se han adoptado diversas normas comunitarias, debiendo ser destacadas las siguientes: la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo

(18) Establecida mediante la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, cuyo contenido ha sido modificado mediante la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre orden de detención europea. Esta última Directiva, ha sido traspuesta por el Estado español por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, la cual ha derogado la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre orden europea de detención y entrega que había traspuesto la Decisión Marco de 2002 arriba referenciada.

(19) Las autoridades judiciales competentes para emitir una orden europea de detención y entrega el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes y la autoridad para ejecutarla será el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, salvo cuando se refiera a un menor la competencia le corresponde a l Juez Central de Menores (Art. 35 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea).

de bienes y aseguramiento de pruebas (20). La Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE y la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas. La Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

Todas estas Decisiones Marco fueron sustituidas por la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

También debe destacarse la Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional y, finalmente, la Directiva 2011/199/UE de 13 de diciembre, sobre la orden europea de protección.

4. Conclusión

No hay duda alguna de que es interés de todos los Estados la detención y el enjuiciamiento de aquellos sujetos que cometen ilícitos penales tanto en su territorio como con independencia del lugar del *commissi delicti* cuando se afecte a los delitos *iuris gentium*.

Pese no existir propiamente un código penal internacional, más allá de la determinación de los delitos internacionales en el Estatuto de Roma

(20) Incorporada en el Derecho español a través de la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la UE de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

de la Corte Penal Internacional, si existe una firme voluntad de cooperación internacional y comunitaria entre los Estados para conseguir la más pronta y efectiva averiguación, persecución, detención, enjuiciamiento y ejecución de la sanción de aquellos que cometan conductas penalmente sancionables. Es por ello que, pese que aún queda mucho que mejorar y concretar en el derecho penal internacional, si podemos hablar del origen del derecho penal internacional.



Derecho Penal Internacional: ¿Una justicia de los vencedores?

José Sáez Capel *

“Sólo la guerra perdida es un crimen internacional”.

Radhabinod Pal **

I

Trataré, dentro del limitado espacio que se me concede –diez fojas a doble espacio– en el Artículo 15 del Reglamento de este IX Congreso, limitar los alcances de mi comunicación sin que ello atente contra la tesis que aquí expongo.

Por esa limitación de espacio, no habré de recurrir a las tesis de Hugo Grocio, Francisco de Vitoria o Emanuel Kant, comenzaré pues a partir del siglo pasado.

Hasta fines de la 1ª Guerra Mundial, el Derecho internacional público, sólo había previsto sanciones a los Estados, sin estar previsto en él los castigos individuales. Con la incriminación del Káiser Guillermo II de Hohenzollern al finalizar el conflicto, los vencedores lo acusaron de “ofensa suprema contra la moralidad internacional y la santidad de los

* Dr. H. C. Mult. Profesor de la UBA. Académico correspondiente extranjero de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Juez de Cámara. Ex Consejero Juez del CM de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

** Juez Indio del Tribunal Militar de Tokio.

tratados" reclamando su entrega ya que pretendían procesarlo como criminal de guerra ante una corte compuesta por jueces designados por los vencedores, lo que no pudo ser posible ya que Holanda negó su extradición.

En 1928 se firmó el Pacto Briand - Kellogg (1), entre el Ministro de RREE de la república Francesa, Arístides Briand y el Secretario de Estado de los EEUU de Norteamérica, Frank B. Kellogg, por el que los signatarios (2) condenaban la guerra como recurso para resolver controversias internacionales, siendo que los estados renunciaban a ella en sus relaciones recíprocas.

Los cancilleres de Francia y USA, al igual que el de Alemania Gustav Strtesemann, pretendieron diseñar, bajo la tutela de la Sociedad de Naciones un futuro de paz, sin embargo, once años después de la firma del pacto, se desató la mayor guerra de la que humanidad tenga registros.

La única utilidad de este pacto, se encuentra en haber sido fundamento, de crimen contra la paz, por parte de la acusación en Núremberg, lo mismo que del art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, en 1945. En efecto el fracaso de este sistema de seguridad fue palmario en la Sociedad de las Naciones, pese a haber declarado en el art. 11 que: "toda guerra o amenaza de ella" interesa a la Sociedad entera.

Autores hay que, consideran el fracaso de la Sociedad de las Naciones como inevitable porque representaba un intento de prohibir la guerra simplemente prohibiéndola en el plano jurídico, como si fuera una negación jurídica de la guerra, sin una efectiva limitación de esta (3). Ello así porque la guerra de agresión sería un retorno a la noción de *bellum justum*

(1) También conocido como Pacto de París, por haber sido firmado en esa ciudad el 27 de agosto de 1928, aunque su nombre oficial fue: *Pacto de renuncia general de la guerra*.

(2) A más de los referidos países suscribieron el pacto: Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Checoslovaquia, el Reino Unido de la Gran Bretaña, Italia, la República de Irlanda, Nueva Zelanda, Japón, Unión Sudafricana y pese a no ser un país independiente el Raj Indio. Más tarde se adhirieron otros 57 países.

(3) SCHMITTM K. – Ir nomos dela terra nel diritto internazionale della jus publicum europeum. Milán, Adelphi, 1991. Página 309 y sig.

y a toda la concepción escolástica de la *justa causa belli* que el profesor salmantino Fray Francisco de Vitoria había reelaborado y en la que las potencias católicas occidentales se habían basado para justificar la conquista de América (4).

Es precisamente H. KELSEN, quien refiere que fueron necesarias muchas instituciones para superar la anarquía del sistema westfaliano de los estados soberanos que, los tratados y la diplomacia multilateral de la Concertación de Europa no habían logrado atenuar (5).

Núremberg.

Lo que había sido intentado sin éxito contra el Káiser fue realizado años después, concluida la 2ª Gran Guerra, con el establecimiento del Tribunal penal internacional en Núremberg, a 22 jerarcas nazis (6).

El Tribunal sesionó entre el 20 de noviembre de 1945 y el 1 de octubre del siguiente año. Funcionó en una sala del Tribunal del Pueblo de la calle Fürther. Que no había sido dañado por los bombardeos a la ciudad. Cada una de las cuatro potencias nombró a un juez y a un sustituto, en tanto que el ministerio público estuvo también integrado por las cuatro potencias.

Declarándose la culpabilidad colectiva de la Gestapo y de los cuerpos de las S. S.; en tanto que no se declararon responsables al gobierno del Reich, al Estado Mayor ni a las S. A.

(4) NYS, F. – Los orígenes del Derecho internacional. Editorial Thorin, Paris, 1894. Este autor expresa con reserva (que en modo alguno comparto) que el pensamiento de Fray Francisco es un simple precursor de H. Grotius, cuando en realidad aquel es el padre del Derecho internacional, como lo denotan los sendos bustos existentes en el edificio de la Unión Panamericana y en la ONU, este último inaugurado por los reyes Juan Carlos y Sofía de Borbón.

(5) KELSEN, H. – *Peace through Law*. Chapel Hill. University of North Carolina Press. 2ª Edición, 1944.

(6) Con posterioridad y antes de 1948, se ejecutaron quinientos ciudadanos alemanes en juicios sucesivos que los norteamericanos, ingleses y franceses organizaron en Núremberg y otras ciudades de Alemania, en tanto poco y nada se conoce de los que organizaron los soviéticos.

Robert LEY se había suicidado meses antes, por lo que la sentencia se dictó sólo contra 21 procesados. De ellos tres fueron absueltos (7). Condenados a muerte 11 y otros siete a penas restrictivas de libertad de diez años a perpetua. Estos fueron transferidos a la cárcel de criminales de guerra de Berlín Spandau, el último ocupante de la misma, Rudolf Hess, se suicidó allí en 1987.

Desde el punto de vista jurídico penal la mayor discrepancia surge de que el Estatuto del Tribunal de Núremberg no puede ser aceptado por la vaguedad de su Artículo 6º más propio de un derecho disciplinario que de la más alta declaración de Derecho penal material hecha en todos los tiempos. También son sometidos a la competencia de este Tribunal “a los individuos culpables de actos cometidos en violación a las leyes o las costumbres de la guerra”. Definición totalmente vaga, debemos tener presente que los tipos penales deben ser completos, como afirmación que son de la garantía del principio *nullum crimen sine previa lege*.

También ha de tenerse presente que existen enumerados delitos de opinión

Como las llamadas instigaciones públicas que pueden ser tan sólo discursos de tipo político actos equivalentes a los llamados “actos preparatorios” que no configuran tentativa y por ende no son punibles.

Lo vago de estas formas anticipatorias de actos punibles a no menos vagos tipos de delitos, cuando se trata de infracciones a que refieren los arts. 1 y 2 del Estatuto, cuya amplitud sin exactas fronteras son merecedores de toda crítica.

Don Luis Jiménez de Asúa (8), quien no puede ser sospechado de ideología nazi, refiere que la serie de actos que se han penado en Núrem-

(7) Hjalmar SCHACHT, Franz von PAPEN y Hans FRITZSCHE.

(8) JIMENEZ DE ASUA, L. – *Tratado de Derecho penal*. Tomo II, página 1.221. 5ª. Edición actualizada. Editorial LOSADA, Buenos Aires, 1992.

berg están inexorablemente teñidos de coloración política y por ende superlativamente apasionada y que la “Carta” para juzgarlos fue escrita con posterioridad a la perpetración de los delitos (9).

Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente

Concluida la guerra en Asia, ocupado el Japón y gran parte de sus colonias, a propuesta del Jefe del ejercido americano de ocupación General Mac Arthur, se creó –bien avanzado ya el juicio de Núremberg, el llamado Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente que suele citarse como I.M.T.F.E (por sus siglas en inglés). Su estatuto se dató el 25 de abril de 1946 y es parecido en lo fundamental al de Londres de 1945 pero con las correcciones que estaba aconsejando el proceso de Núremberg.

Es más extenso que aquel, ya que posee sesenta artículos agrupados en cinco secciones, pero en su texto prescinde de la clasificación de las infracciones.

Se ha sostenido que la jurisdicción de este Tribunal se prestaba a menos objeciones porque el Imperio del Japón, al contrario que Tercer Reich, capituló y firmó la rendición incondicional a bordo del Missouri, lo que llevó a que el Emperador quedara excluido de las eventuales responsabilidades en que hubiere podido incurrir (10).

Integraron el Tribunal jueces de USA, URSS, Gran Bretaña. Francia, Los Países Bajos, Canadá, China. Nueva Zelanda, Australia, por los vencedores. La India pese a ser neutral y las Filipinas que a ese entonces no era un Estado nación sino colonia norteamericana. En tanto que la Fiscalía estuvo dirigida por el norteamericano Joseph Keenan y por los países que nombraron jueces.

(9) Acuerdos de Londres: Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (agosto 6 de 1945) y Estatuto del Tribunal Militar para el Lejano Oriente (enero 19 de 1946).

(10) BIX, H.: Hirohito and the makig of modern Japan. (2000) pág. 545.

Las condenas fueron siete a pena de muerte (11), 16 a prisión perpetua (12) y dos a penas restrictivas de libertad (13). No hubo ninguna declaración de inocencia.

El juzgamiento de los militares y políticos japoneses en el territorio ocupado fuera de Japón no estaban incluidos en el Tribunal internacional y de esos es de resaltar la sentencia contra el comandante en jefe de las tropas niponas que operaban en las Filipinas Tomoyuki Yamashita, condenado a muerte por una corte marcial el 7/12/1945. Apeló ante la Suprema Corte de los Estados Unidos (14) que, en febrero 4 del año siguiente, denegó el recurso y el recurrente fue ahorcado.

En aquella sentencia los votos, en minoría, de los magistrados Murphy y Rutledge, invocan la 5ª Enmienda, por la que cada uno debe ser juzgado por sus jueces naturales. Que el procesado no era un delincuente de guerra sino un prisionero, siendo que ha sido juzgado fuera de la ley, haciendo un llamado a lo que podría suceder si el día de mañana los Estados Unidos perdieran una guerra, refiriendo que quedaría sellada la suerte del Presidente de USA, luego de la forma como se condena a los prisioneros japoneses, en referencia al apelante y a Masaharu HOMMA.

Independientemente de los Tribunales militares de Núremberg y Tokio, las diversas justicias nacionales fueron ejercidas contra quienes se hicieron culpables de traición a la patria o de colaboración contra el enemigo, como los procesos de Pekín y el de Laval y por cierto no hubo luego de la guerra, un país que se hubiera visto en el doloroso trance de

(11) Las ejecuciones fueron llevadas a cabo el 23 de diciembre de 1948 en la prisión de Sugarno en Ikebukuro.

(12) En 1955 se indultó a todos los que se encontraban cumpliendo sentencia, salvo tres que habían fallecido en prisión de muerte natural.

(13) Uno de ellos Shigemitsu MAMORU, fue indultado en 1950 y cuatro años más tarde fue nuevamente Ministro de Relaciones Exteriores.

(14) Derrotada España en la guerra Hispano – Norteamericana, mediante el Tratado de París de 1899, España perdió la Isla de Cuba, que si bien se proclamó independiente, quedó bajo tutela de estados Unidos, como también Puerto Rico (hoy Estado Libre Asociado), Guam dependencia colonial americana aún hoy día y las Filipinas, que a la fecha de aquella sentencia seguía siendo colonia norteamericana.

enjuiciar y condenar a algunos de sus nacionales por delitos de este índole, pero claro no se trataba de tribunales internacionales, sino de nacionales aplicando las leyes de cada país tales como el noruego Quisling, el caso del mariscal Grazizni en Italia, sin contar a Benito Mussolini que fue ajusticiado sin juicio previo y luego colgado su cadáver, junto al de su amante, en Milán.

Concluida la guerra fría, la denominada paz-guerra por R. ARON, la experiencia de la justicia de los vencedores se repite desde los primeros años de la década del 90 en perjuicio de las máximas autoridades de la República Federal Yugoslava. Tal el caso de su presidente Slobodan Milosevic, acusado como el mayor responsable de la guerra en los Balcanes, acusándolo de graves acusaciones contra los derechos humanos, tales con la limpieza étnica en la República de Bosnia Herzegovina y en Kosovo. Entregado por el gobierno federal al Tribunal Penal Internacional de la ex - Yugoslavia en La Haya, para fallecer en marzo de 2006. Milosevic, había sido condenado a prisión perpetua, ya que la pena de muerte no estaba prevista en el Estatuto del Tribunal.

De adverso, nada les ha ocurrido a los criminales responsables de las catástrofes atómicas de Hiroshima y Nagasaki (1945), o de los innecesarios bombardeos a ciudades alemanas poco antes de concluir las hostilidades, cuando los aliados ya habían ganado. Tampoco les sucedió nada a los responsables de la guerra humanitaria contra la Federación Yugoslava donde la OTAN bombardeó a poblaciones civiles durante setenta y ocho días. Efectuadas las denuncias ante la Fiscalía del Tribunal de La Haya, la Fiscal General Carla Del Ponte, dispuso archivar todas, si bacilar en poner la justicia internacional y los derechos humanos, al servicio de las potencias occidentales, tal como bien refiere el profesor florentino Danilo ZOLO.

En este siglo se nos aparece una vez más, lo que se ha dado en llamar, la justicia de los vencedores. Concluida la segunda guerra del Golfo, en Irak, el presidente de ese país fue juzgado por un tribunal iraquí organizado por los Estados Unidos, que en ese entonces era fuerza de ocupación de ese país mesopotámico.

Tribunal Penal Internacional

La entrada en vigor del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, y la subsiguiente creación del Tribunal, constituye un hito histórico –aunque incompleto– en la búsqueda de la creación de un sistema de justicia internacional que enmarca la comprensión de determinadas acciones que no pueden ni deben quedar impunes y que todo ser humano es susceptible de incurrir en su comisión en responsabilidad penal internacional.

La constitución de la voluntad de constituir este Tribunal, no está exenta de problemas ante la falta de ratificación de muchos países como USA, China, Rusia, Israel, etc.

Por ello es menester señalar que este Tribunal se constituye no como una jurisdicción única y exclusiva, sino como una jurisdicción de carácter internacional y complementaria de las jurisdicciones penales estatales.

De esta forma, la traslación de normas jurídicas internacionales, de esta necesidad de complementariedad como eje del funcionamiento del Tribunal y los Estados deben cooperar con él, para que pueda ejecutar su jurisdicción.

Así la adopción del Estatuto de Roma, el 17 de julio de 1998, por medio del cual se ha creado la Corte Penal Internacional, es el resultado de un proceso que como enumeramos, ha durado más de medio siglo.

De esta manera, la creación de una jurisdicción internacional para juzgar la responsabilidad de individuos por la comisión de crímenes internacionales, constituye para el derecho contemporáneo un logro, que ha sido creado con anterioridad a la comisión del delito y por tal motivo su legitimidad y legalidad no es motivo de cuestionamiento como los otros tribunales internacionales.

Importa por último destacar, que si bien pueden existir críticas que surgen de la interpretación del Tratado de Roma, lo cierto es que se ha dado un gran paso –aún incompleto– que surge de crear una jurisdicción internacional y su importancia para la comunidad de naciones. Así como también que la eficacia sancionatoria y preventiva del Derecho Penal Internacional puede ser reforzada gracias a la instauración de la Corte.

La norma jurídica existe, por lo que sólo cabe esperar que la Corte logre una correcta operatividad y la operativa cooperación de las jurisdicciones nacionales.



Aspectos civiles en el sistema de la Corte Penal Internacional

Marcos A. Köhn Gallardo *

Introducción

Mucho se ha escrito sobre las bondades de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) para la persecución más eficaz de los crímenes, con motivo de los conflictos armados, internacionales o nacionales. Y esto es así, ya que a lo largo de la historia humana han ocurrido hechos que han trascendido lo meramente conflictivo, abordando las conductas humanas carices apocalípticos.

Todavía se halla fresca en nuestra memoria colectiva los genocidios del pueblo judío, del ruandés o del camboyano, por citar algunos; e igualmente, otros que han desaparecido de la memoria universal pero que siguen lacerando nuestras relaciones regionales, como los casos armenio y paraguayo.

En particular, los avances desde la firma del Estatuto de Roma (en adelante ER) de 1998, han sido valiosos y varios; entre otros, la tipificación de los crímenes internacionales y su carácter de imprescriptibles, quedando definitivamente zanjada cualquier discusión sobre la procedencia de la persecución de los crímenes internacionales previamente definidos

* Abogado, Docente Universitario. Profesor Titular de Derecho Civil Sucesiones y Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay).

por el Estatuto. Otro tanto no puede decirse sobre los aspectos civiles de la citada norma.

Aspectos civiles del Derecho Internacional

A la fecha, el derecho a la reparación se encuentra firmemente establecido en el contexto del Derecho Internacional. Setenta años antes de la firma del ER, con motivo de un conflicto internacional comercial entre Alemania y Polonia, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), había fallado en el caso *Fábrica de Chorzow* que el incumplimiento de una obligación implica el deber de reparar en forma adecuada.

El llamado “estándar de Chorzow” establece que, en el caso de daño, las reparaciones necesarias deberían “... hasta donde sea posible, limpiar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, según toda probabilidad habría existido si el acto no se hubiera cometido...”.

La obligación de reparar alude a los diversos medios con que cuenta el Estado para liberarse de la responsabilidad derivada del hecho internacionalmente ilícito, y que podían resumirse en tres modalidades: indemnización o resarcimiento, restitución, y satisfacción. La indemnización y la restitución (o compensación por equivalencia) operan esencialmente en el campo de los daños patrimoniales, mientras que la medida de satisfacción es la forma adecuada de reparación de los perjuicios inmateriales, causados al propio Estado o a los particulares extranjeros.

Así, en el Derecho Internacional fueron reconocidas varias modalidades de reparación, que deberían seguir la siguiente regla: “... El principio general que está implícito en el concepto de hecho ilícito (...) es que, en la medida de lo posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho hecho. Restitución en especie o, si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie; otorgamiento, de ser necesario, de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo: tales son los principios que deben

servir para determinar el monto de la indemnización debida por un hecho contrario al Derecho Internacional” (1).

La Postguerra

Pertenecen al periodo de postguerra mundial (1945 en adelante) el desarrollo de los derechos humanos fundamentales, sobre todo a través de dos órganos internacionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2) (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (3) (CIDH). Aunque de modo más limitado, el primero, y más amplio, el segundo, estos tribunales internacionales desarrollaron los conceptos de restitución (*restituto in integrum*), indemnización y medidas de satisfacción, encontrando siempre dificultades a la hora de lograr un concepto unívoco a los términos de víctima, reparación, restitución, etc.

El Derecho Internacional penal más allá del rol preponderante que había ocupado para castigar a los responsables de conflictos internacionales como la Segunda Guerra Mundial, el conflicto de la ex Yugoslavia, Ruanda o Camboya, cobró real importancia luego de la sanción en el año 1998 del ER. Este convenio internacional estableció un importante rol para las víctimas de los crímenes de la competencia del convenio que incluye disposiciones respecto de su protección, participación en el proceso y justa reparación.

(1) Caso “Fábrica de Chorzow”. Reparación y daño. (CPJI, Serie A n. 17: 47).

(2) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Este alto tribunal fue creado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, que fuera adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953.

(3) La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella. Fue creada por los Estados Partes en el año 1979.

Debe mencionarse que el ER diverge de otros tribunales penales internacionales, como el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, que fuera creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con el objetivo de ayudar a restaurar la paz y la seguridad internacional, a través del castigo a los responsables de los crímenes cometidos, otorgando el poder de resolver sobre las reparaciones debidas a las jurisdicciones nacionales. En este sentido, la Regla 106 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, para los *tribunales ad hoc*, de la ex Yugoslavia y Ruanda, establece que las víctimas deben dirigirse a los tribunales nacionales o a otra entidad competente para recibir reparaciones.

A no olvidar, que los tribunales internacionales que determinan responsabilidades en materia de derechos humanos, siempre van dirigidos a los Estados, quienes son en última instancia los únicos que pueden trasgredir estos derechos; mientras que el Derecho Internacional penal, pretende alcanzar a los individuos y determinar eventualmente sus responsabilidades penales y civiles. Esto implicará necesariamente diferencias y particularidades que deberán tenerse en cuenta para aplicar las medidas de reparación civil.

Nuevos esfuerzos

Los esfuerzos de la comunidad internacional para racionalizar y conceptualizar los alcances civiles en la persecución de los ilícitos internacionales, fue llevada adelante a través de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas (4) (ONU) que había encomendado a *Theo van Boven* (5) la tarea de

(4) La Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos es el principal órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos. Originalmente denominada "Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías", la Subcomisión se creó en 1947 con 12 miembros y recibió su nuevo nombre en 1999.

(5) Theo van Boven, nacido en los Países Bajos, es profesor de derecho internacional por la Universidad de Maastricht y, desde 2001, comisionado especial de las Naciones Unidas contra la tortura. Asimismo, fue director de la división de Derechos Humanos de la ONU. Es miembro del Jurado Internacional del Premio de Derechos Humanos de Núremberg.

realizar un estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales (6). Seguidamente, en el año 1998, la Comisión de Derechos Humanos designó a *Mahmoud Cherif Bassiouni* (7) para que preparase una versión revisada de los principios y directrices elaborados por *van Boven* sobre las reparaciones debidas a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos. En el año 2001 la Comisión de Derechos Humanos redactó su proyecto sobre la Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, dentro de los que incorporó un apartado sobre los modos de reparación, entre los que estableció a la satisfacción como una tercera opción.

En el año 2005, la Asamblea General de la ONU aprobó los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, dentro del cual se indica que “Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva [...] en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición” (8).

(6) Resolución 1989/13 [Doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/ 1989/13 del 15 de junio de 1989].

(7) Mahmoud Cherif Bassiouni, nacido en Egipto, es experto de las Naciones Unidas en crímenes de guerra, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad DePaul de Chicago, y Presidente Emérito del International Human Rights Law Institute de esa universidad Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Considerado uno de los “padres del derecho penal internacional”, contribuyó y participó de manera fundamental en la creación y puesta en marcha de la Corte Penal Internacional.

(8) Resolución A.G. 60/147, Anexo, O.N.U. Doc.A/RES/ 60/147 del 21 de marzo de 2006.

La víctima

En los procesos de Núremberg (1945-1946) y de Tokio (1946-1948) los tribunales que juzgaron a los responsables, luego de determinar sus sanciones nada dijeron del inmenso número de víctimas, dejando un sabor agridulce a vastos sectores de la población damnificada. Lo mismo ocurrió con los tribunales penales internacionales *ad hoc* que limitaron el acceso de las víctimas como testigos, en el mejor de los casos.

Esta realidad fue transformada por el ER y, de hecho, se constituyó en uno de sus logros más significativos. A través de este estatuto la víctima ha ganado una nueva posición, seguramente influenciada en el desarrollo de la creciente importancia de las víctimas para los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. En especial, traduce el reconocimiento del derecho de las víctimas al acceso judicial igualitario (tutela judicial efectiva) y a obtener reparaciones.

Siguiendo los artículos 68 y 75 del ER, se pueden distinguir tres ámbitos de tratamiento normativo a favor de las víctimas: 1) la participación de las víctimas en el procedimiento; 2) la protección de víctimas y testigos, y 3) la reparación. Ahora bien, para conocer el contenido de sus derechos, así como el concepto propio de *víctima*, es necesario acudir a las *Reglas de Procedimiento y Prueba* (RPP) (9). El concepto de víctima, concretamente, se encuentra definido en la Regla 85 (10). Se la critica por ser una descripción genérica, cuyo contenido dependerá de las interpretaciones jurisprudenciales. Asimismo, Héctor Olásolo señala que, de conformidad con la interpretación hecha por la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCPI),

(9) <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf>

(10) RPP. Regla N° 85. Definición de víctimas. Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas: a) Por "víctimas" se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;

b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

puede distinguirse entre víctimas de la situación y víctimas del caso (11). El concepto de *víctima de la situación* sería aplicable al de la apertura del proceso y a la fase de investigación, mientras que el concepto de *víctima del caso* se debería aplicar al de los procesos penales y de la reparación (12). Las víctimas pueden elegir libremente a un representante legal (13). No obstante, al igual que la mayoría de las legislaciones nacionales, cuando existe una pluralidad de víctimas se debe elegir a un representante común. Asimismo, en caso de falta de medios para pagar a un representante legal recibirán asistencia, incluyendo apoyo financiero.

La actividad de los tribunales *ad hoc* que permitió la participación de las víctimas a través de sus declaraciones, generó de inmediato una nueva necesidad: *desarrollar medidas de protección* para tratar de descartar los riesgos a que se exponen las víctimas, ya que a veces declaran bajo presión o temor a represalias para ellas y sus familiares (14). En el ámbito de la protección se destaca la oficina de *Dependencia de Víctimas y Testigos*, ubicada en la Secretaría de la CPI, cuyas funciones radican en la adopción de medidas de protección y dispositivos de seguridad, con conocimiento de la Fiscalía.

Las medidas de protección están señaladas por el artículo 68 del ER, disponiendo de manera general que “La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos”. Para aumentar las garantías de las víctimas y testigos, fueron previstas las medidas excepcionales a la publicidad del proceso. Ellas están insertas en el artículo 68.2. del ER, que atribuye a las Salas de la Corte: 1) la posibilidad de decretar que una parte del juicio en la que se presta testimonio se lleve a cabo a

(11) Olásolo Alonso, Héctor, “Cuestiones procesales y procedimentales sobre la posición de las víctimas ante la CPI”, en Kai Ambos y otros, *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la CPI*, Granada, Comares, 2008, p. 60-70.

(12) Olásolo Alonso, Héctor, opus cit., págs.. 63/64.

(13) RPP. Regla N° 90. Representantes legales de la víctima.

(14) Burgorgue-Larsen, Laurence, “Las víctimas del delito en el proceso penal internacional: el ejemplo de la Corte Penal Internacional”, en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12, 2005, p. 17, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1417980>

puerta cerrada. 2) permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. Estas medidas a más de suponer una excepción se constituyen en derechos de las víctimas y los testigos, sorteando la revictimización de las mismas, máxime cuando son víctimas de violencia sexual o niños, etc.

Por último, debe hacerse notar que los hechos punibles internacionales descriptos por el ER comprenden generalmente a un número importante de víctimas o colectividades completas. Esto tendrá impacto en el modo de representación ante sus tribunales y sobre todo al momento de la reparación. A la fecha el *derecho a la reparación de las víctimas* (15) ha sido consagrado de modo universal y regional.

Las diversas formas de la reparación plena y efectiva.

La CPI supone un quiebre en la forma de cómo el derecho internacional trataba a las reparaciones, dado que lo normal era que sólo los Estados tenían legitimidad para reclamar reparaciones o compensaciones por daños a sus intereses. Esto ha ido cambiando gradualmente hasta que el ER concibió que ante responsabilidades personales vendría bien incluir un derecho a la indemnización personal.

(15) El *derecho a la reparación de las víctimas* está reconocido en las siguientes disposiciones: art. 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 14 de la Convención contra la Tortura de 1984; art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; art. 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965; art. 3 del Convenio de La Haya sobre leyes y costumbres de guerra de 1907; art. 91 del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra sobre protección a las víctimas de conflictos armados de 1977; art. 41 de la Convención europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950; art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; o el art. 21.1 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los pueblos.

El ER en su artículo 75 define las atribuciones de la CPI en materia de reparaciones, señalando tres: la restitución, la indemnización y la rehabilitación para las víctimas o sus causahabientes (16). Por otra parte, debe señalarse el principio de no taxatividad de las medidas de reparación establecido en el artículo 75.6 (17) del mismo ER, por lo que la CPI podrá echar mano a tantas como sean necesarias para lograr una reparación que logre devolver la dignidad a las víctimas. Entre las normas internacionales aceptadas, hallamos a los “*Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas*” de la ONU del año 2005, pudiendo la CPI aplicar todos los medios allí establecidos, como son la “*restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición*”. Debe también advertirse que nos encontramos ante reparaciones donde la víctima generalmente no será una persona, sino un grupo de personas o una colectividad entera. Para ello, la CPI será competente para aplicar medidas personales o colectivas, por ejemplo: una indemnización a una víctima de un crimen de lesa humanidad o la lectura de disculpas públicas a una minoría religiosa por algún medio de comunicación.

Repasando rápidamente los diversos medios de reparación, encontramos la: 1) *Restitución* (18) (*Restitutio in integrum*), que es la más apreciada y dificultosa, entre estas medidas ya que implica llevar a la víctima de los crímenes internacionales a un antes (*ex ante*) de que haya ocurrido. Necesariamente se debe construir con la víctima el goce de su libertad, su

(16) Artículo 75 Reparación a las víctimas (...) 2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación (...).

(17) Artículo 75 Reparación a las víctimas (...) 6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

(18) “La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes” Asamblea General, *Principios de NU*, nota 32, párrafo 19.

integridad psicofísica, el disfrute de sus derechos civiles, políticos y culturales. Y en muchos casos, esto implica el retorno a su patria, su residencia, su empleo y la devolución de sus bienes materiales e inmateriales. La restitución propende al restablecimiento de la dignidad plena de la víctima; 2) *Indemnización*. Siguiendo el estupendo trabajo de Claudio Nash Rojas, puede decirse que: (...) *En términos generales, tanto el derecho internacional público tradicional como el derecho internacional de los derechos humanos han determinado que la indemnización constituye la forma más usual de reparación por daños producidos por violaciones a obligaciones de carácter internacional* (...) (19) Debe entenderse por tanto que la indemnización debe ser comprensiva del daño material (daño emergente y lucro cesante o pérdida de ingresos) y del daño moral. Otras reparaciones pretenden conglobar los gastos por la educación familiar y prestaciones sociales, la asistencia jurídica y de peritos, entre otros; 3) *Rehabilitación*. Estas medidas propenden a la readaptación de las víctimas a la vida social o comunitaria, y están vinculadas a la salud física y psicológica, así como servicios legales y sociales; 4) *Satisfacción*. Estas medidas tienen como propósito la satisfacción de las víctimas y sus familiares, dirigiéndose al descubrimiento de la verdad (verificación de los hechos), al conocimiento público de los mismos y a actos de desagravio, procesamiento de los responsables, como también la conmemoración y tributo de las víctimas. La publicación de los hechos y de las sentencias condenatorias representan una de las medidas de satisfacción para con las víctimas más importantes (la recuperación del honor social), además posee una función social de no repetición cuando las víctimas o las organizaciones de derechos humanos las adoptan como una herramienta de difusión; y, 5) *Garantías de no repetición*. En necesario que los crímenes no se renueven, las medidas adoptadas bajo esta modalidad buscan que las víctimas, sus familiares y su comunidad no vuelvan a ser objeto de los mismos crímenes, para lo cual es necesario contar con la participación del Estado, promoviendo reformas en la seguridad pública, en el Ministerio Público y el Poder Judicial. También corresponde la promoción y respeto de los derechos humanos en todos los niveles del Estado y la Sociedad.

(19) Nash Rojas, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1988-2007), pág. 42, Segunda edición: Junio 2009, Chile.

Por último, la CPI podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación o compensación se pague por medio de sus fondos propios. El Fondo Fiduciario (20) es un órgano independiente de la Corte y una de las innovaciones más importantes introducidas por el ER respecto a la protección de las víctimas. Esta innovación normativa propende a restablecer la posibilidad de una reparación justa, en caso de que quienes hayan realizado los crímenes sean insolventes.

Conclusiones

El mundo celebró el 14 de marzo del 2012 cuando la CPI concluyó su primer juicio y sentencia, por la que condenó a Thomas Lubanga Dyilo, fundador y ex presidente de la Unión de patriotas congoleños de la República Democrática del Congo, por reclutar a niños menores de 15 años y por utilizarlos para participar en brutales enfrentamientos étnicos en los años 2002 y 2003. Seguidamente, el 07 de agosto del mismo año, también se producía la primera sentencia condenatoria sobre reparaciones. El mensaje de la comunidad internacional en este primer caso fue muy expreso: el derecho internacional penal llegó para quedarse y que no sólo se tratarán las responsabilidades personales penales sino también las responsabilidades civiles provenientes de tales hechos criminales.

La institucionalización de la justicia internacional penal, a través de la CPI, traerá aparejada un mayor respeto por los derechos humanos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la reparación de las víctimas. Los tribunales internacionales van extendiendo a través de la jurisprudencia el milenar concepto de *restituto in integrum* que ciertamente ha servido para iniciar un camino todavía largo y sinuoso.

Nuestros países iberoamericanos, y en especial, Paraguay, todavía tienen una deuda pendiente con la verdad y la justicia, ya que muchos crímenes de lesa humanidad cometidos por los dictadores de turno siguen impunes y sus víctimas no han sido suficientemente reparadas. La

(20) El Fondo Fiduciario fue creado de acuerdo con lo dispuesto por el art. 79 (1) del Estatuto, la Norma N° 98, de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y la Resolución N° 6 de la Asamblea de los Estados parte, del 9 de septiembre de 2002.

dignidad humana de cada víctima reclama justicia. ¡Y sin justicia nunca habrá paz!



Crímenes Internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional

Marco Gerardo Monroy Cabra *

1. Concepto de crimen internacional

La soberanía de los Estados, según lo expresa Guillermo Julio Fierro (1), “es la facultad que estos tienen de prohibir ciertas acciones o imponer otras a quienes transgredan esas prohibiciones o mandatos una acción penal”.

La soberanía puede considerarse en lo interno que le permite regular las acciones jurídicas dentro de un determinado territorio con exclusión de otro Estado, y en lo externo en que todos los Estados son soberanos y en donde se aplican los tratados y demás fuentes de derecho internacional público.

Actualmente, se observa el debilitamiento del estado-nación que trajo consigo el que se transfiriera el poder a entidades supranacionales, que aparecieran numerosos Estados pequeños, pero también la creación de la comunidad internacional.

* Ex Presidente de la Corte Constitucional, del Tribunal Disciplinario y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Profesor Emérito y Honorario de la Universidad del Rosario.

(1) Guillermo Julio Fierro, *Ley Penal y Derecho Internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

Igualmente, la gran tragedia de la segunda guerra mundial hizo aparecer el crimen del genocidio, y produjo la aparición de nuevos crímenes como el terrorismo, la tortura, la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial de personas, el narcotráfico, etcétera.

Según Claude Jorda (2) en el libro "Crímenes Internacionales y Jurisdicciones internacionales" (Editores Antonio Cassese y Mireille Demas-Marty): "La creación de los tribunales ad hoc se justifica mediante la afirmación y consagración de una serie de valores comunes a los Estados de la comunidad internacional".

Aparecen en el siglo XX los crímenes internacionales y las jurisdicciones internacionales.

Según el tratadista Antonio Cassese, la existencia de un crimen internacional supone la existencia de estos elementos:

1) La violación de normas de derecho consuetudinario o internacional que consagren una conducta como una ofensa internacional.

2) Que las citadas normas se hayan establecido para proteger los valores considerados como importantes para la comunidad internacional.

Algunos doctrinantes, a fines del siglo XIX y comienzos del XX, sostuvieron que debería aceptarse la aplicación de un principio de extraterritorialidad absoluta, en virtud del cual cada Estado debería aplicar una ley penal internacional común, cualquiera que fuese el lugar de comisión, la nacionalidad del autor o de la víctima (3).

Estos valores deben ser obligatorios para los Estados como para los individuos. Dichos valores pueden estar contenidos en instrumentos internacionales.

3. Debe existir un interés universal en reprimir tales crímenes. Sujeto a ciertas condiciones, el derecho internacional permite perseguir a los

(2) Claude Jorda. Cita de Antonio Cassese y Mireille Demas-Marty en "Crímenes Internacionales y Jurisdicciones Internacionales".

(3) Antoni Cassese, *International Criminal Law*, Second edition, Oxford University Press, pp. 11 y ss.

autores y castigarlos por cualquier Estado, sin tener en cuenta el territorio o vínculo nacional con el perpetrador o la víctima.

4. El perpetrador debe haber actuado en su capacidad oficial, sea como funcionario de ley o, de hecho. El funcionario que actúa no puede alegar inmunidad, según el derecho consuetudinario (4).

La definición de crimen internacional incluye los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, tortura, agresión, y terrorismo (5).

Usualmente, no se incluye el narcotráfico, el tráfico de armas, la venta de material nuclear, el lavado de dinero, el tráfico de esclavos, la trata de personas. Estos crímenes son normalmente perpetrados por organizaciones privadas y contra Estados.

No se incluye el apartheid consagrado en la Convención de 1973.

Sin embargo, el artículo 7 (1) del Estatuto de la Corte Penal Internacional considera el apartheid como delito.

Hay varias categorías de crímenes internacionales. La primera categoría está constituida por aquellos tratados como, por ejemplo, la Convención para la Prevención y Castigo del crimen de genocidio que dice que la conducta enlistada como crimen es un crimen bajo el derecho internacional.

La segunda categoría de tratados no establece la conducta como crimen internacional, pero el Estado tiene el deber de perseguir, o extraditar (*aut dedere, aut judicare*) (6).

Basiouini (7) analiza 22 categorías de crímenes internacionales y concluye que tiene 10 características:

(4) Guillermo Julio Fierro, *Ley Penal y Derecho Internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

(5) *Ibid*, p. 150.

(6) Ilias Bantekas and Susan Nash, *International Criminal Law*, Third Edition, Routledge- Cavendish, London and New York, 2007.

(7) Basiouini, *International Criminal Law*, 1986, Dobbs Ferry, New York, Transnational.

1. Reconocimiento explícito de la conducta prohibida como internacional o como crimen bajo el derecho internacional o como crimen.
2. Implícito reconocimiento de la naturaleza penal del acto, estableciendo el deber de prohibir, prevenir, perseguir, o castigar.
3. Criminalización de la conducta prohibida.
4. Derecho o deber de extraditar.
5. Derecho o deber de perseguir.
6. Derecho o deber de extraditar.
7. Derecho o deber de cooperar en la persecución y castigo incluyendo la asistencia judicial en los procedimientos penales.
8. Establecimiento de una jurisdicción criminal.
9. Creación de una Corte Penal Internacional, o un Tribunal Internacional con características penales; y,
10. Eliminación de la orden superior como defensa.
11. Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

Tradicionalmente las personas quedan sujetas a la ley del territorio donde viven. La violación de normas internacionales como el trato de extranjeros, ataques a diplomáticos, expulsión de extranjeros, eran perseguidos y castigados por las autoridades competentes del lugar donde se hubieren perpetrado tales actos.

Una de las excepciones fue la de la piratería en los siglos 17 y 18 ya que se autorizaba a cualquier Estado a arrestar los piratas y traerlos a la jurisdicción competente.

Otra excepción está constituida por los crímenes de guerra. Primero se codificaron las normas del derecho de la guerra y se adoptó el Lieber Code en 1863 por el Presidente Lincoln, y la adopción por el Instituto de Derecho Internacional el Manual der Oxford, en 1880 (8).

(8) Les Lois de la Guerre sur Terre, Manuel publié par "L'Institut de Droit International" (Brussels and Keipzig: C- Muquardt, 1880).

Tradicionalmente los crímenes de guerra fueron definidos como violaciones al derecho de la guerra. Existían dos condiciones. La primera en virtud de la cual los individuos que hubieren actuado como funcionarios oficiales podían ser traídos a juicio y castigados por violaciones al derecho de la guerra por el enemigo beligerante. Además, los individuos podían ser castigados no solo por su enemigo sino por su propio Estado.

Por muchos años los crímenes de guerra eran perseguidos y castigados por sus propias autoridades después del fin de las hostilidades. Después de la segunda guerra mundial se aprobó la Convención de Genocidio y las 4 Convenciones de Ginebra y los dos protocolos de 1977.

2. Crímenes de guerra

La noción de crímenes de guerra se ha extendido a los conflictos internos.

Como lo dijo el Tribunal de la ex Yugoslavia en el caso Tadic, la noción de crimen de guerra se ha ido extendiendo gradualmente a las graves violaciones de las reglas consuetudinarias o convencionales del derecho internacional humanitario que se aplica en los conflictos armados internos.

Están tipificados en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que intentó codificar el derecho consuetudinario.

También constituyen crímenes de guerra las graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas dentro del contexto de un conflicto armado internacional.

Estos crímenes de guerra están constituidos por violaciones del derecho internacional humanitario que comprende tanto el "Derecho de La Haya" como el "Derecho de Ginebra". Se pueden mencionar las 4 Convenciones de Ginebra de 1949, los dos Protocolos de 1977, el Primer protocolo de 1954 a la Convención de 1954 sobre propiedad cultural, y varios tratados que prohíben el uso de minas antipersona.

Debe haber un nexo o vínculo entre la ofensa y el conflicto armado.

El numeral 2 del artículo 8 enumera los "crímenes de guerra".

Se expresa que: "La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

Son crímenes de guerra las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El artículo 8 enumera específicamente los hechos que constituyen las diferentes categorías de crímenes de guerra.

El elemento objetivo consiste en que debe existir un crimen enlistado en el artículo 8 del Estatuto. Para aquellos crímenes definidos por las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo 1 de 1977 como graves violaciones del derecho internacional humanitario deben ser cometidos en el contexto de un conflicto armado internacional.

En cuanto a las clases de crímenes de guerra, Antonio Cassese (9) establece las siguientes:

a) Crímenes cometidos en un conflicto armado internacional o en un conflicto interno. En ambos conflictos se incluyen los crímenes cometidos contra personas que no son parte en las hostilidades incluyendo la violencia contra las mujeres y prisioneros de guerra.

b) Crímenes contra enemigos combatientes o civiles, cometidos utilizando métodos prohibidos internacionalmente.

c) Crímenes contra personas protegidas y bienes protegidos.

d) El uso impropio de los signos y emblemas aceptados por los instrumentos internacionales.

e) Enlistar niños menores de 15 años para participar en las hostilidades.

(9) Antonio Cassese, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

3. Crímenes de Lesa Humanidad

3.1 Características

Antonio Cassese (10) dice que los crímenes de lesa humanidad tienen estas características:

a) Se trata de acciones especialmente serias y que constituyen un ataque a la dignidad humana y una humillación o degradación de una o varias personas.

b) No debe tratarse de eventos aislados o esporádicos, sino que forman parte de una política de gobierno. El asesinato, el exterminio, la tortura, la violación, la persecución política, racial, religiosa, deben ser parte de una práctica de gobierno. Estos actos están prohibidos tanto en tiempos de guerra como de paz.

c) Las víctimas pueden ser civiles, o si los actos se cometen durante un conflicto contra personas que no son parte en el conflicto y contra los combatientes.

3.2 Origen

El origen de la noción de crímenes de lesa humanidad fue empleado por Otomano, El 28 de mayo de 1915. En aquella época, Francia, Inglaterra, y el Gobierno Ruso decidieron reaccionar proclamando una Declaración que decía (11): “En vista de los nuevos crímenes de Turquía contra la humanidad y la civilización, los gobiernos aliados anuncian públicamente a la Sublime Puerta que tienen la responsabilidad todos los miembros del Gobierno otomano y sus agentes implicados en tales masacres”.

Inicialmente, se habló de crímenes contra la cristiandad y la civilización, pero esta expresión se rechazó y en su lugar se aprobó crímenes contra la humanidad.

(10) Antonio Cassese, *op. cit.*, p. 98.

(11) Papers Relating to the Foreign Relations of the United States 1015, Supplement (Washington: US Government Printing Office, 1928, Art. 981).

En la segunda guerra mundial los alemanes perpetraron actos que no estaban prohibidos por el tradicional derecho internacional. Las leyes de la guerra solamente prohibían violaciones contra población enemiga, pero los alemanes ejecutaron actos inhumanos por razones políticas o raciales contra sus propios ciudadanos como judíos, gitanos, socialdemócratas, miembros de iglesias.

Al terminarla segunda guerra mundial decidieron juzgar los crímenes cometidos y aprobaron el acuerdo de Londres que adoptó el Estatuto del Tribunal Militar (IMT) que incluyó crímenes de lesa humanidad (12).

Los crímenes de lesa humanidad fueron definidos como “asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes o durante la guerra, o por persecución por razones políticas, raciales o religiosas en conexión con otros crímenes dentro de la jurisdicción del tribunal (crímenes contra la paz y crímenes de guerra) sean o no en violación de la ley interna del Estado donde fueron perpetrados.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de Naciones Unidas reafirmó los principios de la Carta del Tribunal Internacional de Núremberg y su sentencia.

3.3 Crímenes de lesa humanidad, según el Estatuto de la Corte Penal Internacional

El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dice: “A los efectos del presente estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;

(12) Antonio Cassese, op. cit., p. 104.

- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. cualquiera otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada.

En motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religioso, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten similar mente contra la integridad física o salud mental o física.

l) 2. A los efectos del párrafo 1:

A) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

B) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación de acceso a alimentos o medicinas encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

C) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el

ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas en particular mujeres y niños;

D) Por deportación o traslado forzoso de población". se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas por, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

E) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

F) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

G) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

H) Por "el crimen de Apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

I) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguida de la negativa a admitir la privación de la libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado;

3. A los efectos del presente estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto

de la sociedad. El término ‘genero’ no tendrá más acepción que la que antecede”.

4. Genocidio

El tratadista Antonio Cassese (13) define el genocidio como “la intencional destrucción a través de uno de las cinco categorías de conducta, de un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, o uno de los miembros de esos grupos”. El artículo 6 no consideró el genocidio como un crimen de la jurisdicción del Tribunal.

Las Naciones Unidas aprobó la Convención de Genocidio de 1948.

Ya se ha dicho que a partir del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y de la Carta del Tribunal Militar Internacional anexa a él, nace la clasificación tripartita de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El origen del crimen de genocidio se debe a las atrocidades cometidas por los nazis que dieron origen a los Tribunales de Núremberg de Tokio.

Guillermo Julio Fierro (14) dice que la expresión “genocidio” procede del profesor polaco de derecho internacional de la Universidad de Yale Raphael Lemkin, quien lo dio a conocer en su obra.

Cuba, Panamá y la india propusieron a la Secretaria General de Naciones Unidas que declarase el genocidio como uno de los *delicta juris Gentium*. La moción fue aceptada y la Asamblea General (el 11/9/46) aprobó la resolución 95 (1) que confirmaba los principios elaborados en Núremberg, y en la resolución 96 dispuso lo siguiente: “ el genocidio es el repudio a la existencia de grupos humanos enteros, del mismo modo que el homicidio es el repudio del derecho a la existencia de un individuo; tal rechazo perturba la conciencia humana, infringe grandes pérdidas a una humanidad que se halla privada de las aportaciones culturales u otras de esos grupos; y es contrario a la ley, así como al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas”.

(13) Antonio Cassese, op. cit., p. 5.

(14) Guillermo Julio Fierro, op. cit., p. 490.

La Convención de 1948 tiene como objetivo principal es la cooperación entre los Estados para prevenir y castigar el terrorismo (artículos 1 y 2).

El artículo 3 impone a LAS Partes Contratantes no solo castigar la comisión del terrorismo sino también aquellas conductas que configuran conspiración, intento de cometer el delito, intento de cometerlo y complicidad.

El artículo 4 establece la obligación que tienen las autoridades oficiales.

El artículo 5 consagra la obligación de los Estados de tipificar como crimen el terrorismo. El artículo 6 regula lo relativo a la jurisdicción y el artículo 7 trata sobre extradición.

En la sentencia de 26 de febrero de 2007 Bosnia contra Serbia La Corte Internacional de Justicia interpretó que la Convención de 1948 tiene un doble régimen de responsabilidad: la responsa.

Como ejemplo de un caso de genocidio juzgado ante Cortes nacionales fue en 1961 la sentencia de la Corte del Distrito de Jerusalén respecto del caso Eichmann y en el cual la Corte de Israel interpretó que el crimen contra el pueblo judío correspondía al crimen de genocidio.

La Convención no consagró el genocidio cultural ni el genocidio político.

El artículo II de la Convención de Genocidio y la correspondiente regla de derecho consuetudinario definen las conductas constitutivas de genocidio:

(i) Matanza voluntaria o intencional de miembros o grupos protegidos (nacionales, étnicos, raciales o religiosos);

(ii) Causar de perjuicio o daño material o mental a miembros del grupo;

(iii) Infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida calculadas para traer la destrucción en to o en parte del grupo;

(iv) Imponer medidas necesarias para prevenir el nacimiento dentro del grupo; o

(v) transferir por la fuerza niños de un grupo a otro grupo.

El elemento subjetivo causa daño a una persona, pero no en su capacidad individual sino como miembro de un grupo perseguido.

5. Agresión

5.1 Concepto general

El crimen de agresión es un crimen según el derecho internacional consuetudinario.

La agresión es uno de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Así lo establece el artículo 5. En su numeral 2, dice: "La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se pruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de Naciones Unidas".

Un buen número de Estados tipifica el crimen de agresión en su legislación doméstica en orden a proteger los valores de la comunidad internacional en su conjunto.

Esto significa que un delito nacional que tenga las características de agresión podría ser un obstáculo para la admisibilidad de un caso en virtud del principio de complementariedad. Se pueden mencionar los códigos Penales de Bulgaria (art. 6 (1)), Moldavia (art. 11), Croacia (art. 14 (4)), Hungría (Sección 4 (1) (c)), Portugal (artículo 5 (1) (b)), Armenia (art. 15 (3)), Estonia (artículo 5 (2)) y Georgia (art. 3). Sin embargo, no se conocen sentencias de condena por agresión proferidas por tribunales nacionales.

Las definiciones de los citados Códigos nacionales se basan en la definición de crímenes contra la paz de la Carta de Núremberg. Si bien el elemento de liderazgo está en el concepto de derecho internacional consuetudinario, las legislaciones nacionales no se refieren a este elemento.

Igualmente, de la definición de acto de agresión por un estado que es condición para la responsabilidad criminal individual del crimen de agresión, permanece rudimentaria a nivel nacional. Solamente el Código

Penal de Croacia establece como prerequisite que se trate de una agresión por un Estado.

5.2 Antecedentes

La definición de agresión se basa en una combinación de una definición genérica con referencia a específicos actos de acuerdo con los artículos 1 y 3 de la Resolución 3314 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Esta resolución define la agresión como “el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición”.

La definición se refiere al uso de la fuerza armada por lo cual se excluye la agresión económica, o ideológica.

La mencionada resolución dice que el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención con la Carta de la ONU constituirá, *Prima facie*, un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad “puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad”.

Como lo recuerda Antonio Cassese (15), la agresión fue considerada como un crimen internacional de individuos en 1945, cuando se adoptó el Acuerdo de Londres. Fue castigado como tal en 1946-7 por un número de tribunales penales internacionales. El Tribunal Militar Internacional define la agresión como “el supremo crimen internacional” (art. 186). Fueron condenados como culpables del crimen de agresión 12 acusados y fueron sentenciados a muerte o a largos términos de prisión.

El Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 establece el Tribunal Militar Internacional.

El artículo 6 de la Carta del IMT anexa al Acuerdo establece:

(15) Antonio Cassese, *ob. cit.*, p. 45.

“Los siguientes actos, o cualquiera de ellos, son crímenes que caen bajo la jurisdicción del tribunal por los cuales existe responsabilidad individual.

a) Crímenes contra la paz, principalmente planificar, preparar, iniciar o involucrarse en una guerra de agresión, o en una guerra en violación de los tratados internacionales, acuerdos o garantías, o participar en un plan común o conspiración para la realización de cualquiera de los actos antes mencionados”.

La disposición del Consejo de Control Número 10 de 20 de diciembre de 1945 estableció la agresión en el artículo II (1) (a). Como consecuencia de esta Ley, el Tribunal Internacional de Tokio encontró 25 acusados culpables de agresión.

El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de Naciones Unidas unánimemente adoptó la resolución 95 (1) en la cual afirmó: “como principios de derecho internacional reconocidos por el Tribunal de Núremberg en sus sentencias”.

Luego no hubo actividad hasta la resolución 3314 de 14 de diciembre de 1974 que definió de manera incompleta la agresión.

El Consejo de Seguridad definió como actos de agresión ciertas acciones de Sudáfrica y de Israel pudiéndose citar al respecto las Resoluciones 573 de 4 de octubre de 1985 y 577 de 6 de diciembre de 1985.

El artículo 3 de la Resolución 3314 de 1974 contiene una enumeración de los actos de agresión, sin que este listado tenga carácter taxativo.

El Consejo de Seguridad puede determinar según las disposiciones de la Carta de la ONU, qué actos constituyen agresión.

Los numerales 5, 6 y 7 contienen estas normas: “Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión.

6. La guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional. La Agresión origina responsabilidad internacional.

7. Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal”.

La agresión constituye crimen internacional de competencia de la Corte Penal Internacional ya que se aprobó la reforma del Estatuto de la Corte (16).

5.3 Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión.

Hay consenso en que el crimen de agresión estaba criminalizado bajo el derecho consuetudinario.

Hay consenso también en que la Carta de las Naciones Unidas, artículo 2(4), en unión de los artículos 39, 42-9, 51 y 53 de la misma Carta, consideran como reprochable internacionalmente el uso ilegal de la fuerza armada y compromete la responsabilidad internacional estatal.

Se debe expresar que la definición de la Asamblea General de la ONU en 1974 no se incorporó en ningún tratado ni instrumento internacional vinculante.

La Conferencia de Estados Partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional estudió la incorporación del crimen de agresión al Estatuto de dicha Corte.

La Resolución RC/Res. 6 fue aprobada el 11 de junio de 2010 por la Conferencia de Revisión, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Las enmiendas del Estatuto que figuran en el anexo 1 de la presente resolución, que estarán sujeta a ratificación o aceptación y entrarán en vigor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 121 del Estatuto y señala que cualquier Estado Parte podrá depositar una declaración como establece el artículo 15 antes de siguientes.

Se inserta el texto siguiente a continuación del artículo 8 del Estatuto:

Artículo 8bis.

(16) José Luis Villamaría Marrón, "La Incorporación del Crimen de Agresión en El Estatuto de la Corte Penal Internacional", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI, 2011, pp. 435-461.

Crimen de Agresión.

1. “A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión, que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1 por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas de conformidad con la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo; o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

f) La acción de un Estado, que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

3. Insértese el texto siguiente a continuación del artículo 15 del Estatuto:

Artículo 15 bis.

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, *proprio motu*).

“1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción de las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados partes.

3. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1 de enero de 2017 por la mayoría de Estados Partes se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años.

5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando este sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.

6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable

Para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.

7. Cuando el Consejo de seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.

8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el consejo de seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16.

9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que hace referencia en el artículo 5 del Estatuto.

Insértese el texto siguiente a continuación del artículo 15 bis del Estatuto.

Artículo 15 ter.

Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad).

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.

2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.

3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1 de enero de 2017 por la misma mayoría de estados partes que se requiere para a aprobación de una enmienda al Estatuto.

4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada Por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.

5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5.

Insértese el texto siguiente a continuación del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto:

3. Bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo solo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

1. Sustitúyase la primera oración del párrafo 1 del artículo 9 del Estatuto por la oración siguiente:

Los elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis.

2. Sustitúyase el encabezamiento del párrafo 3 del artículo 20 del Estatuto por el párrafo siguiente; el resto del párrafo no se modifica:

La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 u 8 bis, a menos que el proceso sea en el otro tribunal.

3. Propuestas de algunos Estados en la primera Asamblea de Revisión del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

Las propuestas de inclusión de nuevos crímenes internacionales fueron las siguientes:

a) Propuesta de México para adicionar el artículo 8, párrafo 2, literal b) del Estatuto considerando “el empleo o amenaza de empleo de armas nucleares” como un crimen de guerra.

b) Propuesta de los Países Bajos para incluir el terrorismo como un crimen objeto del Estatuto de Roma, adicionando el literal e) del párrafo 1 del artículo 5 del Estatuto.

c) Propuesta de Noruega al párrafo 1 del artículo 103, relativa a la utilización de centros de reclusión puestos a disposición de la Corte Penal Internacional por parte de algunos Estados y Organizaciones Internacionales o Regionales.

d) Propuesta de Trinidad y Tobago y Belice para incluir el tráfico internacional de drogas como un crimen objeto de la Corte Penal Internacional, mediante la Adición del artículo 5, numeral 1, literal e).

Se presentó por varios Estados la propuesta para reglamentar la agresión como crimen internacional (17).

En nuestra obra sobre el Derecho Penal Internacional analizamos estas propuestas que consideramos que han debido ser aprobadas porque fortalecen la Corte como instrumento para la lucha contra los crímenes internacionales.

La aprobación de la agresión como crimen internacional es muy importante para el logro de la paz y convivencia internacional.

6. Conclusiones

Del anterior trabajo se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1. El establecimiento de los crímenes internacionales y de las jurisdicciones internacionales se justifica por cuanto existentes valores internacionales comunes a la comunidad internacional como la represión de los delitos y la no impunidad que afectan a la conciencia universal.

(17) Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al Derecho Penal Internacional*, Legis, 2011.

2. La creación de la Corte Penal Internacional constituye el más importante esfuerzo de la comunidad internacional para acabar la impunidad respecto de los crímenes internacionales como los crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y agresión.

3. Sería importante ampliar el catálogo de crímenes de competencia de la Corte mediante la tipificación como delitos de competencia de la Corte el terrorismo, el narcotráfico, el empleo de armas nucleares, y la desaparición forzada de personas, como lo propusieron algunos Estados en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto.

4. Sería conveniente que los Estados tipificaran como delitos nacionales los crímenes internacionales adoptados en los Tratados internacionales.



DERECHO PRIVADO

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

La contratación internacional en las Américas: La CIDACI 22 años después

Eugenio Hernández-Bretón

Precedida de serios estudios e ilustradas discusiones, el 18 de marzo de 1994 fue suscrita en ciudad de México la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales ("CIDACI"). La adopción de la CIDACI tuvo lugar en el marco de la Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado ("CIDIP-V") y fue suscrita por México, Venezuela, Uruguay, Brasil y Bolivia (1). Muy prontamente fue ratificada por Venezuela y México, pero luego de dichas ratificaciones la CIDACI, hasta la fecha, no ha recibido otras ratificaciones. Como resultado de lo anterior solo rige como tratado internacional para esos dos países.

Las expectativas de una transformación radical de los sistemas de contratación internacional de los países de América Latina como consecuencia de la adopción y ratificación de la CIDACI, en un principio muy bien recibida (2), han tenido que dar paso a la realidad de una marcada inacción por parte de los países del continente americano. Las posibilidades de utilizar los avances de la CIDACI, como tratado internacional, pero

(1) Para los antecedentes y el desarrollo de la CIDIP-V ver G. Parra-Aranguren, "La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, México, 1994)", en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N° 11, Caracas, 1994, pp. 177-247.

(2) Ver E. Hernández-Bretón, "Contratación Internacional y Autonomía de las Partes: Anotaciones Comparativas", en *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, N° 12, Caracas, 1995, pp. 15-94.

también más allá del puro ámbito de los tratados (3), han sido limitadamente aprovechadas. Tales son los casos de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela (1998), de la Ley de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana (2014) (4), del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014) (5), de la Ley sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Paraguay (2015) (6) y del Código de Derecho Internacional Privado de Panamá (2015) (7).

Los mencionados resultados tan modestos han de forzarnos a preguntarnos ¿Qué sucedió con la CIDACI? ¿Dónde están las fallas? ¿Cuáles son sus defectos? ¿Qué fue lo que no gustó de la CIDACI? Y hasta cuestionarnos, ¿Tiene algo de bueno la CIDACI?

(3) Ver E. Hernández-Bretón, "Propuesta de Actualización de los Sistemas Latinoamericanos de Contratación Internacional", en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, No. 17, Madrid, 2005, p. 11-59; del mismo autor "La Convención de México (CIDIP-V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina", en *DeCITA* 9.2008, pp. 167-189.

(4) Ley No. 544-14 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014, Gaceta Oficial de la República Dominicana de 18 de diciembre de 2014, p. 20 y ss. Al respecto ver <http://190.191.42.60/publication/project/php/downloadpublication.php?values=Y2xhcHJpcHViPTI3NDcmY2xhcHJpZGlzPTImY2xhcHJpZ3J1PTE0JmFjY2lvbj1kb3dubG9hZA==&oriloc=reader>, donde podrán leerse algunos comentarios acerca de la Ley dominicana.

(5) Publicado el 8 de octubre de 2014, http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf, en particular los Artículos 2651 a 2653.

(6) Ley N° 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, publicada el 20 de enero de 2015, www.gacetaoficial.gov.py/gaceta.php?action=show&id=2670&num=13. Al respecto ver J. A. Moreno Rodríguez, "The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past", in Unidroit (ed.), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Roma, Unidroit, 2016, Volumen II, pp. 1146-1178.

(7) Ley N° 61 de 7 de octubre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Panamá N° 27.885-A de 8 de octubre de 2015, en especial sus artículos 67 a 98, y de entre ellos los Artículos 69, 72 y 79.

A continuación, desarrollamos nuestras ideas al respecto.

En escritos anteriores hemos sostenido que a la luz de la CIDACI la contratación internacional se apoya en cuatro pilares fundamentales (8). Dichos pilares son: (1) La admisión de la autonomía conflictual, (2) El reconocimiento de la teoría de los vínculos más estrechos o más directos, (3) La aplicación de la nueva *lex mercatoria* y (4) La intervención de las normas de aplicación necesaria. Debemos entonces pasar somera revista a las soluciones propuestas y determinar sus características y beneficios o inconvenientes para así poder identificar las razones de los resultados alcanzados hasta ahora.

Ciertamente la CIDACI se apoya en el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, (9) pero se ha separado de manera importante de sus soluciones. De la misma manera, la CIDACI es un importantísimo antecedente de los llamados “Principios de La Haya” o Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (2015), circunstancia esta a veces no destacada suficientemente (10).

En tal sentido, comenzamos por destacar que la CIDACI admite inquestionable y ampliamente la autonomía conflictual. Es sabido que no todos los países latinoamericanos son amigables ante la admisión del principio de autonomía conflictual (11), así que la CIDACI cambia radicalmente la posición tradicional. No solo admite la elección del derecho aplicable sino elegir un derecho no relacionado con el contrato o los contratantes e incluso permite, a mi manera de ver las cosas, elegir un derecho anacional. Además, la CIDACI admite que la elección del derecho aplicable se manifieste de forma expresa o concluyente, antes o después de celebrar el contrato, o simultáneamente con su celebración. Permite

(8) Ver por todos E. Hernández-Bretón, “La Contratación Mercantil Internacional a la Luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolano*, IV Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del estado Carabobo, Caracas, Vadell Hermanos, 1997, pp. 39-63.

(9) E. Hernández-Bretón, nota 3 y nota 8.

(10) Los Principios pueden verse en www.hcch.net

(11) Ver N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Milano, CEDAM, 2010.

cambiar la elección o elegir un derecho para que regule todo o parte del contrato. Esto se recoge en los artículos 7 y 8 de la CIDACI. Tal vez este cambio no haya sido un factor bien recibido en muchos países y, por lo tanto, un factor negativo que ha dificultado la recepción de la CIDACI en los ordenamientos nacionales de la región.

En atención a la tan amplia y liberal admisión del principio de autonomía conflictual, se hizo necesario imponer una obligatoria limitación a dicho principio. Siguiendo el modelo del Convenio de Roma, la CIDACI reconoce la existencia de las llamadas normas de aplicación necesaria, las cuales se aplicarán obligatoriamente en todos los casos aún en aquellos supuestos en que las partes han elegido el derecho aplicable. Tal es la situación respecto de las normas de aplicación necesaria del foro que conozca del caso relativo a la materia contractual. También se prevé en la CIDACI que discrecionalmente el tribunal del foro pueda aplicar las normas de aplicación necesaria de terceros estados con los cuales el contrato presente un vínculo estrecho. Esta es la solución del artículo 11 de la CIDACI.

La determinación de las características ni identificación de las referidas normas de aplicación necesaria son tareas sencillas. La función de dichas normas tampoco es fácil de explicar y mucho menos es diferenciarlas de la llamada excepción de orden público o cláusula de reserva. Esta por lo menos es la realidad venezolana. (12) Tampoco resulta este un factor que positivamente induzca a los estados de la región a suscribir o adoptar las soluciones de la CIDACI, pero que tampoco puede verse como un elemento totalmente negativo.

Para el supuesto en que las partes no hayan elegido el derecho aplicable o que la elección resulte ineficaz la CIDACI se separó significativamente del Convenio de Roma. En dicho caso se aplicará el derecho con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos. Esto no sería tan problemático si hubiera criterios, como en el Convenio de Roma, más o menos

(12) Ver la decisión del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, 22 de abril de 2013, [http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2013/abril/2138-22-AP71-O-2012-000042-13.006-DEF\(AMP\)-CONS.html](http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2013/abril/2138-22-AP71-O-2012-000042-13.006-DEF(AMP)-CONS.html)

definidos para determinar cuál es ese derecho. Pero la CIDACI establece que en dicho supuesto se tomarán en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato abriendo así el paso a la teleología en el derecho internacional privado. Además, la CIDACI ordena que en estos casos el tribunal tome en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Esta es la solución del artículo 9 de la CIDACI que para muchos genera incertidumbre e inseguridad y favorece la aplicación del derecho del foro, pues se parte de la idea de que los jueces se ven poco proclives a estimar que esos vínculos más estrechos puedan ser con otro derecho diferente de su propio derecho nacional. Esta solución puede considerarse tal vez como desfavorable, pues para optar por ella se requiere confiar en un sistema judicial bien preparado y sensible ante el tema de la extranjería en el derecho.

Finalmente, el más significativo aporte de la CIDACI, el reconocimiento y aplicación de la nueva *lex mercatoria* en materia de contratos internacionales. El artículo 11 de la CIDACI, en su momento, fue una novedad que generó mucha envidia. Es una norma utilísima y que en mi opinión debe valorarse muy positivamente, pero que ciertamente genera reacciones de temor o de incomprensión. Esta ha sido la reacción que he podido apreciar ante el postulado de que la nueva *lex mercatoria*, recogida, entre otros, en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales, pueda ser aplicable a un contrato celebrado con empresas del estado venezolano (13). No es una situación muy aceptada pues todavía la *lex mercatoria* suele tener contornos imprecisos y poco conocidos. De tal manera, a pesar de que este elemento debe ser considerado como un factor de progreso y utilidad, la reacción general ha sido más bien negativa (14).

(13) E. Hernández-Bretón, "El derecho aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del estado venezolano", en S. Yannuzzi/ J. G. Salaverría (coordinadores), V Jornadas Aníbal Dominici Títulos Valores, Contratos Mercantiles, Caracas, 2014, pp. 209-236.

(14) Ver E. Hernández-Bretón, "¡¡¡ Un monstruo !!! ¿Derecho (...) quéeeee...?", en Jornadas ASADIP, Asunción, 2016 (en imprenta).

Aunque hoy en día, a 22 años de la suscripción de la CIDACI en la ciudad de México, resulta poco probable que el número de estados signatarios aumente, es innegable la muy marcada influencia que la CIDACI ha tenido y habrá de tener en la conformación de las soluciones en la materia en el futuro. Esto no solo lo confirman los recientes desarrollos en América Latina mencionados en la primera parte de esta ponencia, sino los Principios de La Haya sobre Contratos Internacionales, indudables continuadores en esta tarea que tanto ocupó a uno de los más grandes exponentes en esta materia, el profesor uruguayo Quintín Alfonsín (15).



(15) En especial ver Q. Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1955, *passim*.

Más allá de la Convención de México y los Principios de la Haya: ¿Qué sigue para las américas?*

José Antonio Moreno Rodríguez **

1. Introducción

Como desafortunado legado de acontecimientos ocurridos durante el siglo XIX, la problemática de la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales se volvió caótica, caracterizada por soluciones conflictivas alrededor del mundo. Europa ha estado a la vanguardia en abordar eficazmente el problema y en intentar resolverlo – actualmente a través de una regulación que se encuentra en vigor en la Unión Europea. Las

* Traducción al español a cargo de José Antonio Moreno Bendlin bajo la supervisión de Lucía Casal, de la ponencia preparada para el encuentro “Towards a Global Framework for International Commercial Transactions” (Lucerna, Suiza, 9 de setiembre de 2016), organizado por la Universidad de Lucerna y la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

** LL. M, Harvard. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de contratación internacional. Autor de la ley paraguaya de contratos internacionales. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Profesor de grado y posgrado en diversas universidades de Paraguay y el extranjero, entre ellas Heidelberg y París II. www.jmoreno.info

Américas han tenido menos fortuna, con el agravante de que en la región existe una fuerte división entre el derecho civil y el derecho anglosajón, lo que agrega complejidad a la materia.

Este artículo expone los esfuerzos llevados a cabo en las Américas con la intención de resolver el problema y describe los desarrollos recientes que ofrecen un escenario prometedor para la región en un futuro cercano.

2. Desarrollos en los siglos XIX y XX

Movimientos nacionalistas en Europa y las Américas frenaron la idea de un derecho universal, alejándose del *ius commune* y la *lex mercatoria* que se habían consolidado en tiempos medievales. A lo largo de las jurisdicciones con tradición civilista, las naciones-estados sancionaron códigos civiles y comerciales, mientras que países de tradición anglosajona desarrollaron su derecho autóctono en base a precedentes jurisprudenciales. Esto, a su vez, ha dado un peculiar impulso al derecho internacional privado, como una disciplina destinada a resolver el rompecabezas del “conflicto de leyes” –o conflictualismo–, en tiempos en que las soluciones nacionales que buscaban abordar el problema resultaron alarmantemente contradictorias (1). “Lugar de ejecución”, “lugar de cumplimiento” y otras fórmulas fueron, por ejemplo, propuestas para resolver temas referentes al derecho aplicable a un contrato internacional.

El jurista alemán Savigny, ha sido muy influyente hacia mediados del siglo XIX, con su idea de unificar estas fórmulas en un tratado internacional que vinculara a todas las naciones que lo ratificaran (2). Esta propuesta condujo a la inauguración de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en 1893, bajo el liderazgo del jurista holandés

(1) De hecho, la disciplina se erige como rama independiente solo desde el siglo XIX (G. Kegel, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chapter 3, *Fundamental Approaches*, J. C. B. Mohr (P. Siebeck)/ Tübingen/ and Martinus Nijhoff Publishers/ Dordrecht/ Boston/ Lancaster, 1986, p. 5).

(2) M. F. C. de Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*, Tomo Sexto, Segunda Edición, Centro Editorial de Góngora, Madrid, p. 137.

Asser (3). Sin embargo, como se verá más abajo, más de cien años pasarían antes de que la Conferencia de la Haya –convertida en cuerpo permanente en 1955– pasara a ocuparse del derecho aplicable en contratos internacionales.

Mientras tanto, las Américas tomaron la delantera. Uno de los Tratados de Montevideo de 1889, firmados en esa misma ciudad (el de Derecho Civil Internacional), específicamente aborda la cuestión de elección del derecho aplicable, aunque adoptando soluciones altamente controversiales en cuanto a la ausencia de elección, y guardando silencio en relación a la autonomía de las partes (4). Estos antiguos Tratados de Montevideo siguen siendo aplicables entre Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

En 1940, nuevos tratados fueron firmados en Montevideo (ratificados solo por Argentina, Paraguay y Uruguay) que reafirmaron las antiguas soluciones con respecto a la ausencia de elección del derecho aplicable y una regla general –con excepciones– de la aplicabilidad del derecho del lugar de cumplimiento. Además, estos siguientes tratados dispusieron que cada estado debería determinar por su cuenta la aceptación –o no– del principio de autonomía de las partes, una cuestión que, ante la

(3) En 1881 el jurista y político italiano Mancini intentó llevar adelante una conferencia de derecho internacional privado, que no se realizó. La iniciativa fue retomada por el flamenco Asser, bajo cuya influencia el gobierno de su país invitó en 1892 a principales Estados europeos a una conferencia para acordar codificación internacional de conflictos de leyes (M. Wolff, *Derecho Internacional Privado*, Traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Editorial Bosch, 1958, p. 44). Tal constituye la génesis de la Conferencia de Derecho Internacional Privado.

(4) Sobre las críticas, ver, por ejemplo, en D. Hargain/ G. Mihali, *Régimen Jurídico de la Contratación Mercantil Internacional en el MERCOSUR*, Montevideo/ Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 1993, p. 31, p. 39. Sobre el problema de la autonomía de la voluntad en los Tratados de 1889, ver en: R. Santos Belandro, *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 2ª Ed., Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 55-56.

ausencia de provisiones claras a ese efecto en legislaciones domésticas, se tornó muy controvertida en Brasil (5), Paraguay (6) y Uruguay (7).

Muchos otros estados en el continente, como Brasil, Chile y Venezuela, no han incorporado los Tratados de Montevideo. En cambio, han ratificado el llamado "Código Bustamante" de 1928, que fue adoptado como resultado de la sexta conferencia Panamericana desarrollada en La Habana, Cuba, en 1928. Este Código, que regula varias cuestiones de derecho internacional privado, entre ellas el derecho aplicable a la contratación internacional, ofrece una solución distinta ante la ausencia de elección del derecho aplicable, a saber, la aplicabilidad del derecho del lugar de ejecución. Así también, el instrumento ha levantado muchas interrogantes con relación a si consagra o no la autonomía de las partes (8).

Para mediados del siglo XX, existía un sentimiento generalizado de que los documentos mencionados previamente, adoptados en las Américas, resultaban insatisfactorios, primero, debido a las soluciones cuestionables que proponían, y segundo, debido a las divergencias entre los mis-

(5) N. de Araújo, *Contratos Internacionais*, 2ª Ed., Río de Janeiro, Librería e Editora Renovar Ltda., 2000, pp. 320-324.

(6) Ver mi artículo sobre la "Autonomía de la Voluntad en el Derecho Internacional Privado Paraguayo", en el Libro Homenaje a Tatiana Maekelt, CE-DEP, Asunción, 2010, pp. 409 y siguientes.

(7) Puede verse un amplio recuento en C. Fresnedo de Aguirre, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional*, Montevideo, FCU, 1991. Actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: D. Operti Badán, "El Derecho Internacional Privado en tiempos de globalización", en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año VI, N° 6, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

(8) Queda abierto hasta hoy el debate a este respecto, aunque no caben dudas de que en el Código Bustamante sí se admite la autonomía para designar expresa o tácitamente al juez competente para dirimir controversias, en tanto al menos uno de los litigantes tenga nacionalidad o domicilio en el país y en cuanto no exista un "derecho local contrario" (D. P. Fernández Arroyo, *Acerca de la Necesidad y las Posibilidades de una Convención Interamericana sobre Competencia Judicial en Casos de Derecho Internacional Privado*, pp. 120-121).

mos. Para empeorar la situación, algunos Estados Americanos –notablemente, aquellos de tradición anglosajona– no habían ratificado ninguno de estos instrumentos.

El establecimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948 generó fuertes esperanzas de que la situación fuese finalmente resuelta. Tras cuidadosas evaluaciones, la OEA decidió en contra de la idea de elaborar un código general como el de Bustamante, y, en su lugar, optó por trabajar hacia la codificación gradual de temas particulares en el ámbito de derecho internacional privado (9). Esta idea empezó a convertirse en una realidad en 1975 con la primera Conferencia Especializada Inter Americana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), que fue convocada para adoptar ciertos instrumentos en temas como arbitraje y otros de derecho comercial y procesal internacional. Hasta la fecha, siete CIDIPs han sido llevadas a cabo, las que han resultado en la adopción de 26 instrumentos internacionales (incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelo) (10).

No fue hasta la CIDIP V, llevada a cabo en la Ciudad de México en el 1994, que se abordó la cuestión de la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales. El instrumento resultante fue la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, conocida comúnmente como la “Convención de México”. Este documento claramente reconoce la autonomía de las partes (Artículo 7) y, en ausencia de elección, estipula el uso de la “conexión más cercana” (Artículo 8), la cual puede llevar tanto a la aplicación del derecho nacional o del derecho

(9) Ver, por ejemplo, en: J-M. Arrighi, “El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas”, en Jornadas de Derecho Internacional, Córdoba, Argentina, organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2001.; E. Villalta, “El Derecho Internacional Privado en el Continente Americano”, en Los servicios en el Derecho Internacional Privado, ASADIP y Programa de Pos-Graduacao em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, 2014, pp. 23 y siguientes.

(10) Ver en: http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm (último acceso: 13 de septiembre de 2016).

no estatal. (i.e., principios del derecho comercial internacional, *lex mercatoria*, etc.) (11). En todo caso –haya habido o no elección– la Convención de México dispone que el derecho no estatal debe ser tomado en consideración si la justicia o la equidad así lo requieren, lo que está expresado en otras palabras en el instrumento (12).

Sin embargo, la Convención de México ha sido ratificada solo por dos estados: México y Venezuela.

El instrumento Europeo comparable con relación a la elección de derecho aplicable, conocido como el Convenio de Roma de 1980(13), ha gozado de un destino distinto. Este documento fue adoptado por varios Estados Europeos y, en 2008, fue convertido en Reglamento Comunitario 593 de 2008 (llamado “Roma I”), lo que lo hizo aplicable –inicialmente con algunas excepciones– a toda la Unión Europea. El Convenio de Roma –

(11) Así lo entendió Juenger, delegado de los Estados Unidos en las deliberaciones conducentes a la Convención de México. F. K. Juenger, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, en 60 Louisiana Law Review, 2000, pp. 1133-1148. La relevancia de esta opinión la resalta Siqueiros, redactor del proyecto de dicho instrumento, pues Juenger fue quien propuso la fórmula recogida en este artículo luego de un arduo debate y a modo de compromiso. J. L. Siqueiros, “Los Principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223. Con respecto a una norma similar incluida en la ley venezolana de derecho internacional privado, la Suprema Corte de Venezuela ha sentado que la fórmula de la conexión más cercana lleva a la *lex mercatoria*, que se encuentra conformada por costumbres comerciales y prácticas. Banque Artesia Nederland, N.V. vs Corp Banca, Banco Universal CA (Exp. 2014-000257), de 2014 (ver en www.unilex.info).

(12) El Artículo 10 de la Convención de México dispone: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

(13) Su denominación es “Convenio Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”.

así como la Convención de México— resuelve la cuestión en favor de la autonomía de las partes. Lamentablemente, incluye soluciones criticadas que favorecen el lugar de la prestación característica ante la ausencia de elección (14), y además descarta la aplicabilidad del derecho no estatal (15).

El Convenio de Roma se tornó relevante no solo por su adopción por el bloque Europeo, sino también debido a su influencia en el proyecto de elaboración de la Convención de México en las Américas y, más recientemente, en la preparación de un instrumento que aborda la cuestión a una escala global.

3. Hacia soluciones universales: Los Principios de la Haya

El éxito de la Convención de Roma llevó a la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado a encarar estudios de viabilidad a inicios de la década de 1980 sobre la posibilidad de adoptar un instrumento similar a escala global. Este emprendimiento fue descartado tras haber considerado las dificultades de obtener una ratificación masiva del instrumento propuesto, cuya falta haría del proyecto un fracaso (16). Sin embargo, la materia fue revisitada en años recientes, y los estudios de viabilidad que se llevaron a cabo entre el 2005 y 2009 indicaron que tal vez un tipo de instrumento diferente podría resultar exitoso y efectivo (17).

(14) Ver G. A. Bermann, “Rome I: A Comparative View”, en F. Ferrari / S. Leible (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 350.

(15) Ver críticas a esto en: M. J. Bonell, “El reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) - Es decir, una ocasión perdida”, en *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. J. Basedow/ D.P. Fernández Arroyo/ J. A. Moreno Rodríguez (eds.), CEDEP y La Ley Paraguay, 2010.

(16) Ver en: M. Pertegás/ I. Radic, “Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?”, en *Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*, J. Basedow/ D.P. Fernández Arroyo/ J. A. Moreno Rodríguez (eds.), CEDEP y La Ley Paraguay, 2010, p. 341.

(17) Puede accederse a los trabajos preparatorios a través del sitio www.hcch.net.

Con este propósito, un Grupo de Trabajo fue formado en el año 2010 (18), el cual avanzó en la idea de –en vez de pretender la adopción de un tratado o instrumento de *hard law*– elaborar un instrumento de *soft law*, inspirado en cuanto a la técnica de redacción, en los muy elogiados Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Los Principios UNIDROIT desarrollan cuestiones de derecho sustantivo mientras que los Principios de la Haya –como son comúnmente referidos– se limitan a tratar cuestiones de elección de derecho aplicable, específicamente en relación a la autonomía de las partes. La cuestión de la ausencia de elección no fue abordada, debido a que ello hubiese hecho del proyecto uno demasiado ambicioso, y quizás también porque tendría poco sentido regular el tema en un instrumento de *soft law* (19). Dado que los Principios de la Haya –así como los Principios UNIDROIT– no están destinados a ser adoptados formalmente por estados, su aplicabilidad normalmente será el resultado de haber sido seleccionados por las partes como derecho aplicable, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Sin lugar a dudas, también se prevén otras formas de aplicación de los Principios de la Haya, notablemente como un modelo para legisladores y como una herramienta de interpretación para jueces y árbitros, lo que podría justificar su futuro mejoramiento. Sin embargo, como ya fue

(18) N. B. Cohen (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde Croft (Australia); S. E. Darankoum (Canada); A. Dickinson, (Australia); A. S. El Kosheri (Egipto); B. Fauvarque-Cosson (Francia); L. G. E. Souza Jr. (Brasil); F. J. Garcimartín Alférez (España); D. Girsberger (Suiza); Y. Guo (China); M. E. Koppenol-Laforce (Países Bajos); D. Martiny (Alemania); C. McLachlan (Nueva Zelanda); J. A. Moreno Rodríguez (Paraguay); J. L. Neels (Sudáfrica); Y. Nishitani (Alemania); R. F. Oppong (Reino Unido); G. Saumier (Canadá) e I. Zykin (Rusia). Como observadores se designó a los siguientes miembros: M. J. Bonell (UNIDROIT); F. Bortolotti (Cámara de Comercio Internacional); T. Lemay (UNCITRAL); F. Mazza (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional); K. Reichert (International Bar Association) y P. Werner (International Swaps and Derivatives Association). Más adelante se sumaron al Grupo de Trabajo T. Kadner Graziano (Suiza) y S. Symeonides (Chipre), este último de dilatada trayectoria en el derecho norteamericano.

(19) Esto fue discutido ampliamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en La Haya, de las que fui parte.

manifestado, la versión actual de los Principios –adoptada en primer lugar por una sesión diplomática de la Comisión Especial en el 2012 (20) y finalmente por una resolución del Consejo en el 2014 (21)– solo desarrolla cuestiones relacionadas a las partes y limitaciones a este respecto, prescriptas por el orden público.

Los Principios de la Haya fueron bien recibidos por destacados estudiosos del derecho internacional privado, pero también han sido objeto de cuestionamientos, particularmente en cuanto a su aceptación del derecho no estatal (22). A pesar de que el nuevo instrumento quizás no ha sido aún sujeto de ningún precedente jurisprudencial, ya ha influenciado de manera notoria la promulgación de legislación en el Paraguay (Ley 5393 de 2015 (23)) así como una propuesta de reforma al derecho australiano

(20) http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012_e.pdf (último acceso: 13 de septiembre de 2016)

(21) http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions_text&cid=135 (último acceso: 13 de septiembre de 2016)

(22) Se ha dicho que la admisión del derecho no estatal se encontró con los resentimientos de una coalición de “hombres del ayer”. S.C. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014, p. 143. Algunos critican la admisión en sí del derecho no estatal en el instrumento (R. Michaels, *Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186, V a y b, y VI), en tanto que otros cuestionan el cambio introducido por la sesión de la Comisión Especial en la Haya de 2012 que alteró la propuesta del Grupo de Trabajo (A. Dickinson, “A principle dapproach to choice of law in contract”, 2 *Journal of International Banking and FinancialLaw*, 2013, p. 152).

(23) Sobre esta ley, de mi autoría, he escrito en algunas publicaciones, y la más reciente es: J. A. Moreno Rodríguez, “The new Paraguayan Law on international contracts: back to the past?”, en *Eppur si muove: The age of Uniform Law - Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, Unidroit (ed.), 2016.

en la materia (24). El ejemplo paraguayo volverá a ser mencionado más adelante.

4. ¿Y ahora qué en las Américas?

Aunque los Principios UNIDROIT hayan influenciado a los Principios de la Haya en cuanto a su técnica de elaboración, éstos fueron sumamente influenciados en cuanto a su contenido, por las soluciones propuestas tanto en el Convenio de Roma como en la Convención de México.

Más de veinte años han pasado desde la adopción de la Convención de México y, por supuesto, los Principios de la Haya también incorporaron desarrollos subsiguientes que allanaron el camino para encontrar soluciones a ciertas cuestiones nuevas, como, por ejemplo, la separabilidad de la cláusula de elección de derecho aplicable del contrato principal. Más aún, este instrumento de *soft law* ha incorporado mejores soluciones a ciertas cuestiones que, en la elaboración del instrumento interamericano, han sido objeto de soluciones de compromiso debido a la complejidad de las negociaciones cuando se pretende la adopción de un tratado. Esta situación se dio, particularmente, con relación al derecho no estatal.

Ahora, ¿qué sigue para las Américas? ¿Insistirá la región en la ratificación de la Convención de México? ¿Debería ser modificada la Convención, tomando en consideración los nuevos desarrollos? ¿Quizás se debería preparar una ley modelo? La última pregunta ha ganado particular impulso tras la promulgación de la nueva ley paraguaya sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Recientemente, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA analizó todas estas alternativas tras haber circulado un cuestionario entre los estados miembros de la organización y especialistas reconocidos del derecho internacional privado. Las respuestas reflejan la percepción de que, evidentemente, los Principios de la Haya han llegado más lejos que la

(24) Esto fue relatado por Brooke Marshall, en el congreso "Towards a Global Framework for International Commercial Transactions", referido en la nota 1.

Convención de México y que sus disposiciones podrían servir para enmendar el documento interamericano (25).

Sin embargo, considerando que la Convención de México, elaborada en el año 1994, ha recibido solamente dos ratificaciones, la verdadera pregunta es si un proceso para llegar a un convenio nuevo y revisado valdría el esfuerzo. Una posible respuesta es que dicho documento mejorado podría ser mejor recibido por la comunidad jurídica dentro de las Américas, y además que ello daría la oportunidad de corregir la traducción al inglés del instrumento original, la cual fue criticada por juristas angloparlantes.

Pero el proceso de negociación y aprobación de una convención es muy complicado y costoso, mientras que otros tipos de instrumentos – como las leyes modelo y guías legislativas– han demostrado ser medios efectivos para armonizar soluciones de derecho internacional privado. En última instancia, sería mucho más efectivo para los estados latinoamericanos el adoptar leyes nacionales acorde con las prácticas respaldadas por la OEA y por la Conferencia de la Haya, aplicables a todas las transacciones internacionales, en vez de promover la adopción de tratados como la Convención de México y su eventual modificación, lo que afectaría solamente a las partes contratantes de los estados que la hayan ratificado.

Entonces, una ley modelo o una guía legislativa podrían ser una buena idea. Pero, ¿Por qué simplemente una guía “legislativa”? ¿Por qué no una guía que sirva también para jueces, árbitros, partes contratantes y académicos? En respuesta, el Comité Jurídico Interamericano ha encargado a tres de sus miembros la elaboración de una guía sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, con el apoyo del Departamento

(25) La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales y el Avance de sus Principios en las Américas, Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, accesible en: www.asadip.org/v2/?p=5535 (último acceso: 13 de setiembre de 2016).

de Derecho Internacional de la OEA (26). Esta guía será luego sujeta a aprobación formal por el Comité en su totalidad.

La propuesta combina lo mejor de los dos mundos: En primer lugar, esta guía servirá como un instrumento educacional. Esto no es algo menor, considerando que una de las razones por la cual la Convención de México ha encontrado una fuerte resistencia fue por la falta de información con relación a su contenido e implicaciones. Una guía podría superar este obstáculo.

En segundo lugar, la guía será una herramienta disponible para legisladores que tendrá en cuenta desarrollos recientes consagrados en los Principios de la Haya y que también cubrirá materias no abordadas expresamente en los mismos, pero que fueron reguladas en la Convención de México, específicamente con respecto a la ausencia de elección de derecho.

En tercer lugar, la guía puede aprovecharse del hecho de que UNIDROIT, UNCITRAL y la Conferencia de la Haya, están previendo que el documento explique la interacción entre los Principios de UNIDROIT, la Convención de Viena sobre la Compraventa y los Principios de la Haya. Referencia sobre esta interacción se puede hacer, en cambio, con respecto al documento de la OEA.

Finalmente, la guía puede ser una poderosa herramienta interpretativa en la mano de jueces, árbitros y partes, considerando las incertidumbres alarmantes que todavía persisten en la materia de contrataciones internacionales. El instrumento expondrá soluciones basadas en el sentido común y altamente debatidas, que se encuentran tanto en los Principios de la Haya como en la Convención de México, explicando sus complejidades.

(26) Los miembros del Comité encargados del tema son Elizabeth Villalta, Gélin Imanes Collot y José A. Moreno Rodríguez. Está previsto que un primer reporte sea entregado en la sesión del Comité de octubre de 2016 en Río de Janeiro (<http://www.oas.org/en/sla/iajc/agenda.asp> - último acceso, 13 de septiembre de 2016).

5. Conclusión

Se puede ver la luz al final del túnel. El nacimiento de la Convención de México generó enormes expectativas que no fueron alcanzadas por los acontecimientos que le siguieron, en particular, por el número escaso de ratificaciones, a pesar de los elogios que le han sido conferidos en círculos internacionales de académicos líderes en derecho internacional privado.

Actualmente, el fénix podría estar resurgiendo de entre sus cenizas, como fue evidenciado por dos acontecimientos recientes claves: la adopción de los Principios de la Haya y la promulgación de la nueva ley paraguaya sobre contratos internacionales. Esta última sirve como modelo de cómo los Principios y la Convención de México pueden interactuar espléndidamente.

Impulsada por estos acontecimientos, la OEA está preparando una *Guía para las Américas sobre la Ley Aplicable a Contratos Internacionales*, lo que debería coadyuvar a que la Convención de México sea incorporada a los derechos nacionales ya sea a través de la ratificación estatal o ya sea por la adopción de sus soluciones en las legislaciones de derecho internacional privado de los estados –en cuyo caso sería deseable incorporar además, los avances acogidos por los Principios de la Haya, como fue hecho en el Paraguay–.

Algunos caminos llevan más allá de Roma y algunos, aún más allá de México. La Conferencia de la Haya –y en las Américas, la OEA– juegan un papel clave en este llamado.



Sobre la contratación electrónica en los contratos internacionales, particularmente de compraventa y los derechos del consumidor, la jurisdicción y el arbitraje

Efraín Hugo Richard *

Llamado a intervenir como Coordinador Internacional de la Sala de Derecho Privado en el IX Congreso Iberoamericano de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, desarrollado en la Ciudad de Asunción los días 22 a 24 de septiembre, bajo la organización de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, inicialmente citada para el tratamiento de la “COMPRAVENTA INTERNACIONAL y LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS (Seguridad preventiva, jurisdiccional, respeto al derecho del consumidor y la posibilidad del arbitraje)”, ante ponencias

* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Director de su Instituto de la Empresa y de las publicaciones conjuntas con la Universidad Nacional de Córdoba *Ensayos de Derecho Empresario y Estudios de Derecho Empresario* (electrónica), Revisor de Cuentas de la Institución. Catedrático Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Doctor Honoris Causa por las Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y del Norte Santo Tomás de Aquino. www.acaderc.org.ar, richardefraín-hugo@gmail.com

presentadas sus Autoridades dispusieron centrar el debate en bloques sobre “Contratación Internacional” en general, el “Comercio Electrónico” y el “Arbitraje”, donde no se pudo soslayar la uniforme protección a las relaciones de consumo.

Conforme a esa directiva se trabajó intensamente, con riquísimos debates que acotamos con el Coordinador Nacional Académico de Número Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, y con participación de los asistentes a esas sesiones, de la que damos cuenta al final, afrontamos la disertación abreviada del tema referido, que reconstruimos en toda su extensión para los registros del Congreso, acotando su imposible desarrollo integral a algunas pinceladas conforme especial visión. Cada tema representa un desafío inacabable por la multiplicidad –y originalidad– de problemas y planteos que se despliegan al profundizarlos, tanto en lo académico como en los usos. Por eso indicamos las fuentes de información donde se puede ampliar cada uno de ellos.

1. En las relaciones empresariales de compraventa existe libertad para asegurar el contrato y sus efectos. Las Convenciones internacionales prevén al respecto, particularmente en relación a lo no previsto por las partes. Las partes pueden elegir el derecho aplicable, en cuyo caso se torna aconsejable descartar las normas de reenvío de las normas de derecho internacional privado del derecho elegido, para evitar sorpresas. También es posible elegir la jurisdicción, siendo aconsejable el arbitraje institucional por la velocidad para reestablecer las relaciones.

Pero la contratación internacional y particularmente la compraventa han tenido un especial desarrollo con la forma de contratación a distancia, a través de los medios electrónicos. No obstante, en esa modalidad, no se han alterado las prácticas en cuanto a la contratación igualitaria.

En cambio, se ha producido una importante evolución en cuanto a la contratación a distancia con consumidores, en una protección al contratante débil y a las técnicas agresivas de contratación, que hacen a algunas características preventivas y asegurativas en torno a estas relaciones.

2. Formalizamos algunas referencias al derecho comparado, haciéndolo de Convenciones Internacionales, y la recepción de reglas de avanzada en el derecho argentino (1), con leves insinuaciones del derecho de otros países. Hemos nutrido nuestro enfoque con importantes aportes del Académico y **Prof. Dr. Bonifacio Ríos Avalos**. También recibimos dos aportes de juristas españoles Miembros del Instituto de la Empresa de la Academia donde profesamos, que hemos incorporado (2).

ÍNDICE: ADVERTENCIA PRELIMINAR. I – LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL Y SU GLOBALIZACIÓN. II – LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. III – LA COMPRAVENTA ELECTRÓNICA. 1. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. 2. NEGOCIOS Y COMERCIO ELECTRÓNICO ENTRE CONSUMIDORES. 3. NEGOCIOS Y COMERCIAL ELECTRÓNICO CON CONSUMIDORES. 3.1. Cambios psicológicos. 3.2. Cambios electrónicos. 4. Leyes Modelos. 4.1. Forma. 4.2.

(1) Particularmente por la reciente puesta en vigencia (1º de agosto de 2015) de su Código Civil y Comercial con normas precisas sobre la temática en análisis.

(2) Desde la tercera versión de nuestro informe preliminar, agregamos dos colaboraciones –formalizada una por el Catedrático de Valladolid Dr. Jesús QUIJANO GONZÁLEZ sobre “SITUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS”, incorporada al punto 1 del capítulo IV, VENTAS A CONSUMIDORES, y la otra en punto 3. del capítulo IX “Compraventa internacional y los contratos electrónicos”. EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA AL CONSUMIDOR Y EL ARBITRAJE, del Catedrático español Dr. José Pajares. Valoramos y agradecemos ambas contribuciones. Jesús Quijano González y José Pajares son juristas, con quienes compartimos periódicamente Congresos de Derecho Comercial en algún lugar del mundo, particularmente los Iberoamericanos de Derecho Concursal, de Derecho de la Insolvencia o de Derecho Societario y de la Empresa. Ahora estamos abocados a una investigación de 5 países sobre la función de garantía del capital social y la coordinación de la legislación societaria y concursal para presentar en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal a realizarse en San Juan de Puerto Rico –13/15 de octubre– organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México–. Ambos son Miembros del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cuya dirección ejercemos.

¿Quién se responsabiliza por un error sustancial? 4.3. Lugar de celebración. 4.4. Firma de los contratos. 4.4.1. Firma Digital. 5. EL MARCO NORMATIVO ARGENTINO. 6. LA CERTIFICACIÓN EN PARAGUAY. 6.1. EL SISTEMA EN ESPAÑA. 6.2. DETERMINACIÓN DE FECHA EXACTA EN ARGENTINA Y ESPAÑA. 7. LA FORMACIÓN DE CONTRATOS POR INTERNET. 8. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y FIRMA DIGITAL. 9. DOMICILIO LEGAL Y DOMICILIO ELECTRÓNICO. JURISDICCIÓN. 10. PRUEBA DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. 11. TRIBUTACIÓN EN INTERNET. 12. FACTURA ELECTRÓNICA. IV – VENTAS A CONSUMIDORES. 1. SITUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. 1.bis. LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL TEMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO DEL 2015. 2. LAS NORMAS RESPECTIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. 3. OTRAS NORMATIVAS. V – LA CLÁUSULA ABUSIVA. 1. LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA. 2. CONTRATO DE ADHESIÓN SEGÚN ESA LEY Y LA PERSONA JURÍDICA COMO CONSUMIDOR. 3. LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. VI – SEGURIDAD PREVENTIVA. 1. LA FACULTAD REVOCATORIA DEL COMPRADOR CONSUMIDOR. 1.1. Regulación paraguaya. 1.2. Naturaleza del derecho de revocación en la relación de consumo. 1.3. Revocación y uso. 2. LA SEGURIDAD PREVENTIVA: EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD. 3. LA SEGURIDAD PREVENTIVA Y LOS CONTRATOS CONEXOS AL PRINCIPAL DE COMPRAVENTA ELECTRÓNICA. 3.1. Reticencia por la seguridad en el pago. 3.2. Sistemas de pago electrónicos. 3.3. Tipos de Sistemas de pago electrónicos que tienden a dar seguridad. VII – SEGURIDAD Y JURISDICCIÓN. 1. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. 2. ACCIÓN CONTRA EL PROVEEDOR O VENDEDOR EN PARAGUAY. VIII – LA SEGURIDAD Y LAS ACCIONES COLECTIVAS. 1. CONVENIENCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS. 2. EL MEJOR ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA. 3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. 4. LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN COLECTIVA. 5. LAS REFORMAS A LA LEY ARGENTINA. IX – JURISDICCIÓN Y POSIBILI-

DAD DEL ARBITRAJE. 1. LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE PARA CONSUMIDORES. 2. UN RECIENTE FALLO. 3. "Compraventa internacional y los contratos electrónicos". EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA AL CONSUMIDOR Y EL ARBITRAJE. X – MEDITACIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

I – LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL Y SU GLOBALIZACIÓN.

En la compraventa internacional distinguimos la realizada entre empresas, y las destinadas al consumo, incluso en nuestro país – la República Argentina– en favor de empresas. La segunda categoría está sujeta a reglas especiales.

A su vez el advenimiento de medios electrónicos de contratación y de pago ha incorporado nuevos desafíos normativos.

Un informe presentado por Pyramid Research (2010) demuestra que se prevé para el comercio electrónico en el país un crecimiento anual del 36% en los próximos cinco años, a la vez que el 90% de los compradores electrónicos de la Argentina planean gastar lo mismo o más durante los próximos dos años (3). Según la Cámara Argentina de Comercio Electrónico el comercio electrónico alcanzó en 2015 ventas por 68 M. de pesos.

(3) El Comercio Electrónico en Argentina es el 7,4 % del comercio electrónico en la Región de Latinoamérica y Caribe. Un dato complementario de la relevancia de Internet en el total del comercio es que además de las ventas que se realizan en línea, más de un 75 % de los usuarios de Internet consulta regularmente en la web para analizar sus opciones de compra en el mundo físico, y un 51 % del total manifiesta tomar la decisión en línea, aunque efectúe la compra tiempo después en un establecimiento. Esto hace que el tamaño real de Internet medido en ventas sea varias veces mayor al comercio electrónico directo, estimándose su impacto total en 10 veces lo efectivamente vendido en línea. Y en el año 2009, más de 50 mil millones de pesos, lo que, en base a proyecciones gruesas, representaría entre un 4 y un 5 % de las ventas totales minoristas de Argentina. Varios elementos se han conjugado para este impresionante desarrollo, como por ejemplo el continuo crecimiento del número total de usuarios de Internet en el país: de 3,7 millones en 2001 a 23 millones a fin de 2009 y más de 26 millones a

El 79% de la facturación fue bajo la modalidad empresa a consumidor (business to consumer o B2C), el 16% en operaciones entre consumidores (consumer to consumer o C2C) y el 9% entre empresas (business to business o B2B) (4). Centraremos nuestra atención en las primeras que, a su vez son las de mayor magnitud en el mundo del intercambio. Por ello debe preocupar la liberación de un mercado de compra internacional que puede alterar previsiones impositivas y afectar seriamente al comercio minorista, y quizá también al mayorista de un país, afectado por precios relativos más altos, por costo social o por dumping social (5), que beneficia subrepticamente a países con trabajo mal remunerado.

No se necesitó de mucho tiempo para que de *la codicia del panadero* surgieran iniciativas destinadas a utilizar esta inmensa red de comunicación y circulación de voluntades y datos personales, que se estima en mil trescientos millones de usuarios en el mundo que disponen de ciento sesenta y dos mil millones de sitios web, como un fantástico mercado global de oferta y demanda de bienes y servicios, que cambió los paradigmas de la economía "física".

La contratación electrónica en sus muy variadas formas se está consolidando cada vez más en el ámbito internacional y nacional, donde las partes utilizan las herramientas de comunicación modernas para convenir los parámetros que regirán una relación comercial (6).

finde de 2010. También, un aumento constante de empresas que comercializan en la red: un 20 % de la PyMEs vende o compra en línea, frente a unas pocas decenas de empresas hace menos de 10 años.

(4) La especialidad del tema que estamos tratando se advierte también en que a la compraventa internacional de mercaderías a consumidores no se les aplican en las previsiones para pagos de las Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trad and Settlements (URGENTS) CREADAS POR LA Cámara de Comercio Internacional (ICC), aplicables exclusivamente a las relaciones B2B.

(5) RICHARD, Efraín Hugo "DAÑOS CAUSADOS POR DUMPING" pág. 57 y ss. en libro colectivo DAÑOS Globalización – Estado – Economía, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2000.

(6) El Código Civil y Comercial argentino dispone en su art. 985 en relación a los contratos con cláusulas generales predisuestas: "Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción

Estos parámetros se inician en la oferta, en la aceptación de ella, en la negociación de los términos contractuales, donde entra plenamente en escena la modalidad electrónica y sus diversos aspectos, que a su vez son los temas a encarar normativa o doctrinariamente, como son la entrega del producto o la ejecución del servicio contratado, su forma de pago, los procedimientos para reclamar la garantía, la revocación, el retiro del producto, y para solucionar las diferencias que no se hayan podido subsanar amigablemente entre las partes involucradas.

Mientras siga avanzando la tecnología, seguirá consolidándose el contrato electrónico, por lo que todos los actores sociales deberán integrarlo a su actividad diaria. Los comerciantes, y las empresas estableciendo preventivamente claras reglas de juego para minimizar los impactos; el Estado, en el aspecto impositivo definiendo si son actividades alcanzadas o no por sus impuestos y en el aspecto reglamentario buscando dictar las normas que sean necesarias para brindar en las transacciones, y en el aspecto judicial resolviendo los conflictos aplicando las leyes que mejor regulen las nuevas situaciones, entendiendo que no es posible establecer un paralelo directo con las relaciones y problemáticas que se generaban tradicionalmente.

II – LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADE- RÍAS.

Se indica referirse a la compraventa internacional de mercaderías. Por esta razón no nos referiremos a otros contratos electrónicos, internacionales o no, destinados a consumidores, como es el contrato electrónico internacional de transporte (7). Excluimos así, para circunscribir algo el tema de por si vasto, otros contratos.

debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, *electrónica o similares*".

(7) GÓMEZ, Hernán Adrián "El contrato electrónico internacional de transporte aéreo en el ámbito del MERCOSUR. Consideraciones sobre la cláusula arbitral", CEDEA, Dic. 19, 2012 www.cedaeonline.com.ar

Respecto de estos contratos internacionales, la Convención de las Naciones Unidas para la compraventa internacional de mercaderías de 1980 fue preparada por la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) y adoptada por una conferencia diplomática el 11 de abril de 1980, culminando una labor de preparación que empezó en 1930, en el *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) en Roma, a la que adhirió la República Argentina por Ley 22.765. Entro en vigor en 1988, con la finalidad de prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, para contribuir a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones. En su texto se compaginan cuidadosamente los intereses del comprador con los del vendedor.

La Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de 1980 concebida como un intento de unificar la legislación aplicable a los contratos internacionales, es el resultado de una labor de varias décadas que se remontan incluso a las iniciativas de finales del siglo XIX que produjeron como resultados la ley uniforme sobre ventas de mercancías de 1905 de los países escandinavos, *The sale of goods act* de 1893 de Gran Bretaña y de la primera etapa del siglo XX como es el trabajo de la *International Law Association* reunida en el año de 1924 en Estocolmo, donde se trabajó en un proyecto de ley uniforme para la unificación de la legislación sobre compraventa internacional (8).

El contrato de compraventa constituye el fundamento del comercio internacional en todos los países, independientemente de su tradición jurídica o de su nivel de desarrollo económico. Por esta razón, se considera que la Convención sobre la Compraventa es uno de los instrumentos clave del comercio internacional que debería ser adoptado por todos los países del mundo.

Pero la Convención sobre la Compraventa de Viena rige los contratos de compraventa internacional de mercancías entre empresas privadas

(8) OVIEDO ALBAN, Jorge *La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías Antecedentes y desarrollos alternativos*, Ed. ILADEN, Bogotá 2011 p. 7; GARRO, ALEJANDRO MIGUEL – ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 29 y 30.

–B2B–, con excepción de las ventas a consumidores –B2C, que trataremos más adelante– y las ventas de servicios (que no trataremos), así como las ventas de tipos concretos de mercancías.

Los Estados que adoptaron la Convención (77) disponen de una legislación moderna y uniforme que rige la compraventa internacional de mercancías y que se aplica a toda operación de compraventa concertada entre partes que tengan un establecimiento en alguno de los Estados Contratantes. En tales casos, la Convención se aplica directamente, sin necesidad de recurrir a las reglas de derecho internacional privado (9) para determinar la ley aplicable al contrato, lo cual contribuye notablemente a dar certeza y previsibilidad a los contratos de compraventa internacional.

Las pequeñas y medianas empresas y los comerciantes de países en desarrollo suelen tener poco acceso a asesoramiento jurídico al negociar un contrato. Esto los hace más vulnerables a los problemas causados por los contratos que no regulan adecuadamente las cuestiones de la ley aplicable. Esas empresas y esos comerciantes también pueden encontrarse en situación de desventaja como partes contratantes y experimentar dificultades por la falta de equilibrio entre las partes. Por consiguiente, esos comerciantes se beneficiarían especialmente de la aplicación a título suplementario del régimen equitativo y uniforme de esa Convención sobre la Compraventa a los contratos que entraran en su ámbito de aplicación.

La segunda parte de la Convención regula la formación del contrato, que se concierta mediante una oferta y su aceptación. La tercera parte trata de las obligaciones de las partes en el contrato. Entre las obligaciones de los vendedores figuran las de entregar las mercancías conforme a la cantidad y la calidad estipuladas en el contrato, así como en

(9) Además, la Convención puede aplicarse a un contrato de compraventa internacional de mercaderías cuando en virtud de las reglas de derecho internacional privado la ley aplicable al contrato sea la de un Estado Contratante, o cuando las partes hayan convenido en ello, independientemente de si sus respectivos establecimientos se encuentren en un Estado Contratante. En tal caso, la Convención prevé un conjunto de normas neutrales que pueden ser de fácil aceptación habida cuenta de su carácter transnacional y de la existencia de abundante material interpretativo.

documentos conexos, y la de transferir la propiedad de los bienes. Por su parte, los compradores están obligados a pagar el precio estipulado y a recibir las mercancías entregadas. Además, esta parte de la Convención prevé reglas comunes sobre las vías de recurso aplicables en caso de incumplimiento del contrato. La parte agraviada puede exigir el cumplimiento del contrato, reclamar daños y perjuicios o declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial. En disposiciones suplementarias se regula la transmisión del riesgo, el incumplimiento previo del contrato, los daños y perjuicios, y la exención del deber de cumplir el contrato.

La Convención sobre la Compraventa es únicamente aplicable a las operaciones internacionales y su vigencia impide que los contratos que entran en su ámbito de aplicación se rijan por reglas de derecho internacional privado, como apuntamos. Los contratos internacionales que no entren en el ámbito de aplicación de la Convención, así como los contratos en los que las partes hayan convenido en la aplicación de otra ley, no se verán afectados por la Convención. Los contratos de compraventa puramente nacionales tampoco se verán afectados por la Convención y seguirán rigiéndose por el derecho interno (10).

(10) En la serie de documentos CLOUT (jurisprudencia basada en textos de la CNUDMI) se reseñan numerosos casos en que se ha aplicado la Convención. Existe también un compendio con una relación de esos casos. Instrumentos pertinentes Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974), Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005), Véase también: Resolución de la Asamblea General Travaux préparatoires Treinta y cinco años del régimen uniforme sobre la compraventa: tendencias y perspectivas, Deliberaciones de la Mesa Redonda de Alto Nivel celebrada durante el 48º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Viena, 6 de julio de 2015. Proceedings of the UNCITRAL – VIAC Joint Conference: “Celebrating success: 25 years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, 15-16 March 2005, Vienna.

III – LA COMPRAVENTA ELECTRÓNICA (11).

En relación a una compraventa internacional de mercadería, por definición un contrato a distancia, como subtipo de la misma –pero casi ocupando la totalidad del panorama– aparece el contrato celebrado por medios electrónicos, cuya importancia y desarrollo hemos destacado inicialmente.

El comercio por vía electrónica es una posibilidad que se ha tornado más novedosa presentada por *internet*. “Éste ha transformado muchos de los métodos que operan en el mundo de los negocios y el comercio... La cibernética también incide sobre la formación, la forma y la prueba de los contratos e, incluso, sobre su cumplimiento y abre el largo panorama del *e-commerce*” (12). Prácticas actuales que abruma el panorama de la organización comercial, con las ofertas de *hot sales* –también *black days* o *cyber days*– y comenzando a referirse a un post *e-commerce*: el *omnia market* (13).

Si hablamos de comercio electrónico, tenemos que hablar de inmaterialidad y de fugacidad de información. Es esta inmaterialidad y fugacidad de la información que pueden crear algunos conflictos entre los proveedores de servicios y los clientes. Aún si el comercio electrónico ofrece nuevos beneficios a los empresarios y a los consumidores, la confianza de los mismos debe ser alentada por el desarrollo permanente de mecanismos de protección transparentes. El objetivo es generar confianza (14).

(11) Agradecemos los aportes de Bernardo Carlino y su trabajo “LUCES Y SOMBRAS EN LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS”, y del ensayo del Prof. Dr. Héctor Alegría –Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Buenos Aires– “*Nuevas fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales*” (LL, 1985 E-667).

(12) ALEGRÍA, Héctor “Globalización y Derecho”, pág. 1239, esp. 1258 y ss., en *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia*, AAVV director Ricardo Olivera García –Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba–, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2015, tomo II.

(13) 4º Encuentro de Comercio Electrónico, Córdoba 27 de julio de 2016.

(14) OVILLA BUENO, Rocío “¿Quién le teme al Comercio electrónico? Protección del consumidor en el ámbito digital: el caso de México” (DEA Informatique et Droit, IRETIJ). El 29 de abril de 2000 fueron publicadas en el Diario

Es indispensable tener un entorno técnico-legal adecuado para el comercio electrónico (15), ya que el incremento de intercambios mercantiles por Internet será proporcional a la confianza y a la seguridad de los intercambios que se realicen en esta red. Para poder delimitar este sistema de seguridad y confianza los gobiernos deben crear un marco legal y consistente, así como promover un entorno competitivo en el que el comercio electrónico pueda crecer y asegurar la protección adecuada de los objetivos de interés público como son el derecho a la intimidad (16), los derechos de la propiedad intelectual, la prevención del fraude, la seguridad nacional y la protección al consumidor.

Lo impactante es que ni siquiera el clima recesivo y el mal humor social parecen frenar el avance del comercio electrónico, particularmente por el avance del uso de los móviles (teléfonos inteligentes, tablets, entre otros), y las prácticas comerciales giran hacia la omniaccesibilidad, o sea a la apertura de las ventas a distancia por vía electrónica.

En una última lectura de nuestro informe, en torno a la "Incidencia económica de la contratación electrónica" (17), extractamos: "Hay datos sobre la incidencia de la *contratación electrónica* en la economía local, regional y mundial que realmente convencen al más escéptico sobre la enorme relevancia de esta nueva modalidad de formalizar acuerdos. El

Oficial de la Federación mexicana, las reformas legislativas en materia de comercio electrónico.

(15) Para una ampliación de todos los temas vinculados a la contratación electrónica, formas, pago, arbitraje, aconsejamos revisar el libro "CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado". Directora SARA LIDIA FELDSTEIN de CÁRDENAS, Autoras SARA LIDIA FELDSTEIN de CÁRDENAS, FLAVIA ANDREA MEDINA, MÓNICA SOFÍA RODRÍGUEZ, LUCIANA BEATRIZ SCOTTI, Buenos Aires 2008.

(16) DE SÁBATO, Gabriela "Algunas cuestiones sobre el consumidor y la alta tecnología en la República Argentina" pág. 111, esp. 117 en *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Ed. Fidas, Año 5, 2014, 2, Buenos Aires 2014.

(17) De ponencia homónima del Dr. Alberto Joaquín MARTÍNEZ SIMÓN, recibida a fines de agosto, cuando cerrábamos esta versión final de nuestro informe, cuya lectura integral aconsejamos.

incremento sostenido del número de transacciones *vía electrónica* no debería sorprender pues en un mundo globalizado, donde lo que a nadie sobra es tiempo y donde la distancia es muchas veces un obstáculo, dada la dificultad de movilizarse incluso dentro mismo de las ciudades que impiden la traslación debido al colapso del tránsito; por ende, la forma de contratar *a distancia* es una opción válida para superar todos estos inconvenientes. De hecho, dadas todas estas características previamente señaladas –o mejor, de estos inconvenientes aludidos– de la vida de hoy, podría pensarse en la imposición a corto tiempo –o por lo menos, en la generalización– de la modalidad *tele* (18) de la mayoría de las actividades del ser humano, entre ellas el *teletrabajo*, los *telecontratos* y los *telenegocios*-. A ello, debemos sumar las ventajas financieras que implica esta forma de negociar que se traduce en una notable reducción de costos operativos ya que desde la promoción –o *marketing*– del producto o servicio que se ven sensiblemente disminuidos pasando por la disminución de los costos de intermediación o distribución que se realizan evitando gastos innecesarios, el comerciante puede obtener ahorros importantes en su operativa, debiendo tenerse en cuenta que esta forma de operar posibilita también obtener otras ventajas en el manejo de la empresa ya que le permite al mismo comerciante *abrir su negocio* a la clientela –dicho en forma metafórica– durante las veinticuatro horas del día, ya que la negociación pasará por *internet* y éste está disponible al inmenso público durante todas las horas del día, teniendo a su disposición un universo muchísimo mayor de potenciales clientes, ya que esto se amplía –en la medida en que sea factible la distribución de lo vendido– a prácticamente todo el mundo (19). – Pero esta nueva tecnología que hoy aplicamos a los negocios no solo ha transformado sensiblemente la manera de realizarlos, sino que nos ha llevado

(18) Prefijo de origen griego que se antepone a palabras del idioma castellano para indicar la idea de algo que se encuentra “lejos” o “a distancia”.

(19) “El comercio en internet presenta numerosos aspectos propios de la organización de un mercado: la disminución de los costos y la organización de una estructura que facilite tanto la búsqueda de productos como la de consumidores; la seguridad en las transacciones sobre todo en los medios de pago y el aseguramiento de la entrega de los productos”. RÍOS AVALOS, Bonifacio. Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos. Intercontinental Editora. 13ª. Ed., año 2014, p. 283.

a la necesidad de volver a plantear cuestiones aún mucho más profundas como la misma organización social, la forma de decidir en democracia, ha puesto en entredicho los conceptos de vida privada o *privacidad*, de libertad cívica y ciudadana y, cómo no habrían de incidir en la manera de hacer negocios y de contratar. – La posibilidad de realizar estos *telenegocios* a través de internet ha transformado sustancialmente la manera de cerrar tratos y ha cambiado –también sensiblemente– los modelos y paradigmas de la negociación, de la comunicación y hasta del mismo *marketing* de las empresas inmersas en el ámbito de la contratación masiva. Dado que internet es el medio por el cual se realiza el *e-commerce* y atendiendo a que oferta y la aceptación de ella se exponen por dicha vía, son los mecanismos tecnológicos, digitales y electrónicos los que materializan el perfeccionamiento de los contratos en ese ámbito. – Sin embargo, no toda la doctrina nacional está conteste en este punto. En base a la idea aparente de que quienes contratan por medios electrónicos se encuentran físicamente distantes –como en realidad ocurre–, es que parte de la doctrina nacional ha afirmado que el *comercio electrónico* no constituye sino contratos *entre ausentes*, formalizados en el entorno digital (20). Debo manifestar mi posición contraria a esta tesis de considerar a los *contratos electrónicos* como acuerdos *entre ausentes*, por la opción de solución normativa propuesta por el art. 675 del Código Civil, aunque –obviamente– se ponderan los fundamentos de la posición no compartida... No pasa desapercibido que las normas de la ley de *comercio electrónico* tengan un marcado perfil *tuitivo* en beneficio del consumidor. Así, esta ley establece una serie de previsiones en beneficio exclusivo de quien compra un bien o paga por un servicio a través de los formatos electrónicos, considerándolo como la *parte débil* de la transacción... De todo lo expuesto, queda en claro que el *comercio electrónico* llegó para quedarse. Tenemos hoy día la evidencia de un creciente número de transacciones comerciales, que se incrementa año a año en forma ostensible, lo que es puesto de manifiesto en los números de cada estudio al respecto. Estos negocios electrónicos se dan en base a las normas jurídicas claras que hemos sabido los paraguayos sancionar y poner en vigencia. Sin embargo, no debemos perder de vista que, además de

(20) Véase JIMÉNEZ ROLÓN, Eugenio. *Lecciones de Derecho Comercial. Contratos y títulos de crédito*. Intercontinental Editora. 2ª Ed., p. 42.

las normas jurídicas idóneas, debemos tener un soporte digital y electrónico adecuado para que los negocios *vía internet* sigan siendo una realidad creciente. De este tren, el país no debe bajarse, pues el mismo nos lleva al futuro, al que ya se están dirigiendo los demás países”.

1. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. Las relaciones comerciales en todos sus órdenes, es decir entre particulares, entre empresas y particulares, entre las empresas y entre empresas o particulares con el Estado, se han visto afectadas por las nuevas tecnologías, trastocando en muchos casos los cimientos comerciales y legales que por años mantuvieron su vigencia y eficacia.

Hoy, el consumidor-comprador está en el mundo entero o al menos en más de un país o ciudad distinta a la que se encuentra el vendedor. Las empresas han logrado mostrar sus productos y servicios en muchos más lugares y a una cantidad muy superior de potenciales clientes con un esfuerzo en recursos económicos, de gestión y humano ínfimo con relación al efecto. Asimismo, las empresas han podido relacionarse con potenciales nuevos proveedores, distribuidores, asociados de distintas partes del mundo, que le han exigido analizar cómo canalizar estas nuevas relaciones en función de la legislación vigente (21).

Son las “relaciones comerciales electrónicas” y no “comercio electrónico” principalmente porque, como dice la Guía de la ICC –International Commercial Center–, no existe una definición uniforme de comercio electrónico y la consulta a distintos autores encontrará particulares definiciones con sus especiales distinciones, en función de si el comercio se realiza completamente por medios electrónicos, si es la mitad y la otra es por medios tradicionales, o si solo sirve para consulta de los potenciales clientes.

En cambio, “relaciones comerciales electrónicas” abarca a todas las alternativas posibles en donde dos partes inician un vínculo con fines lu-

(21) Puede verse: La Clave del Comercio Electrónico – Guía para pequeños y medianos exportadores editado por el Centro de Comercio Internacional (CCI) http://www.tradeaction.com/Espanol/Download/Clave_Comercio_Electronico.pdf

crativos, pudiendo este vínculo consolidarse en el ámbito electrónico únicamente o requerir que determinados actos y procesos se materialicen por los canales tradicionales. “Es el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos. Esto es, el procesamiento y la transmisión electrónica de datos, incluyendo texto, sonido e imagen” (22).

Las “relaciones comerciales electrónicas” también huyen de la distinción que algunos autores efectúan, de si las partes involucradas se comunicaron en un portal interactivo o si lo hicieron por correo electrónico o por mensajería instantánea, ya que lo importante es que las partes utilizaron la plataforma electrónica y sus múltiples opciones de comunicación para estrechar vínculos comerciales.

Internet ha extendido su influencia a múltiples áreas, de una herramienta de búsqueda de información se transformó en un motor generador de gran cantidad de negocios. También puede generar conflictos que pueden llevar a pensar en responsabilidad (23).

Lo que sí se debe distinguir es la calidad de las partes que intervienen en las relaciones comerciales, es decir si son consumidores, empresas

(22) RODRÍGUEZ, Raquel “Los contratos electrónicos y su regulación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en relación con las formalidades que deben observarse” en *Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor*, Ed. Erreius, julio 2016, Buenos Aires, pág. 7 y ss., que se corresponden a las formalidades que habíamos introducido en la primer versión de nuestro informe preliminar, de fecha anterior a la edición de esta Revista.

(23) Puede verse la reciente SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera) 15 de septiembre de 2016 en (*<http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=183363&occ=first&dir=&cid=1045483#Footnote>*) “Procedimiento prejudicial - Sociedad de la información - Libre circulación de servicios - Red local inalámbrica (WLAN) profesional - Puesta a libre disposición del público - Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios - Mera transmisión - Directiva 2000/31/CE - Artículo 12 - Limitación de responsabilidad - Usuario desconocido de esa red - Vulneración de los derechos de los titulares de derechos sobre una obra protegida - Obligación de proteger la red - Responsabilidad civil del profesional”.

o gobiernos. En este último caso, salvo en contadas excepciones donde el gobierno actúa como contratista y se nivela a la par de la empresa, normalmente es una cuestión de Gobierno Electrónico.

Nos quedamos con dos actores de las relaciones comerciales electrónicas, que son los consumidores y las empresas. Estos actores pueden entablar relaciones entre sí, es decir consumidores con consumidores y empresas con empresas, o entablar relaciones con los actores del otro grupo, es decir consumidores con empresas.

Es muy importante caracterizar inmediatamente a los actores para, entre otros motivos, analizar si entra en juego la legislación protectora del consumidor –como veremos–. Téngase en cuenta que cuando el negocio es entre empresas, el legislador ha entendido que no existe una desproporción entre las fuerzas, capacidades y posibilidades de las partes, aunque en muchos casos no sea así. Como ejemplo, se puede evaluar la posibilidad que tiene una pequeña o mediana empresa de negociar los términos y condiciones comerciales que le impone una empresa multinacional. Normalmente sus posibilidades son nulas.

2. NEGOCIOS Y COMERCIO ELECTRÓNICO ENTRE CONSUMIDORES. Veamos la relación comercial electrónica que se entabla entre consumidores cuando por ejemplo un usuario publica para la venta en Internet un bien de su propiedad, en este caso, un juego de palos de golf, porque su cuadro alérgico le dificulta jugar en la mayoría de los días del año. Entonces, un interesado navegando por Internet se encuentra con esta oportunidad y como él está comenzando con este deporte, porque su físico no le rinde como antes en fútbol, decide contactarse con el vendedor para averiguar más detalles. Lo importante es que el vendedor no está dedicado con cierta frecuencia a la comercialización de productos deportivos, ya que, si así fuera, dejaría su perfil de consumidor para pasar a ser comerciante. También es indispensable que el comprador no tenga por actividad lucrativa la compra de productos deportivos usados para su posterior comercialización, sino tendría el mismo destino. En este ejemplo, y luego de corroborado que uno de ellos no se involucra en esta relación como comerciante, todo el proceso de difusión, negociación, oferta, aceptación, entrega y garantía se seguirá por las normas civiles que sean aplicables a las partes. Téngase en cuenta que, si uno de ellos se encuentra

en otro país, serán de aplicación las normas del Derecho Internacional Privado en lo que pudieran ser aplicables. No hay razón de protección a un consumidor, están contratando entre iguales.

3. NEGOCIOS Y COMERCIAL ELECTRÓNICO CON CONSUMIDORES (B2C). El comerciante tiene un sinnúmero de posibilidades vía tecnológica de ofrecer sus productos y servicios. Independientemente del modelo de negocio que el comerciante decida emprender, así como del grado de presencia que su empresa tenga en Internet, es indispensable establecer el mercado objetivo al que apuntará, dónde establecerá su base de operaciones y qué políticas comerciales aplicará.

El comerciante ha dejado de tener a sus vecinos como principales clientes para pasar a jugar en las grandes ligas sin efectuar las tradicionales grandes inversiones. Si se hace un poco de memoria, hacen unos muy pocos años, para tener presencia regional, se debía realizar una inversión importante, ya que se debía nombrar un distribuidor en el lugar, dependiendo del rubro alquilar un local comercial, entre muchos otros costos que se debían asumir. Hoy las Nuevas Tecnologías le aliviaron la carga al comerciante y le facilitaron llegar no sólo a las ciudades vecinas sino también a los países vecinos y a los continentes vecinos y aún los rincones más lejanos del planeta.

Frente a esa impresionante posibilidad de llegar a todo el mundo, la gran pregunta que el comerciante se debe efectuar es ¿Quiero realmente llegar a todos ellos? ¿Puedo, responsable y eficazmente, brindarles el mismo servicio y/o producto de calidad que les brindo a mis actuales vecinos? Si la respuesta es negativa, el problema concluye. Suponiendo que la respuesta sea por la afirmativa, entonces deberá evaluar qué riesgos conexos implica esta decisión, además de los costos de gestión administrativa típicos del negocio. Es entonces cuando aparecen los aspectos legales, es decir ¿Qué reglas debo respetar?, ¿qué leyes regirán mi actividad? Y parte de esto lo avizoraremos cuando nos refiramos a contratos de compraventa internacionales con consumidores.

Cuando escribíamos originariamente estas líneas, en el Boletín Oficial del día 27 de julio de 2016, de la República Argentina, se publicitaban las Resoluciones Generales de la AFIP 3915 y 3916, que regulan las llamadas compras puerta a puerta, limitando las compras internacionales de

consumidores radicados en el país a ciertos topes dinerarios –USD 5.000–, al pago de ciertos aranceles, a un tope de operaciones por año, etc., que no sabemos si protegerá adecuadamente al comercio nacional tradicional, generador de empleo. No dudamos que es una decisión de política económica de trascendencia, que puede tener efectos positivos, pero también negativos.

3.1. Cambios psicológicos. Existe cierta desconfianza, particularmente de los adultos sobre las posibilidades de Internet, tanto más referido al comercio electrónico utilizando redes de comunicación. Hace al fenómeno de la seguridad de datos y de la operación misma.

Pero el fenómeno nominado como *e-commerce* permite una formidable fluidez en el trámite comercial mediante el cual cualquier persona desde su casa tiene la oportunidad de adquirir bienes, en el país o internacionalmente con simplemente operar clics en su computadora, iPad o teléfono celular *smart*.

Fue la asombrosa velocidad de las innovaciones y la tendencia a fabricar dispositivos cada vez más potentes, livianos y portátiles de comunicación y cómputo, la que impactó en forma definitiva e inevitable en la manera en que actualmente los utilizamos.

Se utilizan cotidianamente nuevos “verbos” con que se vulgarizan los nombres propios de este nuevo entorno: twittear, flashear, meilear, mensajear ... y hasta se sospecha que el uso de novedosas y complejas formas de abreviar el idioma, que tienden a universalizarse para el tráfico de mensajes de texto por telefonía celular, pueda agraviar la correcta aplicación de nuestra lengua.

El hecho más difícil de admitir para el público en general es que Internet no tendría propietarios, aparentemente nadie la mantiene operativa. Simplemente, son los ordenadores y las telecomunicaciones de todo el mundo conectados en una única red integrada de comunicaciones, que lo envuelve en una suerte de sistema nervioso global que, por su propia naturaleza, derriba las paredes y las fronteras. Haremos una referencia a una demanda contra una red social operadora en Internet al finalizar la introducción del ap. VI Seguridad Preventiva.

Para los observadores de estos nuevos fenómenos, las redes globales de comunicación digital tienen el efecto de crear un espacio social nuevo y totalizador que hace aparecer sobre la tierra una segunda esfera suspendida en el éter del ciberespacio. La separación de la humanidad en estas dos esferas de existencias bien diferentes –la llamada división digital– parece abrir una nueva etapa de la historia y un desafío para los juristas.

La imprenta modificó la conciencia humana durante los últimos siglos, ahora es más que probable que la integración mundial en redes ejerza un efecto similar durante los próximos dos siglos. En los tiempos que corren nos relacionamos con el lenguaje hiper textual de la web, donde los desplazamientos no están ya limitados por el viejo orden principio-fin, ni por la entrada alfabética, ni por la temática: cada palabra es virtualmente un enlace o conexión que permite encadenar con una nueva ventana de texto.

Estando el Derecho destinado a regular ordenadamente la vida de relación, resultaba inevitable su inmersión en los emergentes patológicos de estas nuevas formas de comunicación, que modifican las pautas de conductas sociales dentro de un marco de escasa visibilidad, a veces con urgencia y sin tiempo de reflexión como cuando de ellas resultan nuevas formas de incitación a la violencia, de discriminación o de lesión a la moral, los derechos del menor y las buenas costumbres.

Era de toda evidencia que el Derecho tendría que hacerse cargo, entre otras tareas de la formación y firma de los contratos en soporte electrónico gestionados mediante redes.

Pero también enfrentar el anonimato de la titularidad de la red y la posible mera virtualidad de alguno de los contratantes.

3.2. Cambios electrónicos. En la actualidad, todo proceso de contratación se está llevando en un altísimo porcentaje por medios electrónicos, ya sea que estén previamente consentidos, como es el caso del EDI –Electronic Data Interchange–, ya sea que se canalicen por el correo electrónico (en su gran mayoría) o finalmente que se instrumenten en un portal web con interacción de las partes, para solo mencionar a los principales medios. No obstante ello, existen novedosos medios de comunicación que

están ganando sus lugares, como son los mensajes de texto (SMS o MMS) y los sistemas de mensajería instantánea o chat.

El régimen del derecho comparado sobre la validez de esa forma de contratación tiene cierta uniformidad. Por ejemplo, el Código Civil Venezolano (24) no presenta diferencias en su esencia con el derogado Código Civil Argentino, por lo que el análisis no variará en su fundamentación, aunque ahora existen referencias concretas en el Código Civil y Comercial argentino, vigente desde el 1° de agosto de 2016 –CCCA– al que haremos múltiples referencias por representar una normativa actualizada.

4. LEYES MODELOS. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) en la reunión de Nueva York de 2007, elaboró la Convención sobre el Uso de las Comunicaciones Electrónicas en la Contratación Internacional (25) para regular

(24) SALGUEIRO, José Ovidio “Contratación Electrónica” sobre régimen venezolano, disponible en <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=887>

(25) Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf Agregamos alguna información sobre la “Convención de New York sobre contratación electrónica, sobre la formación y cumplimiento”:

1. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958); Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980); Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980); Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991); Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995); Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).
2. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento

el empleo de las comunicaciones electrónicas en la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

Recordemos que la primera incógnita que surge comúnmente es si es válida y ejecutable una comunicación o un contrato celebrado por medios electrónicos, a lo que la Convención responde claramente que no se les negará validez ni fuerza ejecutoria por la sola razón de que estén en forma de comunicación electrónica. En esta línea incorpora a los contratos celebrados sin interacción humana, como cuando se publica un aviso clasificado vía web.

El contrato electrónico es válido, pero ¿cómo se sortean los requisitos de escritura, firma y original? La solución puede verse en el CCCA.

4.1. Forma. La exigencia de escritura se cumplirá si la información puede consultarse con posterioridad, por ejemplo, si se tienen copias de seguridad. Por otra parte, la exigencia de firma, si se utiliza algún método para identificar a la otra parte y para indicar que aprobó la información consignada en la comunicación electrónica, o si el método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo aplicable. La primera opción se refiere a la firma digital y la segunda es cuando no existe tal pero el procedimiento utilizado demuestra diligencia de las partes intervinientes. Esto permite que quienes comúnmente contratan por e-mail y tienen problemas en una de tantas transacciones, fundamenten su proceder “electrónico” en su historia comercial conjunta –en sus comportamientos–, así como que argumenten que el monto de la transacción no justifica económicamente la implementación de criptografía y firma digital. Son los comportamientos de las partes los que deben ayudar a solucionar sus posteriores conflictos.

de un contrato al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo 21, que no quedará obligado por el presente párrafo.

Se destaca en la Convención la amplitud de la definición “comunicación”, ya que será toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hagan o decidan hacer con relación a la formación o el cumplimiento de un contrato; especificándose que será considerada electrónica cuando las partes se comuniquen por medio de mensajes de datos, definiendo a estos últimos como la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el EDI, e-mail, telegrama o telefax.

Respecto a la versión en original, se cumplirá si existe una garantía fiable de la integridad de la información que contiene la comunicación o el contrato. Fiabilidad e integridad conforman, la medida de valoración. El grado de fiabilidad se determinará a la luz de la finalidad para la que se generó la información y todas las circunstancias del caso, y la “integridad” surgirá de determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones sustanciales. Se exceptúan de esta regla las Cartas de Crédito y garantías bancarias, en donde es indispensable la existencia de un solo original.

El contrato es válido, cumple las formas legales y se puede reclamar, pero ¿dónde?, ¿en el lugar de emisión del e-mail (hotel, aeropuerto), en la ubicación del servidor (otro país), donde está registrado el dominio. Ni la justicia ni los especialistas lo habían resuelto. La Convención habla del “establecimiento”, disponiendo que, si no se fijó y tiene más de uno, será el que tenga la relación más estrecha con el contrato y si es una persona física, será su residencia habitual. Rechaza a la ubicación de los equipos, servidor, al lugar de acceso, al dominio o e-mail vinculado a otro país como establecimientos. Reforzando esta tesis, establece que las comunicaciones se tendrán por enviadas desde el establecimiento del emisor y recibidas en el del destinatario y no donde ocasionalmente algunas de las partes se encuentren.

El eje central de la Convención es la “buena fe comercial” sumado a las circunstancias que rodearon la relación, devolviendo el viejo principio del Código Civil derogado: *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión* (Artículo 1198), y ahora

contenido genérico, pero contundentemente en el art. 9 CCCA, integrando su Título Preliminar (26).

Esta Convención busca remover los obstáculos que se presentan al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluyendo aquellos contemplados en los actuales instrumentos internacionales que fueron negociados mucho antes que el desarrollo y explosión de las nuevas tecnologías.

4.2. ¿Quién se responsabiliza por un error sustancial? Es común el error en apretar *Aceptar ¿Qué hacer?* Lo malo es que se cometió un error y lo bueno es que es un mal de muchos, por lo que la situación fue contemplada por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la UNCITRAL (Naciones Unidas) en el Anteproyecto de Convención sobre contratos (internacionales) celebrados o probados por mensajes de datos. En su artículo 12 párrafo 3° regula los efectos jurídicos de los errores sustanciales cometidos por personas físicas que se comunican con un sistema informático automatizado, estableciendo que los contratos no tendrán efectos jurídicos ni serán ejecutorios cuando: a) el sistema informático automatizado no le brinda la oportunidad de impedir o corregir el error; b) la persona, al percatarse del error, lo notifica lo antes posible; c) la persona toma medidas razonables, incluida la devolución de los bienes o servicios recibidos a consecuencia del error; y d) cuando no ha utilizado los bienes o servicios, ni obtenido beneficio de ellos.

Volveremos sobre el punto al referirnos a la contratación con consumidores y al derecho de revocar.

La Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea establece en su artículo 11 párrafo 2° que únicamente las personas que ofrecen bienes o servicios a través de sistemas informáticos automatizados tienen la obligación de brindar medios para corregir errores. Tesis reflejada en el artículo 12 párrafo 2° del Anteproyecto de Convención. Esta postura no trata las

(26) RICHARD, Efraín Hugo "SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL" en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires. La referencia a la buena fe ha sido incorporada también en forma expresa en la reforma parcial del Código Civil francés en febrero de 2016.

consecuencias que los errores generan sobre la validez del contrato en cuestión (27).

4.3. Lugar de celebración. Otro tema es el relativo al lugar de celebración del contrato. Al respecto, mucho se dijo sobre la ubicación del servidor de cada una de las partes o si una de las partes estaba viajando en barco transatlántico con conectividad satelital y desde allí manifestó su voluntad de contratar. No vale la pena abundar en teorías y suposiciones, y conviene remitirse a lo recomendado por UNCITRAL, concluyendo brevemente que el lugar de residencia y/o ubicación principal de los negocios de las partes será considerado el domicilio de cada una de ellas (28).

4.4. Firma de los contratos. Firma digital. Tema que desvela es la firma, ya que todo contrato comercial exige para su validez que contenga la firma de las partes contratantes. Ante esta realidad la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional ha elaborado una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (29) para su incorporación al derecho interno de cada país, estableciendo en su Artículo Séptimo que cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para

(27) Asimismo, los errores también pueden ser generados por el propio sistema automatizado, en cuyo caso el Grupo de Trabajo consideró que deberían ser imputables a las personas en cuyo nombre funcionan, salvo que se demuestre que el sistema generó mensajes erróneos imprevisibles por la persona responsable. En una y otra situación, las soluciones y responsabilidades se distribuyen en función de la previsión y diligencia que han tenido las partes frente a un error u omisión sustancial. Es decir, que el eje del análisis se basa en apreciar –con relación a los errores de las personas físicas– cuán diligente fue el vendedor al elaborar el sistema informático automatizado y contemplar la posibilidad de enmendar errores u omisiones por parte del comprador, por un lado, y por el otro, con cuánta celeridad actuó el comprador ante el conocimiento del error. Con relación a los errores causados por el mismo sistema, el análisis valora en qué grado el vendedor tenía control sobre el programa informático u otros aspectos técnicos utilizados en la programación de dicho sistema automatizado.

(28) Sobre todos estos aspectos y para profundizar, puede verse LORENZETTI, Ricardo L. *Comercio Electrónico*, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

(29) Puede ampliarse en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

Este artículo se basa en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en las comunicaciones consignadas sobre papel, entre las que se encuentran: identificar a una persona; dar certeza a su participación en el acto de firmar; y asociar a esa persona con el contenido de un documento.

Define las condiciones generales que, de cumplirse, autenticarían un mensaje de datos con suficiente credibilidad para satisfacer los requisitos de firma que obstaculizan el comercio electrónico. Se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento. Para determinar si el método de identificación seleccionado es apropiado, pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales: 1) la perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; 2) la naturaleza de su actividad comercial; 3) la frecuencia de sus relaciones comerciales; 4) el tipo y la magnitud de la operación; 5) la función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable; 6) la capacidad de los sistemas de comunicación; 7) la observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios; entre otros. Establece una norma mínima de autenticación para los mensajes de datos intercambiados en ausencia de una relación contractual previa y, al mismo tiempo, da orientación sobre lo que eventualmente podría suplir la firma cuando las partes recurrieran a comunicaciones electrónicas en el contexto de un convenio de comunicaciones.

Con arreglo a la Ley Modelo, la mera firma de un mensaje de datos mediante el equivalente funcional de una firma manuscrita, no basta de por sí para dar validez jurídica al mensaje. La cuestión de la validez jurídica de un mensaje de datos que cumple el requisito de una firma deberá dirimirse con arreglo a la normativa aplicable al margen de la Ley Modelo.

La firma digital es un conjunto de datos asociados a un mensaje que asegura la identidad del firmante y la integridad del mensaje, es decir que permite identificar al firmante (autoría) y asegurar que los contenidos no se modificaron desde su firma, o detectar cualquier alteración posterior (integridad). Tecnológicamente la firma digital es definida como un conjunto de datos asociados a un “mensaje digital e incorporados a éste por un programa de computación desarrollado al efecto que permite garantizar la identidad del firmante y la identidad del documento firmado”. Se destaca que la misma equivale a la firma manuscrita, pero no es una copia de la misma, lo que resulta de la ley 25506 de la República Argentina en su art. 2° “No es la imagen escaneada de la firma manuscrita. Equivale a la firma manuscrita. Es la encriptación (criptografía) de un documento con la llave privada del hash (huella)”. La definición técnica de una función de hash es un cálculo matemático en donde se obtiene como resultado un código. Siempre y cuando en ese documento electrónico no se haya modificado ningún carácter, el cálculo del *hash* arrojará el mismo código resultante. Con esta herramienta podemos garantizar la integridad del documento o archivo que estemos analizando (30).

La utilización de la tecnología en actos de la vida diaria y particularmente en el comercio, ha requerido algo tan simple, como complejo en las transacciones electrónicas: identificar a las partes y asegurar que el documento soporte permanezca inalterado; solo así podrá evitarse el repudio. Como respuesta a esa necesidad, surge la firma digital, una herramienta cuya interpretación requiere algunos recaudos. Por lo tanto, el documento físico firmado hológrafamente, aún hoy es considerado auténtico, no repudiable (31) y por lo tanto es un elemento de prueba válido (él elemento por excelencia) en la mayoría de los sistemas legislativos.

(30) ESCOBAR, Diego Sebastián “Análisis de las implicancias legales en el uso de firma digital, firma electrónica o función de hash en contratos y documentos comerciales”, pág. 268 *IX Jornada Nacional de Derecho Contable, 11 de agosto, Córdoba 2016*.

(31) El repudio generalmente va asociado a la carga de la prueba, es decir, quien alega la autenticidad, una vez desconocida en juicio debe correr con la prueba de la misma. En el sistema de firma digital, como se verá, esta carga se

De esta manera, las transacciones que exigen la identificación de una de las partes, y precisan de la inalterabilidad del soporte que contiene la manifestación de una voluntad negocial, requieren de firma digital (32).

No basta tener certeza de quien tenemos en frente (pantalla mediante) sino también hace falta constatar (y poder acreditar en juicio) que ha dirigido (en el caso puntual y ante el acto que se invoca) su voluntad en un sentido u otro en un documento que, una vez confeccionado, debe mantenerse tal cual fue firmado, al menos, hasta que sea apreciado como prueba ante un juez.

La realidad en la cual vivimos, con esta doble dimensión (tangible e intangible (33)), requería que esta herramienta garantizara lo mismo que la firma hológrafa hacía en su dimensión: el no repudio. Un documento firmado digitalmente (34) puede evidenciar mediante el procedimiento de verificación, si dicho documento ha sufrido alteraciones o cambios, posteriores a la firma, garantizándose así que el documento ha mantenido su integridad. En esto hay que establecer una diferencia, la firma digital

invierte debiendo quien niega la validez de la firma, correr con la prueba de tal aseveración.

(32) Esta denominación varía según el país de que se trate pudiendo ser: firma digital o electrónica avanzada, certificada o calificada.

(33) Preferimos utilizar esta concepción unicista, a la usual contraposición de “mundo virtual y mundo real”, puesto que real es el mundo en el cual vivimos y hacemos negocios, ya sea en la dimensión tangible (papel) como intangible (documentos electrónicos).

(34) Básicamente el proceso de firma funciona de la siguiente manera: El firmante proporciona a un sistema, información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control (art 2, ley 25506). Seguidamente, el sistema ejecuta un procedimiento matemático que contiene tres términos: una clave pública, el contenido del documento reducido a números binarios, y la clave privada del firmante (punto anterior) lo que genera un resultado matemático único por documento. Si se modifica el documento (por mínimo que sea) esto impacta en uno de los términos que intervienen en el procedimiento matemático, alterando su resultado y evidenciando la alteración. Si, el documento electrónico firmado no se alteró, en el proceso de verificación se evidenciará tal coincidencia, la que se traducirá en la integridad del documento, que no podrá ser repudiado.

no asegura la “inalterabilidad” del documento electrónico firmado digitalmente, pero si asegura su integridad. Parece un juego de palabras: los documentos electrónicos firmados digitalmente pueden ser alterados, pero dicha alteración será evidenciada posteriormente mediante un procedimiento de verificación, y por ende no llegarán a ser íntegros; en cambio los documentos físicos pueden sufrir alteraciones del contenido posteriores a la firma, y las mismas quedaran sujetas a pericias, mas no a una simple verificación.

Hay normativa diseñada para ser tomada como guía (Ley modelo de UNCITRAL, Directiva Europea (35)) y otras que han sido naturalmente adoptadas (ley de UTAH). Los ordenamientos jurídicos de América Latina, han seguido los estándares de la Ley Modelo de Naciones Unidas (36) y de la ley de Utah, recogiendo de la primera los principios de no discriminación y de equivalencia funcional para los conceptos tradicionales de “escrito”, “firma” y “original”. Esto ha dado un marco de cierta homogeneidad dentro de la diversidad normativa, y también ha permitido con una relativa facilidad la celebración de acuerdos (privados) de reconocimiento reciproco de certificados digitales, lo que permite su uso transfronterizo.

Estas legislaciones, han incorporado o reconocido herramientas que tienen diferente alcance y denominación: firmas electrónicas (simples), firmas digitales y/o electrónicas avanzadas, certificadas o calificadas según la denominación adoptada por cada país. En general, se parte de la

(35) Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1999

(36) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Ley Modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI – UNCITRAL) 1996-2005. “Principio de no discriminación (Art. 5). No se privará de efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensajes de datos electrónicos y no en soporte de papel”. Criterio de “equivalencia funcional” (Arts. 6, 7 y 8) Determinando qué función básica cumplen los requisitos formales de la documentación en soporte de papel, cumplidos los mismos por un mensaje de datos se le podrá atribuir un reconocimiento legal equivalente.

concepción de la firma electrónica como género y de la digital o de la electrónica avanzada como una especie (37).

Toda una problemática puede ser la presentación y valoración en juicio de un registro informático y su atribución a un determinado autor, que en el sistema procesal clásico debería ser autenticado documentalmente o sujeto a una prueba pericial (38).

5. EL MARCO NORMATIVO ARGENTINO. La Ley 25.506 impropriadamente conocida como de “firma digital” (en adelante “LFD”), sancionada y promulgada a fines de 2001, ha montado una estructura excesivamente burocrática (39), y recién hace poco tiempo se cuenta con un Cer-

(37) PARDINI, Aníbal “Hacia un protocolo de pericia e incautación en sistema de registro informático”, en *Revista de la Universidad Austral*, que el autor tuvo a bien enviarnos por vía electrónica. N° 1, agosto 2016, pág. 85.

(38) IGLESIAS, Silvia – ESCOBAR, Diego Sebastián “Análisis de las implicancias legales en el uso de firma digital, firma electrónica o función de hash en contratos y documentos comerciales”, pág. 268 *IX Jornada Nacional de Derecho Contable, 11 de agosto, Córdoba 2016*.

(39) En el acto de lanzamiento de la Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina www.pki.gov.ar, el subsecretario Abal Medina destacó que con la firma digital los trámites, certificados o expedientes, que antes obligaban a los ciudadanos a concurrir a una dependencia del Estado ahora se van a poder realizar a través de una pantalla de computadora, significando un gran ahorro de tiempo y dinero. Por ejemplo, si las notificaciones se realizarán por este medio, se reducirían los tiempos de las acciones judiciales en un 40%, concluyó. Pero, ¿qué hace la Autoridad Certificante Raíz? Habilita a los Certificadores Licenciados para otorgar certificados a los Titulares, alias los usuarios finales de la firma digital. Sería básicamente como las normas que habilitan a los Colegios Profesionales a dar matrícula a sus afiliados. Constituir la Autoridad Certificante Raíz fue para la Subsecretaría todo un logro, principalmente por los obstáculos políticos y su desinterés asociado, y en ese aspecto deben augurarse los mejores deseos de éxitos, sin embargo ahora resta un trabajo más arduo aún, que es conseguir que entidades públicas y privadas se interesen en primer término por constituirse en Certificadores y luego cumplan con los estrictos requisitos tecnológicos, económicos, societarios, impositivos y de garantía que conlleva tal función. En el acto de lanzamiento, la AFIP en la persona del Sr. Alberto Abad, presentó la primera

tificante Licenciado para el sector privado y solo tres para el sector público: la AFIP, la ANSES y la ONTI (Oficina Nacional de Tecnologías de la Información) (40).

solicitud para ser Certificador Licenciado lo que, de ser admitida, habilitará a todos los organismos que interactúen con dicha Entidad y a los contadores a solicitar a su vez ser titulares de firmas digitales, que seguramente será una cuestión compulsiva más que voluntaria si se quiere mantener un fluido y amigable contacto tributario y fiscal. A nivel privado, cualquier empresa podrá ser Certificador Licenciado, ya que específicamente la ley establece que sus servicios se prestarán en régimen de competencia. Lo cierto es que el nivel de inversión exigido para calificar requiere necesariamente un mercado dispuesto a firmar digitalmente cuanto documento se envíe y así hacer rentable la inversión. ¿Es Latinoamérica un mercado atractivo? Hasta ahora parecería que no.

(40) Desde sus comienzos, el Subgrupo de Trabajo N° 13, "Comercio Electrónico" del MERCOSUR, ha insistido sobre la necesidad de llevar adelante negociaciones tendientes a lograr mecanismos que posibiliten el reconocimiento de certificados digitales entre los Estados Partes, intercambiando información sobre los marcos normativos nacionales que atañen al reconocimiento de las firmas electrónicas y digitales y de los documentos electrónicos e iniciando el proceso de redacción de normativa sobre la materia. Que se conozca hasta el presente, dio como resultado dos proyectos de resolución: "MERCOSUR/GMC EXT./RES. N° 34/06 – Directrices para la celebración de acuerdos de reconocimiento mutuo de firmas electrónicas avanzadas en el ámbito del MERCOSUR" y "MERCOSUR/GMC EXT./RES. N° 37/06 – Reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR". Ambos fueron consensuados en Junio de 2006, pasaron por consultas internas en los Estados Partes y han sido aprobados por el Grupo Mercado Común (GMC). La Asociación Latino Americana de Integración (ALADI) se encuentra coordinando el proyecto de Digitalización de Certificados de Origen, utilizados como documentación que acompaña cualquier proceso de importación–exportación entre los doce países de Latinoamérica que actúan bajo acuerdo de dicha Asociación. A los efectos de definir de los requerimientos técnicos, normativos y procedimentales, se ha creado un Grupo de Trabajo ad hoc en el marco de ALADI que tiene a su cargo esta tarea. En Abril de 2006 la Delegación de Argentina, integrada por funcionarios de varios organismos nacionales presentó una propuesta técnica de trabajo que conformó el documento base para el proyecto. En cuanto al sector público nacional, en rápida reseña: se han llevado

El Decreto Reglamentario 2628/02 en su art. artículo 1°, regula el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica: *“En los casos contemplados por los artículos 3°, 4° y 5° de la Ley N° 25.506 podrán utilizarse los siguientes sistemas de comprobación de autoría e integridad: a) Firma electrónica, b) Firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores no licenciados en el marco de la presente reglamentación, c) Firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores licenciados en el marco de la presente reglamentación, d) Firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores extranjeros que hayan sido reconocidos en los siguientes casos: 1. En virtud de la existencia de acuerdos de reciprocidad entre la República Argentina y el país de origen del certificador extranjero. ...”*

El documento electrónico como una representación material destinada e idónea para producir una cierta manifestación del pensamiento

a cabo lentos pero considerables avances en el Poder Judicial de la Nación, rezagado en relación a los de provincias, de acuerdo a lo sabido en la IV Conferencia Anual de Jueces (Bs. As. 03/09/2010), donde se informó acerca de la ampliación e implementación de un sistema de ingresos de causas por la web, la tramitación electrónica de oficios, la estandarización de las videoconferencias, la certificación de las firmas digitales, la digitalización de la mesa de entradas, y un proyecto que busca digitalizar bases de datos. Según la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por año se generan 600 mil cédulas enviadas a domicilios constituidos, las que insumen el sesenta por ciento del tiempo del proceso, por lo que se está implementando la notificación electrónica, las subastas electrónicas, la generación de 15 mil puestos conectados a internet con un ancho de banda en crecimiento, la firma digital y, finalmente, el digesto electrónico. Otras áreas del Estado han avanzado con mayor rapidez, particularmente la AFIP, el BCRA y la CNV4. En cuanto al sector privado, no se cuenta con estadísticas o registros del uso de la firma y el documento electrónico en nuestro país. Ello no obsta para que la utilización de la firma digital, a la que el texto legal asigna el mismo valor probatorio que la manuscrita, sea convenida entre las partes de alguno de los contratos a los que me voy a referir utilizando los servicios de un certificador no licenciado. Sintéticamente, la LFD y el Dec. 2628/02, ponen a disposición de los usuarios la firma digital, la firma electrónica, el documento electrónico y la certificación de un tercero licenciado o no. Cualquier persona física o jurídica que desee utilizarlas en nuestro país tiene el camino expedito, pero no contamos con estadísticas sobre estas aplicaciones, a contrario de lo que sucede con el comercio electrónico.

representativo de un hecho, y apta para producir efectos jurídicos, se reconoce ya como documento-género.

El Código Civil y Comercial Argentino dispone en el art. 288 2ª parte "En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una forma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento".

Su representación escrita, volcada en papel, es instrumento-especie. Al documento alojado en el disco del ordenador no legible al ojo humano corresponde denominarlo documento electrónico, y cuando se imprime en hoja papel legible e inteligible al ojo humano, instrumento informático.

Si bien fue fruto de una maduración doctrinaria, la sanción de la LFD puso fin a todas las discusiones al establecer en su art. 6º, que "*Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura*".

Se estableció el criterio de integridad en el art. 8º: "Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma".

El principio de conservación luce en el art. 12º: "La exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, según los procedimientos que determine la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permita determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/ o recepción".

Arbitró en posiciones al dejarse sentado que "Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación" (art. 11º).

Conforme con nuestra legislación, cualquier tipo de información representada digitalmente puede transformarse en un documento electrónico y es susceptible de ser firmada digitalmente. Es por ello que la firma digital puede utilizarse para otorgar efectos jurídicos o valor probatorio a toda declaración de voluntad o de conocimiento, con independencia de su extensión o de su medio de almacenamiento, sin limitación alguna.

La ley citada ofrece dos alternativas de firma para estos soportes: la firma electrónica y la firma digital. Al que utiliza la primera le corresponde la carga de la prueba judicial, lo que se invierte con la segunda.

No se beneficia al consumidor obligándole a los costos de la firma digital (41).

6. LA CERTIFICACIÓN EN PARAGUAY.

Nos permitimos tomar de la comunicación “EL COMERCIO ELECTRÓNICO A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA”, del académico paraguayo Prof. Dr. Bonifacio Ríos, al que hemos hecho referencia en la ADVERTENCIA PRELIMINAR y que aconsejamos consultar en integridad, aspectos de los “37. REQUISITOS BÁSICOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN: a) *garantizar la utilización de un servicio rápido y seguro de guía de usuarios y de un servicio de revocación seguro e inmediato; b) garantizar que pueda determinarse con precisión la fecha y la hora en que se expidió o revocó un certificado; c) comprobar debidamente, de conformidad con el derecho nacional, la identidad y, si procede, cualesquiera atributos específicos de la persona a la que se expide un certificado reconocido; d) emplear personal que tenga los conocimientos especializados, la experiencia y las cualificaciones necesarias correspondientes a los servicios prestados, en particular: competencia en materia de gestión, conocimientos técnicos en el ámbito de la firma electrónica y familiaridad con los procedimientos de seguridad adecuados; deben poner asimismo en práctica los procedimientos*

(41) MARZORATI, Osvaldo J. “Las nuevas Tecnologías y el Impacto de la venta on-line en los sistemas tradicionales de Distribución Comercial”, Buenos Aires, Agosto de 2016, en prensa en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot.

administrativos y de gestión adecuados y conformes a normas reconocidas; e) utilizar sistemas y productos fiables que se requiera para prestar servicios de certificación y que estén protegidos contra toda alteración y que garanticen la seguridad técnica y criptográfica de los procedimientos con que trabajan; f) tomar medidas contra la falsificación de certificados y, en caso de que el proveedor de servicios de certificación genere datos de creación de firma, garantizar la confidencialidad durante el proceso de generación de dichos datos; g) disponer de recursos económicos suficientes para operar de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, en particular para afrontar el riesgo de responsabilidad por daños y perjuicios, pudiendo emplearse para el efecto fianzas, avales, seguros o cualquier otro medio; h) registrar toda la información pertinente relativa a un certificado reconocido durante un período de tiempo adecuado, en particular para aportar pruebas de certificación en procedimientos judiciales. Esta actividad de registro podrá realizarse por medios electrónicos; i) no almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que el proveedor de servicios de certificación ha prestado servicios de asignación de firmas electrónicas; j) utilizar sistemas fiables para almacenar certificados de forma verificable, de modo que: – sólo personas autorizadas puedan hacer anotaciones y modificaciones; – pueda comprobarse la autenticidad de la información; – los certificados estén a disposición del público para su consulta sólo en los casos en los que se haya obtenido el consentimiento del titular del certificado; y – el agente pueda detectar todos los cambios técnicos que pongan en entredicho los requisitos de seguridad mencionados. k) demostrar la honestidad de sus representantes legales, administradores y funcionarios, a través de certificaciones de antecedentes policiales y judiciales”, a los que siguen los “38. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CERTIFICADOS DIGITALES”, las “39. OBLIGACIONES DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN” y obviamente “40. RESPONSABILIDADES”.

6.1. EL SISTEMA EN ESPAÑA. Relacionando la evolución de estos instrumentos con la experiencia en países de similares características, su uso ha experimentado gran desarrollo en España a partir del Real Decreto Ley 14/1999 (17/09/99) sobre firma electrónica, que fue aprobado con el objetivo de fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías de seguridad de las comunicaciones electrónicas en la actividad de las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas, en ese orden. Fue anterior a la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Con-

sejo, del 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica; y definió a la "firma electrónica reconocida" según las pautas impuestas luego en la Directiva otorgando equivalencia funcional con la firma manuscrita respecto de los datos consignados en forma electrónica. En ese país, la prestación de servicios de certificación no está sujeta en ningún caso a la autorización previa por parte del Estado, inversamente de lo que sucede en el nuestro; el marco normativo simplemente reforzó las capacidades de inspección y control del Ministerio de Ciencia y Tecnología. La ley contiene, incluso, una regulación respecto del documento nacional de identidad electrónico, que es en un certificado electrónico reconocido llamado a generalizar el uso de instrumentos seguros de comunicación electrónica capaces de conferir la misma integridad y autenticidad que la que actualmente rodea las comunicaciones a través de medios físicos. Se limita a fijar el marco básico del nuevo DNI electrónico, poniendo de manifiesto sus dos notas más características: acredita la identidad de su titular en cualquier procedimiento administrativo y permite la firma electrónica de documentos remitiéndose a la normativa específica en cuanto a las particularidades de su régimen jurídico. Actualmente son pocos los lugares de ese país que no cuentan con dicho DNI. También esa ley avanzó respecto del Real Decreto Ley de 1999, que sólo permitía a las personas jurídicas ser titulares de certificados electrónicos en el ámbito de la gestión de los tributos, estableciendo el régimen aplicable a su actuación como firmantes, a efectos de integrar a estas entidades en el tráfico telemático, dada la enorme expansión que habían tenido estos certificados en dicho ámbito sin que haya aumento alguno de la litigiosidad ni de la inseguridad jurídica en las transacciones.

Los certificados electrónicos de personas jurídicas no alteran la legislación civil y mercantil en cuanto a la figura del representante orgánico o voluntario y no sustituyen a los certificados electrónicos que se expidan a personas físicas en los que se reflejen dichas relaciones de representación. Ante terceros, se limita su uso a los actos que integren la relación entre la persona jurídica y las Administraciones públicas y a las cosas o servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la entidad, sin perjuicio de los posibles límites cuantitativos o cualitativos que puedan añadirse.

Es de destacar que, aunque el término “giro o tráfico ordinario”, como reconoce la Exposición de Motivos, sea de cuño mercantil, la regulación sobre los certificados de personas jurídicas no sólo se aplica a estas sociedades, sino a cualquier tipo de persona jurídica que quiera hacer uso de la firma electrónica en su actividad.

Aún más: reconociendo que el instituto de la representación está ampliamente generalizado en el tráfico económico, la ley española hace un acogimiento explícito de las relaciones de ese tipo que pueden subyacer en el empleo de la firma electrónica, dotando de seguridad jurídica la imputación a la esfera jurídica del representado de las declaraciones que se cursan por el representante a través de la firma electrónica.

Para ello, se establece como novedad que en la expedición de certificados reconocidos que admitan entre sus atributos relaciones de representación, ésta debe estar amparada en un documento público que acredite fehacientemente dicha relación de representación, así como la suficiencia e idoneidad de los poderes conferidos al representante. Asimismo, se prevén mecanismos para asegurar el mantenimiento de las facultades de representación.

La ley permite que los prestadores de servicios de certificación podrán, con el objetivo de mejorar la confianza en sus servicios, establecer mecanismos de coordinación con los datos que preceptivamente deban obrar en los Registros públicos, en particular, mediante conexiones telemáticas, a los efectos de verificar los datos que figuran en los certificados en el momento de la expedición de éstos.

Dichos mecanismos de coordinación también podrán contemplar la notificación telemática por parte de los registros a los prestadores de servicios de certificación de las variaciones registrales posteriores.

6.2. DETERMINACIÓN DE FECHA EXACTA EN ARGENTINA Y ESPAÑA.

Si bien la ley española no regula ni recoge la emisión de sellados de tiempo o *time stamping*, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, la Real Casa de la Moneda y Camerfirma, que son Autoridades de Certificación y Autoridades de Fechado reconocidas por el Ministerio de Industria de

España, ya han autorizado a varios certificadores privados a prestar este servicio.

La importancia de este sellado de tiempo se deriva del mismo cómputo de cualquier tipo de plazos que dé nacimiento, modifique o extinga el contrato mismo o relaciones jurídicas emergentes de su ejecución, ya que requerirá de absoluta precisión en la determinación de la fecha (día y hora exactos) por lo que no puede suceder que, electrónicamente, la hora dentro del mismo día sea distinta, a menos que los relojes de los ordenadores intervinientes no estuvieran ajustados a un solo patrón horario o fueran deliberadamente manipulados.

La seguridad en la determinación exacta de la hora tiene la misma importancia que la de la fecha. Será un tema de importancia en la revocación del contrato, particularmente en las relaciones de consumo.

Para evitar la “no repudiación” en la contratación electrónica, debe resultar imposible para una parte negar falsamente que ha enviado un particular documento o mensaje mediante el cual se ha alcanzado un acuerdo legal. Se requiere autenticación idónea ante un juez, jurado o un tercero juzgador, que la negativa de una contraparte respecto al quién, qué o *cuándo* del documento, es falsa.

Dentro de una estructura de criptografía de clave pública (o *asincrónica*) como la que implementa la ley argentina, al solicitar un certificado para firmar digitalmente un correo electrónico, el certificador licenciado emitirá un Certificado Digital (art. 13 LDF) que tiene día y hora de fecha cierta *del certificado*, basando su vigencia en esa fecha (art. 15), lo que entre otras cosas está relacionado con la vigencia del mismo, más no acredita la fecha *del documento*.

Sin embargo, cuando se firma un correo, la hora que tendrá esa firma es la que tiene la máquina del remitente en el momento del envío, que puede ser distinto del momento en que lo escribió e indicó que lo firmaba que es la que certificará una Autoridad de Certificación confiable, como por ejemplo la Autoridad Certificante para Correo electrónico de la ONTI, Sub Secretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros que emite certificados digitales a personas físicas que realicen trámites con el Estado.

Pero, además, puede protegerse el valor jurídico de la hora de la firma de un documento o correo con la participación de un tercero confiable como Certificador de Tiempo, quien emite un sello fechador que asocia una fecha digital con un documento en un modo criptográficamente seguro. El sellado digital de fecha y hora se puede utilizar con posterioridad para probar que un documento electrónico existía en el momento que indican la fecha y hora digital.

Es el clásico ejemplo del caso en que a alguien se le ocurre una idea genial, la escribe en un procesador de textos y le pone un sello fechador digital: el documento y la fecha pueden probar en un futuro esa circunstancia. O bien cuando un documento debe ser firmado por varias personas, en orden jerárquico, como una resolución donde debe firmar primero un secretario, luego el tesorero, una vez que estos dos firmaron recién firma el presidente. La Autoridad de Certificación puede emitir Sellos de Tiempo con cada firma para garantizar *la secuencia* y la fecha y hora en que se efectuaron las firmas.

También es esencial, para mantener la validez de los documentos a través de los años, ya que recertificar las claves o volver a firmar los contratos requiere de la colaboración de ambas partes varios años después de la firma original. Para evitar que una de las partes se rehúse a cooperar, se interviene el contrato con el servicio de registro digital de fecha y hora en el momento de la firma, recibiendo las partes copia de tal registro, el que podrá utilizarse años después para reclamar la validez del contrato original.

La combinación de una estructura de clave pública más una autoridad de sellado de contenido y tiempo es la que mejor asegura la no repudiación de un contrato perfeccionado por medios electrónicos. Para que sea confiable, el registro de fecha y hora tendrá que evitar ser falsificado, para lo cual existen estándares tecnológicos, entre los cuales se requiere que las fechas y horas provengan de un reloj también inviolable, que no puede ser reprogramado y que mantendrá la hora exacta durante muchos años.

En el caso de la ley española, las fuentes de tiempos utilizadas, se auto calibran por distintos caminos, haciendo que la exactitud no disminuya por debajo de los requerimientos especificados (500 milisegundos

de desviación) utilizando como referencia la del Real Instituto y Observatorio de la Armada en San Fernando (ROA) y la sincronización GPS (Global Positioning System) vía satélite.

Este tipo de servicios de constatación de contenido y estampado electrónico de fecha y hora no ha sido regulado por la legislación argentina; alguna mención se hace en el art. 12, como requisito para la conservación de documentos, registros o datos, que queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permita determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/ o recepción.

En el Decreto 2628/02 reglamentario de la ley se encuentra una sola mención en el art. 16, que entre los recursos del Ente Administrador incluye los de certificación digital de fecha y hora.

El Observatorio Naval Bs. As., es actualmente un organismo dependiente del Servicio de Hidrografía Naval con las misiones –entre otras– de conservar y difundir la Hora Oficial Argentina, que está asegurada con los relojes atómicos del Observatorio Naval, cuya principal característica es la regularidad de su marcha, ya que el máximo error que se puede acumular es de un segundo en más de 3000 años con la precisión de un milésimo de segundo.

La determinación de la hora se realiza mediante la inter comparación de tiempo con la Oficina Internacional de la Hora, ya sea por comparación a distancia o en forma directa por transporte de reloj, o mediante la transferencia de tiempo que provee la red satelital GPS.

Comparando el desarrollo en ambos países, surge a las claras que el intervencionismo del Estado es en buena medida la causa del atraso en el nuestro.

7. LA FORMACIÓN DE CONTRATOS POR INTERNET. Conviene ensayar una clasificación de los diversos tipos de redes de comunicación disponibles actualmente:

a) Redes públicas, de la que la más conocida es Internet, cuyos servicios de navegación si bien son gratuitos, requieren de elementos de comunicación y de un proveedor de acceso, de los que los hay gratuitos y pagos.

Internet se divide a su vez en distintos sectores con perfiles propios, entre los que se destacan las llamadas “redes sociales”, las dedicadas al tráfico de videos, de correo electrónico, de navegación, etc.

La integración de las redes de telefonía móvil celular y satelital con las de transferencias multimedial de datos admite una reclasificación según desde dónde se posiciona el observador. La telefonía celular todavía no provee facilidades para firmar digitalmente documentos electrónicos según nuestro marco legal.

b) Redes privadas a las que se tiene acceso mediante una membresía, tales como las que vinculan a los cajeros automáticos de entidades financieras, las de las empresas de transporte de pasajeros con sus clientes, la CNV con sus socios, las universidades con sus miembros, los Colegios Profesionales con sus matriculados, etcétera.

c) Redes totalmente privadas, como las que estructuran internamente las empresas para vincular sus recursos informáticos, o las que se establecen dentro de un hogar o un estudio profesional con idénticos propósitos.

A su vez, debe distinguirse a la contratación *por medios informáticos*, de los *contratos informáticos*: la primera se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico de comunicación, que gravita decisiva y realmente en el desenvolvimiento, la formación de la voluntad o la interpretación de un acuerdo, mientras que los segundos son los que tienen por objeto bienes o servicios informáticos tales como elementos “de máquina” o *hardware*, los programas o *software*, manuales de procedimientos o de utilización y los diversos servicios de apoyo o *ingeniería de sistemas*. Que son distintos a los que hemos individualizado como contratos electrónicos.

Hasta el momento existen dos maneras de contratar por medio de redes de comunicación, de las cuales la más universal y gratuita es Internet:

1) Mediante el consentimiento a contratos de adhesión disponibles en portales (o “vidrieras”) de un “negocio” o empresa virtual que realiza ofertas innominadas.

2) Mediante contratos paritarios celebrados de la manera tradicional de regateo de cláusulas.

En principio, ambos son especies del género de contratos entre ausentes o celebrados a distancia.

La contratación electrónica (42) abarca un arco de posibilidades que van desde la inclusión de todos los contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos hasta considerar tales al intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador. Además, las comunicaciones y la tecnología actual posibilitan la existencia de contratos sin registro alguno como en el caso de reservas de vuelo telefónicas, o mediante tarjetas magnéticas u operaciones de transferencia de fondos por “home banking” (Internet) o de compra de música.

8. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y FIRMA DIGITAL. Se generaliza la costumbre de incluir entre las cláusulas predispuestas la prórroga de la jurisdicción a la solución por medio del arbitraje de amigable composición del tipo reglamentado o institucional. A ello nos referiremos en un último capítulo, al afrontarlo dubitativamente para las relaciones de consumo, conforme la regulación particular.

Como pautas para la interpretación de los restantes contratos debe tenerse en cuenta que si se trata de un contrato de consumo deberá ser interpretado conforme las normas de la Ley 24.240 –que referiremos lateralmente en el capítulo siguiente–, debiendo admitirse en principio la validez de las condiciones generales relativas al régimen de formación del consentimiento, cuando son incorporadas por el proponente del contrato al iniciarse las tratativas y siempre que el adherente haya conocido o podido conocer y entenderlas.

(42) BORDA, A.: “El contrato celebrado por medios informáticos y las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, LL, LXVI–Nº 24, Bs. As., 2002.

Los contratos de adhesión se despliegan desde un sitio web (página de Internet) que realiza ofertas innominadas, generalmente con la ilustración de los productos desde diversos ángulos, descripciones generales y técnicas y precios. Es común, por haberse popularizado mucho, la utilización de sistemas conocidos como “carrito de supermercado” por usar dicha representación icónica, en los que el interesado va eligiendo los que resultan de su interés y agregándolos electrónicamente al carrito.

Finalizada esa etapa, que podemos denominar pre contractual, el interesado tiene la opción de “comprar” mediante el clic en el botón correspondiente, momento a partir del cual se entra en la etapa contractual propiamente dicha mediante el despliegue gradual y por etapas de las condiciones predispuestas de la oferta. En cada uno de dichos pasos secuenciales, se va preguntando al interesado si acepta las condiciones, y se solicita la por lo general la doble confirmación o doble clic, para eliminar errores de manipulación.

Sea al principio o al final del proceso, se solicitan los datos personales del aceptante y la elección de los diversos medios de pago alternativos.

¿Dónde interviene la firma digital? Es necesario introducir el concepto informático de “Protocolo”: se trata de las reglas (convenciones de formato) que usan los programas para transmitirse datos entre sí. Es el idioma de datos elegido para entenderse entre dos programas: así como dos o más personas convienen en comunicarse a través del idioma castellano o francés, el convenir en intercambiar datos en formato “Word” o “Excel” define un protocolo de transferencia de datos.

9. DOMICILIO LEGAL Y DOMICILIO ELECTRÓNICO. JURISDICCIÓN. Una evidencia de que el e-mail ha desplazado casi totalmente al transporte en soporte papel como medio de comunicación de lo escrito, es que actualmente interesa más conseguir el domicilio electrónico de un individuo, que su domicilio real, lugar que la ley fija como su asiento o sede para la producción de determinados efectos jurídicos.

En cualquier relación jurídica resulta imprescindible que cada persona humana o jurídica posea un domicilio –y no más que uno– en el cual resulten válidas y eficaces las comunicaciones que allí se cursen, de ma-

nera de no dar lugar a dudas a la administración de Justicia ni a los particulares sobre su existencia o, en caso de existir varios, cuál de ellos es el apropiado.

Así nació la firma digital, que nada tiene que ver con una firma, como venimos informando, sino que es un proceso que asegura todas estas cosas y se lo denominó "firma" por su similitud con los objetivos y efectos que tiene la firma manuscrita en un papel, de "prestar conformidad" o "manifestar la voluntad", que tiene dos componentes que la hacen más segura que la firma manuscrita:

1) Tanto el contenido del documento firmado digitalmente, como la propia firma digital, se encriptan con un algoritmo casi indescifrable, puesto que se necesitarían años de proceso de computadoras potentes para descubrir el algoritmo encriptador.

2) Sólo el destinatario, contando con la clave apropiada, puede visualizar el contenido.

De lo que se sigue que, si bien el mensaje es seguro mediante la aplicación de la firma digital, el sistema de comunicación no brinda las garantías necesarias para que sea legalmente aceptado. Existen soluciones técnicas, pero no están legisladas en conjunto por una ley nacional, salvo la firma digital; cada organismo estatal busca una solución parcial al problema basada en sus propios intereses.

Resulta conveniente que sea opcional para cada persona física o jurídica tener un domicilio electrónico y que en el caso de que las personas jurídicas opten por tener un domicilio electrónico, cumplan con tal requisito como un agregado o extensión del domicilio legal anotado en el Registro.

Pero se advierte que, de no mediar una norma de alcance nacional que legisle sobre el domicilio electrónico, cada ente podría establecer sus normas, independientemente de los otros, pudiendo obligar a las personas a ingresar diariamente a numerosas páginas o *e-ventanillas* de diferentes entes, para averiguar si tiene alguna notificación electrónica o requerimiento, como en el caso de expedientes electrónicos, aunque el sis-

tema se ha perfeccionado y suele enviarse una señal de alerta de la necesidad de ingresar para notificarse de resoluciones que pueden generar caducidad de derechos.

Parece no haber remedio más seguro para evitar futuras controversias judiciales que regular legalmente el domicilio electrónico como domicilio especial y voluntario, permitiendo su constitución a las personas físicas y/o Jurídicas, bajo ciertas condiciones. Como en la actualidad coexisten numerosos domicilios electrónicos en una misma persona, incluido un domicilio fiscal según la ley 26.044, desde la Comisión de Asesoramiento y Tecnologías de la Información de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas se ha redactado un Proyecto de Ley nacional que disponga un único domicilio legal electrónico.

10. PRUEBA DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS. La prueba es una cuestión bien sensible para todas las operaciones electrónicas que no cuentan con encriptación de su contenido y con firma digital, pero no por ello significa que sean imposibles de probar y que dejen a las partes sin forma de validar sus acciones para defender los reclamos que entre las partes se realicen (43).

Toda acción electrónica puede probarse, solo que dependerá de las circunstancias que rodeen cada relación comercial, la capacidad de probanza de cada parte y de los recaudos que cada una y ambas hayan tomado. Un ejemplo sería convenir anticipadamente que el medio electrónico será su canal exclusivo de comunicación, así como definir previo a iniciar la relación comercial, cuáles serán las direcciones de correo electrónico válidas, quiénes y cuándo se podrán comunicar por mensajería instantánea, de qué números de telefonía celular se podrá recibir solicitudes de compra, entre tantas otras variables que incidirán en la ejecución del contrato.

(43) VILORIA, Mónica “Los Mensajes de Datos y la prueba de los negocios, actos y hechos con relevancia jurídica soportados en formatos electrónicos”.

La jurisprudencia ha valorizado particularmente esa vía de contratación electrónica, habilitándola a todos sus efectos cuando ha sido elegida o usada. Incluso para notificar la rescisión. Así lo resolvió la Cám. Nacional Comercial Sala D con fecha 3 de septiembre de 2015, en la causa “E-CORP SA c/ ADECCO ARGENTINA SA s/ Ordinario”, entendiéndose cumplido el recaudo establecido en el segundo párrafo de la cláusula 10 del contrato, desde que cabe considerar al e-mail como documento escrito al que corresponde otorgar fehaciencia según la norma convencional, en tanto previo su utilización como medio de comunicación, lo que aparece sustentado en cómo fue redactada dicha cláusula “Todas las notificaciones requeridas o permitidas por este contrato se efectuarán por escrito y se remitirán por carta documento u otro documento de carácter fehaciente que lo reemplace...” (44).

11. **TRIBUTACIÓN EN INTERNET.** Los aportes al Estado por parte de las acciones en Internet ha sido un tema que ha desvelado a los gobiernos, por un lado, porque por sus estrictas normas impositivas no se podía interpretar que las acciones en Internet estaban alcanzadas por un impuesto determinado; y por el otro, porque si bien estaban interesados en percibir las cuantiosas sumas que deberían aportar los contribuyentes, no querían desalentar las incursiones comerciales en Internet.

Con el crecimiento progresivo apuntado, vender desde China o desde U.S.A., o dentro del propio país, seguramente las mayores diferencias legales estarán en el rubro impositivo, puesto que las demás leyes de “orden público” (aplicables a todos) mantendrán su vigencia para toda la Argentina. Si el crecimiento continúa hacia el MERCOSUR –o sobre acuerdos bilaterales o multilaterales–, mucha legislación está siendo o deberá ser unificada, efectuando un análisis preventivo, cuyo resultado seguramente será que no varían sustancialmente las leyes. Ya hemos hecho referencia al “dumping”.

(44) Fallo con nota de ELOIS, María A. “¿Puede rescindirse un contrato comercial mediante un correo electrónico?” en *Temas de Derecho Comercial, empresarial y del Consumidor*, Ed. Erreius, Marzo 2016, pág. 51.

Parte de los aspectos tributarios se vinculan a la elección de una **Base de Operaciones**. La decisión de dónde constituir la base de operaciones seguramente será un tema a tratar con una expansión comercial consolidada, ya que difícilmente se decida cambiar la sede social al incursionar en el comercio electrónico. En la oportunidad de evaluar si trasladar la base de operaciones o no, también se deberá tener en cuenta la legislación aplicable, especialmente en lo que respecta al ámbito laboral, a los beneficios impositivos y demás cuestiones tradicionales, porque si bien Internet está “flotando entre las nubes” al momento de un reclamo baja inmediatamente a tierra (45), imponiendo una jurisdicción, tema bien complejo como veremos en una jurisprudencia.

En ponderado trabajo (46) se apunta que “La imposición directa en el comercio electrónico, la existencia de un sitio en la red o un servidor en una jurisdicción ... crea un establecimiento permanente y, por lo tanto, debería corresponder a dicha jurisdicción el derecho a gravar la renta que se atribuye a esa empresa o personas visible que actúan como operadores. Sin embargo, para que ello sea posible deben redefinirse los tratados tributarios por los estados mediante convenio bi o multilaterales, es decir, en este punto interesa la armonización internacional y la relevancia de los Convenios de doble imposición donde se diseñen líneas sobre conceptos como residencia fiscal, existencia de establecimiento permanente, calificación de rentas percibidas, distinción entre residentes y no residentes, distinta tributación en función de la calificación de la renta, regular vacíos legales que para evitar la doble tributación o la no imposición cuando corresponda, etc. En cuanto a la imposición indirecta destacamos la regulación efectuada en la Unión Europea conocida informalmente como la 'tasa

(45) Complementariamente puede verse Situación de los Negocios por Internet y el Comercio Electrónico en Argentina http://www.cace.org.ar/docs/Resumen_Situacion_Economia_Digitalv01.pdf

(46) ROSAS VILLARUBIA, Ingrid – MÁRQUEZ, Analía Soledad “COMERCIO ELECTRÓNICO Y FISCALIDAD. Problemáticas sobre la imposición directa e indirecta. Posible soluciones” (TRADE ELECTRONIC AND TAXATION. Problems on direct and indirect taxation. Possible solutions) en *Estudios de Derecho Empresario* n° 9, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba. 2016.

Amazon' para las operaciones de comercio directo (off online), donde el IVA recaudado ya no irá a parar al país donde está la sede de la empresa, sino al país donde reside el comprador, ... Así por ejemplo Brasil y Argentina han suscripto un acuerdo bilateral para evitar la doble tributación en el ámbito del Mercosur. Respecto al Impuesto a las Ganancias Brasil ha firmado numerosos acuerdos bilaterales con diversos países europeos con el mismo objetivo (47). Si bien en el ámbito del Mercosur se estableció un Grupo de Trabajo de Comercio Electrónico, sin embargo, su tarea se limita a la regulación en materia de defensa al consumidor. Además, no se trabaja sobre otro punto álgido que refiere a la jurisdicción ante un conflicto entre países. En este sentido la Organización Mundial del Comercio (OMC) (48) estableció que "la situación puede ser más complicada en el caso de las transacciones internacionales, ya que la incertidumbre acerca de la jurisdicción sobre el comercio realizado a través de Internet o teléfono, se considera uno de los principales obstáculos al comercio internacional".

12. FACTURA ELECTRÓNICA. A los fines de reducir la evasión fiscal, los organismos de control impositivo de cada país, han ido implementando la factura electrónica. Tal es el caso de la Administración Federal de Ingresos Públicos de Argentina (AFIP) que dispuso que, a partir del mes de abril de 2007, la emisión de facturas electrónicas sea obligatoria para empresas proveedoras de Internet, medicina prepaga y TV por cable o satelital. Por su parte, para las compañías de telefonía celular la obligatoriedad comenzó a regir en el mes de julio de ese mismo año, y así gradualmente hasta abarcar a todo el universo de contribuyentes. La factura electrónica otorga validez tributaria a operaciones comerciales efectuadas mediante documentos generados electrónicamente, con una importante economía de recursos respecto de los que son emitidos físicamente (49).

(47) ALTMARK, Daniel Ricardo y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Tratado de Derecho Informático*, T. II, pág. 286, Buenos Aires, La Ley, 2012.

(48) El Comercio Electrónico y el papel de la OMC.

(49) VIEGA, María José *Lecciones de Derecho Telemático*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.

Como principios rectores del sistema, reconoce al interés general de los actores involucrados; la eficacia desde la óptica de la gestión empresarial y la posibilidad de control por parte de la Administración tributaria.

Son ventajas de la Factura Electrónica: a) Que llegan a través del correo electrónico o se pueden consultar en la web en forma instantánea; b) Son más comprensibles y se tiene la posibilidad de conocer los detalles de consumo desde la web; c) Mejora de la relación empresa-cliente, ya que éste último recibe antes la información y en un formato más sencillo de guardar y clasificar; d) Genera un conjunto de servicios de valor añadido, ya que el emisor pone a disposición del cliente la información que posee del mismo; e) Importa un ahorro de gastos en los envíos postales, así como economía de recursos, ya que no se requiere imprimir talonarios con original y dos copias, porque la factura electrónica se puede imprimir en cualquier papel y con la ventaja adicional de que no se acumularán facturas en papel; y f) Reduce la deforestación y posterior contaminación por usar cloro en el proceso de blanqueo del papel. Son ejemplos de las últimas ventajas, que el costo de emisión de un recibo en papel asciende (conforme información de la UE) a 0.75 euros, mientras que, en el caso de la factura electrónica, su costo es de 0.05 euros, y el gasto de tiempo es prácticamente nulo; y que en una empresa como Telefónica (Uruguay), la facturación electrónica permite el ahorro anual en consumo de papel del 40% equivalente a más de 700 toneladas.

Si bien los grandes beneficios antes mencionados seguramente se generarán, el receptor estará forzado a leer atentamente los correos electrónicos con facturas electrónicas recibidas, ya que desde su recepción se contará el plazo legal para observarla por defectos en su elaboración. También deberá asegurarse de rescatar aquellas facturas que el proveedor de Internet haya considerado spam.

Será otro tema de análisis las posibilidades de ser reclamadas judicialmente, ya que los Tribunales no tienen la misma visión o posición que la Autoridad Recaudadora para analizar este documento enviado por correo electrónico y del que surge una deuda dineraria líquida y exigible.

IV – VENTAS A CONSUMIDORES (B2C).

Hasta aquí nos hemos referido a la compra venta internacional y a la contratación electrónica, vinculándolas tangencialmente con su relatividad frente a las relaciones de consumo. Ahora nos dedicaremos, aunque brevemente, a avizorar problemas del “respeto al derecho del consumidor” en aquel tipo de compraventa.

Uno de los grandes problemas metodológicos de protección al consumidor es sobre si el mismo debe ser abordado también en la legislación que protege la libre competencia, e inclusive si no deben introducirse modificaciones en la legislación impositiva –tema al que acabamos de hacer referencia–. Son temas centrales de un posible debate. El Derecho de la Competencia tiene también como objetivo la protección del consumidor y propulsar innovación en el mercado. Pero el desarrollo del Derecho de la Competencia es lento, mientras el desarrollo del mercado es vertiginoso.

En el análisis del Derecho de la Competencia, en especial en puntos de creciente conflicto con prácticas y mercados de servicios innovadores (como WhatsApp (50), Uber (51), Airbnb (52), Google (53), etc.), y en la restricción de carácter preventivo de situaciones con mero potencial de actuación desleal, se busca demostrar la necesidad de reformulación conceptual y legislativa frente al cambio cultural, social y económico traída por esos avances tecnológicos, aumento poblacional y globalización de la información, y de la incentivación de la compraventa internacional electrónica a consumidores.

(50) Aplicativo de envío gratuito de mensajes de texto, audio e imágenes, y llamadas vía smartphone o computadora. <http://www.whatsapp.com>

(51) Aplicativo que conecta conductores particulares con pasajeros que necesitan de transporte, como una alternativa al transporte público o al taxi. <http://www.uber.com>

(52) Web sitio y aplicativo que permite que personas oferten hospedaje en sus propias casas a viajeros o demás público de interés. <http://www.airbnb.com>

(53) Proveedor de búsquedas, entre otros productos. <http://www.google.com>

A ejemplo de la Comisión Europea, las autoridades de defensa de la competencia de diversos otros países se han vuelto más voraces en la persecución de lo que juzgan como infracciones de competencia. En tal proceso, mercados de rápida innovación y preocupaciones en cuanto a dominio de mercado han sido los temas de mayor evidencia. No necesariamente debe entenderse la innovación excesivamente superior a la de los adversarios como una desventaja desleal. Si no se pasaría a perseguir a los que “vencen la competencia” y son más eficientes, no debiendo aceptarse prácticas burocráticas que buscan crear situaciones de igualdad artificial, y penalidades a aquellos que actúan legalmente con mayor eficacia o innovación, conquistando o intentando conquistar un porcentaje del mercado muy superior a la de sus concurrentes.

En función de ello corresponde hacerse preguntas en nuestro particular análisis del comercio electrónico y la protección a los consumidores desde el punto de vista del derecho de la competencia: ¿Programas como *WhatsApp* son el resultado de una iniciativa empresarial sagaz e innovación en la forma de ofertarse un servicio, y, así, podrían recibir cómo “premio” natural por eso el dominio temporal (54) del mercado de envío de mensajes de texto?, ¿O debe recibir imposiciones que lo deje en una posición de mayor igualdad a los límites de las empresas de telefonía, para garantizar que sea una competencia justa? ¿Cuál es el equilibrio y como poner coto a la apetencia estatal de generar nuevos impuestos, no siempre constitucionales? ¿Las autoridades de defensa de la competencia en verdad inhiben la competencia?, ¿Lo que ellas buscan es la competencia equilibrada en la que ningún concurrente es muy superior a otro de la misma categoría?, ¿Eso no sería el opuesto de libre competencia?, ¿Eso no afecta-

(54) Temporal porque se trata de una era de cambio rápido de tecnología. O sea, a partir del momento en que un servicio pasa a dejar mucho que desear, cualquier uno que tenga una buena idea y acceso a los medios de crear un aplicativo, puede ofertar y divulgarla a los consumidores. Y si esa oferta corresponder a una demanda existente real, los consumidores migrarán a esa tecnología. El monopolio temporal se trata del mismo concebido y permitido a través de patentes de explotación o producción exclusiva de un producto por tiempo determinado.

ría negativamente el consumidor?, ¿La idea no sería permitir que la selección natural de la competencia resultara en la supervivencia de la mejor oferta al consumidor?, ¿Restringir nuevas tecnologías a las limitaciones de la tecnología que ella ultrapasó no es un golpe contra la innovación?, ¿Por fin, el derecho de la competencia no ha seguido una ideología contraria a los preceptos que debería proteger? A través de la idea de que lo que se combate no es el monopolio, y sí el abuso de mercado que se hace potencialmente posible a través de un monopolio; como las barreras artificiales de entrada (en oposición a lo que se podría llamar de "*barreras naturales positivas*" (55)), el precio predatorio, la fidelización ilegal, entre otras prácticas ilícitas; la persecución sufrida por algunas empresas tiene carácter preventivo no justificado por indicios de ninguna de estas prácticas, y si por la mera eventual posibilidad de una actitud dominante en el mercado, sancionada en el Título Preliminar de nuestro Código Civil y Comercial argentino, en cuanto genere o pueda generar daño. El fenómeno de la globalización y el efecto producido por las modernas tecnologías, a las que nos hemos referido, sumado a otros factores económicos, políticos, legales y sociales han ocasionado un cambio significativo en las relaciones de consumo, lo cual coloca siempre de relieve la noción del consumidor, el rol que este cumple como agente económico y social y la debida protección que debiera gozar (56).

A su vez, en la relación de consumo debemos apuntar a la noción de proveedor o profesional, que es la contraparte del consumidor en esa relación. Puede definírsele como una persona física o jurídica que actúa en el marco de una actividad habitual, interesada (lucrativa) y organizada de producción y de distribución de bienes o de prestación de servicios –en el caso nos limitaremos a aquella distribución–. Se trata de un

(55) Siendo las barreras naturales en ese ejemplo factores como la satisfacción general de los consumidores con un servicio o producto, la fidelidad del consumidor a la marca, precios bajos difíciles de ser alcanzados por otros competidores, etc.

(56) Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Código de Defensa del consumidor y de Protección de la Economía Popular de Perú.

concepto multidireccional; el profesional es generalmente un comerciante, puede también serlo un industrial, un artesano o un profesional liberal. Puede ser una persona física o jurídica (57).

Hay situaciones híbridas, donde aparezca como profesional y consumidor, como cuando aquel realiza un acto necesario para su futura profesión, en cuyo caso la jurisprudencia francesa hace prevalecer la finalidad profesional, descartando la aplicación de la tutela al consumidor, o la adquisición para uso mixto o promiscuo, o del que contrata un bien para las necesidades de su profesión, pero fuera de su especialidad (58).

Nuestra sociedad es una sociedad de masas, de consumo, de consumidores que consumen en masa, y el punto de partida fueron los Tratados Comunitarios en la Unión Europea, que se inicia en la Cumbre de París del año 1972, deviniendo la creación en 1973 del Comité Consultivo de los Consumidores, del que devienen otras organizaciones, y una primera intervención en el año 1976 del Tribunal de Justicia de las Comunidades (el "cassis de Dijon") (59).

En los lugares altamente industrializados y densamente poblados como Europa y Estados Unidos de América, se ha desarrollado suficientemente esta parte del derecho y desde allí fueron transmitidos a Sudamérica, donde los países componentes del bloque del MERCOSUR cuentan con legislaciones reguladoras del mismo, así tenemos en la República Argentina una ley especial (24240, modificada por la Ley 24999), que establece la responsabilidad objetiva del productor fabricante, importador, distribuidor, proveedor del bien, vendedor y titular de marca. Igualmente, en el Brasil existe una ley especial de defensa del consumidor (Ley 8078) que también establece una responsabilidad objetiva derivada por daños

(57) STIGLITZ, Rubén S. "Nuevos temas incorporados a la Teoría General del Contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación" en *AAVV Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial – Contratos – Pate General*, Rubén S. Stiglitz Director, Ed. Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires 2015, tomo I pág. 3, esp. 18.

(58) STIGLITZ, Rubén S. ob. cit. en nota anterior pág. 22 y ss.

(59) CORRIENTES CÓRDOBA, José Antonio "La protección de los consumidores en la Europa Comunitaria: de los Tratados Fundacionales al de la Unión Europea (MAASTRICHT", pág. 8 y ss. en *AAVV Estudios Sobre el DERECHO DE CONSUMO*", Ed. Iberdrola, Bilbao, 2ª. Edición 1994.

causados por productos y servicios y la responsabilidad subjetiva derivada de hechos delictivos típicos calificados en la misma ley. Finalmente, en el Paraguay al igual que en la legislación uruguaya los casos de daños ocasionados al consumidor en virtud de la relación jurídica de consumo reenvía a las disposiciones del Código Civil. En América Latina recién después de la década del 60 comenzaron tímidamente a surgir la inquietud para la protección de los intereses del consumidor, tal vez fue Colombia el primer país preocupado por la suerte de aquél. Sin embargo, en esa época ya con claridad surgía como un derecho autónomo en la Legislación europea y norteamericana; pero, en rigor recién en estas dos últimas décadas que en los demás países alcanzaron fuerzas por el reconocimiento de este derecho y se organizaron las instituciones destinadas a la protección de los consumidores. Siguiendo la opinión de Gabriel Stiglitz y otros en la obra: "Defensa de los consumidores, de productos y servicios": "Las normas armónicas nacionales deben tender a lograr los standards comunes más elevados si no queremos favorecer paraísos que pronto se transformen en infiernos para consumidores y proveedores. A ello se deberán enfrentar los múltiples procesos de integración subregional que se inician en América, y ello deberá ser tenido en cuenta en los acuerdos de complementación económica que se están negociando actualmente. La solución más avanzada es la que se ha logrado en la Comunidad Europea, donde se ha elaborado un verdadero nuevo orden jurídico – el derecho comunitario – que se impone al derecho nacional de cada uno de sus Estados miembros. Aunque por aquí estemos lejos de ello, mucha de esta experiencia debería servir y ser recogida a los efectos de lograr las mejores leyes y disposiciones nacionales comunes. Un buen ejemplo es el de la necesidad de legislar con criterios comunes en materia de publicidad, ya que ésta circula por los más variados medios a través de todo el continente, donde emisor y receptor pueden estar sujetos a legislaciones diversas. También aquí pueden ser buena guía la necesidad que tuvieron los países miembros del Consejo de Europa de regular la publicidad transmitida por televisión cuando ésta es recibida en países distintos al país emisor (Convención de Estrasburgo de 1989) (60).

Existe un orden público en materia de relaciones de consumo, incorporados a las normas que las regulan. En México, en 1976 entra en vigor la Ley federal de protección de consumidor, que ha tenido múltiples

(60) Hemos seguido la opinión del Académico paraguayo Prof. Dr. Ríos Avalos, antes de conocer su específica ponencia al IX Congreso de Academias.

reformas. Esta Ley es de orden público e interés social, cuyo objetivo es de promover y proteger los derechos de los consumidores y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Entre sus principios básicos se encuentran: “la efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología evitando en todo caso el manejo fraudulento de la información proporcionada y la correcta utilización de los datos aportados”. A nivel internacional, el orden público e interés social son nociones a geometría variable, puesto que cada país interpreta según sus usos y costumbres lo que está prohibido o no (61).

El ARTÍCULO 7° del nuevo Código Civil y Comercial argentino, sobre “Eficacia temporal” y en forma similar al art. 3° C.C. del Código derogado, dispone “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de *orden público*, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos *amparados por garantías constitucionales*. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”. Aquí aparece el principio de protección a las relaciones de consumo y al orden público.

Por ello las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata, sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del derecho al consumo (62).

(61) OBÓN LEÓN, Ramón “El orden público y el interés social en la nueva Ley federal del derecho de autor”, *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.

(62) Que el CCC argentino recoge no sólo para los contratos en general (arts. 1096 a 1122 CCC), sino que también se extiende a ámbitos específicos de tutela al consumidor, conforme ha resuelto la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Buenos Aires, Sala III con fecha 9 de diciembre de 2015 en la causa V.M. de los A. c/ San Cristóbal Seguros Generales S.A. s(Daños

1. SITUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS (63)

1.1. La situación que brevemente se expone tiene alcance general para el conjunto de la contratación electrónica, de la que, obviamente, la compraventa, sea en el ámbito nacional o en el internacional, es la figura contractual más habitual; ocurre, no obstante, que la protección del consumidor o usuario está planteada como un problema que surge respecto del fenómeno del comercio electrónico, sea cual sea el contrato en particular que se celebre en cada caso.

1.2. En efecto, atendiendo a ese criterio, la normativa de protección de carácter más amplio aparece recogida en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), de 16 de noviembre de 2007, con diversas modificaciones posteriores, cuyos artículos 92 a 113 regulan, a partir de las Directivas europeas en la materia, los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. La contratación electrónica, a estos efectos, es tratada como una variante o modalidad de la contratación a distancia, a la que son aplicables las reglas allí contenidas.

1.3. En los citados preceptos, la LGDCU agrupa en cuatro capítulos las siguientes cuestiones:

a) Reglas de carácter general sobre el ámbito de aplicación, donde se consideran técnicas de contratación a distancia el correo postal, internet, el teléfono y el fax, y donde se establecen algunas excepciones de aplicación por el carácter especial de la materia; así mismo se contienen aquí

y perjuicios, incumplimiento contractual. TAMBUSSI, Carlos E. "La aplicación inmediata de la norma más favorable al consumidor" en *Temas de Derecho Comercial, empresarial y del Consumidor*, Ed. Erreius, Buenos Aires, Mayo 2016, pág. 89.

(63) Este apartado inicial del capítulo IV – VENTAS A CONSUMIDORES, es una colaboración de nuestro invitado, Jesús Quijano González, Catedrático de Derecho Mercantil, de la Universidad de Valladolid (España), Miembro del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a quién agradecemos su gesto, y al que hemos hecho referencia en la ADVERTENCIA PRELIMINAR.

reglas sobre las comunicaciones comerciales electrónicas y a distancia y los servicios de intermediación, (artículos 92 a 96).

b) Reglas sobre la información precontractual que debe ser ofrecida al consumidor y sobre los requisitos formales de los contratos a distancia, con posible sanción de nulidad por incumplimiento y con expresa mención de la regla según la cual “la falta de respuesta a una oferta de contratación no puede considerarse en ningún caso como aceptación de tal oferta” (artículos 97 a 101).

c) Régimen del esencial derecho de desistimiento, que comprende el concepto y las excepciones, el plazo de ejercicio, los efectos, las obligaciones y las responsabilidades (artículos 102 a 108); se trata de un mecanismo fundamental de protección que permite el “descuelgue o abandono del contrato” por parte del consumidor sin alegar causa y sin que ello suponga resolución o incumplimiento indemnizable.

d) Reglas sobre la ejecución del contrato a distancia, con previsiones especiales sobre el pago y la sustitución del bien objeto del contrato (artículo 109 a 113).

1.4. Además de este marco general aplicable a la contratación a distancia, y dentro de ella a la contratación electrónica, hay que tener en cuenta que la misma LGDCU contiene otras medidas de protección de consumidores aplicables también con carácter general (así, el régimen de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas, la garantía de conformidad en los productos de uso y consumo, la responsabilidad civil derivada de daños causados por productos defectuosos, etc.)

1.5. Asimismo, en la propia LGDCU está previsto el recurso a un Sistema arbitral de Consumo (artículos 57 y 58), que ha sido ampliamente desarrollado por el Real Decreto de 15 de febrero de 2008, modificado por el de 14 de mayo de 2009. En estas normas de desarrollo se regula en detalle todo lo relacionado con tal sistema (objeto y ámbito de aplicación, organización a través de las Juntas arbitrales de consumo, procedimiento de actuación, alcance del convenio arbitral) y se añaden algunas especialidades precisamente para el arbitraje de consumo electrónico y para el arbitraje de consumo colectivo.

1.6. Además del sistema arbitral, cabe la posibilidad de utilizar un mecanismo específico de mediación como vía de resolución de conflictos, pues la Ley de 6 de julio de 2012, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, habilita esta opción voluntaria y por mutuo acuerdo entre las partes de modo general y también de manera específica mediante procedimiento electrónico.

1.7. Fuera de la LGDCU hay que tener en cuenta que otras disposiciones mantienen reglas particulares sobre alguno de los supuestos o figuras contractuales allí previstos con carácter general (así, por ejemplo el artículo 38 de la ley de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero de 1996, sigue manteniendo un concepto particular de la venta a distancia), o adaptan el régimen de la contratación a distancia a otros sectores (así, la Ley de 11 de julio de 2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, complementaria en ese aspecto de la importante Ley de Contratos de Crédito al Consumo, de 24 de junio de 2011).

1.8. Hay que añadir también que el propio Código de Comercio, en su artículo 54, que fue redactado de nuevo por la Ley de 11 de julio de 2002 que a continuación se mencionará, contiene la regla general sobre momento y lugar de perfección del contrato celebrado entre ausentes, en estos términos: "hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presupone celebrado en el lugar en que se hizo la oferta". Pero tal regla general tiene una excepción expresa a continuación, precisamente pensada para la contratación electrónica y en coherencia con la mayor agilidad del tráfico informatizado: "En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación", lo que significa que no es necesario remitir la perfección del contrato al momento en que el oferente conozca la aceptación.

1.9. Al marco hasta aquí descrito, hay que sumar la disposición que de manera más específico atañe al fenómeno del comercio electrónico, aunque se trata más bien de una norma referida al uso de esa técnica en

la celebración de contratos y no tanto de una norma de protección de consumidores que contratan online o en la red. La Ley en cuestión es la de 11 de julio de 2002, con algunas modificaciones posteriores, denominada “de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico”, que vino a introducir en el Derecho español la Directiva Comunitaria del año 2000, sobre comercio electrónico. Junto a algunas reglas particulares sobre la contratación electrónica en general (perfección, validez y eficacia, prueba, etc. del contrato celebrado online), tiene interés destacar que en la citada ley se contemplan expresamente las dos vías procedimentales (judicial y extrajudicial) a través de las que se pueden ejercer las acciones disponibles, y en particular la acción de cesación, configurada como una acción colectiva –a las que nos referiremos más adelante, acotamos–, complementaria de las que están previstas en la legislación de protección de los consumidores (acciones declarativas, de remoción y rectificación, de indemnización, etc.) y relacionada con los supuestos de legitimación activa que la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene para estos casos.

1.10. Finalmente, el uso habitual de firma electrónica para formalizar la contratación ha sido expresamente contemplado por la Ley especial (Ley de Firma Electrónica, de 19 de diciembre de 2003, con posteriores modificaciones), donde se regula tanto la tipología de firmas, como las condiciones de seguridad en la identificación del sujeto firmante y de protección de la invariabilidad del contenido del mensaje transmitido con firma electrónica.

1.bis. LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL TEMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO DEL 2015. Nuestro Código Civil y Comercial Argentino sólo atiende a la documentación electrónica en los contratos a distancia con un consumidor. El contrato de consumo tiene una regulación dual (64). Por ello focalizaremos nuestra atención en ese aspecto.

(64) SANTARELLI, Fulvio G. “El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación” en AAVV *Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – Contratos – Parte general–* cit. tomo I pág. 539 y ss. La reciente reforma del Código Civil francés –febrero 2016– no introduce normas de tutela a

En el contexto de la reciente reforma del 1° de agosto de 2015, que implica un nuevo Código Civil y Comercial, la cuestión es explicada en la Exposición de Motivos de elevación del Anteproyecto, que transcribimos como el mejor aporte que podemos ofrecer, para considerar en los debates del Congreso Iberoamericano de Academias:

“TITULO III. Contratos de consumo.

1. Método. De conformidad con la posición asumida en el punto primero del Título II, hemos decidido incorporar la regulación de los contratos de consumo.

Hemos asumido que constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

El problema que debemos resolver en este título es cuál es la extensión de la regulación, en particular, si es adecuado reproducir en el Código Civil las reglas de la legislación de consumidores o bien sólo unos principios y reglas generales.

La primera opción no ha sido seguida en la legislación comparada. Si bien hay Códigos que han incorporado reglas específicas, lo han hecho de modo muy limitado. Hay dos tipos de razones que fundamentan esta actitud: a). la dinámica constante de las relaciones de consumo hace que sean muy cambiantes, y por eso es que resulta muy necesaria e insustituible la legislación especial, que puede ser fácilmente modificada; b). La sectorialización de la legislación constituye una especie de descodificación del propio subsistema. Hoy existen normas especiales sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad y muchas otras que hacen muy difícil e inconveniente una sola regulación.

Por estas razones se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes:

los consumidores, manteniéndose en ese país la regulación específica en un Código del consumo.

En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.

Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela.

También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común,

En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

De modo complementario con esta concepción, es necesario dar cabida a críticas que ha hecho la doctrina a la legislación especial de consumidores, y en los aspectos generales, solucionar algunos problemas. Por esta razón es que se abordamos la noción de relación y de contrato de consumo y otros aspectos.

2. Definición de relación y contrato de consumo

La regulación del contrato de consumo requiere una definición legal, cuestión que, a su vez, depende de lo que se entienda por relación de

consumo. La solución más sencilla es remitir a la ley especial, pero ocurre que la ley 24240, con las modificaciones de la ley 26.361, ha sido criticada ampliamente por la doctrina en este aspecto.

Por esta razón se adoptan las siguientes definiciones normativas:

Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del "consumidor expuesto", incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un

ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las “Prácticas abusivas” ya que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.

3. Consecuencias prácticas del método adoptado

Al separar en dos títulos, el régimen de contratos de consumo es totalmente diferente. Por esta razón, en los contratos de consumo hay un control de incorporación y de contenido de la cláusula abusiva. Esta característica hace que pueda ser declarada abusiva aun cuando el consumidor la apruebe; lo mismo ocurre con la aprobación administrativa; nada impide la declaración de abuso. Esta regla se aplica, aunque el contrato de consumo sea de adhesión o no, porque la adhesión (que es un problema de incorporación de la cláusula) es indiferente; lo que importa es que sea de consumo.

En el otro extremo están los contratos negociados, regulados en el primer título, a los que nada de lo anterior se aplica. Dentro de los contratos negociados, puede haber una situación de debilidad que son los de adhesión, donde la negociación no se produce. En estos casos distinguimos: si hay negociación, es válido; si no la hay, puede haber declaración de abuso.

Es necesario definir la relación de consumo, porque esta comprende hechos, actos unilaterales y bilaterales. Ello permite regular los fenómenos de responsabilidad derivados de hechos, prácticas negociales como la publicidad, derivados de actos unilaterales, y contratos, que son actos bilaterales. En la definición se utilizan dos elementos: el consumo final y la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. De este modo no solo se incorpora el criterio más extendido actualmente, que es el de la no profesionalidad, sino que también se resuelven muchos conflictos. En particular hay mucha discusión sobre los

vínculos que celebran empresas para su consumo final, que, con esta definición, quedan excluidos. La tutela, en este último supuesto, surgirá de los contratos celebrados por adhesión. De esta manera hay mayor consistencia con el derecho brasileño, ya que el Supremo Tribunal Federal consideró que no es aplicable el Código de Defensa del Consumidor a una relación entre empresas, y la doctrina ha comentado favorablemente esta interpretación, señalando que lo contrario haría que se borre toda distinción entre comercio y consumo, lo que terminaría en una generalización que perjudicaría a los más débiles.

4. Formación del consentimiento. En este tema hay profundas diferencias con la parte general de contratos regulada en el Título II, y además, no hay una regulación sistemática en el derecho argentino, lo que justifica una mayor extensión en el tema. En primer lugar, se consagra una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo. Preceptúa la norma que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor, en la medida de sus conocimientos, las características esenciales del bien o del servicio y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato. Esta disposición no es igual a la existente en los contratos en general, donde la parte que obtiene información a su costo, no tiene, por regla general, que compartirla.

Se propone la regulación de las prácticas abusivas. Conforme con lo dicho en relación al método, debe comenzarse con la Constitución Nacional que establece el "trato digno", de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales.

La ley actual contiene la siguiente norma: "Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre

los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor (Artículo 8 bis incorporado por artículo 6° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

Sin derogarla, se la amplía con base en principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

También se sugiere la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores.

La ley vigente tiene la siguiente norma: "Efectos de la Publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente (Art 8. Párrafo incorporado por el artículo 1° de la Ley N° 24.787 B.O. 2/4/1997).

La regulación que proponemos es más amplia, sistemática y conforme a los criterios actuales de la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores. Se define la publicidad ilícita, incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales y se especifican las acciones que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales. Al igual que la norma citada, se establece que la publicidad integra el contrato.

5. Modalidades especiales

En este capítulo se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, celebrados a distancia y celebrados por medios electrónicos. Se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor, y que son, entre otras, las siguientes:

El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado, ... La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación...".

Hasta aquí la transcripción, recordando –conforme la referencia constitucional de estas notas explicativas, que Paraguay incorporó la protección al consumo en su Constitución en el año 1992 y la Argentina lo hizo recién dos años después. Volveremos sobre este punto, pero destacamos que nuestro novel Código Civil y Comercial, que regula las relaciones de consumo y las normas protectivas, reitera en su art. 1° ese principio constitucional "1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados...". Es que la Constitución de cada país es un camino normativo de diferente alcance y rango, dirigido a proteger en cualquier otro tipo de disposiciones los derechos de los consumidores. Hay pocas materias como el consumo, tan idóneas para comprobar como la fuerza normativa de la Constitución despliega su eficacia en todas las direcciones del ordenamiento (65).

2. LAS NORMAS RESPECTIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. Coherentemente con lo expuesto, para considerar temáticamente en las discusiones de este Congreso, transcribimos

(65) CASCAJO CASTRO, José Luis "Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores", pág. 38 y ss. en AAVV *Estudios Sobre el DERECHO DE CONSUMO*", Ed. Iberdrola, Bilbao, 2ª. Edición 1994.

también las soluciones normativas en el nuevo Código Civil y Comercial argentino:

*TITULO III – Contratos de consumo CAPITULO 1 – Relación de consumo

ARTÍCULO 1092.– Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

ARTÍCULO 1093.– Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

CAPITULO 3 Modalidades especiales

ARTÍCULO 1104.– Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

ARTÍCULO 1105.– Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. **En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa.**

ARTÍCULO 1106.– Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.

ARTÍCULO 1107.– Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

ARTÍCULO 1108.– Ofertas por medios electrónicos. Las ofertas de contratación por **medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente** o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.

ARTÍCULO 1109.– Lugar de cumplimiento. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.

Como se advertirá, y fue anticipado en sus Fundamentos, expresas soluciones tutelares en favor del consumidor, aplicables a la compraventa internacional y la forma de contratación electrónica.

3. OTRAS NORMATIVAS. La Convención sobre la Compraventa de Viena rige los contratos de compraventa internacional de mercancías entre empresas privadas, con excepción de las ventas a consumidores y las ventas de servicios, así como las ventas de tipos concretos de mercancías. Aquí pasamos a acotar todo lo que hemos venido describiendo.

Esas Convenciones basaban la relación en la teoría clásica del contrato: libertad, igualdad y orden público. Ahora se distinguen dos tipos de contrato: los paritarios y los de consumo donde las partes no se ubican en un plano de igualdad.

Los contratos celebrados a distancia son una modalidad de ambas formas de contratación, y los celebrados electrónicamente una modalidad de los celebrados a distancia.

Los contratos de adhesión, ya consolidados como el estándar en las modalidades de comercio electrónico en Internet, contienen una oferta general e innominada, durante un tiempo. Si al lector le interesa aceptar la oferta, habrá de ir desplegando información que, progresivamente, solicita su conformidad para avanzar en las condiciones predispuestas. En todo momento dispone de las condiciones de retractación para abandonar el proceso de aceptación. Ambas alternativas, la de aceptación progresiva y la de retractación se confirman mediante la pulsación de un “botón” informático a través del teclado o la ubicación del puntero del ratón (mouse) para hacer “clic”. El uso generalizado de este último y la costumbre de solicitar dos veces la orden, ha sido confirmada por la jurisprudencial extranjera, que ha dado en denominarla o “clic wrap agreement” o “web wrap agreements” (66).

(66) El método click-wrap fue presentado en las cortes en “ProCD v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996). Fue confirmado en lo sucesivo en muchos otros casos como: *Feldman v. Google, Inc.*, 513 F.Supp.2d 229 (E.D.Pa. 2007); *In re Real Networks, Inc. Privacy Litigation*, No. No. 00-1366, 2000 WL 631341 (D. Ill. May 8, 2000); *Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie*, No. 98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Cal. Apr. 16, 1998). *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 150 F.Supp.2d 585 (S.D.N.Y. 2001), *aff'd*, 306 F.3d 17 (2d. Cir. 2002), proporciona la más clara definición del acuerdo o licencia clickwrap. GÓMEZ, Hernán Adrián “El contrato

En los Fundamentos del Código Civil y Comercial Argentino, reiteramos sin derogar la ley de protección a los consumidores, se expresa: “En cuanto a la firma su efecto propio de la es la asunción del texto, es decir de la declaración de voluntad, tal como se proyecta. Se agrega un párrafo referido a los instrumentos generados por medios electrónicos que ya figura en el Proyecto de 1998 y que está en consonancia con la ley 25506 de firma electrónica, de acuerdo al cual –si bien luego se consignan excepciones– *“cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”*.”

En el derecho comparado hay distintos modelos.

Una opción es mantener separadas ambas regulaciones. Es el criterio del *Código del Consumo* Italiano (Decreto Legislativo n° 206 del 6 de septiembre de 2005), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias española (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007) y del Anteproyecto de Reforma al Código Civil francés en el Derecho de obligaciones y el Derecho de la prescripción, dirigido por el profesor Pierre Catalá y presentado al Ministerio de Justicia en el año 2005, que tampoco la incorpora al Código Civil. Todos los Estados Partes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) así como todos los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia) tienen leyes del consumidor separadas del Código Civil. El comentario 2 al Preámbulo de los Principios de Unidroit señala el “propósito de excluir del ámbito de los Principios las llamadas *operaciones de consumo*”.

Con otro criterio, la reforma del año 2002 el Código Civil alemán incorporó algunas normas aplicables específicamente al Derecho del Consumidor (definición de consumidores y profesionales, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, garantías en la venta de bienes de consumo) junto con otras propias del Código (condiciones generales de la contratación, morosidad en las operaciones co-

electrónico internacional de transporte aéreo en el ámbito del MERCOSUR. Consideraciones sobre la cláusula arbitral”, citado.

merciales, comercio electrónico). El Código Civil quebequés de 1991 incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (arts. 1432, 1437, 1438) así como a la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (arts. 1468 y 1469). El Código Civil holandés de 1992 reguló las condiciones generales de contratación (Libro 6, arts. 231 a 247), la responsabilidad por productos (Libro 6, arts. 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (Libro 6, arts. 194 a 196).

En Perú el Código de Protección y Defensa del Consumidor está integrado con las leyes 29571, 29888, 30040 y 30056 (67).

En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo. Se establecen requisitos para las cláusulas generales predisuestas: deben ser comprensibles y autosuficientes; su redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible; se tienen por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Estos requisitos se extienden a la contratación telefónica o electrónica, o similares. Su interpretación es en sentido contrario a la parte predisponente.

Ese rango constitucional esta instaurado también en la Constitución de Brasil, art. 5° inc. 31 dentro del Capítulo I “De los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos – Título II “De los derechos y Garantías Fundamentales”: “el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor”.

(67) CARBONELL O'BRIEN, Esteban *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Jurista Editores, versión actualizada y ampliada, Lima 2015.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela da protección al consumidor en el art. 117, en el Capítulo VII "De los Derechos Económicos": "los procedimientos de defensa del consumidor".

La Constitución de los Estados Unidos de México lo determina en el art. 28, Cap. I "De las Garantías Individuales" con fijación de políticas económicas proteccionistas, finalizando "La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses".

La Constitución de la República del Salvador lo hace en el art. 101, título V "Orden Económico" con similares declaraciones, concluyendo "Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores".

La Constitución de la República de Ecuador establece una sección expresa, y en la Sección Tercera de la misma "De los Consumidores, prescribe en el art. 92 una serie de normas tuitivas.

La Constitución de Colombia lo hace en su art. 78, incluso disponiendo que "garantizará la participación de las organizaciones de consumidores".

Guatemala lo hace en el art. 119 de su Constitución sobre las Obligaciones del Estado, y en su punto i) "La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.

La Constitución de Perú lo hace en el Título III "Del régimen económico art. 65 "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho de la información...".

La República de Paraguay, anfitriona de este Congreso lo hace en el art. 38 determinando "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa ... de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo".

La Constitución de nuestro país, la República Argentina, lo hace en su art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.– Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. – La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control” (68).

Esa defensa de la competencia, a nivel mundial, impulsada originariamente por la legislación europea y luego por la de la Comunidad Europea, se han prodigado en normas de conducta, tuitivas de los consumidores, atribuyendo responsabilidades por la calidad de los productos, por la transparencia de las operaciones y en el óptimo funcionamiento de los mercados (69).

El *Competition Law* de la Unión Europea y el *Antitrust Law* de Estados Unidos de América, como son más comúnmente referidos, divergen en más de lo que la terminología que los denomina, y, de forma generalizada, la mayor parte de los demás modelos internacionales de Defensa de la Competencia se refleja, en un modelo o en el otro. Por ello deberían

(68) Sobre la diferencia entre relación de consumo y contrato de consumo, pero también sobre muchos de los temas que abordamos, puede verse VITOLLO, Daniel R. *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2015.

(69) Es imposible hacer una referencia a la bibliografía sobre el punto, apuntamos MICELE, Mario “La ley de defensa del consumidor. Antecedente técnico legislativo y viabilidad. 1994, pág. 900.

analizarse los marcos jurídicos que representan ambas estructuras de defensa de la competencia, la europea (70) y la norteamericana (71), en la investigación de las raíces y futuras tendencias de la ideología de defensa de la libre competencia (72).

V – LA CLÁUSULA ABUSIVA (73).

Un problema que debe atenderse es a la existencia de cláusulas abusivas. Importante en toda la contratación, pero potenciado en los contratos con consumidores, conforme la tutela normativa a este contratante débil. Podríamos considerarlas dentro de las medidas de seguridad preventiva, pero preferimos anticipar e independizar su tratamiento pues hacen a la formación del contrato.

(70) Art. 3, 14, 101 – 106, 119 y 346 del TFEU; Council Regulation (EC) No 1/2003; Commission Regulation 773/2004/EC; Decision 2011/695/EU; Regulation 1182/71/EEC; Regulation No 1/58/EEC; Commission Notice on the best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (OJ C 308/6, 20.10.2011); Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372, 9.12.1997); Commission Notice: Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ C 101/81, 27.4.2004); Commission Notice: Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (OJ C 101/97, 27.4.2004); Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (OJ C 45/7, 24.2.2009); Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases (guidance letters) (OJ C 101/78, 27.4.2004).

(71) Sherman Act of 1890; Clayton Act of 1914; y Federal Trade Commission Act of 1914.

(72) ARMENTANO, Dominick T. 1982. *Antitrust and Monopoly*. New York: Wiley, y del mismo autor 17 años después, 1999. *Antitrust*. Auburn, Ala.: Mises.

(73) Para ampliar este aspecto puede verse LOVECE, Graciela Isabel "Los contratos de consumo y las cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. La supremacía del criterio protectivo de la ley 24.240" en Revista de *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 272, mayo–nio 2015, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 575.

En el derecho comparado la calificación de abusividad de una cláusula resulta de diversos criterios, particularmente vinculado a su negociación (74). Otro aspecto son las “prácticas abusivas” en los contratos de consumo (75).

1. LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA. Iniciamos este apartado con una referencia a la legislación paraguaya, donde se realizará el Congreso Iberoamericano –para cuyo debate preparamos este informe–, conforme información calificada (76).

“Se podría considerar, en la República del Paraguay, que este nuevo derecho del consumidor, reconoce como principal antecedente al Código Civil Paraguayo, del año 1985, donde numerosas disposiciones contemplan el principio de la interrelación entre las prestaciones, la reciprocidad y la justicia sinalagmática, reprobando cualquier abuso en las cláusulas o en las conclusiones de los negocios jurídicos. Así se regula expresamente en el Código, las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en la disposición del Art. 691 al establecer: “Cuando los contratos por adhesión contengan cláusulas restrictivas de carácter leonino, la parte adherente podrá ser dispensada de cumplirlas, o pedir su modificación por el juez. Considérense tales especialmente las siguientes cláusulas: a. Las que excluyen o limitan la responsabilidad del que las impulsó; b. Las que otorgan la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones, o de cualquier manera priven al adherente de algún derecho sin causa imputable a éste, c. Las que condicionan al consentimiento de la otra parte el ejercicio de algún derecho contractual del adherente, d. Las que obligan al adherente a recurrir al otro contratante o a un tercero determinado, en caso de cualquier necesidad no directamente conexa con el objeto del contrato, o condicionan cualquier derecho contractual del

(74) Sobre el punto puede verse STIGLITZ, Rubén S. “Nuevos temas...”, cit. pág. 27.

(75) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída “Prácticas abusivas en los contratos de consumo” en AAVV “Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial – Contratos – Parte general, cit. tomo I pág. 377 y ss.

(76) RÍOS AVALOS, Bonifacio “DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO GLOBAL” Miembro de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales (Secretario de la Directiva), de quién recibimos una posterior colaboración que agregamos en Anexo.

adherente a tal recurso, o limitan su libertad al estipular con terceros sobre cualquier necesidad de la naturaleza expresada. e. Las que imponen al adherente renuncia anticipada a cualquier derecho que podría fundar en el contrato en ausencia de tal cláusula. f. Las que autorizan a la otra parte a proceder en nombre del adherente o en su substitución, para obtener la realización de un derecho de aquel frente a este. g. Las que imponen al adherente determinados medios probatorios, o a la carga de prueba; h. Las que sujetan a plazo o condición el derecho del adherente de valerse de las acciones legales, o limitan la oponibilidad de excepciones, o la utilización de procedimientos judiciales de los cuales el adherente podría hacer uso, i. Las que permiten la elección unilateral de juez competente para resolver una controversia entre las partes”.

“La ruptura del equilibrio en los convenios, por ellas producida, ha recibido particular atención por parte de la doctrina reciente en el Derecho Comparado, con motivo del auge de la normativa atinente a la protección del consumidor, a quien se pretende resguardar de la anomalía” (77).

2. CONTRATO DE ADHESIÓN SEGÚN ESA LEY Y LA PERSONA JURÍDICA COMO CONSUMIDOR.

*Establece la ley del consumidor que se debe entender por contrato de adhesión en los siguientes términos: Art. 24º: “Se entenderá por contrato de adhesión, aquél cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, **sin que el consumidor** pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. ...1.5. LEGISLACIÓN DERIVADA. La Ley N° 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario” establece las normas de protección y de defensa de consumidores y usuarios en el mercado paraguayo. Quedan sujetos a las disposiciones de la ley, todos los actos celebrados entre proveedores y consumidores relativos a la distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios que sean realizados en el territorio nacional.... 1.7. LAS PERSONAS JURÍDICAS PODRÍAN CONSIDERARSE CONSUMIDORES. La pregunta que se plantea es si las personas jurídicas ¿pueden ser conceptuadas como consumidores?... Ante tal inconveniente, es necesario que*

(77) MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio “Cláusulas Abusivas en los Contratos. Intercontinental”, Editora. Asunción, Paraguay. Año 1999, pág. 15.

reúnan los mismos requisitos que el consumidor final o persona física, y por ello será necesario que la persona jurídica que adquiere los bienes y servicios, no tenga por objeto la comercialización en el mercado de dichos bienes o servicios. Es así, que podría considerarse como consumidores finales a las personas jurídicas sin fines de lucro que adquieran bienes y servicios para su utilización en la realización de sus propósitos sociales, como por ejemplo las fundaciones o asociaciones, etc. Igualmente, los pequeños empresarios podrían hallarse protegidos por esta misma ley.

3. LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO.

Nos hemos referido al derecho paraguayo, ahora lo haremos del argentino, el normativamente más actual, que también permite que la persona jurídica pueda ser calificada como consumidor.

La Exposición de Motivos de nuestro CCC argentino, expresa sobre el punto: “La definición de cláusula abusiva es más extensa, ya que comprende los concluidos por adhesión y los que, aunque no están celebrados por adhesión, contienen cláusulas predispuestas. La razón de esta extensión es que no se trata de un control de incorporación, sino de contenido, en el que no importa si hubo adhesión o consentimiento. Además, como lo indicamos arriba, hemos incorporado reglas sobre las cláusulas predispuestas. – Son abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; o por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles. Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial”.

Esta legislación toma un camino protectorio de los derechos del consumidor, máxime en esta especial modalidad de contratación electrónica.

Se ha sostenido que a los fines de la identificación de una cláusula abusiva basta con que cause, en detrimento del adherente/consumidor, o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio significativo

entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan de ese contrato (78), particularmente en esta modalidad, con ajenidad a la buena fe que se supone. Se advierte así que se ha apartado de lo dispuesto por la Directiva 93/13 de la Unión Europea que define la cláusula abusiva mediante dos presupuestos escindibles y, sin embargo, errónea e innecesariamente –se afirma– articulados entre sí: infracción a la buena fe a través de una cláusula que consagre un detrimento significativo del consumidor. Generando la interpretación de que es abusiva solamente cuando determina ese desequilibrio significativo que se halle en contradicción con el principio de buena fe, por lo que sino la infringe el desequilibrio no constituiría una cláusula abusiva (79).

La Exposición de Motivos del Anteproyecto del CCC argentino sigue con algunas expresiones que nos interesan para el análisis en curso: *“3.3. **Tratativas contractuales.** En esta materia se comienza con la enunciación de un principio general, que, en este caso, es la libertad de negociación, según la cual, las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, así como para abandonarlas en cualquier momento. Seguidamente se desarrolla otro principio, el de la buena fe, que dispone que las partes deben actuar de buena fe en el curso de las negociaciones para no frustrarlas injustificadamente. – Puede parecer una regulación demasiado austera, pero hay que tener en cuenta que es un área muy dinámica, con un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario, y en tales condiciones es conveniente sentar principios generales que permitan esa labor. También debe considerarse que toda la temática de los periodos previos en las relaciones de consumo está ampliamente tratada en el capítulo*

(78) STIGLITZ, Rubén S. “Nuevos temas incorporados a la teoría General del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación” en *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*. Director Rubén S. Steiglitz, Suplemento Especial La Ley, Febrero 2015 pág. 1 y ss., especialmente pág. 20 y ss.

(79) ROPPO, V. “La nueva disciplina delle clause abusive in el contratti fra imprese e consumatori” en *Diritto ed Economia del ‘Assicurazione*, Ed. Giuffrè, Milán 1994, n° 12 pág. 47. También puede verse KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida “Prácticas Abusivas en el contrato de consumo” en *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*. Director Rubén S. Steiglitz, Suplemento Especial La Ley, Febrero 2015 pág. 237.

tercero. De tal modo, a partir de una adecuada ponderación de la libertad de negociación y de la buena fe, se encuentran las soluciones para la responsabilidad en los casos típicos en la negociación entre iguales. También se regula el deber de confidencialidad, y las consecuencias del incumplimiento. **3.4. Contratos preparatorios.** En esta sección se regulan los contratos preparatorios, con un sentido también amplio, dando cabida a diversas modalidades de acuerdos para negociar". Creemos que nada más hay que agregar.

No obstante, en último momento agregamos del magnífico ensayo "EL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA", del Dr. MARIO CORDERO MIRANDA, Académico Fundador y de Número (80), como resumen y puesta en valor del principio de "buena fe": "En consecuencia, la buena fe es la pauta de comportamiento de las partes; propiamente, la norma de conducta a observar en la vida jurídica, al contrario de la mala fe que corrompe la armonía de las relaciones jurídicas y distorsiona los efectos naturales de los contratos. En suma, el contrato debe ser ejecutado de buena fe lo que importa que las partes deben obrar conforme a lo pretendido a tiempo de celebrar el contrato. En cuanto a las obligaciones desprendidas del contrato, el deber de buena fe implica para una y otra parte las siguientes prestaciones: así por ejemplo en materia de contratos, el contratante (*solvens*), el pago debe ser honrado de buena fe según lo convenido, tomando en cuenta las circunstancias sobrevinientes que puedan modificar lo estipulado entre partes; y en cuanto al contratista (*accipiens*) está obligado a realizar la obra o prestación en la forma convenida. De todo lo dicho, se desprende que quien actúa de mala fe en perjuicio del otro contratante, debe ser sancionado, conforme al pensamiento de Josserand que señaló que la defensa del más débil, en sentido jurídico, es preocupación esencial del derecho, lo que permite la aplicación y puesta al día de la regla clásica de *favor debitoris* (a favor del deudor).

Como su nombre lo dice, la buena fe es una cualidad que se atribuye a algo que nos inspira confianza o creencia. Uno de los momentos más

(80) Que recibimos en el momento que habíamos concluido la versión final de nuestro informe el último día de agosto, pero cuyo comentario no podíamos soslayar por su importancia, aconsejando su completa lectura sobre la temática que aborda.

importantes en materia de buena fe es cuando se la analiza a tiempo del cumplimiento de las obligaciones, por cuya razón la conducta de las partes no se limita a observar lo establecido en el contrato, sino que, como dice la doctrina italiana sustentada por Emilio Betti: '*...la buena fe en la ejecución de los contratos es esencialmente una actitud de colaboración, encaminada a cumplir la expectativa de la otra parte, lo que supone el deseo de ayudar y colaborar para que el otro pueda cumplir con lo que debe...*'. En consecuencia, la buena fe contractual implica satisfacer los intereses legítimos propios y también los del otro contratante, esto es que se debe actuar precautelando no solo los propios intereses sino también los de la otra parte. La buena fe es la esencia fundamental de los contratos, es el principio más importante al que se hallan sometidas las partes contratantes, por lo que la buena fe es el alma de todo contrato, lo que ha sido recogido por el citado art. 520 del Código Civil", de la República de Bolivia, terminamos.

VI – SEGURIDAD PREVENTIVA.

Esta es una temática que puede ser abordada desde múltiples facetas, desde la seguridad en la contratación electrónica, el cumplimiento del contrato de compra venta internacional celebrado a través de esa modalidad, la confidencialidad, el derecho a información, la posibilidad de revocación sin causa del contrato y de asegurar el cumplimiento, como la jurisdicción y la admisibilidad del arbitraje, además de las incertidumbres hasta recibir la mercadería conforme (81). Hemos tratado de afrontar algunos de esos problemas con nuestra particular visión. No trataremos la sanción de daño punitivo que puede ser considerada una sanción disuasoria de generar daños.

Obviamente toda la acción del Estado, como de las asociaciones de consumidores, para vigilar el derecho a la información, la legalidad de las cláusulas y de las prácticas de abordar el mercado deben entenderse como

(81) HUET, Jérôme "Le commerce électronique", Gazette du Palais, N° 255 y 256, septiembre 1996, Paris, p. 61. La principal preocupación del ciberconsumidor es la relacionada con la seguridad de las transacciones comerciales (el miedo de proporcionar información o el número de su tarjeta bancaria) y la pérdida de datos debido a la introducción de virus en sus ordenadores personales.

de seguridad preventiva, aunque también los métodos para evitar fraude en las operaciones (82).

Del principio general de la buena fe en las relaciones negociales, se desprende primariamente el derecho a la información integral y a la confidencialidad, lo que se acentúa en el caso de relaciones B2C, que también podrían tener tutela a través del principio del abuso de la posición dominante, indubitable en estas relaciones y que también tiene referencia específica en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial Argentino de 2015.

No hay duda que la contratación electrónica, como la información intercambiada, hoy está sujeta a múltiples riesgos, tanto por la intervención de *hackers*, verdaderos piratas informáticos, como por la posibilidad de simulaciones de posición comercial o de intermediación de defraudadores profesionales. Por eso es muy importante para los comerciantes que operan electrónicamente conocer los distintos tipos de análisis de seguridad de sus sistemas, comprendiendo las amenazas a las que están expuestos, manejando auditorías de análisis de vulnerabilidad y sus herramientas. Temas que escapan a nuestra visión.

Este tema de la seguridad preventiva en los contratos electrónicos tiene el enfoque de la regulación de Internet, sobre lo que se ha expresado con gran autoridad (83): *“IV. LOS DISCURSOS SOBRE EL CYBERLAW. Entre los discursos que han aparecido en torno de INTERNET, cabe mencionar en primer término, aquél que podría denominarse tradicionalista, que considera que el Estado es el ente más apropiado para encargarse de reglar, de regular el*

(82) *¿Estamos preparados en Ciberseguridad?* Informe de Ciberseguridad 2016 Latinoamérica y el Caribe. Observatorio de Seguridad de América Latina y el Caribe BID y OEA <http://observatoriociberseguridad.com/graph/conuhntries/ar/selected/ar/0/dimensions/1-2-3-4-5>

(83) De “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL. *Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*”. Directora SARA LIDIA FELDSTEIN de CÁRDENAS, Autoras SARA LIDIA FELDSTEIN de CÁRDENAS, FLAVIA ANDREA MEDINA, MÓNICA SOFÍA RODRÍGUEZ, LUCIANA BEATRIZ SCOTTI, Buenos Aires 2008. De la parte I. DERECHO E INTERNET, del capítulo A. “INTERNET: UN GOLEM DE LA POSTMODERNIDAD”, por SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS.

ciberespacio. Ello por cuanto, el Estado es el único que ostenta la legitimación democrática, la infraestructura, así como las instituciones para hacer cumplir las reglas aun cuando ellas operen en el espacio virtual. Según esta línea de pensamiento, son los derechos estaduales quienes ofrecen la mejor, más legítima, más democrática opción en este tema. Un segundo discurso, el de los ciber-separatistas, autonomistas, parte de la idea de que el ciberespacio es un espacio social separado, distinto del mundo real. Consecuentemente, quienes propugnan esta corriente de pensamiento, argumentan que las normas que existen en los derechos nacionales, no son o no deberían aplicarse en el ciberespacio. En una posición extrema, habrá quienes llegan a pensar que ninguna ley, ninguna regla debería regirlo (84). Precisamente en este aspecto, es cuando se introduce el argumento, según el cual INTERNET debe ser gobernado por los propios usuarios, quienes son los primeros interesados, los principalmente afectados. Se recurre en tal sentido, para sostener la autonomía del ciberespacio, a la validez de la lex informática, a la analogía de pensar que tiene el mismo origen que la lex mercatoria. Sus partidarios no dudan en encontrar profundas similitudes entre las necesidades de los comerciantes que claman por la lex mercatoria y los requerimientos por los que claman quienes interactúan en la net. Esta concepción parece ignorar que el entorno cibernético donde se despliega la llamada sociedad internáutica, como consecuencia de la interacción social, no es inmune a controversias. Dicho en otras palabras, ya han sobrevenido y seguirán haciéndolo las desavenencias que, perturbando el idilio entre los internautas, deberán ser procesadas, ser resueltas, para restablecer la paz cibernética. Este discurso acerca de la separación del espacio virtual del mundo jurídico estimula, a mi modo de ver, la ciberanarquía (85). No me convence la idea sobre la presunta, necesaria, conveniente separabilidad como objeto del entorno cibernético, por cuanto descreo que sea un sitio distinto del mundo real; máxime cuando advierto que quienes precisamente en él interactúan,

(84) BARLOW, John P. "A Cyberspace Independence Declaration". <http://www.eff.org/Barlow>. Quien enfáticamente declara: "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather". BOYLE, James, "Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hardwired Censors", 66, *U. Cin. I. Rev.* 177. 1997.

(85) El término es empleado por muchos autores, entre los que se destaca: GOLDSMITH, Jack "Against Cyberanarchy", 65, *U. Chi. I. Rev.* 1200. 1998.

son las mismas personas humanas que viven en el mundo real. No ignoro que, para explicar este fenómeno de círculos concéntricos, coexistentes, habrá quienes podrán argüir, tratando de contestar esta objeción, que también en el mundo real existen numerosos ejemplos de grupos que se reúnen en sociedades, organizaciones, cámaras, clubs y ello no significa que la pertenencia a esas asociaciones y la sujeción a sus estatutos, reglamentos, cuerpos normativos impliquen la imposibilidad de pertenecer a otras. Dicho de otra manera, la pertenencia a varias organizaciones coetáneamente no implica que ellas no sean autónomas, que puedan autogobernarse. Por otro lado, a mayor abundamiento, permítaseme preguntarme si quizás no es un pensamiento tan prematuro como arriesgado, considerar que quienes navegan en la web son personas con suficiente capacidad, con autosuficiencia, con aptitud para autorregularse acabadamente... ¿Qué aptitudes tan especiales demuestran quienes operan en el comercio electrónico que les permite llegar a regular el mercado cibernético? En todo caso, ¿ellos decidirán cuáles son las cibercontroversias que caen bajo la esfera de la lex informática? ¿Serán las vinculadas estrechamente con una actividad cibernética?, ¿o también aquellas disputas entre usuarios de la net? ¿Qué criterio diferenciador usar en este sentido? ¿No se puede llegar a pensar que quienes sostienen la separabilidad jurídica, la autonomía del mundo cibernético, se dejan llevar por una suerte de falso lirismo, romanticismo? ¿Será que en el comercio electrónico nadie intentará la aceptación de cláusulas abusivas predispuestas por la parte que en el contrato internacional tiene mayor poder de negociación? ¿No es creer falsamente que todos los internautas que navegan en el ciberespacio, a diferencia de los que viven en el mundo real, son naturalmente buenos, ingenuos, respetuosos de las reglas éticas, morales, jurídicas, deontológicas, con suficiente entidad como para no solamente autorregularse sino para autosancionarse? No, realmente me resisto a creerlo. El ciberespacio no debe ser considerado como un compartimiento estanco, inmune e impenetrable a las reglas de los hombres, separado del mundo real; más allá de las creencias religiosas, lo cierto que, a pesar de la ficción creada para captar, para explicar un fenómeno peculiar, respetuosamente creo que el mundo real es el único existente. No puedo convencerme que las prácticas, las conductas, las costumbres, los usos reiterados, respetados, observados por y entre quienes interactúan en la red, por ese mero hecho ostenten el sello de su juricidad”.

Una magnífica apertura para el debate jurídico y, particularmente en relación a las normas protectorias de los consumidores. Son de público y notorio los cuestionamientos a ciertas publicaciones o informaciones en

Internet, que no pueden ser fácilmente neutralizadas aunque dañen evidentemente a los que intentan suspenderlas. Relatamos un reciente caso. El abogado constitucionalista cordobés y profesor Enrique Novo advirtió que existía un perfil falso suyo en Internet –a través de Facebook–, cuando comenzó a recibir felicitaciones de cumpleaños lejos de la real fecha, advirtiéndole inmediatamente que el usuario falso había hecho amistad con jueces, alumnos y ex alumnos. Promovió una acción contra la red social originaria de Estados Unidos, a cumplir varias acciones ante una demanda por la existencia de un perfil falso. El fallo estaba firme, era de 2003 cuando el Juez Federal de Río Cuarto ordenó a Facebook Argentina cerrar una cuenta falsa que llevaba el nombre de Novo, y también, en el plazo de 48 horas informara a todos los contactos el motivo por el cual se daba de baja. No fue una acción penal ni resarcitoria, pero como Facebook Argentina habría incumplido con la orden judicial sobre esa información a contactos, un nuevo fallo obligaba a pagar una multa de \$ 270.000 (aproximadamente USD 18.000), por una sanción diaria de \$ 30 por el incumplimiento. La información señala que Facebook Argentina SRL no puede eludir el fallo y debe responder por Facebook Inc. porque este es su principal socio, que originariamente esa sociedad pretendía litigar en Irlanda y exigir que se comuniquen a sus oficinas de Dublín las resoluciones Judiciales, porque –según informaciones vía Varsovia– quienes no habitan en Estados Unidos o en Canadá deben regirse por las leyes de Irlanda. Dos antecedentes de primera instancia, apelados por la demandada, se registraron uno en Formosa en el año 2012 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 6 que ordenó a Facebook Argentina eliminar un perfil en esa red social. Otro del Juez Civil Carlos Eduardo Cadierno de Rosario, Pcia. de Santa Fe, que dispuso que “la red social más popular del mundo” le pagará al actor un millón de pesos, por no cumplir una sentencia anterior que la instaba a borrar de sus registros los perfiles de grupos creador para difamar al actor (86).

(86) Las tres referencias se registran en el diario LA VOZ DEL INTERIOR, de la Ciudad de Córdoba, de fecha 7 de septiembre de 2016, pág. 13. No hemos logrado más detalles.

Otro aspecto de la seguridad preventiva es el código de rastreo electrónico que suele proporcionar el vendedor al consumidor una vez formalizada la transacción, que le permite a éste conocer *online* electrónicamente la “ubicación de su pedido”, despacho, traslado y posición de entrega, que le permitirá ejercitar sus derechos irrenunciables, particularmente el de revocación.

LA FACULTAD REVOCATORIA DEL COMPRADOR CONSUMIDOR.

El Código Civil y Comercial Argentino (CCCA) se refiere expresamente a la contratación electrónica en torno a las relaciones de consumo y a la facultad de revocación.

Dentro de la seguridad preventiva de la compra venta internacional, corresponde hacer una referencia a la facultad revocatoria que tiene el consumidor mediante la cual puede dejar sin efecto un contrato celebrado a distancia –incluyendo los electrónicos– sin la debida expresión de causa y sin ningún tipo de responsabilidad para este último (87).

Ese derecho a la revocación que integra los contratos de consumo ha sido regulado uniformemente. En ese reciente Código Civil y Comercial Argentino, vigente desde el 1° de agosto de 2015, se recoge así, con las siguientes normas:

ARTÍCULO 1110.– Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que

(87) BORZONE, Leandro A.N. “El contrato de consumo celebrado por internet y su oportunidad para la revocación de acuerdo con los lineamientos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” en *Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor*, Ed. Erreius, junio 2016, pág. 37 y ss.

tenga por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.

ARTÍCULO 1111.– Deber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho.

O sea que ese derecho se vincula a otro derecho de seguridad preventiva cual es el derecho de información (88). Obviamente este derecho de información (89) y la buena fe que se impone en las relaciones de consumo se suele tratar como violaciones por publicidad engañosa, claramente sancionable (90).

(88) FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S. “La información y la publicidad dirigida a consumidores en el Código Civil y Comercial de la Nación y normas subsistentes” en AAVV *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial – Contratos – Parte General* cit. tomo I pág. 399 y ss.

(89) La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fecha 14 de abril de 2016, resolvió confirmar la multa impuesta a una empresa de transporte de mercaderías, por no haber informado al consumidor que el sofá adquirido no sería ingresado a su departamento y por haber entregado un producto cuyas características diferían de lo convenido, en tanto la empresa no aportó prueba que permita concluir que el consumidor se encontraba debidamente informado acerca de las limitadas condiciones del servicio, las que por otra parte no eran de lógica deducción, pues tratándose de un sofá cama lo que debía ser transportado, generalmente va de suyo que será llevado hasta el lugar indicado por quien solicita el servicio.

(90) Derecho del consumo y lealtad comercial, infracciones y sanciones por promoción de un producto con propiedades terapéuticas o estéticas no reconocidas ni autorizadas: zapatillas que ayudarían a perder peso y a corregir la postura corporal. Ausencia de pruebas científicas. Desconocimiento de las recomendaciones a realizar a las personas con factores de riesgo. Multa por infracción al art. 9 de la Ley 22.802. Publicidad engañosa. Quantum de la sanción. Confirmación de sentencia en la causa Compañía Argentina de Marketing Directo S.A. c. DNCI s/

ARTÍCULO 1112.– Forma y plazo para notificar la revocación. La revocación debe ser notificada al proveedor por escrito o **medios electrónicos** o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados conforme a lo previsto en el artículo 1110.

ARTÍCULO 1113.– Efectos del ejercicio del derecho de revocación. Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y **deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones** que han cumplido.

ARTÍCULO 1114.– Imposibilidad de devolución. La imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato **no priva al consumidor de su derecho a revocar**. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último.

ARTÍCULO 1115.– Gastos. El ejercicio del derecho de revocación **no debe implicar gasto alguno para el consumidor**. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.

ARTÍCULO 1116.– Excepciones al derecho de revocar. Excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos: a. los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez; b. los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por

lealtad comercial Ley 22802 – Art. 22, fallo del 05/05/2016 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala I, República Argentina.

vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente; c. los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

Como se advertirá el CCCA prevé una cantidad de supuestos de exclusión, pero también una minuciosa regulación protectora del consumidor ante dificultades nacidas de la revocación y de la entrega del bien adquirido.

1.1. Regulación paraguaya. La Ley N° 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario”, de Paraguay se refiere a la “Protección contractual. Retracción”, la Ley confiere la posibilidad de la retractación del contrato cuando éste fuera celebrado fuera del establecimiento comercial, al disponer en el Art. 26: “El consumidor tendrá derecho a retractarse dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o en el domicilio del consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, debidamente actualizados, siempre que el servicio o producto no hubiere sido utilizado o sufrido deterioro”.

1.2. Naturaleza del derecho de revocación en la relación de consumo. Esa decisión de revocar, es hoy unánimemente aceptada que puede ser incausada –aunque no abusiva–.

Académicamente se duda si se trata de una revocación de la aceptación o del contrato mismo. El derecho argentino se pronuncia en el art. 1110 CCC por esta última posición. Así se deja de lado las posiciones que opinan que se trata de un instituto sui generis como de contrato de compra venta con condición de satisfacción del comprador, o sea con condición suspensiva.

De todas formas, se trata de un derecho irrenunciable, sujeto a un plazo riguroso, que debe ser ejercitado formalmente –normalmente por el mismo medio de la contratación electrónica–.

Se vincula a esta cuestión las posibilidades de cambio de producto, otorgamiento de notas de crédito, etc., que deben siempre definirse protegiendo ese derecho irrenunciable, salvo su ejercicio abusivo cuya prueba estará a cargo del vendedor.

Quizá uno de los problemas más arduos lo sea la negativa del vendedor al derecho de revocación, la falta de retiro de la cosa por parte del proveedor o la generación de gastos por esa devolución, o la imposibilidad de devolución, obligando a recurrir a la vía jurisdiccional, lo que implica un costo dinerario y de tiempo. El art. 1115 CCC trata de este tema imponiendo que “el ejercicio del derecho no debe implicar gasto alguno para el consumidor”.

1.3. **Revocación y uso.** Otro problema es el vinculado a la **posibilidad de uso** de la cosa, por lo que debe distinguirse entre el derecho a probarla y su uso. Esto último, veda el derecho de revocación. Por eso el art. 1116 CCCA excepciona del derecho de revocación supuestos de productos confeccionados a pedido del consumidor, la venta de grabaciones o de programas, o el de prensa diaria.

2. LA SEGURIDAD PREVENTIVA: EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD (91).

El deber del oferente y el derecho de los consumidores a la información es un tema central de la prevención de daños y conflictos. Precedentemente hemos vinculado la facultad de revocación, máxime elemento de seguridad para el comprador–consumidor, con el derecho de información –art. 1111 CCCA–.

Por eso dentro de la seguridad preventiva también consideramos el deber de información que debe prestar el vendedor al consumidor en los contratos bajo análisis. Esa seguridad preventiva se integra con las modalidades de pago, particularmente para poder ejercer el derecho de revocación, que motiva un análisis de los contratos conexos de pago.

Como el oferente y el aceptante han entablado comunicación a través de un navegador o *browser* de Internet y un Servidor de páginas Web, se utiliza un protocolo de seguridad que asegura que la comunicación entre ellos sea confidencial, segura y se preserve la integridad de los datos

(91) Puede ampliarse sobre esta temática en QUAGLIA, Marcelo A. “El deber de información en el marco de las relaciones de consumo” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, n° 272, Mayo/junio 2015, Buenos Aires, pág. 561.

procesados durante la sesión mediante un encriptado de los datos transmitidos, a la vez que autentica al Servidor y al Cliente. Es el protocolo usado por bancos y tarjetas de crédito, entre otros, para transmitir datos sensibles con alto nivel de seguridad y suele identificarse mediante un ícono que representa un candado amarillo en la parte inferior derecha de la pantalla. Si se hace *clic* encima de él se accede a las condiciones técnicas de la firma digital, al certificado de clave pública y al certificante de la comunicación.

Esto último hace al derecho de confidencialidad que debe asegurar el oferente al consumidor frente a la decisión de uso de medios electrónicos de contratación.

Esa seguridad implica también garantizar el anonimato, que representa un factor importante en algunos tipos de pago, en concreto en el pago mediante dinero electrónico, que tratamos en el siguiente apartado (92).

La protección del consumidor antes de la realización de una compra se refiere a la publicidad que recibe y al respeto de sus libertades individuales. La mayor parte de las empresas han creado su propia página Web, como soporte de comunicación. En ocasiones, esta página Web es solo una página de información de los productos y servicios que la empresa ofrece, pero en otras puede ser una verdadera publicidad de esos productos y servicios. Si tomamos en cuenta que la publicidad es toda información susceptible de inducir a una persona a hacer una elección sobre un producto o servicio determinado, advertiremos que la publicidad en Internet no se distingue fácilmente de la información.

Más aún, nuevas formas de publicidad aparecen en Internet. Entre ellas, podemos distinguir cuando un usuario utiliza los motores de búsqueda para encontrar la información deseada, conocido como el *pull*, y

(92) De acuerdo con un reporte industrial de Riptech, en los primeros seis meses de 2002, los ataques dirigidos hacia los sistemas de seguridad de Internet incrementaron de 28 por ciento. El reporte relativo a la ciberseguridad en más de 400 organizaciones pone en evidencia el éxito de los hackers en más de 180, 000 ocasiones. Más del 40 por ciento de estos ataques fueron hechos a partir de ordenadores ubicados en Estados Unidos de América.

que al momento de recibir los resultados de la búsqueda puede encontrarse “inundado” de publicidad, la cual no le interesa. La búsqueda con la ayuda de portales de clasificación de información vía temas y/o países tampoco está exenta de la publicidad. El orden de presentación del conjunto no es aleatorio, es posible influenciar a un consumidor por este orden de presentación. La segunda opción es cuando el usuario recibe mensajes que no pidió, llamado el *push*. Es un negocio marginal de publicidad, de gran rendimiento económico.

La publicidad por Internet debe de respetar la legislación local y también la legislación de los países hacia los cuales va dirigida. Una publicidad lícita en un país puede que no lo sea en otro. A la hora actual, existen una serie de recomendaciones, códigos de conducta dirigidos a las empresas y organizaciones para el control del comercio internacional, en lo relativo a actos ilícitos. Tal es el caso de las Líneas directivas de la Cámara de Comercio Internacional, las cuales se aplican a todas las actividades de publicidad y mercadotecnia en Internet, que tienen como finalidad la promoción de toda forma de productos o de servicios. Estas líneas directivas definen normas deontológicas que deben ser respetadas por todos los participantes a actividades de publicidad y mercadotecnia en Internet. Entre los principios de base se encuentra establecido que la publicidad debe de ser lícita, honesta, decente y verídica. El anunciante tiene la obligación de identificarse, de informar al usuario las razones de una posible recopilación de datos nominativos, el respeto de la confidencialidad, se prohíbe utilizar la técnica de spam, así como deben respetarse ciertas disposiciones particulares sobre la publicidad infantil y el respeto de las sensibilidades diversas del público mundial (93).

Entre La Unión Europea y los Estados Unidos de América existe una divergencia de políticas de protección, sin embargo, era necesario un acercamiento de estas políticas. Es en ésta óptica que se crearon los principios de “*safe harbor*” (94). Los principios internacionales *safe harbor* en materia de

(93) VARILLE, Nathalie “Publicité sur Internet, Droit et Déontologie”, Gazette du Palais, 22 de Noviembre de 1997, Paris, p. 5.

(94) GRYNBAUM, Luc “La directive commerce électronique ou l’inquiétant retour de l’individualisme juridique”, en: Editions du Juris-Classeur, Communication et commerce électronique, Crónica N° 18, Agosto de 2001, pág. 9.

privacidad de datos hacen referencia a un proceso de cooperación por el que las organizaciones de Estados Unidos cumplen con la Directiva 95/46/CE de la Unión Europea, relativa a la protección de datos personales. Preparados originariamente para organizaciones que operen entre Estados Unidos y la Unión Europea, pero extendidos a otros países, y que alojen datos personales de sus clientes y/o usuarios, esos principios internacionales están pensados para prevenir pérdidas o filtraciones no autorizadas de información. Para optar a incorporarse en ese programa las organizaciones deberán cumplir con los siete principios de esa Directiva, que fueron desarrollados por el Departamento de Comercio de Estados Unidos en colaboración con la Unión Europea. Esos siete principios clave son:

1. Información: los interesados deberán ser informados de que sus datos personales están siendo recogidos y que serán tratados únicamente con la finalidad para la que fueron recogidos.
2. Elección: los interesados tendrán el derecho de cancelación y oposición a que sus datos sean recogidos una vez sean recabados y a oponerse a la cesión o transferencia a terceros.
3. Transferencia progresiva: la cesión de datos a terceros se llevará a cabo con organizaciones que también garanticen un adecuado nivel de cumplimiento de protección de datos.
4. Seguridad: se deben establecer y cumplir determinadas medidas de seguridad para prevenir pérdidas de información y accesos no autorizados.
5. Integridad de los datos: los datos deberán ser relevantes y exactos para el propósito para el que fueron recogidos.
6. Acceso: los interesados podrán acceder en todo momento a la información que haya sido recabada acerca de ellos y podrán corregirla o eliminarla si es inexacta o inadecuada. Y
7. Ejecución: se deben destinar medios y recursos para garantizar el debido cumplimiento de estos principios. Tras ser aceptadas como *safe harbor* las organizaciones deberán renovar el certificado anualmente (95).

(95) Las organizaciones que operan en la Unión Europea no están autorizadas a realizar transferencias internacionales de datos ubicados fuera del espacio económico Europea, a no ser que los mismos ostenten niveles adecuados de protección. El 6 de octubre de 2015 el acuerdo entre Estados Unidos y la Unión Europea fue dejado de lado por las revelaciones de Edward Snowden. Los tribuna-

La protección de datos personales puede generar responsabilidad a los buscadores de Internet, particularmente por la indebida desviación o uso de esos datos (“data mining”) (96).

El CC mexicano dispone en lo directamente vinculado con esa protección de datos: Artículo 1834 bis. Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba constar en instrumento otorgado ante fedatario público, las partes obligadas podrán generar y comunicar la información que contenga los términos exactos en que han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público correspondiente, deberá hacer constar en el mismo instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a la persona obligada y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta”.

Además, para sea considerado como válido, todo contrato de adhesión celebrado en territorio mexicano, deberá estar escrito en español y sus caracteres deberán ser legibles a simple vista. Los elementos esenciales de los contratos de comercio electrónico son: la determinación del bien o servicio, las obligaciones del vendedor, las obligaciones del comprador, la cláusula del precio y la cuestión relativa a la ley aplicable y juez competente (97). En ese país, es la Ley Federal de protección del consumidor

les argentinos amparan cualquier reclamo individual para eliminar la comunicación de datos adversos al crédito u honorabilidad, existiendo serios problemas para actuar contra Google u otros buscadores no individualizables para notificaciones.

(96) Sobre estos aspectos puede verse BASTERRA, Marcela I. “Protección de datos personales – Internet”, en *Microjuris.com*, Boletín Diario del 02.09.2016.

(97) RIBAS, Alejandro Javier *Aspectos jurídicos del comercio electrónico*, Editorial Arazandi, Navarra, 1998, p. 79.

la que impone a los comerciantes a no utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y además el comerciante debe de cuidar las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, debiendo incorporar mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

Estas reglas materiales internacionales son consecuencia de las Convenciones internacionales reguladoras del comercio internacional. Existe así una extra-comercialidad internacional que tiene por objeto el reconocimiento de una lista de cosas que se encuentran fuera de comercio. Como ejemplo de estas recomendaciones citamos la Recomendación de la Cámara de comercio internacional sobre la exacción y la corrupción en las transacciones internacionales de 1997 y de la Directiva CEE del 14 de junio de 1989 que prohíbe la comercialización de cuerpo humano (98).

3. LA SEGURIDAD PREVENTIVA Y LOS CONTRATOS CONEXOS AL PRINCIPAL DE COMPRAVENTA ELECTRÓNICA.

La seguridad preventiva para el consumidor en estos contratos puede estar condicionada por los contratos conexos, vinculados normalmente con los medios de pago (99). En efecto el medio de pago es electrónico, ya sea por tarjeta de crédito o débito o pago en moneda virtual, apareciendo entonces un contrato principal, el de la compra del producto, y

(98) LORQUIN, Eric "Les manifestations de l'illicite, L'illicite dans le commerce international, Travaux du Centre de Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, sous la direction de Philippe Kahn y Catherine Kessedjian, Université de Bourgogne, CNRS, Volumen 6, Litec, 1996, págs. 274 y ss.

(99) La legislación paraguaya introduce el Art. 17 de la Ley 4868: "Todos los proveedores de bienes y servicios deberán establecer un mecanismo de reembolso del dinero pagado por el consumidor o usuario, en caso que el mismo no recibiera el producto o servicio publicitado en el tiempo, cantidad y calidad prometidos, siempre y cuando ejerza este derecho a través del reclamo, en un plazo máximo de cinco días hábiles de recibidos los bienes o servicios. Este mecanismo debe ser público y accesible a cualquier usuario. La presente disposición no limita, disminuye ni excluye las responsabilidades penales que pudieran surgir por el actuar del proveedor".

un contrato paralelo o accesorio como lo es el de tarjeta de crédito correspondiente a una entidad financiera. Los contratos conexos se integra con dos elementos configurantes: la pluralidad contractual y la finalidad económica común (100).

Recuérdese que en las relaciones B2C, que son las que estamos afrontando, no es de uso el crédito documentado (101), ni otros medios de pago usados en las relaciones B2B, que se encuentran incluidos –como hemos anticipado– en las URGENTS del ICC.

Una debilidad ampliamente percibida es la falta de seguridad de los pagos, y en especial el temor al robo de números de tarjetas de crédito. Sin embargo, parece ser que este miedo es infundado, pues se han presentado muy pocos casos de robos de tarjetas de crédito y las empresas de tarjetas de crédito asumen la mayor parte de la responsabilidad. Es más común la copia de tarjetas en compras dentro de un establecimiento que en las operaciones realizadas electrónicamente.

¿Está cambiando el comercio electrónico los modelos de negocios tradicionales? Parece que sí. El papel de los intermediarios de negocios está cambiando. Por ejemplo, ahora que los fabricantes pueden vender directamente a los consumidores, los vendedores minoristas están siendo reemplazados. Se están creando nuevos intermediarios. Estos últimos van desde agentes de compras y sitios de clasificación hasta portales de Internet que funcionan como centros comerciales, y agregadores que ofrecen una nueva manera de acumular poder adquisitivo. La diversidad temática deriva al funcionamiento de las usinas de búsqueda, palabras claves, los diferentes sistemas alternativos a la distribución tradicional por establecimientos reales que revenden con un precio que fijaban sobre el costo

(100) Estos contratos se han regulado por primera vez en Argentina en el Art. 1073 CCC argentino. Cfme. ARMELLA, Cristina N. "Contratos conexos" en *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos– Parte General* Director Rubén S. Stiglitz, La Ley, 2015 tomo I 333 y ss.

(101) Que impone la intervención de un banco emisor y un banco confirmador entre el exportador y el importador, en una relación B2B. Dentro de este tipo de negocios que se garantizan por crédito documentado o documentario, se enrolan la Standby Letter of Credit, los depósitos en garantías y las letras avaladas por un banco.

del proveedor. Los *e tailers* (*retailers*) o revendedores conforman en Europa una estructura verbal que reduce el costo de vender *online* a todos los revendedores, e incluso a los mismos distribuidores, ya que su costo de partida es menor que el que los distribuidores pagan al comprar al proveedor en razón del volumen de compra, pues logran precios menores y colocan una orden que pagan a plazo y venden casi de contado –o cuasi–, los revendedores toman el dinero electrónico y pagan a los proveedores. Sus utilidades son habitualmente mayores. Hay diversos grupos de *retailers* o revendedores que tiene formatos de distribución diferentes de los tradicionales, bien sea porque hay revendedores que compran y redirigen las compras a su clientela o revendedores tipo agencia que intermedian mercancías tipo Amazon, que produce cualquier producto a un costo menor y compite contra los proveedores en precio y producto. Otros mayoristas como Alibaba –gigante mundial del multimillonario chino Jack Ma– compra y vende *online* productos específicos y *best bay* ofrece productos de terceros a buenos precios y ofrece igualar cualquier oferta menor. De allí se pasa a venta multicanal y de ahí al omni canal o canal ómnibus, donde la venta se hace en combinación el proveedor de marca a compradores específicos que le ofrecen todos los productos que una tienda puede proveer para hombres o mujeres. Finalmente los distribuidores, las pymes revendedoras apelan al *geo blocking* para vender a cualquiera, burlan normas que le prohíben competir en ciertas zonas, lo que generó un estudio de una comisión de la competencia de la UE para determinar si había efectos anticompetitivos en la negativa a vender a negocios o consumidores establecidos en otro miembro de UE, lo que provocaba una restricción a la libre circulación de mercaderías y restringía la venta a revendedores calificados en forma cualitativa y cuantitativa que podían comprar de modo de eliminar a los restantes intermediarios en productos de marca.

Así como el teléfono inteligente ha revolucionado el uso del teléfono como una computadora, el uso de internet y de los proveedores de servicios revolucionó la posibilidad de los usuarios de tener acceso ilimitado a un gran caudal de información para poder comparar calidades precios y disponibilidad. El *geo blocking* y el *geo filtering* intentan bloquear las violaciones a cláusulas de competencia territorial. Por sus partes los *retailers* evolucionaron a una tercera fase del *ecommerce*: el omnichannel o canal ómnibus donde se vende en línea y se entrega *off line* en un depósito o en

negocios minoristas o mayoristas que perciben un reembolso por la entrega del producto, para luego evolucionar a un *showroom* donde los *retailers* no venden, pero invitan a la gente interesada a ver el producto real y probarlo sin comprarlo. La venta es online y la entrega también en la casa del comprador. La fase final del *showroom* es atraer el *cross-selling* o venta de otros productos y ofrecer igualar el menor precio posible del producto (102).

El 6 de mayo de 2015 la Comisión basada en la Regulación del Consejo EC 1/2003 que dispone que cuando la rigidez de los precios u otras circunstancias sugieren que la competencia puede ser restringida o distorsionada en el mercado interno la comisión puede disponer una encuesta, ya que en el 2014 el 50% de la población europea compró en línea, pero solo el 15% compró fuera de su país—, encuesta que ofreció datos: 1) Se encontró que el *geo-blocking* era ampliamente usado en el *e-commerce*. La mayor parte por decisión unilateral de negocios. 2) Con relación a bienes de consumo más de una tercera parte de los *retailers* que participaron informaron que ellos recolectaban información para saber la ubicación del usuario y rechazarlo, pero muchos no vendían fuera de su país, pero usaban prácticas de *geoblocking* internamente. Con relación al contenido digital online la gran mayoría de proveedores participantes usaban el *geo-blocking* para negar la venta a consumidores ubicados en miembros de la comunidad de otros estados miembros, verificando su dirección. Se determinaron problemas a resolver, tales como incentivar la creación de *showrooms* donde los consumidores ven y tocan los productos, pero éstos sólo están en centros urbanos y no venden, convencen offline pero la venta y la entrega es online allí también se reúnen marcas de diferentes productos se los conoce como canales ómnibus o multicanales. La regulación propuesta por la Comisión en *geo blocking* del 25/05/2016, fecha en que hizo público su informe preliminar sobre esa práctica, aguarda comentarios para que entre en vigor en 2017, aplicándose a consumidores y

(102) *Cross selling* o venta cruzada por la cual el proveedor requerido para adquirir un bien intenta vender otros bienes vinculados al producto requerido para aumentar sus utilidades.

negocios (103). Dicha normativa se aplica a ventas entre empresas o entre estas y consumidores. Aun así, habrá que esperar el informe final con las propuestas de la comisión, pero el informe liberado dado en marzo de este año en Bélgica es concluyente: a) No hay una prohibición general de la práctica de geoblocking. b) No se aplica a compras para revender. c) Permite bloquear ventas o redirigirlas con consentimiento de las dos partes, entre otras previsiones. Por todo eso muchos distribuidores se volcarán, si cuentan con el capital suficiente a volverse multimarca y perder la tradicional exclusividad. Pero llegará un punto que en que las ventas on line pongan en serios aprietos la existencia de los negocios establecidos, pero con un formato diferente tratando de llegar directamente on-line a cualquier comprador en beneficio del consumidor, pero la distribución exclusiva como la hemos conocida perderá sus atractivos y su situación privilegiada. No nos olvidemos que en nuestro país no existe legalmente el principio de agotamiento de la marca a pesar que la Argentina firmó el protocolo de Armonización en materia de propiedad intelectual del Mercosur (104).

“El agotamiento de los derechos de marca cumple un rol fundamental en el comercio internacional y la libre circulación de mercancías. En el Acuerdo, la regulación del tema ha sido librada a la discrecionalidad de los Miembros. Con esta prerrogativa, y puesta en consideración con la universalización de mínimos, respecto de las normas de contenido sustantivo –de obligatoria implementación–, es dable pensar que se impone una regulación acorde al agotamiento internacional del derecho de marcas. Tal postura resulta coherente con pautas elementales del comercio internacional de mercancías, tales como la libre circulación de productos y servicios, en el sentido de eliminar trabas y distorsiones en el libre comercio. Porque en un escenario que trasciende las fronteras estatales, **una**

(103) MARZORATTI, Osvaldo J. “El efecto de las ventas on line frente a los sistemas de distribución comercial”, disertación en Congreso Internacional de Derecho Comercial, Bs. Aires 4/5 de julio de 2016.

(104) MARZORATI, Osvaldo J. “Las nuevas Tecnologías y el Impacto de la venta on-line en los sistemas tradicionales de Distribución Comercial”, Buenos Aires, Agosto de 2016, en prensa en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot.

eventual limitación a la importación, en territorio nacional, de productos legítimos con marca auténtica (que fueron puestos en el comercio, oportunamente, por su titular o con su consentimiento) produce sin más importantes inconvenientes para la circulación de mercancías. Estos obstáculos pueden ser removidos con el agotamiento internacional del derecho de marcas, como límite orgánico del derecho de exclusiva. – Sin perjuicio de ello, y de nuestra adhesión por esta postura, regular la materia en distinto sentido no produce un desajuste en relación al ADPIC, en virtud de la facultad dejada al efecto. – En términos generales, Argentina y Paraguay se inclinan por el agotamiento internacional del derecho de marcas. En particular, la ley de marcas argentina nada dice sobre el particular, pero tanto doctrina como jurisprudencia se encuentran a favor de esta postura, que a falta de norma expresa, sustentan en el multipropósito artículo 4. Entendemos que más allá del fundamento legal que se utilice para la resolución de los casos, resultaría extraordinariamente oportuno que la legislación marcaría argentina se actualice, plasmando en forma expresa, el criterio del agotamiento internacional de los derechos de marca, tal como así lo han establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia. –Paraguay es el único de los cuatro miembros del MERCOSUR que ha concretado expresamente en su legislación marcaría el agotamiento internacional de los derechos, en actitud que revela un contenido sumamente actualizado, y en coherencia con los compromisos asumidos en el marco del ADPIC–. En forma contraria, Brasil y Uruguay se han decantado por el agotamiento nacional de los derechos de marcas. Consideramos que este criterio, si bien es proteccionista del mercado interno frente al comercio exterior, resulta contrario a los compromisos asumidos en los convenios internacionales (ADPIC y MERCOSUR), que intentan evitar restricciones al libre comercio internacional, y garantizar la libre circulación de mercancías –respectivamente y en forma no excluyente– por lo que aconsejamos una reconsideración del tema en ese sentido. En relación al Protocolo del MERCOSUR, la adopción del criterio del agotamiento internacional del derecho de marcas adoptado por Argentina y Paraguay se encuentra por encima del estándar exigido por la normativa regional del MERCOSUR, aun cuando se entienda que la interpretación que debe otorgarse al artículo 13 del Protocolo es la del agotamiento regional, con correspondencia entre todos sus Miembros. Sí es de remarcar que el criterio

actual del agotamiento nacional de Brasil y Uruguay importa una conculcación al Protocolo del MERCOSUR por ser contrario al artículo 1 TA, que establece la libre circulación de productos y mercancías” (105).

Destacamos de la precisa referencia comparatista precedente la posición innovadora de la legislación paraguaya en torno al agotamiento del derecho de marca, particularmente por la influencia que ello genera en el *e-commerce*.

La logística del *e-commerce* puede introducir, como acabamos de deslizar, múltiples contratos conexos, pues un vendedor puede tener diversas formas de disponer de la mercadería que ha comprometido entregar al consumidor: tenerla que comprar a un tercero, disponerla en almacenes centrales, o en distribuidores locales, o en sucursales, ligándose así la cuestión a contratos de transporte, seguros, etc. todo lo que hace a una estrategia organizativa para atender al cliente.

El medio de pago es electrónico en estos contratos celebrados por internet, y aunque la empresa proveedora anule la operación, suele existir ciertas complicaciones en cuanto a la devolución, pudiendo quedar atado el consumidor a ciertos riesgos por el contrato conexo de pago con tarjeta de crédito.

En materia de crédito al consumo, por medio de tarjeta y con soporte electrónico, han generado muchas regulaciones, como la española ley 16/2011, concordante con la ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, que implican

(105) RICHARD, Soledad: EL CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MARCA EN EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN DE MERCADO Y PARTICULARMENTE DEL MERCOSUR, año 2011, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Premio Tesis Sobresalientes, República Argentina, pág. 429 y ss.

complejificar los contratos conexos, imponiendo en ciertos supuestos la contratación de un seguro (106).

Haremos algunas consideraciones, pero no existe duda que acreditada la revocación del contrato principal el consumidor tiene derecho a exigir el cese del segundo contrato ante la compañía emisora de la tarjeta de crédito y ante la empresa vendedora. No atender a esta solución implicaría una verdadera frustración de la finalidad del contrato (107).

3.1. Reticencia por la seguridad en el pago. Es interesante destacar que según surge de una encuesta representativa realizada por Prince & Cook, entre los motivos que aún frenan a algunos usuarios de Internet para comprar en línea no se cuenta ninguno referente a la forma y prueba del contrato, sino que radican en la desconfianza por la seguridad en los pagos en línea (aparentemente algunos desconocen o no consideran las opciones de pago fuera de línea), seguido de una clara preferencia por la compra y observación del producto en el mundo físico.

Usando sofisticadas técnicas los proveedores buscan el perfeccionamiento del contrato por parte del consumidor, siendo para este –en muchos casos– la oferta electrónica una circunstancia inesperada, no programada, quien al recibir la propuesta no está informado del precio ni de la calidad del bien, lo que suele ser aprovechado por el oferente vendedor (108). La oferta genérica le llega de manera agresiva, penetrando en su domicilio, en su lugar de trabajo e incluso en su correspondencia física o en su correo electrónico (109).

(106) ILLESCAS ORTIZ “Las nuevas responsabilidad electrónicas legales y su aseguramiento”, en *Libor Amocorum Fernando Sánchez Calero*, Ed. Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Tucumán, Rep. Argentina 2012, pág. 175, esp. 190.

(107) STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª Edición, La Ley, Buenos Aires pág. 594.

(108) ARICÓ, Rodolfo “La oferta en la formación del contrato negocial (ley de defensa del consumidor) La Ley 1990-B-1091.

(109) LORENZETTI, Ricardo A. *Consumidores*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, pág. 204.

Garantizar la seguridad es quizás el mayor problema para la gente interesada en realizar compras electrónicas. La mayor parte de la gente teme dar su número de tarjeta de crédito, número de teléfono o dirección porque no sabe si alguien podrá utilizar esa información sin su consentimiento. Es interesante comprobar que la mayoría de la gente no se lo piensa dos veces antes de comprar cosas por teléfono, pero les incomoda hacerlo a través de su PC. El estándar SET está alejando este miedo mediante un cifrado de los datos de la tarjeta, de forma que sólo el banco y el cliente puedan leerlos.

3.2. Sistemas de pago electrónicos. Un **sistema de pago electrónico** es el que facilita la aceptación de pagos electrónicos para las transacciones en línea a través de internet.

Los EPS o sistemas de pagos electrónicos, realizan la transferencia del dinero entre compradores y vendedores en una acción de compra-venta electrónica a través de una entidad financiera autorizada por ambos. Es, por ello, una pieza fundamental en el proceso de compra-venta dentro del *comercio electrónico*.

Sistemas de pago: online y off-line. Es importante destacar que, así como el contrato electrónico puede ejecutarse total o parcialmente de manera electrónica, como en los casos en que se entrega un automóvil adquirido vía web; el pago también se puede realizar personalmente o contra reembolso. Como esta alternativa no es materia de nuestro análisis, focalizándonos en el pago online. Este pago comúnmente se efectúa por transferencia electrónica de divisas y tiene un proceso, sobre todo a nivel internacional, muy asegurado.

Los medios de pago posibles no se verán afectados por la plataforma de negociación que las partes utilicen, es decir si es vía correo electrónico o chat o si es vía web, ya que siempre existirán las mismas opciones de canalizar el pago.

Como ejemplo de las alternativas existentes, puede ingresarse a un portal web de subasta de bienes (110), donde encontraremos que al producto seleccionado se lo puede abonar con tarjeta de crédito, hoy el mayor canalizador de las operaciones comerciales de los consumidores. También se puede abonar mediante la transferencia electrónica de divisas que es la operatoria consolidada entre las empresas (111). Otro ejemplo de sistemas de pago electrónico lo constituyen las pasarelas de pago o TPV virtual para el pago con tarjeta, los sistemas electrónicos y los sistemas que se conectan directamente con la banca electrónica del usuario.

En el pago con tarjeta, la pasarela de pago válida la tarjeta y organiza la transferencia del dinero de la cuenta del comprador a la cuenta del vendedor.

El monedero electrónico, sin embargo, almacena el dinero del comprador en un formato electrónico y lo transfiere al sistema durante el pago. El sistema de pago valida el dinero y organiza la transferencia a la cuenta del vendedor. También existe la posibilidad de que el sistema de pago transfiera el dinero electrónico al monedero electrónico del vendedor actuando en este caso como un intermediario entre ambos monederos electrónicos.

El pago a través de la banca electrónica, enlaza un número de operación o venta realizada en el comercio o tienda virtual con la cuenta bancaria del cliente en el mismo sitio del banco. Esto, reduce el riesgo de fraude al no transmitir información financiera personal por la red.

3.3. Tipos de Sistemas de pago electrónicos que tienden a dar seguridad. Los sistemas de pago empleados en Internet pueden englobarse en varias categorías: Cajeros Electrónicos que es un sistema en el cual los clientes abren unas cuentas con todos sus datos en unas entidades de In-

(110) Como puede verse en www.deremate.com o www.mercadolibre.com

(111) RICO CARRILLO, Mariliana "El pago mediante el Dinero Electrónico".

ternet. Estas entidades les proporcionan algún código alfanumérico asociado a su identidad que les permita comprar en los vendedores asociados a las entidades.

El Dinero Electrónico (Anónimo e Identificado) es un concepto amplio y difícil de definir en un medio tan extenso como el de los medios de pago electrónicos (EPS). A todos los efectos se definirá el dinero electrónico como aquel dinero creado, cambiado y gastado de forma electrónica. Este dinero tiene un equivalente directo en el mundo real: la moneda. Se usa para pequeños pagos. Puede clasificarse en dos tipos: a. **Dinero on-line:** Exige interactuar con el banco (vía módem, red o banca electrónica) para llevar a cabo el pago de una transacción con una tercera parte (comercio o tienda online). Existen empresas que brindan esta triangulación con los bancos como SafetyPay o PayPal, también existen divisas comerciales puramente electrónicas como Gold y las que combinan varias formas de pago como Neopago, además se incluyen aquellas plataformas de pago que funcionan sobre una plataforma móvil, lo cual lleva a mayor portabilidad de las soluciones de pago y por tanto mayor posibilidad de uso sobre todo en lo referente a micro pagos. b. **Dinero off-line:** Se dispone del dinero a través de internet, y puede gastarse cuando se desee, sin necesidad de contactar para ello con un banco. Estos sistemas de dinero electrónico permiten al cliente depositar dinero en una cuenta y luego usar ese dinero para comprar productos o servicios en Internet.

La tarjeta de crédito Visa ofrece en estos contratos conexos y como seguridad de la transacción la adhesión a su programa Verified by Visa.

Otro sistema es el de transferencias bancarias, que se consideran también pagos electrónicos.

Ante el pago con Cheques Electrónicos los métodos para transferirlos a través de Internet no están tan desarrollados como otras formas de transferencia de fondos. Los cheques electrónicos podrían ser algo tan simple como enviar un email a un vendedor autorizándole a sacar dinero de la cuenta, con certificados y firmas digitales asociados. Un sistema de cheques puede ser considerado como un compromiso entre un sistema de tarjetas de crédito y uno de micropagos o dinero electrónico (anónimo).

Reafirmamos que el medio más usual es el de Tarjetas de Crédito y Débito. Los sistemas de tarjetas de crédito y débito en Internet funcionarían de forma muy similar a como lo hacen hoy en día. El cliente podrá usar si lo desea su tarjeta de crédito actual para comprar productos en una tienda virtual. La principal novedad consiste en el desarrollo del estándar de cifrado SET (Secure Electronic Transaction) por parte de las más importantes compañías de tarjetas de crédito. TRANSFAST es un sistema donde operan diversos operadores, interactúa –como contrato conexo– con las tarjetas de crédito o débito. Dentro de esos operadores no se puede considerar PayPal como un banco, por lo que no se rige por las mismas leyes que las entidades bancarias. A pesar de esto, PayPal tiene que obedecer las reglas del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y de la Autoridad de Servicios Financieros de la Unión Europea. Algunas de las reglas son para evitar el lavado de dinero y las transacciones no autorizadas.

En orden a la seguridad preventiva y los contratos conexos, hay que destacar que PayPal dispone de una política de protección al comprador, de hasta 2.500 USD (o equivalente en otra divisa), donde se cubren problemas de “Artículo no recibido” o de “Artículo muy distinto al descrito”, incluyendo no solo el precio del artículo sino también los gastos de envío. Este tipo de protección solo es válida para determinadas compras donde no se incluyan, por ejemplo, artículos intangibles, servicios, vehículos, etc... El punto 13 de las Condiciones de uso del servicio de PayPal informa más detalladamente sobre la protección al comprador. PayPal también percibe dinero por aplicar la conversión de divisa (compuesta por una tarifa variable según “las condiciones del mercado de divisas” que suele ser de entre el 2,5% y el 4%). Aunque a la hora de pagar en una moneda distinta a la principal, PayPal permite que el cambio de divisa lo proporcione la entidad de la tarjeta de crédito.

Descubrir otras formas de dar seguridad en los pagos podrá ser motivos enriquecedores del debate. Así el CCC argentino dispone en su art. 1071 “Efectos. *Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común*”. También se

podría usar de las medidas previstas en los arts. 1710 y ss. que autorizan una acción preventiva (art. 1711) a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712), para intentar evitarlo o minimizarlo, obteniendo una sentencia provisoria o definitiva (art. 1713).

VII – SEGURIDAD Y JURISDICCIÓN.

El lugar de cumplimiento es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fijando la jurisdicción, o sea donde el comprador-consumidor en una compraventa internacional formalizada por vía electrónica, podrá reclamar –en su caso– por incumplimientos contractuales, particularmente vinculados al ejercicio de su derecho de retractación.

Una modalidad es la posibilidad de indemnización al consumidor en sede administrativa, previsto por el art. 40 bis según ley 26361 que dispone “...La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor... y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco Canastas Básicas... El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del art. 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor. – Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial” (112). La recepción de ese título en un juicio monitorio podría facilitar la reparación del consumidor. Esta norma tuitiva es normalmente neutralizada por la apelación, con las dificultades consiguientes para el consumidor para instarla.

1. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. El Código Civil y Comercial argentino en las “Disposiciones de derecho internacional privado”, regula específicamente la cuestión:

(112) STIGLITZ, Gabriel A. “El Código Civil y Comercial y la indemnización al consumidor en sede administrativa” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 272 mayo-junio 2015, Buenos Aires, pág. 521.

SECCIÓN 12ª Contratos de consumo

ARTÍCULO 2654.- Jurisdicción. “Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”.

ARTÍCULO 2655.- Derecho aplicable. “Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:

a. Si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato;

b. Si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor;

c. Si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido;

d. Si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración”.

En lo que nos interesa: se requiere existencia de negocios establecidos, pero las ventas *online* siguen su crecimiento a expensas de los negocios establecidos. Pero se busca mantener la existencia de distribuidores. En nuestro país la modalidad *online* esta difundida pero la entrega es generalmente dispuesta en un lugar designado por el vendedor y es retirado directamente por el comprador luego de que el pago *online* es efectuado. La venta online está permitida en nuestro sistema por medio de ofertas y de su aceptación por medios electrónicos aceptando previo conocimiento de las condiciones generales, por un simple clic al pulsar “acepto las condiciones generales que he leído” –y que aparecen en la pantalla– se cierra la operación de la que queda evidencia en las computadoras y en los servidores. El hecho de que sea por un sistema de *clickwrap* es decir a distancia no cambia la circunstancia de que el consentimiento fue dado en forma expresa. ¿Pero entre quien se cerró la venta? En caso de que fuera con una estructura virtual como el retailer detallado el vendedor no se encuentra en el país y el retailer es un intermediario, habrá que ver si lo hace como intermediario vendedor o intermediario agente. Sin duda que hay cláusulas como las de jurisdicción que prohíben la prórroga de jurisdicción y se consideran abusivas, pero ello no habilita ningún reclamo en un lugar específico de ladrillo y cemento sino un reclamo online. Al menos entre el proveedor y su e tailer están claras. Y el e tailer no tiene domicilio sino virtual. Diferente es la situación con el consumidor que compra online del e tailer porque lo único que puede hacer es reclamar al retailer por internet, pero está reclamando a una empresa virtual. Ese es un tema que todos los que compran nunca han pensado porque compran a alguien de carne y hueso en el país, o alguien le entrega en el país, mientras que las compras online en el extranjero se entregan en forma no personal (113).

(113) MARZORATTI, Osvaldo J. “El efecto de las ventas on line frente a los sistemas de distribución comercial”, disertación en Congreso Internacional de Derecho Comercial, Bs. Aires 4/5 de julio de 2016.

Lo que es importante es la evidencia, también en este aspecto, de la protección al consumidor (114).

2. ACCIÓN CONTRA EL PROVEEDOR O VENDEDOR EN PARAGUAY. *La acción del consumidor o usuario podrá dirigirse tanto contra el vendedor o proveedor del producto nocivo, esta acción se funda en el contrato existente entre el usuario o consumidor y el vendedor o proveedor, por lo que constituye una garantía (115) [7] o seguridad que se debe ofrecer por los productos que se vende.*

Para la Ley 1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario, se denominará proveedor a "toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolla actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por lo que cubre un precio o tarifa"(Art. 4º inc. b), asimismo, la ley dispone que queda sujeto a sus disposiciones todos los actos celebrados entre proveedores y usuarios, bajo cualquier forma de transacción comercial (Art. 3º), por tanto, si bien la relación jurídica formada entre el proveedor y el consumidor es de naturaleza especial al caer bajo la protección de la ley 1334, sin embargo, la acción que surge es de naturaleza contractual, pero el fundamento real del deber de resarcir es el riesgo creado por la elaboración de los productos que se ha distribuido masivamente al consumidor.

Al analizar rápidamente estas protecciones se concluye que la autonomía de la voluntad en esta materia ha sido restringida ostensiblemente, el factor confianza fundado en la apariencia demostrada por el ofertante constituye el fundamento de la protección legal.

La modificación de la carga de la prueba, es otra de las características basada en la confianza depositada en la apariencia, en razón de que el contratante

(114) MISTRETTA, Carolina Valeria "La protección del consumidor en el Derecho Internacional Privado" en La Tesinas de Belgrano, Ed. Universidad de Belgrano, tesis n° 550, Oct. 2012. Buenos Aires.

(115) HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo. Publicación en la Ley Paraguaya, publicación del año 2010, citado por el Académico cuyo trabajo mencionado venimos incorporado en cursiva.

no estaría requiriendo al sujeto que se encuentra en la ventanilla de un banco su representación convencional como factor.

Las leyes de protección a los consumidores incorporan normas que pretenden tutelarlos en el ámbito del proceso, y al margen de expresas disposiciones, el principio de la carga dinámica de la prueba, la razonabilidad y discrecionalidad judicial deben asegurar soluciones justas (116).

No descartamos la posibilidad de analizar y normativizar el uso de procedimientos monitorios, con limitado trámite de conocimiento, basado en una demanda del consumidor-comprador internacional, debidamente documentado, promovida con conocimiento del vendedor, permitiendo tanto la sentencia ejecutiva como la promoción del contradictorio por el demandado para enervar la acción monitoria.

VIII – LA SEGURIDAD Y LAS ACCIONES COLECTIVAS.

Hemos remarcado el gran problema de la sociedad moderna: la justicia lenta (117) –que se ha llegado a decir que “no es justicia”. La obligatoriedad de la jurisprudencia parecería que podría paliar esta cuestión, pero sabemos que ni en el orden nacional ni en el provincial, ni son obligatorios los precedentes de los máximos Tribunales, ni se cumplen las sentencias judiciales, no sólo se exige agotar innecesariamente todas las instancias recursivas. Ello satura el sistema judicial y genera una discriminación en torno a derechos de los más débiles, particularmente los consumidores y los jubilados. Sobre este punto podrían ser adecuados los procesos colectivos.

El centro de la cuestión debe ser el de asegurar una justicia eficientemente rápida y ejecutiva para evitar la proliferación del incumplimiento, que luego satura el mercado y la actividad productiva.

(116) Sobre el punto puede verse QUAGLIA, Marcelo Carlos “La carga de la prueba en el ámbito de las relaciones de consumo” en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, año IV, n° 5, octubre 2015, pág. 85.

(117) RICHARD, Efraín Hugo “Justicia y Derecho”, págs. 419 a 430 para la Comisión n° 3 “Justicia y Derecho, en libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, editado en Córdoba 1998.

Pero el elemento más efectivo de seguridad para el consumidor es la posibilidad, ante violaciones generalizadas, de la promoción de acciones colectivas a través del sistema de defensa del consumidor. Hemos visto que las mismas tienen rango constitucional. Lo reafirmamos, y ello fue recogido en el art. 14 del nuevo Código Civil y Comercial argentino "En este Código se reconocen: ... b) derechos de incidencia colectiva...".

La Constitución Nacional Paraguaya, del año 1992, consagra la tutela de los intereses difusos en forma expresa dentro del Título destinado a los deberes, derechos y garantías fundamentales. Así, el Art. 38 Del Derecho a la defensa de los intereses difusos: "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad, del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo".

También la referida Ley especial 1334/98 de Paraguay en la materia, establece: "La defensa en juicio de los derechos que esta ley precautela podrá ser ejercida a título individual como a título colectivo. Será ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses o derechos difusos o colectivos". Tendrán acción el consumidor o usuario, las asociaciones de consumidores que cumplan con los requisitos de los Arts. 45, 46 y 47, la autoridad competente nacional o local y la Fiscalía General de la República.

Es que la defensa de la relación de consumo y la protección al consumidor tiene una base constitucional en algunos países. Tal el ejemplo del país anfitrión que la integró a su Constitución en el año 1992, adelantándose en dos años a esa integración en la República Argentina.

Algún autor ha señalado que nos hallamos sobre un terreno movetido y frágil, particularmente partiendo de las experiencias en Estados Unidos y conforme a la teoría del "deekp-pocket", de que el pobre se agarra del bolsillo del rico (el consumidor al del gran fabricante). No obstante,

lo cual se justifica la legitimación de grupos que resulten afectados a través de la "class action" (118). Obviamente que entendemos que esas asociaciones tienen un rol preventivo defendiendo los intereses económicos de los consumidores e interviniendo en el proceso de toma de decisiones administrativas respecto del sector del consumo (119), pero ello no debe conllevar restarle legitimación en los procesos judiciales mismos para la reparación de daños uniformes.

1. CONVENIENCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS. Es claro que las acciones autónomas disponibles para cada individuo, no suplen las acciones colectivas, pues ¿son iguales las consecuencias en materia de tasas fiscales, gastos, costas eventuales y, en definitiva, la sensación de no ser un virtual pigmeo –aislado además– frente a un coloso, con todo el menoscabo anímico que ello conlleva para un ciudadano por completo ajeno al mundo de los pleitos judiciales? Dicho de otra manera: brindar a los ciudadanos las posibilidades de una protección judicial derivada de una acción como la que estamos comentando, es mucho más sensata, moderna y elusiva de esos factores psicológicos que tantas veces producen desaliento "a priori" y, por lo tanto, la decisión de nada hacer. Máxime con el concepto colectivo que hoy está instalado en la sociedad acerca del sistema judicial argentino (120).

Como expresa Lorenzetti (121) "...en el derecho argentino, cabe señalar que la relación de consumo tiene su causa fuente en un contrato o

(118) DE ÁNGEL YAGUES, Ricardo "La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos". Pág. 58 y ss. en AAVV *Estudios Sobre el DERECHO DE CONSUMO*", Ed. Iberdrola, Bilbao, 2ª. Edición 1994.

(119) ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio "El papel de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios", pág. 226 en obra citada en nota anterior.

(120) RICHARD, Efraín Hugo "Justicia y Derecho", págs. 419 a 430 para la Comisión nº 3 "Justicia y Derecho, en libro *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, citado.

(121) LORENZETTI – SCHOTZ *DEFENSA DEL CONSUMIDOR*, Ed. Abaco, nov.2003, pág. 95.

en un acto jurídico unilateral o en un hecho jurídico, conforme surge claramente de la Constitución Nacional y de los arts. 1, 2 y 40 de la ley 24.240”.

Para hacer frente, entonces, a las organizaciones gubernamentales y empresarias resultó necesario que individualmente los consumidores se organizaran. Extremo éste que en los países centrales fueron cubiertas en las primeras décadas del siglo pasado pero que en nuestro país recién nació con la reforma constitucional de 1994, al reconocerse legitimación activa procesal a las asociaciones de defensa de los consumidores.

Al respecto, señala Andrés Gil Domínguez (122), que “Muchos desaciertos epistemológicos se han cometido y se cometen alrededor de los derechos colectivos. Uno de ellos es profesar que los derechos colectivos son “nuevos”, entendiéndose por tal, a una irrupción histórica que presenta un carácter posterior a los “clásicos” derechos subjetivos. Pero no es así. En el mundo de la historia de la humanidad puede parecer a primera vista que los derechos subjetivos son de larga data. Mas su presentación como poder o facultad de las personas frente al Estado o al resto de la sociedad sólo se concretó con el iusnaturalismo racionalista y con los movimientos revolucionarios desarrollados en los EE.UU. y en Francia. Los cuales originaron constituciones liberales en las que el derecho subjetivo pasó a ocupar el centro del orden jurídico. En la antigüedad no existía la idea de subjetividad independiente del derecho objetivo de la comunidad a la que se pertenecía. El individuo era “sui iuris” por su integración en la colectividad social y no por su personalidad. Así, el interés colectivo prevalecía por sobre cualquier interés particular... Una de las grandes revoluciones de nuestro tiempo se hizo bajo el dogma de la soberanía popular en nombre de un sujeto colectivo: el pueblo... La sanción de la Constitución norteamericana se realizó sobre la base de un sujeto colectivo: el pueblo... En la Argentina existen componentes históricos que permiten afirmar que los derechos colectivos no son producto de la reforma constitucional de 1994. Por el contrario, estos tienen una existencia histórica an-

(122) Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales Ed. Ad Hoc 2009.

terior a la sanción de la Constitución que se remonta al proceso constituyente originario (1853-1860), en el que fueron incorporados a través del art. 33 ...”.

Dicho autor también expresa que “Si bien con una estructura y extensión distinta de la que presentan en la actualidad, los derechos colectivos fueron formulados antes que los derechos subjetivos. Ello se verifica si observamos que la base de sustentación conceptual de los derechos subjetivos y de los derechos humanos está significada por derechos colectivos. En la actualidad, los mal llamados “nuevos derechos” son en realidad una “relectura de viejos derechos” en el marco de un paradigma constitucional (el Estado constitucional de derecho) en el cual los derechos fundamentales conforman la dimensión sustancial de la democracia. La preexistencia de los derechos colectivos respecto de los derechos subjetivos (que más tarde devino en una coexistencia) permite despejar cualquier clase de presunción que dote de una mayor jerarquía o proyección a los derechos subjetivos sobre los derechos colectivos. Ambos concurren, cada uno con su propia estructura, como derechos fundamentales en igualdad de condiciones en el campo de la regla de conocimiento constitucional...”.

La aparición de los llamados derechos colectivos o difusos, o derechos de incidencia colectiva como los denomina nuestra Constitución Nacional (art. 43), obliga a buscar nuevas herramientas que permitan su real ejercicio y protección judicial. Un “amparo colectivo”, o sea, una institución funcional congruente con la entidad de los intereses a proteger.

Estos nuevos derechos son los relativos a la defensa de los consumidores y usuarios, el derecho a un medio ambiente sano, la protección del patrimonio natural y cultural, la defensa de competencia y el resguardo contra la discriminación, entre otros (art. 43 C.N.). Los arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional establecen el marco constitucional para la protección de los derechos de incidencia colectiva, a saber: derechos al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y las actividades productivas, la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, los derechos del consumidor y usuarios de bienes y servicios, los derechos contra la discriminación y la protección de la competencia. Estableciéndose ade-

más la acción de amparo colectivo para la tutela de estos intereses y legitimándose para su ejercicio al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

A su vez, contemporáneamente a la reforma constitucional se han dictado normas nacionales y provinciales para regular la protección de tales derechos constitucionales. En efecto, en el ámbito nacional la Ley de Defensa del Consumidor 24240 que contiene especiales previsiones procesales para el trámite de los procesos colectivos al regular pormenorizadamente la legitimación y la representatividad adecuada (arts. 52, 53, 55, 56 y 57 ley 24240), y la última establece los alcances de la cosa juzgada (art. 33 ley 25675).

De la interpretación armónica de las disposiciones contenidas en la ley 24240) (y sus normas modificatorias y reglamentarias, la última de las cuales fue por ley 26361 (123) y en el art. 43 CN. es posible concluir que el ordenamiento jurídico vigente contempla la posibilidad de que las asociaciones de usuarios asuman la representación judicial de éstos, ya sea que se trate de la afectación de un derecho subjetivo o de un derecho de incidencia colectiva.

2. EL MEJOR ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA. La cuestión del acceso del consumidor a la justicia es una de las principales claves de la eficacia del sistema de protección jurídica del consumidor.

Ocurre que las normas de defensa del consumidor han consagrado a la vez soluciones sustanciales y procesales.

Las soluciones sustanciales son verdaderamente revolucionarias dentro del Derecho Privado, Civil y Comercial: la nulidad de cláusulas abusivas, las reglas en materia de información y publicidad, el deber de seguridad y la responsabilidad objetiva por productos y servicios, etc.

Pero de poco servirían esas soluciones sustanciales si al mismo tiempo no hubieran venido acompañadas por una notable transformación también en el campo procesal, como la que efectivamente provocaron la

Ley de Defensa del Consumidor 24240 (LA 1993–C–3012) (arts. 52 y 53) y la Constitución Nacional (art. 43).

Fundamentalmente, consistió en un tránsito desde el esquema clásico de acciones individuales y estrictamente resarcitorias (o sancionatorias) hacia un sistema de acciones judiciales colectivas y preventivas. El punto culminante en tal sentido es el art. 54 de la ley 24240 (t.o. por ley 26361), cuando consagra la extensión de una sentencia favorable a la reclamante en un litigio judicial, hacia todos los ciudadanos que estén en esa situación, aunque no hayan sido parte de los trámites judiciales.

Empero, esa condena de un actor individual no evitará el enorme costo social de múltiples consumidores víctimas de la misma situación, que no encontrarían solución por no haber participado individualmente del aludido e hipotetizado proceso judicial.

Acciones colectivas de ese tipo, por otro lado, desplegadas a través del ejercicio de una legitimación activa amplia (art. 52 ley 24240), han sido las que efectivamente ejerció el GCBA en casos como el aquí comentado (con resultado favorable) a través de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. Este Superior Tribunal ha brindado importantes (y a favor) antecedentes sobre problemáticas análogas, sobre la acción colectiva, que consideramos aplicable a un planteo colectivo en torno a compra venta internacional por vía electrónica a consumidores, en cuanto a la promoción de una acción colectiva de haber intereses homogéneos. Registramos el siguiente fallo, en el cual se citan otros antecedentes, dictado en los autos “Mujeres por la Vida –Asociación Civil sin fines de lucro– Filial Córdoba v. Estado Nacional”, finalmente resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En dicho caso, el PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN dictaminó que: “el art. 43 CN. reconoce expresamente, como legitimados para interponer la acción expedita y rápida de amparo, a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa –entre los que se encuentran las asociaciones– por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, derechos reconocidos por la Constitución,

un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva. Así, esta Procuración General ha sostenido que la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (conf. dictamen del 29/8/1996, in re A.95. LXXX, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina v. Provincia de Buenos Aires y otro s/acción declarativa", en la que V.E., por sentencia del 22/4/1997, rechazó la excepción de falta de legitimación, acogiendo la opinión de este Ministerio Público [Fallos 320:690 [5]]". "En igual sentido se ha pronunciado el procurador general en la causa A.186, LXXXIV, Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/amparo ley 16986" (dictamen del 22/2/1999, a cuyos términos se remitió el tribunal –por mayoría– en su sentencia del 1/7/2000 [Fallos 323:1339]) y en el caso publicado en Fallos 325:524 ("Mignone)". "Pues bien, a mi modo de ver, las conclusiones de tales precedentes son aplicables al sub índice, porque la actora es una asociación entre cuyos fines se encuentra –como surge de su estatuto organizativo– promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva prestación del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto de su dignidad intrínseca a lo largo de la vida (ver fs. 38/42 y escrito de inicio de fs. 46/61, en especial, fs. 46 vta., in fine/47), circunstancia que permite concluir que aquélla se encuentra legitimada para demandar como lo ha hecho".

LORENZETTI también expresó en su voto en dicho precedente: "Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos". "Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 CN) son ejercidos por el defensor del pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado". "En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes". "En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión

alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno". "En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera". "Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al defensor del pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular". "Que la Constitución Nacional admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión, en su art. 43, a los derechos de los consumidores y a la no discriminación". "En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño". "Frente a esa falta de regulación –la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador

debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”. “Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia”. “El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales”. “El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”. “El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (Fallos 322:3008, consid. 14, disidencia del juez Petracchi) ...”.

4. LA LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN COLECTIVA. La fenomenología de los derechos colectivos da marco a la figura de la legitimación extraordinaria la cual otorga validez a las llamadas “realidades procesales colectivas” y, dentro de ellas la defensa de los derechos o intereses individuales homogéneos, los cuales al ser ontológicamente individuales procede darles tratamiento “colectivo” por razones de economía procesal y ventaja del acceso a la justicia.

Lenta pero inexorablemente, el tiempo fue generando una situación cambiante en materia procesal de derechos colectivos. Se ha superado la

inicial estrechez conceptual de categorías jurídicas que llevaban siglos aplicándose en cuestiones de derecho ritual, y hoy están “heridas de muerte”. Señala al respecto Ricardo L. Lorenzetti, que: “... las instituciones privatísticas del siglo XIX fueron ideadas para pocas personas; generalmente se ocupan de problemas bilaterales. De conflictos contractuales entre acreedor y vendedor. No está presente la contratación en masa (¡mal podía estarlo, claro, cuando no se tenía ni idea de la revolución técnica y cultural que devendría tan solo un siglo después!). La propiedad era un problema del propietario, pero no toma en cuenta el fenómeno que produce la presencia de una gran cantidad de propiedades agrupadas. Este diseño avaro condiciona la utilización de esas herramientas cuando se las pretende utilizar para el “acceso masivo e igualitario a la justicia”. “El proceso (en la concepción clásica) es un sistema de posiciones rituales, ordenadas dialécticamente al modo de la tesis, antítesis y conclusión hegelianas. Está focalizado en el análisis de problemas individuales, en conflictos bilaterales. Por otra parte, la idea de “debido proceso” se conjuga con el “tiempo lento”, con “tomarse tiempo” para la reflexión y la solución de los problemas. Una máquina procedimental ordenada en base a pretensiones individuales y ritos formales rigurosos es lenta. La presentación de pretensiones masivas desequilibra el sistema, porque el mismo no está preparado para atender a grandes grupos, sino a individuos. Asimismo, el sistema está demasiado preparado para ocuparse de pequeños problemas...”. “...Las acciones basadas en intereses difusos o individuales homogéneos, junto con el efecto expansivo de la cosa juzgada, provocan una disminución de gastos en la justicia, pero un alza de costos en términos de lo que debe ceder el derecho clásico en sus formas de garantía del debido proceso... Estos derechos apropiados para el acceso constituyen algo diferente de lo que estamos acostumbrados a ver. Sus disposiciones son menos rigurosas y más flexibles, se ajustan poco a las sistematizaciones clásicas, tienen un lenguaje jurídico impuro, en elaboración.... ¿se trata de un derecho de segunda clase?”. El propio autor da la respuesta: en absoluto es así: “...Los denominados bienes colectivos han adquirido relevancia tanto a nivel constitucional como en la legislación especial... Los derechos que protegen al usuario y al consumidor, si bien son individuales tienen incidencia colectiva, puesto que hacen al buen funcionamiento del mercado (art. 43 de la C.N).

De la obra de Lorenzetti que estamos citando ella extraemos algunas otras consideraciones que nunca está de más reiterar: “Derechos Humanos procedimentales” es la categoría que da sustento a la acogida judicial de cuestiones como las que venimos desarrollando e “Intereses pluriindividuales homogéneos” una de sus especies. Que se dan cuando no obstante ser un interés individual la base de un reclamo, el mismo es homogéneo y susceptible de una sola decisión. Lo cual refleja que hay homogeneidad-imputación objetiva que amplía el campo de la reparación (p. 289), puesto que no sólo quienes demuestren –judicialmente– la culpa podrán obtenerla, sino también aquellos que no estén en condiciones de hacerlo”.

Adecuado epílogo de esta reseña a favor de la legitimidad activa de una ONG y de los alcances “erga omnes” que deben tener las sentencias originadas en reclamos de este tipo de Asociaciones, es señalar las recientes manifestaciones sobre el particular expuestas en XXIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, una de cuyas Comisiones (la de Procesal Civil) se destinó específicamente a los procesos colectivos y acciones de clase, analizando la problemática de la legitimación y de los alcances de la cosa juzgada. Es más: se constituyó esa problemática en el tema “emblemático” del evento, reflejado ello en las conferencias de apertura y cierre, además del trabajo en comisión. Fue unánime el respaldo al criterio expuesto como necesidad de los justiciables del siglo XXI, para no malograrles el acceso a la justicia en mérito a un enfoque arcaico, por completo divorciado del avance no solo de las restantes ciencias del saber (física cuántica, medicina nuclear, ingeniería espacial, etc.) sino también de la evolución del propio campo jurídico, tan notoria en muchas de sus áreas (la de los modernos contratos inclusive por vía informática, firma digital, en el ámbito de los negocios, en el derecho de familia también, etc.), a lo cual no puede permanecer ajeno el derecho procesal, como si el mundo estuviera detenido en el tiempo de los romanos. Debido a la relación que surge del propio texto constitucional, la legitimación procesal para interponer una acción de amparo colectivo (“legitimación activa colectiva”) es una función directa de la existencia de derechos de incidencia colectiva. Cuando existan derechos de incidencia colectiva afectados, queda habilitada la legitimación activa colectiva, postura que incluso

comparte la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5. LAS REFORMAS A LA LEY ARGENTINA. La ley 26361 – Reformas a la ley de defensa del consumidor 24240, cerro (a favor) el debate sobre legitimidad de las ONG. Dicha reforma –entre otros cambios– introduce un artículo, el 54 (artículo 27 del despacho), dedicado a las **ACCIONES DE INCIDENCIA COLECTIVA** que contiene tres párrafos: el primero, referido a la mecánica para un acuerdo conciliatorio, el segundo a los alcances de la sentencia dictada en ese marco y el tercero, las pautas de reparación cuando hubiese contenido patrimonial en la cuestión. Esa norma establece que: “... La sentencia que haga lugar a la presentación hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de la reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser posible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

Por otro lado, el art. 55 de la ley 24240, ya desde origen atribuyó legitimidad a las asociaciones de defensa del consumidor cuando se lesionaren intereses de los consumidores. Ahora sólo se le agregó un párrafo referido al beneficio de litigar sin gastos, o, mejor dicho, al carácter de “justicia gratuita” que tendrán este tipo de procesos judiciales.

Analizando para el ejercicio de una acción de clase tutelando derechos de incidencia colectiva, aplicable a los consumidores –tanto como acciones preventivas como reparatorias–, se ha entendido “se configuran

los requisitos de: causa fáctica común, pretensión procesal enfocada al aspecto colectivo”, para promover la demanda de “acción colectiva” “con sustento en los arts. 42 y 43, CN”, identificando así al “colectivo”, o sea a la “clase”, aceptando a una Fundación la legitimación activa (124).

El análisis de las modalidades y legitimaciones en las acciones de clase puede ser un eje para el debate.

IX – JURISDICCIÓN Y POSIBILIDAD DEL ARBITRAJE.

El principal aspecto en este crecimiento de público–consumidor en el comercio electrónico, estará dado por la posibilidad de que el cliente le inicie una acción judicial en su lugar de residencia y que éste no sea el mismo que el del comerciante. Entonces, mientras más lejos coloque los productos y servicios el comerciante, más lejos tendrá que viajar a defenderse de una acción judicial en su contra. Una manera de mitigar esta situación, es establecer un sistema de resolución de disputas alternativo, ya sea vía Internet o vía los foros internacionales, como puede ser la Cámara Internacional de Comercio y su muy reconocido sistema de Arbitraje. El arbitraje en el Código Civil y Comercial Argentino ha sido regulado como “contrato”, aunque la mayor parte del articulado se relaciona con el proceso arbitral, que desde los orígenes de nuestra institucionalidad ha sido regulado por las leyes procesales (125).

La preocupación central es la eficiencia de un sistema para devolver el equilibrio ante el conflicto generado que impone al perjudicado recurrir a un sistema estatal o privado para asegurar un cumplimiento (126).

(124) Juzg. 44° CC Córdoba, fallo del 31 de mayo de 2016 en “Fundación Club de Derecho Argentino c/ Banco Itaú Argentina S.A. – Abreviado – Otros – Exp. 2849064/36, publicado in extenso a pág. 173 y ss. en Semanario Jurídico, tomo 114 – 1016 – B, Ed. Comercio y Justicia, diario 2065 del 28 de julio de 2016 año XXXIX, *Fallos y Doctrina SEMANARIO JURÍDICO*.

(125) CRISTIÁ, María José “Algunos aspectos del arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, Año CV – 1528, Mayo de 2016, Rosario, Argentina, pág. 38 y ss.

(126) RICHARD, Efraín Hugo “Arbitraje interno de Derecho. Las Bolsas de Comercio de Córdoba, Rosario y Santa Fe”, en Libro Colectivo *Resolución Alternativa de*

Para analizar el método que se utilizará para solucionar los diferendos y las disputas que surjan de la contratación electrónica se deberá dividir entre las relaciones con consumidores B2C y las relaciones entre empresas, B2B.

En el primer caso, normalmente se habilita la sede judicial del domicilio del consumidor y la norma protege ampliamente a éste. En el segundo caso, los empresarios están mayoritariamente optando por los medios alternativos de solución de diferendos como son la Mediación y el Arbitraje.

Estos métodos son más amigables para las transacciones electrónicas porque sus normas de procedimiento, por ejemplo, si se siguen las de la Cámara de Comercio Internacional, están más actualizadas que las legislaciones de cada país, y están orientadas a los comerciantes o a los negocios, incluso para solucionar problemas de inversionistas (127).

Conflictos 2 tomos, Editorial Hammuraby, Buenos Aires 2010, Dirección Raúl A. Etcheverry – Elena I. Highton, tomo I *Arbitraje*, pág. 235 y ss.

(127) BELLO, Janeiro “EL ARBITRAJE INTERNACIONAL” en Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho de La Coruña, 2013, señaló CONCLUSIONES: “1. El arte y la técnica del arbitraje conocidos y practicados históricamente y regulados en el derecho romano conoce gran auge en el S. XX como un medio importante para la resolución de conflictos. 2. La flexibilidad, el antiformalismo y la máxima libertad hacen del arbitraje uno de los más recomendables para la solución de conflictos internos e internacionales. 3. Para que el arbitraje sea verdaderamente eficaz y mantenga su reputación como institución, es preciso adoptar unos niveles legales y éticos elevados, y respetarlos. ... 6. Junto al arbitraje comercial y financiero propiamente dicho se sugiere prestar especial atención, por su máxima relevancia, al arbitraje de inversión. 7. La entrada en vigor de la Ley española 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, supone un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución, que propicia la creación de las condiciones necesarias para hacer de España un referente en la materia por la celeridad, eficacia y flexibilidad de los arbitrajes que refuerza la seguridad jurídica de los laudos y su ejecución y reconocimiento... 9. En una economía global caracterizada por el incremento constante de los flujos comerciales internacionales, es imprescindible armonizar el Derecho que la ordena, y, singularmente, el régimen jurídico del arbitraje, tanto interno como externo, lo cual facilitaría que

Entre estos métodos de resolución de diferendos, existe un método administrado por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) que se ha instrumentado totalmente en formato electrónico, aunque hoy solo se aplica a las disputas generadas en torno a los nombres de dominio. De todas maneras, es un procedimiento innovador y que seguramente pronto se podría trasladar a los conflictos generados entre comerciantes y empresas, B2B (128).

Sobre el punto la doctrina señala “El arbitraje es una justicia privada, de fuente convencional, ya que su origen inmediato es el acuerdo a través de la cual las partes exteriorizan su voluntad de excluir la intervención de los tribunales judiciales, y someterse a la decisión de árbitros. En conclusión, este acuerdo o convenio arbitral configura un contrato en sí mismo y es la estructura adecuada para su desarrollo... se puede evidenciar la naturaleza mixta del arbitraje –contractual por su origen, jurisdiccional por las atribuciones que de él derivan a los árbitros–, circunstancia

se pacten convenios arbitrales... 12. El arbitraje comercial internacional es manifestación de la libertad contractual de los ciudadanos. El desconocimiento de la normativa y el incumplimiento de los laudos arbitrales, así como las denuncias de los tratados que los contemplan bajo un régimen de inversiones para evitar su aplicación, afectan, no solo al desarrollo económico por propiciar el aislamiento, sino también a la seguridad jurídica propia del Estado democrático de Derecho y por configurar un elemento de riesgo en materia de relaciones económicas internacionales... 14. Todos los países iberoamericanos deberían de favorecer sus posibilidades como sedes de arbitrajes sobre conflictos comerciales internacionales. España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que suponen una importante ventaja competitiva, pueden aprovechar el nuevo marco normativo, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para lo cual ha de tenerse en cuenta también el notable incremento del volumen de inversión de las empresas españolas en el extranjero en sectores estratégicos”. Destacamos que integramos los Tribunales institucionales de Arbitraje de las Bolsas de Comercio de Córdoba y de Rosario, República Argentina.

(128) Para más sobre este procedimiento: <http://www.wipo.int/amc/es/>

recogida no solo por la doctrina y jurisprudencia internacional, sino también por nuestros tribunales nacionales y ahora, por la legislación nacional” (129).

También se ha interpretado que “el nuevo Código –Civil y Comercial Argentino– acoge esta posición ecléctica puesto que, si bien reconoce al arbitraje la naturaleza de un verdadero contrato, ello no excluye que los códigos locales regulen todo lo atinente al procedimiento en relación con la administración de justicia, medidas precautorias, recursos, ejecución del laudo, etcétera” (130).

En algunos precedentes, la Corte Suprema se ha pronunciado a favor de dicha posición mixta respecto de la naturaleza del arbitraje, en los siguientes términos: “no resulta razonable... aplicar a los árbitros las pautas establecidas para la remuneración de los jueces de la Nación, pues la naturaleza jurídica de unos y otros difiere sustancialmente. Ello es así, pues si bien los árbitros poseen la facultad de resolver conflictos de intereses, no ejercen –como los jueces– la *iurisdictio* en virtud de la soberanía del Estado que los inviste como funcionarios públicos, sino que generalmente reciben sus poderes de una convención privada de forma tal que, no por actuar en esa calidad pierden su carácter de particulares designados por disposición de las partes... A diferencia de los jueces –órganos del Estado– los árbitros desempeñan una actividad mixta, jurisdiccional por su naturaleza, pero convencional por su origen en la mayoría de los casos, pues la estructura de la institución arbitral se explica sobre la base de la voluntad de los interesados, sin que, en consecuencia, su participación en la administración de justicia tenga su fuente en una dependencia

(129) SANDLER OBREGÓN, Verónica, “Contrato de arbitraje” (Capítulo 29, Título IV, Libro Tercero), en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo IV, Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 347.

(130) CRACOGNA, Dante, “Contrato de arbitraje” (Capítulo 29, Título IV, Libro Tercero) en CAORDOBERA, Lidia; BORDA, Alejandro y ALFERILLO, Pascual, *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Tomo 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 959.

directa del poder estatal... Por ende, tratándose de la función arbitral prevista en el art. 736 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la justificación del poder de dirimir un conflicto debe encontrarse en una doble convención: entre las partes, por un lado, y entre el árbitro y las partes, por otro, aun cuando la voluntad de los interesados no sea plenamente soberana pues es el Estado el que reconoce el valor y garantiza la eficacia de esta convención" (131).

Claro que por estas razones "el contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada, se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquéllos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas, ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales" (132).

Hay que tener en claro que la posibilidad de arbitraje local para consumidores, que puede revestir conveniencia por su eficiencia, pueden no serlo en casos de compraventa internacional, para más por vía electrónica. Son diferentes sistemas para distintos escenarios.

Se ha adoptado en la Comunidad Europea, donde España lo ha entronizado en el año 1993 con beneplácito general (133), lo que introducimos en el apartado 3 siguiente.

(131) CSJN, "Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ Tribunal Arbitral", 11/11/1997, *Fallos* 320:2379.

(132) SCOTTI, Luciana B. "Luces y sombras de la regulación del arbitraje en el Código Civil y Comercial de la Nación" en prensa en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Thompson Reuters, Buenos Aires 2016.

(133) DÍAZ ALABARG, Silvia "El arbitraje de consumo (RD 636/1993, 3 de mayo)" pág. 170 y ss. en *AAVV Estudios Sobre el DERECHO DE CONSUMO*", Ed. Iberdrola, Bilbao, 2ª. Edición 1994.

1. LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE PARA CONSUMIDORES. La posibilidad de pactar o recurrir al arbitraje está acotada, como transcribimos, por el CCCA: ARTÍCULO 1109.— Lugar de cumplimiento. *En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.*

Veremos que el mismo CCCA potencia ese criterio negativo.

Sobre esta posibilidad, en Paraguay se ha dicho, esta ley (del consumidor apuntamos), *tiene como objeto proteger al consumidor final en las relaciones de distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios. Se aparta de la concepción tradicional (autonomía de la voluntad) del Código Civil, y va más allá intentando proteger al consumidor final, la parte más débil de la relación comercial de los contratos en masa que caracterizan nuestras relaciones comerciales actuales. Justamente, buscando proteger a la parte más débil en las negociaciones que se dan en las relaciones de consumo de masa, las normas de esta ley prohíben la utilización cláusulas de arbitraje en los contratos de adhesión. Se consideran cláusulas abusivas: i. Las que permiten la elección unilateral de juez competente para resolver una controversia entre las partes".* Y Ríos Avalos nos ilustra indicando la norma específica considerando abusiva la disposición obligatoria del arbitraje: Art. 28. "Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que: a) Desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños; b) Importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; d) Impongan la utilización obligatoria del arbitraje; e) Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones de contrato; f) Violen o infrinjan normas medioambientales; g) Impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor; y, h) Impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor, o causen su indefensión".

La autora mexicana que citamos (134) señala: Puesto que en la ausencia de una ley específica o en la presencia de una pluralidad de ellas, será la voluntad de las partes definida en el contrato que predominará. Entre las cláusulas más importantes se encuentran : La identificación de las partes ; la dirección geográfica (domicilio social) del establecimiento del proveedor de bienes o servicios; las obligaciones de las partes; los gastos de entrega; las modalidades de pago, entrega o ejecución; la cláusula de confidencialidad de datos personales, en la cual hay un compromiso de no utilizar los datos personales de los clientes para fines diferentes a los previsto inicialmente; la legislación aplicable, no hay que olvidar que se pueden realizar operaciones comerciales con personas físicas o morales de diversos países en los cuales la legislación a aplicar será distinta y el consumidor no conoce forzosamente; y por último si existe la posibilidad de un arbitraje y la jurisdicción competente. En lo referente a los problemas de legislación aplicable y Juez competente, las partes contratantes pueden explicitar la ley que se aplicará. En el caso del contrato de compraventa en línea, la existencia de una cláusula de jurisdicción competente o de arbitraje puede bastar para resolver los problemas eventuales. Con la única observación, que en algunos países la protección del consumidor puede ser considerada como una Ley de policía y de seguridad pública, razón por la cual esta cláusula puede llegar a ser considerada abusiva inmediatamente.

El Código Civil y Comercial Argentino se inclina, como anticipamos por la misma posición señalada para Paraguay, copiamos la Exposición de Motivos del Anteproyecto sobre el punto: "**XX**). *Arbitraje*. *El arbitraje se ha desarrollado internacional y nacionalmente como un modo de resolver litigios y su aceptación es creciente en los usos y prácticas de nuestro país. Ello justifica que se lo regule como contrato, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores.*

Este instituto se ha desarrollado en muchas materias diferentes: hay arbitrajes en materia laboral, conflictos en las relaciones de consumo, comercial, y otros. Sin embargo, cabe tener en cuenta que cada uno de ellos responde a principios y reglas muy disimiles y no es posible aplicar un

(134) Rocío OVILLA BUENO.

modelo único. Por esta razón, el contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada se aplica, fundamentalmente en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales.

La fuente del articulado es el código civil de Quebec, la ley modelo UNCITRAL y el reciente decreto francés de enero 2011, aunque los principios que recoge son hoy prácticamente universales”.

Las controversias excluidas están expresadas en el art. 1651 CCCA “Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; ...”. O sea que dos previsiones convergen en la exclusión del arbitraje en el contrato de compraventa internacional electrónica con consumidores.

Si bien la norma no deja lugar a dudas en cuanto a que excluye del contrato de arbitraje a las relaciones de consumo (135), para establecer si una relación jurídica es o no una relación de consumo, muchas veces deberá realizarse un escrutinio que incluye al fondo de la controversia, quedando, entonces, este análisis reservado a los árbitros.

Una cuestión que podría llevar a interesantes beneficios para los consumidores es la posibilidad de que generado el incumplimiento y/o el daño, el consumidor perjudicado pudiera libremente decidir llevar la cuestión a decisión de un tribunal arbitral institucional, por la celeridad y eficiencia de los mismos (136).

(135) Cam. Nac. Apel. Civ., Sala F, *in re “Blanco Rodríguez, María de Las Mercedes c. Madero Urbana S.A. s/ cumplimiento de contrato”*, Sentencia del 16-12-2015. En Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año II, N° 1, Febrero 2016, pág. 260.

(136) Esta posición excluye la posibilidad de la previsión del arbitraje en forma originaria, sino su advenimiento por decisión negocial cuando el conflicto

Cabe apuntar que los contratos de consumo tienen por ley específica en Argentina un proceso de arbitraje previsto, pero no ejecutado ni reglamentado, mientras los contratos comerciales son en su gran mayoría de adhesión y por ende no son arbitrables.

Descubrir la uniformidad de estos enfoques nos motivará en el debate.

2. UN RECIENTE FALLO. Recientemente se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 16/12/2015 en nuestra República, en el caso “Blanco Rodríguez, María de Las Mercedes c. Madero Urbana S.A. s/ Cumplimiento de contrato” (137), donde ante una acción por daños derivada del incumplimiento contractual del vendedor de una unidad funcional, la sentencia admitió la excepción de incompetencia opuesta por este teniendo en cuenta la cláusula compromisoria pactada en el boleto. Apelado el decisorio, la Cámara declaró la nulidad de esa estipulación y dispuso que las actuaciones debían seguir su trámite ante el juez que previno.

Obviamente no se trataba de un contrato de compraventa internacional por vía electrónica, pero señala la prohibición del arbitraje de manera genérica para toda relación de consumo, basada en que “La cláusula compromisoria pactada en un boleto de compraventa de un inmueble es nula, pues, como la pretensión se engarza en la Ley de Defensa del Con-

ya está planteado. Recuérdese que abogamos por la celeridad y eficiencia del arbitraje ante la realidad de saturación de los tribunales naturales, desde nuestro punto de vista de integrantes de los Tribunales de Arbitraje General de las Bolsas de Comercio de Córdoba y de Rosario. Para el contrato electrónico de transporte puede verse GÓMEZ, Hernán Adrián “El contrato electrónico internacional de transporte aéreo en el ámbito del MERCOSUR. Consideraciones sobre la cláusula arbitral”, citado, que aboga por la legitimidad y conveniencia del arbitraje en esta relación contractual. Con el mismo enfoque en beneficio del consumidor por la eficiencia, y la base de disponibilidad voluntaria de la jurisdicción puede verse CRESPO PARRA, Guillermo “Litigios transfronterizos de contratos de consumo. Competencia judicial, ley aplicable, medios alternativos de solución” 1999 –agradecemos al Dr. Christian Sommer la disponibilidad de esta tesis extranjera).

(137) Publicado en La ley 28/01/2016, Cita Online: AR/JUR/ 62392/2015.

sumidor, resulta aplicable, por imperio del art. 7 del Código Civil y Comercial, el art. 1651 de esta normativa, el cual excluye del contrato de arbitraje a las relaciones de consumo”.

Transcribimos la totalidad del fallo por la riqueza de sus considerandos “**2ª Instancia.**– Buenos Aires, diciembre 16 de 2015. *Considerando:* Estos autos para resolver los recursos de apelación interpuestos a fs. 159 y 162 contra la resolución de fs. 152/154 mediante la cual se hizo lugar a la excepción de incompetencia imponiéndose las costas por su orden. El memorial de la actora luce a fs. 170/177 sustanciado a fs. 190 y el de la demandada obra a fs. 169 sustanciado a fs. 179/181. El Sr. Fiscal General se expidió a fs. 197/198 en el sentido de confirmar la decisión adoptada. Se agravia la actora en cuanto no receptó la nulidad de la cláusula compromisoria contrariamente a la jurisprudencia y doctrina imperante en la materia que sostienen que en el ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor que estipulan la prórroga de la jurisdicción. Asimismo, señala que contrariamente a lo sostenido en la instancia de grado, la decisión recurrida le genera un claro perjuicio al haberse sustraído la causa de la “jurisdicción natural”. También cuestiona que el juez de grado se apartó de la Resolución 53/2003 de la Secretaría de Comercio Desregulación y la Defensa del Consumidor. Por último, alega que no se encuentra controvertida la aplicación de la LDC y que en estos términos no existió voluntad de su parte de sustraer la competencia civil ordinaria por tratarse de una relación de consumo con lo cual la cláusula fue impuesta en modo abusivo por la demandada. En autos se pretende la condena de daños y perjuicios en razón del incumplimiento contractual en el que habría incurrido la demandada respecto del contrato de compraventa de la unidad funcional N° 1704 del Piso 17 del edificio “B-ESTE” y su cochera perteneciente al emprendimiento denominado comercialmente “ArtMaría” ubicado en el inmueble de la calle Elvira Rawson de Dellepiane 450, CABA en el que se pactó el precio de venta en USD 400.000. En este contexto, en la resolución recurrida se dijo que “en lo concerniente al fundamento normativo, la pretensión se engarza en la ya mencionada Ley de Defensa del Consumidor”, aspecto que no fuera cuestionado por la demandada. Sentado ello, se define la cláusula compromisoria como “un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato prin-

cial, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros. – La configuración del arbitraje como cláusula, ubicada dentro de otro contrato no implica que pierda su carácter de figura autónoma” (conf. ALTERINI, Jorge Horacio, Cód. Civil y Comercial Comentado, Tomo VII, p. 965). En la especie se estipuló en la Cláusula especial novena: Mediación y arbitraje: Si surgiere un conflicto originado en la interpretación o cumplimiento del presente boleto, las partes acuerdan someterlo a “mediación” o, en caso de falta de acuerdo, a “arbitraje”, a través del “Centro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires” o del “Tribunal de Arbitraje General y Mediación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires...”. – Corresponde señalar que el artículo 7 del Cód. Civil y Comercial de la Nación prevé que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. – Las leyes no tienen efecto retroactivo, sea o no de orden público, excepto disposición en contrario. – La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...” A su vez el art. 1651 prescribe que “quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias: a) las que se refieren al estado civil o capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales. – Las disposiciones de este Cód. relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local”. – **En estos términos, al vedar el citado artículo a las relaciones de consumo, corresponderá declarar la nulidad de la cláusula especial novena del boleto de compraventa de fs. 2/13. ...** *Eduardo A. Zannoni.– Fernando Posse Saguier.– José L. Galmarini.*

3. “Compraventa internacional y los contratos electrónicos” (138)
EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA AL CONSUMIDOR Y EL ARBITRAJE.

La normativa que rige la contratación electrónica en el ordenamiento jurídico español es extensa y se encuentra ampliamente disgregada. Junto con la regulación de las condiciones básicas de contratación contenidas en el Código Civil español y las normas protectoras de consumidores y usuarios previstas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), es especialmente relevante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI).

Esta última norma transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), y con ella se completa el marco jurídico que regula la contratación de bienes y servicios a través de medios electrónicos.

En virtud de la antedicha normativa, se considera como “contrato electrónico” aquel en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.

Tal y como indica el art. 1 de la LSSI, en esta Ley se regula la contratación por vía electrónica, “en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en

(138) Agradecemos la contribución recibida por nuestro invitado, el catedrático español José Pajares, el día 29.07.2016 con el título “Compraventa internacional y los contratos electrónicos”, muy completo sobre la regulación española, también tratada en el punto IV.1 por el catedrático Jesús Quijano González, por cuanto en su parte final trata la posibilidad del arbitraje, también por eso hemos ampliado el título de presentación. Ambos informes los reproducimos íntegramente.

la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

Se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos (art. 2 LSSI), así como a los prestadores de servicios que se encuentren en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España (art. 3 LSSI).

A los efectos de esta Ley, se considera consumidor a “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” según la definición prevista en el art. 3 TRLGDCU.

En los contratos de compraventa que se lleven a cabo en un marco internacional y en los que intervenga un consumidor, las partes podrán elegir la Ley aplicable al contrato de compraventa. Sin embargo, el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) prevé que dicha elección no supondrá para el consumidor la pérdida de derechos reconocidos legalmente por la normativa del lugar de residencia habitual del consumidor.

A falta de acuerdo expreso entre las partes, la ley aplicable que regirá dicho contrato será la normativa material española, cuando el consumidor tenga su residencia habitual en España y siempre que se cumplan las condiciones previstas en el Reglamento Roma I, o cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera (67.1 TRLGDCU). En tales casos, el contrato de compraventa se regulará por lo previsto en el Título IV del Libro Cuarto del Código Civil (arts. 1445 y siguientes), en el que se prevé la naturaleza y forma de este contrato, así como los derechos y las obligaciones de las partes.

El art. 8 TRLGDCU prevé una serie de derechos básicos e irrenunciables para los consumidores entre los que se encuentran: asegurar su protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad;

garantizar la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; derecho a la indemnización y reparación de los perjuicios sufridos; recibir una información correcta y completa; derecho a la representación, consulta y participación a través de asociaciones de consumidores en la elaboración de disposiciones generales; y asegurar la protección de sus derechos en situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

En la fase precontractual el empresario tiene la obligación de proporcionar al consumidor toda la información necesaria para que éste pueda prestar su consentimiento informado. Así, el consumidor que contrata por medios electrónicos debe disponer de los datos identificativos del empresario y debe poder conocer las características básicas del bien o servicio que pretende contratar, *ex* artículo 10 LSSI.

Del mismo modo, en virtud del artículo 27 LSSI, el empresario debe poner a disposición del consumidor las condiciones generales de contratación y, además, indicar de forma permanente, fácil y gratuita:

- i)* La forma de tramitación del contrato;
- ii)* Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato;
- iii)* Los medios técnicos disponibles para identificar y corregir errores;
- iv)* Las lenguas de formalización del contrato.

Respecto a la validez y eficacia de este tipo de contratos el art. 23.1 LSSI recuerda que los contratos electrónicos serán válidos y eficaces una vez que concurran: 1) consentimiento de los contratantes; 2) objeto cierto que sea materia del contrato; y 3) causa de la obligación que se establezca; esto es, los mismos requisitos previstos en el art. 1261 del Código Civil para la validez y eficacia de los contratos ordinarios. No obstante, para que sea válido el contrato electrónico no es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

En cuanto a la oferta que realiza el empresario, ésta tiene que fijar todos los elementos esenciales del negocio y será válida durante el pe-

río de fijado en la misma por el oferente o, si no ha determinado un período de vigencia, durante todo el tiempo que permanezca accesible a los consumidores (art. 27.3 LSSI).

En este tipo de contratos en los que no existe una unidad de acto, al llevarse a cabo una contratación a distancia, es especialmente relevante la obligación que impone el art. 28 LSSI al oferente, según la cual, éste debe confirmar la recepción de la aceptación que ha realizado el consumidor a través de alguno de los siguientes medios:

i) Acuse de recibo electrónico en el plazo de 24 horas desde la recepción de la aceptación;

ii) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

No obstante, es preciso tener en cuenta que no es necesario confirmar la recepción de la aceptación de la oferta cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente a través de medios electrónicos, siempre y cuando no se hayan utilizado estos medios con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

A diferencia de los contratos a distancia no celebrados de forma electrónica, en los que se considera que hay consentimiento desde que el empresario conoce la aceptación o desde que se le ha remitido la aceptación y no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, en el caso de los contratos electrónicos deberá entenderse que hay consentimiento desde que el consumidor manifiesta su aceptación de la oferta presentada (art. 1262 del Código Civil, inciso final).

Como especialidad, el art. 29 LSSI determina que el contrato electrónico celebrado con un consumidor se presumirá celebrado en el lugar en que este último tenga su residencia habitual. De esta forma, para el comercio electrónico, se ha venido entendiendo que *“se ha fijado el momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, quedando unificado el criterio dispar contenido hasta ahora en el Código Civil,*

art. 1262.1 y en el Código de Comercio art. 54" (SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 3^a, S 6-5-2011, n^o 219/2011, rec. 259/2011).

Asimismo, la legislación en materia de defensa de consumidores y usuarios otorga el derecho al consumidor a desistir del contrato sin penalización alguna y para ello dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales (art. 102 TRLGCU). Este derecho, que se configura como básico e irrenunciable, obliga en tal caso al empresario a reembolsar todo pago recibido del consumidor, incluidos los gastos de entrega (art. 107.1 TRLGCU), salvo que el consumidor haya optado por una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria.

Para resolver los conflictos que pudieran surgir entre las partes serán competentes los Tribunales españoles si el consumidor tiene su residencia habitual en territorio español o si lo tuviera el oferente, pero este último solo podrá litigar en España si el consumidor también tiene su residencia habitual en territorio español (art. 22 quinquies de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Pero además, la propia LSSI prevé la posibilidad de resolver los conflictos que surjan entre el empresario y el consumidor a través de formas alternativas a la solución jurisdiccional. Así, el TRLGCU, junto con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, regula el arbitraje de consumo como medio extrajudicial y voluntario de resolución de conflictos cuyas decisiones son vinculantes y ejecutivas para las partes. En tales casos el laudo arbitral se resolverá en equidad, salvo que las partes optasen expresamente por un arbitraje de Derecho.

Pero además, también se preen otros sistemas alternativos de resolución de conflictos como los conocidos como *Online Dispute Resolution* ("ODR" o métodos de resolución online) y así indica que "*podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauran por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación*" (art. 32.1 LSSI).

Por su parte, los empresarios que comercializan sus bienes o servicios a través de medios electrónicos están sujetos al régimen sancionador impuesto en la LSSI. Así, se consideran infracciones sancionables, entre

otras, el incumplimiento habitual de la obligación de confirmar la recepción de una aceptación, no facilitar la información esencial al consumidor y el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico (*spamming*). Por la comisión de las infracciones recogidas en el art. 38 LSSI la Administración podrá imponer al empresario multas que pueden llegar hasta los 600.000 euros en el caso de las infracciones muy graves.

En definitiva, el comercio electrónico internacional tiene ya unos cauces y una regulación muy específica que, sin embargo, la práctica irá puliendo.

X – MEDITACIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Cerramos este diálogo apuntado respecto a las relaciones de consumo que las mismas corresponden a un tema originario del derecho comercial, la compraventa mercantil, que ahora inunda las relaciones privadas y ha sido recogido por el CCCA, como así también 16 nuevos contratos para la organización de la producción o comercialización para el consumo.

Parece necesario señalar que se intenta mantener –o generar– un mercado global de consumidores en favor de los estados o regiones más poderosos. Es que las leyes de mercado sólo corresponden a un marco de libre y perfecta competencia, lo que implica una utopía pues la posición dominante en las relaciones económicas y jurídicas ha sido y es una realidad, y de allí las incuestionables leyes de protección a la libre competencia, anti monopolios y de lealtad comercial.

Con la información precedente, que expusimos oralmente en forma muy acotada, aportamos a los análisis y debates que recrearon las tres sesiones de trabajo, que se formalizó dentro de las modalidades que habíamos previsto, que incrementamos desde el informe preliminar, con las colaboraciones indicadas y actualizaciones, ponemos a disposición de los Congresistas las cuestiones que podrán ser temática de debate o de recomendaciones.

FINAL. RELATO Y RECOMENDACIONES ANEXAS.

Conforme a expresas instrucciones del Sr. Presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales Dr. José Antonio Ruffinelli, sobre la extensión, afrontamos en el Plenario de cierre el relato y las recomendaciones de la Sala de Derecho Privado bajo nuestra Coordinación, con la que cerramos este documento:

Nueve horas intensas de trabajo, coordinadas con Roberto Ruiz Día Labrano, quince comunicaciones magistrales motivadoras de intensos diálogos de académicos y asistentes que desbordaron el recinto de la Comisión de Derecho Privado, abarcando un espectro doctrinal que inicialmente parecía imposible.

Pinceladas perfectas de principios normativos y derecho comparado iluminaron el análisis de la contratación y la compraventa internacional como del derecho aplicable bajo la autonomía de la voluntad, *recomendándose* la neutralización de las reglas de reenvío del Derecho Internacional Privado, respetando las pocas normas imperativas en la relación igualitaria.

Con similares criterios se abordaron aspectos de la elección de jurisdicción y de la conveniencia del arbitraje institucional, imponiendo siempre la contratación, ejecución y aún el conflicto con la buena fe, base de la lealtad mercantil tradicional.

Conforme a ello se enfrentó la uniforme protección de las relaciones de consumo, incluso para personas jurídicas, y la seguridad preventiva y ejecutiva de las mismas, *recomendado* el aseguramiento de la retractación incausada y la consiguiente invalidez de los contratos conexos, particularmente de los medios de pago.

Se englobaron todas esas relaciones con la contratación electrónica, sus modalidades y técnicas que nos invaden vertiginosamente generando un *omni market*, *recomendando* el análisis de las alteraciones que se generan en los contratos y relaciones de distribución, el *feoblocking* y el *geofiltering*, como el agotamiento del derecho de marcas, la facilitación de la firma digital, del *hash*, los efectos de la firma electrónica y del documento privado no firmado.

Con evidencia este es un relato escueto de la riqueza de las inolvidables sesiones, de cuyos temas surgió la *recomendación* de una mayor continuidad del intercambio doctrinal entre los mercantilistas de las Academias, y para ello ofrecemos la Revista Electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que edita su Instituto de la Empresa *Estudios de Derecho Empresario*.

Debo públicamente agradecer la continua y señera presencia en los Paneles de Derecho Privado del señor Secretario de la Academia anfitriona el Prof. Dr. Bonifacio Ríos Avalos, que apuntaló esas sesiones.

Ciudad de Asunción, República del Paraguay, 24 de septiembre de 2016.



Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los principios de la Haya *

Ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay

Roberto Ruiz Díaz Labrano **

Sumario: I. Resumen. II. Introducción. III. Ámbito de aplicación. IV. Internacionalidad del contrato. V. Cuestiones excluidas. VI. Libertad de elección de la ley aplicable (Autonomía de la voluntad). VII. Modificación del derecho elegido. VIII. Elección de normas de derecho de origen no estatal. IX. Elección expresa del derecho. X. La validez formal de la elec-

* Preparado para el IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, Asunción 22, 23 y 24 de Setiembre, Panel Contrataciones Internacionales y para las JORNADAS 2016 de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado ASADIP Universidad de Buenos Aires, 10-12 noviembre “Los contratos internacionales entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos”.

** Doctor en Derecho. Miembro Titular del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado y Profesor Titular de la Cátedra de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro Honorario de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado “ASADIP”. rdlabrano@rdlabrano.com

ción de derecho. XI. Determinación del acuerdo sobre elección de derecho. XII. Utilización de cláusulas estándar o de adhesión. XIII. Establecimiento de una parte y elección del derecho. XIV. Subsistencia de la elección de derecho. XV. El reenvío en los contratos internacionales. XVI. Elección del derecho con vínculo más estrecho. XVII. Armonización equitativa de intereses. XVIII. Ámbito de aplicación del derecho. XIX. Cesión de créditos. XX. Inscripción y publicidad. XXI. Sistemas estatales con diversidad de legislación local. XXII. Leyes de policía y orden público. XXIII. Conclusión. XXIV. Bibliografía.

I. Resumen

La modalidad de instituciones y conferencias especializadas de reunir principios aplicables a la actividad comercial internacional, a fin de que los Estados en base a ellos, introduzcan en sus ordenamientos jurídicos actualizaciones y modificaciones, para adecuarlas al desarrollo y evolución del derecho, se considera un método adecuado para orientar la labor legislativa.

La ventaja es evidente, no constriñe a los Estados a adoptar como un todo, cuerpos normativos por vía convencional y deja la suficiente libertad para contemplar las particularidades que el ordenamiento jurídico nacional requiera, con un resultado, la paulatina armonización legislativa del derecho.

Una primera adopción es la Ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay, que convierte los principios en ley. Por otra parte, los principios de La Haya sobre contratos internacionales, constituyen un cuerpo normativo aplicable por las partes en uso de la autonomía de la voluntad, al ser fuentes normativas neutrales y eficientes para este efecto.

II. Introducción

Las corrientes relacionadas a la flexibilización de los sistemas para la determinación de la ley aplicable a las relaciones contractuales internacionales, tienen como referencia destacadas la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales aprobado en la V CIDIP

de la OEA realizada en Ciudad de México (1) y los Principios de La Haya sobre ley aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, ambos instrumentos se constituyen en fuentes que habrán de iluminar el futuro en esta materia.

Se puede agregar además la regulación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea a través del Reglamento (CE) no 593/2008 “La ley aplicable a las obligaciones contractuales” que establece las normas que los Estados Miembros deberán aplicar a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil.

Esta corriente, de la mano de José Moreno Rodríguez como proyectista, se convierte en la Ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay “Sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, publicada el 20 de enero de 2015 y en vigor a partir del día siguiente, la primera estructurada en base a los principios de La Haya.

Para un estudio orgánico de la citada ley, nos remitimos a la exposición de motivos que enuncia el contenido de la nueva ley “El texto final de la ley cuenta con 19 artículos. En la primera parte (Artículos 1° a 10, y también 13 y 14), relativos a la selección del derecho, básicamente se reproducen los Principios de La Haya con modificaciones menores. Los siguientes artículos de la ley (11 y 12, 15 y 16) mayormente tratan de situaciones de ausencia de selección del derecho, reproduciendo casi literalmente provisiones análogas de la Convención de México de 1994. Finalmente, el artículo 17, que se ocupa del orden público, se encuentra en línea con la solución de los Principios de La Haya, y el artículo 18 trata de las derogaciones producidas con esta ley” (2).

(1) La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales, ha sido suscrita por Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela, pero solamente ha sido ratificada por México y Venezuela, entró en vigencia el 15 de diciembre de 1996 de conformidad con el artículo 28 de la misma, no habiendo hasta la fecha ninguna Declaración y Reserva, por parte de ningún Estado Miembro.

(2) José Antonio Moreno Rodríguez “NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES: ¿REGRESO AL PASADO?”.

III. **Ámbito de aplicación**

Ponemos de resalto que “Los contratos hace tiempo han dejado de ser una relación puramente local, la mayoría de los que se realizan hoy en el tráfico comercial internacional, son contratos internacionales cuyos elementos tienen crecientemente contactos objetivos con ordenamientos jurídicos de diversos Estados. Este hecho genera dificultad en la determinación de la ley aplicable cuando las partes no han definido la ley competente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo mismo cabe decir de la jurisdicción internacionalmente competente.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, no pocas preocupaciones producen la diversidad de elementos de conexión utilizados por los ordenamientos jurídicos nacionales en contacto con la situación o relación jurídica. Las normas de conflicto utilizadas en las legislaciones, los diversos medios para la elección de la norma material que habrá de resolver la cuestión y la enorme cantidad de nuevas formas de contratación, contribuyen a esta dificultad.

En el campo de los contratos internacionales, los elementos de contacto para conducir a la ley aplicable no son uniformes, se remiten al lugar de celebración del contrato, al de cumplimiento del contrato, al del domicilio de uno o ambos contratantes, la residencia habitual de una de las partes o el de ambos, el lugar en que se encuentran situados los bienes que constituyen objeto del contrato, sin contar con la particularidad conceptual que posee cada ordenamiento jurídico estatal respecto de estos elementos” (3).

Es por esta razón que la preocupación en torno a determinar la ley aplicable a los contratos internacionales es una preocupación especial y ha merecido varios intentos de armonización, como la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), o por medios de principios como los de UNIDROIT y más recientemente los de La Haya sobre los contratos internacionales.

(3) Ruiz Díaz Labrano, Roberto “Derecho Internacional Privado”. Editorial La Ley Paraguaya y Thomson Reuter, Asunción, año 2010.

En base a estos últimos, se ha sancionado la ley paraguaya N° 5393/15 que en su Art. 1° regula en su ámbito de aplicación la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales. La disposición se ocupa así de las relaciones contractuales internacionales, es decir aquellas en que aparecen elementos de internacionalidad que conectan a más de una legislación nacional.

La ley excluye los contratos de consumo, como surge explícitamente del artículo primero, se infiere además porque la disposición requiere que en la relación jurídica contractual internacional las partes actúen en ejercicio de su negocio o profesión y en una relación de consumo sólo una de las partes se ubica en tal posición.

IV. Internacionalidad del contrato

La ley sigue el principio de amplitud interpretativa respecto a la internacionalidad del contrato, (4) por cuanto excluye sólo aquellas relaciones contractuales en que todos los elementos relevantes estén vinculados a un solo Estado y por tanto no constituye un contrato internacional (5).

(4) "1. "Internacionalidad" del contrato El carácter "internacional" de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o a la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca "vínculos estrechos con más de un Estado", "implique una elección entre leyes de diversos Estados" o "afecte los intereses del comercio internacional". Los Principios no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Sin embargo, existe la presunción de que el concepto de "internacionalidad" de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación)." Comentario sobre los PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010.

(5) Ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015. INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO Artículo 2°.- Internacionalidad del contrato La aplicabilidad de esta Ley a los contratos internacionales será interpretada de la manera más

La ley se ocupa de relaciones contractuales que caen dentro del campo del Derecho Internacional Privado, relaciones privadas en las cuales existen o están presentes uno o más elementos que internacionalizan la relación, motivo por el cual es necesario determinar la ley aplicable. Los elementos aludidos en la ley pueden referirse a los sujetos de la relación, el lugar de celebración, el objeto y el lugar de cumplimiento por lo general los más relevantes.

V. Cuestiones excluidas

El método de exclusión de situaciones o supuestos específicos en las leyes, es utilizado para que de entrada esté claro cuáles son las relaciones abarcadas por la ley y cuáles no. En el caso de los contratos internacionales y específicamente en la aplicación de la Ley N° 5393/15 se excluyen los contratos de trabajo, los contratos de franquicia, representación, agencia y distribución, esencialmente porque son regidas por leyes especiales o existe un interés estatal en su regulación especial (6).

Como expresa el texto del Art. 3° al referirse a las “Cuestiones no comprendidas en esta Ley. Esta Ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; e) los procedimientos de insolvencia; y, f) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a

amplia posible, y solamente quedarán excluidos aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado.

(6) “El artículo 3 (cuestiones no comprendidas en esta ley), basado en el artículo 1.3 de los Principios de La Haya, prevé que “esta ley no se aplica a la determinación del derecho aplicable a: a) la capacidad de las personas físicas; b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; c) las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; d) los procedimientos de insolvencia; y e) la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar”. Expresa el comentario oficial a la presente norma que estas cuestiones se encuentran excluidas de los Principios de La Haya porque existe divergencia en el derecho comparado en calificar o no a algunas de ellas como “contractuales” o en determinar si, a su respecto, debería regirlas el sistema de la autonomía de la voluntad. Moreno Rodríguez, Jose Antonio “Nueva ley paraguaya de contratos internacionales. ¿Regreso al pasado?”

la persona en nombre de la cual pretende actuar.” La elección del foro queda excluida porque se trata de la ley aplicable y no a la jurisdicción competente, las demás son exclusiones por ser sectores sensibles y sobre los cuales existen leyes especiales.

En la discusión de la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales en la Quinta Conferencia Interamericana de Derecho Internacional privado, surgieron voces que consideraron prudente no enunciar las exclusiones y sustituirla por una expresión que dijera “Las normas de esta convención tampoco se aplicarán a contratos que tengan una regulación específica” (Delegado de México). La idea era eliminar las listas que podrían dificultar la interpretación.

La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales en su Art. 5 excluye lo relativo a la capacidad o incapacidad de las partes o la nulidad que provenga de la incapacidad de las partes; las cuestiones sucesorias y testamentarias, los regímenes matrimoniales o que sean derivadas de las relaciones de familia; la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general (7).

(7) Art. 5 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. “Esta Convención no determina el derecho aplicable a: a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general”.

Como referencia, en la Unión Europea el Reglamento (CE) N o 593/2008 (Roma I), en el artículo 1 numeral 2. Dispone “Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

a) El estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 13;

b) Las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos;

c) Las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones;

d) Las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable;

e) Los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente;

f) Las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas;

g) La posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica;

h) La constitución de trusts, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios;

i) Las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato;

j) Los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el Artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida (14), y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales”.

VI. Libertad de elección de la ley aplicable (Autonomía de la voluntad)

Si partimos de que toda relación contractual supone un acuerdo de voluntades, éste debe ser entendido como una manifestación voluntaria y libre de los sujetos de la relación en función de satisfacer un deseo real de obligarse en circunstancias normales, es decir no producto de imposiciones que vulneren la libertad de decidir (8).

Las partes deben poder reglar sobre los derechos que le son disponibles con toda amplitud, acordar libremente sobre bienes y servicios que no están sujetos a restricciones o limitaciones legales, estableciendo el contenido y condiciones de la obligación (9). Tienen el derecho de determinar

(8) El Art. 937 del Código Civil y Comercial Argentino dice: “Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Esta definición reproduce el inc. 1° del Art. 899 del Proyecto de 1998.

(9) El principio se encuentra explícito o implícito en varios códigos, como el Código Civil de Brasil Art. 427 “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”, el Código Civil Uruguayo en su Art. 1.291: “Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley” y el Art. 294: “Las partes pueden, por mutuo consentimiento, extinguir las obligaciones creadas por

en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad las reglas a que desean sujetar sus relaciones (10).

El contrato en principio no debería tener otra limitación que las impuestas por la ley para situaciones especiales, como las que se imponen en razón del orden o interés público (11), pero fuera de éstas situaciones el derecho debe garantizar la libertad de contratar (12).

los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento, revocar los contratos por las causas que la ley autoriza", el Código Civil Paraguayo Art. 669: "Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular las contenidas en este título y en lo relativo a los actos jurídicos" y el Art. 715 "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado y a todas las consecuencias virtualmente comprometidas". El anteproyecto De Gásperi de Código Civil Paraguayo dispone "El contrato debe ser interpretado de buena fe".

(10) "Artículo 2:102: Intención. La voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus

declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte.". PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS. Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos.

(11) El Art. 958 del Código Civil y Comercial Argentino, dice: "Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuesto por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres". Disposición vinculada directamente con el Art. 959 del mismo código "Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé". Se puede referir como antecedentes los artículos 1197 del Código de Vélez.

(12) "Artículo 1:102: Libertad contractual. (1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe". PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS. Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos.

El Art. 4° la Ley N° 5.393/15 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales en lo relativo a la libertad de elección de la ley aplicable consagra explícitamente el principio de autonomía de la voluntad (13) “1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes” (Art. 4° numeral 1) (14), nótese que es utilizada la expresión derecho y no ley, que señala un concepto más amplio (15).

Una de las particularidades del Derecho Internacional Privado es la disección que efectúa de la relación jurídica internacional de modo a determinar la ley aplicable a cada aspecto o elemento, por ello la ley prevé en el Art. 4°. 2 que las partes pueden elegir a) El **derecho aplicable a la**

(13) En el Cód. Civil Paraguayo la autonomía de la voluntad encuentra sustentación en lo dispuesto en el Art. 669 del Cód. Civil “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”, así como en el Art. 715 del Cód. Civil “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”.

(14) La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales prevé en el CAPITULO SEGUNDO. Determinación del derecho aplicable. Artículo 7 “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”.

(15) Ley N° 5393 de fecha 15 de enero de 2015. LIBERTAD DE ELECCIÓN AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Artículo 4°.- Libertad de elección 1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes. 2. Las partes pueden elegir: a) El derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y, b) Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles. 3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros. 4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción.

totalidad o a una parte del contrato; (16) y, b) **Distintos derechos para diferentes partes del contrato**, en la medida que estas sean claramente distinguibles.

La ley deja por consiguiente una amplia discrecionalidad a las partes para la elección del derecho aplicable, las partes pueden simplificar la elección señalando una sola ley o varias para los diversos elementos del contrato, acotando que para tal efecto deben ser claramente distinguibles de modo a evitar dudas sobre el derecho referido (17). La elección de la ley aplicable debe ser expresa o en su caso desprenderse de forma evidente de las cláusulas del contrato y la conducta de las partes (18).

VII. Modificación del derecho elegido

Conforme al numeral 3. "La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.". Esta disposición muestra el grado de amplitud de la autonomía que tienen las partes para la elección del derecho aplicable, dado que las partes pueden modificar el derecho electo en

(16) De forma similar se observa en el Art. 7º última parte de la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales.

(17) CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES. ARTÍCULO 1.1.- (Libertad de contratación) "Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido." Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales (2010).

(18) En la Unión Europea el Reglamento (CE) N° 593/2008 Roma I. en su Artículo 3 Libertad de elección, dispone "1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros".

cualquiera de las etapas del contrato o sobre cuestiones relacionadas a los efectos del contrato.

La ley deja abierta la puerta a que las partes puedan con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y la elección del derecho aplicable, concordar en la aplicación de un derecho distinto para regir la aplicación e interpretación de la relación contractual internacional, con la salvedad que no deberá afectar la validez del contrato, previene además que el efecto que ésta modificación no debe afectar a terceros que podrían haber concordado con las partes o una de ellas en función del contrato.

El Art. 4° numeral 3 dice "La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros".

Es fuente indudable de esta disposición y de los principios de La Haya, el Art. 8 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales que dice "En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros".

El numeral 4 sobre el derecho elegido, introduce una verdadera novedad la de que éste, podría no tener vínculo con las partes, es decir respecto al domicilio o nacionalidad de las mismas, o el acuerdo o transacción contractual, por lo que no es necesario que el derecho electo tenga vínculos con la relación jurídica. La disposición dice "4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción".

VIII. Elección de normas de derecho de origen no estatal

En la Convención Interamericana ya se abrían las puertas a la aplicación de normas no estatales, el Art. 10 dice "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de

realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto" (19).

La ley va más allá, despejando dudas y abriendo paso a nuevas fuentes que pueden ser aplicadas a las obligaciones contractuales internacionales, el Art. 5° bajo el título "Normas de derecho" dice "En esta Ley, la referencia a derecho incluye normas de derecho de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas" (20).

La expresión derecho no estatal es novedosa y está sujeta a interpretación, de allí que la fuente u origen en la aplicación de la terminología es fundamental para una correcta aplicación. Ahora bien, si la expresión es novedosa no lo es el hecho que en las obligaciones contractuales comerciales internacionales se apliquen las costumbres mercantiles.

La "*lex mercatoria*" o "*soft law*" en realidad proyecciones más amplias de las costumbres mercantiles, han sido introducidas en el léxico jurídico y han sido aplicadas supletoriamente o como reglas de interpreta-

(19) Como referencia el Artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT sobre Contratación Internacional "(Usos y prácticas) (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable".

(20) "El instrumento tiene una enorme importancia, no solo por lo que representa la organización que lo propicia y por el alcance global pretendido, sino porque, consagrando la autonomía de la voluntad de manera amplia, da carta de ciudadanía, en un texto "conflictualista", al derecho no estatal. Se crean así las condiciones para un retorno al espíritu universalista del viejo *ius gentium* y *ius commune*, puesto que las partes pueden seleccionar un derecho no estatal como los Principios UNIDROIT de derecho contractual, por ejemplo, y no limitarse, como lo mandaba la ortodoxia hasta ahora, a derechos nacionales." José Antonio Moreno Rodríguez "NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES: ¿REGRESO AL PASADO?".

ción sobre todo en las cuestiones arbitrales, por considerárselas adecuadas para resolver cuestiones en las cuales la legislación nacional se muestra insuficiente.

La aparición de las leyes modelos, seguida de principios ordenados de derecho en varias áreas y en especial en materia contractual (21), verdaderos cuerpos normativos destinado a servir de base para la armonización del derecho, que no constituían sólo “costumbres mercantiles”, sino el ordenamiento armónico de normas basados en ellas, se convirtieron en referencias en la solución de controversias, incorporadas en las resoluciones y sentencias con diversas denominaciones, de allí la solución de referir simplemente como derecho o normas no estatales, era el paso siguiente, tal como ha ocurrido (22).

IX. Elección expresa del derecho

Ya hemos visto que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes, así sea éste un derecho no estatal, ahora bien, la ley establece que el acuerdo de partes sobre la elección o la modificación debe ser expreso, esto es, debe constar en el propio contrato o en un instrumento complementario, pero del cual se desprenda inequívocamente la intención de las partes en someter la relación contractual internacional a un derecho determinado.

(21) Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado “PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010.

(22) “C) Admisión del derecho no estatal. Ante la gran disparidad terminológica con respecto a este tema, en que se habla indistintamente de derecho transnacional, *lex mercatoria*, derecho blando o *soft law*, y varias otras expresiones, se optó en el instrumento de La Haya por acudir a la expresión “*rules of law*” o – en español– “normas de derecho”, con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral.”. José Moreno Rodríguez “NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES: ¿REGRESO AL PASADO?”.

La intención puede desprenderse de las propias disposiciones del contrato o de las circunstancias que rodean al mismo. La disposición contenida en el Art. 6° deja en claro que la elección del foro u tribunal nacional o arbitral para resolver conflictos no equivale por sí mismo a la elección de un derecho aplicable, de lo cual se deduce que puede servir de elemento referencial pero no necesariamente definir el derecho aplicable.

X. La validez formal de la elección de derecho

Conforme al Art. 7° la elección de derecho no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes dispongan expresamente lo contrario. Esto es, no requiere de formalidad especial incluso la escritura, cuando como se ha visto puede ser determinado por actos que reflejen inequívocamente la intención de sujetarse o someterse a un derecho determinado.

XI. Determinación del acuerdo sobre elección de derecho

Si no existe una determinación expresa del derecho aplicable o existiere dudas sobre un acuerdo de las partes para su elección, para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica **el derecho presuntamente elegido por las partes**, conforme al Art. 8° de la Ley N° 5.393/15 (23).

De hecho, en todos los casos en que se tratare de una controversia que involucra un contrato internacional, ante la falta de elección el juez

(23) Art. 8° de la Ley N° 5.393/15 “Acuerdo sobre la elección de derecho Para determinar si las partes acordaron una elección del derecho, se aplica el derecho presuntamente elegido por las partes. Si las partes utilizaron cláusulas estándar o de adhesión que indican diferentes derechos y bajo ambos derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho indicado en esas cláusulas estándar; si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, entonces no habrá elección del derecho. El derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo”.

está obligado a determinar la ley aplicable (24), para lo cual hará uso de los mecanismos previstos en la presente ley.

El juez deberá apreciar primeramente si las partes acordaron la elección y si lo hicieron de forma clara, de no ser así observando la particularidad de la relación jurídica y los términos del contrato, optará por el derecho presuntamente electo por las partes.

XII. Utilización de cláusulas estándar o de adhesión

La segunda parte del Art. 8° de la Ley N° 5.393/15, siempre en torno a la determinación de la existencia de elección de derecho por las partes, se refiere a la situación en la cual las partes han utilizado cláusulas estándar o de adhesión que indican o conducen a la aplicación de diferentes derechos. Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte (25).

Las cláusulas estándar por lo general tienen regulación especial en las legislaciones nacionales, de allí que la referencia o inclusión de las citadas cláusulas, pueden tener efectos diferentes según sean consideradas frente a derechos nacionales diferentes.

La solución dada por la ley es la siguiente, si bajo los diferentes derechos a que diera lugar la utilización de cláusulas estándar prevalecen

(24) El Art. 22 del Cód. de la República del Paraguay enuncia “Los jueces y tribunales aplicarán, de oficio, las leyes extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas. No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos”.

(25) Según los principios de UNIDROIT ARTÍCULO 2.1.19 (Contratación con cláusulas estándar) (1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22. (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”.

las mismas cláusulas estándar, se aplica el derecho consignado en las mismas, pero si bajo estos derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, no habrá o no se considerará elección del derecho aplicable.

XIII. Establecimiento de una parte y elección del derecho

En todos los casos para la determinación de un derecho aplicable por elección de las partes, es necesario un acuerdo entre las partes o la aceptación de la propuesta de una parte por la otra, no basta que exista una propuesta del derecho aplicable, es menester que exista aceptación.

En los casos en que no existe aceptación expresa, es necesario establecer si ha habido o no aceptación tácita y en tal caso surge el problema de saber por cual ley se determinará la existencia o no de la aceptación.

Conforme el Art. 8° última parte de la Ley N° 5.393/15 “El derecho del Estado en que una parte tiene su establecimiento determina si esa parte consintió con la elección de derecho si, en vista de las circunstancias, no es razonable determinar esta cuestión según el derecho mencionado en este artículo”. Suponemos, dada su redacción que se refiere al derecho presuntamente electo por las partes.

XIV. Subsistencia de la elección de derecho

Bajo el título separabilidad de la cláusula de elección del derecho, el Art. 9° de la Ley N° 5.393/15 (26) deja de manifiesto que la cláusula de elección del derecho es autónoma y que puede subsistir independientemente a la nulidad del contrato en el cual se encuentra inserta.

Se busca preservar el marco legal o derecho dentro del cual habrá de resolverse todo lo relativo al contrato, de allí que la elección del derecho no puede ser impugnada exclusivamente invocando que el contrato no es válido.

(26) Art. 9° de la Ley N° 5.393/15 “Separabilidad de la cláusula de elección del derecho “La elección del derecho no puede ser impugnada únicamente, invocando que el contrato al que se aplica no es válido”.

Los principios de UNIDROIT en su Art. 3.2.13 (Anulación parcial) refieren por ejemplo que “Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato”.

XV. El reenvío en los contratos internacionales

La hipótesis del reenvío se produce sólo si se considera la norma de conflicto del derecho elegido como aplicable por las partes. La ley ha dejado en claro como regla, que se aplica el derecho elegido por las partes como ley material y cierra en principio las puertas al reenvío.

No obstante, siempre en función del respeto a la autonomía de la voluntad, si las partes han establecido de forma expresa que serán aplicables las normas de conflicto del derecho elegido o directamente que aceptan la posibilidad de reenvío, se deberá respetar lo acordado por las partes.

Es lo que surge del Art. 10 de la Ley N° 5.393/15 (27) que tiene por título “Exclusión del reenvío”, título que no nos parece apropiado, porque en realidad la exclusión se da en tanto no se acuerde expresamente esta posibilidad por acuerdo de las partes, o se convenga directamente que serán aplicables las normas de conflicto del derecho elegido.

XVI. Elección del derecho con vínculo más estrecho

Hemos visto que el principio en materia de ley aplicable a las relaciones contractuales es el de la autonomía de la voluntad, con las limitaciones señaladas, pero cabe preguntar ¿qué sucede cuando las partes han omitido la determinación de la ley aplicable o resulta ineficaz?

Las reglas de aplicación como normas de conflicto pueden determinar diversos elementos de conexión, los más utilizados por medio de la

(27) Art. 10 de la Ley N° 5.393/15 “Exclusión del reenvío. La elección del derecho no incluye las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”.

regla conflictual son los de la *lex loci celebrationis* y la *lex loci executionis*, pero no las únicas.

Estas fórmulas de solución, que limitan en cierto sentido frente a las particularidades de las relaciones contractuales las posibles soluciones, han evolucionado a partir de fuentes convencionales al introducir nuevos criterios de selección, de modo que en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes, la ley aplicable al contrato es determinada por el derecho del estado con el cual la relación jurídica contractual o sus elementos de conexión tengan los vínculos más estrechos.

La Ley Paraguaya N° 5.393/15 en su Art. 11 bajo el título "Ausencia o ineficacia de la elección", (28) refiere: "1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos".

La norma reproduce en sus párrafos primero y segundo literalmente la redacción del Art. 9° de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) (29).

(28) AUSENCIA DE ELECCIÓN O INEFICACIA DE LA ELECCIÓN. Artículo 11.- Ausencia o ineficacia de la elección 1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos.

(29) La fuente directa es la del Art. 9 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales "Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No

En el Derecho Norteamericano, la ley con vínculos más estrechos tiene por antecedente remoto el caso *Auten vs. Auten* (30), que dio lugar a la teoría del “centro de gravedad” o “agrupamiento de contactos”, caso en el cual se expresó que los casos más recientes no atendían únicamente al lugar de celebración o cumplimiento del contrato sino a la ley el lugar en donde reside el centro de gravedad del asunto en disputa o los “contactos más significativos” de la misma (31).

En la Unión Europea el Reglamento CE N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de Junio de 2008 (Roma I), en su Art. 4 (32)

obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

(30) En el caso *Auten vs. Auten* los Tribunales de Nueva York aplicaron la ley de Inglaterra (ley de la nacionalidad de las partes, del domicilio conyugal y del domicilio de los hijos) al cumplimiento de un contrato de separación entre esposos celebrado en Nueva York 14 años antes del juicio, no obstante que Nueva York era además el domicilio de una de las partes al momento del litigio y el lugar del pretendido cumplimiento del contrato. El caso culminó un año después de finalizado el Segundo Restatement bajo la dirección de del Prof. Willis Reese.

(31) “*Richman & Reynolds* 194 Nota 6 y 195. Siehr anota similitudes entre esta teoría y la teoría de la sede de la relación jurídica de Savigny, así como con la teoría del centro de gravedad de Gierke, Ver Siehr, Kurt G., *Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions*, en 30 *The American Journal of Comparative Law* 37, 40-41 (1982)”, en cita de José Alfredo Giral Pimentel.

(32) REGLAMENTO (CE) N° 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 Artículo 4 “Ley aplicable a falta de elección 1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por

se refiere igualmente a la falta de elección, luego de enunciar los diversos supuestos específicos para su determinación, en el numeral cuarto, dispone que cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los supuestos previstos en los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

El elemento de la relación más estrecha para determinar la ley aplicable en ausencia de elección, ha sido incorporado también en el actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en el Art. 2653 como cláusula de excepción en los términos siguientes: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley. 2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

La disposición reproduce casi en los mismos términos lo dispuesto en el mismo código en su Art. 2597 “Cláusulas de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

XVII. Armonización equitativa de intereses

Bajo el título armonización equitativa de intereses, se refiere en el Art. 12 de la Ley N° 5393/15 (33) a los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado (34), por lo que serán aplicables según lo contemple la legislación nacional elegida o determinada, teniendo en cuenta que la validez de los usos se rige por el derecho interno. El objetivo o finalidad es la “de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”, según el texto.

Tal vez resulte más comprensible observando un texto similar en la última parte del Art. 9 de la Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma rela-

(33) Artículo 12 de la Ley N° 5393/15 Armonización equitativa de intereses. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

(34) Los usos comerciales. 3.13 Los principios guardan silencio respecto de la aplicación de usos comerciales. El efecto de los usos comerciales sobre los derechos y obligaciones de las partes se determina normalmente bajo la ley elegida por ella misma o por otras normas que rigen la controversia (véase el artículo 9 de la CIM; Artículo 1.9 Los principios de UNIDROIT; Artículo 28(4) de la Ley Modelo de la CNUDMI; Artículo 21(2) Reglas de la CCI). (40: Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales).

ción jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

Ahora bien, en materia mercantil o comercial, los usos y costumbres son fuente referencial de derecho y resultan aplicables en la medida en que los derechos estatales lo admitan, se los ubica como *lex mercatoria* y representa el conjunto de usos de comercio internacional, son verdaderos sistemas por lo que se constituyen en una suerte de ordenamiento jurídico distinto al derecho nacional o interno, tienen valor jurídico en la interpretación de las relaciones comerciales; se podría decir que es un conjunto de reglas materiales para regular las relaciones económicas o comerciales internacionales (35).

Según Feldstein de Cárdenas “la *lex mercatoria* es concebida como abarcativa de un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutre constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional” (36), refiere además que “bajo la denominación genérica de *lex mercatoria* subyacen varias clases de normas de origen, contenido y proyección distintas, dotadas de presunta operatividad propia” (37).

Parte de la doctrina critica la existencia o la aplicación de la *lex mercatoria* fundado en su excesiva generalización e imprevisibilidad, así como su legitimidad relativa por cuanto obedece a intereses específicos de un sector, además carece de autonomía, su aplicación está supeditada a lo

(35) Ruiz Díaz Labrano, Roberto. “Derecho Internacional Privado”. Editorial La Ley Paraguaya y Thomson Reuter, Asunción, año 2010.

(36) Feldstein de Cárdenas, Sara. “Contratos Internacionales”. Tercera Parte. Abeledo Perrot año 1995.

(37) Feldstein de Cárdenas, Sara. “La *lex informática*: la insoportable levedad del no ser”. Octubre de 2005.

que dispongan los derechos estatales (38). Sin embargo, a partir de Berthold Godman (39) la discusión doctrinaria sigue latente (40).

Para una comprensión sobre el alcance sobre la aplicación de los usos, podemos tomar en cuenta lo dispuesto en el Art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías "CIM". 1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

(38) Cadena Afanador, Walter René. "La nueva *lex mercatoria*: Un caso pionero en la Globalización del Derecho.". Octubre 2001.

(39) Goldman, Berthold. "La *Lex Mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: realities et perspectives" en 106 *Journal Clunet*, S.l., 1979. p. 475.

(40) "Por mi parte pienso que es cierto que la teoría de la *lex mercatoria* se funda en la premisa que estimula, el sortear, el ignorar por quienes dirimen los conflictos en el área de los negocios internacionales, las reglas de derecho internacional privado. Pero no lo es menos que el incentivar tal laboriosa como pesada tarea, no es una empresa para nada sencilla, toda vez que el Derecho Internacional Privado le ha dedicado su existencia a hacerse cargo que una de sus funciones primordiales consiste, en guiar a los intérpretes del derecho en su tarea de identificar el ordenamiento jurídico nacional que gobierna los contratos internacionales mediante el empleo de las normas de derecho internacional privado. Lo que ocurre, y esto es un impedimento, una valla, las reglas de conflicto, y más aún las normas de Derecho Internacional Privado directas, inexorablemente reconducen y seguirán reconduciendo a los derechos nacionales, a los ordenamientos jurídicos estatales. Solamente le queda a la *lex mercatoria*, según mi entender, no reinventar, sino tan sólo intentar ocupar los intersticios que los propios sistemas de Derecho Internacional Privado le dejan. Y si lo consigue, si logra filtrarse, según mi modo de ver, se convierte en derecho nacional o internacional.". Sara Feldstein de Cárdenas. "La *lex informática*: la insoportable levedad del no ser". Octubre de 2005.

En términos más o menos similares se contemplan en el Art. 1.9 (Usos y prácticas) en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales (2010) (1). Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas (2). Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

XVIII. Ámbito de aplicación del derecho

Sobre el ámbito de aplicación del derecho, es conveniente reafirmar el propósito de la ley y de los principios en que se funda, se trata de contratos internacionales, por lo cual la internacionalidad de la relación jurídica determinada a través de alguno de los elementos que lo conectan a derechos nacionales diferentes, es lo que permite establecer el ámbito de aplicación (41).

Se incluyen dentro del ámbito de aplicación las relaciones ya referidas en el Art. 1º que las partes actúen en ejercicio de su negocio o profesión y se excluyen, de acuerdo al Art. 2º aquellas relaciones en que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado. También quedan excluidas las cuestiones especiales previstas en el Art. 3º respecto a las cuales la ley no se aplica.

(41) Artículo 13 de la Ley N° 5393/15 “Ámbito de aplicación del derecho. 1. El derecho aplicable según esta Ley rige todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular: a) su interpretación; b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; f) la carga de la prueba las presunciones legales; y, g) las obligaciones precontractuales. 2. El párrafo 1, inciso e) no excluye la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato”. Esta disposición fue extraída del Art. 9 de los Principios de La Haya.

La ley se refiere fundamentalmente a los contratos internacionales, a la internacionalidad de la relación, no tiene referencias como las contenidas en el Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) que indica como ámbito de aplicación a las obligaciones “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”.

En general la ley elegida por las partes puede ser aplicada a todos los aspectos relacionados al contrato internacional, partiendo de los acuerdos precontractuales y abarcando todas las fases del contrato, su celebración, cumplimiento y consecuencias, pudiendo las partes elegir un derecho distinto para cada elemento de la relación jurídica, o definir una ley para todo lo relacionado al contrato.

Ahora bien, lo dispuesto en el Art. 13 regula el ámbito específico de la relación contractual, esta lista debe ser considerada no limitativa de otras cuestiones relacionadas al contrato que pueden ser comprendida en el ámbito de aplicación de la ley.

En la enunciación, de acuerdo al numeral 1) se aplica la ley y enuncia los supuestos más resaltantes de interés en todo contrato, como su interpretación (a), que comprende y es lo más importante la internacionalidad o no del contrato. Se ocupa, además, siempre vía interpretación, sobre los derechos y obligaciones derivados del contrato (b). Estas disposiciones son por su alcance comprensiva de casi todas las situaciones que pudieran presentarse.

No obstante, la ley indica además que se aplica a (c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; (42) (d) los diferentes modos de extinción

(42) En el comentario a los principios en el punto 9.6 se lee “El Artículo 9(1) c) se refiere a la actuación y las consecuencias de su incumplimiento, incluida la evaluación de daños y perjuicios. La ley elegida por las partes regula las condiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o del contrato, por ejemplo, el estándar de diligencia, el lugar y la hora de ejecución o de la medida en que la obligación puede ser realizado por una persona distinta del deudor (véase M. Giuliano y P. Lagarde, “Informe sobre el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [1980] DO C 282, p. 32 (“Giuliano-Lagarde Informe”). El elegido la ley rige también las consecuencias de un fracaso

de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; (e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; (f) la carga de la prueba las presunciones legales; y, (g) las obligaciones precontractuales. Respecto a la validez, en el numeral 2 consagra el principio de la duda en favor de la validez, porque no excluye la aplicación de cualquier otro derecho que confirme la validez formal del contrato.

XIX. Cesión de créditos

De la cesión de créditos se ocupa el Art. 14, para precisar el comentario recurrimos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (43). Según su Artículo 2°.

a) Por “cesión” se entenderá la transferencia consensual por una persona (“cedente”) a otra (“cesionario”) de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) de un tercero (“deudor”). La creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;

total o parcial para llevar a cabo esas obligaciones, incluidas las excusas para el incumplimiento, y la evaluación de los daños”.

(43) Del comentario a los principios de La Haya se lee “10.12 La cuestión de la ley aplicable a las obligaciones asignadas se aborda en los créditos de la ONU Convención. La cuestión también se aborda en el Reglamento Roma I y en la CNUDMI Guía de operaciones garantizadas. El artículo 10 es coherente con estos precedentes. La ONU créditos convenio (art. 28(1)) (recomendación 216 de la CNUDMI Guía de operaciones garantizadas) remite las cuestiones entre el cedente y el cesionario a la ley que rige la asignación, y remite a la autonomía de las partes para elegir ese derecho: “los mutuos derechos y obligaciones del cedente y del cesionario dimanantes de su acuerdo se regirá por la ley elegida por ellos.” La Organización de las Naciones Unidas los créditos convenio (art. 29) (recomendación 217 de la CNUDMI Guía de operaciones garantizadas) se aborda la cuestión de la ley aplicable a la relación entre el deudor en el contrato asignado y el cesionario: “La ley aplicable al contrato original determina la efectividad de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, la relación entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y si las obligaciones del deudor se han cumplido”.

b) En todo supuesto en que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (“cesión subsiguiente”), la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario.

Sobre el carácter internacional de la cesión el Art. 3 de la Convención dice “Un crédito será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato originario, el cedente y el deudor están situados en distintos Estados. Una cesión será internacional si, en el momento de celebrarse el contrato de cesión, el cedente y el cesionario están situados en distintos Estados”.

El Art. 14 de la Ley 5393/15 prevé como ley aplicable a la elegida por las partes, para regir la relación contractual entre el acreedor y el cesionario (a) y la misma fórmula se aplica a la relación contractual entre el deudor y el acreedor (b), en base a dicha ley se determina: 1) si la cesión de crédito es oponible al deudor; 2) los derechos del cesionario contra el deudor; y, 3) si el deudor se ha liberado de sus obligaciones (44). La disposición proviene del Art. 10 de los principios de La Haya (45).

(44) La redacción de los principios de La Haya es la siguiente “Artículo 10 - la cesión en el caso de cesión contractual de los derechos del acreedor contra un deudor derivados de un contrato entre el deudor y el acreedor. A) si las partes en el contrato de cesión han elegido la ley aplicable a dicho contrato, el derecho elegido gobierna los mutuos derechos y obligaciones del acreedor y el cesionario derivados de su contrato; b) si las partes en el contrato entre el deudor y el acreedor ha elegido la ley aplicable a dicho contrato, el derecho elegido gobierna - I) si la asignación no puede ser invocada contra el deudor; ii) los derechos del cesionario contra el deudor; y iii) si las obligaciones del deudor se han cumplido.

(45) La Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional prevé en su Artículo 28. “Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario 1. Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley que éstos hayan elegido. 2. A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario, sus derechos y obligaciones recíprocos derivados del acuerdo entre ellos se regirán por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado” y en el Artículo 29. “Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor La ley por la que se rija el contrato

XX. Inscripción y publicidad

Las exigencias formales como las inscripciones en algún registro como medio de publicidad y garantía para terceros, o la publicidad que se exija de determinados contratos, son regidos por el derecho del Estado en que esas exigencias deban ser cumplidas, según lo señala el Art. 15 de la Ley N° 5393/15 (46).

Las obligaciones contractuales que tiene por objeto derechos reales, por lo general tienen un régimen de publicidad en cada uno de los Estados, éstas leyes son de interés público y deben ser necesariamente aplicadas para que el acto u obligación surta efectos contra terceros y tenga efecto erga omnes.

XXI. Sistemas estatales con diversidad de legislación local

Respecto a un Estado que en las cuestiones tratadas en la presente Ley tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, la determinación de cuál de dichos sistemas resulta aplicable deberá hacerse según el derecho elegido, conforme al Art. 16 de la Ley N° 5393/15 (47).

En efecto, la elección de una determinada ley puede ser la de un Estado que tenga sistemas jurídicos diferentes para unidades territoriales

originario determinará los efectos de las limitaciones contractuales sobre la cesión entre el cesionario y el deudor, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá oponerse la cesión al deudor y la cuestión de si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones”.

(46) Artículo 15 de la Ley N° 5393/15 “Inscripción y publicidad Si en un Estado se exige la inscripción o la publicación de determinados contratos, dichos actos se regirán por el derecho de ese Estado”.

(47) SISTEMAS ESTATALES CON DIVERSIDAD DE LEGISLACIÓN LOCAL. Artículo 16 de la Ley N° 5393/15 “Estados con más de un sistema jurídico interno Respecto a un Estado que en las cuestiones tratadas en la presente Ley tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes, la determinación de cuál de dichos sistemas resulta aplicable deberá hacerse según el derecho elegido. Si no es posible realizar la determinación de esta forma, se aplicará lo previsto en el Artículo 11 de la presente Ley”.

en las cuales se divide, en cuyo caso surge el problema de saber cuál de estos sistemas será el aplicable.

Las pautas señaladas sobre el vínculo más estrecho, según la fórmula prevista en el Art. 11 de la Ley N° 5393/15 deberían poder resolver la cuestión, además, el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos.

XXII. Leyes de policía y orden público

El contrato en principio no debería tener otra limitación que las impuestas por la ley para situaciones especiales, como las que se imponen en razón del orden o interés público, pero fuera de éstas situaciones el derecho debe garantizar la libertad de contratar. Por tanto, la elección de la ley por las partes en los contratos internacionales tiene limitaciones.

Diego Fernández Arroyo y Cecilia Fresnedo con relación al punto afirman “En ningún ordenamiento jurídico se admite la autonomía de la voluntad en forma absolutamente irrestricta, aunque varían los medios y la medida en que ésta se limita. Lo que sí es indudable es que existe una tendencia universal a aceptar –con diferentes limitaciones– que las partes pueden determinar, en un ámbito de igualdad, el derecho aplicable y el juez competente a sus relaciones contractuales. En el ámbito interamericano es la tendencia mostrada por la Convención Interamericana adoptada en la CIDIP V (México 1994), lo mismo que sucede en el ámbito mercosureño con el Protocolo de Buenos Aires (1994) y los Acuerdos de Arbitraje (1998)”.

La elección de un determinado derecho no puede infringir normas imperativas del derecho local y tampoco a normas fundamentales y que sean manifiestamente contrarias al orden público, no constituye propiamente una limitación a la elección, sino a su aplicación. Estas limitaciones son contempladas expresamente en el Art. 17 de la Ley N° 5393/15 (48) bajo el título de leyes de policía y orden público.

(48) Art. 17 de la Ley N° 5393/15 “Leyes de policía y orden público. 1. La elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las

De acuerdo a los supuestos previstos "1. La elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero", si bien "2. El juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación".

Normas imperativas son aquellas no pueden ser dispuestas, dejadas de lado, por las partes aún en uso de la autonomía de la voluntad, se las puede ubicar en aquellas disposiciones que buscan mantener un equilibrio entre las partes o de protección a la parte más débil o situaciones similares que el legislador ha considerado proteger o prever. La interpretación de la existencia de leyes de policía o leyes imperativas y de orden público, se determinan en función de la *lex fori*.

XXIII. Conclusión

La ley comentada pone a la República del Paraguay a la vanguardia de la tendencia mundial de flexibilización del sistema de derecho internacional privado referido a la ley aplicable a los contratos internacionales.

Al privilegiar la autonomía de la voluntad y posibilitar nuevos métodos como los del vínculo más estrecho con la relación jurídica contractual revaloriza este principio y permite a las partes la elección del derecho de forma amplia.

La posibilidad de elegir un derecho no estatal, constituye una de las grandes novedades, por cuanto amplía para las partes el campo jurídico normativo al cual pueden apelar para hacer regir sus relaciones contractuales internacionales.

normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero. 2. El juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación. 3. El juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público".

Por último, introduce criterios de elección en ausencia de elección por las partes, como las de aquellos vínculos más estrechos con la relación jurídica establecida por las partes para determinar la ley aplicable y proporciona solución a múltiples situaciones que constitúan un déficit dentro del ordenamiento jurídico y diera lugar a lo que se dio por llamar crisis del sistema conflictualista.

XXIV. Bibliografía

ALBORNOZ, María Mercedes. *“El derecho aplicable a los contratos internacionales en los estados del Mercosur”*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLII, núm. 125, mayo-agosto, 2009, pp. 631-666. Universidad Nacional Autónoma de México.

ALL, Paula María. *“El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica”*.

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr5.pdf>

BASSO, Mariestela. *“A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comercio”*, en Baptista, Luiz Olavo y otros (Organizadores), *Direito e comércio internacional. Tendencias e perspectivas*. Ltr. Editora Ltda., Sao Paulo, pp. 42 y ss.

BOGGIANO, Antonio. *“Contratos Internacionales”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, año 1995.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *“Derecho Internacional Privado”*. Tomos I y II, 4ª edición, Comares, Granada, 2003.

DE ARAUJO, Nadia. *“Direito Internacional Privado”*. Edit. Renovar, Río de Janeiro/Sao Paulo, Año 2003.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS. *“Código Europeo de contratos de la Academia de Paviá”* Editorial: Reus, año 2009.

DÍAZ DELGADO, Rolando. *“El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje”*, en *“Arbitraje y Mediación”*, Moreno Rodríguez, José (Coordinador) Editora Intercontinental, Asunción. 2003.

ESBORRAZ, David Fabio. "Contrato y Sistema en América Latina", Rubinzal – Culzoni, año 2006.

ESPLUGUES MOTA, Carlos – HARGAIN, Daniel. Coordinadores. "Derecho del Comercio Internacional. Mercosur – Unión Europea". Editorial Reus, año 2005.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. "Contratos Internacionales". Tercera Parte. Abeledo Perrot año 1995.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. "Contratos Autonomía de la Voluntad". Ponencia. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Argentina).

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. "ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL DEL MERCOSUR: UNA MISIÓN IMPOSIBLE?" <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/189>

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Coord.) "Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur", obra colectiva. Editorial Zavalía, Buenos Aires, Año 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "Derecho Internacional Privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales". Edit. Advocatus. Córdoba – Argentina, año 1998.

FRESNEDO DE AGUIERRE, Cecilia. "La Autonomía de la voluntad en la Contratación Internacional". Editorial Fundación de Cultura Universitaria "FCU", Montevideo, año 1996.

GIRAL PIMENTEL, José Alfredo. "La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad".

http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/117/rucv_2000_117_15-26.pdf

GOLDSMIDT, Werner. "Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia basada en la teoría pluralista del mundo jurídico". Décima edición actualizada por ALICIA m. Perugini Zanetti. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2009.

GOLDMAN, Berthold. "La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: realities et perspectives" en 106 *Journal Clunet*, S.L., 1979. p. 475.

GRANDINO RODAS, Joao. "*Contratos Internacionais*". 3ª Ed., Editora Revista dos Tribunais Ltda., Sao Paulo, 2002.

GULIANO, Mario – LAGARDE, Paul. *Informe sobre el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* por parte de Mario Giuliano, profesor de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, profesor de la Universidad de París I. *Diario Oficial C 282 de 31/10/1980 P. 0001 - 0050*

HARGAIN, Daniel, Mihali, Gabriel. "*Régimen jurídico de la contratación en el Mercosur*". Julio César Faría, Editor, Buenos Aires, Montevideo, 1993.

KEES, Amanda Estela. "Los contratos Internacionales em espacios integrados. Unión Europea – Mercosur". *ConTexto. Libros, Resistencia*, 2012.

LANDO, Ole. "*PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS*". Partes I y II (Revisadas) Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Traducción del texto de los artículos publicados en LANDO, BEALE, eds., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93.

LA HAYA. Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos mercantiles internacionales (Aprobado el 19 de marzo de 2015).

LEIBLE, Stefan. "*La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales*". <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>

LEYVA SAAVEDRA, José. "*LOS PRINCIPIOS DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DEL UNIDROIT*". http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/los-principios-de-los-contratos_29.html

LORENZETTI, Luis Ricardo – Lima Marques Claudia. *“Contratos de Servicios a los Consumidores”*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, año 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *“Tratado de los contratos”*, Editorial Rubinzal - Culzoni, 1999, Buenos Aires.

MARTÍNEZ, Gema Tomás. *“NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CULPA IN CONTRAHENDO) EN LA ARMONIZACIÓN JURÍDICA EUROPEA”*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Ensayos. Año 17 - N° 1, 2010. pp. 187-210.

MELO CARDOSO DE, Lucinete. *“O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil.”* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 523, 12 dez. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6027>

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *“Cláusulas abusivas en el Derecho Paraguayo”*. En Revista de Derecho Comparado, bajo la Dirección de Julio César Rivera *“Cláusulas Abusivas – II”*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2000.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *“Contratos”*, obra colectiva. Intercontinental Editora y el CEDEP, Asunción, año 2011.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *“NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES: ¿REGRESO AL PASADO?”*, en *“Temas Actuales del Derecho Bancario y Societario”*, Intercontinental Editora, Asunción, 2015.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *“Los principios de la haya y el derecho no estatal en el arbitraje comercial internacional”*.

<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-Principios-de-la-haya.pdf>

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *“El arbitraje internacional y la nueva ley paraguaya de contratos internacionales”*. <http://www.revis-tastpr.com/index.php/rstpr/article/view/190>

NOODT TAQUELA, María Blanca. *“Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”*. RDCO, 1996, pp. 397-434.

NOODT TAQUELA, María Blanca. "Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, en El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI". Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, Segovia, 1995, Editorial Eurolex, S.L., Madrid, 1995.

OPERTTI BADAN, Didier - Fresnedo de Aguirre, Cecilia. "Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito Interamericano". Montevideo, FCU, 1997.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. "*Derecho Internacional Privado*". Editorial La Ley Paraguay y Thomson Reuter, Asunción, año 2010.

SANTOS BELANDRO, Rubén B. "*El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*", Editorial Fundación de Cultura Universitaria "FCU", Montevideo, año 1996.

SIQUEIROS, José Luis. "Los Principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales".

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/1/138/14.pdf>

STRENGER, Irineu. "*Condições gerais de contrato no comercio do Mercosul: Uma proposta*", en "*Del Mercosur*", obra colectiva coordinada por Miguel Angel Ciuro Caldani, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, año 1996, p. 263).

STRENGER, Irineu. "*Contratos Internacionais do Comércio*", 2ª Ed., Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1992.

UNCITRAL. "Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional".

<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-s.pdf>

UNIÓN EUROPEA. "Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)".

VILLALTA VIZCARRA, Elizabeth. *“La Convención Interamericana sobre derecho aplicables a los contratos internacionales”*. Conferencia pronunciada en las Jornadas de ASADIP. Asunción, Paraguay, octubre de 2013.



COMERCIO ELECTRÓNICO

La contratación electrónica internacional desde la perspectiva de la legislación española *

José Ricardo Pardo Gato **

Sumario: I. Introducción.- II. Legislación aplicable.- II.1. Legislación comunitaria.- II.2. Legislación española: la Ley de Internet.- II.3. La legislación aplicable y la jurisdicción competente.- III. Concepto y caracterización de la contratación electrónica.- IV. El momento y lugar de perfección del contrato electrónico.- IV.1. La perfección del contrato electrónico: los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio.- IV.2. Lugar de perfección de los contratos electrónicos: el artículo 29 de la Ley de Internet.- V. Conclusiones.

I.- Introducción

Gracias a la permanente innovación y desarrollo de los instrumentos electrónicos, la expansión del comercio a través de tales medios se ha ido configurando como uno de los fenómenos más palpables de los últimos tiempos y cuyo crecimiento está experimentando actualmente un mayor auge, lo que implica una rápida evolución de la legislación para adaptarse y contribuir directamente a conformar este nuevo escenario,

* IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica. Asunción (Paraguay) – 22, 23 y 24 de septiembre de 2016.

** Abogado. Académico correspondiente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

pues el ordenamiento jurídico ha de ser revisado e interpretado para superar una inseguridad jurídica incompatible con la difusión generalizada de Internet y el pleno aprovechamiento de sus innumerables recursos.

La necesaria evolución de las nuevas tecnologías ha evidenciado un replanteamiento de nuestro propio marco de actuación y de las interrelaciones entre los ciudadanos, dado el notable incremento del número de usuarios y el valor de las transacciones que se llevan a término a través de estos medios, cuyo centro de gravedad gravita en torno a la información. Sin embargo, no debemos olvidar que, junto con los innegables avances que presenta su desarrollo y consolidación, la tecnología y el progreso que representa no es ajeno a los distintos riesgos que toda evolución conlleva.

Como ejemplo paradigmático de la revolución tecnológica acaecida, Internet se erige en la pieza fundamental del engranaje de la infraestructura mundial de la información y puede decirse que, ulteriormente, de la contratación en masa, lo que en ocasiones pasa excesivamente desapercibido en el ámbito cotidiano, donde en principio se acoge con cierta indiferencia, que no debe extenderse al jurista y su entorno.

En la nueva *sociedad de la información*, dentro del marco tecnológico actual y futuro, Internet constituye un “gran escaparate mundial” para muchas entidades mercantiles que han encontrado un innovador y potencial mercado o *comercio electrónico* en el que se mueven multitud de usuarios que contratan los productos y servicios que se ofertan y que nos acerca a un nuevo modo de entender la oferta y la aceptación. Se trata de un auténtico *mercado electrónico transnacional* que, tomando como base la conexión en red de ordenadores, permite a los operadores económicos interactuar electrónicamente (1), lo que reporta ciertas ventajas con relación

(1) Se habla ya de auténticos establecimientos *virtuales* (bancos, librerías, supermercados, agencias de viajes, etc.) que ofrecen productos y servicios que pueden ser adquiridos a través de la red Internet (PAGADOR LÓPEZ, J., “Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negativas”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, varios autores dirigidos por NIETO CAROL, U., Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 246).

a los *mercados físicos* tradicionales, como la mejora en la gestión de las transacciones o el incremento de la eficacia empresarial, o bien permite a los consumidores disponer de mayor capacidad de elección al ampliar la oferta.

Por ello, y dado que el progresivo desarrollo de la sociedad de la información aumenta las posibilidades de la contratación electrónica, cada vez más sectores se han ido apuntando a la distribución de productos y de servicios por vía telemática, hasta el punto de poder entender la tecnología informática como un nuevo soporte para el acuerdo de voluntades, lo que ha derivado en una profunda transformación en las relaciones jurídicas y, especialmente, en el ámbito del Derecho de la contratación, con la aparición de nuevas formas o técnicas contractuales en las que la presencia física de los contratantes, por mor de la distancia, se ve reemplazada por su comunicación a través de los nuevos instrumentos telemáticos.

La contratación sobre el papel se está viendo así sustituida, paulatinamente, por la contratación electrónica o telemática, lo que supone que estos medios de comunicación evidencien un cambio en determinados aspectos de la contratación ordinaria, al diferir tanto de la tradicional negociación y formalización de contratos con presencia física de las partes contratantes como de la venta a distancia o contratación entre ausentes conocida desde antaño (2); transformación contractual que contribuye a fomentar el empleo de contratos de adhesión a través de condiciones generales.

A pesar de que la oferta tiende a adaptarse a las preferencias del comprador, siguiendo las directrices del marketing *one to one*, las cláusulas contractuales responden a un esquema de contratación masiva que se sustenta sobre la base de la adhesión a unas condiciones generales establecidas de forma unilateral por el vendedor que el comprador acepta en

(2) MATEU DE ROS, R., "Presentación" a la obra *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, coordinada por el mismo y por CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J.M., Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 20 y 21, que llega a decir que "se está alumbrando un modelo de negocio jurídico y una estructura de contrato que estamos empezando a imaginar y a concebir".

el momento en que hace *click* en un icono o botón gráfico para remitir los datos del formulario que acaba de cumplimentar (3). Y es que en la contratación interactiva por medio de páginas *web* suele ser normal el empleo de cláusulas predispuestas por una de las partes con el claro objetivo de que sean incorporadas a múltiples contratos, pues los titulares de estas páginas habitúan a establecer un conjunto de estipulaciones o clausulados que vienen a unificar los términos en los que contratan con quienes adquieren los productos o servicios comercializados (4).

En este sentido, pese a transformar radicalmente el mundo de los negocios, la contratación telemática provoca, desde el punto de vista estrictamente jurídico, cierta inseguridad en el adherente, entendida tal inseguridad en su acepción más amplia, por la desconfianza o incertidumbre que envuelve al comprador a la hora de afrontar la celebración del contrato, y es que además de reunir las peculiaridades propias de la contratación tradicional seriada o analógica, por la imposición de las condiciones por el vendedor, se añade, junto a ello, el hecho de que no se está en presencia de la persona con quien se contrata; como se diría coloquialmente, *contratando con no se sabe quién, que está en no se sabe dónde*.

De hecho, la reticencia de algunas personas a la hora de contratar a través de Internet se debe a que en el fondo no se fían, por ejemplo, de que ese contratante que en su página *web* dice ofrecer un objeto o servicio para su venta, con las características y por el precio de que se trate, realmente en el momento en el que el comprador haya abonado ya el importe, sea o no por medio de tarjeta de crédito, el vendedor vaya a entregarle el

(3) En este sentido, RIVAS ALEJANDRO, J., "Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales", *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, INTERNET*, número extraordinario, octubre, 2000, p. 157.

(4) Sobre el particular, me remito a mi trabajo monográfico publicado al efecto en PARDO GATO, J.R., *Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales*, Aranzadi, Navarra, 2003; estudio que fue galardonado con el *Premio Nacional Estanislao de Aranzadi*.

objeto o servicio que ciertamente había ofertado; en definitiva, se desconfiaba de que el cumplimiento del contrato se produzca íntegramente en su totalidad.

Por tanto, la intromisión de la *electronificación* (5) en el espectro contractual, con la consiguiente proyección de las condiciones generales, obliga a modificaciones relevantes dentro del mismo, como el lugar de perfeccionamiento o el consentimiento del contrato, teniendo en cuenta que la calidad en el diálogo de los contratantes se ve afectada por los medios técnicos que se utilicen, hasta el extremo de poder llegar a afirmar que existe un nuevo modo, desconocido hasta el momento, de prestar el consentimiento a un acto o negocio jurídico, tanto de la forma verbal como escrita.

Pues bien, ante esta celeridad consustancial a los cambios que se producen en nuestros días y la correspondiente adaptación legislativa a los mismos, tanto los juristas como los profesionales del derecho nos vemos obligados a realizar un esfuerzo constante por amoldarnos activamente a las nuevas exigencias derivadas de la imparable evolución tecnológica y la pluralidad de normas que vienen a colmar los contratos electrónicos, en aras a buscar soluciones específicas a los problemas derivados de la relación, cada vez más estrecha, entre el mundo informático y el jurídico; soluciones que, de acuerdo con RECORDER DE CASSO (6), han de ceñirse “a pautas conocidas y contrastadas que, acotando los conflictos, no sean proclives a acentuar la inseguridad en una contratación masiva como es la que se desarrollará sin duda bajo las nuevas premisas tecnológicas”.

(5) Terminología empleada por MADRID PARRA, A., “El transporte terrestre de mercancías: internacionalización y electronificación”, en *El Transporte Terrestre nacional e internacional*, varios autores dirigidos por ILLESCAS ORTIZ, R., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 129. También, pero referido a los títulos valores, RECALDE CASTELLS, A., “Electronificación de los títulos-valor, Régimen Jurídico de Internet”, ob. cit., pp. 569 a 605.

(6) RECORDER DE CASSO, E., “Algunas observaciones en torno a contratos, electrónica y fe pública”, en la obra colectiva *Derecho de Internet...*, ob. cit., p. 117.

La misión del jurista al respecto ha de concretarse, por tanto, en comprobar las posibilidades que el ordenamiento ofrece para dar respuesta a la nueva situación creada, aportando o proponiendo en su caso, de no ser satisfactorias, otras posibles soluciones, con ánimo de encauzar dentro de la legalidad la utilización que se haga de la nueva tecnología (7).

II. Legislación aplicable

Antes de nada, lo primero en que debemos reafirmarnos es que, de conformidad con la más reciente normativa, resulta perfectamente factible en derecho la formalización electrónica de contratos con plena validez jurídica, aunque contengan en su clausulado condiciones generales, siempre y cuando en este caso no sean abusivas.

Sin embargo, es de reconocer que la regulación al respecto presenta una gran complejidad, tanto en las normas procedentes del Derecho comunitario como las propias del Derecho interno español.

II.1. Legislación comunitaria

La realidad contractual descrita ya había sido contemplada no sólo por la Ley Modelo de CNUDMI-UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (8), enormemente respetuosa con toda normativa jurídica destinada a la protección del consumidor (9), sino, con un carácter más específico,

(7) Con el mismo enfoque del tema, *vid.*, entre otros, RIVAS ALEJANDRO, J., *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Aranzadi, 1999; SANZ VIOLA, A.Mª., "Contratación electrónica", *Actualidad Civil*, núm. 18, de 30 de abril al 6 de mayo de 2001, pp. 645 a 677; BARRIUSO RUIZ, C., *La contratación electrónica*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2002.

(8) Resolución núm. 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1996. Cfr. *Derecho de los Negocios*, núm. 84.

(9) FELIÚ REY, M.I., "Artículo 5º", *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de la Ley Hipotecaria), varios autores coordinados por ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., Tecnos, Madrid, 1999, p. 62.

por los Reglamentos CEE núms. 2299/89 (10) y 3089/93 (11), del Consejo, por el que se establece un Código de conducta para los sistemas informatizados de reserva (SIR), y el Reglamento CEE núm. 3652/93, de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas sobre sistemas informatizados de reserva para servicios de transporte aéreo (12).

Ahora bien, en cuanto a la regulación comunitaria actual sobre los contratos electrónicos (13), se encuentra principalmente recogida en la Directiva 2000/31/CEE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico en el mercado interior (14), por lo que se conoce comúnmente como la *Directiva sobre el Comercio Electrónico* (15), que tiene por objeto la creación de un marco jurídico que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los distintos Estados miembros, eliminando los obstáculos que frenan el desarrollo del comercio electrónico en la Unión Europea, ya que este desarrollo, en el ámbito de la sociedad de la información, “ofrece importantes oportunidades para el empleo en la comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos” (considerando 2).

(10) DOCE núm. L 220, de 29 de julio de 1989.

(11) DOCE núm. L 278, de 11 de noviembre de 1993.

(12) DOCE núm. L 333, de 31 de diciembre de 1993.

(13) GALINDO, “Una política jurídica básica para Internet”, *La Ley*, 1998-1, D-36, pp. 1908 a 1910; SÁNCHEZ BRAVO, “Una política comunitaria de seguridad en Internet”, *La Ley*, 2001-7, D-241, pp. 1344 a 1356; MADRID PARRA, “Aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL para las firmas electrónicas”, *La Ley*, 2002-1, D-2, pp. 1787 a 1788.

(14) DOCE núm. L 178, de 17 de julio de 2000.

(15) Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., “Comercio electrónico”, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, varios autores coordinados por BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M., McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 247 a 270.

En base a tal finalidad, este texto legal clarifica y explicita la aplicación de los principios fundamentales del mercado interior a los servicios de la sociedad de la información, al tiempo que completa el acervo jurídico comunitario a través de la armonización de determinados aspectos, entre los que se encuentra la celebración de contratos por vía electrónica (Capítulo II, Sección 3ª: Artículos 9, 10 y 11).

II.2. Legislación española: la Ley de Internet

España ha incorporado esta normativa comunitaria al Derecho interno en virtud de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, también llamada *Ley de Internet* (LSSI) (16).

Como el Proyecto de Ley presentado a las Cortes, que ya recogía tres aspectos fundamentales sobre las comunicaciones informáticas, a saber: la prestación de servicios de la sociedad de la información, el régimen de comunicaciones comerciales (publicidad) y la contratación por vía electrónica (17), la LSSI regula esta misma materia en sus Títulos II (artículos 6 a 18), III (artículos 19 a 22) y IV (artículos 23 a 29), respectivamente, dedicando además un Título V (artículos 30 a 32) a la solución judicial y extrajudicial de conflictos a través de la típica acción de cesación (artículos 30 y 31)(18) y del arbitraje de consumo (artículo 32 y disposición

(16) BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002, pp. 25388 a 25403; con corrección de error en BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2002 (modificación del artículo 39.2 de la LSSI; *vid.*, igualmente, MINISTERIO DE JUSTICIA, *Boletín de Información*, núms. 1923-1924, 1 de septiembre de 2002).

(17) Una reflexión sobre los distintos aspectos que contenía el Proyecto de LSSI la encontramos en MANTECA VALDELANDE, V., "El Proyecto de Ley de Internet y Comercio Electrónico", *La Ley*, 2002-3, D-85, pp. 1683 a 1688; o DÍAZ FRAILE, J.M., "El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley española de 2000. (Crónica de su contenido, origen, presupuestos y proceso de elaboración)", *Actualidad Civil*, núm. 2, de 8 a 14 de enero de 2001, pp. 31 a 58.

(18) Al respecto, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, de 29 de octubre de 2002), incorpora a nuestro ordenamiento jurídico interno las acciones de cesación previstas por la normativa comunitaria, para lo cual modifica la

adicional tercera), un Título VI (artículos 33 a 36) al tema de la información y control, y, finalmente, un Título VII (artículos 37 a 45) sobre el correspondiente régimen sancionador.

Por tanto, en la actualidad, la contratación electrónica aparece regulada, principalmente, en los artículos 9 a 10 de la Directiva sobre el Comercio Electrónico, en el ámbito comunitario, y en los artículos 23 a 29 de la Ley de Internet española.

II.3. La legislación aplicable y la jurisdicción competente

Tanto la normativa estatal como la comunitaria reseñada puede afectar de una manera u otra a la contratación electrónica, por lo que a la hora de determinar su adecuada aplicación, que variará dependiendo del supuesto concreto de que se trate, se evidencia una enorme dificultad que responde al hecho de que, partiendo de la posibilidad de que en un contrato de compraventa electrónico no exista un acuerdo entre las partes en torno a la ley aplicable, para concretar la misma habrá que tener en cuenta tanto las partes que contratan, ya se trate de un contrato entre un prestador de servicios y un consumidor o entre aquél y un empresario o profesional (19), como el objeto específico del contrato en cuestión y si se contratan o no servicios financieros (20).

Bajo la rúbrica de *ley aplicable*, el propio artículo 26 de la LSSI, ante los posibles conflictos de normas que pueden originarse en caso de transacciones internacionales por vía electrónica, se remite expresamente a las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico

Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, entre otras.

(19) Teniendo presente que en el ámbito de los contratos de consumo la elección de la ley aplicable al caso concreto puede ceder ante las normas imperativas del país del consumidor, sobre la determinación de la ley aplicable a este tipo de supuestos se refirió PERALES VISCASILLAS, M^a.P., "Formación del contrato electrónico", *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., pp. 877 a 880.

(20) Incidiendo en la poca claridad de la normativa al efecto, en relación a este tipo de supuestos de aplicación se pronunció CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J.M., "La protección de los consumidores", *Derecho de Internet*, ob. cit., pp. 136 y 137.

español, si bien tomando en consideración para su aplicación lo establecido respecto al ámbito de aplicación de los prestadores de servicios establecidos en España (artículo 2 LSSI) y de los prestadores de servicios en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (artículo 3 LSSI).

En este sentido, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (21) establece en su artículo 5 una norma especial para determinados contratos de consumo según la cual será de aplicación la ley que se acuerde por las partes, pero con la peculiaridad de que dicha ley cederá ante leyes imperativas del Estado de su residencia habitual y siempre que se cumplan determinadas condiciones (artículo 5.2) (22). De no existir acuerdo en torno a la ley aplicable, en ese caso el contrato se regirá por la ley del país donde el consumidor tiene su residencia habitual (artículo 5.3).

A sabiendas de lo postulado en el Convenio de Roma, debemos tener en cuenta sin embargo que el apartado segundo del artículo 3 de la LSSI impone, en todo caso, que “la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se ajustará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español”, advirtiendo en su apartado tercero que los prestadores de servicios a los que se refiere el apartado primero “quedarán igualmente sometidos a las normas del ordenamiento jurídico

(21) BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993. Este Acuerdo entró en vigor en nuestro país el 1 de septiembre de 1993 y se aplica por tanto a los contratos celebrados a partir de esta fecha.

(22) Estas condiciones son tres: - si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en este país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el comprador hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o; - si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o; - si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

español que regulen las materias señaladas en dicho apartado". En concreto, este primer apartado del artículo 3 de la LSSI señala que "sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 7.1 y 8, esta Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a las materias siguientes:

a) Derechos de propiedad intelectual o industrial.

b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.

c) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.

d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores."

Por otra parte, en materia de jurisdicción competente debemos atenernos, por un lado, a la competencia territorial de los tribunales españoles a propósito del lugar de celebración del contrato (23) y, por otro lado, al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como, en el ámbito de la Unión Europea, al Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, donde, junto a los criterios generales, se establecen normas tuitivas tendentes a prestar protección a la parte contractual más débil en materias como seguros o contratación con consumidores. Con carácter general, en el marco de este Reglamento y en lo referente a la contratación con consumidores (artículos 15 y ss.), se dispone en el artículo 16 que la acción entablada por el consumidor con otra parte contratante podrá ser interpuesta ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliada dicha parte o, lo que será más habitual, en el lugar en que estuviese domiciliado el consumidor. Por el contrario, la acción

(23) Además de lo que sobre el tema se analizará posteriormente, véanse los comentarios de ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F. y MORA LORENZO, C., "La contratación electrónica", *Diario La Ley*, núm. 5730, 3 de marzo de 2003.

entablada contra el consumidor por la otra parte únicamente podrá interponerse ante los tribunales en que estuviese domiciliado el consumidor.

III. Concepto y caracterización de la contratación electrónica

Vista la legislación y jurisdicción aplicable, y antes de adentrarnos en mayores disquisiciones, se hace obligado clarificar la definición de la expresión “contratación electrónica” y lo que la misma encierra tras de sí, pues, aunque existe una idea generalizada de qué entendemos por *contratación telemática* sus límites sin embargo no resultan en principio fáciles de delimitar.

Teniendo en cuenta que los contratos electrónicos no son los que se han dado en llamar *contratos informáticos* –los que tienen por objeto bienes y/o servicios informáticos, como puede ser un ordenador, una aplicación informática, el mantenimiento de una red, bases de datos, etc.- (24), y que por contratación electrónica podría llegar a entenderse aquella en la que interviene cualquier elemento electrónico, se hace necesario restringir el contorno de la definición de *contrato electrónico* en el sentido de que conceptúe como tales aquellos que se celebren mediante el uso de ordenadores por medio o a través de una red telemática y que el diálogo consista en la transmisión electrónica de datos y documentos (25).

Y aun dentro de este tipo de contratos podría distinguirse entre los que se celebran por medio del correo electrónico, donde las partes manifiestan a través del uso del lenguaje convencional y de la escritura su consentimiento, y aquellos en que la aceptación se concreta pulsando en un lugar señalado *ad hoc*, *cliqueando* en un botón o icono en el que se incluyen las expresiones “OK” o “aceptar” (o la expresión de la tecla “enter”), por

(24) En parecidos términos, DAVARA RODRÍGUEZ, M.Á., “La Informática Jurídica y el llamado Derecho Informático”, *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 1, octubre, 1991, y en *Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 1993; HERNANDO, I., “Contratos Informáticos (Consideraciones Generales)”, *II Jornadas Abogacía e Informática*, Barcelona, del 21 al 22 de abril de 1994, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

(25) *Vid.* CLEMENTE MEORO, M.E., “Algunas consideraciones...”, cit., p. 61 y nota 5; VATTIER FUENZALIDA, C., “En torno a los contratos electrónicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1999, p. 79.

ejemplo en una página *web* que funciona como tienda virtual (26); tipología contractual que es la que puede plantear mayores problemas de contratación irreflexiva y de vicios de voluntad (27).

A tenor de todas estas posibles clasificaciones contractuales, lo cierto es que la aproximación a los contratos electrónicos debe realizarse con cierta prudencia, ya que, por regla general, como ya pusiera de manifiesto DARÍO VERGEL (28), el término “contratación informática” se presenta en una doble acepción: en un sentido amplio englobaría tanto la contratación sobre bienes o servicios informáticos, como la realizada a través de estos medios, y en un sentido estricto se limitaría al primero de estos grupos de contratos (29).

Además, debe tenerse en cuenta que la expresión *contratación telefónica* incluye supuestos donde es posible la firma convencional (“telex” y “telefacsimil” o “fax”), esto es, instrumentos en los que existe un contacto inmediato y un soporte en papel, pudiendo definirse este tipo de contratación, de acuerdo con CARRASCO PERERA y MARTÍNEZ ESPÍN (30), como “aquella modalidad de contratación en la que el contrato se celebra a distancia, pero se perfecciona simultáneamente, por medio de una oferta y

(26) Así, SANZ VIOLA, A.Mª., “Contratación electrónica”, cit., p. 647. Al respecto, *vid.* también CRISTÓBAL FRANZI, E., “El establecimiento virtual: cómo diseñar una tienda en Internet”, *Alta Dirección*, núm. 224, julio-agosto 2002, pp. 75 a 79.

(27) CLEMENTE MEORO, M.E., “Algunas consideraciones...”, cit., p. 62.

(28) DARÍO VERGEL, S., “Contratos Informáticos en el Derecho Privado”, *Revista Informática y Derecho*, núm. 8, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1995, a cuyo posicionamiento se adhieren también CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, Mª.A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P., *La contratación informática...*, ob. cit., p. 4.

(29) Como ejemplo de resoluciones sobre contratos estrictamente informáticos podemos citar las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 1999 (AC 1999, 1886) y 29 de abril de 2002 (*Diario La Ley*, núm. 5551, de 24 de mayo de 2002) en las que se resalta el abuso de posición dominante de Telefónica a la hora de contratar los servicios de acceso a Internet.

(30) CARRASCO PERERA, Á. y MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 49, 1999, p. 101.

una aceptación que se cruzan por el medio telefónico”, no importando cómo se hayan desarrollado los actos previos y si la incitación a contratar se ha producido directamente por teléfono por parte del predisponente o si ha tenido lugar por vía de publicidad o promoción desarrollada en otros medios de comunicación.

Pero el continuo avance de la tecnología en el ámbito de las telecomunicaciones y la exigencia de una mayor celeridad y prontitud en la contratación han terminado por imponer una modalidad nueva de contratación, cual es la *contratación telemática* o electrónica (31), que pone el acento, no tanto en el objeto sobre el que recae, sino más bien en su forma de perfeccionamiento por medio de un sistema telemático (32), y que, a diferencia de la contratación telefónica que ha sido considerada siempre como contratación entre presentes, la contratación electrónica no posibilita una simultánea formulación de la oferta y de la aceptación, debiendo ser entendida como un medio de contratación entre ausentes. Por lo que parecería apropiado al caso la definición que para la compraventa a distancia incorpora el legislador español y que, adaptándola a la contratación electrónica, ofrecería los siguientes términos: “Son los contratos celebrados sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por medios electrónicos o telemáticos” (33). Por tanto, por medio del uso de ordenadores a través de una red telemática, que

(31) RUIZ MUÑOZ, M., “La contratación electrónica”, *II Jornadas sobre Derecho y Turismo*, Avila, 1995, afirma que “cuando se habla de contratación electrónica se alude a la telemática, a la existencia de un soporte informático, un aparato informático (un ordenador) y a una red de intercomunicaciones...”.

(32) SALTOR, C.E., “Informática y Contratos”, ponencia presentada en el *IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Bariloche, 1994. En este sentido, LINANT DE BELLEFONDS, X. y HOLLANDE, A., *Contrats informatiques et télématiques*, DELMANS, J. et. Cie., 2ª edición, incluyen dentro de los contratos telemáticos los concluidos a través de telecopia, teletratamiento de textos, consultas a bases de datos (vidiotex y otros), transmisión de datos, monética, comunicaciones de grupo (audioconferencia, videoconferencia) y mensajerías electrónicas (vocales o alfanuméricas).

(33) Definición adaptada a la contratación electrónica por PERALES VISCA-SILLAS, Mª.P., “Formación del contrato electrónico”, cit., p. 881.

suponen auténticos sistemas de información gestionados por terceros, diferentes del oferente y aceptante, como lo son igualmente los prestadores de servicios de certificación.

Esta conceptualización de la contratación electrónica nos acerca a la definición legal finalmente adoptada en el Anexo de la LSSI, en cuya letra h) se dice que, a los efectos de esta ley, se entiende por “contrato celebrado por vía electrónica” o “contrato electrónico”: “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”; es decir, para que exista contrato electrónico se exige que tanto la oferta como la aceptación tiene que producirse en la *red*.

No obstante, a los efectos resulta indiferente que el cumplimiento del contrato se produzca en la red o fuera de ella (*on line* u *off line*), siendo lo habitual el cumplimiento *off line* o fuera de la red. Así, al comprar algún bien en la red (un libro, una cámara de fotos, una película...) lo lógico es que el vendedor nos lo envíe fuera de la misma; aunque también existe el cumplimiento dentro de la red, por ejemplo, cuando un autor de una obra celebra un contrato con un editor digital. Sea como fuere, el hecho es que el lugar del cumplimiento contractual resulta indiferente a efectos legales, siendo lo definitivo para que exista contrato electrónico que tanto la oferta como la aceptación se hayan producido en la red; por lo que si alguien ve un anuncio en un diario en el que se oferta empleo y ese trabajo es aceptado en red por el interesado, ese contrato no sería desde el punto de vista legal contrato electrónico, pues la oferta ha de ser igualmente una *oferta electrónica*.

Por otra parte, es evidente que estos contratos, al venir caracterizados por el modo en que se manifiesta el consentimiento y al regir en nuestro sistema jurídico los principios de autonomía privada y libertad formal (cfr. artículos 1255 y 1278 del CC), resultan admisibles en derecho, con la única excepción de aquellos supuestos en que la ley imponga la firma original de los contratantes, como así precisa CLEMENTE MEORO (34), que con el resto de la doctrina entiende que más resulta relevante que los contratos electrónicos vengán caracterizados por ser, generalmente, de adhesión,

(34) Cfr. “Algunas consideraciones...”, cit., p. 64.

además de los denominados “a distancia” o “entre personas distantes”, pues ello determina que se encuentren sometidos a ciertas disposiciones reguladoras de estos tipos de contratos, lo que abunda en la protección de los consumidores y usuarios.

IV. El momento y lugar de perfección del contrato electrónico

Por tratarse de dos cuestiones que conllevan una indudable trascendencia a los efectos de la contratación electrónica internacional nos referiremos de modo específico a las mismas en las siguientes páginas (35).

Además *del momento perfectivo contractual electrónico*, la Ley española de Internet ha venido a regular también, entre otros aspectos relativos con carácter general a la contratación por vía electrónica, el *lugar de perfección de estos contratos*, aspecto este, no obstante, cuya contemplación legal repercute ineludiblemente sobre tales condiciones, en tanto que la presunción del lugar de celebración, como es lógico, se extiende a todas las cláusulas contenidas en el contrato electrónico, se trate o no de condiciones generales y conlleven o no la consideración de abusivas.

IV.1 La perfección del contrato electrónico: los Artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio

Uno de los extremos esenciales de la contratación electrónica que ha levantado más expectación entre la doctrina especializada es el relativo a las formas de exteriorización del consentimiento vinculante y su estrecha relación con la determinación del momento de perfección del contrato. El elemento principal de conflicto entre los especialistas se concretaba en los dos criterios que en el ordenamiento español existían respecto a la cuestión del momento perfectivo de los contratos celebrados entre personas distantes o alejadas geográficamente, y que venían representados en la

(35) Ya anteriormente había dirigido mis investigaciones a abordar ambas problemáticas: PARDO GATO, J. R., “Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos: elementos jurídicos de conflicto en el Derecho civil del nuevo milenio”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, número monográfico de la III Edición del *Premio de Artículos Jurídicos “García Goyena”*, núm. 25, 2004, pp. 13-47; estudio que fue galardonado con el *Primer Premio* de la convocatoria internacional del referido certamen.

diferente perspectiva seguida por la redacción de los artículos 1262 del Código Civil (CC) y 54 del Código de Comercio (Cdc) anterior a la entrada en vigor de la Ley de Internet, preceptos que este ordenamiento destina a determinar el momento de perfección de los contratos civiles y mercantiles.

Por una parte, el artículo 1262 CC, en su párrafo segundo, seguía la teoría de la cognición, información o del conocimiento, al señalar que “la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento”. Con ello se indica que el contrato se perfecciona cuando el oferente conoce la aceptación (36), es decir, cuando cada una de las partes, por tanto, tiene conocimiento de la declaración positiva de la otra.

Por otro lado, el artículo 54 del Cdc hacía referencia a la perfección de los contratos celebrados por correspondencia, esto es, por correo y telégrafo, y disponía que “los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”. Siguiendo este criterio el Código de Comercio acogía la teoría de la expedición, comunicación o revisión, lo que llevado al ámbito de la contratación electrónica podría entenderse que se trata del momento en que se pulsa la opción de envío del mensaje; sin embargo, este acto no podrá considerarse suficiente para determinar la efectividad de declaración de voluntad, y ello porque, como afirma PERALES VISCASILLAS (37), “si se piensa en la tradicional aplicación de la teoría de la expedición y su propia ratio, tendremos que el mensaje habrá de entenderse perfeccionado o efectivo cuando sale de la esfera de control del iniciador, lo que en el supuesto tradicional de la carta se produce cuando se hecha en el buzón”. Aplicando esto mismo a los contratos celebrados electrónicamente supone la entrada del mensaje en un sistema de información ajeno a la esfera de control del emisor, por lo que los riesgos que afecten al mensaje desde el momento en que se pincha

(36) *Vid.* acerca de la perfección del contrato en el Código Civil, PERALES VISCASILLAS, M^a.P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 206 y ss.

(37) Cfr. “Formación del contrato electrónico”, *cit.*, p. 918.

el icono de aceptación hasta que el mensaje entra en un sistema de información ajeno al del emisor deben ser soportados por él.

No obstante, la regla del artículo 54 del Cdc debería circunscribirse expresamente a los contratos celebrados por correo o telégrafo, no debiendo equipararse a los efectos de la contratación electrónica, que, por otra parte, no plantea problemas en cuanto al momento de su perfección cuando los contratos electrónicos son de formación instantánea, y sí puede provocarlos, por ejemplo, cuando la oferta permanece en la memoria del ordenador del aceptante aunque el oferente hubiera procedido a retirarla, sin perder de vista la posible demora de la aceptación en llegar al oferente a causa de problemas de tipo técnico, o que el oferente puede no haber tenido conocimiento de una aceptación que ya ha sido enviada o incluso recibida por el terminal.

Dejando a un lado las posibles polémicas doctrinales suscitadas y la repercusión que la distinta regulación existente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Internet provocaba en la perfección de estos contratos, lo cierto es que este texto legal vino a zanjar cualquier tipo de controversia sobre el tema, al unificar ambas regulaciones por medio de su disposición adicional cuarta que modificó tanto el artículo 1262 del CC como el artículo 54 del Cdc, con lo que consiguientemente desplazó a un segundo plano la determinación de la naturaleza civil o mercantil del contrato electrónico. Esta dualidad ha sido superada sobre la base de entender que, en el marco de la contratación electrónica, y con independencia de la naturaleza civil o mercantil del contrato en cuestión, el momento de su perfección vendrá determinado desde el instante en que el destinatario acepta la oferta y no cuando el oferente tenga conocimiento de la aceptación.

En concreto, la disposición adicional cuarta de la Ley de Internet, al modificar el contenido de las referidas normas, con el objetivo de adaptar la *consecución del consentimiento contractual* a la contratación por vía electrónica, les otorgó nueva redacción, que pasó a ser la misma en uno y otro precepto, a excepción del preexistente párrafo primero del artículo 1262 del CC ("El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el con-

trato" (38)), que no aparece recogido en la norma del Código de Comercio. Así, los otros dos párrafos que integran el vigente artículo 1262 del CC conforman a su vez el contenido del también actual artículo 54 del Cdc, y expresamente establecen que:

"Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

Por tanto, ante la literalidad de este último párrafo, parece quedar claro que sobre este punto ambas regulaciones, la civil y la mercantil, son idénticas, y cuando se trate de *contratos celebrados mediante dispositivos automáticos*, dentro de cuya categoría se encuentran obviamente los contratos electrónicos, si el destinatario pulsa el ratón aceptando la oferta existirá contrato o, lo que es igual, el contrato se entenderá perfeccionado con independencia del momento en que el oferente tenga conocimiento del mismo.

A título de ejemplo, la cuestión puede explicarse del siguiente modo: imaginemos que el vendedor responde hoy al oferente, pero éste no abre su correo electrónico hasta dentro de varios días, ¿cuándo se entiende perfeccionado el contrato? Ante la última norma civil y mercantil la respuesta no puede ser otra que en el día de hoy, ya que lo importante a los efectos es la aceptación por el destinatario y no el momento de su conocimiento por parte del oferente, con lo que en la contratación a través de Internet se da prioridad a la protección dispensada al consumidor-ad-

(38) Norma que se halla en consonancia con el artículo 1254 del CC (sobre la conexión de estos preceptos del Código Civil y su interrelación, *vid.* POMBO, F., "Contratación electrónica", en *Régimen Jurídico de Internet*, ob. cit., pp. 1161 a 1163).

herente en detrimento del predisponente, quien debe preocuparse por conocer la existencia de la aceptación para saber si el destinatario ha suscrito el contrato y adquirido en realidad obligaciones contractuales.

IV.2 Lugar de perfección de los contratos electrónicos: el artículo 29 de la Ley de Internet

Hasta la aprobación de la Ley de Internet la única previsión legal que encontramos en la legislación española en cuanto al elemento de la determinación del lugar de perfección de los contratos es la del inciso final del párrafo segundo del artículo 1262 del CC, referida anteriormente al contrato celebrado por carta y, con la nueva redacción dada por la LSSI, a los supuestos en los que los contratantes se hallen en lugares distintos, y en las que se dispone, tanto en la antigua como en la vigente redacción, que, “en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”.

Sin perjuicio de la modificación sufrida por el artículo 1262 del CC, que nada nuevo aporta a los efectos de la determinación del lugar de perfección del contrato electrónico, el panorama anterior a la promulgación de la Ley de Internet ofrecía al respecto una serie de interrogantes que no encontraban respuesta en el análisis al contenido del precepto, pues los lugares de celebración de la contratación telemática pueden ser perfectamente distintos, en tanto que, al menos, pueden cifrarse los siguientes: el lugar desde que el oferente envía la oferta o la pone en la red; el lugar del domicilio o residencia habitual del oferente; o el lugar en que se encuentra el servidor en que se almacena.

Así centrado el problema, un oferente con domicilio en España puede transmitir una oferta desde Francia a un servidor que se encuentra situado en Paraguay para que todos los que acceden a su dirección electrónica puedan llegar a conocerla y contactar. En un supuesto de este tipo, ¿cuál de todas esas posibles ubicaciones es el lugar desde el que se ha hecho la oferta? La respuesta desde luego no pasaba por tomar como referencia la norma del artículo 1262 del CC. Por lo que la doctrina científica adoptó sus propios posicionamientos, y así, por ejemplo, CLEMENTE MEORO ya estimaba como irrelevante el lugar desde que el oferente trans-

mite la oferta al servidor en que se almacena (39), mientras que otros autores consideraban que “si el ordenador oferente se encuentra ubicado en una capital determinada de nuestro territorio nacional, será dicha capital el lugar donde debe presumirse celebrado el contrato” (40).

Pues bien, la Ley de Internet ha introducido en la actualidad un precepto destinado a regular específicamente el lugar de celebración de los contratos electrónicos, para lo cual el artículo 29 de la LSSI distingue según el contrato sea celebrado entre un empresario y un consumidor (párrafo primero), o si se trata de un contrato electrónico celebrado entre empresarios o profesionales (párrafo segundo).

En cuanto a la primera posibilidad, si el que interviene como parte es un consumidor, la norma se centra básicamente en su protección, por lo que estos contratos por vía electrónica “se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual”, aunque el consumidor no se encuentre en territorio nacional. En consecuencia, de acuerdo con la Ley española de Internet, si un empresario español ostenta una página *web*, con un nombre de dominio “.es”, y le vende un producto en ella ofertado a un consumidor italiano que lo compra, con nuestra ley en la mano este contrato se entiende celebrado en Italia, lo que puede originar que en lugar de aplicarse el Derecho español se aplique el Derecho italiano. Por tanto, puede darse el caso de que, si el empresario español tiene que reclamar al consumidor italiano el pago del precio de la compraventa realizada, tenga que litigar, por ejemplo, ante un tribunal de Milán.

Por lo que respecta al segundo supuesto previsto en el párrafo segundo del artículo 29 de la LSSI, en el caso de que el contrato electrónico

(39) CLEMENTE MEORO, M. E., “Algunas consideraciones...”, cit., p. 83, si bien, utilizando un ejemplo similar, también consideraba no apropiado el lugar “desde el que envía el correo electrónico que contiene la oferta”.

(40) CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M^a. A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P., *La contratación informática...*, ob. cit., p. 31, que consideran que “lo importante para fijar el lugar de contratación a través de ordenadores u otros medios electrónicos, sería ubicar el ordenador con quien se ha entablado la comunicación”.

se realice entre empresarios o profesionales, se entenderá, en primer término, que el lugar de celebración del contrato será el que las partes hayan pactado, y en su defecto, se presumirá celebrado en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios de Internet. Al ser un contrato entre empresarios o profesionales la norma plantea una contradicción evidente con el artículo 1262 del CC o con el artículo 54 del Cdc; no obstante, opino que, en tal caso, el contrato ha de entenderse celebrado en el lugar en el que se realizó la oferta, esto es, lo que establece el Código de Comercio.

Por otra parte, aunque el artículo 29.2 de la LSSI habla sólo de *prestador de servicios*, es evidente que se refiere a un prestador de servicios de Internet, por lo que si, por ejemplo, un prestador de servicios así considerado dice encontrarse en la isla Vanuatu, si llegamos a creerlo tendríamos que reconocer, en base a la referida regla legal, que el lugar donde se ha celebrado el contrato, en defecto de pacto, es justamente esa isla, que es donde afirma estar el prestador. Las consecuencias de esta norma pueden ser ciertamente sorprendentes, además de la incredulidad y consiguiente inseguridad jurídica que puede provocar, en tanto que resulta difícil llegar a pensar que un contrato celebrado a través de Internet entre empresarios nacionales, en caso de no existir pacto sobre el lugar de celebración, deba entenderse celebrado finalmente donde esté situado el prestador de servicios de Internet.

V. Conclusiones

Con lo expuesto en las páginas precedentes he pretendido aproximar al lector sobre algunas de las problemáticas que encierra la contratación electrónica, a la que no es ajena el empleo de condiciones generales de la contratación a través de Internet, condiciones, en algunos casos abusivas, que se encuentran incorporadas en muchas de las páginas *web* existentes en la *red* y que al ser predispuestas por los empresarios oferentes suelen dejar en una clara posición de inferioridad al adherente, sin perjuicio de haber apuntado además determinadas peculiaridades propias de la contratación telemática que como soporte de la contratación seriada afecta inevitablemente a la misma. A diferencia de la contratación tradicional, en los casos de contratación por adhesión y por vía electrónica la situación resulta más gravosa si cabe al dejar al adherente la única opción

de pulsar un icono en la pantalla del ordenador como modo de aceptación de la oferta realizada.

No obstante, la Ley española de Internet, con independencia de los defectos que se le puedan achacar, ha venido a aportar un atisbo de luz a la incertidumbre que, por lo menos hasta ahora, había sido compañera inseparable del consumidor que se decidía a contratar a través de los modernos medios tecnológicos, piénsese, por ejemplo, en que a partir de su entrada en vigor la aceptación del adherente conlleva automáticamente la perfección del contrato sin esperar a que el oferente tenga conocimiento de tal asunción, redundando con ello en una mayor protección del consumidor a la hora de contratar en la red, pero siendo conscientes también de posibles efectos indeseables que la aplicación práctica de esta norma puede llegar a originar, algunos de ellos aquí expuestos.

Ahora bien, no debemos tampoco olvidar que, a pesar de que la promulgación de esta Ley de Internet supuso la contemplación legal de cuestiones sobre la contratación por vía electrónica que hasta el momento no habían tenido justo acomodo en Derecho español, fundamentalmente referidas al especial modo de celebración de estos contratos, lo cierto es que esta norma irrumpió no sólo en el contexto de una insuficiente regulación del contrato electrónico sino también en el marco de una caótica amalgama legislativa en la que se mueve nuestro ordenamiento jurídico al respecto.

Y es que, según la normativa española, si alguien compra por Internet un producto a un empresario aquél tendrá la consideración de consumidor, por lo que pudiera darse el caso de que además de la propia Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, resultara igualmente aplicable, entre otras posibles, la legislación sobre consumo o la referida a la ordenación del comercio minorista, que contienen en su regulación materias que no se encuentran contempladas en la Ley de Internet, pues por ejemplo en ella nada se dice sobre el supuesto de una tarjeta de crédito robada o perdida por su propietario y que es utilizada por el ladrón o el individuo que la encuentra para adquirir productos vía electrónica en el intervalo de tiempo en el que esa tarjeta de crédito no es dada de baja por su propietario; para la defensa de los derechos de este último (como puede ser la posibilidad de recuperación del

dinero) habrá que acudir por lo tanto a otras normas, no bastando con la exclusiva aplicación de la Ley de Internet.

En consecuencia, podemos concluir que, por lo que respecta al Derecho español, la aprobación de este texto legal no sirvió para poner fin al caos normativo que sufrimos en esta materia en la actualidad y sí se configura como otro elemento legislativo a tener en cuenta, lo que no impide reconocer, eso sí, que se trata de una norma loablemente aprobada en aras a favorecer la contratación a través de los nuevos medios tecnológicos, presente, pero sobre todo futuro de la contratación mundial.



Incidencia económica de la contratación electrónica

Alberto Martínez Simón *

1. Introducción

Hay datos sobre la incidencia de la contratación electrónica en la economía local, regional y mundial que realmente convencen al más escéptico sobre la enorme relevancia de esta nueva modalidad de formalizar acuerdos.

El incremento sostenido del número de transacciones *vía electrónica* no debería sorprender pues en un mundo globalizado, donde lo que a nadie sobra es tiempo y donde la distancia es muchas veces un obstáculo, dada la dificultad de movilizarse incluso dentro mismo de las ciudades que impiden la traslación debido al colapso del tránsito; por ende, la forma de contratar *a distancia* es una opción válida para superar todos estos inconvenientes. De hecho, dadas todas estas características previamente señaladas –o mejor, de estos inconvenientes aludidos– de la vida de hoy, podría pensarse en la imposición a corto tiempo –o por lo menos, en la generalización– de la modalidad *tele* (1) de la mayoría de las actividades del ser humano, entre ellas el *teletrabajo*, los *telecontratos* y los *telenegocios*.

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Capital. Docente de Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.

(1) Prefijo de origen griego que se antepone a palabras del idioma castellano para indicar la idea de algo que se encuentra “lejos” o “a distancia”.

A ello, debemos sumar las ventajas financieras que implica esta forma de negociar que se traduce en una notable reducción de costos operativos ya que desde la promoción –o *marketing*– del producto o servicio que se ven sensiblemente disminuidos pasando por la disminución de los costos de intermediación o distribución que se realizan evitando gastos innecesarios, el comerciante puede obtener ahorros importantes en su operativa, debiendo tenerse en cuenta que esta forma de operar posibilita también obtener otras ventajas en el manejo de la empresa ya que le permite al mismo comerciante *abrir su negocio* a la clientela –dicho en forma metafórica– durante las veinticuatro horas del día, ya que la negociación pasará por *internet* y éste está disponible al inmenso público durante todas las horas del día, teniendo a su disposición un universo muchísimo mayor de potenciales clientes, ya que esto se amplía –en la medida en que sea factible la distribución de lo vendido– a prácticamente todo el mundo (2).

Pero esta nueva tecnología que hoy aplicamos a los negocios no solo ha transformado sensiblemente la manera de realizarlos, sino que nos ha llevado a la necesidad de volver a plantear cuestiones aún mucho más profundas como la misma organización social, la forma de decidir en democracia, ha puesto en entredicho los conceptos de vida privada o *privacidad*, de libertad cívica y ciudadana y, cómo no habrían de incidir en la manera de hacer negocios y de contratar.

La posibilidad de realizar estos *telenegocios* a través de *internet* ha transformado sustancialmente la manera de cerrar tratos y ha cambiado –también sensiblemente– los modelos y paradigmas de la negociación, de la comunicación y hasta del mismo *marketing* de las empresas inmersas en el ámbito de la contratación masiva.

(2) “El comercio en *internet* presenta numerosos aspectos propios de la organización de un mercado: la disminución de los costos y la organización de una estructura que facilite tanto la búsqueda de productos como la de consumidores; la seguridad en las transacciones sobre todo en los medios de pago y el aseguramiento de la entrega de los productos”. **RÍOS AVALOS**, Bonifacio. Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos. Intercontinental Editora. 13^a. Ed., año 2014, p. 283.

La idea de realizar este breve trabajo es exponer algunos datos sobre la incidencia económica actual de los *telecontratos* y de los *telenegocios* dentro del marco de la legislación que rige la materia, y hacer una proyección de los mismos –en la que probablemente, y ojalá así sea– nos quedemos exiguos.

2. Los contratos y su evolución

Si bien este trabajo se enfoca al *contrato electrónico*, considero que no podemos abocarnos a ese tema, sin hacer una breve referencia al instituto jurídico del contrato y una aún más corta alusión, a su línea de evolución a lo largo de la vida social.

El contrato existe desde la conformación del primer grupo humano. El hombre, incapaz de satisfacer sus propias necesidades solo, pronto entendió que debía entablar relaciones con otros, para obtener de ellos aquello que no tenía y que necesitaba.

Así, durante mucho tiempo y hasta antes de la *invención del dinero*, las transacciones se basaban esencialmente en el *trueque* –lo que denominaríamos *permuta*, jurídicamente hablando (3)– es decir, en el cambio de un objeto por otro o por un servicio, excluyéndose el dinero como instrumento de cambio.

Esta situación entorpecía y mucho el comercio pues supeditaba el intercambio de objetos o de servicios al interés recíproco de las partes del acuerdo en cuestión. Bastaba entonces que una de las *personas* –porque no podemos llamarla *parte* al no formalizar el contrato– que se aprontaban a hacer el *trueque* no tuviera interés en la *cosa* o el *servicio* ofrecido por la otra, para que el negocio se frustrara. De ahí, la gravitante importancia del *dinero*, aquella *mercadería* que era apetecida por todos y que hacía desaparecer la eventual dispersión del interés de alguno de los sujetos, ya que –reitero– todas las personas se encontraban interesadas en la obtención del *dinero*, pues éste pasaba a constituirse en el elemento común para

(3) **Art. 799 C.C.** Por el contrato de permuta las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas u otro derecho patrimonial.

la adquisición de bienes y servicios, no supeditándose el negocio al mentado interés recíproco.

Sobre estas bases rústicas surge, o mejor, se desarrolla la etapa embrionaria de los contratos en las sociedades rudimentarias del inicio de la historia del hombre. Y, en estas mismas condiciones, surgen los contratos.

En un primer momento, obviamente, estos contratos eran una cuestión acordada *tête à tête*, ya que la misma situación de las comunidades de los albores hacía que el comercio sea siempre una cuestión local, formalizada personalmente, protagonizada por individuos que tenían en todos los casos relaciones de vecindad o una proximidad física muy evidente.

Esta situación se mantiene, prácticamente inalterable, prácticamente igual, durante –literalmente centurias– hasta bien entrado el siglo XIX ya que el desarrollo tecnológico hacía que la forma de trasladarse de un lugar a otro o de comunicarse haya variado sustancialmente muy poco, impidiendo la modificación radical de la forma de negociar. Cambia sí esencialmente la manera de comunicarse y por ende, de contratar, con el advenimiento de grandes disparadores tecnológicos: el advenimiento de la navegación aérea, en primer término y la aparición de la tecnología digital, en un segundo momento (4). Son estos dos disparadores –es cierto, separados cronológicamente por varias décadas– la que producen una alteración sustancial en la forma de negociar que pasa por la misma generación de la necesidad (5), por la manera de expresar la voluntad a

(4) No me refiero en esto al desarrollo de los procesadores solamente, sino esencialmente a la expansión de los *microchips*, que permitieron la reducción del tamaño de las computadoras y su introducción a las actividades más cotidianas en las que se embarca el ser humano. Hoy día, prácticamente toda nuestra vida está regulada, manejada, controlada o dirigida por computadoras que pueden *inmiscuirse* en nuestra cotidianeidad gracias a su tamaño absolutamente diminuto y a la gran capacidad de gestión que le permite la *microtecnología*.

(5) Un concepto sumamente interesante de desarrollar, que por motivos de espacio y de respeto al tema escogido, es el de la *creación o generación de la necesidad*. Si visualizáramos, como subidos a una terraza, las *necesidades* de las personas de hoy en día y las comparásemos con las que tenían otras personas tres o cuatro décadas atrás, nos convenceríamos muy fácilmente de cuánto han variado las

distancia y que se expande a través de la posibilidad de la *puesta efectiva a disposición* de los bienes o servicios ofrecidos.

Por ende, el **contrato**, que existió conceptualmente desde los primeros días de nuestra historia, entendido como aquel acuerdo de voluntades de dos o más personas con la finalidad de producir consecuencias jurídicas (6) y, permítaseme agregar, hacer *previsibles* las consecuencias de éstas, puede que haya variado, no en la idea básica de la *definición*, sino en la forma de realizarlo, ya que la forma tradicional de *acordar* va a variar desde el soporte papel, en la exigencia de determinado número de ejemplares y la firma *manuscrita*, hacia formatos y requisitos que vayan adaptándose a la nueva tecnología aprobada por ley y a redefinir incluso conceptos muy antiguos como la *firma*.

Nótese que el contrato –o más propiamente el *acto jurídico*– tratado en nuestros códigos civiles concebidos a la idea tecnológica imperante en el siglo XX, expresaban que aquellos debían observar ciertas *formalidades básicas* si es que la misma ley no le imponía una forma determinada, por ejemplo, el recurrente caso de los actos jurídicos que debían observar la

mismas. Podríamos decir que las necesidades básicas de alimentación, salud, vivienda y seguridad se mantienen vigentes; pero nos sorprendería cuán austeras parecían las vidas de las personas hace no más de treinta años, en relación a cuestiones que hoy las tenemos como *vitalmente necesarias*, como la climatización de todos los ambientes de nuestras oficinas y viviendas, el acceso a información de la más variadísima gama –la mayoría de ella, inútil– cada segundo del día, la posibilidad de intercomunicación con todas las personas del mundo que se encuentren en cualquier lugar del mismo producida en todas las horas del día –y la suerte de angustia extrema que nos produce saber que podemos no estar comunicados con ellas– y un largo etcétera que podría presentarnos como personas bastante superfluas en comparación con la generación inmediatamente anterior.

(6) Con respecto a la generación de estas *consecuencias jurídicas* cabe indicar que los contratos no solo crean efectos para las partes, entendidos éstos como la adquisición o la pérdida de derechos u obligaciones, sino que también los transforman, los trasladan o transfieren y hasta los extinguen. Por ende, un contrato puede desde hacer *nacer* un efecto jurídico, hasta matarlo.

forma de la *escritura pública* (7). Así, se imponía en nuestras diversas legislaciones el principio de la libertad de formas (8), salvo que la ley impusiera una, con limitantes muy entendibles, como la forma escrita cuando

(7) **Art. 700 C.C.** Deberán ser hechos en escritura pública: a) los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados; b) las particiones extrajudiciales de bienes, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez; c) los contratos de sociedad, sus prórrogas y modificaciones, cuando el aporte de cada socio sea mayor de cien jornales mínimos establecidos para la capital, o cuando consista en la transferencia de bienes inmuebles, o de un bien que deba ser registrado; d) la cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios, en las condiciones del inciso anterior, salvo que sean hechas en juicio; e) todo acto constitutivo de renta vitalicia; f) los poderes generales o especiales para representar en juicio voluntario o contencioso, o ante la administración pública o el Poder Legislativo; los conferidos para administrar bienes, contraer matrimonio, reconocer o adoptar hijos y cualquier otro que tenga por objeto un acto otorgado o que deba otorgarse por escritura pública; g) las transacciones sobre inmuebles y los compromisos arbitrales relativos a éstos; h) todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos; i) todos los actos que sean necesarios de contratos redactados en escritura pública; y j) los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los parciales y de los relativos a intereses, canon o alquileres.

Art. 701 C.C. Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviere firmado aquella escritura. Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad. Estos actos, como aquéllos en que las partes se comprometieren a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre obligaciones de hacer. El presente artículo no tendrá efecto cuando las partes hubieren convenido que el acto no valdría sin la escritura pública.

(8) **Art. 302 C.C.** En la celebración de los actos jurídicos deberán observarse las solemnidades prescriptas por la ley. A falta de regla especial, las partes podrán emplear las formas que estimen convenientes.

se superase un determinado valor como objeto del contrato (9), el doble ejemplar para los contratos bilaterales (10) y la firma –obviamente manuscrita– de los otorgantes (11).

Sin embargo, con la tecnología hoy vigente y con las normas jurídicas que le dan valor, la cuestión ha variado sustancialmente y nos ha llevado a la necesidad de reformular algunas definiciones como el *doble ejemplar* (12) o el de la misma firma puesto que, si bien no dejaremos de lado la manuscrita, tendremos que incorporar la electrónica y la digital (13).

(9) **Art. 706 C.C.** Los contratos que tenga por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos establecidos para la capital deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos.

(10) **Art. 400 C.C.** Los instrumentos privados que contengan convenciones bilaterales, deben redactarse en tantos ejemplares como partes haya con interés distinto, con expresión en cada uno de ellos el número de ejemplares suscritos. En tal caso, no importa que en un ejemplar falte la firma de su poseedor, con tal que en él figure la de los otros obligados. A falta de los requisitos enunciados, el instrumento sólo podrá valer, en su caso, como principio de prueba por escrito.

(11) **Art. 399 C.C.** Los instrumentos privados podrán ser otorgados en cualquier día, y ser redactados en la forma e idioma que las partes juzguen convenientes, pero la firma de ellas será indispensable para su validez, sin que sea permitido sustituirla por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos.

(12) Concepto éste del *doble ejemplar* que tiene incluso una denominación un tanto cuestionable, aunque sea usual su uso; decimos que es ciertamente cuestionable esta denominación ya que sugiere que siempre habrá dos ejemplares al momento de la firma de un contrato, cuando en realidad la idea es distinta y la intención de la ley es que haya *un ejemplar por cada parte con interés diverso*, lo que indica que, si hubiere más de dos partes, tendrá que haber más de dos ejemplares. Pero como es entendible la idea a pesar de la deficiente denominación, no hacemos más cuestiones al respecto.

(13) **Art. 2º. Ley 4017/10. Definiciones.** A efectos de la presente Ley, se entenderá por: **Firma electrónica:** es el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. **Firma digital:** es una firma electrónica certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección

3. La idea del comercio electrónico

La posibilidad de que la comunicación mediante la red electrónica mundial conocida como *internet* que interconecta a una inmensa malla de computadoras en todos los puntos del globo ha hechos trizas conceptos como *tiempo y espacio* ya que hoy día podemos conocer del *dato* –en la amplísima significación del vocablo, entre ellas, la *voluntad* de alguien– casi instantáneamente, sin que sea significativo en qué lugar del mundo se encuentre su emisor, ya que muy poca trascendencia tiene la distancia física. Estos hechos relevantes han tenido trascendencia en la modificación sustancial que se observó en la manera de formalizar contratos en los últimos años.

Si bien se podría pensar que cuando hablamos de *comercio electrónico* –o *e-commerce*– nos circunscribimos o referimos principalmente a operaciones de *compraventa*, debemos aclarar que aquel se aplica a cualquier otra actividad económica que realizan los *comerciantes* de forma profesional y con la habitualidad que ello conlleva (14) y aquel es el medio por el

posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

(14) **Art. 71 Ley 1034/83. Ley del comerciante.** Son actos de comercio. a) Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o inmueble, de derecho sobre ella, o de derechos intelectuales, para lucrar con su enajenación, sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor. b) La transmisión a que se refiere el inciso anterior; c) Las operaciones de banco, cambio, seguro, empresas financiera, warrants, corretaje o remate; d) Las negociaciones sobre letras de cambio, cheques o cualquier otro documento de crédito endosable o al portador; e) La emisión, oferta, suscripción pública, y en general, las operaciones realizadas en el mercado de capitales, respecto de títulos–valores y documentos que le sean equiparados; f) La actividad para la distribución de bienes y servicios; g) Las comisiones, mandatos comerciales y depósitos; h) El transporte de personas o cosas realizado habitualmente; i) La adquisición o enajenación de un establecimiento mercantil; j) La construcción, compraventa o fletamento de buques y aeronaves y todo lo relativo al comercio marítimo, fluvial, lacustre o aéreo; k) Las operaciones de los representantes, factores y dependientes; l) Las cartas de crédito, fianzas, prendas y demás accesorios de las operaciones comerciales; y, m) Los demás actos especialmente legislados.

cual, distintos prestadores de servicios y vendedores de productos, viabilizan la formalización de actos de comercio y la ejecución de ellos, con la correspondiente incidencia económica en el país.

Piénsese así, no solo en quienes venden y en quienes compran, sino en quienes prestan servicios, y traslademos el foco a empresas de intermediación financiera, a empresas que prestan servicios de telecomunicaciones o que brindan información como mercadería que pone a disposición de sus clientes. Todas ellas, y perdón si quedaron otras en el tintero, podrán recurrir –y de hecho, recurren– a la formalización de *e-commerce* para cerrar tratos con sus clientes (15).

De lo expuesto, se pueden visualizar dos clases de *e-commerce*: el que podríamos denominar *directo* o *puro*, y el que podemos llamar *indirecto* (16).

(15) **Art. 2º. Ley 4868/13. Definiciones.** A los efectos de la presente Ley se definen los siguientes términos: ... b) Proveedor de Bienes y Servicios por vía electrónica: es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a distancia a consumidores o usuarios, por vía electrónica o tecnológicamente equivalente a distancia, por los que cobre un precio o tarifa.

(16) A pesar de lo expuesto, cabe indicar que cierta doctrina parecería cuestionar esta posición, restringiendo la denominación de *comercio electrónico* solo a aquellos casos en los que todos los pasos del *iter* comercial –o por lo menos la mayoría de ellos– se realizan por medios electrónicos. “*En lo personal no considero que un acto se repunte como de comercio electrónico si el medio utilizado solo sirve para el intercambio de datos entre las partes, pero la operación se realiza fuera del medio electrónico. Es decir que, si dos partes usan medios electrónicos para ponerse de acuerdo en el precio de un bien o servicio, pero éste se entrega o presta y se cubre en su totalidad su precio fuera del medio electrónico, no puede ser considerado como una operación de comercio electrónico. Sería como catalogar las 2 operaciones que se acuerden por teléfono como comercio telefónico. No obstante, la regulación jurídica nos da luz para que en caso de que la operación se finalice por otros medios se establezca a los emisores de datos o el otorgamiento expreso del consentimiento por medios electrónicos*”. **VILLEGAS SOJO, Saúl.** *Marco jurídico del comercio electrónico en México.* Publicado en internet.

El *comercio electrónico* será *directo o puro* cuando todo el *iter* negocial, desde la formulación de la oferta, la aceptación de la misma, la formulación del contrato, el pago del precio en cuestión y la misma entrega de lo vendido o la prestación del producto por el que se pagó se realice por medios electrónicos. Piénsese como ejemplo en quien compra un *software* por internet de una tienda digital, acepta las condiciones impuestas por el vendedor, paga el precio por él estipulado –mediante una tarjeta de crédito internacional– y procede a descargar el *software* adquirido.

El comercio electrónico será *indirecto* cuando la negociación se realiza electrónicamente, pero otras etapas del contrato, o mejor, de su ejecución, no se realizan en forma electrónica. Serían los casos de quien compra un bien material por *internet*; en estos casos, se acepta la oferta por medios electrónicos, se procede al pago mediante una tarjeta de crédito internacional, pero la entrega del bien específicamente adquirido se realiza –obviamente– fuera del espectro de internet, a través de la entrega física de lo adquirido, mediante un servicio de *courier* o similar.

4. Los contratos electrónicos

El comercio que podríamos llamar *tradicional* se ha realizado, durante –literalmente– milenios entre dos o más personas que han negociado los términos del acuerdo en forma personal. Esta negociación personal, con la expansión de las sociedades y el alejamiento físico de las comunidades ha dado pie a que el ser humano busque la manera de seguir concretando acuerdos, aún a distancia, pues andando el tiempo, los comerciantes no se encontraban siempre en el mismo lugar en el mismo momento, y hubo de todos modos, la necesidad y el interés de continuar comerciando.

De esta forma, surgió la necesidad de regular los llamados *contratos entre ausentes*, el cual se ha normado en nuestro **Código Civil** mediante el **Art. 676** (17) el que podría abarcar también y ser aplicable al *comercio electrónico*, atendiendo a sus términos amplios y comprensivos, ya que indica

(17) **Art. 676 C.C.** Entre **personas ausentes**, el **consentimiento** podrá manifestarse por medio de agentes, por correspondencia epistolar o telegráfica, u **otro medio idóneo**.

que el *consentimiento* en esos casos, podrá formularse por cualquier “*otro medio idóneo*” lo que da la pauta que abre ampliamente las puertas a la tecnología para que puedan formularse acuerdos o contratos *a distancia* por medios electrónicos.

Sin embargo, debe decirse que deberíamos inclinarnos a considerar que los contratos formalizados por medios electrónicos no son, precisamente, **contratos entre ausentes, sino entre presentes**, pues a pesar de que los contratantes podrían estar a distancia considerable, la inmediatez de la respuesta a la oferta realizada hace que, en aplicación a lo dispuesto en el **Art. 675 del Código Civil** (18), hace que no sea aplicable la norma que regula la situación de las partes cuyas voluntades tardan en ser conocidas no tanto por la distancia, sino por la dificultad de la comunicación. Nótese que aplicando esta disposición normativa –el Art. 675 C.C.– la solución cambia radicalmente, pues pasamos a considerar los contratos formalizados por personas que no están físicamente juntas, como concluidos entre presentes, ya que lo que determina esta situación es la inmediatez de la respuesta, más que la distancia que separa a los contratantes, siendo suficientemente elocuente la norma al disponer que la inmediatez de la respuesta se aplicará a la oferta hecha y contestada por medios de comunicación que permitan el contacto de personas que se encuentran alejadas unas de otras, pero que permita conocer la voluntad respectiva de la otra, sin intervalo significativo de tiempo, es decir, inmediatamente como señala el Código (19).

(18) **Art. 675 C.C.** Para que exista consentimiento, la oferta hecha a una persona presente deberá ser inmediatamente aceptada. Esta regla se aplicará especialmente a la oferta hecha por teléfono **u otro medio** que permita a cada uno de los contratantes conocer **inmediatamente** la voluntad del otro.

(19) “No cabe duda que el contrato realizado por medio electrónico, dentro del país es considerado entre presentes” RÍOS AVALOS, Bonifacio. Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos. Intercontinental Editora. 13ª. Ed., año 2014, p. 286.

“Cabe resaltar que la contratación electrónica es celebrada entre persona físicamente distantes, pero el medio utilizado neutraliza la geografía, ya que la comunicación es instantánea. Este problema comenzó a ponerse de relieve con el uso del teléfono y del fax, pero, actualmente adquiere proporciones ilimitadas

Dado que internet es el medio por el cual se realiza el *e-commerce* y atendiendo a que **oferta** y la **aceptación** de ella se exponen por dicha vía, son los mecanismos tecnológicos, digitales y electrónicos los que materializan el perfeccionamiento de los contratos en ese ámbito.

Sin embargo, no toda la doctrina nacional está conteste en este punto. En base a la idea aparente de que quienes contratan por medios electrónicos se encuentran físicamente distantes –como en realidad ocurre–, es que parte de la doctrina nacional ha afirmado que el *comercio electrónico* no constituye sino contratos *entres ausentes*, formalizados en el entorno digital (20). Debo manifestar mi posición contraria a esta tesis de considerar a los *contratos electrónicos* como acuerdos *entre ausentes*, por la opción de solución normativa propuesta por el **Art. 675 del Código Civil**, aunque –obviamente– se ponderan los fundamentos de la posición no compartida.

Por lo dicho e intentando una **definición** podríamos indicar que los **contratos electrónicos** son aquellos acuerdos que formalizan las partes, a través de medios telemáticos, es decir, *a distancia*, a través de equipos o mecanismos electrónicos que permiten conocer, a través de los sistemas previamente establecidos, la voluntad de los otorgantes.

La aplicación práctica de esta *definición* nos lleva a los más diversos ámbitos: la compra de un pasaje de avión por medio de la *página web* de la línea aérea o de la empresa de viajes habilitada para la ello, la compra de cualquier producto por internet a través de una de las tantas *páginas* – número que crece día a día– que se dedican este menester, la compra de entradas para eventos, la compra de valores o transferencia de fondos en las páginas de instituciones financieras, y un larguísimo etcétera.

con la informática”. RÍOS AVALOS, Bonifacio. Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos. Intercontinental Editora. 12^a. Ed., año 2012, p. 284.

(20) Véase JIMÉNEZ ROLÓN, Eugenio. *Lecciones de Derecho Comercial. Contratos y títulos de crédito*. Intercontinental Editora. 2^a Ed., p. 42.

La **ley española** sobre la materia, la N° 34/2002 (21), define a los **contratos electrónicos o celebrados por vía electrónica** como “h) ‘Contrato celebrado por vía electrónica’ o ‘contrato electrónico’: todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”. Nótese que la definición es amplia y establece el marco de referencia para tener a un acuerdo como contrato electrónico cuando éste haya sido concertado –oferta y aceptación– mediante equipos electrónicos conectados a redes de comunicaciones a distancia, con lo cual el espectro de alcance es bastante amplio. Podría estimarse que esta definición legal es abarcante de los distintos mecanismos que pueden llevar a concluir un contrato electrónico y podría servirnos de referencia para abordar la idea.

Nuestra ley define también lo que se entiende por *contratos electrónicos o celebrados por vía electrónica* (22), y le dedica una ley, cuyo articulado iremos revisando seguidamente, en referencia a su forma y la validez jurídica de los mismos. Resalta la normativa lo ya anticipado en la nota doctrinaria, que esencialmente constituyen *contratos celebrados a distancia*, aclarando incluso lo que se entiende por esto último y qué se entiende por *vía electrónica*, consagrando nuevamente la solución normativa de no atarse a ninguna tecnología existente, haciendo una lista lo más abarcante posible de la ya conocida e incluso indicando que podrá ser usada otra, aún no inventada.

(21) Ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

(22) **Art. 2º. Ley 4868/13. Definiciones.** A los efectos de la presente Ley se definen los siguientes términos: **Comercio Electrónico:** es toda transacción comercial realizada por Proveedores de Bienes y Servicios por vía electrónica y a distancia. Se entenderá por: – **A distancia:** es aquella transacción de un producto o un servicio sin que las partes estén presentes simultáneamente. – **Vía electrónica:** es aquella que utiliza equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión de la información) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por cables, radio, medios ópticos, electromagnéticos, conocido o por conocerse que sea técnicamente equivalente...

Cabe resaltar que la ley de *comercio electrónico* apunta a establecer garantías para quienes formulan sus negociaciones a través de internet, facilitando las transacciones y el intercambio en el espectro del llamado *ciberespacio*, impulsando la expansión de la cantidad de operaciones a través de la disminución de una amenaza latente en este tipo de transacciones *desmaterializadas*: la posible pérdida de confianza de los usuarios del espectro cibernético. Al respecto, debe ponerse de manifiesto que a través del proceso de *despapelización o desmaterialización*, el ser humano –tan habituado a realizar actos jurídicos asentados en soportes tangibles, como el papel– pasa a depender del etéreo espectro de internet, cuya *inmaterialidad* es patente y se produce, en forma casi automática, una suerte de *desconfianza* hacia la prueba o evidencia del acto jurídico, por una parte, y hacia la *aparente* –y resalto el término *aparente*, pues no es tal– fragilidad o vulnerabilidad del sistema que permitiría –en el imaginativo popular– la alteración de mensaje de datos y la perpetración de distintos delitos económicos, cometidos desde prácticamente cualquier punto del globo.

En cuanto a estos puntos –y si bien las *defensas* opuestas a la *desconfianza* generada por la *intangibilidad* y por la aparente *fragilidad* pasan por mecanismos tecnológicos adecuados– cabe indicar que la Ley 4868/13 “De comercio electrónico” (23) regula algunas situaciones de protección al consumidor en las relaciones comerciales formalizadas por medios electrónicos como la posibilidad de retractarse de la transacción en el plazo de cinco días de recibido el producto debiendo restituir los bienes adquiridos y debiéndosele devolver el monto abonado por el mismo (24),

(23) Debe decirse que el Paraguay es de los pocos países en la región que han puesto en vigencia una ley de *comercio electrónico*, ya que varios de ellos, el *e-commerce* se encuentra regulado en otras normas, como en la ley de Mensajes de Datos colombiana o en la misma ley de defensa al consumidor, ya que no debe perderse de vista que la ley de comercio electrónico tiene como una de sus características principales enumerar una serie de protecciones al consumidor.

(24) **Art. 17 Ley 4868/13. Derecho de Reembolso por variación entre lo ofertado y lo recibido.** Todos los Proveedores de Bienes y Servicios deberán establecer un mecanismo de reembolso del dinero pagado por el Consumidor o Usuario, en caso que el mismo no recibiera el producto o servicio publicitado en el tiempo, cantidad y calidad prometidos, siempre y cuando ejerza este derecho a través del reclamo, en un plazo máximo de 5 (cinco) días hábiles de recibidos

o la protección de los datos de los consumidores (25) y la regulación del régimen de factura electrónica que se expide en la compra a distancia y que tiene efectos en la contabilidad del consumidor y en la posibilidad de incidir en el volumen de impuestos –especialmente a la renta– que llegue a pagar este último (26), siendo la principal ventaja del *comercio electrónico* en relación a los tributos, la emisión de dichas *facturas electrónicas y virtuales* que tienen la función de evitar el gasto en papel y su distribución y en ayudar a combatir la evasión fiscal.

los bienes o servicios. Este mecanismo debe ser público y accesible a cualquier usuario. La presente disposición no limita, disminuye ni excluye las responsabilidades penales que pudieran surgir por el actuar del proveedor.

Art. 30. Ley 4868/13. Derechos de los Consumidores o Usuarios. Los Consumidores o Usuarios tendrán los siguientes derechos: ...b) retractarse de la transacción comercial, en el plazo máximo de 5 (cinco) días hábiles a partir de la recepción del producto o servicio de parte del Proveedor de Bienes y Servicios, con la simple notificación electrónica de su voluntad. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, siempre que el servicio o producto no hubiese sido utilizado ni sufrido deterioro. Los costos que deberán cubrir los Consumidores, en este caso, serán los relativos al retorno de los productos o el pago de los servicios ya prestados; y, ...

(25) **Art. 6°. Ley 4868/13. Restricciones.** En ningún caso la actividad comercial de los Proveedores podrá vulnerar: d) la protección de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios; e) la protección de los datos personales y los derechos a la intimidad personal y familiar de las partes o los terceros intervinientes; y, f) la confidencialidad de los registros y cuentas bancarias.

Art. 30. Ley 4868/13. Derechos de los Consumidores o Usuarios. Los Consumidores o Usuarios tendrán los siguientes derechos: a) disponer de un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recolección de los datos, como en cada una de las comunicaciones comerciales que dirija, para oponerse a la utilización de sus datos con fines promocionales; ...

(26) **Art. 33. Ley 4868/13. Validez.** La factura electrónica emitida por los Proveedores de Bienes y Servicios tendrá la misma validez contable y tributaria que la factura convencional, siempre que cumplan con las normas tributarias y sus disposiciones reglamentarias.

En esencia, entonces, el contrato electrónico es idéntico al contrato *entre presentes* (27), pero formalizado de una forma absolutamente novedosa ya que requiere, según la doctrina, el involucramiento de un banco para la apertura de un crédito (28) pues los mecanismos de pago pasarán ineludiblemente por el conducto de la *tarjeta de crédito* u otro similar, al que se vinculan tanto el cliente que adquirirá el bien como el proveedor que lo venderá, debiendo incorporarse posteriormente otros contratos accesorios al de la compraventa, pero esenciales igualmente para lograr la efectivización del mismo, como el de transporte y el de seguro.

Esta forma de comercialización a través de medios electrónicos implica, como se señalara, una *despapelización o desmaterialización* del soporte que evidencia el contrato, realizándose el acuerdo en *bytes*, por decirlo de una manera gráfica, lo que lleva también la necesidad de que los términos del acuerdo –oferta aceptada– y la identidad de las partes que han concluido el mismo, por lo que la ley delega a la autoridad de aplicación –el Ministerio de Industria y Comercio, mediante el Viceministerio de Comercio– la función de contralor de estos mecanismos de constatación funcionen eficientemente.

(27) En contrario a esta posición de considerar contrato *entre presentes*, cito al doctrinario nacional Eugenio **Jiménez Rolón**, en su muy recomendable obra *Lecciones de Derecho Comercial. Contratos y títulos de crédito*. Intercontinental Editora. 2ª Ed., p. 42.

(28) “Cabe definir el comercio electrónico como el sistema contractual celebrado entre ausentes en el que el vendedor, basado en la seguridad que le otorga un Banco de que pagará el importe de la operación a través de un crédito otorgado al adquirente, proporciona a este último los bienes o servicios que le requiere mediante mensajes transmitidos electrónicamente”. JIMÉNEZ ROLÓN, Eugenio. *Lecciones de Derecho Comercial. Contratos y títulos de crédito*. Intercontinental Editora. 2ª Ed., p. 42.

4.1. Forma, validez y exclusiones del contrato electrónico

En cuanto a la *forma* de los contratos electrónicos, la ley nacional realiza una clara equiparación a la forma escrita cuando se utilice el *mensaje de datos* (29) y sea firmada digitalmente (30), imponiendo que los contratos formalizados digitalmente producirán los mismos efectos que los que fueran celebrados en la forma tradicional, es decir, en papel, cumpliéndose la forma escrita, cuando ésta sea exigible por la ley.

En cuanto a la **validez** de estos contratos electrónicos, la ley ha equiparado los efectos de ellos a los realizados en soporte *papel*, remitiendo el

(29) **Art. 2º. Ley 4017/10. Definiciones.** A efectos de la presente Ley, se entenderá por: ... **Mensaje de datos:** es toda información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, siendo esta enumeración meramente enunciativa y no limitativa.

(30) **Art. 5º. Ley 4017/10. Empleo de mensajes de datos en la formación de los contratos.** La oferta, aceptación, así como cualquier negociación, declaración o acuerdo realizado por las partes en todo contrato, podrá ser expresada por medio de un mensaje de datos, no pudiendo negarse validez a un contrato por la sola razón de que en su formación se ha utilizado este sistema, siempre y cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez previstos en el Código Civil. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica, no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

Art. 7º. Ley 4017/10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria, siempre y cuando el mismo tenga una firma digital válida de acuerdo con la presente Ley. Los actos y contratos suscritos por medio de firma digital, otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten por escrito, a los efectos de que surtan consecuencias jurídicas.

contrato en cuestión a las disposiciones relativas del Código Civil o de las leyes de protección a los consumidores (31).

En referencia a las **exclusiones**, cabe señalar que si bien la ley menciona exclusiones extrañas a los **contratos** –como los legados y testamentos y los actos jurídicos vinculados al derecho de familia como el matrimonio, la adopción, el reconocimiento, etc.– hace también mención a ciertos **contratos**, excluyendo a aquellos que requieren de *escritura pública*, encontrándose comprendidos los contratos citados en el Art. 700 del Código Civil y en algunas leyes especiales. También se encuentran excluidos los contratos en los que las partes hayan decidido –de común acuerdo– la forma digital, entrando en el ámbito de la *autonomía de la voluntad* (32).

5. Carácter tuitivo de las normas de la ley de comercio electrónico

No pasa desapercibido que las normas de la ley de *comercio electrónico* tengan un marcado perfil *tuitivo* en beneficio del consumidor. Así, esta ley establece una serie de previsiones en beneficio exclusivo de quien compra un bien o paga por un servicio a través de los formatos electrónicos, considerándolo como la *parte débil* de la transacción.

(31) **Art. 24. Ley 4868/13. Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica.** Los contratos celebrados por vía electrónica producirán los efectos previstos por el ordenamiento jurídico para los contratos escritos y se registrarán por lo dispuesto en este Título, por el Código Civil y las normas especiales vigentes en materia de protección de los consumidores.

(32) **Art. 21. Ley 4610/12. Exclusiones.** Las disposiciones de esta Ley no son aplicables a: **a)** las disposiciones de última voluntad; **b)** los actos jurídicos del derecho de familia; y, **c)** los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, como los que requieran de escritura pública y aquellos en los que así se haya determinado por acuerdo de partes.

Art. 26. Ley 4868/13. Materias excluidas. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos a: **a)** derecho de familia y sucesiones; y, **b)** los contratos que requieran la formalización por escritura pública o la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios o autoridades públicas; los que se registrarán por la legislación específica que rija la materia.

Ello en razón de que este tipo de comercio permite realizar transacciones *a distancia* lo que a su vez posibilita la contratación *masiva* en donde el consumidor se limita –en la inmensa mayoría de casos, sino en todos– solo a elegir el bien o servicio por el que va a pagar, pero no puede discutir las condiciones del negocio, debiendo circunscribirse a aceptar o no la oferta, manifestando su conformidad de manera electrónica y procediendo igualmente al pago de similar forma. Por ende, dada la mecánica del negocio electrónico a ser realizado, se habilita la posibilidad de que el consumidor sea defraudado en la transacción, y por ende la norma jurídica ampara la *fragilidad* de esta parte de la negociación, otorgándole un plexo de protecciones al consumidor frente al proveedor del bien o el prestador del servicio con quien contrató vía electrónica (33).

Al respecto de lo expuesto, cabe citar, aunque sea de paso, disposiciones tuitivas muy puntuales para el consumidor como el deber de informar sobre una serie de puntos del proveedor de bienes y servicios al consumidor (Arts. 7° y 10°), el derecho de reembolso al consumidor en caso de que el bien o servicio no sea recibido en el tiempo, calidad y cantidad (Art. 17), prohibición de uso de datos del consumidor para fines de promoción (Art. 22), derecho de los consumidores a oponerse a la utilización de sus datos con fines promocionales, a retractarse de la transacción,

(33) “Al respecto, ha de señalarse que nuestro país es uno de los pocos de la región que cuenta con una ley específica de comercio electrónico. En los demás países, se encuentra regulado en la misma ley de Mensajes de Datos como ocurre en Colombia, o en la ley de Defensa al Consumidor, en vista de que en puridad la Ley de Comercio Electrónico se enfoca a la protección del usuario o consumidor en el ámbito virtual, por lo que podríamos decir que se trata de una ley de defensa al consumidor en un contexto electrónico; si bien la ley no aclara expresamente el ámbito de su protección, puede colegirse de su interpretación sistemática y teleológica que el destinatario de su protección es el usuario o consumidor final, fundado en la calidad de más débil de este sector respecto a los proveedores de bienes y servicios”. ROLÓN ALVARENGA, Rodys. El comercio electrónico y su regulación, publicado en internet.

dentro de cinco días hábiles a partir de la recepción del producto o servicio de parte mediante notificación electrónica de su voluntad (Art. 30), entre otras (34).

Esta situación debe ser estudiada también teniendo en miras la **ley de defensa al consumidor** que prevé una serie de protecciones al consumidor, que son enteramente compatibles con las que se disponen en la **ley de comercio electrónico**, haciendo ésta no solo una, sino tres remisiones a la ley de defensa al consumidor, como norma de carácter supletoria (35).

6. Los números del comercio electrónico

Según algunas publicaciones especializadas, el *e-commerce* mueve en la región un total de US\$ 50.000 millones. Atendiendo al volumen de

(34) “La **Ley 4868/2013** De comercio electrónico de nuestro país, recoge las recomendaciones de la Comunidad Europea en cuanto a los aspectos a ser regulados, transcribiendo literalmente en muchos artículos, el texto de la norma española sobre la materia. Entre sus regulaciones se destacan derechos muy importantes conferidos a los usuarios o consumidores, como a la retractación, a rectificar su comunicación electrónica en caso de error, a obtener información veraz y precisa de los bienes ofertados en las tiendas virtuales, a la confidencialidad respecto a sus datos confiados, y otros derechos amparados por la normativa, que evidencian su espíritu proteccionista hacia la parte más débil en la relación jurídica”. ROLÓN ALVARENGA, Rodys. El comercio electrónico y su regulación, publicado en internet.

(35) **Art. 24. Ley 4868/13. Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica.** Los contratos celebrados por vía electrónica producirán los efectos previstos por el ordenamiento jurídico para los contratos escritos y se regirán por lo dispuesto en este Título, por el Código Civil y las normas especiales vigentes en materia de protección de los consumidores.

Art. 37. Ley 4868/13. Infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor. La Ley de Defensa del Consumidor se aplicará en forma supletoria de la presente ley, por lo que las infracciones a la misma por parte de un Proveedor de Bienes y Servicios, serán sancionadas por la misma Autoridad de Aplicación, conforme dicha ley y sin perjuicio de las sanciones aplicables en virtud de la presente Ley.

Art. 42. Ley 4868/13. Aplicación Supletoria. En todo lo que no se encuentre específicamente contemplado en la presente Ley se aplicará en forma supletoria la normativa sobre Defensa del Consumidor y el Código Civil Paraguayo.

los mercados, unos 30.000 millones de dólares en transacciones digitales, corresponde solo a uno de los gigantes latinoamericanos: Brasil.

Nuestro país, con una economía muchísimo más pequeña, desarrollaría –según estas mismas publicaciones– negocios por un valor de US\$. 1.300 millones, equivalente al 2,6% del total concertado en la región. Sin embargo, la ventaja de nuestro país –al igual que otros países como Perú y Colombia– radica las tasas de crecimiento en este tipo de negocios, que se ubican a una tasa de 50% anual, tendencia que, según los expertos se mantendrá en los próximos tres años.

La modalidad del *e-commerce*, practicada cada vez con más asiduidad en el mundo, se erige hoy como un relevante factor de desarrollo de la economía. Obviamente, el avance de este tipo de negocios es más notable en los países desarrollados que en los países que no lo son, haciéndose notar fácilmente una cada vez mayor porción de la *torta económica* para los contratos electrónicos.

En el Instituto Latinoamericano del Comercio Electrónico se ha afirmado que, debido a la penetración de internet que se observa hoy en nuestro país, se ha incrementado sensiblemente la posibilidad de que cualquier persona pueda realizar procesos de compra mediante un dispositivo móvil o un medio electrónico, lo que modifica el perfil clásico del consumidor *on line*, ya que se convertirá en potencial consumidor todo aquel que posea un *smartphone* (36).

A nivel local, debe decirse que el *comercio electrónico* es uno de los ejes del llamado Plan Director de las TICs que fuera elaborado con ayuda

(36) “Si se cuenta con un buen sitio adaptado para mobile, que la gente puede navegarlo, y si se cuenta con una buena página web, con una buena tienda online en el cual la gente pueda no solamente comprar, sino también ver o consultar productos y si, además, tiene presencia offline, es decir cuenta con una sucursal, entonces la persona termina tomando la decisión de compra de ese producto o servicio. Y eso es lo más importante que hoy tenemos que entender cuando estamos aquí en Paraguay y vemos cuál es el impacto que tiene internet y las nuevas tecnologías en el consumo”. Declaraciones de Marcos Pueyrredón, Vicepresidente para América Latina de VTEX y actual presidente del Instituto Latinoamericano del Comercio Electrónico.

de la Agencia Koica del gobierno de la República de Corea del Sur en el año 2011, habiéndose alcanzado a la fecha ciertas metas de las muchas que se han trazado, como la entrada en vigencia de la normativa jurídica relacionada a los mensajes de datos, a la firma electrónica y a la firma digital y la misma Ley 4868/13, de Comercio electrónico.

Por otra parte, atendiendo a los estudios estadísticas hechos por Bancard, procesadora nacional de tarjetas de crédito, las transacciones electrónicas por internet en el año 2014 específicamente en el negocio de las compras de bienes hechas exclusivamente en *comercios extranjeros*, han subido un 17% en relación a las mismas operaciones del año anterior, alcanzando un volumen de más de 91 millones de dólares, registrándose más de 1.200.000 operaciones en ese año 2014, contra poco más de 1.105.000 operaciones hechas en el año 2013.

En cuando al año 2015, según datos recogidos y expuestos siempre por la procesadora Bancard, las compras vía web tanto a nivel local como internacionales superaron el monto de US\$ 91 millones, lo que significó un aumento de un tercio en comparación con la facturación del año 2014 y un 65% más que el 2013, observándose un crecimiento constante y sostenido en la cantidad de transacciones vía comercio electrónico. Señala también ese informe que fueron los meses de noviembre y diciembre de ese año 2015 los que registraron mayor movimiento de compras, totalizando la facturación la suma de US\$ 27,3 millones entre adquisiciones nacionales e internacionales, hecho que es entendible atendiendo a la aceleración de la economía que se observa normalmente en la última parte del año.

Según la misma procesadora Bancard, durante el año 2014 y en referencia exclusiva al *comercio electrónico nacional* también se ha observado un sensible aumento en comparación al año anterior, incrementándose el comercio electrónico en un 8,7%, ya que los habitantes de este país han realizado compras por más de 4.2 millones de dólares americanos en un total de 69.000 transacciones comerciales en 113 locales paraguayos correspondiendo el 91% de esas compras hechas por ciudadanos paraguayos, y el resto por extranjeros, destacándose mayormente las compras hechas en supermercado y líneas aéreas, compras por catálogo, entradas para eventos y aparatos electrónicos.

En ocasión de realizarse en el año 2015 el evento denominado *e-Commerce Day Asunción* el pedido de los distintos disertantes apuntaba a que el comercio electrónico en nuestro país sea impulsado por los beneficios que traería aparejado el mismo, ya que con el mismo se busca ofrecer comodidad y calidad a los consumidores amén de luchar contra la economía informal y la evasión fiscal.

Siempre siguiendo el informe de la procesadora de tarjetas de créditos Bancard, en el primer semestre del año 2015 las compras vía electrónica de ciudadanos paraguayos, en el exterior, alcanzaron más de 42 millones de dólares, en más de 600.000 transacciones, lo que implicaba un incremento del más del 20% en relación al mismo periodo de tiempo del año 2014.

De todo lo expuesto, queda en claro que el *comercio electrónico* llegó para quedarse. Tenemos hoy día la evidencia de un creciente número de transacciones comerciales, que se incrementa año a año en forma ostensible, lo que es puesto de manifiesto en los números de cada estudio al respecto. Estos negocios electrónicos se dan en base a las normas jurídicas claras que hemos sabido los paraguayos sancionar y poner en vigencia. Sin embargo, no debemos perder de vista que, además de las normas jurídicas idóneas, debemos tener un soporte digital y electrónico adecuado para que los negocios *vía internet* sigan siendo una realidad creciente. De este tren, el país no debe bajarse, pues el mismo nos lleva al futuro, al que ya se están dirigiendo los demás países.



Configuración de la autonomía de la voluntad en la Ley N° 5.393, del 14 de enero de 2015, sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales

Rolando Díaz Delgado *

Introducción

Autonomía conflictual y autonomía material

Antes de introducirnos de lleno al estudio de la configuración de la autonomía de la voluntad en la nuestra nueva *Ley N° 5.393, del 14 de enero de 2015, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, resulta oportuno recordar la distinción entre autonomía conflictual y autonomía material.

Esta distinción es importante para el desarrollo del presente trabajo, en la medida en que nos permitirá abordar cada uno de los aspectos más destacables de la configuración de la autonomía de la voluntad consagrada en la nueva Ley.

La autonomía conflictual, propia del Derecho internacional privado, es como señalan Diego P. Fernández Arroyo y Cecilia Fresnedo de

* Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Asunción y Director de la Dirección de Defensa de la Competencia.

Aguirre (1), [...] *la facultad que el legislador (nacional o internacional) pueden otorgar o no a las partes, de elegir el derecho aplicable al contrato internacional, a través del método conflictualista, indirecto o de elección.* En este marco, la autonomía conflictual es el *derecho subjetivo* (2) en virtud del cual las partes pueden elegir el derecho que ha de regir sus relaciones en el marco del contrato.

Esta eventual libertad se desenvuelve, atendiendo a Guzmán Zapater (3), dentro del margen de libertad otorgado por un concreto ordenamiento jurídico. En consecuencia, es ese concreto ordenamiento el que determina la posibilidad o no de ejercicio de esta libertad de elección y, en su caso, bajo qué condiciones: si la elección de ley puede realizarse sólo al tiempo de la celebración del contrato al cual se refiere, o si, por el contrario, es admisible una elección anterior o posterior a él; si la elección debe ser expresa, o si es admisible una elección tácita; si la elección debe recaer necesariamente en un único ordenamiento jurídico, o si es admisible la designación de dos o más ordenamientos jurídicos; si la ley escogida ha de guardar algún grado de relación con el contrato, o si, por el contrario, es admisible una elección que recaiga en un ordenamiento desvinculado del contrato; si la elección debe recaer necesariamente en un ordenamiento estatal, o si es admisible la elección de un ordenamiento no estatal, como la *lex mercatoria*, por ejemplo; y, finalmente, si la elección debe respetar el orden público internacional de algún Estado o las normas de policía o de aplicación necesaria de algún derecho en particular.

(1) Fernández Arroyo, D. P. y Fresnedo de Aguirre, C.: "Capítulo 24. Obligaciones contractuales: aspectos generales", *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Editorial Zavalía, Argentina, 2003, pág. 974.

(2) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1.980", Calvo Caravaca, A. L. y Fernández de la Gándara, L. (Directores) y Blanco – Morales Limones, P. (Coordinadora): *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid (España), 1997, pág. 70.

(3) Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones contractuales", *Derecho internacional privado* (Directora: Pérez Vera, E.), volumen II, UNED, Madrid (España), agosto de 1996, pág. 273.

La autonomía conflictual no debe ser confundida con la llamada autonomía materia o negocial, que consiste en [...] el margen de acción atribuido a las partes para la fijación de pactos concretos o cláusulas del contrato, dentro de un ordenamiento nacional previamente determinado (4) (en ejercicio de la autonomía conflictual o en razón de las conexiones establecidas en la norma de conflicto). En este sentido Boggiano (5) señala que resulta obvio que las partes pueden configurar el contenido normativo del contrato en el ámbito del derecho designado aplicable. La autonomía material es la facultad de que disponen las partes contratantes para establecer pactos o cláusulas del contrato que regulan aspectos concretos de la dinámica contractual (6).

La distinción entre autonomía conflictual y autonomía material no es puramente teórica, ni responde a un afán meramente dogmático. Esta distinción es útil a varios fines. En primer lugar, porque permite establecer los límites dentro de los cuales se desarrollan ambas *libertades*. Así, destaca Guzmán Zapater que los límites de la autonomía conflictual se encuentran en el foro, mientras que los de la autonomía material deben buscarse dentro del concreto ámbito del ordenamiento jurídico designado, más concretamente en lo establecido en sus disposiciones imperativas (7). La autonomía conflictual funciona siempre dentro de los márgenes de un determinado ordenamiento jurídico, a partir de una autorización del legislador nacional o internacional, que nunca es irrestricta, aunque en la doctrina no faltan adeptos a la idea del contrato sin ley (8); mientras que la autonomía material se desenvuelve en el ámbito del concreto

(4) Pérez Beviá, J. A.: "Las obligaciones contractuales", *Derecho internacional privado* (Aguilar Benítez de Lugo, M. y otros), Tecnos, Madrid (España), 1.996, pág. 267.

(5) Boggiano, A.: *Derecho internacional privado* (3ª Edición), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.991, Tomo II, pág. 260.

(6) Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 70.

(7) Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 273.

(8) Fernández Arroyo, Diego P. y Fresneda de Aguirre, Cecilia: "Capítulo 24...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 976.

ordenamiento designado en ejercicio de la autonomía conflictual o de otro punto de conexión.

En segundo lugar, esta distinción permite la separación de la cláusula de elección (elaborada en ejercicio de la autonomía conflictual) del resto de las cláusulas que integran el contrato, lo que permite dotarlo de independencia y, en consecuencia, afirmar su *carácter autónomo*. Así, Virgós Soriano (9) afirma que el acuerdo de elección de ley aplicable al contrato tiene naturaleza de *negocio jurídico autónomo y separable* del contrato al que hace referencia, con independencia de que pueda o no estar formalmente integrado a él como una más de sus cláusulas.

Dotar a la cláusula de elección de este carácter trae consecuencias de gran importancia, pues de no ser así, la nulidad del contrato principal se extendería a la cláusula de elección, lo que generaría, de acuerdo con Guzmán Zapater (10), un *círculo vicioso*, pues resultando nulo el contrato y con él la cláusula de elección, *¿conforme a qué ordenamiento jurídico se resolverá finalmente la cuestión?* Es este carácter el que permite que la invalidez del contrato sea valorada de conformidad con el ordenamiento jurídico designado a través del acuerdo de elección, *pues este acuerdo no será necesariamente afectado por dicha invalidez* (11). Este carácter autónomo del acuerdo de elección permite, por otra parte, su conclusión antes, durante o incluso después de la conclusión del contrato (12).

Esta es la solución adoptada por la Ley, que en su Artículo 9º, bajo el título de separabilidad de cláusula de elección de derecho, consagra que la elección del derecho no puede ser impugnada únicamente, invocando que el contrato al que se aplica no es válido.

(9) Virgós Soriano, M.: "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1.980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (Dirigido por: García de Enterría, E., González Campos, J. D. y Muñoz Machado, S.), Civetas, Madrid (España), 1.986, Tomo III, págs. 776-777.

(10) Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 276.

(11) Pérez Beviá, J. A.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 269.

(12) Pérez Beviá, J. A.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 269.

En tercer lugar, permite distinguir *la cláusula de elección del Derecho aplicable de las cláusulas de incorporación por referencia* (13). En virtud de las primeras se designa el ordenamiento jurídico rector del contrato, mientras que mediante las segundas se procede a la reglamentación material del contrato. Estas cláusulas, como señala Virgós Soriano, *cumplen una "función integrativa" del contenido del contrato supliendo lo no expresamente previsto por las partes* (14). Este tipo de cláusulas comprenden, por ejemplo, todas las referencias hechas a convenios, aunque no estén en vigencia entre los Estados vinculados al contrato, pero que, a partir de esta referencia, pasan a incorporarse al contenido del contrato. De igual forma, las referencias hechas a condiciones generales elaboradas por asociaciones profesionales u organizaciones internacionales. Debe admitirse igualmente lo que se ha denominado como *congelación del derecho*, es decir, la posibilidad de que las partes puedan incorporar al contrato preceptos que hayan sido derogados o normas vigentes que pueden ser modificadas con el tiempo (15), siempre y cuando se respeten los límites fijados por el ordenamiento rector del contrato (16).

En cuarto lugar, esta distinción permite igualmente [...] dar un cauce interpretativo a aquellos supuestos en que las partes realizan varias referencias a distintos Derechos nacionales en el contrato (17) [...], de tal forma que sólo una de las referencias valdrá, en principio, como auténtica elección del Derecho aplicable. Esta distinción resulta útil, incluso, para los casos en que, a la luz de la Ley elegida, el contrato resulta nulo. En tal supuesto, en virtud del principio de interpretar los actos jurídicos en el sentido que mejor responda a la intención de las partes y favorezca la va-

(13) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 71.

(14) Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 769.

(15) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 71.

(16) Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 274.

(17) Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 770.

lides del contrato, se podría calificar la designación como una simple incorporación por referencia, es decir, con el único fin de suplir lo que no se hubiera previsto expresamente por las partes (18).

Finalmente, la autonomía conflictual opera exclusivamente con relación a contratos internacionales, que en principio son aquellos que se vinculan a más de un ordenamiento jurídico, pero cuya calificación varía de un ordenamiento a otro; mientras que la autonomía material opera tanto en el ámbito de los contratos nacionales (19) como en el de los internacionales, claro está, una vez que se haya determinado el derecho aplicable a estos.

La autonomía de la voluntad como punto de conexión para la determinación de la *lex contractus*.

La Ley N° 5.393, del 14 de enero de 2015, sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales es, sin lugar a dudas, una buena noticia para el derecho de los contratos internacionales, en la medida en que viene a despejar, con carácter general (20), por lo menos en el marco de las fuentes internas (21), toda duda respecto de la vigencia de la autonomía de la voluntad en materia de derecho aplicable (22).

(18) Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 770.

(19) En nuestro ordenamiento jurídico, véase el Artículo 715 del Código Civil.

(20) Ley N° 1.879/02 de Arbitraje y Mediación, en virtud de su artículo 32, introdujo al ordenamiento jurídico paraguayo la autonomía de la voluntad en materia de elección del derecho aplicable, aunque limitada para los contratos con cláusula de arbitraje.

(21) Lo que no puede sostenerse respecto de las fuentes convencionales, teniendo en cuenta que siguen vigentes los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.

(22) Por el alcance del presente trabajo, en esta sede no nos ocuparemos de analizar la situación anterior a la vigencia de la nueva Ley. Nos limitaremos, sencillamente a señalar que de las disposiciones contenidas en el Código Civil resultaba –por lo menos– dudosa su vigencia. Un análisis de las referidas disposiciones puede encontrarse en: Díaz Delgado, Rolando: "El derecho aplicable al fondo

Si bien ha habido puntos de vista contrapuestos a la hora de analizar la vigencia de la autonomía conflictual en el sistema jurídico nacional, parece que respecto de la conveniencia de su vigencia la cuestión no se presentaba controvertida. En la doctrina nacional y extranjera, el debate sobre la admisión del principio de autonomía de la voluntad hoy parece tener más adeptos que detractores.

Pero, a pesar del consenso generalizado en favor de la admisión de la autonomía conflictual, dicho consenso se quiebra y las posiciones se distancian cuando se pretende delimitar sus contornos, su alcance, su contenido y sus límites. Los cuestionamientos giran básicamente sobre si la elección de ley puede realizarse sólo al tiempo de la celebración del contrato al cual se refiere, o si, por el contrario, es admisible una elección anterior o posterior a él; si la elección debe ser expresa, o si es admisible una elección tácita; si la elección debe recaer necesariamente en un único ordenamiento jurídico, o si es admisible la designación de dos o más ordenamientos jurídicos; si la ley escogida ha de guardar algún grado de relación con el contrato, o si, por el contrario, es admisible una elección que recaiga en un ordenamiento desvinculado del contrato; si la elección debe recaer necesariamente en un ordenamiento estatal, o si es admisible la elección de un conjunto de normas de origen no estatal, como la *lex mercatoria*, por ejemplo; y, finalmente, si la elección debe respetar el orden público internacional de algún Estado o las normas de policía o de aplicación necesaria de algún ordenamiento particular.

El Artículo 4.1. de la Ley dispone que un contrato se rige por el derecho elegido por las partes.

del contrato con cláusula de arbitraje”, *Arbitraje y Mediación* (Coordinación: Moreno Rodríguez, José Antonio), Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay e Intercontinental Editora, Asunción (Paraguay), 2003, 233-237.

El referido artículo consagra como primer punto de conexión para la determinación de la *lex contractus* la autonomía de la voluntad conflictual (23). Y en otras disposiciones de la Ley se perfila el alcance y los límites dentro de los cuales las partes pueden ejercer su este *derecho subjetivo*.

Nos abocaremos a continuación al análisis de dicho marco.

Elección de un derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato (24) y elección de más de un derecho para un mismo contrato (25).

En la doctrina internacional privatista se ha debatido arduamente si el legislador, a la hora de configurar el alcance de la facultad concedida a las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, debería limitar dicha facultad a la posibilidad de elegir un único derecho aplicable o si, por el contrario, con un criterio más amplio, se les debería permitir seleccionar varias leyes para regular diversos aspectos de un único contrato. Si se admitiera que las partes en ejercicio de su autonomía pueden elegir un único Derecho que regirá la totalidad del contrato, se está admitiendo una limitación a dicha facultad de elección. Lo corriente será, seguramente, que la elección recaiga en una única ley, pero en algunos casos puede resultar conveniente a los intereses de los contratantes asignar leyes diversas a las distintas partes del contrato, y esto puede deberse fundamentalmente a las virtudes que presentan ciertas legislaciones en esos determinados aspectos.

Y esta es, probablemente, la razón por la que dicha restricción ha ido cediendo en favor de una concepción más abierta que permite a las partes proceder al fraccionamiento de su contrato. Se sostiene, a este respecto, que la admisión del *depeçage* se halla directamente relacionada con

(23) El segundo punto de conexión, subsidiario al primero, está consagrado en el Artículo 11.1., según el cual, si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos.

(24) Artículo 4º.2.a).

(25) Artículo 4º.2.b).

el principio de autonomía de la voluntad y responde a su lógica misma (26).

La doctrina, la jurisprudencia e incluso las legislaciones más emblemáticas en la materia (27), se han manifestado a favor de la desaparición de la prohibición del fraccionamiento como limitación a la autonomía de la voluntad, siempre dentro de ciertos límites. De un lado, todo límite impuesto a la autonomía conflictual es de aplicación al *depeçage*, en tanto este es manifestación de aquella (28).

De otro lado, y de modo más específico, resulta de toda lógica admitir que el fraccionamiento del contrato encuentre su límite intrínseco en la coherencia del contrato, de tal modo que únicamente se pueda asignar leyes diversas a cuestiones jurídicas realmente separables.

Nuestra nueva Ley, siguiendo en este punto las posiciones más modernas, reconoce el *depeçage* en el Artículo 4.2., pudiendo las partes, de un lado, elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato (a) y, de otro, elegir distintos derechos para diferentes partes del contrato (b).

(26) Pérez Beviá, J. A.: "Las obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 268; Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 773; Casas Baamonde, M. E.: "Conflicto de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Relaciones Laborales*, 1.993 – II, pág. 72; Iglesias Buigues, J. L.: "Proyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Revista de Instituciones Europeas*, volumen 7, número 3, 1.980, pág. 1.005.

(27) En esta línea, el Convenio de Roma de 1.980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, en su Artículo 3.1. después de afirmar que el contrato se rige por la ley elegida por las partes señala que [...] *para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato*. Igualmente, la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, México, 1994, en su Artículo 7 dispone que la [...] *elección podrá referirse a la totalidad o a una parte del mismo*.

(28) Carrascosa González, J.: *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid (España), 1.992, pág. 89.

La designación de la ley debe necesariamente recaer en una *parte* del contrato, entendida como aquella sección que, en el contexto de la operación de que se trate presenta una cierta autonomía jurídica y económica (29). Ante todo, se deber partir de una concepción unitaria del contrato, admitiendo únicamente el despedazamiento de aquellos elementos (partes que lo integran) que puedan ser regidos por ordenamientos distintos sin que con ello se llegue a obtener resultados contradictorios o inconciliables (30).

Aquí aparece otro inconveniente: el determinar cuáles son los elementos integrantes del contrato susceptibles de fraccionamiento y, en consecuencia, de ser regidos por leyes diversas. Cuando esta facultad sea ejercida en el marco de operaciones económicamente únicas, pero jurídicamente complejas, el concepto de *parte* puede resultar más fácilmente identificable, en razón de que cada *parte* es, en sí misma, un contrato (31).

Mayor dificultad presenta la determinación de las *partes* de un contrato, cuando ellas no alcanzan por sí mismas la categoría de contrato. Como señala Martínez Sanchíz (32), este supuesto requiere un cuidadoso análisis de las diferentes cláusulas para determinar si son o no separables. Llegados a este punto, debemos reafirmar que la determinación de lo que

(29) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 80.

(30) Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 773; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 81.

(31) Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 277, cita a modo de ejemplo un contrato de compraventa ligado a otro de distribución, o un contrato de compraventa acompañado de un contrato de seguro y otro de transporte de mercaderías.

(32) Martínez Sanchíz, J. A.: "Unificación del Derecho internacional privado europeo: el Convenio de Bruselas y de Roma", *Estudios de Derecho europeo privado* (Coordinador: Díaz Fraile, Juan María), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid (España), 1.994, págs. 137-138.

debe entenderse por *parte separable* estará dada, en todo caso, por el resultado final de dicho fraccionamiento, es decir, por la coherencia interna del contrato.

Por ello, en presencia de una controversia derivada de una relación contractual con múltiple selección de derechos, el tribunal deberá analizarlas cuidadosamente, a fin de valorar adecuadamente cada una de las remisiones.

En este sentido, deberá tener en cuenta que, como señala Virgós Soriano (33), en ciertos casos se pueden observar *remisiones parciales*, en tanto se refieren a cuestiones concretas, lo que no impide que el contrato esté a su vez regido globalmente por otra ley, sea por elección de las partes o por designación de la norma subsidiaria de conflicto. Así, cuando se realice una elección global y junto a ella otra remisión a una ley distinta para que esta última rijan determinado aspecto del contrato, la lógica podría llevar a ver en dicha remisión una simple incorporación material.

A la inversa, la designación de una determinada ley para regir un aspecto del contrato, siempre que este se constituya en un elemento de importancia estructural, puede llevar a la consideración de que se ha querido someter globalmente el contrato a ese ordenamiento. La interpretación de la voluntad de las partes en presencia de un contrato con múltiple selección de derechos dependerá siempre, en última instancia, del análisis en particular del caso concreto; interpretación que en todo caso deberá buscar desentrañar la verdadera intención de los contratantes, manteniendo a su vez la coherencia interna de la relación contractual.

A modo de conclusión, podemos afirmar que la elección podrá recaer en una sola ley, pero podrá, igualmente, recaer en varias leyes que rijan diversos aspectos del mismo contrato. De otro lado, la elección podrá recaer en una ley que rijan de forma general el contrato, acompañada de una o varias designaciones parciales encaminadas a regir a su vez una o varias partes (separables) del contrato. Y, finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso a) del Artículo 4.2., se podrá obviar una elección

(33) Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 773.

general, designando, en su caso, solamente alguna ley para que rija determinado aspecto de la relación, en cuyo caso el contrato se regirá en todos sus demás aspectos por lo establecido en la norma subsidiaria de conflicto, contenida en el Artículo 11 de la Ley: [...] *por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos.*

Tiempo o momento de la elección (34).

El tiempo en que deba o pueda celebrarse el acuerdo de elección puede constituir un límite a la autonomía de la voluntad, cuando se establezca que ella sólo puede realizarse en el momento de la celebración del contrato al que se refiere y no se admita su posterior modificación (35). En consecuencia, si las partes realizaran una elección en el momento de la celebración del contrato, indefectiblemente, la ley elegida regirá el contrato desde su nacimiento hasta su extinción. En tal caso, no cabría la posibilidad de una posterior modificación. Por otra parte, si las partes no realizaran la elección, la *lex contractus* será la determinada por la norma subsidiaria de conflicto, es decir que, no habiéndose ejercido la facultad de elección al tiempo de celebrar el contrato, las partes ya no podrían realizarla con posterioridad, pues la norma de conflicto correspondiente impondría el Derecho que ha de regir la relación.

La doctrina se ha mostrado mayoritariamente contraria a esta limitación y, por el contrario, considera altamente positivo conceder a las partes la posibilidad de realizar la elección con posterioridad a la conclusión del contrato o, en su caso, la modificación de una elección realizada con anterioridad. Se ha considerado que la posibilidad de elección con posterioridad a la celebración del contrato o incluso la ulterior modificación constituye una necesaria prolongación del principio de autonomía de la voluntad (36).

(34) Artículo 4°.3

(35) Feldestein de Cárdenas, S.: *Contratos internacionales*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires (Argentina), 1.995, pág. 86.

(36) Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 774; "Obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 153; Esplugues Mota, C.: "Régimen jurídico

Al respecto, según acertadamente apunta Pérez Beviá (37), no es excepcional que los contratantes, después de celebrado el contrato, deseen realizar la elección con el fin de colmar la laguna que su contrato presenta sobre algún punto, o incluso modificar una elección hecha con anterioridad.

En cuanto a las ventajas que conlleva su aceptación, se ha destacado, entre otras, la posibilidad de validar un contrato inválido de conformidad con la anterior ley (38). Sirve, además, para eliminar la incertidumbre que puede plantearse respecto a la determinación de la ley aplicable, en los casos en que, no habiendo elección, dicha determinación no resulte fácil de realizar, o incluso en aquellos supuestos en que un cambio de circunstancias o dificultades surgidas durante la vida del contrato aconsejen su modificación (39).

Por otra parte, parece lógico que, una vez admitida la posibilidad de elección en cualquier momento (anterior, al tiempo o posterior a la celebración del contrato), se admita igualmente que la nueva ley rija retroactivamente el contrato (40), de modo que lo regule desde el momento de su celebración, con lo que se garantiza, además, un estatuto jurídico único y se otorga certeza al mismo (41).

Si bien es cierto que la doctrina admite que la autonomía de la voluntad no es ni puede ser ejercida con carácter absoluto y que, por el contrario, debe reconocerse dentro de ciertos límites, parece que limitar la posibilidad de su ejercicio al momento de la celebración del contrato no

de la contratación en el Derecho del comercio internacional”, *Contratación Internacional. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación* (Coordinador: Espluques Mota, C.), Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1.994, pág. 50.

(37) Pérez Beviá, J. A.: “Las obligaciones...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 268.

(38) Martínez Sanchíz, J. A.: “Unificación...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 137.

(39) Virgós Soriano, M.: “El Convenio...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 774; “Obligaciones...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 153.

(40) Casas Baamonde, M. E.: “Conflicto de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Relaciones Laborales*, 1.993 – II, pág. 73; Virgós Soriano, M.: “El Convenio...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 774; “Obligaciones...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 153.

(41) Virgós Soriano, M.: “El Convenio...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 774.

es lo más aconsejable. Reconocer a las partes en un contrato internacional la posibilidad de elección de la ley que gobierne dicha relación, con independencia del momento en que dicha elección (o en su caso modificación) se realice, parece presentar más ventajas que inconvenientes.

Acogiendo favorablemente estos argumentos, la nueva Ley estable en el Artículo 4.3. que *la elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento* [...]

En esto también la nueva Ley reconoce un amplio margen de actuación de la autonomía de la voluntad, limitándola únicamente en cuanto a que la [...] *elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.*

Elección de un derecho vinculado al contrato (42).

Esta limitación supone que el ordenamiento elegido para regir el contrato deba presentar alguna relación con alguno de sus elementos. Concediendo a las partes la facultad de elección, esa facultad sólo podría ser ejercida designando alguno de los ordenamientos interesados en regirla, en razón de presentar el contrato alguna vinculación con ellos. Como señala Feldestein de Cárdenas (43), esta formulación implicaría que, si bien las partes gozan de la facultad de selección, esta facultad no podrá ser ejercida en favor de una ley que no posea algún contacto, vinculación o conexión real y objetiva con el contrato. Siguiendo este planteamiento, si el contrato de que se trata presenta puntos de contacto con diversos Estados, resultaría lícito elegir el ordenamiento de cualquiera de esos Estados; y, por el contrario, no se admitiría la designación de un ordenamiento que no presente, de forma objetiva, alguna vinculación con el contrato (44). Este tipo de soluciones pretendería evitar el posible *fraude a la ley* (45).

(42) Artículo 4º.4

(43) Feldestein de Cárdenas, S.: *Contratos...*, *op. cit.*, pág. 86.

(44) Feldestein de Cárdenas, S.: *Contratos...*, *op. cit.*, pág. 87.

(45) Esplugues Mota, C.: "Régimen...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 64.

La Ley N° 5.393/2015 que, como venimos viendo, ha dado cobijo al llamado *efecto expansión* (46) de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual se trata de brindar a las partes las más amplias facultades de elección en lo que a la ley aplicable al contrato se refiere, permite, en virtud de su Artículo 4.4., que las partes puedan elegir cualquier derecho, con total independencia de los vínculos que dicho ordenamiento pudiera tener con el contrato.

En consecuencia, los contratantes están facultados a designar cualquier derecho, el que estimen más conveniente a sus intereses, aunque se trate de un derecho *alejado* de la operación contractual.

No es necesario, pues que el ordenamiento designado, en virtud de la autonomía de las partes, presente alguna conexión con el negocio o las partes, ni que estas deban justificar el porqué de su opción. Basta que la elección sea el resultado de la convergencia de la libre voluntad de las partes.

La adopción de esta solución parte de la idea de que toda ley, por el hecho mismo de su designación, es la expresión de un interés legítimo de las partes, y por ello no puede ser calificada, en principio, de fraudulenta o caprichosa (47).

Lo que se pretende, en definitiva, es facilitar la actividad de los operadores (48), y tiene la ventaja de permitir a las partes elegir una ley especialmente desarrollada o adaptada al sector en el que se contrata, una ley que ofrezca ciertas ventajas para la dinámica del contrato, o que resulte neutral a las partes (49).

(46) Expresión acuñada por Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "El Convenio ...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 80.

(47) Iglesias Buigues, J. L.: "Proyecto...", *loc. cit.*, pág. 1.006.

(48) Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 278.

(49) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "El Convenio ...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 82; Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones...", *loc. cit.*, pág. 278; Pérez Beviá, J. A.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 267.

Elección expresa o tácita (50).

Admitida la posibilidad de que las partes que intervienen en el contrato puedan asignarse la ley que regirá esa relación, se plantea la cuestión de establecer si esa elección debe o no realizarse en forma expresa. Cuando el legislador impone a los contratantes la obligación de que su elección solo pueda realizarse de manera expresa, podríamos afirmar que con ello se estaría limitando la autonomía de que gozan.

Puede ocurrir, por ejemplo, que las partes, al celebrar el contrato, lo hayan hecho al amparo de un sistema jurídico determinado y, en consecuencia, hayan ajustado sus cláusulas y su conducta a dicho sistema, pero por razones que pueden ir desde el simple olvido hasta la creencia cierta de que su voluntad resultaba clara e indudable, no hayan realizado la declaración expresa.

Es por esto que, desde hace ya bastante tiempo la doctrina y la legislación se vienen mostrando contrarias a imponer esta limitación a las partes y, por el contrario, se manifiestan a favor de admitir la posibilidad de que la voluntad cierta, aunque no manifestada expresamente, pueda ser deducida por el operador jurídico de las circunstancias concretas del caso y, en consecuencia, proceder a aplicar la ley designada por aquella voluntad.

En este caso, el criterio interpretativo a seguir debería ser el de la búsqueda de la voluntad, que aunque implícita, no declarada, sea sin embargo *real*, en el sentido de que las partes han querido sujetar su relación a un ordenamiento determinado. De tal forma que, si las partes actuaron teniendo en vista un determinado ordenamiento, organizando su relación conforme a sus disposiciones, debe ser este derecho el que rija dicha relación. Otra cosa sería contradecir las expectativas racionalmente fundadas de los contratantes.

Nuestra Ley, en su Artículo 6, se alinea a las corrientes más aperturistas y favorables a una amplia libertad de elección, admitiendo que *la*

(50) Artículo 6°.

elección del derecho, o cualquier modificación de la elección de derecho, debe efectuarse de manera expresa o desprenderse claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias [...].

Para conocer de la existencia de la elección expresa no encontramos mayores inconvenientes, ya que la misma en la generalidad de los casos se manifestará mediante una cláusula inserta en el contrato o en un pacto anterior o posterior a aquel. La doctrina, sin embargo, no descarta el supuesto de que la elección no se realice de forma escrita, sino que se ponga de manifiesto de manera *oral*; como podría ocurrir en los contratos concluidos por teléfono, video-conferencia, etc., supuesto en el que, pese a ser *expresa*, dicha elección tropieza con problemas de índole probatorio, que en definitiva pueden llevar a frustrar su operatividad (51).

Mayor dificultad presenta la tarea de desentrañar la voluntad de las partes en una elección tácita de derecho aplicable al contrato. A este respecto, recordemos que la Ley establece que la elección tácita debe [...] *desprenderse claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias [...].*

En este marco, el operador puede valerse no solo de los términos de las cláusulas del contrato, que pueden aportar *pistas* más o menos precisas que conduzcan a una constatación *clara* y, por tanto, indubitable de que las partes han efectuado la elección y que dicha elección recayó ciertamente en un determinado ordenamiento.

Pero, en el proceso que lleva a desentrañar la elección tácita, el operador no está limitado al estudio del texto del contrato. Dicho análisis puede y debe considerar además todas las *circunstancias* que rodean al contrato, todos los elementos objetivos y subjetivos que componen la operación; siempre que se trate de datos susceptibles de reflejar la voluntad de las partes en orden a la elección de una ley. Estos datos deben, eso sí, poner de manifiesto una *auténtica* voluntad de las partes de someter el contrato a una determinada ley.

(51) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "El Convenio ...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 75.

En la doctrina se han señalado algunos *elementos idóneos* (52) que se podrían tomar en consideración a la hora de desentrañar una elección implícita. Así, pueden servir a este fin, la sumisión a un determinado tribunal estatal o arbitral, la utilización de figuras contractuales propias o típicas de un determinado ordenamiento, la sumisión a una determinada ley de los contratos anteriores celebrados entre las mismas partes, el idioma del contrato, las referencias realizadas en el contrato a ciertos preceptos legales propios de un ordenamiento, el objeto del contrato cuando éste es característico de un ordenamiento estatal concreto, el comportamiento de las partes con arreglo a una ley determinada, la utilización de un *contrato-tipo* propio de un ordenamiento, entre otros.

Otros elementos, por el contrario, no resultarían *idóneos* o aptos para fundar en ellos una elección de ley. Así, el lugar de celebración del contrato, la nacionalidad de los contratantes, el domicilio o la residencia habitual de las partes, el lugar de ejecución, etc. En efecto, tales elementos difícilmente sean los indicadores de una elección de derecho, en la medida en que responden a otras motivaciones (53), razones prácticas, comodidad de realización, economía de la operación, etc.

Por otra parte, ni los elementos o factores *idóneos* considerados aisladamente pueden – sin dejar lugar a dudas – llevar a la conclusión de que las partes han hecho una elección tácita del derecho aplicable a su contrato. En este sentido, lo que el mismo Artículo 6º de la Ley prescribe respecto de la cláusula de competencia judicial o arbitral, en el sentido de que *un acuerdo [...] para otorgar competencia a un tribunal nacional o arbitral [...] no es equivalente de por sí a una elección de derecho aplicable*, es aplicable igualmente a otros elementos o factores *idóneos*.

Por tanto, será necesario un análisis de conjunto para dilucidar si las partes realizaron o no una elección implícita. En este proceso, el operador debe cuidarse mucho de que el análisis le conduzca, sin lugar a dudas, a la conclusión de que las partes efectivamente han realizado una

(52) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: “El Convenio ...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 75.

(53) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: “El Convenio ...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 76.

elección tácita de ley. La elección implícita debe ser cierta y no presunta o hipotética. No se trata de determinar la ley que las partes hubieran elegido si se hubieran planteado la cuestión, sino de desentrañar una voluntad clara de las partes. Tampoco se trata de que el operador jurídico sustituya la voluntad de las partes por su propia voluntad, supliendo la ausencia de una cláusula de elección expresa, por una supuesta elección implícita, que en realidad es producto de su elección y no de las partes. Por esto mismo, el operador jurídico debe fundamentar la certeza de la elección implícita de la *lex contractus*; y, si no le fuera posible hacerlo, el contrato debe regirse por la ley que resulte aplicable de conformidad con la norma subsidiaria de conflicto, contenida en el Artículo 11 de la Ley. En ningún caso, con base en la disposición que autoriza una elección implícita, el tribunal puede declarar aplicable al contrato un ordenamiento que a él le resulte más próximo o cómodo y que no sea el producto de una elección clara e indubitada de las partes.

Límites a la autonomía de la voluntad

Hasta aquí nos hemos referido a la amplia libertad que el legislador nacional ha concedido a las partes, en un contrato internacional, para elegir el derecho aplicable.

Amplitud que permite, realizar una elección expresa, pero también una elección tácita; elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; elegir distintos derechos para partes diversas del mismo contrato; elegir el derecho en cualquier momento o modificar una elección previamente realizada; elegir un derecho absolutamente desvinculado del contrato e incluso elegir normas de origen no estatal (54).

(54) El Artículo 5° de la Ley dispone: En esta Ley, la referencia a derecho incluye normas de origen no estatal, generalmente aceptadas como un conjunto de normas neutrales y equilibradas

La disposición parece admitir lo que en la doctrina se conoce como *contrato sin ley*. Es decir, un contrato sin un anclaje en el ordenamiento jurídico de algún Estado. Fundadas únicamente en normas más o menos desarrolladas pero que no pertenecen formalmente al sistema jurídico de ningún Estado. La cuestión, que merece un análisis más profundo, por la naturaleza misma del presente trabajo no será abordada en esta sede.

Esta configuración podría llevarnos a suponer, por lo menos con una mirada muy superficial, que la autonomía de la voluntad quedó consagrada como un principio casi absoluto. Esto, sin embargo, no es así. La propia Ley establece unos límites muy claros. Límites de los cuales nos ocuparemos a continuación.

Internacionalidad del Contrato

La primera limitación viene dada por el propio ámbito de aplicación de la Ley. Y, respecto del ámbito de aplicación de la Ley, el primer aspecto a considerar es el referido a la *internacionalidad objetiva* del contrato.

Desde la misma denominación de la Ley [...] *sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, se desprende ya la delimitación más importante de su ámbito aplicación y, por tanto, también del campo de acción de la autonomía conflictual.

Más adelante, el Artículo 1º establece que la [...] Ley regula la elección de derecho aplicable en los **contratos internacionales** [...].

Por tanto, las disposiciones contenidas en la Ley, incluidas las que regulan la libertad de elección del derecho aplicable, son aplicables únicamente a los contratos internacionales. Esto, por definición, constituye ya una clara limitación, en la medida en que las partes contratantes en un contrato puramente interno no podrán pretender –mediante la aplicación de la Ley– la designación de un derecho distinto al nacional como *lex contractus*.

Esto es así, además, por la misma naturaleza de la norma contenida en el Artículo 4º: la autonomía conflictual sólo tiene virtualidad en presencia de contratos internacionales. Cuando nos encontramos en presencia de un contrato puramente interno, la aplicación del derecho sustantivo nacional se impone. No obstante, no es del todo descabellado suponer que, aún en presencia de un contrato puramente interno, las partes –invocando la aplicación del Artículo 4º de la Ley– pretendan designar un tercer ordenamiento como *lex contractus*.

Aquí es donde la distinción entre autonomía conflictual y autonomía material cobra relevancia. Decíamos más arriba que la autonomía conflictual no es admisible en materia de contratos puramente internos,

por la sencilla razón de que en estos contratos no existe duda de qué derecho sustantivo es el aplicable: ha de ser el nacional, aquel derecho a cuyo amparo fue concebido el contrato.

Pero, como decíamos antes, puede ocurrir que en un contrato puramente interno las partes incorporen una cláusula de elección de derecho aplicable, como si de un contrato internacional se tratase. En este supuesto, cabe preguntarse cómo debe interpretarse dicha cláusula. Con base en lo señalado más arriba, cuando distinguíamos entre autonomía conflictual y autonomía material, no vemos impedimento en que dicha cláusula sea –en principio– admitida, pero no como *elección* de derecho. La cláusula podrá admitirse, pero sólo en la medida en que el derecho sustantivo paraguayo la admita, o más concretamente, en la medida en que las disposiciones imperativas del derecho nacional la admitan.

Cabe recordar aquí la distinción que más arriba hacíamos entre *cláusula de elección de derecho aplicable* y *cláusula de incorporación por referencia*. La primera, referida a la autonomía conflictual, es aquella en cuya virtud se designa el ordenamiento jurídico rector del contrato, y su operatividad está reservada a los contratos internacionales, con base en la misma Ley. La segunda, referida a la autonomía material, es aquella mediante la cual se procede a la reglamentación material del contrato, con base en las disposiciones contenidas en los Artículos 669 y 715 del Código Civil. Si en un contrato interno se hace referencia a un ordenamiento distinto del paraguayo, esta referencia debe interpretarse como regulación material del contenido del contrato, y no como *elección* del derecho rector del mismo. El derecho extranjero así designado pasa a formar parte del contenido contractual, en la medida en que las normas dispositivas del derecho nacional admitan su desplazamiento.

Ahora bien, para poder aplicar estos criterios, previamente debemos saber cuándo estamos en presencia de un contrato interno y cuando en presencia de un contrato internacional.

En una primera aproximación podemos afirmar que un contrato es interno cuando *todos* sus elementos están localizados en un solo Estado. Y, en sentido contrario, nos encontraremos en presencia de un contrato internacional, cuando alguno de sus elementos esté localizado o vinculado a otro Estado.

Esta distinción es, sin embargo, bastante flexible, en la medida en que cualquier elemento, objetivo o subjetivo, del contrato o de sus circunstancias, localizado bajo la órbita de un ordenamiento extranjero convertiría al contrato en internacional. Así, por ejemplo, un contrato en el que participen dos partes domiciliadas en Paraguay, referido a un objeto también localizado en el país, dónde una de las partes tuviera nacionalidad extranjera, podría llegar a considerarse internacional. En la misma línea, un contrato, en el que las partes, de nacionalidades paraguayas y domiciliadas en Paraguay, referido a un objeto también localizado en el país, pero con cláusulas de prórroga de jurisdicción o de elección de derecho, por virtud de estas cláusulas podría llegar a considerarse internacional.

El Artículo 2° de la Ley nos ayuda a configurar más adecuadamente este concepto.

Artículo 2°.- Internacionalidad del contrato

La aplicación de esta Ley a los contratos internacionales será interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedarán excluidos aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado.

Por una parte, el artículo afirma su vocación de aplicación a la mayor cantidad de contratos internacionales, disponiendo una *interpretación amplia* del concepto. Sin embargo, este mandato excluye claramente a *aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado*. La clave la encontramos en la referencia a *todos los elementos relevantes*.

Si la referencia hubiera sido únicamente a *todos los elementos*, podría surgirnos la duda, y no faltaría quien quisiera interpretar la norma en el sentido de que cualquier elemento, incluso uno de escasa envergadura, entidad o relevancia, como la nacionalidad de una de las partes, el lugar de celebración del contrato, una cláusula de prórroga de jurisdicción o de elección de derecho, pudiera por sí mismo *internacionalizar* el contrato. La norma contenida en el Artículo 2° requiere no solo la existencia del elemento extranjero, sino que ese elemento revista una cierta entidad o relevancia objetiva.

La cuestión, finalmente, nos lleva a concluir que, en todo caso, corresponderá al operador jurídico la calificación de la internacionalidad o no del contrato, previo análisis de su texto y contexto (circunstancias que le rodean). El Juez deberá, en cada caso concreto, analizar todos los elementos y valorarlos adecuadamente; y, si encontrara algún elemento extranjero, deberá analizar si el mismo reviste una importancia tal que convierta en internacional al contrato.

Así, por ejemplo, la nacionalidad de una de las partes por sí sola parece no ser un elemento relevante. Muy distinta podría ser la valoración del lugar de celebración que, dependiendo del caso concreto de que se trate, podría resultar relevante o meramente accidental. Finalmente, el hecho de que los domicilios de las partes estén localizados en Estados diferentes nos conducirá necesariamente a concluir que el contrato es internacional en razón de que esos domicilios constituyen elementos relevantes.

Ámbito material de aplicación de la Ley

Es verdad, como hemos visto, que el legislador ha optado por recoger los criterios más amplios de la autonomía conflictual y plasmarlos en la nueva Ley, dotando con ello de amplias facultades a las partes a la hora de elegir el derecho aplicable a su contrato internacional. Sin embargo, esa amplitud de facultades se desplegará únicamente en el marco de los contratos internacionales que sean alcanzados por el ámbito material de aplicación de la misma Ley.

Ámbito de aplicación que se configura por una doble vía. Primeramente, mediante una norma general: la Ley, y por tanto la autonomía conflictual, es aplicable solo a los contratos internacionales en los que [...] *cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión [...]*.

Y, en segundo término, mediante exclusiones expresas de tipos contractuales específicos: se excluyen de su ámbito de aplicación, y por tanto de la acción de la autonomía conflictual:

1. A los contratos de consumo;
2. A los contratos de trabajo;
3. A los contratos de franquicia;

4. A los contratos de representación;
5. A los contratos de agencia; y
6. A los contratos de distribución.

Tanto la regla general, como las exclusiones de tipos contractuales particulares, buscan acotar el campo de acción de la Ley a los contratos internacionales en los que el *poder negociador* de las partes no se encuentra en un plano de relativo equilibrio.

En la regla general el factor de equilibrio viene dado por el carácter profesional de las partes intervinientes en el contrato. La Ley presume que cuando las partes actúan en el marco de su actividad profesional existe entre ellas un cierto equilibrio mínimo de fuerzas que garantiza que la cláusula de elección del derecho aplicable, al igual que otras cláusulas, no sea impuesta por una parte a la otra.

Esta situación de relativo equilibrio, aunque se actúe en el marco de la actividad profesional, no siempre está garantizada: no se puede asumir, por ejemplo, que pueda haber un real equilibrio de fuerzas entre una gran corporación multinacional y un profesional independiente. Sin embargo, si es de suponer que incluso el profesional independiente de nuestro ejemplo está, o debería estar, si pretende actuar en el comercio internacional, en condiciones de conocer y evaluar las consecuencias de una elección de derecho aplicable al contrato que pretenda suscribir con la corporación multinacional.

Es importante destacar, sin embargo, que la norma no hace referencia a posibles situaciones de desequilibrio negocial como factores de exclusión del ámbito de aplicación de la Ley; por lo que, el único factor a considerar a la hora de analizar si la Ley es aplicable a un contrato internacional es el carácter en el que las partes actúan en él. Si lo hacen en el marco de su actividad profesional, la Ley y, por tanto, la autonomía conflictual será aplicables al contrato. Si, por lo menos una de las partes no actúa en tal carácter, la Ley no será aplicable y, en consecuencia, no regirá para ese contrato la autonomía conflictual.

La limitación del ámbito de aplicación de la Ley al carácter profesional de actuación de las partes, busca garantizar mínimamente que la

posición dominante de una de las partes no haga que se imponga cláusulas de elección de derecho aplicable a la otra parte más débil.

Sin embargo, como ya dijimos más arriba, el carácter profesional de la actuación no garantiza ese equilibrio. Y aunque resulta sumamente difícil garantizar el equilibrio, si se puede excluir directamente del ámbito de aplicación de la ley, y de la autonomía conflictual, ciertos tipos contractuales en los que el desequilibrio de fuerzas se presenta muy marcado. Este podría ser el caso de los contratos de franquicia, representación, agencia y distribución. En estos tipos contractuales no se puede negar el carácter profesional del franquiciado, del representante, del agente y del distribuidor. Sin embargo, tampoco se puede negar que son –en la generalidad de los casos– la parte *débil* de la relación contractual. Esta es la razón de su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley y de la autonomía de la voluntad.

Respecto del contrato de consumo, queda claro que el consumidor, cuando actúa en tal carácter no lo hace como profesional, por lo que, aunque este tipo contractual no hubiera sido excluido expresamente, por interpretación de la norma general deberíamos haber llegado a la misma conclusión: su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley.

Respecto de la exclusión del contrato de trabajo no cabe duda que la razón de su exclusión viene dada básicamente por los mismos argumentos de desequilibrio de fuerzas entre las partes contratantes. Desequilibrio de fuerzas que si se admite entre profesionales del comercio internacional con mayor razón debería reconocerse en materia laboral.

Estos tipos contractuales, por otra parte, suelen estar regulados mediante normas imperativas de carácter tuitivo, que buscan proteger a la parte más débil de la relación, lo que ha venido a justificar su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley y de la autonomía conflictual.

Finalmente, solo cabría preguntarnos si en lugar de la solución adoptada (exclusión del ámbito de aplicación de la Ley) no hubiera sido mejor, por ejemplo, adoptar soluciones como las adoptadas por la Convención de Roma respecto de los contratos de consumo y de trabajo, en la medida en que permiten la elección del derecho aplicable siempre que con dicha elección no se produzca el resultado de privar [...] *al consumidor de*

la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual (55) [...] y al trabajador [...] de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección (56) [...]

Normas imperativas

Ya hemos destacado que la autonomía de la voluntad es, hoy en día, un principio ampliamente reconocido y cuya importancia, en el campo concreto de la contratación internacional, ha sido sostenido con especial ímpetu. Por otra parte, también hemos apuntado que dicho principio no es absoluto y que, por el contrario, encuentra límites.

En el presente apartado haremos referencia concreta a las normas imperativas, de policía o de aplicación inmediata; pues ellas se constituyen en una clara restricción al principio de autonomía de la voluntad, en especial en aquellos contratos cuya importancia social o económica es considerable (57).

Estas normas son el producto del creciente intervencionismo estatal en la economía y en el comercio internacional (58). Como apunta Feldestein de Cárdenas (59), no es reciente el interés de retirar del campo de la autonomía de la voluntad las materias regidas por las denominadas nor-

(55) Artículo 5.1. del Convenio de Roma.

(56) Artículo 6.1. del Convenio de Roma.

(57) Pérez Beviá, J. A.: "Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1.980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, núm. 1, 1.982, pág. 101.

(58) Lapiedra Alcami, R.: "Crisis y renovación del régimen internacional de los contratos en materia de ley aplicable", *Revista General de Derecho*, núm. 627, 1.996, pág. 13.176 – 13.177; Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Curso de Derecho internacional privado* (2ª edición), Civitas, Madrid (España), 1.993, pág. 68; Boggiano, A.: *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 274-275.

(59) Feldestein de Cárdenas, S. L.: *Contratos...*, *op. cit.*, págs. 80-81.

mas imperativas, objetivo que ha ido consolidándose hasta llegar al estado actual en que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia se manifiestan mayoritariamente a favor de dicho objetivo (60).

Para comprender mejor su importancia, es preciso distinguir las nociones de normas imperativas. En primer lugar, están las normas imperativas de Derecho material interno, no derogables por contrato y que están encaminadas a restringir la autonomía material. Estas normas vienen determinadas por la *lex contractus* (61). En segundo lugar, están aquellas otras normas que, a más de no ser derogables por contrato, reclaman su aplicación independientemente de la *lex contractus*, es decir, son imperativas al margen del estatuto contractual, por lo que son doblemente imperativas; para el Derecho interno y e internacional privado (62).

Estas últimas se fundan en el Derecho público y en la intervención del Estado. Se presentan en todos los ordenamientos y representan objetivos básicos de política legislativa, que para su realización requieren su proyección sobre el tráfico internacional. Reflejan políticas esenciales del Estado, por lo que requieren una aplicación inmediata, no admiten desplazamiento. Reflejan valores de diversa índole, pero todos ellos de especial trascendencia.

Operan y son aplicables con independencia de cuál sea la ley rectora del contrato (o de cualquier otro tipo de relación), por lo que se constituyen, en este sentido, en normas de aplicación directa y unilateral, pues

(60) Admiten a texto expreso la limitación de las normas imperativas, entre otros, los Artículos 3.3, 5, 6 y 7 del Convenio de Roma de 1980; el Artículo 11 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de México de 1994; el Artículo 34 de la Ley alemana de derecho internacional privado de 1986; los Artículos 41, 42 y 44 de la Ley Federal austriaca de derecho internacional privado de 1987; y el Artículo 10° de la Ley venezolana de derecho internacional privado.

(61) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones contractuales" (Capítulo III), en González Campos, J. D. y otros: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6ª edición, Eurolex, Madrid (España), 1995, pág. 178.

(62) Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 812; "Obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 178; Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 294.

regulan situaciones vinculadas únicamente con el ordenamiento del que forman parte. De tal forma que, siempre que resulten aplicables, condicionan, desplazan o complementan la acción de las normas de conflicto (63). La *lex contractus* se fija mediante la acción de una norma de conflicto, mientras que las normas imperativas se proyectan directamente sobre el contrato internacional, sin intervención previa de ninguna norma de conflicto (64).

En este sentido, la ley que rige la relación contractual tiene vocación de regular de forma global todos los aspectos concernientes al régimen jurídico de las obligaciones. Sin embargo, dos tipos de cuestiones escapan al ámbito de la misma. Por un lado, aquellas que quedan sujetas a una norma específica (65) y, por otro, aquellas que caen bajo el ámbito de acción de las normas internacionalmente imperativas (66).

De tal forma que, en principio, el contrato se rige por la ley elegida por las partes o, en su caso, por la que determine la norma subsidiaria de conflicto. La ley designada en estas condiciones, mediante la acción de las normas de conflicto, rige desde el nacimiento hasta la extinción del contrato. Bajo la competencia de la *lex contractus* caen, en principio, todos los

(63) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 178.

(64) Carrascosa González, J.: "Obligaciones Contractuales" (Capítulo IX), en *Derecho Internacional Privado Español (II). Parte Especial. Derecho Civil Internacional* (Marín López, A. y otros), Granada (España), 1.994, pág. 312

(65) Como, por ejemplo, las modalidades de ejecución de las obligaciones, la capacidad de los contratantes o la forma del contrato.

(66) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "El Convenio de Roma...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 114; Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 312; Ortiz Arce, A.: "El Anteproyecto de Convenio de la CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Análisis del nuevo texto de marzo de 1.978", *Revista de Instituciones Europeas*, Volumen 6, Número 1, 1.979, pág. 88.

aspectos del fondo del contrato (67), desde las primeras fases de su gestión y celebración hasta su extinción, y por supuesto el régimen de derechos y obligaciones de los contratantes (68).

Sin perjuicio de ello, algunos aspectos concretos del mismo, tales como los pagos internacionales, las transferencias de tecnología, la protección de la parte débil o los efectos sobre el Derecho de la competencia, entre otros, son disciplinados por normas internacionalmente imperativas, pertenecientes a ordenamientos diversos a aquel que gobierna el contrato. Es esta la razón por la que se ha afirmado que el régimen jurídico del contrato internacional se obtiene mediante la combinación de la *lex contractus*, que regula el régimen básico de derechos y obligaciones de las partes, con las *normas internacionalmente imperativas* pertenecientes a otros sistemas jurídicos que puedan resultar aplicables a determinados aspectos de la relación (69).

De ahí la importancia de este tipo de normas, cuya sistematización, por otra parte, no es tarea fácil, en razón de que el mismo fenómeno de intervención presenta gran variedad de objetivos y expresiones técnicas, que varían de un Estado a otro (70).

Las más fácilmente identificables son las llamadas *normas de dirección*, mediante las cuales el Estado cumple su papel como controlador de los procesos sociales y de mercado. A través de ellas se manifiestan los *principios ordenadores* de la vida económica y social de un determinado país, configuran y ordenan su modelo socio-económico. Son normas que reconocen, desarrollan y protegen bienes generales o de interés público, es decir, bienes que se encuentran fuera del ámbito contractual y de los

(67) Véase a este respecto el ámbito de aplicación de la *lex contractus* establecido en el Artículo 13 de la Ley.

(68) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 188; Guzmán Zapater, M.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, págs. 295 – 296; Pérez Beviá, J. A.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 281.

(69) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 115; Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 312.

(70) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 178.

contratantes. Su objeto no se ubica en las relaciones internas del contrato, sino en las externalidades que producen, es decir, surten sus efectos sobre el bien jurídico protegido (71). Estos bienes jurídicos son, entre otros, el modelo de mercado, la balanza de pagos, la economía nacional, la seguridad nacional, el patrimonio histórico-cultural, la política exterior y el mercado de trabajo.

Son normas de obligado cumplimiento que operan de forma unilateral, no son fungibles o intercambiables con las normas de otro país en la regulación del supuesto. El método unilateral es insustituible, pues sus normas expresan la intención de protección de ciertos intereses y desarrollan las políticas legislativas de cada Estado (72).

Junto a este tipo de normas, aparecen otras que desarrollan una función de protección contractual. Son aquellas que tienen por objeto directo la regulación interna de la relación contractual, el equilibrio de derechos y obligaciones, tutelando a una de las partes en razón de la situación típica de desequilibrio en que se encuentra en las relaciones de mercado. Son las llamadas *normas de protección*, y a dicha categoría pertenecen las normas de protección contractual de trabajadores y consumidores. En este tipo de normas, el método unilateral ya no es insustituible, ni tampoco se plantea inconveniente, en principio, en que las partes elijan el derecho aplicable que mejor convenga a sus intereses. Esta es, por ejemplo, la dinámica del Convenio de Roma sobre Obligaciones Contractuales, donde se somete a estos sectores a normas bilaterales de conflicto (73).

La aplicación de las *leyes de policía* que no forman parte del ordenamiento jurídico que rige la vida contractual, puede plantearse a su vez en términos de aplicar las disposiciones imperativas de la *lex fori*, o incluso de terceros ordenamientos que tengan un interés legítimo de aplicación.

(71) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 179.

(72) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 179.

(73) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 179.

Aplicación de normas internacionalmente imperativas de la *lex fori*

La aplicación por jueces estatales de las disposiciones imperativas de la *lex fori* es un hecho que no presenta problemas esenciales, en el sentido de que su consagración por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia no es reciente (74).

En esta línea, el Artículo 17.1 de nuestra nueva Ley, consagra expresamente dicha posibilidad.

Artículo 17.- Leyes de policía y orden público

7. La elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero.

Admitida la posibilidad de que las normas imperativas del foro puedan ser aplicables al contrato, con independencia de la *lex contractus*, es importante definir bajo qué condiciones debe darse cabida a tal aplicación.

Del texto del Artículo 17.1 se desprende, en primer lugar, que para que las normas imperativas del derecho paraguayo sean aplicables se requiere que las mismas [...] *según este derecho, deben prevalecer aún en presencia de la elección de un derecho extranjero.*

Esto supone que la norma internacionalmente imperativa debe manifestar una *vocación de aplicabilidad* (75) al supuesto; es decir, que el contrato internacional debe estar comprendido en el ámbito de aplicación *material* y *espacial* de la misma norma imperativa.

(74) Feldestein de Cárdenas, S. L.: *Contratos...*, *op. cit.*, págs. 79 – 82; Pérez Beviá, J. A.: “Disposiciones...”, *loc. cit.*, pág. 102

(75) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: “Capítulo I. El Convenio de Roma...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 116.

Corresponderá al operador jurídico constatar esa vocación y actuar en consecuencia, aplicando la norma imperativa. Esta constatación, en algunos casos puede resultar del texto claro de las propias normas, cuando éstas fijan de modo expreso su ámbito de aplicación.

En otras ocasiones, sin embargo, puede que la norma no establezca de forma expresa su ámbito de aplicación. En estos supuestos, el operador deberá desarrollar un análisis de la *ratio* de la norma, los objetivos y finalidad de la misma y los criterios de política legislativa en los que se inspira. En estos casos, sobre los jueces y tribunales recaerá una *carga argumentativa* que justifique, sin dejar lugar a dudas, que la norma resulta aplicable al caso concreto.

Deberá, igualmente, acreditar que el supuesto presenta vínculos con el foro, evitando una aplicación indiscriminada de normas imperativas nacionales a situaciones cuya vinculación con nuestro ordenamiento pueden ser meramente accidentales.

Aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados estrechamente vinculados con el caso

Cuestión diferente es la planteada con las disposiciones internacionalmente imperativas pertenecientes a terceros ordenamientos. Aquí nos centraremos en el análisis de los efectos que las mismas pueden tener sobre la autonomía conflictual, es decir, hasta qué punto la ley elegida por las partes puede ser desplazada por una disposición imperativa perteneciente al ordenamiento jurídico de un tercer Estado, haciendo prevalecer en este sentido los intereses estatales sobre los intereses de las partes (76). Una postura clásica es contraria a la aplicación de las mismas (77), con independencia de la *lex contractus*; pero esta posición ha ido cediendo a favor de una postura más moderna que admite el juego de las mismas (78).

(76) Parra Rodríguez, Carmen: *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona (España), 2001, pág. 204.

(77) Pérez Beviá, J. A.: "Disposiciones...", *loc. cit.*, pág. 102.

(78) En esta línea, por ejemplo, el Convenio de Roma consagra de forma tácita la aplicación de las normas imperativas de la *lex contractus* y, junto a ellas,

No debemos olvidar que un contrato es internacional por presentar contactos, conexiones o vínculos que afectan a normas e intereses de varios países. El contrato se rige, en principio, por la *lex contractus*. Sin embargo, que el contrato se rija por una ley no hace que el contrato pierda esos vínculos con los otros Estados y sus derechos.

Y no solo no los pierde; sino que puede ocurrir que esos vínculos o conexiones pueden suponer que un país, y su derecho, distinto al de la *lex contractus* goce de un control efectivo sobre algún aspecto concreto de la relación contractual, situación que le posibilita imponer de hecho sus normas, o que algún aspecto de la relación se desarrolle en su ámbito afectando directamente a intereses importantes del país (79).

Teniendo en cuenta la influencia señalada, parece inevitable que los jueces deban tomar en consideración y, en su caso, aplicar las normas de policía del Estado (o de los Estados) con el cual el contrato presente vínculos estrechos. La aplicación de las normas imperativas de estos Estados, sin embargo, no está exenta de problemas, ya que afectan a puntos concretos del régimen jurídico del contrato, tales como pagos internacionales, transferencia de tecnología, protección de la parte débil, derecho de competencia, etcétera, por lo que el resto del contenido del contrato sigue sometido exclusivamente a la *lex contractus* (80).

Esta es la razón por la que la inobservancia de las mismas puede producir efectos diversos. En primer lugar, cuando la norma imperativa vulnerada afecta la validez civil del contrato (81), de tal forma que, si por ejemplo, ella declara el carácter inalienable del bien objeto del contrato, este será comprometido su validez por recaer sobre un objeto prohibido.

de forma expresa, admite la aplicación de dichas disposiciones cuando ellas formen parte de la *lex fori*, e incluso cuando pertenezcan a un tercer ordenamiento, siempre que el contrato presente algún "vínculo estrecho" con el mismo (artículo 7 del Convenio).

(79) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 183; "El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, págs. 815-816.

(80) Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 315.

(81) Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 315; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma ...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 118.

En segundo lugar, cuando la norma imperativa inobservada afecta exclusivamente a la eficacia plena del contrato (82), de tal forma que el contrato es válido siempre que así lo sea de conformidad con la *lex contractus*, pero no desplegará la totalidad de sus efectos hasta que no se cumpla con lo dispuesto por la norma imperativa. En este supuesto, la inobservancia de la norma imperativa determina que se aplique la sanción prevista específicamente en ella. Pero si dicha norma no contempla una sanción expresa, el operador deberá procurar la sanción más acorde con el fin que el legislador persigue a través de la norma imperativa violada.

Por otra parte, la aplicación de las normas imperativas puede justificarse en el principio de armonía internacional de soluciones, según el cual se pretende que la sentencia dictada en un Estado surta efecto no sólo en ese Estado, sino también en el extranjero, por lo que resulta conveniente aplicar las disposiciones imperativas de terceros Estados (83). De esta forma se conseguiría una solución uniforme y, por tanto, efectiva y respetuosa de todos los intereses y objetivos de política legislativa implicados que fueran atendibles (84). Este principio, sin embargo, no puede acogerse sin limitaciones, ya que la aplicación automática de normas imperativas provocaría un excesivo estrechamiento de la autonomía contractual, lo que finalmente repercutiría negativamente en el tráfico comercial internacional.

La cuestión no es sencilla, como apunta Virgós Soriano (85), pues el principio de armonía internacional de soluciones no puede olvidar que los objetivos de política de intervención de los Estados no sólo pueden ser distintos, sino que, en ocasiones, pueden llegar a ser marcadamente contradictorios. Por otra parte, aplicar, sin más, normas de terceros Estados

(82) Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 315; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 118.

(83) Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 316; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 120.

(84) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 183.

(85) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 183.

al contrato podría implicar una mera suma de dirigismos estatales de orientación diversa y, por lo tanto, un obstáculo al comercio internacional.

Estas son las razones por las que este autor recurre a otros argumentos para justificar la aplicación de las disposiciones imperativas de terceros Estados.

Primeramente, por razones de *necesidad*. Así, cuando un Estado extranjero dispone de un control efectivo sobre la situación concreta, que le permita imponer y aplicar su legislación sobre una de las partes; lo que ocurriría, por ejemplo, si el Estado donde debe realizarse una de las prestaciones prohíbe su ejecución a la parte residente en su territorio. Con independencia de cuál sea la ley aplicable al contrato, existe un hecho que no se puede ignorar: una de las partes no puede realizar su prestación, por influencia de una disposición ajena a la ley del contrato (86).

En segundo lugar, por *exigencias de cooperación internacional*. La intervención estatal en el campo socioeconómico constituye un fenómeno universal que requiere para su efectividad la cooperación internacional. De tal forma que la necesidad que siente todo Estado de que se respeten sus intereses y de alcanzar ciertos objetivos, hace necesario, a su vez, el respeto de los intereses y objetivos de política legislativa de los otros Estados (87).

La existencia de disposiciones internacionalmente imperativas en los diversos ordenamientos es un hecho innegable, por lo que su toma en consideración, tanto por jueces como por árbitros, parece inevitable. Sin embargo, la aplicación de las normas de aplicación necesaria no siempre es conveniente, por lo que, a fin de evitar la aplicación indiscriminada y cercenar con ello en extremo el ámbito de la *lex causae*, la doctrina ha ido sistematizando ciertos criterios que permiten su aplicación más adecuada.

(86) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 184.

(87) Virgós Soriano, M.: "Obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 184; Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 315; Calvo Carravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit. en op. cit.*, pág. 120.

En la doctrina y en la legislación se han establecido diversos criterios para la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados. Nuestra Ley N° 5.393/2015 ha consagrado esta posibilidad en el Artículo 17.2.

Artículo 17.- Leyes de policía y orden público

2. El juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación.

En primer lugar, la norma imperativa debe ser aplicable, con independencia de cuál sea la ley que regula el contrato (88). Ello significa que la norma imperativa de que se trate debe cubrir, en su ámbito espacial de aplicación, el contrato internacional intervenido. Igualmente, la norma imperativa extranjera debe cubrir, en su ámbito material de aplicación, el supuesto. Carece de importancia el rango *legal, reglamentario* o *jurisprudencial* de la disposición imperativa. Obviamente, la disposición debe presentar carácter *imperativo*, aspecto que deberá ser apreciado por el tribunal, lógicamente, con arreglo al sistema jurídico en el que se inserta, ya que el tribunal no puede calificar como norma imperativa una disposición, si el ordenamiento de origen no le confiere tal carácter. Recordemos que dicho carácter pone de manifiesto que se trata de normas que protegen intereses relevantes del Estado a cuyo ordenamiento pertenecen.

En segundo lugar, la situación debe presentar un *vínculo estrecho* con el país a cuya legislación pertenece la disposición imperativa (89). Existe

(88) Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 316; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "-Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 121; Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 819; "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 186.

(89) Carrascosa González, J.: "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, págs. 316 – 317; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 121; Guardans Cambo, I.: *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona (España), 1.992, pág. 151; Virgós Soriano, M.: "El Convenio...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 819; "Obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 187; Esplugues Mota, C.: "Régimen...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 89.

vínculo estrecho cuando el contrato internacional repercute de algún modo en el ordenamiento al que pertenece la norma imperativa, es decir, cuando implica un riesgo o puesta en peligro de los objetivos a que atiende dicha norma. A modo de ejemplo, Guardans Cambo (90) cita: un contrato que se relacione directamente con la introducción o salida de un Estado de una mercadería cuya importación o exportación haya sido prohibida, o esté sometida a una autorización gubernativa; el hecho de que se acuerde el pago de una obligación en la moneda de un tercer Estado, o si el mismo exige la intervención de su sistema bancario, también el lugar de celebración o ejecución pueden constituirse en vínculos estrechos. Destaca que, en aquellos contratos en los que exista una válida elección de ley, siempre existirá un vínculo estrecho con el Estado cuya ley hubiera sido aplicable si tal elección no se hubiera realizado.

En tercer lugar, en la aplicación de las normas imperativas el tribunal deberá tener en cuenta las *consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación* (91). De tal forma que, admitida, en abstracto, la posibilidad de dar efecto a ciertas disposiciones, es preciso que el tribunal analice cuáles serán los efectos que la misma puede producir sobre la situación concreta; es decir, tanto los efectos que su aplicación pueda producir sobre las partes, así como los que pueda producir sobre los intereses de los Estados en presencia (92).

En cuarto lugar, en la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados vinculados al contrato, dispone el Artículo 17.2., que el juez las [...] *puede tomar en consideración* [...]. No se establece una obligación de aplicación; es más bien una autorización para su toma en consideración. En este sentido, es una norma –en principio– facultativa. Sin embargo, en muchos casos el juez puede verse obligado a tomarlas en consideración, porque de no hacerlo, podría, por ejemplo, resultar que su sentencia no

(90) Guardans Cambo, I.: *Contrato...*, *op. cit.*, págs. 551 – 552.

(91) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: “Capítulo I. El Convenio de Roma...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, págs. 121 – 122; Carrascosa González, J.: “Obligaciones...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 317; Guardans Cambo, I.: *Contrato...*, *op. cit.*, págs. 557- 558; Pérez Beviá, J. A.: “Disposiciones...”, *loc. cit.*, pág. 118; Virgós Soriano, M.: “El Convenio...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, págs. 821-822.

(92) Virgós Soriano, M.: “El Convenio...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 821.

pudiera ser reconocida y ejecutada en el Estado al cual pertenecen las referidas normas imperativas.

En quinto lugar, en el caso de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados, no siempre será fácil *aplicarlas*. Hay que tener en cuenta que ellas son, en muchos casos, normas del derecho administrativo cuya autoridad de aplicación, lógicamente, pertenece al tercer Estado vinculado al contrato. El juez, en estos casos, no puede *aplicar* la norma, ya que carece de autoridad para hacerlo. Por esto mismo, el Artículo 17.2 establece la posibilidad de la *toma en consideración*. Esa *toma en consideración* supone, en términos del Artículo 7.1 de la Convención de Roma, darle efectos sobre el contrato.

Para concluir podemos afirmar que la *lex contractus* elegida por las partes (o en defecto de elección, designada por la norma subsidiaria de conflicto) rige el contrato, pero no de forma exclusiva. Algunas cuestiones concretas se hallan sometidas a las disposiciones imperativas de los ordenamientos vinculados al contrato y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por el tribunal a la hora de dictar la sentencia; hecho este que constituye un verdadero límite a la autonomía de la voluntad de las partes en un contrato internacional.

Orden Público

El orden público no es una limitación específica para los contratos internacionales, sino general a toda aplicación local de una ley extranjera. El orden público está dado por el conjunto de principios y valores fundamentales o esenciales que informan el derecho del foro. Las partes, en ejercicio de su autonomía conflictual, pueden elegir una ley, pero las disposiciones de esa ley no pueden contrariar de manera grave dichos principios o valores.

Según Boggiano (93), estos principios se constituyen en límite a la autonomía de la voluntad, en tanto que las partes deberán sujetarse inflexiblemente a ellos y no podrán excluirlos en ejercicio de dicha autonomía.

(93) Boggiano, A.: *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 259, 265 y 267.

De esta forma, el orden público internacional se constituye en una excepción a la aplicación del derecho extranjero.

En esta línea, el Artículo 17.3 también consagra esta excepción para el caso específico de los contratos internacionales.

Artículo 17.- Leyes de policía y orden público

3. El juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público.

Reconocida su vigencia, cabe recordar algunas cuestiones respecto del funcionamiento de esta excepción. En primer lugar, el orden público interviene cuando la aplicación de ciertas disposiciones de la *lex contractus* produce una vulneración de ciertos principios fundamentales, básicos, del derecho del foro, no los principios de otro ordenamiento. La contradicción debe darse entre la *aplicación*, no el contenido, de la disposición extranjera y los principios fundamentales del ordenamiento del foro (94).

En segundo lugar, como apuntan Calvo Caravaca y Carrascosa González (95), la excepción no opera *ipso iure* frente al derecho extranjero. Su intervención está condicionada al hecho de que la ley extranjera sea contraria a los principios fundamentales del foro en el caso concreto, no en abstracto. Por lo que dicha vulneración deberá apreciarse en cada caso concreto. Por tanto, la excepción de orden público interviene únicamente, como destaca Lagarde (96), cuando la aplicación de una disposición determinada lleva, en el caso concretamente considerado, a un resultado contrario a ese orden público del foro. Así, sigue diciendo, puede ocurrir que un ordenamiento extranjero que, en abstracto, pudiera considerarse

(94) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 129; Pérez Beviá, J. A.: "Las obligaciones...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 278.

(95) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 129.

(96) Lagarde, P.: "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales" (Giuliano, M. y Lagarde P.), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, número C 327, 11.Dic.1992, pág. 34.

incompatible con el orden público del foro, sea aplicado, sin embargo, si el resultado concreto de su aplicación no atentara por sí mismo contra dicho orden público.

En tercer lugar, la vulneración de los principios fundamentales de la *lex fori*, debe ser clara y manifiesta. Además, la determinación de estos principios debe hacerse de forma restrictiva, pues no todos los principios del ordenamiento del foro son *fundamentales* (97). En consecuencia, el orden público operará con carácter *excepcional* (98), por lo que su utilización debe ser limitada, es decir, sólo en los casos especialmente contrarios a los principios básicos del ordenamiento del foro.

Por último, consideramos que, como consecuencia del carácter excepcional al que hacemos referencia, los jueces y árbitros deberán motivar sus decisiones, de tal forma que deberán manifestar las razones por las que la aplicación de la ley extranjera vulnera de forma manifiesta el orden público internacional de la República.

Conclusión

A modo de conclusión podemos afirmar que nuestra novísima *Ley N° 5.393, del 14 de enero de 2.015, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, siempre que nos encontremos en presencia de un contrato objetivamente internacional (Artículos 1° y 2°), celebrado entre profesionales (Artículo 1°), que no se corresponda con ninguno de los tipos expresamente excluidos de su ámbito de aplicación (Artículo 1°), acoge con gran amplitud de márgenes la autonomía conflictual, en virtud de la cual, las partes, pueden elegir el derecho aplicable a su relación contractual: pudiendo elegir un derecho como aplicable a la totalidad o solo a una parte del contrato (Artículo 4°.2.a); elegir distintos derechos para diferentes partes de un único contrato (Artículo 4°.2.b); realizar la elección en cual-

(97) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 130.

(98) Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Capítulo I. El Convenio de Roma...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 130; Esplugues Mota, C.: "Régimen...", *loc. cit.* en *op. cit.*, pág. 70, en nota 70.

quier momento (Artículo 4°.3); modificar una elección realizada con anterioridad (Artículo 4°.3); elegir cualquier ordenamiento, incluso uno que carezca totalmente de vínculos con las partes o su transacción (Artículo 4°.4); elegir *normas de derecho de origen no estatal* (Artículo 5°); y realizar la elección de manera expresa o incluso tácita (Artículo 6°).

En este marco, y con las exclusiones establecidas en el Artículo 3°, la ley elegida por las partes regirá el contrato en todos sus aspectos, de conformidad con lo establecido en el Artículo 13°:

1. Su Interpretación;
2. Los derechos y obligaciones derivados del contrato;
3. La ejecución del contrato;
4. Las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios;
5. Los diferentes modos de extinción de las obligaciones;
6. La prescripción;
7. La caducidad;
8. La validez y las consecuencias de la nulidad del contrato;
9. La carga de la prueba;
10. Las presunciones legales; y
11. Las obligaciones precontractuales.

En definitiva, una vez que un contrato caiga en el ámbito de aplicación de la *Ley N° 5.393, del 14 de enero de 2.015, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, la autonomía conflictual de la que dispondrán las partes para elegir la *lex contractus* será muy amplia; y solo podría verse limitada en presencia de normas de aplicación necesaria del foro (Artículo 17.1) o de terceros Estados estrechamente vinculados con el contrato (Artículo 17.2), o porque alguna de sus normas resultaren contrarias al orden público del foro (Artículo 17.3).

Finalmente, el papel que pueda desempeñar la excepción de orden público, cabe recordarlo, será –en la generalidad de los casos– mínimo, en

la medida en que, a diferencia de lo que pudiera ocurrir en otros sectores del Derecho Internacional Privado, como el de familia, por ejemplo, los *valores y principios fundamentales* de un Estado rara vez se verán afectados por las actividades desarrolladas en el marco del comercio internacional. Lo que no puede decirse de las normas *internacionalmente imperativas*, en la medida en que éstas normas, por su propia naturaleza (son el producto del creciente intervencionismo de los Estados en la economía y en el comercio internacional, se fundan en el Derecho público y responden a políticas legislativas encaminadas a regular determinados aspectos especialmente relevantes de los diferentes Estados en el marco del comercio internacional) tienen una clara vocación de intervención y aplicación, con independencia de la autonomía conflictual de las partes.



Breve reseña del contrato de la factura crédito conformada y del contrato de factoring en la legislación paraguaya. Necesidad de sus regulaciones legislativas

Enrique Zacarías Michelagnoli *

Consideraciones preliminares

Deseamos poner a consideración la siguiente presentación relacionada a la necesidad de crear una adecuada regulación en la República del Paraguay del negocio de factoraje y las cuestiones principales que deben ser consideradas para la exitosa introducción, desarrollo y crecimiento de dicho negocio.

El factoring es una herramienta financiera con grandes perspectivas y potencial de crecimiento en todo el mercado latinoamericano. En los demás países de Latinoamérica, la industria del factoring ha tenido un crecimiento constante, evidenciando cada vez más su importancia dentro del desarrollo de una economía abierta a la globalización y a la inversión extranjera.

* Docente de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.

Para el Banco Mundial uno de los mecanismos para mejorar el acceso al financiamiento y promover el crecimiento y la inversión en las empresas es precisamente el factoring, pues estima que es una alternativa de financiamiento orientada primordialmente al apoyo de la micro, pequeña y mediana empresa.

A continuación, realizamos una breve explicación del negocio, sus beneficios y la problemática actual que impide su correcto desarrollo y expansión en nuestro país.

El Factoring en el Paraguay

Paraguay como plaza financiera, se vería beneficiado implementando un marco legal que promueva el financiamiento originado en una Factura Comercial, que tiene su origen en comprobantes denominados Factura (Comercial o Factura de Honorarios) y adquieran la calidad de Título Valor con su correspondiente ejecutividad. El Título Valor deberá contar con determinadas características que permitan su transferencia segura, sencilla y eficiente a través del endoso, cobro, protesto y ejecución, en caso de su incumplimiento en el pago.

1. ¿Qué es el Contrato de Factoring?

Mario A. Bonfanti (1) lo define con mucho acierto: *“Es el contrato por el cual un empresario conviene que una entidad financiera le habrá de adquirir todos los créditos provenientes de la explotación normal de su empresa hasta una suma determinada y por un tiempo convenido de manera expresa, asumiendo los riesgos de sus cobros reservándose el derecho de seleccionar dichos créditos, obligándose asimismo a prestarle la asistencia técnica necesaria para un mejor desarrollo del contrato. En contraprestación el empresario se obliga a abonar una comisión en forma proporcional a los capitales adelantados”*.

El factoring –o factoraje– es una alternativa de financiamiento que apunta principalmente a pequeñas y medianas empresas y consiste en un contrato mediante el cual una empresa traspassa el servicio de cobranza de los créditos derivados de las ventas a plazo comercial que efectúa la empresa vendedora y a cambio, obtiene de manera inmediata el dinero a

(1) Contratos Bancarios, ed. Abeledo-Perrot, B. Aires, 1993, pág. 294.

que esas operaciones se refiere, aunque con un descuento. Adicionalmente, el factor puede ofrecer a la empresa, asistencia técnica necesaria para un mejor desarrollo financiero y comercial.

La operativa se asienta entonces, en la cesión mercantil o transmisión de los créditos derivados de la venta a plazo comercial que efectúa la empresa vendedora, de forma que el deudor –cliente de dicha empresa– viene obligado a satisfacer directamente su importe al factor, pudiendo este último, además, asumir o no los riesgos de la cobranza.

El factoraje como tal, puede abarcar una serie de servicios, entre los cuales se resalta:

- La alternativa de traslado del riesgo crediticio –conocido como factoring sin recurso–, donde el riesgo de la operación lo asume la entidad financiera ante el incumplimiento del deudor cedido;

- La eliminación para la empresa cedente, del riesgo de cambio si el crédito cedido es en moneda extranjera;

- Tercerización de la gestión de cobro, al trasladar la misma al Factor;

- Mecanismo de cobro o financiación mediante el anticipo efectivo del crédito; y

- El asesoramiento financiero y comercial por el Factor –siendo esta una empresa especializada– a favor de la empresa (característicamente útil para las pequeñas y medianas empresas); y,

- **Es un instrumento clave en la formalización de la economía;** por la exigencia de la factura comercial y su copia negociable como instrumento valor para dar liquidez a la venta.

1.1. Beneficiarios

- Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES): aquellas empresas o negocios de todo tipo con cifras de venta a crédito superiores a su capacidad de crédito para sostener en su activo las deudas de clientes o para obtener crédito o descuento suficiente. Generalmente, son las principales beneficiarias de este negocio, siendo en muchos casos sujetos con acceso limitado al crédito y disponibilidad limitada de garantías.

– Grandes empresas: aquellas empresas de todo tipo que necesitan reducir o eliminar de su activo la cuenta de “clientes a cobrar” transformándola en tesorería y sin contrapartida en el pasivo.

1.2. Ventajas

El factoring resulta crítico en el crecimiento económico de un país, puesto que es un mecanismo invaluable de financiación en la actividad económica, sobre todo para las PYMES. El factoraje hace posible que las empresas puedan cobrar al contado sus ventas a plazo, desligándose de todo lo concerniente al proceso de cobranza y con la posibilidad adicional –y fundamental– de recibir un asesoramiento especializado y técnico sobre cuestiones relacionadas a ventas, marketing, manejo de clientes, asuntos contables, financieros, etc.

Con este sistema, las empresas encuentran una alternativa que les permite desligarse de todo el proceso administrativo que sin duda encarece sus costos y desvía valiosos recursos, con el fundamental beneficio agregado de acceder al dinero de forma inmediata, barata –en relación a los créditos bancarios–, permitiéndole así, dinamizar el negocio y acelerar su crecimiento.

Sin duda se trata de una institución de crédito y racionalización de la gestión administrativa, que aporta importantes beneficios para los usuarios, estableciendo dentro de los principales la consolidación de los estados contables la información comercial, y el asesoramiento integral, así como la racionalización de la empresa y el financiamiento de las ventas.

Las empresas, de esta manera tienen a disposición un instrumento que permite mejorar la rotación de su capital circulante, lo cual le ha de permitir un mayor volumen de ventas, sobre todo cuando el riesgo que significan los morosos e insolventes es asumido por la empresa de factoring que, además, según las modalidades, puede conceder anticipos de hasta el cien por ciento de la facturación.

Entre otras, las ventajas que ofrece el Factoraje son:

- Permite recibir anticipos de los créditos cedidos generando liquidez, permitiendo a su vez, negociar mejores precios y descuentos por pagos al contado con los proveedores (generando una cadena que dinamiza la economía);
- Reduce los costos de operación, al ceder las Cuentas por cobrar a una empresa que se dedica a la factorización;
- Permite la máxima movilización de la cartera de deudores y garantiza el cobro de todos ellos;
- Simplifica la contabilidad, ya que mediante el contrato de factoring el usuario pasa a tener un solo cliente, que paga al contado;
- Ahorro de tiempo, ahorro de gastos, y precisión de la obtención de informes;
- Para el personal directivo, ahorro de tiempo empleado en supervisar y dirigir la organización de una contabilidad de ventas;
- Posibilita inclusive, la eliminación del Departamento de Cobros de la empresa, como normalmente el factor acepta todos los riesgos de créditos debe cubrir los costos de cobranza;
- Crea certidumbre financiera, el efectivizar las cuentas por cobrar;
- Representa una fuente de financiamiento flexible y accesible que acompaña el crecimiento de las empresas (la empresa que crece y necesita más financiamiento, automáticamente genera más facturas);
- Terceriza el manejo de la cartera por cobrar, disminuyendo los conflictos entre las empresas y sus clientes/deudores, e inclusive en ciertos casos, mitigando la problemática existente entre ciertos proveedores y sus compradores en monopsonio u oligopsonio;
- Saneamiento de la cartera de clientes;
- Reduce el endeudamiento de la empresa contratante. No endeudamiento: Compra en firme y sin recurso;
- Puede ser utilizado como una fuente de financiación y obtención de recursos circulantes;

- Las facturas proporcionan garantía para un préstamo que de otro modo la empresa no sería capaz de obtener;
- Proporciona protección en procesos inflacionarios al contar con el dinero de manera anticipada, con los que no pierde poder adquisitivo; y,
- En caso del factoring internacional, se incrementan las exportaciones al ofrecer una forma de pago más competitiva.

1.3 Documentos

Si bien el contrato de factoring tiene por fin, la cesión y el cobro de todo tipo de créditos, los cuales pueden verse instrumentados en una gran variedad de instrumentos crediticios, al estar dirigido a las empresas, la factura conformada se ha sido el instrumento base por excelencia de este negocio.

1.3.1. ¿Qué es la factura conformada?

Si bien la *factura conformada* tiene varias denominaciones en el derecho comparado, y la problemática de esa variación tiene su causa en que la evolución dispar de este título de crédito aún no está consolidada. Lo que nosotros llamamos *factura conformada*, en la República Argentina es denominada *factura de crédito*, en la República Federativa del Brasil este mismo documento adopta el nombre de *duplicata* y en Colombia se lo denomina *factura cambiaria*.

Los antecedentes de la Factura Conformada en el Derecho Comparado, se encuentran en la *duplicata* brasileña, El *stabilito* y la *cambiale tratta* italianos, las *factures et bordereaux protestables* del derecho francés, el *extracto de factura* portugués, la *trade acceptance* de Estados Unidos, el *conforme obligatorio* uruguayo, la *factura cambiaria* colombiana, La *factura cambiaria* boliviana y la *factura de crédito* argentina. El común denominador de todas ellas fue casi siempre *la creación de un instrumento de crédito, proveniente de un preexistente contrato de compraventa, que vehiculizara a la obligación del comprador con destino a la circulación y al descuento bancario* (2).

(2) Carlos G. Gerscovich - Silvio V. Lisoprawski, "La factura crédito, Análisis contractual, cambiario y penal", p. 13, ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.

Para los tratadistas (3), la factura de crédito es un título circulatorio que, emitido por el vendedor de un contrato de compraventa de cosas muebles o el locador de servicios, y reuniendo toda la requisitoria legal al respecto, confiere derecho crediticio a su portador legitimado a percibir la suma de dinero a la que se obligaron el comprador o locatario, en su caso, adquiriendo, en los supuestos previstos por la normativa, carácter ejecutivo la exigibilidad de la prestación”.

Según la *Resolución N° 1, Acta N° 38 de fecha 1° de Julio de 2009* dictada por el Directorio del B.C.P. (siendo esta la única norma sobre la misma existente a la fecha en el Paraguay), por medio de la cual se reglamenta las operaciones de *factoring* para las entidades del sistema financiero, *la factura conformada “es un instrumento de contenido crediticio que representa bienes entregados y servicios prestados no pagados, debidamente suscripta por el deudor cedido en su conformidad en cuanto a la entrega de los bienes allí precisados, valor y a la fecha de pago de la factura. La factura conformada es emitida por el acreedor, y puede ser endosada a terceros...”*.

Las diferentes disposiciones que regulan la factura conformada o factura de crédito en el derecho comparado, tienen el denominador común que la regulación se ha realizado por medio de Códigos, decretos o leyes, y al mismo tiempo, en la legislación de casi todos los países mencionados precedentemente, son transmisibles por endoso, así como se la tipifica como “título valor”, es decir, “documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ella se menciona” (4).

1.3.1.1. Importancia que tiene el hecho de que sea un título de crédito, transmisible por endoso, como documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo que en él se menciona.

Es trascendente, púes, es que cuando se origine en un contrato de compraventa, la misma se convierte en abstracto al perfeccionarse como factura conformada, púes ahí existe una ruptura con su causa real y se convierte en una causa abstracta en los términos del Art. 1801 Código Civil, púes desde ahí la mención a la compraventa ya no puede discutirse,

(3) Pablo C. Barbieri, *Factura de Crédito*, p. 37, ed. Universidad, B. Aires, 1997.

(4) Carlos G. Gerscovich - Silvio V. Lisoprawski, *ob. cit.*, p. 13.

sólo es referencial, dado que al firmar la factura el comprador, esta se convierte en una promesa unilateral como reconocimiento de deuda (5). Es decir, la factura de crédito debe ser un título valor o título circulatorio, representativo de una relación crediticia, creado esencialmente para circular (6), basado en derecho autónomo y literal, y que nace con el acto de libramiento o emisión. Como tal, desde que se le incorpora la conformidad del comprador, se desvincula del negocio fundamental que le dio origen y se vuelve exclusivamente cartular o cambiario" (7).

Dado que el Derecho Cambiario es gobernado por una serie de caracteres o principios que se asignan a los títulos circulatorios y les confieren particularidades en cuanto a su creación y posterior régimen jurídico, permitiendo de esta manera, el correcto funcionamiento del factoraje al deslindar con seguridad jurídica, formalmente a la factura de la relación subyacente que la originó. Podemos afirmar sin miedo a equivocarnos, que el factoraje sencillamente, no puede darse exitosamente sin esta condición. Por tanto, la factura conformada necesariamente debe gozar de los

(5) En los términos del Artículo 1801 del Código Civil: "El reconocimiento de deuda exime a aquel a favor de quien se la otorgue de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume, salvo prueba en contrario. Para que la promesa se convierta en causa de la obligación debe consignársela por escrito".

(6) Pablo C. Barbieri, *Factura de Crédito*, p. 39, ed. Universidad, B. Aires, 1997.

(7) Carmelo Castiglioni, *ob. cit.*, p. 397.

atributos de los títulos de crédito o, siendo los caracteres esenciales y comunes a todos los títulos de crédito: necesidad (8), literalidad (9) y autonomía (10); además de los propios a títulos circulatorios: abstracción (11), formalidad (12) y completividad (13).

(8) *Necesidad*: es la característica esencial del documento, la cual hace imprescindible tener el título de crédito para contar y poder disponer del derecho cartular en él representado. “Se dice que el título es el documento necesario para ejercitar el derecho, porque, en tanto el título existe, el acreedor debe exhibirlo para ejercitar cualquier derecho, tanto principal como accesorio, de los que en él se contienen; este es el concepto jurídico –preciso y limitado– con el que debe sustituirse la expresión vulgar por la cual se afirma que él está incorporado en el título”.

Asimismo, es debido al carácter necesario del documento que se produce el condicionamiento del acreedor, al no poder suplir con otro medio o instrumento jurídico la falta de posesión del título para disponer del derecho, en el ámbito de las relaciones cartáceas. (Osvlado R. Gómez Leo, “Instituciones de Derecho Cambiario – Títulos de Crédito”, t. I., p. 109, ed. Depalma, Buenos Aires – (Conforme: Raimundo L. Fernández, “Código de Comercio comentado”, t. III, p. 116, Buenos Aires, 1962).

(9) *Literalidad*: se puede decir, latamente, que el derecho representado en el título de crédito, en tanto derecho cartular, es de carácter literal en razón de que su existencia, cuantía y exigibilidad se rige exclusivamente por el tenor escrito en el documento. En otras palabras, el hecho de que la obligación cartácea documentada en un título de crédito se rija íntegramente por su literalidad, prescindiendo de otros elementos jurídicos externos, constituye una notable garantía para los sujetos que pueden recibir el título mientras éste circule, pues el sujeto activo de cada relación cartular nada puede pretender que no se halla literalizado o escrito en el título, y el sujeto pasivo de cada una de ellas, además de no poder enervar la pretensión jurídico económica del acreedor con instrumentos extraños al título, tendrá la seguridad de que cumpliendo el requerimiento en los términos textuales del título, quedará liberado.

(10) *Autonomía*: Este carácter es el más típico de los títulos de crédito. En efecto, el carácter autónomo del derecho cartáceo contenido en un título de crédito es tal debido a que el titular de éste lo adquiere en forma originaria; o sea que la adquisición del derecho no deriva del tradens, sino que nace ex novo, en la cabeza del accipiens, en oportunidad de recibir el título, mediante la respectiva tradición, de acuerdo con la ley de circulación de éste; en tal caso el nuevo titular no es sucesor del sujeto que le transmitió el título, sino que lo adquiere en

Por tanto, resulta fundamental establecer una ley adecuada para impulsar el desarrollo del factoring, mediante la promoción de la factura comercial conformada, otorgándole la calidad y los efectos de un título valor, permitiendo la negociación de documentos por cobrar.

forma originaria, no derivada. (Osvaldo R. Gómez Leo, ob. cit., p. 119. Conf: Raymundo L. Fernández, ob. cit., t. III, p. 117, para quien “El derecho del tenedor nace en forma originaria, y no derivada, de la propiedad o posesión del título”).

(11) *Abstracción*: La abstracción cambiaria es el principio jurídico que impone al deudor cambiario una prescindencia objetiva de las relaciones extracambiaras frente al portador del título que sea tercero de buena fe.

Por la abstracción, el deudor requerido de pago por el portador legítimo del título, tercero de buena fe, debe prescindir del negocio básico o relación fundamental por el cual fue librado o transmitido el título, no pudiendo oponer las excepciones y defensas que pudieran surgir de esta relación extracambiaria. (Osvaldo R. Gómez Leo, ob. cit., p. 179). “La ausencia o deficiencia de la causa no impide que el negocio abstracto produzca efectos”. Jorge N. Williams, “Algo más sobre la causa en los títulos de crédito. Acción cambiaria y acción causal” en Revista de Asesoría Legal del Banco de la Nación Argentina, año 1974, N° 27, Buenos Aires.)

(12) *Formalidad*: Los títulos de crédito abstractos son rígidamente formales, de formalidad tasada. En ellos se extrema la objetivación del crédito, de tal modo que la forma reemplaza a la sustancia, pues el derecho cambiario representado en el título es tal por la forma documental en que ha sido representado. De allí que la falta de algunos de los requisitos formales que exige la ley cambiaria produce la inexistencia del título cambiario como tal, -v.gr., Art. 1299 C.C., letra de cambio; Art. 1536 C.C., pagaré; Art. 1697 C.C., cheque.

De ahí que los grandes doctrinarios en la materia han establecido que “*la observancia de la forma esencial es condición para la existencia de la letra*” (César Vivante, ob. cit., t. III, p. 209).

(13) *Complejidad*: Los títulos de crédito abstractos, por la prescindencia de las relaciones extracambiaras que imponen, son de carácter completo; de ahí que la situación cambiaria de cada uno de los sujetos intervinientes en las relaciones cartáceas en ellos documentadas se debe regular exclusiva y excluyentemente por lo que título expresa, sin que se pueda recurrir a ningún otro instrumento exterior. Es decir, “deben bastarse a sí mismos” (César Vivante, ob. cit., t. III, p. 209).

1.3.2. Factura comercial

Par la Jurisprudencia Argentina, la factura es el documento emanado del vendedor –generalmente–, en formulario o papel con su membrete. En el cual se consigna la fecha y se detalla el nombre del vendedor y el del comprador, la mercadería remitida, mencionado su cantidad, calidad y precio, el lugar de pago, el de entrega, etc. Constituye una nota emanada de una de las partes, que es entregada o enviada, firmada o no a la otra.

En nuestro país, la factura comercial según la ley, se constituye obligatoriamente en un formulario con formato preestablecido en la ley, con el membrete del emisor y con el número de timbrado y número de factura, que es parte de un talonario y acorde con los requisitos de la ley tributaria donde debe constar siempre el N° de RUC.

Entre las funciones que cumple la factura comercial, se pueden enumerar –entre otras– las siguientes: Prueba la propiedad de la cosa vendida; es un documento ineludible de contabilidad; eventualmente sirve de recibo de pago cuando la venta es de contado; es un justificante fiscal y una constancia de la liquidación del impuesto (14).

Aunque diferentes, la factura comercial y la factura conformada se complementan, púes al crearse la factura comercial se origina una cuenta por una operación comercial, pero si en esta se establece como modalidad el pago a crédito, entonces autoriza a emitir la factura conformada. No puede existir factura conformada si antes no existe una factura comercial. Precisamente, es de la factura comercial de dónde le derivan a la factura conformada algunos de sus caracteres principales como lo es en la referencia al precio del acto de comercio que es acreditado, pero estas referencias al converger con los caracteres de los títulos de crédito, conforman una clase diferente de documentación por el que instrumenta un crédito y que es denominada factura conformada.

(14) Carmelo A. Castiglioni, ob. cit., p. 387.

2. Ventajas económicas

A nivel regional, en los últimos 10 años, Chile, Perú y Colombia han promulgado leyes muy simples para promover el factoring, a partir del reconocimiento de la factura comercial como título valor con ejecutividad, permitiendo el traspaso sencillo y seguro por endoso del documento por cobrar.

En la siguiente tabla, obtenida de las estadísticas compiladas para el año 2015 por la Cadena Internacional de Factores (en inglés: Factors Chain International o "FCI") (15), se puede apreciar claramente el crecimiento exponencial de dicho negocio (números expresados en millones de Dólares Americanos en como facturación Bruta), en aquellas jurisdicciones donde el factoring se encuentra adecuadamente legislado.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Var
(*) Perú	758	2.712	2.461	2.310	8.163	8.293	8.293	0%
Argentina	335	350	475	614	856	1.299	1.551	19%
Bolivia	18	18	35	35	31	22	44	100%
Brasil	29.640	49.050	45.623	43.627	31.552	31.782	28.965	-9%
Caribe							45	
Chile	14.500	16.422	21.500	24.000	25.500	24.850	22.300	-10%
Colombia	2.392	2.784	4.990	4.562	7.076	8.985	10.333	15%
Costa Rica		160	30	180	115	2.337	2.710	16%
Honduras							22	
México	2.120	14.538	21.074	26.130	28.061	25.486	19.291	-24%
Uruguay				61	58	70	90	29%
América del Sur Total	49.763	86.034	96.188	101.519	101.412	103.124	93.644	-9%

(15) Datos estadísticos obtenidos de la Cadena Internacional de Factores of FCI (Factors Chain International) <https://fci.nl/en/about-factoring/statistics>

En la siguiente tabla (16), se puede apreciar la facturación bruta obtenida en distintos países de sudamericano en el año 2015.

FACTURACIÓN EN MILLONES DE USD AÑO 2015			
País	Doméstico	Internacional	Total
Argentina	1.660	35	1.695
Bolivia	30	19	48
Brasil	31.556	106	31.662
Caribe	49	–	49
Chile	23.283	1.093	24.376
Colombia	10.896	398	11.295
Costa Rica	2.961	1	2.962
Honduras	8	16	24
México	20.664	423	21.087
Perú (*)	9.358	594	9.952
Uruguay	90	9	98
América del Sur Total	100.555	2.694	

Regulación legal actual

3.1 Factoring

Con el loable propósito de estimular el factoring, el Directorio del Banco Central del Paraguay dictó la Resolución N° 1, Acta N° 38 de fecha 1° de Julio de 2009, por la cual se aprueba el reglamento de Operaciones de Factoring para Entidades del Sistema Financiero. No obstante, dicha reglamentación, si bien es el primer paso, lastimosamente no probado ser suficiente por sí misma, como para sentar las bases adecuadas y estimular el desarrollo adecuado el factoraje en nuestro país.

No obstante, entendemos que la clave se encuentra en la adecuada regulación de la factura conformada como título de crédito, la cual debería abarcar otras cuestiones como la cesión global y futura de los créditos

(16) Datos estadísticos obtenidos de la Cadena Internacional de Factores of FCI (Factors Chain International) <https://fci.nl/en/about-factoring/statistics>

por cobrar, la posibilidad de validar la documentación electrónica (en consonancia con la Ley N° 4868 “De Comercio Electrónico” y la Ley N° 4.017/10 “De Validez Jurídica de la Firma Electrónica, la Firma Digital, los Mensajes de Datos y el Expediente Electrónico”), la aplicación de este negocio en las relaciones con el Estado como beneficiario de bienes y servicios (en consonancia con la Ley N° 2.051/03 de “Contrataciones Públicas”), la “titulización” o “securitización” de los derechos de crédito en títulos financieros a ser negociados en los mercados de capitales locales e internacionales (Ley N° 1.284/98 de “Mercado de Valores”), etc.

3.2 Factura conformada

La factura conformada, como papel de comercio, no tiene una reglamentación clara en la ley paraguaya. El 30 de enero de 1975, en Panamá, se llevó a cabo la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas. En ella se estableció que “las disposiciones de los artículos anteriores (referidas a competencia, lugar de cumplimiento, tribunales de ejecución, entre otras sobre letras de cambio y pagarés) se aplicarán también a las facturas entre Estados Partes en cuyas legislaciones tengan el carácter de documentos negociables”. Cada Estado Parte, informará a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos sí, de acuerdo con su legislación, la factura constituye documento negociable (Art. 10). Nuestro país, fue Estado Parte y ratificó la convención por la Ley N° 610/76, pero hasta la fecha no ha informado a la Secretaría General de la O.E.A. que la factura constituya un documento negociable.

Nuestra legislación no ha logrado sentar las bases para una reglamentación especial en materia de facturas, como lo hicieron otros países de la región. Sólo el Código Procesal Civil en su artículo 448, inciso f) y la Ley N° 861/96, en sus Artículos 40, numeral 12) y 73, numeral 11), la mencionan. La Ley N° 861/96, al regular las operaciones de entidades bancarias (Art. 40) y financieras (Art. 73) les facultan: “...adquirir y negociar certificados de depósitos emitidos por bancos y financieras, warrants, letras de cambio y *facturas debidamente conformadas* provenientes de transacciones comerciales (numerales 12 y 11 respectivamente). A partir de aquí, nada se ha legislado sobre el tema.

Con el loable propósito de estimular el *factoring*, el Directorio del Banco Central del Paraguay dictó la Resolución N° 1, Acta N° 38 de fecha 1° de Julio de 2009, por la cual se aprueba el reglamento de *Operaciones de Factoring* para Entidades del Sistema Financiero.

Según la misma, “la factura conformada es un instrumento de contenido crediticio que representa bienes entregados y servicios prestados no pagados, debidamente suscripta por el deudor cedido en su conformidad en cuanto a la entrega de los bienes allí precisados, valor y a la fecha de pago de la factura. La factura conformada es emitida por el acreedor, y puede ser endosada a terceros...” (1.5).

No obstante, hemos de advertir que la factura conformada no puede ser transmitida por endoso, ya que no existe ley alguna que regule la misma como instrumento endosable. Por tanto, formalmente, para que se opere su transmisión, se debe realizar una cesión de crédito ordinaria, conforme lo prevista en el Art. 524 y siguientes del Código Civil, con las dificultades y riesgos técnicos que ello conlleva.

Compartimos así, la acertada opinión del conocido autor nacional Manuel Riera Escudero, para quien, la disposición del Banco Central que admite el endoso de las facturas conformadas es inconstitucional por aplicación del Art. 137 de nuestra Carta Magna. Según el autor, aparentemente, el Banco Central del Paraguay pretende salvar este obstáculo creando un nuevo instrumento jurídico de crédito: factura conformada por oposición a la factura comercial, como surge del numeral 1.6 de la resolución, según el cual “la emisión de la factura conformada no exime de la obligación de emitir la factura comercial, teniendo efectos esta última sólo en el ámbito tributario”.

Sólo el legislador puede crear títulos de crédito o título ejecutivos (17) y disponer su transmisión por endoso. En nuestro derecho civil sólo el Art. 1929 (Código Civil) y los Arts. 1502 y 1501 del Código de Comercio (Libro Tercero) se refieren a las facturas, y además del Art. 448 inc.

(17) Manuel Riera Escudero, Manuel Rierca Domínguez, “Código Procesal Civil, Comentado, El proceso de ejecución”, t. III, pp. 124/125, ed. La Ley Paraguaya.

f) del CPC. Y, en ninguno de ellos se establece la posibilidad de su transmisión por endoso. Consecuentemente, a la factura conformada no le son aplicables las disposiciones referentes a los títulos de crédito (Arts. 1507 a 1534 del C.C.), dado que la resolución del BCP no es el medio constitucional para crear títulos de crédito y con fuerza ejecutiva, facultad reservado expresamente a la ley. Por tanto, la única manera válida actual de transmitir el crédito contenido en una factura es mediante la cesión de créditos. (Art. 524 y sgts. Código Civil).

3.3 Necesidad de una regulación adecuada

Urge la regulación legislativa acabada y adecuada, tanto del contrato de factoraje y de la factura conformada, de tal suerte de permitir tajantemente y sin lugar a dudas, su transmisión por endoso, convirtiéndola formalmente en un título cambiario, con los caracteres esenciales y comunes a todos los títulos de crédito, ya explicados y que, actualmente son propios a los títulos ya legislados (letra de cambio, pagaré, cheque), permitiendo así una circulación ágil, con seguridad y certeza del crédito incorporado en la factura.

La regulación adecuada de la factura conformada como un título de crédito libremente transmisible por endoso (endoso cambiario), además debe prever la posibilidad de cotizar en los mercados de valores y bolsas de comercio y establecer su carácter de título ejecutivo, y, de dotar al crédito de un privilegio general, hasta un monto determinado, ante el concurso o quiebra del “*comprador-locatario-deudor*” del título.

El instrumento al *factoring*, abrirá una perspectiva de desarrollo alentador de las pequeñas y medianas empresas, –que, dicho sea de paso– se erigen en pilares de la economía de todo país, y fuente de trabajo para nuestros connacionales que deben buscar su realización personal y profesional dentro de nuestras fronteras y no allende ellas.

3.4 Principales Consideraciones para promulgar una Ley que promueva el Factoring

Seguidamente, se presenta el esquema de los aspectos principales que debería abarcarse tanto en la regulación de la factura conformada, como en la propia ley de factoraje.

a. Factura Conformada

i. Partes

ii. Requisitos/Formalidades

iii. Aceptación

iv. Cesión/circulación

1. Individual

2. Global

a. Futura

v. Factura legal

vi. Factura comercial

vii. Factura electrónica

viii. Ejecución

ix. Obligaciones

x. Cuestiones Impositivas

xi. Legislación Comparada

b. Contrato de Factoring

i. Partes

1. Factor

2. Requisitos para actuar como empresa dedicada al factoring

3. Control

a. Voluntario

b. Obligatorio

i. Balances, informes, etc.

4. Calificación

ii. Requisitos/Formalidades

iii. Cesión/comercialización

1. Individual

2. Global
 - a. Futura
 - iv. Obligaciones
 - v. Cesión de derechos
 - vi. Cesión de derechos de facturas a cargo del Estado
 - vii. Ejecución
 - viii. Acción de regreso
 - ix. Totalización
 - x. Reglas default
 - xi. Servicios financieros adicionales
 - xii. Límites
 - xiii. Armonización de normas
 - xiv. Cuestiones impositivas
 - xv. Legislación comparada

Con la sanción de la LEY N° 4.017 “DE VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA FIRMA DIGITAL, LOS MENSAJES DE TEXTOS Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO”, EL DECRETO REGLAMENTARIO N° 7369/11, LEY N° 4.610/12 QUE MODIFICA EL ART. 21 DE LA ANTERIORMENTE CITADA; LEY N° 4.868/13 “DE COMERCIO ELECTRÓNICO”, SU DECRETO REGLAMENTARIO N° 1.165/14, se constituirían en herramientas formidables para que la FACTURA CRÉDITO CONFORMADA a ser legislada, con la incorporación de estas leyes en su funcionamiento, se estaría dando un salto muy importante a los efectos de la utilización de la firma digital en la conformación de las facturas y especialmente en el endoso de las mismas, con lo cual se lograría certeza y seguridad en la circulación de las mismas, fin esencial de todo título de crédito.



El Contrato en el Código Civil de Bolivia

Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia

Mario Cordero Miranda *

Sumario: 1. El contrato en los Códigos Civiles. 2. El contrato en el actual Código Civil. 3. La autonomía de la voluntad. 4. La libertad contractual. 5. Límites a la libertad contractual. 6. La buena fe contractual.

1. EL CONTRATO EN LOS CÓDIGOS CIVILES. Tema de trascendental importancia es el referido al estudio del contrato a través de su regulación normativa en los códigos civiles de Bolivia. El 2 de abril de 1831, cuando el Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana ocupaba la presidencia de la flamante República, se promulgó el Código Civil de Bolivia, que además resultó ser el primero de su clase en América, que en su Art. 692 decía: *“El contrato es una convención, por la que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas, a dar, a hacer, o a no hacer alguna cosa”*. No es propósito de ésta primera parte de éste estudio detenernos en las justificación de esta disposición normativa, limitándonos a señalar la dilatada vigencia de éste Código que alumbró la vida jurídica del país hasta 1976, con una breve interrupción en 1845 cuando el Gral. José Ballivian ocupó la presidencia de la República y puso en vigencia su Código Civil que en su Art. 104 decía: *“El contrato es el pacto o convenio entre partes*

* Académico Fundador y de Número.

para dar o no dar, hacer o no hacer alguna cosa”, sin embargo la vigencia de éste Código fue brevísima al extremo que antes de que cumpliera un año fue dejado sin efecto por el mismo Gobierno de Ballivian que dispuso la reposición del antiguo Código Civil Santa Cruz.

El 16 de diciembre de 1919 el Dr. Demetrio Toro, en esa época Ministro de la Corte Suprema de Justicia, mediante nota dirigida al Ministerio de Gobierno y Justicia presentó un proyecto de Código Civil que en su Art. 3550 decía: *“Contrato es la convención en virtud de la que, una o más personas se obligan hacia otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*. Este Proyecto lamentablemente no fue ni siquiera considerado, habiéndose limitado el Gobierno de la época a ordenar su publicación para conocer comentarios de su contenido, lo que nunca se produjo.

Posteriormente, el año 1943 cuando la Presidencia del país estaba a cargo del Gral. Enrique Peñaranda Castillo, se encomendó al eminente profesor español Ángel Osorio y Gallardo la elaboración de un Anteproyecto de Código Civil, que en su Art. 972 decía: *“El contrato es el pacto expresamente establecido entre diferentes personas, para darse cosas o constituir derechos, siempre que una y otros sean posibles”* Este proyecto tenía la particularidad de que cada artículo tenía notas que justificaban su texto, y en el caso del contrato decía: *“El contrato es una forma de obligación, su diferencia estriba en que la obligación puede nacer del contrato pero también del hecho, del delito, de la culpa o negligencia, del abuso del derecho, del riesgo profesional y de las determinaciones unilaterales, mientras que el contrato le defino como un pacto, esto es, como una relación que sólo de la declaración de voluntades coincidentes puede provenir”*.

El Código de 1831 se mantuvo vigente hasta el año 1975, cuando el país se encontraba gobernado por el Gral. Hugo Banzer Suárez, que consiente de las transformaciones operadas en el país después de la Guerra del Chaco acaecida de 1932 a 1935 y de la Revolución de 1952 que tuvieron su expresión normativa en las constituciones de post guerra que incorporaron en el Derecho Patrio nuevos principios y valoraciones que hacían inaplazable la formulación de un nuevo Código Civil, conformó Comisiones de Reforma de los principales códigos de la República, entre ellos del Civil, que fue integrado por los eminentes profesores universitarios Drs. Hugo Sandoval Saavedra, Pastor Ortiz Mattos, Oscar Frerking

Salas y Raúl Romero Linares, quienes después de un intenso trabajo entregaron un nuevo Código Civil adecuado a la Constitución Política de 1967 entonces vigente y a las nuevas tendencias jurídicas concordadas con la dinámica realidad nacional. El nuevo Código Civil fue promulgado mediante el Decreto Ley 12760 de 6 de agosto de dicho año y entró a regir desde el 2 de abril de 1976 y se encuentra actualmente vigente, que si bien tiene proposiciones normativas adecuadas a la época de su promulgación; empero, por la constante evolución del pensamiento jurídico, ya no responde a las exigencias de los nuevos tiempos, por lo que necesita de manera imperiosa de un nuevo texto acorde con la evolución del pensamiento jurídico.

Por esta razón, atendiendo a los reclamos de la comunidad jurídica y a la obligada necesidad actualizar sus contenidos preceptivos, en fecha 30 de octubre de 1997, la entonces Ministra de Justicia y Derechos Humanos Dra. Ana María Cortés de Soriano, constituyó una Comisión encargada de la Revisión y Actualización del Código Civil, integrada por los Drs. Oscar Frerking Salas y Pastor Ortiz Mattos tomando en consideración su reconocida capacidad en la docencia universitaria y que además fueron parte del equipo que proyectó el Código actualmente vigente, la Comisión se completó además con el concurso del Dr. Enrique Díaz Romero y mi persona.

De manera apretada, debo señalar que la función de la comisión era efectuar una reforma integral del Código Civil, respetando los principios, ideas y valoraciones de tipo social ocurridos en el país después de la Guerra del Chaco que se consolidaron en numerosas disposiciones dictadas en el periodo de la post-guerra, de cuya consecuencia y al amparo de las facultades que nos fueron conferidas a la comisión, asumimos con pasión la obra encomendada trabajando en inolvidables jornadas de investigación y estudio para proyectar un nuevo Código Civil, teniendo en consideración las reformas y modificaciones introducidas en la Constitución Política de 1994 en lo que de manera directa o indirecta se refería al Código, así como estudiando las concepciones y criterios rectores del pensamiento jurídico de los nuevos tiempos, obra que finalmente se plasmó en el texto que denominamos Código Civil Boliviano Reformado, que luego de una intenso trabajo de actualización de su contenido normativo fue divulgado a lo largo y ancho del territorio nacional, consensuando

el producto de su contenido normativo con el universo jurídico comprometido con la investigación y enseñanza de la ciencia jurídica, como Facultades de Derecho de todo el país, Colegios de Abogados, Academias de Ciencias Jurídicas, así como con los órganos de administración de justicia, recogiendo cuando correspondía, oportunas reflexiones y observaciones. Con estos aportes, el código fue finalmente concluido en las postrimerías de 1999, de cuya consecuencia la Ministra de Justicia y Derechos Humanos Dra. Ana María Cortés de Soriano, logró que el Código reformado sea remitido al H. Congreso Nacional para su correspondiente sanción legislativa, instancia en la que, penosamente, por los problemas sociales y políticos que convulsionaban el país, no pudo ser considerado, determinando como resultado final que hasta el presente siga en vigencia el Código Civil promulgado en 1975.

2. EL CONTRATO EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL. Si bien el Código civil boliviano no tiene un capítulo específico que se ocupe de la teoría general de los actos jurídicos, lo que se explica en razón de que el codificador boliviano optó por dejar este tema al libre campo de la teoría, sin embargo, a partir de la noción doctrinal de acto jurídico se han desarrollado a nivel normativo las instituciones que se desprenden del mismo, como ocurre con el instituto del contrato, que en el Art. 450 del código dice: “**(Noción).** Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica”, norma inspirada en el Art. 1321 del Código Civil Italiano de 1942 que dice: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial”, haciendo ostensible que el contrato es generador de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, es decir que el contrato es creador de obligaciones jurídicas, para diferenciar de otras obligaciones de las personas que nacen como consecuencia de otro tipo de relaciones pero con contenidos ajenos al derecho, configurando obligaciones puramente morales o sociales.

Como habíamos sostenido a tiempo de asumir la responsabilidad de la reforma del actual Código Civil, la noción de contrato de su contenido no es la más apropiada, lo que se explica porque nuestro código, manteniendo la noción del abrogado código de 1831 que se inspiraba en el Código Francés de 1804, mantuvo como sujetos de la relación a “las

personas”, lo que definitivamente no corresponde, porque en la formación de los contratos técnicamente concurren las “partes” y no las personas individualmente consideradas, partes que a su vez pueden estar formadas por una o más personas, por lo que se debe entender que el contrato es una relación de “partes” y no simplemente de “personas”.

Asimismo, el objeto del contrato no es una relación meramente “jurídica”, sino fundamentalmente una relación jurídica de carácter patrimonial, por lo que resulta más propio de un código, de la jerarquía del Código Civil, entendido como el código rector del ordenamiento jurídico, que se modifique la noción de contrato por otra más técnica, dando lugar a que el Código Reformado se encuentre redactado en los siguientes términos: *“El contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica de naturaleza patrimonial”*.

De nuestra parte, pensamos que la noción de contrato bien podría decir: “El contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica de naturaleza patrimonial”, como habíamos propuesto a tiempo de elaborar el texto del Código Civil Boliviano Reformado, que lamentablemente nunca fue considerado por el Congreso Nacional.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. Este fundamental tema a tiempo de su formulación normativa en el Código Civil, tomó como punto de partida que en el régimen social consagrado por la Constitución Política de Bolivia que garantiza la propiedad privada y reconoce la libertad de asociación, de trabajo, comercio e industria, no podía prescindirse del principio de la libertad negocial o autonomía privada, tomando en cuenta que el contrato es el instrumento más idóneo para regular la promoción de la riqueza y la prestación de servicios. Con éste razonamiento, se introdujo el instituto de la autonomía de la voluntad, mediante limitaciones razonables que garanticen, por una parte el equilibrio de las partes en el contrato, como expresión de la justicia contractual, mediante una adecuada protección al contratante más débil o que se encuentre en situaciones de inferioridad económica o de otra naturaleza, con el fin de evitar que el contrato se convierta en instrumento de opresión o de fuente

de ganancias ilícitas; asimismo, para garantizar que la libertad negocial contribuya, dentro de su propia esfera, al desarrollo económico y social del país.

Con estos principios, los comisionados para la reforma del Código Civil, teniendo en consideración que la génesis de los contratos se encuentra en la vida de relación donde los contratantes coinciden en intereses recíprocos en el marco de sus relaciones que produce efectos vinculantes, teniendo como límites el marco de la buena fe, nos impusimos la elaboración de un nuevo derecho contractual de contenido social.

Reiterando que el contrato se asienta en el acuerdo de partes que expresan voluntades coincidentes sobre un objeto de interés jurídico, el acuerdo a su vez tiene como punto de partida el discernimiento entendido como la situación de madurez intelectual para razonar, comprender y valorar un determinado acto y sus consecuencias, como apunta el Profesor argentino Julio César Rivera en su libro "Instituciones del Derecho Civil". Asimismo, el "acuerdo de partes" nos remite al importante tema de la "autonomía de la voluntad", que es un tema central del derecho, lo se debe deslindar lo más cuidadosamente posible.

La autonomía de la voluntad o autonomía privada como también la llaman los autores, Federico de Castro y Bravo, obliga a indagar su sentido real remontándonos a su origen etimológico, que proviene de "*nomos*", o sea ley y "*autos*", es decir, propio, de donde se puede colegir que la expresión "autonomía" se refiere a la propia ley de cada uno. Sin embargo, el sentido de la frase como expresión de una suerte de autodeterminación personal ha sido objeto de crítica porque no solo se trata de la persona considerada en sí misma, sino que el vocablo también se emplea para señalar la facultad normativa que se reconoce a las corporaciones y otras formas de personas colectivas.

De lo anterior se tiene que el concepto de autonomía de la voluntad o autonomía privada se refiere al poder de autodeterminación, el que se vincula con la esfera de la libertad de las personas para ejercer sus derechos y obligaciones, puntualizando que en materia de contratos sólo será relevante la declaración de voluntad que tenga valor jurídico y sea vinculante para los sujetos contratantes.

4. LA LIBERTAD CONTRACTUAL. El Código civil en su Art. 454 consagra a nivel normativo la libertad contractual, que consiste en la facultad reconocida a las partes de determinar libremente el contenido de los contratos que celebren así como acordar otros contratos diferentes a los tipificados en el código, Sin embargo, el principio de libertad a que se refiere el citado precepto, no es absoluto, porque ello significaría reconocer el imperio sin límites del arbitrio personal, de donde se tiene que la autonomía plantea el problema de límites, que de manera magistral desarrolla el citado precepto en su parágrafo segundo que dice: *“La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica”*. De lo expuesto se tiene que el respeto a la persona, exige como un derecho fundamental el reconocimiento de su autonomía, para acordar otros contratos diferentes a los previstos en el código, observando el respeto a las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico.

Constituye un problema de orden fáctico saber si el contrato se ha formado o no; por tal razón se sostiene en forma general y coincidente, que el contrato se forma cuando existe acuerdo, esto es, la concordancia de voluntades de las partes contratantes que técnicamente se conoce con el nombre de consentimiento, que no es otra cosa que el acuerdo de voluntades. Este acuerdo de voluntades plantea el problema de saber si debe entenderse como una coincidencia de voluntades internas de los contratantes o la expresión exteriorizada de las declaraciones de voluntad, lo que en los tiempos que corren se ha generalizado en sentido de que el acuerdo se refiere a la externalización de la voluntad, porque quien guarda su voluntad para sí mismo, no podrá nunca sostener que ha llegado a un acuerdo con otro, porque éste no tuvo la oportunidad de conocer que es lo pretendido por quien no ha exteriorizado su voluntad.

Si en sentido estricto la manifestación de la voluntad no es otra cosa que la exteriorización de lo internamente querido, podría decirse que la voluntad interna prevalece sobre la externa, de la cual se constituye en una suerte de índice revelador de lo querido. No obstante, no se puede perder de vista que para el derecho lo que prima es la declaración exteriorizada de la voluntad, por lo que la voluntad interna es considerada como un presupuesto normal de la declaración, pero no es un presupuesto esencial.

Un tema de particular interés se presenta en los llamados casos de ausencia de voluntad, que es fundamental para que una vez manifestada la voluntad de una de las partes concuerde con la voluntad del otro contratante. Sin voluntad no hay consentimiento, por lo que no se puede sostener que la ausencia de voluntad interna sea irrelevante. Igualmente, la divergencia entre lo querido y lo declarado puede ser relevante si ha mediado alguno de los vicios del consentimiento, en cuyo caso el contrato será anulable; contrariamente, la discordancia entre lo querido y lo declarado no impide la formación del consentimiento y por tanto del contrato.

En la noción generalizada de lo que se entiende por contrato, se encuentra la referencia permanente al "acuerdo de dos o más partes", pudiendo afirmarse que éste acuerdo constituye una fuente de obligación. Es decir, que el contrato es generador de normas y por tanto de deberes jurídicos, de obligaciones en sentido lato, por cuya razón la generalidad de los contratos son obligatorios. Tomando en consideración la nueva noción de contrato que plantea las reformas introducidas al Código civil, encontramos que el contrato se asienta en el "acuerdo de voluntades"; el acuerdo a su vez se sustenta en el discernimiento, que es la situación de madurez intelectual para razonar, comprender y valorar un determinado acto y sus consecuencias, como dice el Prof. Julio César Rivera en su libro antes citado. Parafraseando a este autor, podemos decir que el acuerdo de voluntades no es otra cosa que la aplicación del discernimiento a un acto jurídico determinado, de cuyo mérito, habrá acuerdo de voluntades, cuando exista adecuada correspondencia entre lo entendido y lo actuado, o sea, cuando se ha realizado el acto jurídico, el contrato en su caso, tal y como se lo pensó.

El acuerdo de voluntades para su validez, sostenemos de nuestra parte, exige como requisito básico, que sea celebrado en un ambiente de libertad, porque si la libertad se encuentra de alguna manera afectada, por causa de error, dolo, ignorancia o violencia, desaparece la facultad que tiene el sujeto de manifestar su legítima voluntad para la formación del contrato. Por esta razón, la libertad se entiende como la facultad de manifestar la voluntad con ausencia de una determinada forma de coacción.

La libertad permite que se exteriorice la voluntad del agente a través de una determinada conducta, que puede consistir en expresiones de la palabra oral o escrita o en hechos. Excepcionalmente la voluntad puede manifestarse de manera omisiva, o sea mediante el silencio, en cuyo caso se requiere que la ley haya previsto asignar un valor declarativo al silencio, como dice el Art. 460 del Código Civil *“El silencio constituye manifestación de la voluntad sólo cuando los usos o las circunstancias lo autorizan como tal y no es necesaria una declaración expresa, salvo lo que disponga el contrato o la ley”*.

El principio de libertad que desarrolla el Art. 454 del Código civil, nos lleva a la necesidad de preguntarnos si la libertad y la voluntad, como requisito primario del consentimiento, son conceptos asimilables. Pareciera que así fuera, pero no es posible hacer una afirmación absoluta, porque la voluntad, o sea el querer del sujeto, solo es eficaz y por tanto válida, cuando se trata del sujeto que goza de libertad. En otras palabras, para que la voluntad sea expresada válidamente requiere de un ambiente de libertad, teniendo presente que la voluntad no es otra cosa que la decisión que se adopta en relación a un determinado fin de interés jurídico. Este fin o fines no son creaciones de la voluntad, sino que son fruto de la libertad, lo que explica el sentido de libertad contractual que desarrolla nuestro Código civil cuando dice que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren.

Por tanto, la voluntad es un requisito para alcanzar a través del contrato el fin o fines permitidos por la libertad, teniendo presente de manera permanente que estos fines están condicionados a la realización de intereses dignos de protección jurídica.

5. LIMITES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL. No se puede negar que el contrato, como institución jurídica, es un reflejo de la propiedad privada, que se ha constituido en el mecanismo que permite la circulación de la riqueza, al extremo de que, si desapareciere la propiedad privada, el contrato carecería de sentido y función jurídica y práctica. Por tal razón, como sostiene el Prof. Messineo, *“con el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de libertad contractual”*, que constituye la piedra angular del derecho.

La existencia de límites a la libertad contractual responde al principio de que no existen derechos absolutos. La misma libertad individual como derecho fundamental de las personas se encuentra sujeta a una serie de limitaciones; de la misma manera el derecho de propiedad, que indiscutiblemente es el más grande de los derechos, se encuentra inmerso en una red de limitaciones tanto de orden público como de orden privado. Consiguientemente, la libertad contractual también reconoce límites, pero teniendo presente que la libertad contractual es la regla y los límites constituyen la excepción.

Los límites a la libertad de contratar no son susceptibles de una enumeración que responda al principio de *numerus clausus*, sino que ellos se encuentran previstos de manera genérica en el Art. 454 del Código Civil, que los enuncia como implícitos en “la realización de intereses dignos de protección jurídica”. Sin embargo, haciendo un esfuerzo de identificación de estos límites a la libertad de contratación, podemos mencionar, a guisa de ejemplo, los siguientes:

a) En los casos de contratos predispuestos, donde encontramos que el contenido mismo del contrato ha sido previsto por sólo una de las partes, de manera que la otra se reduce a manifestar su aceptación o rechazo. Esta forma de contratos concierne a una modalidad de la oferta, que es emitida en un contrato de contenido rígido, característico de la política de supermercados que da al destinatario la simple alternativa de “lo toma o lo deja”, sin margen para contra ofertar.

b) Otra restricción a la libertad de contratar se encuentra en los casos de contratos con objeto ilícito o de contratos celebrados en fraude de la ley, que se acomodan al concepto genérico de no ser merecedores de protección jurídica porque no persiguen una finalidad legítima.

Si la libertad de contratar es la regla y los límites constituyen su excepción, surge la cuestión de saber si la regla puede ser considerada como un principio general del derecho, pero no parece tener tal categoría si se piensa que en el fondo la libertad contractual es una derivación de la autonomía individual.

En mérito a estas consideraciones, creemos que la modificación de la noción de contrato en la manera propuesta en el texto del Código

Civil Reformado, se justifica en la medida que el texto de nueva redacción del Art. 450, en concordancia con el principio de libertad contractual desarrollado por el Art. 454 del mismo cuerpo de disposiciones normativas, permitirá desarrollar una teoría de los contratos que pondrá relieve a las siguientes consecuencias jurídicas:

Primero. Los sujetos de la relación contractual, al estar en un plano de igualdad jurídica, gozarán de las mismas prerrogativas y correlativamente asumirán deberes recíprocos en función de la correlación de las obligaciones patrimoniales emergentes, es decir, viabilizará la defensa del contratante débil contra el más fuerte, económicamente hablando, especialmente en los casos de contratos predispuestos.

Segundo. Permitirá la exclusión de intereses que no sean dignos de protección jurídica.

Tercero. Legaliza la posibilidad de suspender la ejecución del contrato en los casos de presentarse modificaciones en las condiciones patrimoniales de una de las partes, que la ponga en la imposibilidad cierta de cumplir la prestación que le es propia.

Cuarto. Autoriza la posibilidad de resolver el contrato cuando las cargas económicas se hagan excesivas y no permitan la conclusión del contrato por la desventaja que éste ocasiona a quien las deba sufrir.

En suma, se debe generar una nueva filosofía para sepultar las voces agoreras de quienes sostienen que el contrato se encuentra en crisis, que además deje atrás las concepciones excesivamente individualistas como eran las contenidas en el código abrogado, para abrir cauces a la preeminencia de los intereses colectivos por encima de los intereses individuales, poniendo razonables límites a la autonomía privada dentro del marco del respeto estricto a los derechos fundamentales.

6. LA BUENA FE CONTRACTUAL. Nuestro Código no tiene una conceptualización expresa de la buena fe, lo que se explica porque en las Bases y Plan General del Código, a propósito de las definiciones se sostiene: *“El Código Civil es un cuerpo normativo y no una obra doctrinal o didáctica: por consiguiente, debe evitar, en lo posible, las definiciones sustanciales, salvo su imprescindible necesidad”*; no obstante se refiere a la buena fe de manera constante, así en el Libro Segundo que se ocupa de los derechos

reales, el Art. 93 tiene una aproximación conceptual cuando dice: *“El poseedor es de buena fe cuando cree haber adquirido del verdadero propietario o titular la cosa o el derecho”*, igualmente en materia de usucapión al prevenir en el Art. 152 que la posesión debe ser de *buena fe* y en otros casos semejantes, lo que nos impulsa a indagar sobre su sentido a partir de que para Luis Díez-Picazo la buena fe tiene dos vertientes, como un supuesto de hecho normativo y por otro, como un principio general del derecho. Conforme sostiene este autor, como supuesto normativo, la buena fe se entiende como un estándar o modelo de conducta, que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho, así por ejemplo el matrimonio contraído de buena fe produce efectos jurídicos, aunque sea nulo. Como principio general se entiende como un patrón de conducta con pluralidad de matices, así la buena fe es causa excluyente de culpabilidad en un acto formalmente ilícito; asimismo, es fuente creadora de deberes especiales de conducta exigibles en cada caso; finalmente es causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo si éste es contrario al respeto que se debe observar en relación al derecho ajeno.

De nuestra parte pensamos que la buena fe es un concepto unitario que engloba las dos vertientes anteriormente señaladas, porque el actuar ante la justicia supone actuar conforme a derecho, o sea el aspecto subjetivo; y por otro lado el aspecto objetivo supone el comportamiento justo y sincero con que se actúa exteriormente sin pretender engañar a la parte con quien se actúa, pudiendo concluir que la buena fe debe reflejar ambos conceptos, particularmente en materia contractual donde las obligaciones surgen para ambas partes.

El Código Civil Boliviano en materia de ejecución de contratos, consagra un importante principio que genera para las partes la obligación de la permanente observancia del principio de buena fe consagrado por el Art. 520 del Código Civil, que dice: *“El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la ley, o a falta de ésta según los usos y la equidad”*. Con arreglo a este mandato normativo, la buena fe debe ser constante en la formación como en el cumplimiento de las obligaciones previstas en los contratos; esto es, que existe el deber de ob-

servar buena fe en la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales, como de manera preceptiva impone la citada norma, lo que implica proceder en forma coherente y fiel al vínculo y no en contra de lo acordado, respetando no solo las obligaciones expresadas sino también las implícitas, que surgen de la obligación de actuar con buena fe.

La norma citada, consagra de manera preceptiva el cumplimiento de dos obligaciones:

1° Que el contrato sea ejecutado de buena fe, y

2° Obliga al cumplimiento de todo lo expresado en el mismo y a la observancia de los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según lo que la ley disponga, o en ausencia de ésta según los usos desprendidos de la costumbre contractual o de la equidad.

En consecuencia, la buena fe es la pauta de comportamiento de las partes; propiamente, la norma de conducta a observar en la vida jurídica, al contrario de la mala fe que corrompe la armonía de las relaciones jurídicas y distorsiona los efectos naturales de los contratos. En suma, el contrato debe ser ejecutado de buena fe lo que importa que las partes deben obrar conforme a lo pretendido a tiempo de celebrar el contrato. En cuanto a las obligaciones desprendidas del contrato, el deber de buena fe implica para una y otra parte las siguientes prestaciones: así por ejemplo en materia de contratos, el contratante (*solvens*), el pago debe ser honrado de buena fe según lo convenido, tomando en cuenta las circunstancias sobrevinientes que puedan modificar lo estipulado entre partes; y en cuanto al contratista (*accipiens*) está obligado a realizar la obra o prestación en la forma convenida. De todo lo dicho, se desprende que quien actúa de mala fe en perjuicio del otro contratante, debe ser sancionado, conforme al pensamiento de Jossierand que señaló que la defensa del más débil, en sentido jurídico, es preocupación esencial del derecho, lo que permite la aplicación y puesta al día de la regla clásica de *favor debitoris* (a favor del deudor).

Como su nombre lo dice, la buena fe es una cualidad que se atribuye a algo que nos inspira confianza o creencia. Uno de los momentos más importantes en materia de buena fe es cuando se la analiza a tiempo del cumplimiento de las obligaciones, por cuya razón la conducta

de las partes no se limita a observar lo establecido en el contrato, sino que, como dice la doctrina italiana sustentada por Emilio Betti: “... *la buena fe en la ejecución de los contratos es esencialmente una actitud de colaboración, encaminada a cumplir la expectativa de la otra parte, lo que supone el deseo de ayudar y colaborar para que el otro pueda cumplir con lo que debe...*”.

En consecuencia, la buena fe contractual implica satisfacer los intereses legítimos propios y también los del otro contratante, esto es que se debe actuar precautelando no solo los propios intereses sino también los de la otra parte. La buena fe es la esencia fundamental de los contratos, es el principio más importante al que se hallan sometidas las partes contratantes, por lo que la buena fe es el alma de todo contrato, lo que ha sido recogido por el citado Art. 520 del Código Civil.

Para concluir, distinguidos colegas académicos de América y del mundo, hermanos todos en el corazón, séame permitido expresar que estamos convencidos que sólo el estudio y la investigación son las armas para afrontar los desafíos del común desarrollo y tender los puentes de la más que nunca reclamada integración, porque solo el Derecho, como expresión del pensamiento universal, será el pilar fundamental de la unión para sentirnos orgullosos de sembrar las semillas para la construcción de una nueva sociedad americana, fuerte, altiva y unida, donde todos nos demos las manos sin rencores ni odios, que, entre paréntesis, entiendo ser una de las razones fundantes de las Academias de derecho y ciencias sociales de Iberoamérica.

Asunción del Paraguay, septiembre de 2016.



El botón verde ... y el equilibrio entre las partes en el comercio digital *

Antonio García Padilla**

“Al pulsar el botón verde” –diría la pantalla de computadoras que ofrece al mundo cierto producto– “usted o su representado consienten a los términos aquí descritos para la compra de nuestra computadora portátil. Si usted no está de acuerdo con los términos que aquí ofrecemos, debe pulsar entonces el botón rojo, que indica que no acepta los términos que ofrecemos, y esta transacción de compraventa no seguirá adelante”.

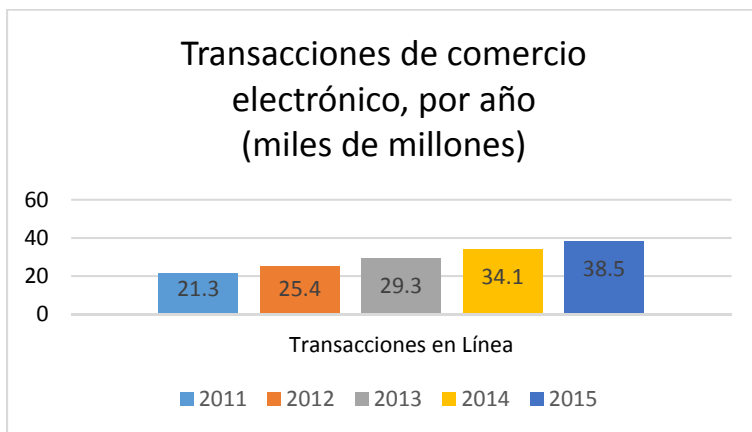
“Al abrir este sobre sellado e instalar los programas que aquí se incluyen,” –diría la envoltura de ciertos programas de computadora– “usted manifiesta su consentimiento con los términos y condiciones que a continuación se exponen en torno al uso de los programas y cualquier otra programación que usted adquiera en torno a ellos”.

Cada día es mayor el número de contratos perfeccionados al pulsarse botones verdes, al abrirse envolturas e instalarse los programas que se encontraban ensobrados en ellas, así como a través de otras prácticas de contratación típicas del comercio digital. En efecto, de acuerdo con

* Esta es una versión escrita y anotada de las participaciones del Decano García Padilla en el panel ‘Contratación y compraventa en el Comercio Electrónico’ que tuvo lugar en Asunción, Paraguay durante el IX Congreso de las Academias Iberoamericanas el 23 de septiembre 2016.

** Presidente de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, Decano Emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y Pasado Presidente de la Universidad de Puerto Rico.

STATISTA, (1) en 2011 se registraron 21.3 mil millones de transacciones en el comercio electrónico. Ese volumen crece vertiginosamente. Pasó de 25.4 mil millones en 2012, a 29.3 en 2013, 34.1 en 2014 y 38.5 en 2015, un aumento de 50 por ciento en cinco años (2).

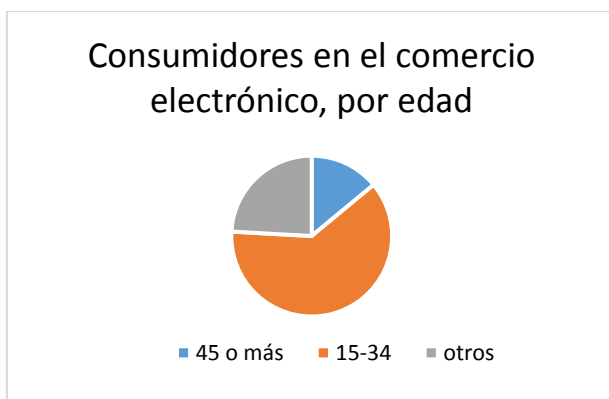


Muchos de nosotros –en especial los que crecimos pensando que los bienes se adquieren en establecimientos comerciales– tal vez nos quedamos perplejos ante el cuadro comercial que se dibuja ante nosotros. A generaciones más jóvenes, por el contrario, tal vez lo que les produzca perplejidad no sea sino la perplejidad de las generaciones anteriores ante las realidades que emergen. De hecho, para 2014, solo alrededor del 14 por ciento de los usuarios del comercio de internet al detal en el mundo eran mayores de 45 años; mientras, el 61.9 por ciento eran personas en edades que fluctuaban entre 15 y 34 años (3).

(1) Statista, Inc., <https://www.statista.com/search/?q=E-Commerce> (última visita 2 de noviembre de 2016).

(2) Id.

(3) Id.



Este cuadro genera entusiasmos y preocupaciones. Ilusionan las eficiencias de un mercado que prescinde de intermediarios, de redes de distribución, de almacenes (4), un mercado que acerca con prontitud a vendedores y compradores y los coloca dondequiera que se presten servicios de entrega de correos UPS o DHL, en carros y camiones o, dentro de poco, tal vez ya, en “drones” (5). Preocupa, de otra parte, entre otras cosas,

(4) Según Mateu de Ros, “el comercio electrónico constituye un fenómeno jurídico y se concibe como la oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro del entorno de red abierta que constituye Internet. Representa un fenómeno en plena expansión con votos de crecimiento extraordinario en número de conexiones, clientes y operaciones”. Mateu de Ros, *El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica*, DERECHO DE INTERNET, CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y FIRMA DIGITAL 29 (Mateu de Ros y Cendoya Méndez Vigo cords., 2000). Para otras perspectivas jurídicas sobre el comercio electrónico, véase también CARLOS OTERO HIDALGO, EL COMERCIO ELECTRÓNICO: FUNDAMENTOS Y SITUACIÓN EN ESPAÑA 24 (1998); Rafael García del Poyo, *Aspectos mercantiles y fiscales del comercio electrónico*, en: DERECHO DEL comercio ELECTRÓNICO (Primeras jornadas celebradas en la universidad Carlos III de Madrid) 477-478 (2001); y Juan P. Aparicio Vaquero, *Los contratos electrónicos en el derecho español: El marco establecido por la ley de servicios de la sociedad información y comercio electrónico*, en JORNADAS SOBRE DERECHO E INFORMÁTICA 177 (Salamanca, 2001)

(5) Sobre las gestiones de Amazon para crear nuevas técnicas y rutas de distribución de mercancías vía drones, véanse Farjad Manhoo, New York Times, Think Amazon’s Drone Delivery Idea Is a Gimmick? Think Again,

dónde quedará la suerte del consumidor en esos emergentes tinglados; cómo podrá enfrentar a un vendedor que le sirve por UPS o DHL, pero a cuyo establecimiento no puede acudir a reclamar, a pie, o por metro o autobús. Y, ante estas realidades, ¿cuál es la respuesta del sistema jurídico?

Quiero mirar estas interrogantes enfatizando la distinción entre protecciones al consumidor que se refieren a las interacciones negociales y al contrato mismo entre las partes (6), y protecciones al consumidor cuya efectividad rebasa lo estrictamente negocial o contractual y descansa en la realidad de los mercados, las comunicaciones entre los participantes en esos mercados y la normativa que gobierna otros campos del derecho relacionados con el consumo, como es el caso de los pagos; esto es, protecciones que surgen del medioambiente en que se enmarca el comercio digital.

De entrada, descartemos algunas caracterizaciones que aportan poco al mejor entendimiento de estos temas: es preciso reconocer que la inmensa mayoría de los contratos efectuados por vía de la red no son contratos negociados entre partes con homólogas capacidades económicas. Se trata de contratos de los llamados “de adhesión” (7). El comprador re-

http://www.nytimes.com/2016/08/11/technology/think-amazons-drone-delivery-idea-is-a-gimmick-think-again.html?_r=0 (última visita 2 de noviembre de 2016); Amazon.com, <https://www.amazon.com/b?node=8037720011&ref=producthunt> (última visita 2 de noviembre de 2016).

(6) Para una propuesta de legislación sobre el tema, véase la sección sexta del *Uniform Electronic Transactions Act*, ley modelo preparada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes.

(7) Según definido hace un siglo por Edwin W. Patterson, *The Delivery of a Life Insurance Policy*, 33 HARV. L. REV. 198, 222 (1919) (“A contract is drawn up and the party lacking meaningful choice or power merely “adheres” to it, but has little choice as to its terms”). Sobre contratos de adhesión y otros temas similares en la contratación norteamericana, véase Edwin W. Patterson, *The Interpretation and Construction of Contracts*, 64 COLUM. L. REV. 833 (1964).

cibe en la web la oferta y la acepta o la rechaza, sin oportunidad de contraofertas o sugerencias de términos o condiciones distintos de los definidos por el vendedor (8).

Naturalmente que hoy día ese tipo de contratación es típica también del comercio tradicional. Tampoco los establecimientos comerciales de nuestros pueblos y ciudades siguen las disciplinas de los bazares de Estambul. Es muy raro que demos con una tienda en ciudades de Europa o América donde el precio de las cosas o los términos de las compras estén sujetos a un proceso de negociación.

(8) La sentencia Núm. 258/2010 de la Audiencia Provincial de Sevilla (17 de septiembre de 2010) pone de relieve algunos aspectos de la dinámica entre comprador y vendedor en el contexto digital. El caso surge de la oferta digital formulada por la tienda por departamentos “El Corte Inglés, SA” de vender ciertos ordenadores portátiles a razón de 36 euros por unidad. Un observador de la página ordenó 15 unidades. El Corte Inglés se negó a honrar la orden aduciendo que el precio ofertado era erróneo y respondía a la omisión de un número en la mención del precio unitario de venta que debió ser de 369 euros, no 36. Para liberarse adujo dos argumentos. De una parte, que la orden de compra del usuario de la página de internet requería su subsiguiente aceptación, que se manifestaba mediante ciertos trámites burocráticos de registro de la orden y eventual notificación al cliente, lo que no había ocurrido en el caso. De otra parte, adujo que la postura del comprador constituía una violación a los postulados de la buena fe y reflejaban además un ejercicio abusivo del derecho, toda vez que era evidente que el precio ofertado era erróneo.

La Audiencia Provincial rechazó ambos argumentos de El Corte Inglés. En cuanto al primero –la falta de aceptación– recordó que de acuerdo con el Artículo 1262 del Código Civil español, “en el caso de los contratos electrónicos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”, distinto de los contratos a distancia ordinarios. Véase, de todas formas, el Artículo 54 del Código de Comercio español, homólogo al Artículo 85 del Código de Comercio de Puerto Rico, 10 LPRA §1305 (1932).

En cuanto al segundo argumento resolvió la Audiencia que si bien la oferta de un precio ridículo, manifiestamente erróneo, no suele obligar al oferente, “en el comercio actual, y en concreto en el de los artículos informáticos y electrónicos, la rápida obsolescencia de estos productos y la práctica de las empresas de minimizar los costos de almacenamiento y gestión de stocks, hace que no sean infrecuentes rebajas drásticas en este tipo de artículos”.

De cualquier modo, es difícil pensar que el típico comprador de internet esté realmente interesado en leer y estudiar los términos y condiciones aplicables a las transacciones que realiza digitalmente para luego enfrascarse en un proceso de negociación en torno a ellas. Sobre todo, si confía en el producto que interesa adquirir, el típico comprador viaja tan rápido como puede a través de la página cibernética detrás de los botones verdes, indicativos de la aceptación de los términos, para pulsarlos y cerrar cuanto antes el negocio que interesa realizar. Asimismo, en el caso de los llamados “*shrinkwraps*” (9), los adquirentes típicos rompen a toda prisa el empaque del producto que acaban de recibir para sacarlo, instalarlo y comenzar a usarlo. Poca atención le presta a los términos, muchas veces técnicos, que se describen en la envoltura.

Si ello es así, ¿dónde encontramos salvaguardas efectivas para el consumidor?

Para empezar, en el ámbito electrónico están presentes las mismas nociones de buena fe comercial que rigen el comercio tradicional (10). Sería impermissible, en una tienda tradicional de venta de computadoras, que el contrato escrito que contiene los términos de adquisición de los equipos de computación y sus programas operativos, esconda y haga difícil al comprador leer y examinar las cláusulas potencialmente más espinosas –

(9) Véanse *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447, 1449 (7mo Cir. 1996) (“The ‘shrinkwrap license’ gets its name from the fact that retail software packages are covered in plastic or cellophane ‘shrinkwrap’, and some vendors, though not ProCD, have written licenses that become effective as soon as the customer tears the wrapping from the package. Vendors prefer ‘end user license,’ but we use the more common term”); y Mark A. Lemley, *Terms of Use*, 91 MINN. L. REV. 459 (2006) (“Until 1996, every court to consider the validity of a shrinkwrap license held it unenforceable. The tide began to turn with Judge Easterbrook’s 1996 opinion upholding a shrinkwrap license in *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*”).

(10) El comercio electrónico no tiene por qué estar exento del deber de lealtad y buena fe contractual como principios generales del derecho que permean todo el ordenamiento jurídico. Véase Michel J. Godreau Robles, *Lealtad y Buena Fe Contractual*, 58 REV. JUR. UPR 367 (1989).

por ejemplo, las que le conceden al vendedor el derecho a insertar “cookies” (11) en la operación de los programas. Al enfrentarse a intentos similares en el contexto del comercio electrónico, las cortes han respondido igual y han invalidado cláusulas a las que no se podía acceder electrónicamente sin obstáculos especiales (12).

Pero aparte los aspectos en el que el sistema de contratación digital se comporta igual que el tradicional, a mi juicio las más interesantes protecciones al consumidor que ofrece la plataforma electrónica de contratación, no radican en el evento negocial propiamente dicho. Son de otra naturaleza. Aquí algunas que considero importantes:

Primera, la plataforma electrónica en sí. La plataforma es un recurso valioso para los consumidores. En los mercados tradicionales, al consumidor le resultaba difícil y costoso comunicar sus insatisfacciones y llevarlas efectivamente al mercado. En los medioambientes digitales, el acceso es mucho más fácil. Los blogs, las páginas de comentarios en torno a productos particulares, le dan a cada consumidor el potencial de acceso a espacios antes insospechados. Sobre todo, en algunos sectores la cultura de participación del consumidor en foros de la web, el registro de comentarios en conversaciones cibernéticas sobre productos específicos, crean un recurso poderoso antes ajeno al consumidor (13).

(11) “‘Cookies’ son archivos pequeños de texto (hasta 4KB) creados por una página electrónica los cuales son almacenados, ya sea temporalmente durante [una] sesión o permanentemente en el disco duro [del ordenador] ‘persistent cookie’. [Los] ‘cookies’ proveen una forma para la página electrónica reconocer [al usuario] y reconocer [sus] preferencias. PC Magazine.com, <http://www.pcmag.com/encyclopedia/term/40334/cookie> (última visita 2 de noviembre de 2016) (traducción nuestra).

(12) Véase *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 306 F.3d 17 (2nd Cir. 2002) (Jueza Sotomayor). Para una discusión más detallada sobre la validez y consideraciones de los contratos electrónicos *clickwraps* de acuerdo a los principios generales de la contratación, véase Robert Lee Dickens, *Finding Common Ground in the World of Electronic Contracts: The Consistency of Legal Reasoning in Clickwrap Cases*, 11 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 379 (2007).

(13) Por ejemplo, *Consumer Reports* es una organización no gubernamental dedicada a promover la voz de los consumidores en el mercado para evaluar la

El potencial de impacto de los blogs puede ser muy grande. Estudios indican que 81 por ciento de los consumidores *online* en Estados Unidos confía en la información y los consejos que surgen de blogs (14). Se añade que 61 por ciento de los consumidores ha hecho una compra basada en recomendaciones que obtuvieron de un blog. Hoy día, un vendedor no puede ignorar la insatisfacción sostenida de compradores dispuestos a comunicar *urbi et orbi* su desagrado con el producto.

Dos, los mecanismos de pago. El pago en efectivo o cheque, típico del comercio tradicional es fundamentalmente ajeno al comercio electrónico. Otros métodos de pago, aunque surgieron antes del auge en el comercio electrónico, le ofrecen al consumidor digital un recurso valioso de protección. La legislación norteamericana, por ejemplo, les brinda a los tarjetahabientes de tarjetas de crédito, la capacidad de oponer al banco emisor de la tarjeta todas las reclamaciones y defensas que el tarjetahabiente tendría contra el vendedor, siempre que dicho tarjetahabiente hiciera un esfuerzo razonable de resolver sus reclamaciones contra dicho vendedor. La ley dice así:

(a) Claims and defenses assertible

Subject to the limitation contained in subsection (b) of this section, a card issuer who has issued a credit card to a cardholder pursuant to an open end consumer credit plan shall be subject to all claims (other than tort claims) and defenses arising out of any transaction in which the credit card is used as a method of payment or extension of credit if (1) the obligor has made a good faith attempt to obtain satisfactory resolution of a disagreement or problem relative to the transaction from the person honoring the credit card; (2) the amount of the initial transaction exceeds \$50; and (3) the place where the initial transaction occurred was in the same State as the mailing address previously provided by the cardholder

calidad de los productos e influenciar tanto las empresas que los producen, como la política pública que los regula. Véase Consumer Reports.

<http://www.consumerreports.org/cro/about-us/index.htm> (última visita 2 de noviembre de 2016).

(14) Active Blogs, Blogging Facts and Stats, <https://www.activeblogs.com/blogging-facts-stats/> (última visita 2 de noviembre de 2016).

or was within 100 miles from such address, except that the limitations set forth in clauses (2) and (3) with respect to an obligor's right to assert claims and defenses against a card issuer shall not be applicable to any transaction in which the person honoring the credit card (A) is the same person as the card issuer, (B) is controlled by the card issuer, (C) is under direct or indirect common control with the card issuer, (D) is a franchised dealer in the card issuer's products or services, or (E) has obtained the order for such transaction through a mail solicitation made by or participated in by the card issuer in which the cardholder is solicited to enter into such transaction by using the credit card issued by the card issuer.

(b) Amount of claims and defenses assertible

The amount of claims or defenses asserted by the cardholder may not exceed the amount of credit outstanding with respect to such transaction at the time the cardholder first notifies the card issuer or the person honoring the credit card of such claim or defense. For the purpose of determining the amount of credit outstanding in the preceding sentence, payments and credits to the cardholder's account are deemed to have been applied, in the order indicated, to the payment of: (1) late charges in the order of their entry to the account; (2) finance charges in order of their entry to the account; and (3) debits to the account other than those set forth above, in the order in which each debit entry to the account was made (15).

El comprador que paga con tarjeta de crédito en la *web* simplemente se reserva en muchos casos el derecho de transferir al banco emisor la reclamación por vicios e imperfecciones del producto y por falsas representaciones del vendedor. Este recurso contra el banco emisor puede también tener efectos importantes de mercado, toda vez que reclamaciones repetidas contra un mismo vendedor suelen dirigir a la suspensión de los

(15) 15 U.S.C. §1666i (2012). Sobre el requisito de proximidad física de la transacción en el caso de transacciones realizadas a través de internet (15 USC 1666i(a)(3)), véase MATHEWS & NICKLES, PAYMENTS LAW IN A NUTSHELL 2D 380-81 (2015).

privilegios que los bancos emisores de tarjetas le conceden a dicho vendedor (16).

En tercer lugar, los reguladores. Les corresponde a los gobiernos la vigilancia de las prácticas comerciales seguidas en sectores emergentes como este, de modo que el aparato gubernamental salga a la protección de los más débiles, cuando así fuera aconsejable. Hay diversos acercamientos a la gestión reguladora en este campo. China, por ejemplo, se inclina a un modelo de reglamentación estatal más directa (17). La Unión Europea, en vez, se inclina a la auto-regulación del mercado digital proveyendo incentivos a los actores en ese mercado (18). Además, descansa en la gestión supervisora de las organizaciones privadas de consumidores. A tenor con la directiva 98/27 de la Comisión Europea (19), a estas organizaciones debe reconocérsele legitimación activa en acciones relacionadas con el uso de cláusulas abusivas en la contratación digital.

En cuarto lugar, la gestión de las asociaciones de consumidores y las entidades dedicadas a la protección de consumidores, que vigilan el comportamiento de los actores en cada sector. Son las entidades y grupos que suelen acumular el conocimiento pericial necesario para verdaderamente fiscalizar la calidad del producto que circula en los mercados. Típicamente denuncian comportamientos relacionados con anuncios engañosos, productos riesgosos, productos contaminantes y otros. Cada organización suele tener su propio foco de acción: el litigio, el cabildeo, y las campañas públicas, entre otras (20).

Finalmente, los mecanismos jurisdiccionales, las formas que el sistema legal ofrece para la dilucidación de las reclamaciones que el consumidor

(16) *Id.*

(17) Jorg Binding y Kai Purnhagen, Regulations on E-Commerce consumer protection rules in China and Europe, 186 JIPITEC 1 (2011).

(18) *Id.*

(19) Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

(20) Véase Hayagreeva Rao, Caveat Emptor: The Construction of Non-profit Consumer Watchdog Organizations, 103 AM. J. OF SOCIOLOGY 912 (1998).

tenga contra el vendedor (21). Este asunto ha generado mucho debate, toda vez que no es inusual que los contratos generados en el comercio electrónico contengan un pacto de arbitraje que busque sustraer del ámbito judicial las controversias que se susciten entre las partes (22).

Tanto en Europa (23) como en América, (24) son claras las resistencias al pacto arbitral en estos casos. Ello suena bien. Pero a poco que escarbamos, el sonido se desafina algo. Porque triste favor le hacemos al adquirente de una *laptop* a través de plataformas digitales, cuando para salvarlo de un sistema de arbitraje que pueda resultar de entrada demasiado afín a los intereses del vendedor, lo enviamos al proceso judicial, como si la naturaleza de éste permitiera el trámite eficiente de reclamaciones de consumidores (25).

De ahí que, en el campo jurisdiccional, parece más interesante que la definición del foro, la posibilidad de acumular, ya sea en el foro judicial, arbitral, o administrativo, las acciones de grupos de consumidores que se encuentren en circunstancias iguales, las llamadas “acciones de

(21) Según 4 WRIGHT & MILLER, FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE §1067.2 (4TA ED. 2016) tener comercio electrónico con residentes de otro estado podría ser considerado suficiente contacto mínimo en ese estado para que se adquiriera jurisdicción sobre la persona fuera del estado (“electronic commerce can constitute purposeful availment”). Véase *Best Van Lines, Inc. v. Walker*, 490 F.3d 239 (2do Cir. 2007).

(22) Véanse L. Ali Khan, *Arbitral Autonomy*, 74 LA. L. REV. 1 (2013); y Alan Scott Rau, *The Arbitrability Question Itself*, 10 AM. REV. INT’L ARB. 287 (1999).

(23) Sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, véase la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

(24) Véanse *Specht v. Netscape*, 306 F.3d 17 (2do. Cir. 2002); *Bragg v. Linden Research, Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D. Penn. 2007) (“plaintiffs resisted the enforcement of the arbitration clause on the basis that it was ‘both procedurally and substantively unconscionable’”).

(25) Véanse Jethro K. Lieberman, *Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement*, 53 U. CHI. L. REV. 424 (1986) (“The best use for ADR may be to resolve the types of cases that are extremely difficult or exceedingly costly to resolve in court.”); Edward Brunet, *Questioning the Quality of Alternate Dispute Resolution*, 62 TUL. L. REV. 1 (1987).

clase" (26). Se trata, como sabemos de reclamaciones grupales que, al agregar acciones individuales, le dan sentido económico a reclamaciones que individualmente representan un valor menor de lo que cuesta su trámite (27).

Un caso reciente en Estados Unidos que dramatiza bien las tensiones en este campo es el de AT&T Mobility LLC v. Concepcion (28), resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 27 de abril de 2011. La situación que enfrentaron los tribunales en ese caso no era, en sus hechos, complicada: El contrato entre AT&T y sus clientes de telefonía móvil compelia al arbitraje de las reclamaciones contra AT&T y, además, cerraba la posibilidad de que en esos procesos de arbitraje se acumularan reclamaciones de grupos de consumidores agrupados en una clase. Solo se permitían reclamaciones individuales (29).

(26) Véase Rafael E. González Ramos, *Acción de Clase de Consumidores de Bienes y Servicios: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico y las Sentencias de los Tribunales Estatales y Federales*, 7 U. PUERTO RICO BUS. L.J. 118 (2015); y Carole J. Buckner, *Toward A Pure Arbitral Paradigm of Classwide Arbitration: Arbitral Power and Federal Preemption*, 82 DENV. U. L. REV. 301 (2004).

Sobre arbitraje de clase, véase *Green Tree Fin. Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003). Aquí, el juez presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos en su opinión concluyó que una cláusula que compele a las partes al arbitraje, y que nada dice sobre el arbitraje de clase, en sí no impide la posibilidad de acumular una clase dentro del proceso arbitral, pues el *Federal Arbitration Act* no lo prohíbe expresamente. En vez, es un simple asunto estatal de interpretación de contratos determinar si las partes pactaron prohibir el arbitraje de clase.

(27) Véase Charles Alan Wright et al., 7A FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE § 1751 (4ta ed. 2008).

(28) AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011); para mayor discusión del caso, véase Juliet M. Moringiello & William L. Reynolds, *From Lord Coke to Internet Privacy: The Past, Present, and Future of the Law of Electronic Contracting*, 72 MD. L. REV. 452 (2013).

(29) AT&T Mobility LLC, 563 U.S. en la pág. 348. ("The conclusion follows that class arbitration ... is inconsistent with the FAA").

Las cortes de California, se negaron a dar validez a ese pacto. Concluyeron que el acuerdo que cerraba la posibilidad de la acción de grupal, era nulo. El Tribunal Supremo de Estados Unidos revocó. Una Corte dividida 5 jueces contra 4 resolvió que la Ley Federal de Arbitraje (30) compele a la implantación de la cláusula que impide la acción de clase, tal como se pactó (31).

Ahora bien, no puede perderse de vista el contexto del caso: AT&T asumía los honorarios del árbitro que entendería en el proceso. Si el proceso de arbitraje terminaba en una compensación para el demandante que resultaba superior a la ofrecida por AT&T antes de iniciarse el proceso, entonces AT&T le pagaba un bono de \$10 mil al demandante, independientemente de la cuantía de la reclamación. Por último, el demandante que no prevaleciera no tenía que pagar por los honorarios de abogado invertidos por AT&T en su defensa. En suma, el Tribunal podía concluir que los demandantes estaban en mejor posición bajo el sistema acordado con AT&T que bajo un pleito de clase (32).

Planteaba al comienzo que, en el comercio sobre plataformas digitales, a la hora de evaluar los equilibrios entre vendedores y compradores es preciso ir más allá de las consideraciones que se refieren a la negociación de los términos. Señalaba que se deben tomar en cuenta además otros elementos que enmarcan esa negociación; circunstancias que, junto con el contrato, la ley y los reglamentos, conforman el medio ambiente en que el contrato discurre. El contrato es un vector dentro de un tinglado vectorial más amplio en el que operan otras fuerzas, otros actores, para producir el equilibrio resultante.

(30) Federal Arbitration Act (FAA), 9 U.S.C. § 1 *et seq.*

(31) Véase *AT&T Mobility LLC*, 563 US en la pág. 351 (“Arbitration is a matter of contract, and the FAA requires courts to honor parties' expectations, *Rent-A-Ctr., W., Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010). But what the parties in the aforementioned examples would have agreed to is not arbitration as envisioned by the FAA, lacks its benefits, and therefore may not be required by state law”).

(32) *Id.* en la p. 352.

El balance de protecciones entre las partes que participan en el comercio digital, debe estar en constante revisión. Aquí he apuntado algunos de los elementos que influyen en ese mercado y que deben tenerse bajo observación y análisis.



El comercio electrónico a la luz de la legislación paraguaya

Bonifacio Ríos Ávalos *

Sumario: 1. El Comercio en la actualidad. 2. Espacio Virtual. 3. Tiempo virtual. 4. El domicilio. 5. Contratos por medios electrónicos. 6.

* Profesor titular de Derecho Civil (Obligaciones) y Derecho Comercial (Derecho Bancario) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Ex presidente de la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay. Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el año 2003. Ex miembro del Consejo de la Magistratura. Obras publicadas: "Introducción al estudio de los hechos y actos jurídicos", con 13 ediciones. La lesión como vicios en los actos jurídicos" dos ediciones. "La teoría del derecho y el contrato colectivo en la función pública" dos ediciones. "Derecho comunitario", una edición. "La Responsabilidad Civil del Estado", una edición. "Derecho Bancario" 6 ediciones, en coautoría con los profesores José Raúl Torres Kirmser y José Antonio Moreno Rodríguez y Aldo Rodríguez. "La responsabilidad civil en el derecho" 1 edición. Coordinador de la obra en común de "Derecho mercantil, parte general", con Fernando Beconi y otros. Coordinador de las publicaciones de la ley, del "Código civil paraguayo comentado", libro segundo. "El daño moral, doctrina y jurisprudencia" La Ley 2011. "Factores de atribución de la responsabilidad civil". Editorial La Ley, año 2015.

Miembro de Número y Secretario de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Académico correspondiente de la Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia. Académico correspondiente de la academia de Nicaragua de Legislación y Jurisprudencia. Coordinador de los cursos de doctorado y maestría en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Prof. Investigador de la Universidad Nacional de Asunción.

Validez de las contrataciones por vía electrónicas. 7. Momento de conclusión del contrato. 8. En el Paraguay. 9. Lugar de celebración. 10. Legislación aplicable. 11. Los contratos que afectan a los derechos de los consumidores. 12. Protección contractual publicidad engañosa. 13. Aceptación en la página “web”. 14. Retracción. 15. Derecho de reembolso por variación entre lo ofertado y lo recibido. 16. Las cláusulas generales y las abusivas. 17. La firma digital. 18. Principios generales. 19. Valor jurídico de los mensajes de datos. 20. Mensajes de datos en la formación de los contratos. 21. Cumplimiento del requisito de escritura. 22. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. 23. Conservación de los mensajes de datos. 24. La reproducción de documentos originales por medios electrónicos. 25. Remitente de los mensajes de datos. 26. Titulares de una firma electrónica. 27. Obligaciones de los titulares de firmas electrónicas. 28. Efectos del empleo de una firma electrónica. 29. Validez jurídica de la firma electrónica. 30. De la revocación de una firma electrónica. 31. Validez jurídica de la firma digital. 32. Exclusiones y requisitos de validez. 33. Efectos del empleo de una firma digital, presunción de autenticidad. 34. De la revocación de una firma digital. 35. Del prestador de servicios de certificación. 36. Habilitación de prestadores de servicios de certificación. 37. Requisitos básicos que deben cumplir los prestadores de servicios de certificación. 38. Requisitos de validez de los certificados digitales. 39. Obligaciones del prestador de servicios de certificación. 40. Responsabilidades. 41. Protección de datos personales. 42. Ley aplicable a los contratos internacionales.

Protección al consumidor y elección de ley aplicable en los contratos internacionales.

1. EL COMERCIO EN LA ACTUALIDAD

Ideas preliminares

El comercio contemporáneo adquiere nueva relevancia, con el desarrollo de la tecnología (1), que generó el fenómeno de la globalización,

(1) “El jurista sospecha que hay un terremoto que afecta el suelo sobre el cual está parado: si la norma se refiere al lugar, o al tiempo, y estas nociones cambian, pueden producirse una suerte de derrumbe del andamiaje jurídico. Por ello

superando distancias e introduciendo la comunicación instantánea en el comercio, que dejó de ser un fenómeno exclusivamente nacional, haciendo necesaria una nueva *lex mercatoria* para atender un fenómeno hoy universal como resulta el comercio actual. La tecnología digital ha dejado hiperplejo al mundo, ha suscitado la necesidad de repensar el derecho en todos sus aspectos, con mayor razón para regular el comercio, porque en realidad se ha creado un mundo nuevo.

“Siempre tiene vigencia lo expresado por Toffler (2) cuando nos dice que estamos asistiendo a un cambio tan revolucionario como profundo, que constituye un reto a todo lo que hasta ahora dábamos por sentado. Las formas de pensar, las fórmulas, dogmas e ideologías, por valiosas o útiles que hayan sido en el pasado, no se adecuan ya a los hechos que nos presenta el mundo actual. Esta nueva etapa de la civilización – dice Toffler– que está rápidamente emergiendo del choque y confrontación de nuevas ideas y tecnologías, nuevas relaciones geopolíticas, nuevos estilos de vida y modos de comunicación, exige ideas, conceptos, clasificaciones y formas de análisis completamente nuevos. No podemos encerrar de este mundo de mañana, aún en embrión, en los cubículos convencionales del ayer. Con esta mentalidad debemos encarar el estudio de este tema” (3).

nuestro interés no es describir las influencias generales recíproca entre tecnología y derecho, sino las específicamente relacionadas con los instrumentos que utiliza el derecho, lo que nos será de utilidad para tratar, los problemas de autoría, contratos, propiedad, responsabilidad o defensa del consumidor” Lorenzetti, Ricardo L. Comercio Electrónico. Ed. ABELEDO PERROT, Bs.As., pág. 13.

(2) Alvin Toffler. Escritor contemporáneo, autor del libro la tercera ola, entre otros. Nació en los E.E.U.U. de América en el año 1928 y falleció en el año 2016, fue un escritor y futurista, doctorado en Letras, Leyes, conocido por sus estudios acerca de la revolución digital, la revolución de las comunicaciones. La tercera ola es la sociedad post-industrial. Desde fines de la década de 1950, la mayoría de los países se han alejado del estilo de sociedad de -segunda ola-, tendiendo hacia sociedades –tercera ola– que penetró a la era de la información y la comunicación.

(3) Farina, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Ed. Astrea, Bs. As. 1994, pág. 1.

Esta nueva era, denominada la era digital, ha posibilitado la enorme facilidad de las comunicaciones globalizándose el intercambio de datos por medios electrónicos a través del internet, que consiste en una red internacional de computadoras interconectadas, que permite comunicarse entre sí a millones de personas, así como acceder a una inmensa cantidad de información de todo el mundo (4).

El surgimiento de la "era digital ha suscitado la necesidad de repensar importantes aspectos relativos a la organización social, la democracia, la tecnología, la privacidad, la libertad, y se observa que muchos enfoques no presentan que semejante problemas requieren. Las opiniones parecen seducidas por la novedad; la Corte de los Estados Unidos mostró su admiración por los sitios de Chad y las páginas Web, definiéndose como foros democráticos; en la misma línea, otros autores han estimado que internet es un paraíso democrático, o un modo de reafirmar la declinante participación política (5)".

El internet debe considerarse como una red abierta, donde cualquiera puede acceder a ella, interactiva entre los usuarios que permite la transmisión de datos y el establecimiento de relaciones, sea de carácter nacional o internacional, donde existe una multiplicidad de operadores superando toda velocidad conocida hasta la fecha. También uno de los caracteres es la desterritorialización de las relaciones jurídicas, planteando a su vez, problemas de competencia en caso de conflicto, pero fundamentalmente el motivo del gran éxito es la gran velocidad en las transacciones y la disminución notable del costo de las operaciones.

(4) Nuevo Derecho, nueva especialidad, nuevos conceptos." El surgimiento de la era digital ha suscitado la necesidad de repensar importantes aspectos relativos de organización social, la democracia, la tecnología, la privacidad, la libertad y se observa que muchos enfoques no presentan la sofisticación teórica que semejantes problemas requieren; se esterilizan obnubilados por la retórica, la ideología y la ingenuidad". Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos. Rubinzal Culzoni. T. III, págs. 833, 834.

(5) Lorenzetti, Ricardo L. Comercio Electrónico. ABELEDO-PERROT, Pág. 9. Citando a Rodotá, Estefano. Johson, David y las publicaciones de Harvard LawReview, vol. 112.

2. EL ESPACIO VIRTUAL

Sin duda nos enfrentamos ante un nuevo espacio que supera los límites naturales de la propiedad, de las fronteras y de la privacidad, es lo que se denomina espacio cibernético o ciberespacio (6), distinto al espacio físico, es todo objeto que no puede asirse, que no se puede capturar y como tal presenta dificultades naturales para regular por el derecho, pues, el espacio virtual no es asimilable al espacio real, porque no está fijo, no es comprobable mediante pruebas empíricas, es intangible.

Se dice que este espacio es autónomo, que funciona de acuerdo a las reglas de su propio sistema, que es activo y que influye sobre los demás sistemas, en él no existe una relación vertical entre una autoridad y los demás, no existe una autoridad central, tampoco existe jerarquía.

Se considera que es *posorgánico*, porque no está formado por átomos ni sigue las reglas del funcionamiento orgánico, es de naturaleza no territorial, existe una desterritorialización, pues, no respeta ninguna frontera, es un espacio donde todo cambia respecto a todo.

El espacio inicialmente se concebía, como el continente de todos los objetos sensibles que existen, sin embargo, en este caso no existe límites, tampoco existen objetos sensibles. El espacio tradicionalmente arranca de un límite material hasta otro, así se habla de espacio geográfico, pero el espacio virtual es deforme e ilimitado.

Este Ciberespacio, debe ser regulado por el derecho, en razón de que el internet ya no es sólo correos electrónicos, sino tiene que ver con todos los aspectos de la vida, así se puede concebir el derecho del Ciberespacio (7).

(6) Según Lorenzetti, el término proviene del inglés, ha sido tomado de una novela, *Neuromancer*, de William Gibson, de 1984.

(7) Guanes Mersán, Alejandro sostiene: "Ya casi concluyendo la primera década del siglo XXI a nadie escapa el hecho que las llamadas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) en general e internet en particular han permeado todas las actividades humanas produciendo un real y significativo cambio en ellas, desde la manera de comunicarnos inter-relacionarnos con el email, el chat o a través del uso de las redes sociales; pasando por la manera de

3. EL TIEMPO VIRTUAL

La aceleración del tiempo histórico merced a la velocidad casi impredecible aplicada en la comunicación actual por medio de esta nueva tecnología, es una de las características de esta nueva era.

Una comparación de los acontecimientos histórico, sobre la velocidad en el transporte de las informaciones y de las personas, se dice que: “analizado la velocidad que imprime cada tecnología en el transporte de personas y de información, de la siguiente manera: en 6000 a.C., el vehículo más rápido es el Camello, en 1600 a.C. el carro; casi 3.500 años más tarde, la locomotora en 1825; y en 1880, la locomotora a vapor alcanzó a 180 Km; en 1938, los aviones comenzaron a desarrollar velocidades cada vez mayores, que se fueron duplicando cada década, hasta llegar al cohete y la nave espacial.

Este fenómeno hace que el presente se torne *omnipresente* y que la dimensión del pasado o del futuro se adelgace. Un ciudadano del siglo XIX que quería visitar en un país lejano a un amigo, o una empresa que quería contratar, debía consumir un recurso escaso; el tiempo le llevaba meses trasladarse. Actualmente la tecnología permite la comunicación instantánea con cualquier parte del mundo; no se consume el recurso y por lo, tanto, se acentúan los intercambios sin que interesen las distancias (8)”.

El tiempo virtual superó al tiempo real definido por el día y la noche, tradicionalmente dedicado el día para el trabajo y la noche para el descanso, sustituyéndose por trabajos en lugares cerrados, frente a la

trabajar conectados a Internet 24 horas 365 días al año, superando las barreras de tiempo y lugar; y la manera de hacer negocios, comprando y vendiendo a través de Internet, en sitios de subasta en línea, descargando contenidos digitales o realizando operaciones de banca electrónica, hasta en nuestra relación con el Estado y otros organismos públicos, declarando y pagando impuestos a través de Internet; ofertando en licitaciones públicas en línea; opinando en foros legislativos o presentando escritos y realizando actuaciones judiciales en línea”. Contratos. Moreno Rodríguez, José A., y otros. Intercontinental Editora, pág. 165.

(8) Lorenzetti. Ob. cit., pág. 15.

computadora sin importar si es de día o de noche, no importa la comunidad ni la naturaleza del trabajo o dedicación, se ha creado un tiempo individual autónomo.

4. EL DOMICILIO

Cabe apuntar, en primer término, que, en el campo de la privacidad, debe prohibirse el envío de mails no solicitados o correo no autorizado, el fundamento sería considerar a la computadora del sujeto receptor como un domicilio, y en consecuencia establecer la similitud de la presente situación a la intromisión arbitraria en la vida privada, por lo que debe existir un derecho para impedir dicha práctica como defensa de la privacidad, pero todo aún está en proceso de experimentación.

En materia de contratos, los sujetos se encuentran físicamente distantes, lo que según la legislación deberá considerarse como contrato entre ausentes, sin embargo, debe hacerse notar que anterior a la tecnología el legislador tuvo en cuenta el espacio de tiempo existente entre los ausentes, por lo que era relevante los riesgos de la muerte, incapacidad o revocación. En esta era ocurre lo contrario, la vinculación es instantánea entre dos sujetos de lugares distantes, por lo que los nuevos riesgos son distintos a los tradicionales.

5. LOS CONTRATOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

El comercio electrónico

El comercio realizado a través de diversos medios electrónicos y principalmente por "Internet", se presenta como un área de notable expansión, fenómeno sobre el que existe una profusa información en la actualidad. El comercio electrónico tiene fuertes incentivos económicos: una reducción de costos administrativos e impositivos, el acortamiento del proceso de distribución e intermediación, la posibilidad de operar durante todo el día; la superación de las barreras nacionales; el aumento de celeridad en las transacciones.

También existen alicientes legales, por la insuficiencia de las normas nacionales y la ausencia de regulación internacional.

El comercio en Internet presenta numerosos aspectos propios de la organización de un mercado: la disminución de los costos y la organización de una estructura que facilite tanto la búsqueda de productos como la de consumidores; la seguridad en las transacciones sobre todo en los medios de pago y el aseguramiento de la entrega de los productos.

Si bien se debe puntualizar, lo reciente del comercio electrónico en el Paraguay, frente a otras latitudes, la Ley 4868, del año 2013, sobre comercio electrónico, establece las definiciones, entre ella del comercio electrónico como: “toda transacción comercial realizada por proveedores de bienes y servicios y a distancia” y proveedor de bienes y servicios por vía electrónica: “toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a distancia a consumidores o usuarios, por vía electrónica o tecnológicamente equivalente a distancia, por los que cobre un precio o tarifa”.

6. VALIDEZ DE LAS CONTRATACIONES POR VÍA ELECTRÓNICAS

Dispone la Ley 4868: “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán los efectos previstos por el ordenamiento jurídico para los contratos escritos y se regirán por lo dispuesto en este Título, por el Código Civil y las normas especiales vigentes en materia de protección de los consumidores”.

7. MOMENTO DE CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

Los códigos decimonónicos tomaron como forma de contratación entre dos personas presentes o ausentes; en este último caso, hay una distancia geográfica, y esta distancia importa un tiempo importante para la comunicación, circunstancia que resulta jurídicamente relevante.

La celebración de un contrato por medios electrónicos plantea algunas cuestiones en sistemas jurídicos, impuestos por los códigos basados en otras realidades.

Cabe resaltar que la contratación electrónica, es celebrada entre personas físicamente distantes, pero el medio utilizado *neutraliza la geografía*, ya que la comunicación es instantánea.

Este problema, comenzó a ponerse de relieve con el uso del teléfono y del fax, pero, actualmente adquiere proporciones ilimitadas con la informática.

Expresa Lorenzetti en su obra de contratos “consentimiento electrónico” involucra contrataciones entre empresas y con los consumidores, bienes materiales que luego del consentimiento son enviados al adquirente y bienes inmateriales que se usan instantáneamente en la red.

En Argentina se ha señalado que en el contrato entre ausentes lo que interesa no es la presencia física, sino la declaración, y que más que la distancia física, importa la jurídica. En base a aquello se ha interpretado que si dos personas distantes entre sí, pero comunicadas telefónicamente, emiten declaraciones instantáneas, debe considerarse que hay una contratación entre presentes; si esas personas están situadas entre países diferentes, se aplica las reglas del Derecho Internacional Privado, con lo que sería entre ausentes. En la contratación entre ausentes, se aplica, como regla, la teoría de la expedición, de modo que el contrato se perfecciona desde que la aceptación de la oferta sea enviada por el aceptante al oferente.

La mencionada interpretación es problemática, puesto que el “consentimiento electrónico” sería entre presentes porque las declaraciones son instantáneas, y entre ausentes para las reglas de Derecho Internacional Privado, lo cual es frecuente en Internet, ya que los contratos se celebran entre sujetos situados en lugares muy distantes, y en países diferentes. La problematicidad se genera porque se trata de definir conceptualmente lo que es “declaración”, “presencia física”, cuando en realidad, se trata de un problema de atribución del riesgo de las comunicaciones”.

El problema que plantea es la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato y la legislación aplicable.

El Código Civil Paraguayo, relativamente reciente, contiene disposiciones relativas a la formación del consentimiento, mediante la oferta y la aceptación. La oferta hecha entre presentes, deberá ser inmediatamente aceptada, considerándose como oferta entre presentes a la realizada por *“teléfono u otro medio que permita a cada uno de los contratantes conocer inmediatamente la voluntad del otro”*.

Las aludidas disposiciones legales, rezan los siguientes: “Art. 674.- El consentimiento debe manifestarse por oferta y aceptación. Se lo presume por el recibo voluntario de la cosa ofrecida o pedida; o porque quien haya de manifestar su aceptación hiciere lo que en caso contrario no hubiere hecho, o dejare de hacer lo que habría hecho si su intención fuere la de rechazar la oferta. Art. 675.- Para que exista consentimiento, la oferta hecha a una persona presente deberá ser inmediatamente aceptada. Esta regla se aplicará especialmente a la oferta hecha por teléfono u otro medio que permita a cada uno de los contratantes conocer inmediatamente la voluntad del otro”.

No cabe duda que el contrato realizado por medio electrónico, dentro del país es considerado entre presentes, sin embargo, también nos asombra la duda cuando se trata de dos sujetos distintos países, pues la primera respuesta a la cuestión es que deben aplicarse los principios del Derecho Internacional Privado, aun siendo insuficientes aquellos por haber regulado situaciones distintas a las actuales.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, establece respecto a la aceptación, en su Art. 18:

“1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la

aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente”.

8. EN EL PARAGUAY

La Ley 4868, que regula el comercio electrónico en el Paraguay, establece entre las obligaciones del proveedor de bienes y servicios por internet, la de brindar al usuario la copia electrónica del contrato, el establecimiento de un procedimiento para la cancelación del contrato y el completo acceso a los términos del mismo, ante de la confirmación de los contratos, advertencia sobre posibles riesgos, moneda y forma de pago y el silencio igualmente no es considerado como manifestación positiva.

9. LUGAR DE CELEBRACIÓN

El Art. 29 de la Ley 4868 dispone: “Los contratos celebrados por vía electrónica entre un proveedor de bienes y servicios y el consumidor o usuario, se presumirán celebrados en el lugar en que el consumidor o usuario tenga su residencia habitual”.

10. LEGISLACIÓN APLICABLE

En cuanto a la legislación aplicable dentro del país, es la Ley 4868, que protege a los consumidores o usuarios de cualquier abuso, incluso estableciendo como domicilio para todos los efectos legales, el domicilio del consumidor y la ley aplicable la nacional, aun cuando el proveedor de bienes y servicios está domiciliado en el exterior.

En los demás casos en que el destinatario de los productos, bienes o servicio no es consumidor, se plantea un problema que aún no se ha podido resolver, pues resulta notoriamente relevante en las contrataciones internacionales, muy frecuente en el comercio electrónico, lo que ha motivado las siguientes propuestas:

- a) Aplicar convenios internacionales,
- b) Aplicar la legislación del vendedor;
- c) Aplicar la legislación del comprador;

d) Crear normas específicas para Internet.

La conclusión evidente, a la vista de que no existe una legislación uniforme para todos los países conectados a Internet, consiste en establecer una cláusula específica de sumisión a la legislación del Estado en el que se radica el oferente (9).

Sin embargo, se debe destacar que, en el Paraguay, la ley 5393 del 2015, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales resolvió la cuestión, pues, las partes podrán elegir libremente la ley aplicable a los contratos concluidos por ellos.

11. LOS CONTRATOS QUE AFECTAN A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

La oferta y la aceptación por internet, para la conclusión del contrato con el proveedor de bienes y servicios, presenta dificultades realmente llamativas, pues, el consumidor puede navegar libremente, visitar todos los sitios que desea, usarlos materialmente y contratar. Esta práctica es cada vez más frecuente, ya que el medio electrónico permite adquirir bienes tan variados como, pasajes, vestimentas, libros, discos, computadoras, medicamentos, autos o inmuebles, y servicios, como el turismo, seguro, bancarios, inversiones en la bolsa y muchos otros.

(9) Guanes Mersán, Alejandro sostiene: “Ante esta cuestión, y en base al análisis realizado en este trabajo, consideramos que las normas vigentes en materia de formación de contratos no son –en general– aptas para ser aplicadas a la contratación electrónica y la formación de contratos a través de medios electrónicos, puesto que en caso que se aplicaren, no estaríamos exentos de lidiar –al menos– con importantes dudas interpretativas. Creemos que el marco jurídico debe servir para generar seguridad jurídica para las partes, por lo que, un marco jurídico inapropiado además de generar el efecto contrario, generaría desconfianza en el medio utilizado y esto a su vez conspiraría contra el desarrollo del comercio electrónico”. *Contratos*. Moreno Rodríguez, José A., y Otros. Intercontinental Editora, pág. 180.

12. PROTECCIÓN CONTRACTUAL

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La Ley N° 1334 /98, de defensa del consumidor y del usuario, protege de la publicidad engañosa al consumidor final, que en su Art. 35 dispone: *“Está prohibida cualquier publicidad considerada engañosa. Se entenderá por tal, cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que, de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error al consumidor, cuando se proporcionen datos respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización, técnicas de producción o cualquier otro dato que sea necesario para definir la relación de consumo”*.

“La publicidad engañosa es frecuente, y motivada por el deseo de atraer al “navegante” en la *web*. La tendencia más consolidada se orienta hacia la utilización de los “buscadores” y no la búsqueda personal, más difícil y lenta; en estos buscadores se utilizan palabras claves, y el uso que se hace de estas palabras es susceptible de análisis estadísticos. Consecuentemente, quien diseña una página puede incluir en ella algunas de las palabras más usadas por los usuarios, conforme a la información que les dan los sitios de búsqueda, de modo que cada vez que el usuario escriba esa palabra, aparezca la página, aunque no tenga una relación directa con esa palabra: se usan palabras vinculadas al sexo, y a las marcas de productos y empresas más requeridas. Esta técnica denominada *meta-tag*, constituye una publicidad engañosa frente al consumidor y un aprovechamiento indebido del nombre en el caso de la utilización de marcas” (10).

(10) Lorenzetti. Contratos. T. III.

13. ACEPTACIÓN EN LA PÁGINA “WEB” (11) (“point and click agreements”)

La mayoría de las transacciones electrónicas que se realizan en la actualidad se basan en acuerdos que se aceptan pulsando un botón de la página *web*, por lo que constituye una regla admisible con base en la costumbre negocial y en la conducta de las partes.

La aceptación deberá hacerse en base a una oferta hecha al público, vinculante si es un contrato de consumo, que se concluye en el momento en que el usuario transmite la declaración de aceptación. Si no contiene los elementos constitutivos de una oferta, se entiende que es una invitación a ofertar.

La ley del consumidor establece claramente en su Art. 8, cuales son los requerimientos que debe contener la oferta, en los términos siguientes: *“Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o presten servicios, suministrarán a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.*

(11) Lorenzetti. Contratos. T. III. “El problema de la atribución en las relaciones de consumo debe ser reformulado, principalmente en el campo del espacio virtual.

En la sociología actual se ha estudiado el funcionamiento de los “sistemas expertos”, los que son calificados como sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en el que vivimos. Al subir a un avión no revisamos los controles del aeropuerto ni la capacidad del piloto; al contratar por Internet no hacemos una indagación sobre la solvencia del oferente, del servidor, el funcionamiento de las claves, el sistema de seguridad en las transacciones, y en otros aspectos.

Siempre suponemos que alguien se ha ocupado de que las cosas funcionen. Ese alguien no es un sujeto conocido y responsable de sus actos, como ocurre con el almacenero del barrio, se trata en cambio de un sistema, que puede aparecer ante el consumidor como una persona amable, pero que es solo un empleado, cara anónima y no responsable. El sistema es inextricable pues la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer el dueño ni al responsable. Sin embargo, el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado y otros símbolos”.

La oferta y presentación de los productos o servicios asegurará informaciones correctas, claras, precisas y visibles, escritas en idioma oficial, sobre sus características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local de reclamo y los riesgos que presenten para la seguridad de los consumidores, en su caso”.

Igualmente, sobre el plazo y el carácter permanente de la oferta se refiere, el Art. 9 de la mencionada ley, en los términos siguientes: *“La oferta obliga al proveedor que la emite por todo el plazo de su vigencia. Si ella no indicase plazo para el efecto, se entenderá que es de carácter permanente. Cuando la oferta se realice en día inhábil se interpretará que se prolonga hasta el primer día hábil siguiente. El proveedor podrá revocar anticipadamente la oferta, siempre que lo difunda por medios similares a los empleados para hacerla conocer”*.

En segundo lugar, se aplica el principio de la recepción, perfeccionándose el contrato desde el momento en que la aceptación llega al oferente.

Según LORENZETTI, en la Unión Europea, para la contratación de consumo, se afirma que es una venta a distancia, y se ha postulado la aplicación de la directiva comunitaria sobre ventas a distancia, en razón de que se efectúan sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza, habiéndose considerado que la distancia incluye al teletexto y el correo electrónico. Esta decisión trae como efectos:

La obligación de indicar el plazo de ejecución del pedido;

Solo podrá exigirse el pago antes de la entrega del producto cuando se trate de un pedido que se haya elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo;

Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, sin que esta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación de cargo;

El comprador puede desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contado desde la fecha de recepción del producto.

14. RETRACTACIÓN

La Ley de Comercio Electrónico establece la posibilidad de la retractación de la transacción comercial, en el plazo máximo de cinco días hábiles a partir de la recepción del producto o servicio, por parte del proveedor, con la simple notificación electrónica de su voluntad. En caso de que ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, siempre que el servicio o producto no hubiese sido utilizado ni sufrido deterioro. Los costos que deberán cubrir los consumidores, son los relativos al retorno de los productos o el pago de los servicios prestados (Art. 30, inc. b Ley 4868).

15. DERECHO DE REMBOLSO POR VARIACIÓN ENTRE LO OFERTADO Y LO RECIBIDO

Establece el Art. 17 de la Ley 4868: “Todos los proveedores de bienes y servicios deberán establecer un mecanismo de reembolso del dinero pagado POR EL consumidor o usuario, en caso que el mismo no recibiera el producto o servicio publicitado en el tiempo, cantidad y calidad prometidos, siempre y cuando ejerza este derecho a través del reclamo, en un plazo máximo de cinco días hábiles de recibidos los bienes o servicios. Este mecanismo debe ser público y accesible a cualquier usuario.

La presente disposición no limita, disminuye ni excluye las responsabilidades penales que pudieran surgir por el actuar del proveedor”.

16. LAS CLÁUSULAS GENERALES Y LAS ABUSIVAS

La Ley 1334 que regula los derechos del consumidor, en su Art. 28 dispone: “Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que:

- a) Desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños;
- b) Importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

- d) Impongan la utilización obligatoria del arbitraje;
- e) Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones de contrato;
- f) Violen o infrinjan normas medioambientales;
- g) Impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor; y,
- h) Impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor, o causen su indefensión”.

El contenido del contrato *on line* puede ser muy variado y en la mayoría de los aspectos no difiere de un contrato común. La utilización de cláusulas generales es difundida lo que hace que pueda ser calificado como un contrato celebrado por adhesión a condiciones generales de la contratación.

El oferente puede presentar la página de modo que el usuario tenga la posibilidad de contratar en base a las condiciones generales o de proponer un texto alternativo o modificaciones. Esta última modalidad es casi inexistente en la contratación de consumo, y de baja tasa de utilización en la referida a empresas, entre las cuales se utiliza el formulario electrónico; no obstante, puede ser una buena modalidad cuando se trata de vínculos que requieren una adaptación.

Las condiciones generales y su aceptación constituyen un documento electrónico.

Al no existir una regulación expresa sobre la materia específica, es decir, la regulación referida a las contrataciones por Internet, es aplicable las disposiciones de la Ley 1334/98, que protege al consumidor y al usuario de las cláusulas abusivas, que pudiera existir en los contratos por adhesión.

17. LA FIRMA DIGITAL

En la actualidad, la simple firma como tradicionalmente se conoce, estampada al pie de un documento, normalmente en soporte de papel, plasmado mediante escrito mecanográfico o manuscrito, donde se expone

el contenido de un negocio jurídico, hoy, ha perdido fuerza, siendo sustituido por la firma electrónica como género y la firma digital como especie, principalmente, para la realización de los negocios jurídicos internacionales, interbancarios y finalmente para todo tipo de transacciones comerciales, donde la fluidez, la rapidez, el menor costo, y la limitación del número de personal, constituyen elementos que hacen que su evolución sea a velocidad vertiginosa.

En este caso los trazos manuales del autor, como firma ha desaparecido y sustituido por *claves*, “El fundamento técnico para que ello sea posible lo da la criptología que estudia la ocultación, disimulación o cifrado de la información y los sistemas que lo permiten. A diferencia del significado que tiene en la cultura de la escritura, en este concepto de firma no tiene cabida la manualidad ni los átomos, sino las claves y los bits” (12).

“La criptografía es una técnica antigua, revitalizada en épocas de guerra para cifrar y descifrar mensajes ocultando el lenguaje natural de ellos, al entendimiento de todos salvo aquellos que tienen en su poder las claves. Aquí aparece la división clásica: la primera criptografía que se pone en funcionamiento es la llamada criptografía asimétrica, en la cual se usa la misma clave secreta, para cifrar por parte del emisor del mensaje y para descifrar por parte del receptor de ese mismo mensaje recibido en forma cifrada. Este tipo de criptografía, que puede ser muy útil, tiene algunos inconvenientes. Por ejemplo la necesidad de estar intercambiando las claves en forma intensa, por los interlocutores que se hace a través de redes inseguras como es Internet otro inconveniente de esta criptografía simétrica lo da el hecho de no dejar a salvo la posibilidad de que los sujetos de la transacción confabulen en perjuicio de terceros (ej. Suplantación de identidades), con lo cual en definitiva no estamos ante una firma electrónica... Ante este tipo de problema aparece otra tecnología con soporte técnico de la firma digital: llamada criptografía asimétrica... basada en algoritmos matemáticos afectados a un par de claves disímiles pero asociadas... hay dos claves: la clave privada que sólo conoce y emplea el titular,

(12) Lorenzetti, Ricardo Luís. Comercio Electrónico, Ed. ABELEDO-PERROT, págs. 69, 70.

y la clave pública que cualquier sujeto puede acceder...esto permite asegurar la confidencialidad de los mensajes aun a través de canales inseguros como el Internet también permite realizar las firmas digitales, con notas de autenticidad, integridad, no rechazo, de un modo que resulte altamente seguro" (13).

Tanto la Directiva de la Unión Europea y la UNCITRAL, como también numerosas legislaciones de distintos países se ocupan del tema, pero aun, va desarrollándose sin conocer el punto final de este espinoso tema en materia jurídica, así tenemos que la Unión Europea considera a la firma electrónica tiene exactamente el mismo valor legal que la firma manuscrita adjuntada a un documento escrito en soporte de papel. Se establece un sistema voluntario de acreditación de los prestadores de servicios de certificación y se especifica que estos serán responsables ante cualquier persona que de buena fe haya confiada en la referida certificación y la veracidad de su contenido.

En realidad, desde el punto de vista técnico, la seguridad deberá otorgar los que prestan servicios de certificación y desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad, deberá recaer en las compañías prestadoras del servicio de certificación (14). En el Perú existe una legislación muy actualizada que se podrá analizar (15).

(13) Bauzá Marcelo. La firma electrónica y entidades certificadoras, expuesta en las Jornadas sobre Comercio Electrónico, en Montevideo, publicada en la editorial IB de IF, año 2003, Julio Cesar Faira –editor, págs. 79, 80.

A los efectos de salvaguardar los intereses de las partes que utilizan los servicios de certificación, el prestador de servicios de certificación deberá contar con un medio de garantía suficiente para cubrir las responsabilidades inherentes a su gestión, entre los que se podría citar pólizas de seguros, cauciones bancarias o financieras o en fin cualquier sistema que el Reglamento de la presente ley establezca para el efecto.

(15) La Ley N° 27269/00 del Perú regula bajo la denominación "LEY DE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES" y define a la firma digital como "aquella firmas electrónicas que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada". Además,

En el Paraguay, fue sancionada Ley N° 4017, promulgada en fecha 23 de diciembre de 2010, de “LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA. LA FIRMA DIGITAL. LOS MENSAJES DE DATOS Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO”. Esta Ley fue modificada por la Ley 4610, del 6 de diciembre de 2011, alterándose una serie de artículos de la Ley originaria, e incorporándose nuevas disposiciones, permitiendo los expedientes electrónicos en los procesos judiciales, que deberá implementarse en el futuro

La Ley 4017 fue reglamentada por el Poder Ejecutivo, según el Decreto N° 7.369, del año 2011 a los efectos de su aplicación, señalaremos los aspectos más importantes, de la novel legislación, donde abarca desde definiciones, hasta las regulaciones más importantes, incluyendo expediente electrónico, de carácter administrativo primeramente y hoy por la Ley 4610/11 alcanza a los expedientes judiciales.

Además, cabe advertir finalmente que en la actualidad también existe la Ley que establece el sistema de pagos y liquidación de valores, Ley 4595, del año 2012, que será implementado por el Banco Central Del Paraguay, para operaciones interbancarias mediante compensaciones electrónicas y expedición de saldo automático por medio de una cámara compensadora electrónica, a ello se suma, la protección de los particulares, quienes utilizan medios electrónicos para efectuar pagos, o giros dentro del país, que también ya ha sido reglamentado por el Banco Central mediante una resolución en vigencia.

En efecto, la Ley 4017 arranca reconociendo la validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos, el expediente electrónico y regula la utilización de los mismos, las empresas certificadoras, su habilitación y la prestación de los servicios de certificación.

En cuanto a las definiciones para los ojos de la Ley, son:

Firma electrónica: es el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado

regula sobre las entidades de certificación y de registro, y del depósito de certificados digitales.

por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.

Firma digital: es una firma electrónica certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.

Mensaje de datos: es toda información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, siendo esta enumeración meramente enunciativa y no limitativa.

Documento Digital: es un mensaje de datos que representa actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su creación, fijación, almacenamiento, comunicación o archivo.

Firmante, suscriptor o signatario: es toda persona física o jurídica titular de la firma electrónica o digital. Cuando el titular sea una persona jurídica, ésta es responsable de determinar las personas físicas a quienes se autorizarán a administrar los datos de creación de la firma electrónica o digital.

Remitente de un mensaje de datos: es toda persona que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar un mensaje de datos.

Certificado digital: es todo mensaje de datos u otro registro emitido por una entidad legalmente habilitada para el efecto y que confirme la vinculación entre el titular de una firma digital y los datos de creación de la misma.

Prestador de servicios de certificación: entidad prestadora de servicios de certificación de firmas digitales.

Expediente electrónico: se entiende por “expediente electrónico”, la serie ordenada de documentos públicos registrados por vía informática,

tendientes a la formación de la voluntad administrativa en un asunto determinado.

Parte que confía: es toda persona que pueda actuar sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.

18. PRINCIPIOS GENERALES

La Ley recoge los principios universalmente aceptado en esta materia y ellos son:

a) Neutralidad tecnológica: Ninguna de las disposiciones de la presente Ley podrá ser aplicada de forma que excluya, restrinja o prive de efectos jurídicos a cualquier otro sistema o método técnico conocido o por conocerse que reúna los requisitos establecidos en la presente Ley.

b) Interoperabilidad: Las tecnologías utilizadas en la aplicación de la presente Ley se basarán en estándares internacionales.

c) Interpretación funcional: Los términos técnicos y conceptos utilizados serán interpretados en base a la buena fe, de manera que no sean negados efectos jurídicos a un proceso o tecnología utilizado por otro Estado por el solo hecho de que se le atribuya una nomenclatura diferente a la prevista en la presente Ley.

19. VALOR JURÍDICO DE LOS MENSAJES DE DATOS

Según la Ley, se reconoce el valor jurídico de los mensajes de datos y no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Tampoco se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.

20. MENSAJES DE DATOS EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS

La Ley establece que la oferta, aceptación, así como cualquier negociación, declaración o acuerdo realizado por las partes en todo contrato,

podrá ser expresada por medio de un mensaje de datos, no pudiendo negarse validez a un contrato por la sola razón de que en su formación se ha utilizado este sistema, siempre y cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez previstos en el Código Civil.

Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica, no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

21. CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE ESCRITURA

Cuando en el ámbito de aplicación de la presente Ley, la normativa vigente requiera que la información conste por escrito o si las normas prevean consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original; ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos firmado digitalmente que permita que la información que éste contiene sea accesible para su ulterior consulta.

En caso de que el mensaje de datos no estuviere vinculado con una firma digital, el mismo será considerado válido, en los términos del párrafo anterior; si fuera posible determinar por algún medio inequívoco su autenticidad e integridad.

22. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS

La Ley establece que toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria, siempre y cuando el mismo tenga una firma digital válida de acuerdo con la presente Ley.

Los actos y contratos suscritos por medio de firma digital, otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten por escrito, a los efectos de que surtan consecuencias jurídicas.

23. CONSERVACIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS

Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos que los reproduzca, si:

a) Existe una garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez su forma definitiva, como mensaje de datos u otra forma. Esta garantía quedará cumplida si al mensaje de datos resultante se aplica la firma digital del responsable de la conservación;

b) La información que contenga sea accesible para su ulterior consulta;

c) El mensaje de datos sea conservado con el formato que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; y,

d) Se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, la fecha y la hora que fue enviado o recibido.

24. LA REPRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS ORIGINALES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Cuando sea necesario almacenar documentos y datos de cualquier especie, se podrá almacenar la reproducción de los mismos en mensajes de datos. La reproducción del documento o dato deberá ser realizada en la forma y en los lugares indicados por la reglamentación de la presente Ley.

La reproducción, a la que hace mención el presente artículo, no afectará ni modificará de modo alguno los plazos individualizados en el documento reproducido, ni tampoco implica reconocimiento expreso o tácito de que el contenido sea válido.

25. REMITENTE DE LOS MENSAJES DE DATOS

Se considera que proviene del remitente, si:

- i) Ha sido enviado por el propio remitente;
- ii) Ha sido enviado por alguna persona facultada para actuar en nombre del remitente respecto de ese mensaje;
- iii) Ha sido enviado por un sistema de información programado por el remitente o en su nombre para que opere automáticamente, o
- iv) El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el remitente, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el remitente para identificar un mensaje de datos como propio, aun cuando esta persona no hubiese estado debidamente autorizada por el mismo para ese efecto.

Los numerales ii, iii y iv del presente artículo no se aplicarán entre remitente y destinatario, a partir del momento en que el destinatario haya sido informado por el remitente de que los mensajes de datos que provengan en su nombre y/o con su firma digital pueden ser emitidos por personas no autorizadas para el efecto, quedando automáticamente inhabilitada la firma digital entre el remitente y el destinatario debidamente notificado. La notificación aquí mencionada no exime al titular de la firma digital de la obligación de notificar a la autoridad certificadora de esta situación.

26. TITULARES DE UNA FIRMA ELECTRÓNICA

Podrán ser titulares de una firma electrónica personas físicas o jurídicas.

Para el caso de las personas jurídicas, la aplicación o utilización de la firma electrónica por sus representantes se considerará como efectuada por la persona jurídica con todos los alcances previstos en los estatutos o normas correspondientes a su funcionamiento que se encuentren vigentes al momento de la firma.

Corresponde a la persona jurídica, a través de sus órganos directivos, determinar las personas autorizadas para emplear la firma electrónica que le fuera asignada.

27. OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE FIRMAS ELECTRÓNICAS

Los titulares de firmas electrónicas deberán:

a) Actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma;

b) Dar aviso sin dilación indebida a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el titular, que puedan considerar fiable la firma electrónica o que puedan prestar servicios que la apoyen si:

i) Sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o

ii) Las circunstancias de que tiene conocimiento dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho.

c) Cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con su período de validez o que hayan de consignarse en él sean exactas y cabales.

El titular de la firma electrónica incurrirá en responsabilidad personal, solidaria e intransferible por el incumplimiento de los requisitos enunciados en este artículo.

28. EFECTOS DEL EMPLEO DE UNA FIRMA ELECTRÓNICA

La aplicación de la firma electrónica a un mensaje de datos implica para las partes la presunción de:

a) Que el mensaje de datos proviene del firmante;

b) Que el firmante aprueba el contenido del mensaje de datos.

29. VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

30. DE LA REVOCACIÓN DE UNA FIRMA ELECTRÓNICA

La asignación de una firma electrónica a su titular quedará sin efecto y la misma perderá todo valor como firma en los siguientes casos:

- 1) Por extinción del plazo de vigencia de la misma.
- 2) A solicitud del titular de la firma.
- 3) Por fallecimiento del titular o disolución de la persona jurídica que represente, en su caso.
- 4) Por resolución judicial ejecutoriada, o
- 5) Por incumplimiento de las obligaciones del usuario establecidas en la presente Ley.

31. VALIDEZ JURÍDICA DE LA FIRMA DIGITAL

Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia.

32. EXCLUSIONES Y REQUISITOS DE VALIDEZ

Se excluyen, según la Ley 4610 los siguientes casos:

Art. 21.- Exclusiones. Las disposiciones de esta Ley no son aplicables a:

- a) Las disposiciones de última voluntad;
- b) Los actos jurídicos del derecho de familia; y,
- c) Los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, como los que requieran de escritura pública y aquellos en los que así se haya determinado por acuerdo de partes”.

No debemos olvidar que el Código Civil Paraguayo, contiene los actos que deben realizarse por escritura pública en disposición del Art. 700 que preceptúa: *“Deberán ser hechos en escritura pública:*

a) Los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados;

b) Las particiones extrajudiciales de bienes, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez;

c) Los contratos de sociedad, sus prórrogas y modificaciones, cuando el aporte de cada socio sea mayor de cien jornales mínimos establecidos para la capital, o cuando consista en la transferencia de bienes inmuebles, o de un bien que deba ser registrado;

d) La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios, en las condiciones del inciso anterior, salvo que sean hechas en juicio;

e) Todo acto constitutivo de renta vitalicia;

f) Los poderes generales o especiales para representar en juicio voluntario o contencioso, o ante la administración pública o el Poder Legislativo; los conferidos para administrar bienes, contraer matrimonio, reconocer o adoptar hijos y cualquier otro que tenga por objeto un acto otorgado o que deba otorgarse por escritura pública;

g) Las transacciones sobre inmuebles y los compromisos arbitrales relativos a éstos;

h) Todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos;

i) Todos los actos que sean necesarios de contratos redactados en escritura pública; y

j) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los parciales y de los relativos a intereses, canon o alquileres”;

Igualmente, para aquellos actos que no cumplieren con el requisito de la escritura pública, siempre que esté firmado por las partes, o concluidos por las partes verbalmente (reconocido) valdrá como una obligación de hacer.

Dispone el Art. 701: “Los contratos que, debiendo llenar el requisito de la escritura pública, fueren otorgados por instrumento privado o verbalmente, no quedarán concluidos como tales, mientras no estuviere firmado aquella escritura. Valdrán, sin embargo, como contratos en que las partes se hubieren obligado a cumplir esa formalidad.

Estos actos, como aquéllos en que las partes se comprometieren a escriturar, quedan sometidos a las reglas sobre obligaciones de hacer.

El presente artículo no tendrá efecto cuando las partes hubieren convenido que el acto no valdría sin la escritura pública”.

Una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos:

a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;

b) Haber sido debidamente verificada la relación entre el firmante y la firma digital, por la referencia a los datos indicados en el certificado digital, según el procedimiento de verificación correspondiente. Se exigirá la presencia física del solicitante del certificado con documento de identidad vigente y válido en la República del Paraguay;

c) Que dicho certificado haya sido emitido por una entidad prestadora de servicios de certificación autorizada por la presente Ley;

d) Que los datos de creación de la firma hayan estado, en el momento de la firma, bajo el control del firmante;

e) Que sea posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma;

f) Que sea posible detectar cualquier alteración de la información contenida en el mensaje de datos al cual está asociada, hecha después del momento de la firma;

g) El solicitante es el responsable respecto de la clave privada, cuya clave pública correspondiente se consigna en el certificado y todos los usos que a la misma se le dieran;

h) El solicitante deberá manifestar su total conocimiento y aceptación de la Declaración de Prácticas de Certificación y/o Política de Certificación correspondiente al certificado solicitado.

33. EFECTOS DEL EMPLEO DE UNA FIRMA DIGITAL. PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD

La aplicación de la firma digital a un mensaje de datos implica para las partes la presunción de:

- a) Que el mensaje de datos proviene del remitente;
- b) Que el contenido del mensaje de datos no ha sido adulterado desde el momento de la firma y el firmante aprueba el contenido del mensaje de datos.

Para que la presunción expresada en el párrafo anterior sea efectiva, la firma digital aplicada al mensaje de datos debe poder ser verificada con el certificado digital respectivo expedido por la prestadora de servicios de firma digital.

Los efectos enumerados en el presente artículo continuarán vigentes por tiempo indefinido para el mensaje de datos al que fuera aplicada la firma digital, aun cuando con posterioridad a la aplicación de la misma, ésta fuera revocada por cualquiera de los motivos indicados en la presente Ley.

Cabe hacer notar, que la firma digital es aquella que posee la certificación correspondiente y, en consecuencia, cumplido los requisitos, goza de una presunción de autenticidad, lo que importa que quien niegue su existencia deberá demostrar tal extremo, pues la carga de la prueba cae sobre el titular. Al contrario de lo que ocurre con la firma electrónica, donde quien pretende utilizar deberá demostrar su existencia.

34. DE LA REVOCACIÓN DE UNA FIRMA DIGITAL

La Ley establece que la asignación de una firma digital a su titular quedará sin efecto y la misma perderá todo valor como firma digital en los siguientes casos:

- 1) Por extinción del plazo de vigencia de la firma digital, el cual no podrá exceder de dos años, contados desde la fecha de adjudicación de la misma a su titular por parte del prestador de servicios de firmas digitales respectivo.

2) Por revocación realizada por el prestador de servicios de certificación, la que tendrá lugar en las siguientes circunstancias:

a) A solicitud del titular de la firma;

b) Por fallecimiento del titular o disolución de la persona jurídica que represente, en su caso;

c) Por resolución judicial ejecutoriada, o

d) Por incumplimiento de las obligaciones del usuario establecidas en la presente Ley.

La revocación de un certificado en las circunstancias del inciso d) del numeral 2) de este artículo, será comunicada previamente al prestador de servicios de certificación que hubiera emitido la misma, indicando la causa. En cualquier caso, la revocación no privará de valor a las firmas digitales antes del momento exacto que sea verificada por el prestador.

En caso de que el prestador de servicios de certificación que originalmente haya adjudicado la firma digital a ser revocada ya no existiera o su funcionamiento se encontrase suspendido, el titular deberá comunicar la revocación de su firma digital al prestador de servicios de firma digital que haya sido designado responsable de la verificación de las firmas emitidas por aquélla.

Igualmente, cuando ocurriere una suspensión por causas técnicas, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.

35. DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

Podrán ser prestadores de servicios de certificación, las personas jurídicas que fueran habilitadas por la autoridad normativa indicada en la presente Ley, en base a las disposiciones de la presente Ley, así como a las disposiciones del decreto reglamentario correspondiente.

36. HABILITACIÓN DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

La autoridad normativa autorizará el funcionamiento de prestadores de servicios de certificación que hubiesen solicitado la habilitación requerida por esta Ley, siempre y cuando las mismas cumplan con todos los requisitos básicos individualizados en ella.

Una vez habilitado un prestador de servicios de certificación, el mismo deberá auto asignarse una firma digital, debiendo entregar la clave verificadora de la misma a la autoridad normativa, quien tendrá habilitado al efecto un registro de prestadores de servicios de certificación habilitados en la República del Paraguay, y a la cual podrá recurrirse para verificar la firma digital del prestador.

37. REQUISITOS BÁSICOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

a) Garantizar la utilización de un servicio rápido y seguro de guía de usuarios y de un servicio de revocación seguro e inmediato;

b) Garantizar que pueda determinarse con precisión la fecha y la hora en que se expidió o revocó un certificado;

c) Comprobar debidamente, de conformidad con el derecho nacional, la identidad y, si procede, cualesquiera atributos específicos de la persona a la que se expide un certificado reconocido;

d) Emplear personal que tenga los conocimientos especializados, la experiencia y las cualificaciones necesarias correspondientes a los servicios prestados, en particular: competencia en materia de gestión, conocimientos técnicos en el ámbito de la firma electrónica y familiaridad con los procedimientos de seguridad adecuados; deben poner asimismo en práctica los procedimientos administrativos y de gestión adecuados y conformes a normas reconocidas;

e) Utilizar sistemas y productos fiables que se requiera para prestar servicios de certificación y que estén protegidos contra toda alteración y que garanticen la seguridad técnica y criptográfica de los procedimientos con que trabajan;

f) Tomar medidas contra la falsificación de certificados y, en caso de que el proveedor de servicios de certificación genere datos de creación de firma, garantizar la confidencialidad durante el proceso de generación de dichos datos;

g) Disponer de recursos económicos suficientes para operar de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, en particular para afrontar el riesgo de responsabilidad por daños y perjuicios, pudiendo emplearse para el efecto fianzas, avales, seguros o cualquier otro medio;

h) Registrar toda la información pertinente relativa a un certificado reconocido durante un período de tiempo adecuado, en particular para aportar pruebas de certificación en procedimientos judiciales. Esta actividad de registro podrá realizarse por medios electrónicos;

i) No almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que el proveedor de servicios de certificación ha prestado servicios de asignación de firmas electrónicas;

j) Utilizar sistemas fiables para almacenar certificados de forma verificable, de modo que:

- Sólo personas autorizadas puedan hacer anotaciones y modificaciones;

- Pueda comprobarse la autenticidad de la información;

- Los certificados estén a disposición del público para su consulta sólo en los casos en los que se haya obtenido el consentimiento del titular del certificado; y

- El agente pueda detectar todos los cambios técnicos que pongan en entredicho los requisitos de seguridad mencionados.

k) Demostrar la honestidad de sus representantes legales, administradores y funcionarios, a través de certificaciones de antecedentes policiales y judiciales.

38. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CERTIFICADOS DIGITALES

a) Ser emitidos por una entidad prestadora de servicios de certificación habilitada por la Ley; y,

b) Responder a formatos estándares tecnológicos, preestablecidos reconocidos internacionalmente, fijados por la presente Ley y la reglamentación respectiva, y contener, como mínimo, los datos que permitan:

1. Identificar indubitablemente a su titular y la entidad que lo emitió, indicando su período de vigencia y los datos que permitan su identificación única;

2. Ser susceptible de verificación respecto de su vigencia o revocación;

3. Establecer claramente la información incluida en el certificado que haya podido ser verificada;

4. Contemplar la información necesaria para la verificación de la firma;

5. Identificar la política de certificación bajo la cual fue emitida, en especial si la misma implica limitación en los fines en que ha de utilizarse o de la de responsabilidad que asume el prestador con relación al certificado emitido;

6. La firma digital del prestador de servicios de certificación.

39. OBLIGACIONES DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

a) Adjudicar una firma digital a quien lo solicite sin distinciones ni privilegios de ninguna clase, siempre y cuando el solicitante presente los recaudos establecidos para el efecto;

b) Actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones importantes que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él sean exactas y cabales;

c) Proporcionar medios de acceso razonablemente fácil que permitan a la parte que confía en el certificado determinar mediante éste:

- i)** La identidad del prestador de servicios de certificación;
- ii)** Que el firmante nombrado en el certificado haya tenido bajo su control los datos de creación de la firma en el momento en que se aplicó ésta al mensaje de datos;
- iii)** Que los datos de creación de la firma hayan sido válidos en la fecha que se expidió el certificado o antes de ella.
- d)** Proporcionar medios de acceso razonablemente fácil que, según proceda, permitan a la parte que confía en el certificado determinar mediante éste o de otra manera:
 - i)** El método utilizado para identificar al firmante;
 - ii)** Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales puedan utilizarse los datos de creación de la firma o el certificado;
 - iii)** Si los datos de creación de la firma son válidos y no están en entredicho;
 - iv)** Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad indicada por el prestador de servicios de certificación;
 - v)** Si existe un medio para que el firmante dé aviso de que los datos de creación de la firma están en entredicho;
 - vi)** Si se ofrece un servicio de revocación oportuna del certificado.
- e)** Además deberá informar a quien solicita la adjudicación de una firma digital con carácter previo a su emisión las condiciones precisas de utilización de la firma digital, sus características y efectos, forma que garantiza su posible responsabilidad patrimonial. Esa información deberá estar libremente accesible en lenguaje fácilmente comprensible. La parte pertinente de dicha información estará también disponible para terceros;
- f)** Abstenerse de generar, exigir, o por cualquier otro medio tomar conocimiento o acceder bajo ninguna circunstancia, a los datos de creación de firma digital de los titulares de certificados digitales por él emitidos;
- g)** Mantener el control exclusivo de sus propios datos de creación de firma digital e impedir su divulgación;

h) Operar utilizando un sistema técnicamente confiable;

i) Notificar al solicitante las medidas que está obligado a adoptar y las obligaciones que asume por el solo hecho de ser titular de una firma digital;

j) Recabar únicamente aquellos datos personales del titular de la firma digital que sean necesarios para su emisión, quedando el solicitante en libertad de proveer información adicional;

k) Mantener la confidencialidad de toda información que reciba y que no figure en el certificado digital;

l) Poner a disposición del solicitante de una firma digital, toda la información relativa a su tramitación;

m) Mantener la documentación respaldatoria de las firmas digitales y los certificados digitales emitidos, por diez años a partir de su fecha de vencimiento o revocación;

n) Publicar en Internet o cualquier otra red de acceso público de transmisión o difusión de datos que la sustituya en el futuro, en forma permanente e ininterrumpida, la lista de firmas digitales vigentes y revocadas, las políticas de certificación, la información relevante de los informes de la última auditoría de que hubiera sido objeto, su manual de procedimientos y toda información que considere pertinente;

ñ) Registrar las presentaciones que le sean formuladas, así como el trámite conferido a cada una de ellas;

o) Verificar, de acuerdo con lo dispuesto en su manual de procedimientos, toda otra información que deba ser objeto de verificación, la que debe figurar en las políticas de certificación y en los certificados digitales;

p) Emplear personal idóneo que tenga los conocimientos específicos, la experiencia necesaria para proveer los servicios ofrecidos y en particular, competencia en materia de gestión, conocimientos técnicos en el ámbito de la firma digital y experiencia adecuada en los procedimientos de seguridad pertinentes;

q) Llevar un registro de las claves públicas de las firmas digitales existentes, a los efectos de confirmar la veracidad de las mismas cuando éstos son empleados;

r) Velar por la vigencia y, en su caso, cancelación oportuna de las firmas digitales cuando existan razones válidas para ello;

s) Actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de firmas, así como de cualquier otra información obrante en su poder relacionada a las firmas electrónicas que administre o certifique;

t) Dar aviso sin dilación indebida por lo menos en dos medios masivos de comunicación si:

i) Sabe que los datos de creación de su firma digital o cualquier otra información relacionada a la misma ha quedado en entredicho; o

ii) Las circunstancias de que tiene conocimiento dan lugar a un riesgo considerable de que datos de creación de su firma digital o cualquier otra información relacionada a la misma ha quedado en entredicho.

40. RESPONSABILIDADES

Los prestadores de servicios de certificación autorizados en base a la presente Ley serán responsables por los daños y perjuicios causados a toda persona física o jurídica que confíe razonablemente en el certificado digital por él emitido, en lo que respecta a:

a) La inclusión de todos los campos y datos requeridos por la ley y a la exactitud de los mismos, al momento de su emisión;

b) Que, al momento de la emisión de un certificado reconocido por el prestador de servicios de certificación autorizado, la firma en él identificada obedezca a los datos de creación de las firmas correspondientes a los datos de verificación incluidos en el certificado reconocido por el prestador, con el objeto de asegurar la cadena de confianza;

c) Los errores u omisiones que presenten los certificados digitales que emitan; y,

d) El registro, en tiempo y forma, de la revocación de los certificados reconocidos que haya emitido, cuando así correspondiere.

Corresponde al prestador de servicios de certificación autorizado demostrar que no actuó ni con culpa ni con dolo.

Los prestadores no serán responsables de los daños y perjuicios causados por el uso que exceda de los límites de las Políticas de Certificación indicados en el certificado, ni de aquéllos que tengan su origen en el uso indebido o fraudulento de un certificado de firma digital.

Tampoco responderá por eventuales inexactitudes en el certificado reconocido que resulten de la información verificada facilitada por el titular, siempre que el prestador de servicios de certificación acreditado pueda demostrar que ha cumplido todas las medidas previstas en sus políticas y procedimientos de certificación.

A los efectos de salvaguardar los intereses de las partes que utilizan los servicios de certificación, el prestador de servicios de certificación deberá contar con un medio de garantía suficiente para cubrir las responsabilidades inherentes a su gestión, entre los que se podría citar: pólizas de seguros, cauciones bancarias o financieras o en fin cualquier sistema que el Reglamento de la presente Ley establezca para el efecto.

41. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Los prestadores de servicios de certificación sólo podrán recolectar los datos personales directamente de la persona a quien esos datos se refieran, después de haber obtenido su consentimiento expreso y sólo en la medida en que los mismos sean necesarios para la emisión y mantenimiento del certificado. Los datos no podrán ser obtenidos o utilizados para otro fin, sin el consentimiento expreso del titular de los datos.

42. LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

La Ley 5393 de 2015, que regula la elección de derecho aplicable en los contratos internacionales cuando cada una de las partes actúa en el ejercicio de su negocio o de su profesión, de gran utilidad, pues, autoriza a las partes a elegir el derecho aplicable a la totalidad de los contratos o a

parte de ellos, con excepción a los contratos de consumos, a la capacidad de las personas físicas; a los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro; a las sociedades u otras asociaciones y los fideicomisos; a los procedimientos de insolvencia; y, a la cuestión de saber si un representante puede obligar, frente a terceros, a la persona en nombre de la cual pretende actuar, tampoco sus disposiciones se aplican a contratos de trabajo, ni a contratos de franquicia, representación, agencia y distribución.

Fuera de los casos señalados precedentemente, en los contratos internacionales, según el Art. 4 las partes tienen la libertad de elección: "*Artículo 4º.- Libertad de elección*

1. Un contrato se rige por el derecho elegido por las partes.

2. Las partes pueden elegir:

a) El derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y,

b) Distintos derechos para diferentes partes del contrato, en la medida que estas sean claramente distinguibles.

3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.

4. No se requiere vínculo alguno entre el derecho elegido y las partes o su transacción".

Sin duda alguna, constituye un gran paso para la solución de los conflictos jurídicos surgidos de las contrataciones internacionales, teniendo en consideración que las partes pueden elegir libremente el derecho aplicable, lo que implica, un principio de seguridad jurídica, en razón de que las partes contratantes en conocimiento de los efectos jurídicos que da una legislación a actos de esta naturaleza, optarán por dicha aplicación.



ARBITRAJE

Novedades del arbitraje

Domingo Bello Janeiro *

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de arbitraje. 3. El convenio arbitral. 4. Antecedentes de la actual legislación. 5. El arbitraje de derecho administrativo. 6. Leyes que prevén sistemas arbitrales. 7. Principios del procedimiento arbitral. 8. Caracteres del arbitraje. 8.1 Arbitraje internacional. 8.2. Flexibilidad: capacidad y designación de árbitros. 8.3. Eficacia: fuerza ejecutiva del laudo. 9. Principios básicos del arbitraje. 10. Fomento de la cultura del arbitraje. 11. El arbitraje institucional. 12. El arbitraje internacional de inversión. 12. El arbitraje estatutario en las sociedades de capital y la normativa concursal. 13. El arbitraje en la propiedad intelectual. 14. Consideraciones conclusivas.

1. Introducción

Comienzo mi colaboración con el especial agradecimiento, al margen de formalismos protocolarios, por su amable invitación a participar en el seno de la prestigiosa Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales en este magno IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica felicitando por dicha iniciativa y la extraordinaria organización a nuestros anfitriones, centrando mi exposición de seguido para ex-

* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Coruña Árbitro del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) del Banco Mundial. Académico de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

poner básicamente un tema sobre el cual puede abrirse un interesante debate, las novedades de la regulación española del arbitraje, sobre todo internacional, con especial referencia al de inversión, al que me he dedicado en la práctica ya en diversas ocasiones.

La resolución de conflictos de todo tipo a través del Arbitraje era algo inédito en los países que no tienen cultura anglosajona hace apenas unos años, a pesar de que el Arbitraje agiliza los largos procesos judiciales y que es tan antiguo como el propio desarrollo de la Justicia en el mundo moderno. Un sistema rápido y eficaz de resolver la mayoría de los conflictos que, sin embargo, no ha comenzado a aplicarse de forma habitual hasta hace poco, por lo que celebro mucho la oportunidad de hacer proselitismo del mismo en esta magnífica oportunidad.

El Arbitraje consiste en la resolución de conflictos, en materias de su libre disposición conforme a Derecho, entre dos o más partes a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial que se denomina Arbitro, que dicta un "*Laudo*" de obligado cumplimiento para las partes que produce efectos idénticos a la cosa juzgada, sin que pueda ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos.

Las razones por las que la Cultura del Arbitraje se está imponiendo con fuerza son básicamente dos: rapidez y economía. El Arbitraje resulta infinitamente más rápido que la Justicia Ordinaria. Permite ajustar enormemente los plazos hasta el Laudo o Sentencia Arbitral en función del tipo de controversia. Un tiempo mínimo en comparación con los largos procesos judiciales que llegan a dilatarse años. En contraste con la larga duración de los juicios, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve y no respetar este plazo es una de las causas de nulidad del laudo arbitral. Reducción de tiempo y procedimiento que se traduce inmediatamente en ahorro.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante, así como el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate, siendo característica del arbitraje su voluntariedad en el sometimiento.

En España, la entrada en vigor de la vigente Ley de Arbitraje en 2003 y su modificación en 2011, ha supuesto un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución al propiciar la creación de las condiciones necesarias para hacer de nuestro país un referente mundial en la materia, permitiendo un aumento de la vocación internacional, celeridad, eficacia y flexibilidad de los procesos arbitrales y reforzando la seguridad jurídica de los laudos.

Con las nuevas Leyes se sientan las bases para que España pueda convertirse en un país de atracción para la realización de arbitrajes internacionales, fomentando el intercambio económico y cultural entre sus empresas y ciudadanos con el resto de los países, especialmente iberoamericanos y favoreciendo la movilización de capitales al tiempo que se aumenta la seguridad jurídica de las inversiones en el extranjero.

La actual Ley moderniza la anterior legislación de arbitraje y ha creado unas condiciones propicias para hacer de nuestro país un atractivo proveedor de servicios jurídicos de alta cualificación, facilitando de este modo la internacionalización de la economía y fortaleciendo la presencia de las empresas en el panorama internacional.

En la presente ponencia me parece intelectualmente más honesto comenzar por hacer estas previas precisiones conceptuales para delimitar el contenido concreto de los términos a que haremos referencia en las páginas posteriores, comenzando por el propio concepto que se va a utilizar del arbitraje, para analizar después los antecedentes de la actual regulación en España, con la exposición de las distintas leyes que prevén sistemas arbitrales, que, cada vez, son más numerosas habida cuenta de la sobrecarga de trabajo de los tribunales de justicia, especialmente en el ámbito del derecho administrativo.

Después, hemos estudiado los caracteres propios del arbitraje y la promoción del mismo en el ámbito propio del título del texto, el de los instrumentos internacionales en materia de arbitraje internacional, su flexibilidad y eficacia, tras lo cual se exponen los principios básicos del arbitraje así como la importancia crucial del fomento de la cultura del arbitraje para finalizar con el análisis del arbitraje internacional de inversión, en el cual se manifiesta en todo su contenido más específico el reco-

nocimiento de los resultados por parte de los Estados, todo lo cual someto, por supuesto, muy gustoso a cualquier otra opinión mejor fundada en derecho.

2. Concepto de arbitraje

El arbitraje consiste, básicamente, en un medio de resolución de litigios al margen de las vías judiciales, al cual acudiremos, básicamente, por razones de celeridad y flexibilidad, que se encuentra regulado en España en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (El Código Civil se refería originariamente al arbitraje en los Arts. 1820 y 1821 CC), en la que, como reza su exposición de motivos “su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional, de 21 de junio de 1985”, y adoptada por más de 35 países.

La Ley, siguiendo un sistema monista, pretende ser una ley general aplicable tanto a los arbitrajes ordinarios como a los arbitrajes especiales, tanto nacionales como internacionales, sin que, si se trata de un Estado, sociedad, organización o empresa extranjera, pueda invocar sus prerrogativas (es decir, inmunidad de ejecución y jurisdicción).

El arbitraje sigue siendo una de las alternativas más adecuadas para eludir o paliar los inconvenientes que pueden surgir de la Administración Pública de Justicia y, desde luego, la cada vez mayor internacionalización de las relaciones comerciales hace que se convierta en una opción muy sugerente, por sus características de rapidez, menor coste y hasta mayor y mayor discreción.

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración del Estado, tiene como objetivo contribuir al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje y al respecto parece bien oportuno tomar en cuenta las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 que ya reconocieron el arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*”, en cuya misma línea la Ley de 2011 se sitúa, con la introducción de importantes novedades cuyo objeto último es reforzar e impulsar el arbitraje en España, para que el

país sea una sede atractiva para la tramitación de arbitrajes internacionales.

En el preámbulo de la Ley de 2011 ya se anuncian las novedades más importantes que se han introducido, consistentes en la reasignación de las funciones judiciales, la aclaración de las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital, el incremento de la seguridad jurídica y eficacia de estos procedimientos, así como el nuevo sistema en cuanto al idioma del arbitraje y determinadas novedades respecto de la regulación del laudo arbitral, estableciéndose en la disposición adicional única un nuevo procedimiento, de naturaleza gubernativa, para resolver conflictos entre la Administración del Estado y sus entes instrumentales y modificándose la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio para compatibilizar determinadas de sus disposiciones con el arbitraje.

A continuación, me referiré fundamentalmente al arbitraje de derecho, en que los árbitros tienen que resolver mediante la aplicación de las normas jurídicas correspondientes al caso controvertido, aunque la Ley española también alude al arbitraje de equidad (en esta modalidad, los árbitros tienen que decidir de acuerdo con los postulados de la justicia material, es decir, de acuerdo con su conocimiento y sabiduría y queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente) y al arbitraje testamentario (Art. 10, que instituido en disposición testamentaria, puede solucionar las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios; no se trata de hacer la partición, sino de prohibir la vida judicial y que se acuda a la arbitral).

3. El convenio arbitral

Un aspecto central de la regulación en España es el referido al convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades en función del cual las partes deciden someter a resolución una controversia determinada por medio de arbitraje.

En la Ley española este convenio tiene que contar con el contenido mínimo que puede constar en el contrato principal o en una cláusula incorporada al contrato principal. Así, conforme al Art. 9: el convenio debe constar por escrito (sean cartas, télex, fax, etc.); la controversia

presente o futura debe ser determinada o determinable y las partes deben tener la libre disposición conforme a derecho (Art. 2.1.), quedando excluidos los arbitrajes laborales.

Se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito, pero se contemplan diversas modalidades de constancia escrita y se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior.

Se admite la validez de la cláusula arbitral por referencia, que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado.

Rige el principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral.

4. Antecedentes de la actual legislación

En la década de los ochenta las demandas de los operadores económicos y las exigentes tomas de posición de la doctrina, crearon la convicción generalizada de la necesidad de un cambio de rumbo de la legislación española en materia de arbitraje, que diera cumplida cuenta en la legislación de las crecientes necesidades de la práctica.

Así es que, en 1981, al existir un contraste entre el creciente desarrollo del comercio internacional y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje, se promulga un Real Decreto (Real Decreto 1094/1981 de 22 de mayo) el cual habilita al Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación para realizar arbitraje en derecho y equidad a través de un servicio de arbitraje comercial internacional. Este será el origen inmediato de la Corte Española de Arbitraje la cual ha desempeñado un importante papel como centro propulsor del arbitraje en España y de la reforma de su régimen jurídico.

Algunas importantes leyes, en materia de defensa de consumidores y usuarios, de ordenación del seguro privado, de ordenación de los transportes terrestres, de propiedad intelectual, de arrendamientos urbanos o de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que se han dictado en España

en los últimos años, prevén expresamente la utilización de técnicas arbitrales de solución de conflictos, lo cual prueba el prestigio de la institución a la que se refiere incluso en su fase virtual la Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios de 29 de diciembre de 2006.

La Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre pretendió suplir las carencias e imperfecciones de la Ley de arbitraje de derecho privado de 1953, ya que ella no servía para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni nacional ni mucho menos internacional.

Para ello facilita un cauce sencillo y económico para la eliminación de conflictos mediante el uso de su libertad por parte de los ciudadanos, garantizando, al mismo tiempo, que el sistema que se instaure sea igualitario. Tal y como indicaba en su Exposición de motivos, se trataba, pues, de remover, conforme ordena el Artículo 9 de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. A tal fin, la ley dota de un amplio margen de actuación al principio de autonomía de a voluntad, que preside el desarrollo del procedimiento arbitral, por lo que las normas de procedimiento son escasas y reduce la intervención jurisdiccional a la estrictamente necesaria.

5. El arbitraje de derecho administrativo

Así, nos encontramos, antes de la vigencia de la ley actual, dentro de un contexto en el, por aludir a un ámbito jurisdiccional, quizá, más sensible y hasta colapsado, que el proceso contencioso-administrativo se desarrolla de forma lenta, en el que aumentan crecientemente la importancia de las medidas cautelares y alcanzan especial trascendencia los denominados medios alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales destaca el arbitraje de derecho administrativo.

Respecto del arbitraje de derecho administrativo es aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es una Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros.

Existirá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje, ya que la Ley únicamente especifica que deben de tratarse de ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique.

Así el arbitraje se desarrollará con mayor soltura en los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración. Algunas materias susceptibles de arbitraje son los contratos administrativos típicos y atípicos, los contratos privados de la Administración, los convenios entre Administraciones Públicas, convenios urbanísticos y expropiatorios entre otros.

Sin embargo, el arbitraje nunca podrá versar sobre actos administrativos reglados o sobre el ejercicio de potestades discrecionales en sus aspectos reglados, ya que éstas no son materias de libre disposición.

El sistema del arbitraje permite que las personas naturales o jurídicas, puedan someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros, las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

El arbitraje tiene algunas ventajas, entre las que se podrían destacar el factor temporal, en contraste con la larga duración de los procesos contencioso-administrativos, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve y no respetar este plazo es una de las causas de nulidad del laudo arbitral.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante.

Como última ventaja he de destacar el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate.

El arbitraje se caracteriza por su voluntariedad en el sometimiento, pues en caso contrario se podrían vulnerar las reglas de unidad jurisdiccional y prohibición de Tribunales de excepción y tutela judicial efectiva.

Una segunda característica es la libre elección de los árbitros, es necesario que sean órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. No han de ser las partes las que resuelvan el conflicto, sino un tercero siendo su decisión la que se impone de forma obligatoria.

El laudo o decisión judicial es de obligado cumplimiento para las partes y produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Por tanto, no puede ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos. Por último, los conflictos deben ser de naturaleza disponible por las partes, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a Derecho.

En cuanto a su aplicación formal, el arbitraje ha de tener carácter alternativo u optativo, y no debe suponer la exclusión del recurso administrativo ordinario. La Ley trata de fomentar que los ciudadanos se acogan voluntariamente bien al sistema tradicional de recursos, bien al de arbitraje, siempre teniendo en cuenta que este último sistema sustituye también de forma parcial al contencioso-administrativo. De lo que se trata es de conseguir una reducción de la litigiosidad y que el sistema funcione.

Existirá un buen número de materias y actuaciones administrativas susceptibles de arbitraje, ya que la Ley únicamente especifica que deben de tratarse de ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique.

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

La Ley de arbitraje de derecho administrativo no podrá suponer una limitación ni de los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Artículo 35 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas ni de los previstos en la legislación procedimental.

6. Leyes que prevén sistemas arbitrales

Siguiendo las pautas marcadas en la Recomendación 12/1986 del Consejo de Europa, referida a ciertas medidas tendentes a prevenir y

reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, en la cual postulaba que los gobiernos adoptasen las disposiciones adecuadas para que en los casos que se prestasen a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial.

Por ello, insisto en que leyes recientes como la de Ordenación del seguro privado, la general para la defensa de los consumidores y usuarios y la de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la de propiedad intelectual y la de ordenación de los transportes terrestres, así como la de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, por razón de discapacidad crean instancias arbitrales a las que la ley de arbitraje servirá de norma complementaria, especialmente desde el punto de vista procesal.

7. Principios del procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

Así las cosas, en España la entrada en vigor, el 26 de marzo de 2004, de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha supuesto un cambio sustancial en el funcionamiento de esta institución al propiciar la creación de las condiciones necesarias para hacer, en el futuro, de nuestro país un referente mundial en la materia, permitiendo un aumento de la vocación internacional, celeridad, eficacia y flexibilidad de los procesos arbitrales y reforzando la seguridad jurídica de los laudos.

Con la nueva Ley se sientan las bases para que España pueda convertirse en un país de atracción para la realización de arbitrajes internacionales, fomentando el intercambio económico y cultural entre nuestras empresas y ciudadanos con el resto de los países, especialmente iberoamericanos y favoreciendo la movilización de capitales al tiempo que se aumenta la seguridad jurídica de las inversiones en el extranjero

El tiempo transcurrido desde la precedente Ley 36/1988, de 5 de diciembre, permitió detectar sus lagunas y defectos, resultando necesario adaptar el arbitraje, sobre todo en su vertiente comercial transnacional, a

las nuevas necesidades del tráfico jurídico y económico actual, ofreciendo incentivos que hagan atractiva esta vía de resolución de conflictos alternativa a la actuación judicial ordinaria, que contribuya a disminuir la creciente sobrecarga de trabajo de ésta y permita, aparte de mayor celeridad, el ahorro en procesos y costes judiciales.

En primer lugar, hay que resaltar que el contexto socioeconómico y político en el que se ha producido la aprobación de esta Ley de arbitraje en diciembre de 2003 difiere sustancialmente del que existía hace quince años, cuando fue aprobada la anterior norma jurídica en materia de arbitraje.

Por ello, hay que destacar que, tras la política económica llevada a cabo en los últimos años, la realidad en esos momentos era que nuestro país ocupa una posición mucho más relevante que la que ocupaba en ese momento, siendo destacable el notable incremento del volumen de inversión en el extranjero en sectores estratégicos. Todo esto hay que enmarcarlo en el contexto de una economía global caracterizada por la cada vez mayor interdependencia de las economías y el incremento de los flujos comerciales internacionales.

Dicho contexto económico ha tenido como principal efecto desde el punto de vista jurídico una creciente tendencia hacia la armonización en distintos ámbitos del derecho del comercio internacional. Así, se han impulsado los medios de tutela no judiciales, debido principalmente a la influencia anglosajona, y se ha puesto de manifiesto la conveniencia de armonizar el régimen jurídico del arbitraje. Nuestro legislador, con esta nueva Ley de arbitraje, ha tratado de dar así una respuesta jurídica a esta realidad, adaptándose a las necesidades actuales en la materia. Y se ha optado, además, por una regulación unitaria del arbitraje interno y el internacional.

La nueva Ley moderniza la anterior legislación de arbitraje, del año 1988, y ha creado unas condiciones propicias para hacer de nuestro país un atractivo proveedor de servicios jurídicos de alta cualificación, facilitando de este modo la internacionalización de nuestra economía y fortaleciendo la presencia de nuestras empresas en el panorama internacional. Además, el nuevo texto flexibiliza el procedimiento arbitral, agilizando sus instancias, lo que mejora sustancialmente la posición de España en

cuanto al arbitraje internacional, pues atraerá a los empresarios extranjeros a someterse al arbitraje en España, al poseer un modelo arbitral más seguro y moderno.

8. Caracteres del arbitraje

La Ley 60/2003 ha introducido importantes novedades en la regulación del arbitraje, y destacan sobre todo su vocación internacional, su flexibilidad y su eficacia.

8.1 Arbitraje internacional

Así, en primer lugar, el legislador se ha basado para elaborar esta norma en la Ley modelo elaborada en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCIAL), adoptada ya por más de 35 países, que responde a un compromiso entre las tradiciones jurídicas continental y anglosajona, y por primera vez se ha regulado en nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje internacional.

Esto tiene una gran relevancia, puesto que facilitará la interpretación y aplicación de la Ley en el contexto jurídico internacional, lo cual favorece que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar de arbitraje.

La delimitación del ámbito de aplicación de la Ley es territorial pues se aplica a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional.

La determinación del carácter internacional del arbitraje sigue los criterios de la Ley Modelo, al que debe añadirse otro: cuando la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional, que se suma a los tradicionales: que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes y que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

Se especifica, además, todo ello en el Art. 3 de la Ley 60/2003, que si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral, y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

Por lo demás, en la Ley de 2011 se especifica que, para tratar de conseguir mayor seguridad jurídica, a falta de acuerdo en cuanto al idioma, el procedimiento arbitral se tramitará en cualquiera de las lenguas oficiales del lugar de las actuaciones, siendo que antes se permitía que los árbitros decidieran sobre este punto.

Por otra parte, se establece también en 2011 como novedad que los testigos, peritos y terceras personas que intervengan en el procedimiento podrán utilizar su lengua propia (Artículo 28.1 LA), lo que facilitará la actuación de dichas terceras personas sin reparo por su falta de conocimiento del idioma.

8.2 Flexibilidad: capacidad y designación de árbitros

En segundo lugar, destacamos su flexibilidad, por varias razones. Con la nueva normativa no se impone exigencia restrictiva alguna para ser árbitro, sino que se atiende a la especial cualificación para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica, lo que posibilita, por ejemplo, que notarios y registradores actúen como árbitros.

Asimismo, se deja más libertad a las partes para designar árbitros, como ya digo atendiendo a su específica cualificación en función de la materia de que se trate y se reconoce expresamente a estos últimos la potestad de adoptar medidas cautelares sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.

Con la nueva legislación, pueden ser árbitros las personas físicas en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no así las jurídicas (v. gr. Corporación de Derecho público o asociaciones y entidades sin ánimo de lucro), Art. 15. El número siempre será impar y de encomendarse a una corporación o asociación, el presidente se designa por su reglamento.

La designación puede ser directa por las partes; optar por el arbitraje institucional, en cuyo caso la designación será conforme al reglamento de la corporación o asociación o, por último, que las partes elijan un tercero que sea el que designe a los árbitros.

La controversia puede ser actual o futura; lo que sí debe estar ya inicialmente determinado es la relación jurídica, pues en otro caso, si el tercero interviene no para resolver un conflicto sino para integrar la relación (v. gr. determinando el precio final), no estamos ante un árbitro sino ante un arbitrador. El tercero también puede completar la relación jurídica.

El arbitraje puede ser de un sólo árbitro (lo nombrará el tribunal competente a instancia de cualquier parte); de tres árbitros (cada parte nombra uno y éstos el tercero, que será el presidente del colegio arbitral); y arbitraje de más de tres árbitros en que todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Siguiendo la línea de la "*libre competencia*" reclamada por la Unión Europea y la experiencia internacional, con la Ley de 2011 se abre el abanico de profesionales que pueden ser árbitro ya se elimina la condición de abogado y se sustituye por la de jurista y por otra parte, se establece la posibilidad de que si el arbitraje tuviera que resolverse por tres o más árbitros y siempre y cuando no sea de equidad, al menos uno de ellos tendrá que tener la condición de jurista (Artículo 15.1 LA), de lo que se desprende que no es necesaria la condición de jurista para el resto.

Esta reforma de 2011, desde luego, puede suponer ventajas al poder incorporar profesionales que sean juristas, no siendo abogados, si bien, no obstante, en el supuesto de arbitraje de tres o más árbitros, esta norma puede dar entrada a profesionales de otros ámbitos que podrían tener, en su caso, una adecuada especialización en la materia concreta, pero con el riesgo de que un arbitraje de derecho no sea resuelto por un profesional del mundo del derecho.

Los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia (regla Kompetenz-Kompetenz). Los árbitros determinan asimismo la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

Los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

Los árbitros pueden adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral. Los árbitros carecen sin embargo de potestad ejecutiva.

Las potestades, arbitral y judicial, en materia cautelar son alternativas y concurrentes.

Las materias objeto de arbitraje se determinan sobre la base del criterio de la libre disposición sin efectuar una relación exhaustiva. La arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes.

Prima la autonomía de la voluntad de las partes. Esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido (integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral). Las partes pueden también someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución.

La Ley de 2011 concreta las incompatibilidades en relación con la intervención de la mediación, puesto que, salvo acuerdo entre las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas (Artículo 17.4 LA). Esta medida facilitará la neutralidad e independencia del árbitro.

La flexibilidad, el antiformalismo y la máxima libertad es la característica de estos procedimientos

8.3. Eficacia: fuerza ejecutiva del laudo

También es fundamental, en cuanto a la eficacia de la Ley, el hecho de que el laudo tenga fuerza ejecutiva, y que la acción de anulación no suspenda su ejecutividad.

El laudo tiene fuerza ejecutiva. Si éste no es firme el ejecutado podrá solicitar y obtener la suspensión con la prestación de caución.

Asimismo, se establecen unas tarifas para definir los costes, que se reducen, y se moderniza el procedimiento arbitral, potenciando el uso de las nuevas tecnologías, a la vez que se atiende a la especial cualificación para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica.

El laudo es, con respecto al procedimiento arbitral, lo que la sentencia es con respecto al procedimiento judicial. Hay que dictar el laudo, a excepción de que exista un acuerdo contrario de las partes, en el plazo de seis meses. Una vez transcurrido el plazo sin que se haya dictado el laudo, el convenio arbitral quedará sin efecto y los interesados se pueden dirigir a la vía judicial.

En los procedimientos arbitrales que lleven causa de contratos sometidos al régimen jurídico de la Ley de arrendamientos urbanos, tienen que dictarse en el plazo de tres meses.

Por lo que hace al procedimiento, el cómputo de plazos se efectuará por días naturales (regla no aplicable en el seno de los procedimientos judiciales de apoyo o control).

El plazo para emitir el laudo, en defecto de acuerdo de las partes, se computa desde la presentación de la contestación o desde la expiración del plazo para presentarla, por razones de dotar al procedimiento de mayor celeridad. La intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la Ley.

La pendencia de un proceso judicial en el que se haya interpuesto declinatoria no impide que el procedimiento arbitral se inicie o prosiga.

La solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone renuncia tácita al arbitraje.

Posibilidad de que se acuerden judicialmente medidas cautelares respecto de una controversia sometida a arbitraje, aun antes de que el procedimiento arbitral haya comenzado.

Hay que dar el laudo por escrito, con expresión del lugar en el que se dicta, de las circunstancias personales de los árbitros y de las partes, la cuestión que se somete a arbitraje, una relación breve de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión arbitral (Art. 37 de la ley).

Ya no resulta preceptiva la protocolización notarial del laudo a no ser que lo pida una de las partes. Así pues, sólo hay que protocolizarlo notarialmente, si lo insta cualquiera de las partes, antes de la notificación y a su costa, y hay que notificarlo de manera fehaciente a las partes. En caso de protocolización el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurrirá entonces desde su notificación.

En la Ley de 2011 se especifica que, salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral (Artículo 37.2), lo cual, desde luego, refuerza la importancia del arbitraje puesto que pese a que haya transcurrido el plazo correspondiente sin haberse dictado el laudo dentro del mismo, se le sigue dando validez a la resolución arbitral, sin perjuicio de que ello también es cierto que puede contribuir, en cierto modo, a ralentizar el procedimiento arbitral, caracterizado por su mayor celeridad en los términos vistos.

Contra el laudo, sólo son posibles una serie de recursos muy concretos:

1) *Recurso de anulación*. Conforme al art. 40, para anularlo, deben alegarse y probarse alguna de las causas siguientes: Que el convenio arbitral no exista o no sea válido. Que la parte que solicita la anulación no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro, de las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos. Que la designación de árbitros o del procedimiento arbitral no se ajuste a lo acordado por las partes, salvo que sea contrario a la ley. Que los árbitros hayan resuelto cuestiones no sometidas a su decisión. Por el contrario, las omisiones de lo sí sometido pueden complementarse con otro laudo. Que haya resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. Que el laudo sea contrario al orden público.

2) *Recurso de revisión*. El laudo firme produce efectos de cosa juzgada, por lo que sólo cabe recurso de revisión conforme al Art. 510 LEC. Cabe decir que no es propiamente un recurso de revisión, sino rescisorio y extraordinario.

En la Ley de 2011, en cuanto al regulación del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y mediación (que no arbitrales) se modifica el Artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pasando a establecer dicho artículo que los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución son competentes para conocer las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de acuerdos de mediación extranjeros (Disposición Final Primera LA), siendo dicha competencia anteriormente del Tribunal Supremo.

9. Principios básicos del arbitraje

Básicamente, podríamos decir que los principales principios que informan la nueva Ley son los siguientes, que hemos ido exponiendo anteriormente: en primer lugar, la modernización del arbitraje; en segundo lugar, la homologación internacional del arbitraje; la flexibilización y agilización del procedimiento y la autonomía de la voluntad; la ampliación de las competencias de los árbitros y el aumento de la eficacia del laudo, que no corresponde ahora en un trabajo de este tipo limitado por razón de espacio desarrollar con más detalle pero que sí me interesa destacar especialmente, siquiera sea volviéndolos a enumerar.

10. Fomento de la cultura del arbitraje

Es fundamental también hacer hincapié en la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje en nuestro país. Aunque el arbitraje empieza a ser una realidad en España, y las expectativas abiertas por la nueva Ley son positivas, no esperamos un gran incremento de arbitrajes internacionales con sede en España, al menos a corto plazo, pues antes será necesario que se lleve a cabo una labor de promoción de la institución, tanto en el país como en el extranjero. Es necesario apostar, también a nivel interno, por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, y ser conscientes

de que, al tejido empresarial español, formado en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Asimismo, hay que poner de relieve las grandes ventajas del arbitraje como medio de resolución de conflictos, en comparación con la justicia ordinaria. Esto nos hace pensar que si las empresas lo conociesen en profundidad acudirían al arbitraje sin dudarlo. Sin embargo, desgraciadamente el arbitraje es un gran desconocido para el 40% de las empresas. En este sentido, hay que destacar que más de cuatro millones de empresas, entre pymes y autónomos, pueden ya beneficiarse del proceso arbitral.

Los primeros años de aplicación de la Ley de Arbitraje ponen de manifiesto el interés creciente de la Administración por dotar al ciudadano en general y al empresario en particular de un método alternativo resolutorio de disputas. Además, conviene señalar que el arbitraje no es sustitutivo de los tribunales ordinarios, sino un colaborador de los mismos, por lo que resulta necesaria una cooperación entre este instrumento y la autoridad judicial, si lo que se persigue es que la institución arbitral funcione convenientemente.

Hay que ser conscientes de que acudir al arbitraje para la resolución de conflictos es un síntoma de madurez de una sociedad. En España se ha mejorado en los últimos años, pero sólo el 10% de las empresas acuden a esta institución para resolver sus controversias nacionales, ascendiendo este porcentaje hasta el 30% en el caso de las internacionales, lo que lo convierte en el tercer medio más utilizado para solucionar conflictos.

En definitiva, creo que la Ley de Arbitraje contribuirá muy positivamente a impulsar el arbitraje en España, y todos deberíamos colaborar en su divulgación, para crear una cultura favorable a esta institución, cultura arbitral prácticamente inexistente en nuestro país hasta el momento. Y, como árbitro internacional, creo que España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que suponen una importante ventaja competitiva, deben aprovechar el nuevo marco normativo, que ofrece una regulación arbitral de calidad, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para que las empresas extranjeras vean a nuestro país como una apuesta

segura, por contar con una ley avanzada cuyas líneas fundamentales son conocidas a nivel internacional, por basarse en el modelo UNCITRAL.

Con la Ley de 2011, además las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia serán competentes para el nombramiento y la remoción judicial de los árbitros [Artículo 8.1 de la Ley de Arbitraje (LA)], para conocer de la acción de anulación (Artículo 8.5 LA) o del reconocimiento del laudo (Artículo 8.6 LA), con lo cual los Juzgados de Primera Instancia sólo conservan su competencia para la ejecución de los laudos (Artículo 8.6 LA).

Esta reasignación de las funciones supone, sobretodo, una reducción del número de Tribunales competentes con la consiguiente unificación de criterios, la adquisición de experiencia por estos Tribunales y la atribución de competencias a un Tribunal con grado en la jerarquía judicial como es un Tribunal Superior de Justicia.

En cuanto al arbitraje internacional, se incluye en 2011 una importante novedad en cuanto a la competencia, estableciéndose que para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente al domicilio.

A través de la Ley de 2011 se lleva a cabo un explícito reconocimiento por parte del legislador de un mayor protagonismo de la institución del arbitraje, al atribuir la competencia a órganos judiciales jerárquicamente superiores, lo cual debería suponer, como corolario apodíctico, una mayor especialización de los organismos judiciales que conocen del arbitraje y en última instancia un mejor funcionamiento del sistema.

11. El arbitraje institucional

Todavía quedaría por referirnos al arbitraje institucional, o también llamado arbitraje administrado, que es aquel en que las partes encomiendan la administración y designación de los árbitros a una corporación de derecho público, o a una asociación o entidad sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. El procedimiento arbitral está

definido por la correspondiente institución, no teniendo las partes participación alguna en su elaboración. Dicha institución ejerce sus funciones según su propio reglamento.

La regulación vigente es similar a la contenida en el artículo 10 de la Ley de 1988 de suerte que junto con los casos en que las partes en el convenio arbitral nombran a los árbitros o especifican su modo de designación, se contiene el arbitraje institucional en cuya virtud se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros mismos a Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales y a Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

En el apartado 2 se especifica que dichas instituciones arbitrales deben aprobar unos reglamentos al respecto, que, de modo diverso de la Ley de 1988, y tras haberse rechazado cuatro enmiendas en tal sentido, ahora no se obliga por Ley a protocolizarlos notarialmente, si bien tampoco se prohíbe, como es lógico, todo ello en consonancia con el principio antiformalista de la nueva Ley.

Se incluye expresamente al Tribunal de Defensa de la Competencia como Corporación que pueda ejercer funciones arbitrales con la finalidad de potenciar su papel en dicha actividad arbitral y sin que haya prosperado, como hemos visto, la pretensión de incluir la alusión a los órganos autonómicos correspondientes, lo que, desde luego, no impide a éstos desempeñar tal cometido si sus respectivas regulaciones lo prevén así en tanto que corporaciones de derecho público que indudablemente son, al modelo del nacional, que, de acuerdo con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y el Real Decreto 864/2003, de 4 de julio, que aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia, es un organismo autónomo con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión adscrito al Ministerio de Economía a través de la Secretaría de Estado de Economía.

El arbitraje institucional, tan extendido en la práctica internacional, sobre todo anglosajona, se introdujo en nuestro país en la Ley de 1988, frente a la prohibición expresa de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, que consideraba inválido el pacto de deferir a una de las partes o a un tercero el nombramiento de los árbitros, consolidándose a partir de

su inclusión en 1988 diferentes instituciones que administran eficazmente el arbitraje con mecanismos de selección de árbitros con alta cualificación profesional ajustándose todo ello a lo dispuesto en las normas previamente incluidas en el respectivo reglamento, sin que nada de ello apareciera expresamente previsto en la Ley Modelo Uncitral, que lo da por supuesto sin ninguna limitación legal precisamente por la amplia tradición internacional del arbitraje institucional.

En el ámbito internacional tiene relevancia singular a partir de la Convención de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 1961 donde se contempla el arbitraje institucional que se oferta mediante árbitros que las propias instituciones arbitrales proporcionan, siendo de destacar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) dependiente del Banco Mundial, con sede en Washington, como único en el que se pueden residenciar demandas contra los Estados por parte de inversores extranjeros, y al que nos referimos en el apartado siguiente y último de este texto.

En la regulación actualmente vigente en nuestro país la característica esencial es la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a cargo de una institución que, a su vez, dicta las normas por las que se regulan las funciones del árbitro, que, por lo demás, puede incluso ser designado por las partes sin que ello desnaturalice la condición de arbitraje institucional siempre que cumpla el reglamento de la institución.

En el concepto de administración del arbitraje se comprende, lógicamente, el apoyo logístico, de infraestructura y medios materiales, técnicos y hasta humanos para el correcto ejercicio de las funciones arbitrales, incluyendo el control de la actuación arbitral y hasta la integración del convenio arbitral.

Las instituciones arbitrales suelen contener en sus reglamentos, en ausencia de acuerdo de las partes, la regulación de diversos aspectos y así, a título ejemplificativo, en el Convenio del CIADI se contemplan la constitución del Tribunal de Arbitraje, con el procedimiento de elección, sustitución y recusación de árbitros, así como el lugar o las costas del procedimiento o las reglas del mismo y hasta los honorarios de los árbitros.

En nuestro caso, a diferencia del derecho francés o portugués no existe una expresa prohibición de la asunción de la función arbitral por la persona jurídica, si bien ello se sobreentiende a lo largo del articulado de la Ley que, por ejemplo, en el precedente artículo 13 se refiere a la “persona natural”, confiriendo en este precepto en concreto a las personas jurídicas o bien sólo la administración del arbitraje o únicamente, si las partes lo han pactado así o no lo han excluido expresamente, la designación del árbitro o árbitros o ambas, tanto la administración del arbitraje como la designación del árbitro.

Por lo demás, se requiere que dichas personas jurídicas a que alude el precepto tengan atribuidas las funciones “arbitrales” de administración del arbitraje en sus propios Estatutos o en las normas que regulen dicha corporación y que, además, dispongan de un Reglamento en donde precisamente se regulen tanto la administración del arbitraje cuanto la manera de designar a los árbitros en cuestión.

Como última novedad al respecto, destacaré que en la disposición adicional segunda de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, publicada el 23 de junio, en el Boletín Oficial del Estado, se habilita al Gobierno para que, mediante Real Decreto, modifique, amplíe y desarrolle las funciones que la Ley atribuye a la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, que pasará a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual, que presenta un balance escaso, a diferencia del modelo alemán en que se inspira.

Entre sus funciones, debe incluir, entre otras, las de arbitraje, mediación, fijación de cantidades sustitutorias de tarifas y resolución de conflictos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual o entre alguna de ellas y una o varias asociaciones de usuarios o entidades de radiodifusión.

Se ha presentado una enmienda, la número 64, del Grupo Mixto, Izquierda Unida, que, por la relevancia de la Comisión, pide que sus elementos básicos se fijen por Ley, preferiblemente de Propiedad Intelectual, por lo que propone la supresión de la disposición adicional segunda, que remite a un posterior desarrollo reglamentario, añadiendo

que la modificación de la Comisión no está prevista por la Directiva objeto de transposición, todo lo cual fue rechazado en el Pleno del Senado.

Finalmente, en la Ley de 2011 se regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para la resolución de conflictos entre la Administración General del Estado y sus Entes Instrumentales, que deben ser resueltos por el Gobierno, para lo cual se crea una Comisión Delegada, presidida por el Ministerio de la Presidencia (Disposición Adicional Única).

12. El arbitraje internacional de inversión

No es ninguna novedad, en el escenario internacional, la reciente nacionalización del petróleo producida en Bolivia o Venezuela y tampoco el recurso a la invasión para proteger los derechos del inversor; así, cuando se nacionaliza el petróleo iraní en 1950, una revuelta motivó la dimisión de su presidente en 1953 y ante la expropiación del Canal de Suez, Francia y Gran Bretaña acuerdan con Israel intervenir militarmente en 1956, puesto que no había ningún Tribunal de Justicia Internacional en que una empresa –o un particular– pudiese demandar a un Estado. Por si acaso, Evo Morales y Hugo Chávez, presidentes entonces de Bolivia y Venezuela, respectivamente, adelantaron que, si el vecino americano se atreve a usar la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Frente al recurso a la fuerza, en la actualidad, la protección de la inversión extranjera en países en vía de desarrollo se fundamenta en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), de los cuales España ha firmado más de medio centenar, entre otros con Bolivia, Colombia, Venezuela o Argentina.

El contenido de dichos APPRI de España con esos países, al igual que los cerca de tres mil vigentes en todo el mundo, recoge que cada Estado garantiza a los ciudadanos y empresas del otro que las inversiones tendrán tratamiento justo, equitativo y no discriminatorio, con imposibilidad de nacionalización o expropiación, o medida similar, sin indemnización, equivalente al valor de mercado de la inversión expropiada antes de la medida.

La garantía de su cumplimiento estriba, en este caso y en todos los demás APPRI, en la cláusula que permite la reclamación directa del inversor contra el Estado infractor ante el Tribunal Internacional de Arbitraje creado por el Banco Mundial en 1965 en el referido CIADI, con sede en las oficinas centrales del Banco en Washington, a donde, finalmente, tendrán que acudir las empresas, por ejemplo petrolíferas, contra los Estados, al igual que ya lo hizo Repsol frente a Ecuador por una diferencia con la empresa estatal petrolífera- si no llega antes a un acuerdo satisfactorio.

Es decir, si, por ejemplo, un inversor español cree sufrir un trato discriminatorio en Colombia, o un inversor colombiano en España, o el Gobierno de dichos países del ejemplo, Colombia o España, expropia su empresa, entonces puede iniciar un arbitraje contra dicho Estado de referencia, Colombia o España, pidiendo a los árbitros que condenen a dicho Estado, español o colombiano según los casos, a indemnizar el perjuicio causado.

En concreto, aunque sometido a cláusula de confidencialidad en cuanto al contenido de las controversias, sí que puedo decir que fui por tres veces designado por el Banco Mundial árbitro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el arbitraje solicitado y presentado bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados con ocasión del conflicto entre la compañía alemana Siemens y Argentina por la rescisión del contrato de DNI e información migratoria, así como también con ocasión del conflicto entre la compañía americana AES Corporation y Argentina por la inversión de la mencionada empresa en ocho plantas generadoras y tres compañías distribuidoras de energía eléctrica ubicadas en territorio argentino, y, por último, por el presentado por Daimler Chrysler Services AG Mercedes Benz, en contra de la República de Argentina por una diferencia en torno a vehículos industriales y en la actualidad formo parte de un tribunal arbitral en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya en la reclamación contra Argentina formulada por Inspection and Control Services Limited (ICS).

El demandante típico suele ser una empresa multinacional y el demandado un país en vías de desarrollo, aunque no siempre (hay también demandas contra Estados Unidos, por ejemplo), y los árbitros elegidos, que no tienen por qué ser necesariamente los que figuran en las Listas del Banco Mundial, elegidos por los Estados, deben cumplir, en todo caso, las cualidades del Convenio de creación del CIADI: gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Los laudos del CIADI equivalen a sentencias firmes dictadas por el más alto Tribunal de Justicia de los Estados, de cumplimiento obligatorio, sin apelación, que tendrán que ser ejecutados inmediatamente según consta en el Convenio de su constitución, ahora ya firmado por más de 150 Estados, entre ellos Colombia, Bolivia, Argentina, Venezuela y España.

El primer país condenado de la entonces OCDE fue España, curiosamente por la reclamación de un ciudadano argentino, cuando ahora el país austral es el que, cuantitativamente, presenta el mayor número de reclamaciones pendientes ante el CIADI, que tiene más de 100 casos en trámite con cantidades en disputa superiores a 40 mil millones de dólares y a los que, probablemente, se hubiera añadido la reclamación contra Bolivia por el Decreto de nacionalización del gas y el petróleo y contra Venezuela por la del petróleo.

Ahora bien, el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, al día siguiente de la toma de control del yacimiento petrolífero del Orinoco, -dice que- retira a Venezuela del FMI y del Banco Mundial, y lo mismo han hecho Bolivia, Cuba y Nicaragua, por lo que, de nuevo, en esos países, si, finalmente, materializan dichas declaraciones, no hay ningún tribunal internacional ante el cual el inversor expoliado pueda ejercitar sus derechos. Es sabido que, ante el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, sólo pueden demandar los Estados, nunca los particulares y las empresas, aparte de la interpretación muy restrictiva del mismo en cuanto a la legitimación y competencia Y en cuanto al recurso a la invasión, por si acaso ya advirtieron los presidentes Chávez y Morales que, si el vecino americano usa la fuerza, no habrá petróleo para nadie.

Al quedarse los APPRI de esos Estados sin la cláusula que permite acudir al arbitraje internacional del CIADI, y quedar limitada la eficacia del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en los términos vistos, por sus problemas estructurales y de que sólo pueden demandar los Estados, ahora, frente a estos países, los inversores extranjeros sólo podrían reclamar ante los tribunales internos de justicia del país, con las limitaciones ya vistas que ello presenta.

13. El arbitraje estatutario en las sociedades de capital y la normativa concursal

En la Ley de 2011 se introduce la posibilidad de que los estatutos de las sociedades de capital prevean la sumisión a arbitraje de los conflictos que se planteen en ellas, resultando necesario para introducir esta cláusula estatutaria que haya al menos voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social, al igual que los estatutos pueden establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores sea sometida a arbitraje (Artículo 11bis LA).

Se dice en dicha modificación de 2011 que se procederá, además, a la anulación por laudo de los acuerdos societarios inscribibles y el laudo que declare la nulidad deberá inscribirse en el Registro Mercantil, especificándose que, si el acuerdo ya estaba inscrito, el laudo también determinará la cancelación de su inscripción y de los asientos posteriores que puedan resultar contradictorios (Artículo 11ter LA).

Con la Ley de 2011 se pretende conseguir mayor seguridad jurídica en cuanto a la posibilidad de sometimiento a arbitraje de los conflictos societarios, lo que se intenta reforzar mediante el establecimiento de la obligatoriedad de las inscripciones en el Registro Mercantil necesarias para que la hoja de la sociedad refleje tanto el laudo correspondiente, como sus consecuencias en el caso de que éste afecte a actos inscribibles o inscripciones ya realizadas.

Con la reforma del artículo 722 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se hace especial hincapié en el hecho de que quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales podrá pedir al Tribunal medidas cautelares (Disposición Final Segunda, LA).

Se modifica en 2011 el Artículo 52.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dispone que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, lo cual se introduce al objeto de mantener la vigencia del convenio arbitral sobre acciones civiles que podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso, siendo dichas acciones, por ejemplo, sobre la existencia, validez o cuantía de un crédito, sobre el cobro de deudas a favor del deudor o las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal, etc., estableciéndose, con todo, que el órgano jurisdiccional competente podrá suspender de efectos los pactos o convenios arbitrales previamente suscritos si entiende que los mismos pueden perjudicar la tramitación del concurso (Disposición Final Tercera LA), lo cual se compadece con las soluciones comunitarias en la materia concursal.

14. El arbitraje de la propiedad intelectual

En materia de Derecho de Autor en España es posible resolver mediante arbitraje las cuestiones civiles dimanantes de violaciones de la propiedad intelectual, regulando la Ley de Propiedad Intelectual en sus artículos 138 y siguientes los derechos que se pueden ejercitar, que son de libre disposición y por tanto compatibles con el Arbitraje, especificándose en dicho texto legal, en su Artículo 158/3, en relación con las Entidades de Gestión de Derechos de Autor, que corresponden a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual las funciones de mediación y arbitraje “dando solución, previo sometimiento de las partes, a los conflictos que se susciten entre entidades de gestión, entre los titulares de derechos y las entidades de gestión, o entre éstas y las asociaciones de usuarios de su repertorio” quedando su función reforzada por la Ley 21/2014 de Reforma de la Propiedad Intelectual.

En nuestro país en lo que se refiere al arbitraje de la propiedad intelectual la Comisión de Propiedad Intelectual se configura como un órgano colegiado de ámbito nacional adscrito a la Subdirección General de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con funciones, por lo que nos interesa, de arbitraje de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, lo cual se regula en el Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre.

Pese a su naturaleza de órgano administrativo, no forma parte de la estructura orgánica del Ministerio y dicha Comisión de Propiedad Intelectual actúa por medio de dos secciones, siendo la Primera la que ejerce las funciones de arbitraje que la legislación le atribuye, previo sometimiento de las partes, resolviendo los conflictos suscitados entre las entidades de gestión y los titulares de derechos, o las asociaciones de usuarios de su repertorio, o las entidades de radiodifusión, o las empresas de distribución por cable, y también frente a otras entidades de gestión y fijando las cantidades sustitutorias de las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión por la utilización de su repertorio.

Desde el punto de vista de sus efectos, es la función más relevante pues, como ha dicho reiteradamente el TC, constituye un equivalente de la función jurisdiccional. Su régimen está en la DPI y el RD 479/1989 y, cuando éstos fallan, en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y, sobre todo, al basarse en la expresa voluntad de las partes, no suscita ninguna reticencia especial.

Contra lo que pedía la Moción unánime del Congreso, la Comisión no tiene atribuidas competencias para arbitrar en cualquier conflicto en materia de propiedad intelectual, sino que está limitada objetiva y subjetivamente, siendo el sometimiento de las partes a la Comisión voluntario y por escrito con la posibilidad de la fijación de cantidades sustitutorias a las tarifas generales de las entidades, y con la decisión de la Comisión vinculante y con carácter ejecutivo.

Desde el punto de vista de la exigencia de carácter objetivo, en relación con obligaciones de las entidades de gestión: contratar autorizaciones no exclusivas en condiciones razonables; establecer tarifas generales; y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios.

En cuanto al aspecto subjetivo, es necesario que las controversias tengan lugar entre entidades de gestión y asociaciones de usuarios de su repertorio o entre entidades de gestión y entidades de radiodifusión. Quizás, teniendo en cuenta que el arbitraje es siempre voluntario, cabría optar por la ampliación de su ámbito, lo que se ha pretendido llevar a cabo en la Ley 21/2014.

En lo que respecta al previo sometimiento de las partes, voluntario y escrito, cabría también plantearse si la Comisión puede recibir solicitudes unilaterales, lo que no tiene duda si, en su día, las partes ya previeron un arbitraje, así como si las partes pactan un arbitraje ad hoc surgido el conflicto.

Ahora bien, si no existe convenio inicial (para conflictos futuros) ni actual (para el conflicto ya surgido), quizás podría admitirse una solicitud para que la Comisión la traslade a la otra parte como fomento del arbitraje, que, en cualquier caso, tendría escaso sentido y utilidad.

Sobre la previsión de gratuidad de ciertos arbitrajes institucionales, beneficiaba también al desarrollado por la Comisión, según la Ley de Arbitraje de 1988, que, en la actualidad, no aparece y ya se sabe que el arbitraje Ben general- no es barato, puesto que hay costes que pueden ser elevados, tales como el alquiler de sala, retribución de los árbitros (...y "representantes"), secretaría, comunicaciones etc. Desde luego, que se asuman esos costes por la Administración o que se carguen a las partes, no es una cuestión menor.

En cuanto a la voluntariedad, en Alemania, encaja en el procedimiento arbitral una propuesta de acuerdo, puesto que el procedimiento alemán no concluye con un laudo, sino que se pretende favorecer un acuerdo y, en última instancia, proponérselo a las partes, que, con todo, no están compelidas a asumirlo, no quedando en ningún caso vedada la vía judicial, sino condicionada, puesto que en los casos litigiosos de que trata no podrá presentarse demanda ante las cortes judiciales sino después de que se haya adelantado un proceso ante la comisión arbitral.

En la legislación española quedan algunos rastros de este tipo y, así, se alude a la realización de las reuniones precisas con la finalidad de alcanzar un acuerdo, que debe ser fomentado por la Comisión, si bien en Alemania, cualquiera de las partes puede pedir la intervención de la comisión, mientras que, en España, han de hacerlo ambas partes.

Dentro de la función de arbitraje, se atribuye a la Comisión la de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales@, a efectos del pago bajo reserva o consignación, cuando lo solicite una asociación de usuarios o una entidad de radiodifusión.

En este caso, es una fijación cautelar, que no resuelve el fondo del asunto, puesto que la Comisión no establece la tarifa, aunque ello ha tenido, a pesar de todo, una gran resistencia, motivada, en el caso de las entidades de gestión, al miedo a una intervención de la Administración, por medio de la Comisión, en la fijación de las tarifas.

En cambio esta función de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales debiera ser muy bien valorada por los usuarios, porque la configuración legal ha hecho de la fijación de cantidades sustitutorias no una función autónoma sino un simple incidente del arbitraje, haciendo de ella en cierto modo un estímulo de éste, reforzándose a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, las nuevas obligaciones de las entidades de gestión al ampliar la competencia de la Sección Primera de la Comisión a la función de determinación de tarifas y reforzar su función de control para velar por que las tarifas generales establecidas por éstas sean equitativas y no discriminatorias.

En el Real Decreto citado de 2011 se especifica que la solicitud de arbitraje se interpone por la parte demandante o, en su caso, por ambas partes conjuntamente invocando un convenio o cláusula arbitral en los términos definidos en la Ley de Arbitraje, en virtud del cual las partes se han comprometido a someter la controversia al arbitraje de la Comisión de Propiedad Intelectual, o en defecto de convenio o cláusula arbitral, instando a que se dé traslado de su solicitud de arbitraje a la otra parte, para que manifieste si desea someterse al arbitraje requerido.

Dicha solicitud de arbitraje contendrá, al menos, el nombre completo, dirección y demás datos relevantes para la identificación y contacto de la parte o partes demandantes y de la parte o partes demandadas y en particular, deberá indicar las direcciones a las que deberán dirigirse las comunicaciones a todas esas partes; la descripción del objeto de la controversia; las pretensiones que se formulan, con expresión, de ser posible, de su cuantía; el acto, contrato o negocio jurídico del que derive la controversia o con el que ésta guarde relación y el convenio o cláusula arbitral que, en su caso, se invoca.

A continuación en cuanto al procedimiento se especifica que a la solicitud de arbitraje deberán acompañarse, al menos, copia del convenio arbitral o cláusula arbitral si existiera; copia de los contratos, en su

caso, de que traiga causa la controversia; escrito que acredite la representación, cuando la parte no actúe por sí misma, siendo posible el otorgamiento de representación ante los servicios administrativos correspondientes; constancia del pago de la provisión de fondos para los gastos de administración del procedimiento por la Comisión de Propiedad Intelectual y los honorarios de los árbitros, señalándose que cuando la solicitud sea de una asociación de usuarios u otra entidad de naturaleza asociativa que legalmente pueda acogerse al procedimiento de arbitraje, deberá acompañarse de una certificación en la que se comprenda el nombre y apellidos o razón social de los miembros de dicha asociación, así como el acuerdo y mandato de representación adoptado, en relación con el arbitraje, por su órgano de gobierno.

Una vez recibida la solicitud de arbitraje con todos sus documentos y subsanados, en su caso, los defectos de que adoleciera, se remitirá sin dilación al demandado o demandados una copia de la solicitud, que deberá responder a la solicitud de arbitraje en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, con la mención del nombre completo del demandado, su dirección y demás datos relevantes para su identificación y contacto, designando la persona y dirección a la que deberán dirigirse las comunicaciones que deban hacerse durante el arbitraje; sus comentarios sobre la descripción de la controversia efectuada por el demandante; la posición sobre las pretensiones del demandante y si se opusiera al arbitraje, su posición sobre la existencia, validez o aplicabilidad del convenio o cláusula arbitral.

A la respuesta a la solicitud de arbitraje deberán acompañarse, al menos, un escrito que acredite la representación, cuando la parte no actúe por sí misma, siendo también posible el otorgamiento de representación ante los servicios administrativos correspondientes y en caso de aceptación del arbitraje, constancia del pago de la provisión de fondos para los gastos de administración del procedimiento por la Comisión de Propiedad Intelectual y los honorarios de los árbitros.

Recibida la respuesta a la solicitud de arbitraje con todos sus documentos, se remitirá una copia al demandante, decidiendo sobre la admisión de la solicitud de arbitraje, o sobre la acumulación de la solicitud a otros procedimientos que se estén sustanciando y, de manera motivada,

sobre la prevalencia de un procedimiento respecto a otro, con facultades para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del convenio o cláusula arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje, en el Texto Refundido de la Ley de la Propiedad Intelectual y en el Real Decreto de 2011, ajustándose, en todo caso, el procedimiento a los principios de legalidad, voluntariedad, audiencia, confidencialidad, contradicción, imparcialidad e igualdad entre las partes, sin que la inasistencia o inactividad de cualquiera de ellas impida el desarrollo del procedimiento ni que se dicte el laudo, ni privará a éste de su eficacia.

La Comisión decidirá de oficio o a instancia de las partes sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas por las partes, sobre su práctica y su valoración, así como sobre la práctica de pruebas complementarias, cuando lo considerasen necesario para la formación de su criterio, siendo satisfechos los gastos de la práctica de la prueba satisfechos por la parte que la hubiera solicitado, o por ambas partes si así lo aceptan o a prorrata cuando haya sido propuesta por los miembros de la Sección salvo que las partes acepten que sean satisfechos por una de ellas, pudiendo convocar las reuniones que estime precisas con la finalidad de promover un acuerdo entre las partes que permita la solución del conflicto.

Cuando se considere que las cuestiones han sido suficientemente debatidas y siempre que no se haya alcanzado un acuerdo entre las partes en los términos previstos antes, se convocará una audiencia para que las partes formulen sus posiciones definitivas, terminando el procedimiento, salvo acuerdo previo de las partes, mediante uno o varios laudos escritos y motivados que resolverán todas las cuestiones planteadas, con pronunciamiento en el laudo final sobre las costas del arbitraje, definidas en los términos de la Ley de Arbitraje.

Cualquier condena en costas deberá ser motivada y, salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, como regla general, deberá reflejar el éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones de las partes, a no ser que, atendidas las circunstancias del caso, se estime inapropiada la

aplicación de este principio general, teniendo los laudos adoptados carácter vinculante y serán ejecutables e impugnables conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje, debiendo dictarse, salvo acuerdo en contrario de las partes, en el plazo máximo de seis meses desde que el demandado presente la respuesta a la solicitud de arbitraje, prorrogables por un máximo de dos meses si las partes no se oponen.

No obstante, lo anterior, si en el transcurso del procedimiento arbitral las partes alcanzasen un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, a la controversia, lo formalizarán por escrito y lo comunicarán a fin de que se den por terminadas las actuaciones respecto de los puntos acordados y se dicte laudo en los términos convenidos salvo que se aprecien motivos para oponerse o las partes renuncien a que se dicte el mismo.

En cuanto al procedimiento de arbitraje para fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales, cuando una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, una asociación de usuarios, o una entidad de radiodifusión, haga uso de la facultad prevista en la Ley de Propiedad Intelectual, al objeto de fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales establecidas por una entidad de gestión, la solicitud de arbitraje podrá ser formulada por la entidad de gestión, la asociación de usuarios o la entidad de radiodifusión, y, además de los requisitos y documentos antes vistos con carácter general, y el correspondiente modelo oficial, tendrá que fijar, como objeto de la misma, una cantidad sustitutoria de las tarifas generales establecidas por la entidad de gestión; exponer las razones que justifican la solicitud de sustitución de la cantidad establecida por la entidad de gestión; proponer una cantidad sustitutoria determinada o determinable básicamente mediante una operación aritmética; incluir, en defecto de convenio arbitral, el expreso sometimiento a la competencia de la Comisión en la Ley de Propiedad Intelectual, para dar solución al conflicto.

La inasistencia o inactividad de cualquiera de las partes no impedirá el desarrollo del procedimiento, ni que se adopte la decisión arbitral resolutoria del conflicto, ni privará a ésta de su eficacia y la presentación de una solicitud de fijación de cantidad sustitutoria de las tarifas generales no exime a los empresarios individuales o sociales representados por la asociación de usuarios o a la entidad de radiodifusión, de la

obligación de hacer efectiva bajo reserva o consignar judicialmente la cantidad establecida por la entidad de gestión conforme a la Ley de Propiedad Intelectual, o la cantidad que cautelarmente pueda establecer a instancia de parte la Sección, para entenderse autorizados a ejercer el derecho de propiedad intelectual al que hacen referencia las tarifas generales objeto de la controversia, siendo, por supuesto, la decisión arbitral resolutoria del conflicto escrita y motivada, basándose en los criterios mencionados en la Ley de Propiedad Intelectual.

15. Consideraciones conclusivas

Es fundamental hacer hincapié en la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje en nuestro país. Aunque el arbitraje empieza a ser una realidad en España, y las expectativas abiertas por la Ley de 2003 son positivas, no esperamos un gran incremento de arbitrajes internacionales con sede en España, al menos a corto plazo, pues antes será necesario que se lleve a cabo una labor de promoción de la institución, tanto en el país como en el extranjero. Es necesario apostar, también a nivel interno, por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, y ser conscientes de que, al tejido empresarial español, formado en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Asimismo, hay que poner de relieve las grandes ventajas del arbitraje como medio de resolución de conflictos, en comparación con la justicia ordinaria. Esto nos hace pensar que si las empresas lo conociesen en profundidad acudirían al arbitraje sin dudar. Sin embargo, desgraciadamente el arbitraje es un gran desconocido para el 40% de las empresas. En este sentido, hay que destacar que más de cuatro millones de empresas, entre pymes y autónomos, pueden ya beneficiarse del proceso arbitral.

Los primeros años de aplicación de la Ley de Arbitraje de 2003 ponen de manifiesto el interés creciente de la Administración por dotar al ciudadano en general y al empresario en particular de un método alternativo resolutorio de disputas. Además, conviene señalar que el arbitraje no es sustitutivo de los tribunales ordinarios, sino un colaborador de los

mismos, por lo que resulta necesaria una cooperación entre este instrumento y la autoridad judicial, si lo que se persigue es que la institución arbitral funcione convenientemente.

Hay que ser conscientes de que acudir al arbitraje para la resolución de conflictos es un síntoma de madurez de una sociedad. En España se ha mejorado en los últimos años, pero sólo el 10% de las empresas acuden a esta institución para resolver sus controversias nacionales, ascendiendo este porcentaje hasta el 30% en el caso de las internacionales, lo que lo convierte en el tercer medio más utilizado para solucionar conflictos.

En la Ley de 2011 no se ha llevado a cabo desde luego una modificación radical o un cambio drástico en el sistema del arbitraje que estaba vigente desde 2003 pero, desde luego, se han llevado a cabo la introducción de importantes novedades cuyo objeto último es reforzar e impulsar el arbitraje en España, para que el país sea una sede atractiva para la tramitación de arbitrajes internacionales.

En definitiva, creo que esta nueva Ley contribuirá muy positivamente a impulsar el arbitraje en España, y todos deberíamos colaborar en su divulgación, para crear una cultura favorable a esta institución, cultura arbitral prácticamente inexistente en nuestro país hasta el momento. Y, como árbitro internacional, creo que España, y en particular Galicia, gracias a las singulares afinidades con Iberoamérica, que suponen una importante ventaja competitiva, deben aprovechar el nuevo marco normativo, que ofrece una regulación arbitral de calidad, para potenciarse como sede atractiva y moderna de los futuros arbitrajes internacionales, para que las empresas extranjeras vean a nuestro país como una apuesta segura, por contar con una ley avanzada cuyas líneas fundamentales son conocidas a nivel internacional, por basarse en el modelo UNCITRAL.



Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) y el Contrato de Inversión. ¿Jurisdicción local o internacional?

Interacciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado

Ernesto Velázquez Argaña *

Introducción

En todo esquema de inversiones extranjeras es imprescindible establecer mecanismos eficientes y seguros encaminados a la resolución de las eventuales controversias surgidas entre los sujetos involucrados.

Atendiendo a que, en la generalidad de los casos, son los Estados – personas de derecho público– y los particulares (inversionistas) – personas de derecho privado– los jugadores principales en materia de inversiones extranjeras, en dicha realidad, se plantean cuestiones jurídicas complejas, que merecen tratamientos especiales, acordes a las circunstancias particulares.

La comunidad internacional, a través de diversos mecanismos, entre ellos los usos y costumbres, ha ido despejando dichas complejidades en aras del desarrollo económico –y de la expectativa de lucro– que conlleva toda inversión.

* Ex Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial. Director Jurídico del Banco Central del Paraguay.

Es innegable que la existencia de mecanismos eficientes y confiables de solución de conflictos de inversión, en gran medida, ha venido propiciando la proliferación de la inversión extranjera en el mundo. En efecto, resultaría poco probable cualquier inversión extranjera si los exportadores de capital no estuvieran plenamente seguros de que existirían seguridades o garantías, expresados en instrumentos jurídicos idóneos, –y tribunales confiables–, que hagan posible la solución de las complejas cuestiones planteadas con las inversiones, que generalmente conecta a sujetos de distintas realidades culturales, sociales, con distintos sistemas jurídicos, tanto de derecho sustancial (fondo) como formal (procedimiento), y de diversos grados de desarrollo económico.

En este diseño, encaminado a zanjar las diferencias culturales y jurídicas entre los Estados y los particulares (inversionistas), cobra fundamental importancia los *Tratados Bilaterales de Inversión o "TBI"*, que configuran instrumentos internacionales que establecen las reglas de juego de una inversión extranjera, que atañe a nacionales que invierten en un Estado signatario y al mismo Estado que recibirá la inversión.

Los TBI configuran tratados internacionales (1) y, consiguientemente, se hallan regidos por el derecho internacional público. Conforme al referido derecho, la violación de sus disposiciones configura una contravención al derecho internacional, hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional (2), lo cual trae aparejado consecuencias jurídicas (reparaciones).

(1) Conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, art. 1, 2, a) "...se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular; ...". http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

(2) Conforme al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional, organismo de las Naciones Unidas, en el año 2001, "...todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad de este" (art. 1). El Art. 3 del referido Proyecto determina los elementos. El elemento subjetivo aparece en el apartado a) y radica en que "...un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el

En el caso de la República del Paraguay, los tratados internacionales forman parte del derecho interno, en segundo rango de jerarquía legislativa, conforme al Art. 137 de la Carta Magna (3), ocupando la Constitución Nacional el carácter de norma fundamental.

Es importante destacar que el rango de validez normativa de un tratado internacional está determinado por cada sistema constitucional.

Es así que, para algunos Estados, los tratados internacionales gozan de mayor jerarquía que la Constitución Nacional –como el caso de la República Argentina, con relación a los tratados de derechos humanos, por ejemplo–. Para otros, los tratados internacionales tienen el mismo rango de una ley –como es el caso de los Estados Unidos de América–, y por lo tanto pueden ser derogados por leyes posteriores

Otro elemento clave en el complejo universo de las inversiones es el llamado *contrato de inversión*, que constituye un instrumento, principalmente regido por el derecho privado suscripto por el Estado (*De iure gestionis* (4)) –generalmente una institución, repartición, autoridad estatal– con un sujeto de derecho privado extranjero, donde se establecen los tér-

derecho internacional al Estado". Por su parte el elemento objetivo se da cuando "...ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado". Vide: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, SANCHEZ RODRÌGUEZ, Luis y ANDRES SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz; Curso de Derecho Internacional Público, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1998, pp. 321, 324, y sigtes.

(3) Constitución Nacional de la República del Paraguay, Art. 137. De la Supremacía de la Constitución: "La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...".

(4) A diferencia de la actuación "*De jure imperii*", –regida por el derecho público–, que se verifica cuando el Estado despliega una función propia, por ejemplo, recaudar impuestos, ejercer la soberanía territorial, defensa, entre otros, funciones que son del dominio reservado del Estado (*reserved domain*), y privadas de cualquier injerencia internacional (Art. 2, inc.7), Carta de las Naciones Unidas).

minos específicos de la inversión; por ejemplo, los referidos a la construcción de obras de infraestructura, la prestación de un servicio determinado, provisión de equipamientos, etc.

En los casos que serán citados más adelante, se percibirá la interrelación –y hasta tensión– que existe entre estos dos instrumentos esenciales para la inversión extranjera.

La protección de las inversiones y la resolución de controversias internacionales derivadas de la inversión extranjera

La República del Paraguay es signataria de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969. No todos los Estados del mundo son signatarios de esta Convención Internacional. No obstante, una gran mayoría de la comunidad internacional la ha adoptado (5).

Ahora bien, en lo que casi todos los Estados coinciden es en la adopción de sistemas de protección de las inversiones, y particularmente del diseñado por el Convenio de Washington de 1965, que crea el Centro Internacional de Disputas de Inversiones (CIADI). En efecto, en la actualidad, más de 150 Estados del mundo, han ratificado la referida Convención, por lo que podemos afirmar, que el sistema de protección de las inversiones es *quasi* universal (6).

Este sistema de protección, creado dentro del ámbito del Banco Mundial, otorga seguridad jurídica a los inversionistas, que requieren previsibilidad en el retorno de sus inversiones.

Ahora bien, dentro del esquema de protección y como ya ha sido mencionado más arriba, los TBI son piezas fundamentales y necesarias. Estos contienen, entre otros elementos, los derechos y obligaciones de los Estados donde se radican las inversiones y de los inversionistas, y la no menos importante cláusula de solución de controversias.

(5) *Vide*: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1498>

(6) *Vide*: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>

Esta cláusula generalmente, contempla un arbitraje internacional, ya sea dentro del esquema de la Convención de Washington (CIADI), arbitraje institucional, o –mucho menos recurrido–, un arbitraje *ad-hoc* regido por reglamentos de arbitraje particulares (no por instituciones arbitrales), como ser, por ejemplo, el aprobado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

Por su parte, en el contrato de inversión, a los efectos de que sea excitado el sistema de protección del sistema del Convenio de Washington, debería necesariamente establecer que en caso de controversias éstas serían resueltas por arbitraje internacional bajo las reglas del CIADI.

Obviamente, conforme al principio de libertad contractual, las partes tendrán la libertad de elegir el tipo de solución de controversias (7) y la ley aplicable que estimen más adecuados. En otras palabras, no existe obligación de que los Estados pacten el sistema CIADI en los contratos de inversión. No obstante, un gran número de inversiones está regido por dicho sistema de solución de conflictos.

El caso conocido como *BIVAC v. República del Paraguay*, decidido recientemente por un tribunal constituido bajo el CIADI, planteó la disyuntiva jurídica de la supremacía del contrato de inversión o del TBI cuando, por un lado, las partes, en el contrato de inversión, acordaron la aplicación exclusiva la jurisdicción local, y por el otro lado el TBI (suscripto entre el Estado del cual el inversionista es nacional y el Paraguay) estableció que las controversias serían decididas por un tribunal de arbitraje CIADI.

La cuestión dilucidada por los árbitros fue la siguiente: ante la existencia de dos instrumentos jurídicos relevantes para una inversión –contrato y tratado internacional–, que establecen distintos medios de solución de conflictos, cuál regiría ¿la norma interna o la internacional?

(7) Entre ellos, medios diplomáticos o políticos, a saber, negociaciones, mediación, conciliación, investigación, principalmente; o medios jurídicos, a saber, arbitraje –medio más recurrido–, o solución judicial, recurriendo a un tribunal jurisdiccional nacional.

Este caso, al igual que en el caso *SGS v. República del Paraguay*, la fundamentación del laudo –y sobre todo la existencia de disparidad de criterios en los árbitros– dejó en evidencia la notable tensión generada por la interrelación de disposiciones del derecho privado (contrato de inversión) vis-a-vis el derecho público (TBI), en lo que concierne al arbitraje de inversiones.

En efecto, en uno de los casos (*BIVAC v. República del Paraguay*), el tribunal arbitral determinó que antes de abocarse a determinar si existieron violaciones de normas internacionales, debería primeramente recurrirse a la jurisdicción pactada en el contrato, por ser el reclamo de naturaleza contractual, aplicándose, entonces, el derecho contractual (contrato de inversión).

Curiosamente, en otro caso muy similar (*SGS v. República del Paraguay*), el tribunal arbitral determinó que primaba el derecho internacional público (TBI), a pesar que las partes hayan expresamente acordado en el contrato que la jurisdicción sería la de los tribunales de la ciudad de Asunción.

Antes de hacer referencia a los citados casos –en cuya oportunidad se hará énfasis en el caso *BIVAC*–, consideramos muy importante, ahondar –aún más– en el concepto y la importancia de los TBI, que son los instrumentos internacionales que, generalmente, establecen la jurisdicción del CIADI.

Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI): Importancia, aplicación e interpretación

Como fue mencionado más arriba, los TBI son instrumentos internacionales, regidos por el Derecho Internacional Público (“DIP”), estructurados para la protección integral de inversiones extranjeras en un Estado determinado, y generalmente suscriptos entre personas de derecho privado, nacionales de países exportadores de capitales, y Estados receptores de capitales (8). Como se podrá colegir, en la otra parte de la relación

(8) Sin embargo, los flujos de inversiones directas no están únicamente sujetos a cientos de TBI, sino a una cantidad creciente de acuerdos multilaterales de

jurídica planteada con el TBI casi siempre existe un país en vías de desarrollo involucrado.

Como muchos autores lo señalan, los TBI vienen a mitigar los efectos de la ausencia de un convenio multilateral que codifique las reglas de protección de las inversiones (9), o de la ausencia de leyes específicas sobre inversiones en los Estados receptores de capital.

En ese sentido, los TBI son considerados –por los inversionistas, exportadores de capital– como “esenciales” para la protección de sus inversiones, pues mediante la suscripción, aprobación, ratificación y canje de los mismos por parte de los Estados involucrados en una inversión determinada, existirá –si es que no se pactara otra cosa en el contrato de inversión– la obligación de recurrir al arbitraje en caso de controversias surgidas de una relación de inversión (entre Estados e inversionistas nacionales del otro Estado signatario). Con esto se evita recurrir a la jurisdicción del Estado donde la inversión se encuentra radicada.

En otras palabras, la cláusula de resolución de controversias del TBI, mitiga el temor y la desconfianza que despierta en los inversionistas extranjeros los tribunales jurisdiccionales del Estado donde la inversión se encuentra radicada, en el entendimiento de que los mismos podrían estar sesgados en la defensa de los intereses del Estado receptor de la inversión. Esta es una preocupación atendible, sin lugar a dudas.

Por lo mencionado precedentemente, sería bastante improbable que el arbitraje de inversión hubiera alcanzado la notoriedad actual sin la existencia de los TBI (10).

inversión, regímenes regionales integración económica y de libre comercio e instrumentos internacionales de aplicación no obligatoria. Vid. ALVAREZ, José, *The Regulation of Foreign Direct Investment: Introduction*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 2 (2003).

(9) VIVES CHILLIDA, Julio, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1998. cit. pp.43.

(10) MC LACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence, WEINIGER, Matthew, afirman en su obra “*International Investment Arbitration*”, que: “The large number of treaty arbitrations in recent years has been a product of an exponential growth in the number of BITs. The first BIT was signed in 1959 between Germany

A su vez, los TBI hubieran quedado desprovistos de su eficacia actual si los Estados no hubieran ratificado el Convenio de Washington – parte esencial del sistema de protección internacional de las inversiones–, pues es este tratado el que establece la obligatoriedad de los Estados parte, en caso que eso se haya acordado, de recurrir al arbitraje institucional del CIADI cuando existan controversias internacionales derivadas de las inversiones (11).

Los TBI no solamente establecen la forma de solución del conflicto, sino también las obligaciones de los Estados relativas a inversiones en el otro Estado signatario que involucran a nacionales –personas físicas o jurídicas– de ese Estado.

Como tratados internacionales, los TBI están regidos por el Derecho Internacional Público, y particularmente por el llamado “Derecho de los Tratados”. En tal sentido, en caso de que ambos países signatarios del TBI fueran parte de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (12) se aplicarían las disposiciones de la misma en la relación jurídica convencional entre Estados.

and Pakistan. By 1970 there were 72 BITs, by 1980 165, and by 1990 385. The number have grown ever faster since 1990 and the global total at the end of 2005 was put at 2.495”, según datos de la UNCTAD, *Investment Report 2006-FDI FROM Developing and Transition Economies Implications for Development* (2006) 26, citado en MC LACHLAN, SHORE, WEINIGER, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, pp. 26.

(11) Art. 25 (1) del Convenio de Washington de 1965: “(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado...”.

(12) La República del Paraguay ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 por Ley N° 289 del 28 de octubre de 1971. Transcripción del Convenio en: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Normativas/CONVENCIONDEVIENADE1969SOBREELDERECHODETRATADOS.pdf>

Cabe señalar que, no obstante a que la Convención de Viena de 1969 condensa y cristaliza el derecho consuetudinario internacional en materia de tratados, es posible que las disposiciones de la citada Convención – dependiendo de la conducta de los Estados involucrados en la controversia–, sean de aplicación en las relaciones jurídicas surgidas del TBI (13), aún sin que estos Estados –o solo uno de ellos– sean signatarios.

En los casos citados precedentemente, no sería de aplicación la Convención de Viena de 1969 *per se*, pero sí la costumbre internacional conte-

(13) La Costumbre Internacional debe ser la prueba de una práctica general aceptada como derecho (Art. 38(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Como lo afirma BRIERLY, lo relevante es que exista un reconocimiento general entre Estados de que ciertas prácticas son obligatorias. Los elementos de la costumbre son: **(a) Duración:** siempre que sea probada la consistencia y la generalidad de una práctica, no es requerida ninguna duración particular, el paso del tiempo configurará no obstante parte de la prueba de la generalidad y consistencia. La Corte Internacional de Justicia no considera éste como un elemento definitivo. **(b) Uniformidad:** consistencia en la práctica. Una completa uniformidad no es requerida, pero sí una uniformidad sustancial. En el caso de las Pesquerías (*Fisheries Case*) en *ICJ Reports* 1951, p.116-131, la Corte rechazó aceptar la existencia de una regla de 10 millas para las bahías. El caso más importante al respecto, es el caso de Asilo (*Asylum Case*), en *ICJ Reports* (1950), a 276-7. **(c) Generalidad de la Práctica:** este elemento complementa el de la consistencia. La universalidad de la práctica no es requerida, el verdadero problema es determinar el valor de la abstención de protestar por un gran número de Estados en el caso de la práctica seguido por otros. **(d) *Opinio Juris et necessitatis*:** El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia refiere a una “práctica general aceptada como derecho”. Este es un elemento psicológico. Debe existir un sentido de obligación legal, contrario a motivo de cortesía, equidad, moralidad (BROWNLIE). En muchos casos la Corte Internacional de Justicia, debido a la dificultad de la prueba, asume la existencia de una *opinio juris* sobre la base de evidencia de una práctica general. En otros casos, adopta un aproximamiento más riguroso dependiendo de los hechos involucrados. Cabe destacar que la manera de evitar la formación de una costumbre es a través de una objeción persistente (*persistent objection*). La existencia de una objeción debe ser clara y existe una presunción de aceptación que debe ser refutada. *Vide:* BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, pp. 4-11.

nida en sus disposiciones de conformidad al Art. 38 (2), relativo a las fuentes del derecho internacional, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (único Anexo de la Carta de Naciones Unidas).

Como todos los tratados los TBI deben ser interpretados de buena fe, “... conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (14).

También es importante destacar, como lo expresó el CIADI en el laudo del caso Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka, que: “... el tratado bilateral de inversiones no es un sistema jurídico cerrado y completo, limitado a proporcionar normas materiales sustantivas de aplicabilidad directa sino que ha de contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que normas de otras fuentes se integran a través de métodos de incorporación implícita o por referencia directa a ciertas normas suplementarias, ya sean de naturaleza jurídica internacional; ya de derecho interno”. En otras palabras, la protección de la inversión, también encuentra sustento en el derecho internacional público y aún en el derecho interno de los Estados (15).

(14) Conforme al Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, referente a la “Regla general de Interpretación”: *“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3) Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.*

(15) ILM, vol. XXX. 1991, 3, pp. 577-655, (p. 587).

La crítica del sistema del CIADI está centrada, justamente, en que este no es más que un esquema de protección de los intereses de inversionistas de países desarrollados, en detrimento de los intereses de países en vía de desarrollo, los cuales necesitan críticamente las inversiones extranjeras para desarrollarse, y se ven “obligados” a aceptar las condiciones impuestas por el Convenio y los TBI. Los detractores alegan que este es un esquema ideado por el Banco Mundial, direccionado por países desarrollados, para asegurar las inversiones –e incluso como medio de control de estos países– ejercen abusivamente derechos de protección en perjuicio de la soberanía económica de los Estados en vía de desarrollo.

En años anteriores, esta crítica estuvo centrada en el discurso de Presidentes de gobiernos socialistas de América Latina, particularmente los casos de Ecuador, Venezuela y Bolivia y Argentina; crítica esta exacerbada por la cantidad importante de casos llevados al CIADI contra estos Estados por inversionistas internacionales.

Origen y evolución de los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI)

A los efectos de una mejor comprensión del sistema de solución de controversias de inversiones, resulta oportuno referir, brevemente, a los antecedentes históricos relativos a esta materia.

Los TBI tienen su origen en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación–de profusa utilización a finales del siglo XIX y principios del siglo anterior–, cuyas cláusulas generalmente eran esencialmente uniformes. En efecto, dichos tratados generalmente contienen una cláusula de obligación de trato nacional y de nación más favorecida, protección de la propiedad privada y solución de controversias, las cuales se resolvían por negociaciones diplomáticas, y eventualmente recurriendo a estrados internacionales –como ser el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, o su sucesor la Corte Internacional de Justicia– para lo cual debían agotarse necesariamente los recursos internos (16).

(16) *Vide*: BLUMENWITZ, *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, en R. Bernhardt (Ed.), *EPIL*, Amsterdam. Max Planck Institute, Installment 7, 1984, pp. 484-490 en VIVES CHILLIDA, *op. cit.*, p. 44. En la década de 1950, Estados Unidos diseñó un programa de Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio

Desde los años sesenta –y especialmente a partir de los ochenta–, del siglo XX los Estados han suscripto numerosos TBI (17). También fueron negociados TBI multilaterales derivados de acuerdos de integración, que incluyeron provisiones sobre protección de inversiones. Entre estos últimos tratados, a modo de ejemplo, se cuenta con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre Estados Unidos de América, México y Canadá. Otro acuerdo multilateral destacable es el “Tratado de la Carta de la Energía”, a nivel de la Unión Europea, que regula la prospección, exploración y extracción del petróleo, gas, carbón y uranio; la creación de centrales energéticas y medios de transportes, así como la distribución y almacenamiento de materiales energéticos (18).

y Navegación que no obtuvo el éxito deseado por sus ideólogos. *Vide*: SALACUSE, Jeswald, & SULLIVAN, Nicholas P., *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 HARV. INT’L L.J. 68 (2005). Los referidos tratados, al poco tiempo de su introducción, se tornaron poco atractivos para los países en desarrollo que mostraron un abierto escepticismo sobre sus ventajas. Alrededor de la misma época, varios Estados europeos promovieron negociaciones que culminaron en la suscripción y ratificación de una serie de exitosos tratados bilaterales de inversión. *Vide*: VANDELDE, Kenneth, *United States Investment Treaties, Policy and Practice* 29, 30 (1992).

(17) Por su parte, Estados Unidos de América no negoció la suscripción de un TBI sino hasta principios de la década de 1980, en que inició la ejecución de su Programa de Tratados Bilaterales de Inversión. El Programa de TBI de los Estados Unidos y otros similares promovidos por países desarrollados culminaron en una masiva suscripción de esta clase de tratados, ocurrida sobre todo a finales de la década de 1980 y en la década de 1990. *Vide*: LOWENFELD, Andreas E, *Investment Agreements and International Law*, 42 COLUM. J. TRANSNAT’L L. 125 (2003). La política en favor de los TBI estaba concebida para lograr tres objetivos principales: (i) proporcionar protección adecuada a los inversionistas en países en los cuales sus derechos aún no estaban cubiertos por acuerdos existentes; (ii) persuadir a otros Estados a implementar y ejecutar políticas de mercado que otorguen un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros; y (iii) contribuir al incremento de normas de derecho internacional consistentes con los dos propósitos anteriores. *Vide*: LANG, Jeffrey, *The International Regulation Of Foreign Direct Investment: Obstacles and Evolution*, 31 CORNELL INT’L L.J. 457 (1998).

(18) *Vide*: Tratado sobre la Carta de la Energía (Lisboa, 17 de diciembre de 1994); también WÄLDE, W, *International Investment under de 1994 Energy*

El primer TBI fue suscripto entre Alemania y Pakistán en el año 1959; fue una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación, aunque no contenía muchas de las cláusulas modernas. Como lo señala GARCÍA BOLÍVAR creó el paradigma de lo que después se convertiría en un sistema acabado de protección al inversionista y a la inversión extranjera (19).

El mismo autor argumenta que entre los motivos del nacimiento de los TBI—en donde se extendía la protección a los inversionistas extranjeros a distintos supuestos de hecho y se les daba la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional—, fue el resultado del caso *Barcelona Traction* ventilado ante la Corte Internacional de Justicia (20).

El remedio encontrado para evitar que decisiones similares a *Barcelona Traction* soslayaran la protección internacional a la subsidiaria de un inversionista extranjero, fue incluir disposiciones expresas en los TBI según las cuales las subsidiarias de un inversionista extranjero tendrían la nacionalidad del inversionista extranjero, independientemente del lugar

Charter Treaty, JWT, vol. 29, 1995, 5, pp. 5-72; SALACUSE, J.W., The Energy Charter Treaty and Bilateral Investments Treaty Regimes en Th. Wälde (Ed.), The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade, London, Kluwer, 1996, pp. 321-348, citados en VIVES CHILLIDA, p. 46.

(19) GARCÍA BOLÍVAR, Omar, *Nociones Básicas del Arbitraje Internacional de Inversiones*, <http://www.bg-consulting.com>, p. 2.

(20) El caso *Barcelona Traction* decidido en el año 1970 ante la Corte Internacional de Justicia, involucró al Reino de Bélgica contra España, derivado de expropiaciones realizadas por el gobierno español de una central eléctrica, la que luego fue declarada en quiebra, que afectó los intereses de inversionistas (accionistas) belgas, que solicitaron la protección diplomática del Reino de Bélgica. Finalmente, la Corte de la Haya resolvió que no existió legitimación activa del Reino de Bélgica, y estimó, entre otras cosas, que: “El gobierno belga estaría legitimado para presentar una reclamación si pudiera demostrar que uno de sus derechos ha sido lesionado y que los actos alegados han causado la violación de una obligación internacional derivada de un tratado o de una regla general de derecho”. (CIJ, Recueil 1970, p. 46). Como se podrá notar, distinto hubiera sido el caso si existiera un Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Bélgica.

de registro de la subsidiaria e incluso si ésta se hubiera registrado en el Estado anfitrión (21).

Incumplimiento de los TBI y la responsabilidad internacional

Al igual que todo tratado, el TBI obliga a los Estados que lo suscriben, y su incumplimiento conlleva la responsabilidad internacional del Estado incumplidor. La responsabilidad internacional se verifica cuando es realizado un hecho –que puede constituir una acción o una omisión– realizado por un Estado contra otro Estado, siempre y cuando el mismo sea violatorio del derecho internacional.

Por lo mencionado, para que un hecho constituya responsabilidad internacional deben concurrir necesariamente dos elementos (i) el objetivo, el hecho ilícito, la acción u omisión violatoria del TBI; y (ii) el subjetivo: la comisión u omisión por un Estado contra los intereses de otro Estado (22).

La violación del TBI por parte de un Estado se concreta con la contravención de disposiciones convencionales a las que está obligado a cumplir conforme al derecho internacional –y particularmente, con la violación del principio *pacta sunt servanda* (“los tratados deben ser cumplidos”), piedra angular del derecho internacional y sustento estructural de la comunidad de naciones–.

En todo TBI, las disposiciones principales son las que protegen las inversiones –para lo cual generalmente en el tratado se definen en qué consisten estas–; el trato justo y equitativo; trato nacional; la cláusula de la nación más favorecida; compensación total (*full compensation*); protección de expropiación; cláusulas de protección general (*umbrella clauses*);

(21) GARCÍA BOLÍVAR, op. cit., p. 4. En el caso *Barcelona Traction*, la empresa estaba constituida y registrada bajo las leyes de Canadá.

(22) Autores del derecho anglosajón, notoriamente BROWNLIE, alega que la naturaleza de la responsabilidad de los Estados no está basada en el delito de la ley local, y que “responsabilidad internacional” tiene que ver con el incumplimiento de un tratado o de cualquier incumplimiento de un deber legal. *Vide*: BROWNLIE, Ian, op. cit., pp. 433-434.

compensación por pérdidas; transferencia de fondos; solución de disputas, entre otros (23).

La responsabilidad internacional no involucra al Estado *strictu sensu* –por ser éste una ficción jurídica–, sino a sus agentes, quienes, por representar al Estado, comprometen la responsabilidad de éste con sus actuaciones.

Ahora bien, ¿cómo son cometidos generalmente actos violatorios de un TBI?

Podría tratarse –por ejemplo– del incumplimiento de una obligación contractual (contrato de inversión), que configure una contravención de una cláusula de un TBI.

Por ejemplo, las empresas BIVAC y SGS alegaron ante el CIADI que la República del Paraguay, a través del Ministerio de Hacienda, había incumplido con el pago de facturas derivadas de Contratos de Servicios de Pre-embarque de Mercaderías de Importaciones, amparados –supuestamente– en los TBI suscriptos entre las Repúblicas del Paraguay y de Holanda y de la Confederación Helvética, respectivamente, fundamentando dicha violación en la cláusula de protección general o cláusula paraguas de los TBI.

También quedaría configurada la responsabilidad internacional de un Estado si, por ejemplo, el Estado –a través de su Poder Judicial– no ejecutara un laudo CIADI en violación de las disposiciones del Convenio de Washington, que establece que los laudos arbitrales son obligatorios para las partes y tienen la misma fuerza de una sentencia firme de un Estado signatario –es decir no necesita ser reconocida por el otro Estado– (24).

(23) MC LACHLAN, SHORE, WEINIGER, op. cit., pp. 26-34.

(24) Conforme al Artículo 53 “(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio. (2) A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que

Este último caso configuraría lo que la doctrina denomina “denegación de justicia” (responsabilidad internacional cometida por el Poder Judicial), y podría habilitar al Estado de la nacionalidad del inversor perjudicado –conforme a la protección diplomática, prerrogativa de todo Estado– a iniciar una demanda internacional contra el Estado incumplidor ante la Corte Internacional de Justicia, órgano principal de las Naciones Unidas, con sede en la ciudad de La Haya, Países Bajos.

A los efectos de excitar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia ambos Estados deben dar su voluntad para el sometimiento a dicho tribunal, ya sea por medio de un compromiso, de una cláusula convencional (Art. 36 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) o de la cláusula opcional (Art. 36 (2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Esta última importa el sometimiento obligatorio a la Corte Internacional de Justicia, siempre y cuando ambas partes hayan acordado tal consentimiento. Esto se verifica generalmente antes de la contienda, por medio de una declaración general remitida por los Estados a la Organización de Naciones Unidas (25).

aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52”. Por su parte, el Artículo 54 dispone “(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rijan por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”.

(25) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 36.2.

¿Contrato de Inversión o TBI? BIVAC v. República del Paraguay

En el caso *BIVAC v. República del Paraguay* (26), la firma BIVAC, con registro en el Reino de Holanda, recurrió al CIADI conforme a las disposiciones del TBI suscrito entre la República del Paraguay y el referido reino. El TBI contemplaba, entre otras, cláusulas de trato justo y equitativo, prohibición de expropiación, y la de protección general también denominada “cláusula paraguas”.

El TBI establecía que, en caso de conflictos derivados de la inversión, los mismos deberían ser ventilados en tribunales arbitrales constituidos bajo el Convenio de Washington de 1965 (CIADI). Asimismo, establecía que cualquier violación a la inversión sería considerada una violación al TBI y merecería la posibilidad de excitar la jurisdicción del CIADI (cláusula paraguas).

Ahora bien, la controversia estuvo basada en un contrato de servicios que los inversionistas (BIVAC) habían suscrito con el Ministerio de Hacienda (Contrato de Servicios de Pre-embarque de Mercaderías de Importaciones) donde se establecía claramente que en caso de controversias las partes debían someterlas, exclusivamente, a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad de Asunción (cláusula novena).

Ante la falta de pagos de facturas por servicios, y luego de varios años de reclamos extrajudiciales, BIVAC decidió directamente recurrir al tribunal del CIADI, conforme a la cláusula del TBI, alegando –entre otras cosas– que independientemente que se haya pactado la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción, debería ser de aplicación la cláusula paraguas (de protección general) –y en tal sentido ser aplicable la cláusula de controversias del TBI–, pues existió una violación de la inversión ante la falta de pago de las facturas derivadas del contrato.

La República del Paraguay, entre otras cosas, argumentó enfáticamente que no regía la jurisdicción del CIADI –y que existía por tanto una

(26) http://www.italaw.com/3DA3B096-0764-4382-80C5-BBA169A55C96/FinalDownload/DownloadId-23FFA273F725F7_E03C9310A67250E41F/3DA3B096-0764-4382-80C5-BBA169A55C96/sites/default/files/case-documents/ita0103.pdf

incompetencia de jurisdicción–, atendiendo al hecho de que las partes voluntariamente habían pactado la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la ciudad de Asunción para las disputas contractuales, y que ésta debe regir, porque indudablemente esta era una disputa contractual, y no de derecho internacional.

El tribunal arbitral, luego de realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia arbitral del CIADI con relación a la aplicación de la cláusula de protección general (paraguas) ante pactos de jurisdicción local, determinó que la pretensión de BIVAC con relación al TBI todavía era inadmisibles. No obstante, curiosamente –y en una resolución sin precedentes– declaró que la pretensión de BIVAC no podría ser rechazada (*dismissed*), sino suspendida (*stayed*), hasta que sea agotada la vía contractual en los tribunales de Asunción, y los derechos establecidos en el TBI no se vieran comprometidos.

Determinó que siendo el fundamento de la controversia la falta de pago de facturas provenientes de un contrato de servicio, la contienda tenía naturaleza estrictamente contractual.

El razonamiento del tribunal arbitral fue acertado desde el punto de vista legal, por ser la cuestión planteada eminentemente contractual, y atendiendo a que la controversia aún no había sido decidida en los tribunales de la ciudad de Asunción, jurisdicción exclusiva pactada en el contrato de inversión.

Asimismo, el tribunal arbitral concluyó que solamente en caso que la República del Paraguay –luego de excitada la jurisdicción local– incumpla lo determinado por los jueces –y siempre y cuando no exista violación del trato justo y equitativo– podría configurarse la aplicación de la cláusula paraguas (establecida en el TBI, regido por el derecho público).

Lo llamativo en este caso es que el tribunal arbitral no rechazó la pretensión de BIVAC sino que declaró una suspensión del procedimiento arbitral (*stay*) hasta tanto sea resuelta la cuestión contractual por parte de los tribunales de Asunción (27).

(27) La parte final del laudo, expresa: “For the reasons set out above, assuming that Article 3(4) of the BIT provides a basis for the exercise of jurisdiction

by the tribunal over claims relating to the Contract, we conclude that the claim in relation to Article 3(4) is inadmissible, because: (1) In Article 9(1) of the Contract the parties agreed to a legally binding exclusive jurisdiction clause which provided for the resolution of “any conflict, controversy or claim which arises from or is produced in relation to [the] Contract” only by the Tribunals of the City of Asunción; (2) Article 3(4) of the BIT does not override the exclusive jurisdiction clause of Article 9(1) of the Contract; (3) “the fundamental basis of the claim” presented by BIVAC in respect of Article 3(4) of the BIT concerns a “conflict, controversy or claim” arising from or produced in relation to the Contract; (4) having regard to the need to respect the autonomy of the parties, BIVAC cannot rely on the Contract as the basis of a claim under Article 3(4) of the BIT when the Contract itself refers that claim exclusively to another forum, in the absence of exceptional reasons which might make the contractual forum unavailable; (5) the proper forum for the resolution of the contractual claim that has been raised under Article 3(4) of the BIT is the Tribunals of the City of Asunción, applying the law of Paraguay”. Curiosamente, concluye con lo siguiente: “Having concluded that the claim under the umbrella clause is inadmissible, the normal course would be to dismiss the claim. We were not presented with arguments by the parties as to what course we should follow in the event that we upheld jurisdiction under Article 3(4) of the BIT but decided that the claim was inadmissible. We note that no proceedings have been initiated by BIVAC before the tribunals of the City of Asunción, despite the passage of many years and, perhaps surprisingly if the evidence before us is to be believed, in the face of Paraguay’s persistent and unexplained failure to comply with its contractual obligation to pay. We note also that BIVAC has not sought to explain why it has not had recourse to the forum agreed by the Contract for the resolution of disputes, and that it has not put any evidence before the Tribunal to suggest that justice would not be done before the tribunals of the City of Asunción”. Pero la parte aún más confusa de este curioso laudo es la siguiente: “In such circumstances it might be concluded that a stay of these proceedings in relation to the claim under Article 3(4) of the BIT would be unwarranted, and the proper course would be to dismiss the claim. Against that, we have heard no argument from the Respondent seeking to dissuade us from adopting the approach taken by the Tribunal in *SGS v Philippines*, which decided to stay proceedings. In the absence of argument by either party, and having found that the claim under Article 3(4) is inadmissible, we consider that the most prudent approach is to join to the merits the limited issue of whether the Tribunal should either dismiss the claim under Article 3(4) of the BIT or stay the exercise of jurisdiction indefinitely or for some other period of time or until some other circumstances pertain”. En un siguiente laudo, en el año 2015,

Con ello el tribunal arbitral dejó abierto el procedimiento arbitral, y con esto en una gran indefinición para la República del Paraguay. En efecto, el laudo no cuenta con una de sus características básicas: la finalidad. Además, el laudo envuelve en un halo de dudas a la institucionalidad del Paraguay (28), afectando la imagen del país, y comprometiendo consecuentemente su posicionamiento en la comunidad internacional.

En el caso SGS, otro tribunal arbitral consideró directamente la preminencia del TBI sobre el contrato de inversión para la consideración de la aplicación de la cláusula de solución de controversias, basado en la cláusula paraguas, que otorgaba al inversionista –conforme a la opinión

el tribunal arbitral decidió suspender (stay) los procedimientos con relación al reclamo de la cláusula paraguayas (Art. 3(4) del TBI, alegando inexplicablemente –por su injerencia en asuntos internos de la República del Paraguay (Poder Judicial)- que: “The Tribunal considers that a continued stay of the proceedings is the appropriate way forward, being a cost-effective and efficient in the treatment of the issue of admissibility. The Parties agree that the contractual dispute solution mechanism is still available. It is premature to say whether it will be employed by Claimant and –in the event that it is – whether it will meet expectations with regard to the sound administration of justice The Claimant will inform the Tribunal at the latest three months after the date of this Decision whether it has chosen to pursue its claim before the tribunals of the City of Asunción or not. In case it has, and the Paraguayan courts have ascertained Claimant’s claim and the Respondent disregarded the decision, the claim under the umbrella clause might then become admissible, depending on the circumstances. For these reasons and in view of the decision taken in relation to Article 3(1), the Tribunal orders the stay of the proceedings with respect to the claim under Article 3(4) of the BIT”.

(28) En efecto, se transcribe, esta vez en idioma castellano –permitiendo una traducción del original– lo que el tribunal afirmó: “... En el caso de que lo hiciera, y los tribunales paraguayos han acogido los reclamos del demandante y el demandado ha incumplido la decisión, el reclamo bajo la cláusula paraguayas podría ser admisible, dependiendo de las circunstancias. Por estas razones y en vista de la decisión tomada con relación al Art. 3(1), el tribunal ordena la suspensión (stay) de los procedimientos con relación al reclamo del Art. 3(4) del TBI ...”.

del tribunal arbitral– el derecho de optar por la jurisdicción local (contrato de inversión) o por el arbitraje CIADI (TBI) (29).

Como se ve, en estos casos, los árbitros fueron empáticos a los intereses de los inversionistas, situación muy frecuente en arbitrajes institucionales CIADI.

Nótese que el Convenio de Washington fue suscripto bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), y tiene su sede en el mismo lugar. Generalmente los árbitros y los abogados que litigan los juicios son conocidos y forman para algunos autores una suerte de club cerrado, donde la imparcialidad –ante los enormes intereses económicos en juego–, muchas veces, no es la regla.

La posición del tribunal arbitral en el caso *SGS v. República del Paraguay* fue errada, pues el mismo desechó el principio de autonomía contractual, en un caso donde la discusión se centrada, principal y esencialmente, en el contrato de inversión (incumplimiento). El tribunal directamente consideró la preminencia del TBI, asumiendo que las manifestaciones de SGS con relación al incumplimiento del contrato eran veraces, soslayando la obligación contractual de intervención exclusiva de los jueces locales para la resolución de la disputa.

(29) El Tribunal alegó que “...una decisión que lo llevara a declinar jurisdicción sobre las reclamaciones de SGS basadas en el Artículo 11 (cláusula paraguas) en razón a que las mismas deberían dirigirse a los tribunales de Asunción situaría al Tribunal en riesgo de incumplir su mandato con arreglo al Tratado y al Convenio del CIADI”. Asimismo, el tribunal arbitral concluyó que “...su asunción de jurisdicción sobre las reclamaciones de una supuesta violación por parte del Paraguay del deber de respetar sus obligaciones contractuales con base en el Artículo 11 –del TBI (cláusula paraguas)– es congruente con la intención de las Partes al negociar el TBI. El Tribunal señaló (párrafo 176) que “[l]os Estados partes del TBI se propusieron establecer ese mecanismo de protección del Tratado, más allá de los derechos que el inversionista pudiera negociar en su beneficio en un contrato o ejercer conforme a la legislación interna, y concedieron al inversionista la opción de hacerlo cumplir, entre otras cosas a través de un arbitraje como éste” Vide: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1527.pdf>

Conclusión

Las inversiones extranjeras directas son esenciales para el desarrollo económico de un país.

Si bien es cierto que los inversionistas extranjeros necesitan de las mayores seguridades para la exportación e implantación foránea de sus capitales en *terra incognita*, los esquemas de inversiones implementados deben equilibrar los intereses de los inversionistas con el de los Estados importadores de capital, atendiendo justamente a su especial situación económica y social.

En este sentido, estimamos que la negociación de TBI, e inclusive la aprobación a nivel multilateral de TBI modelos con disposiciones equilibradas –atendiendo a criterios de proporcionalidad y no discriminación–, en gran medida facilitará la buena conclusión de proyectos de inversión, evitando los abusos y arbitrariedades –que muchas veces vienen de la mano de cuantiosos montos y honorarios contra Estados en vías de desarrollo–, con las perversidades que ello conlleva.

En cuanto a los recientes casos de la República del Paraguay en el CIADI, los mismos no hicieron más que confirmar la gran incertidumbre reinante con relación a la preminencia normativa (tratado–ley interna) y la aplicación de la cláusula paraguas, por la disparidad de criterios en casos similares.

Esta indeterminación, manifestada inclusive en la falta de finalidad de un laudo –como se vio en el caso BIVAC– afecta los intereses de Estados parte de la misma Convención, en su mayoría ávidos de proyectos de inversión, este último motor fundamental para el desarrollo de las sociedades.

Las disyuntivas que presentan las interrelaciones entre el derecho público y el privado en cuanto a las inversiones, quedaron materializadas en los citados casos ante el CIADI.

Si bien considero que el razonamiento legal del tribunal arbitral en el caso *BIVAC v. República del Paraguay* fue correcto en la determinación de la primacía de la jurisdicción establecida en el contrato de inversión,

por tratarse de materia esencialmente contractual; el tribunal no resolvió de manera final la controversia dejando abierta la posibilidad de su intervención futura para determinar la aplicabilidad de la cláusula paraguas.



El arbitraje internacional

Fernando Andrés Beconi Ortiz *

Sumario: 1. El arbitraje internacional como medio de solución de divergencias. 2. Instancia privada internacional de arbitraje. 2.1 La Cámara de comercio internacional de París (CCI). 2.2 Campos de intervención de la CCI. 2.3 Las reglas de arbitraje de la CCI. 2.4 Corte Internacional de Arbitraje (CCI). 2.5 Función. 2.6 Características del Arbitraje. 2.7 La Secretaría de la Corte. 2.8 Nombramiento de los árbitros. 2.9 Nacionalidad del árbitro. 2.10 Recusación o Remoción. 2.11 Honorarios de los árbitros. 2.12 Control del procedimiento arbitral. 2.13 Examen previo de los fallos arbitrales. 2.14 Redacción del acuerdo de arbitraje. 3. Instancias públicas de Arbitraje Internacional. 3.1 La Corte Permanente de Arbitraje. 3.2 Casos importantes. 3.3 La jurisdicción de la Corte. 3.4 El Reglamento de arbitraje 2012. 4. El Centro Internacional de Arreglo de diferendos Relativos a las Inversiones (CIADI). 4.1 Introducción. 4.2 La creación del CIADI. 4.3 Naturaleza jurídica del CIADI. 5. Jurisdicción. 5.1 Base del consentimiento. 5.2 Ejercicio de la jurisdicción y de la competencia. Campo de aplicación. 5.3 Conciliación. 5.4 La selección de los árbitros. 5.5 El laudo o sentencia arbitral. 6. Encuadramiento jurídico del arbitraje internacional. 6.1 Ley Modelo de la UNCITRAL–CNUDMI sobre Arbitraje internacional. 6.2 Antecedentes de la Ley Modelo. 6.3 Insuficiencia de las leyes nacionales. 6.4 Disparidad entre las diversas leyes nacionales. 6.5 Características más destacadas. 6.6 Definición y forma del acuerdo de arbitraje. 6.7 Tribunal de arbitraje y acuerdo de arbitraje. 7. Competencia del tribu-

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Docente de Derecho Comercial y de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.

nal arbitral. 7.1 Facultad para decidir acerca de su competencia. 7.2 Facultad de ordenar medidas provisionales cautelares. 7.3 Sustanciación de las actuaciones arbitrales. 7.4 Derechos procesales fundamentales de las partes. 7.5 Determinación del procedimiento. 7.6 Rebeldía de una de las partes. 8. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones. 8.1 Normas aplicables al fondo del litigio. 8.2 Pronunciamiento del laudo y otras decisiones. 8.3 Impugnación del laudo. 8.4 La petición de nulidad como único recurso. 8.5 Motivos de nulidad. 8.6 Reconocimiento y ejecución de los laudos. 8.7 Requisitos procesales del reconocimiento y de la ejecución. 8.8 Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución. 8.9 El arbitraje en el MERCOSUR. 8.10 Principales disposiciones. 8.11 Ámbito de aplicación territorial y material. 8.12 El convenio o cláusula arbitral y condiciones de validez. 9. La capacidad de las personas físicas o jurídicas. 9.1 Los Artículos 6 y 7. 9.2 El Laudo. 9.3 La inapelabilidad del Laudo. 9.4 La condiciones para ser árbitro. 10. EL ARBITRAJE EN EL PARAGUAY. 10.1 Presentación. 11. Principales disposiciones de la Ley. 11.1 Campo de aplicación y objeto. 11.2 La base fundamental del arbitraje: el acuerdo entre las Partes. 11.3 La relación entre al arbitraje y la intervención de la jurisdicción ordinaria. 11.4 Aplicación a relaciones contractuales y extracontractuales. La cuestión territorial.

1. El arbitraje internacional como medio de solución de divergencias

El arbitraje internacional es una institución profundamente anclado en el Derecho internacional y en las relaciones comerciales, sea entre Estados, entre particulares o entre particulares y Estado.

El arbitraje internacional pretende constituirse en un modo ágil y menos rígido que el derecho nacional –jurisdicción ordinaria– cuando surgen diferendos o divergencias o controversias entre los actores, en este caso, económicos, sobre la base de un contrato o sobre otro tipo de instrumento internacional.

En cuanto a las características del arbitraje comercial internacional, se indican las siguientes:

1.1 Es un método rápido para la solución de los conflictos que se suscitan en la esfera del comercio internacional, a diferencia de la lentitud, y a veces alto costo, que predomina en los sistemas nacionales jurisdiccionales de los Estados. Esto se debe a que el procedimiento arbitral tiene plazos máximos en los cuales los árbitros están en la obligación de decidir la controversia.

1.2 Su aplicación tiene como base esencial el consentimiento de las partes y su carácter voluntario. Para que el arbitraje sea realmente aplicable, debe estar precedido por el acuerdo explícito y expreso de las partes por el que deciden someter la controversia en cuestión a un mecanismo determinado de solución arbitral.

1.3. Este acuerdo puede ser anterior al nacimiento del litigio o pactado luego de haberse generado la controversia. Esto vale para todos los casos de arbitraje internacional, incluyendo el arbitraje entre una empresa o sociedad comercial y otra con un Estado.

1.4. Los árbitros pueden decidir acerca de su propia competencia y la validez del acuerdo arbitral, gracias al principio Kompetenz-Kompetenz. Ahora bien, la potestad del árbitro no se extiende a la ejecución del laudo arbitral, por cuanto tal función corresponde al poder judicial y sus órganos competentes.

1.5. El laudo arbitral tiene carácter ejecutivo y firme, ya que es de naturaleza vinculante para las partes, contra lo cual sólo cabe la solicitud de su nulidad, en general, ante el propio organismo, aunque en algunos casos, las leyes nacionales no descarten la intervención jurisdiccional.

2. Instancia privada internacional de arbitraje

2.1 La Cámara de comercio internacional de París (CCI)

Se presenta a sí misma como una organización empresarial mundial, con sede en París, que agrupa en la actualidad a una importante cantidad de empresas, de un total de 130 países.

Este organismo privado tiene como objetivo la unificación del Derecho Internacional Mercantil junto con otros organismos ya citados como la UNIDROIT y la UNCITRAL.

Se constituyó en el año 1919 y nuclea a un importante número de empresas, entre ellas se hallan conocidas corporaciones internacionales y sociedades trasnacionales de singular reconocimiento, y les facilita el acceso directo a los organismos internacionales, donde se adoptan los acuerdos de asuntos económicos y sociales o comerciales que, lógicamente, tienen trascendencia para el empresariado.

Actualmente la CCI tiene más de 25 grupos de trabajo, comisiones, comités y tribunales. De hecho, de la CCI dependen las Cámaras de Comercio que interactuarán a través de la llamada "Oficina Internacional de Cámaras de Comercio", cuya finalidad es la de proporcionar un sistema de coordinación y contacto entre las Cámaras de Comercio de todo el mundo (de esos ciento treinta países miembros).

2.2 Campos de intervención de la CCI

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) tiene un amplio campo de acción y de actividades. Podemos citar:

1. Arbitraje y resolución de conflictos: de hecho, la propia Cámara de Paris cuenta con el denominado "Tribunal Arbitral internacional".
2. Defensa del libre Comercio.
3. Defensa del sistema de economía de mercado.
4. Lucha contra la corrupción o crimen internacional.

La Cámara de Comercio, a través de sus distintas comisiones, desarrolla una amplísima actividad de reglamentación, de naturaleza siempre privada, en el ámbito del comercio internacional.

De hecho, cuenta con distintas comisiones, tales como:

- La Comisión sobre Comercialización,
- La Comisión sobre Prácticas Comerciales Internacional,
- La Comisión sobre las Formalidades y Reglamentaciones propias del Comercio Internacional.

Estas comisiones tienen como objetivo normalizar y simplificar los procedimientos, la documentación y la terminología comercial internacio-

nal, utilizados todos ellos en las transacciones comerciales internacionales, para que puedan realizarse con mayor facilidad y de la forma menos gravosa posible (tarea pragmática).

Así de hecho, por ejemplo, como muestra de esa fructuosa actividad podemos destacar las Reglas y Usos Uniformes (o Incoterms). Por ejemplo, también las denominadas "Reglas y Usos Uniformes para las Cobranzas" (sector medios de pago internacional). También existen los denominados "Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios" que se aplican de forma generalizada en el sistema bancario internacional.

Existe otro tipo de comisiones en CCI que son las siguientes:

1. La Comisión sobre la Protección Internacional de la Propiedad Industrial: pone de relieve la importancia de los derechos de propiedad industrial a nivel internacional (patentes, marcas y propiedad industrial).

2. La Comisión de Transportes Generales: incluimos transporte marítimo, aéreo, por superficie terrestre.

3. La Comisión sobre Inversiones Internacionales, cuya función o cometido tratará de poner de relieve los beneficios para los inversionistas en los diferentes mercados, dando recomendaciones a la propia comisión a los gobiernos para que fomenten éstos las condiciones adecuadas para que puedan realizarse estas inversiones exteriores (internacionales).

De entre todos estos elementos nuestro interés está centrado en el mecanismo de arbitraje internacional de la CCI como instancia de solución de diferendos, conflictos o divergencias.

2.3 Las reglas de arbitraje de la CCI

El mecanismo institucional brindado por la CCI para la resolución de diferendos en materia arbitral, no es una institución permanente: es Ad hoc y adopta el nombre de Corte Internacional de Arbitraje.

2.4 Corte Internacional de Arbitraje (CCI)

Desde hace casi un siglo, la Cámara de Comercio Internacional es la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales de carácter internacional. Su corte Internacional de Arbi-

traje, creada en 1923, ha desempeñado una función pionera en el desarrollo de arbitraje internacional. Gracias a su acción innovadora, se reconoce, hoy en día y en el mundo entero, al arbitraje como el sistema más eficaz para solucionar los litigios en el comercio internacional.

Está compuesta por miembros de más de 80 países, es apoyada por un Secretario, el cual se encuentra en París y puede brindar ayuda en doce idiomas diferentes. Cuenta con un sistema informático especialmente diseñado para el arbitraje, así como una completa información al respecto en cuatro idiomas diferentes.

Los miembros de la Corte de Arbitraje, no deciden sobre temas referentes al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, pues para esto existen los árbitros designados según reglamento de la CCI.

2.5 Función

Su función radica, en asegurar la aplicación de las Reglas de Arbitraje, dadas por la CCI. Para esto supervisa el proceso de arbitraje, y se responsabiliza por la designación y confirmación de árbitros, en caso de que éstos hayan sido designados por la Corte ella analiza y aprueba las decisiones arbitrarias, además de determinar los honorarios de éstos.

Los diferentes mecanismos propuestos por la CCI han sido concebidos para resolver las desavenencias comerciales internacionales, con sus correspondientes dificultades. Normalmente, las partes serán de nacionalidad diferente y no compartirán ni lengua, ni cultura, ni tradiciones jurídicas. Estos problemas se verán agravados por la distancia y por la desventaja que supondría para cada una de las partes someterse a los procedimientos judiciales del país de origen de la otra.

El reconocimiento internacional de los fallos arbitrales goza de mayor confianza que las decisiones judiciales nacionales. Unos 120 Estados se han adherido a la Convención de las Naciones Unidas de 1958 para el reconocimiento y la ejecución de fallos arbitrales extranjeros, llamada "Convención de Nueva York". Esta Convención facilita la ejecución de los fallos arbitrales en todos los países firmantes.

En el arbitraje las partes son libres de pactar en condiciones de igualdad sobre cinco ámbitos esenciales del procedimiento:

-
- La sede del arbitraje
 - El idioma del arbitraje
 - Las reglas del procedimiento y el derecho aplicable
 - La nacionalidad de los árbitros
 - La representación jurídica.

El arbitraje puede desarrollarse en cualquier país, en cualquier lengua y puede ser dirigido por árbitros de cualquier nacionalidad. Esta flexibilidad permite, generalmente, llevar a cabo un procedimiento neutro sin que éste favorezca a una de las partes más que a otra.

El arbitraje es más rápido y menos oneroso que un procedimiento judicial. Incluso cuando la resolución de un litigio internacional compleja exija, a veces, mucho tiempo y dinero, el carácter limitado de la posibilidad de apelar los fallos arbitrales proporciona una ventaja innegable al arbitraje frente a los procedimientos judiciales ordinarios. El arbitraje les permite a las partes elegir los procedimientos más rápidos y menos onerosos que las circunstancias autoricen. Las audiencias de los tribunales arbitrales no son públicas, y solamente las partes reciben la comunicación del fallo.

2.6 Características del Arbitraje

Recordemos que la Corte Internacional de Arbitraje no es un “tribunal” en el sentido tradicional del término. Su misión es la de asegurar la aplicación del Reglamento de arbitraje de la de la CCI. La Corte no resuelve por sí misma las controversias sometidas a arbitraje, función que corresponde a los árbitros, nombrados de acuerdo con el Reglamento, sino que supervisa el procedimiento.

La Corte nombrará los árbitros o confirmará aquellos designados por las partes, se pronunciará sobre la admisibilidad o no de la demanda de recusación de los árbitros, examinará y aprobará los fallos arbitrales y fijará los honorarios de los árbitros. Para ejercer estas funciones, la Corte cuenta con la ventaja de poder utilizar la experiencia colectiva de un círculo de eminentes juristas procedentes de culturas jurídicas y de horizontes tan distintos como aquellos de las partes mismas.

2.7 La Secretaría de la Corte

La Corte es asistida por una secretaría instalada en la misma sede de la Cámara de Comercio Internacional en París y que cuenta actualmente con 40 colaboradores, entre ellos 20 juristas de 12 nacionalidades distintas. La Secretaría cuenta con un sistema informatizado en cuatro lenguas para la gestión de los asuntos, asegura la logística de la Corte y proporciona ayuda e información en una docena de lenguas. Seis equipos dirigidos respectivamente por un consejo siguen de cerca cada asunto.

2.8 Nombramiento de los árbitros

En virtud del Reglamento de la CCI, el tribunal arbitral puede estar constituido por uno o varios miembros.

A diferencia de otras instituciones arbitrales, la Corte, cuando tiene que designar un árbitro, puede consultar a sus Comités Nacionales en más de 60 países.

Esto permite a la Corte estar capacitada para buscar los árbitros más cualificados para cada asunto. Igualmente, y también a diferencia de otras instituciones, la Corte no exige que los árbitros seleccionados pertenezcan a una lista preestablecida, lo que permite constituir el tribunal con toda libertad.

Cuando la controversia deba ser resuelta por un árbitro único, será nombrado por la Corte, salvo acuerdo entre las partes.

Cuando la controversia deba ser resuelta por tres árbitros, cada una de las partes nombrarán un árbitro para su confirmación por la Corte. Si una de ellas se abstiene, la Corte nombrará ese árbitro. El tercer árbitro que presidirá el tribunal arbitral, será nombrado por la Corte, a menos que haya acuerdo previo de las partes.

Cuando incumbe a la Corte el nombramiento de un árbitro, deberá efectuarlo en base a una propuesta que solicitará a un Comité Nacional de la CCI. La Corte es libre de aceptar o no la propuesta del Comité Nacional.

2.9 Nacionalidad del árbitro

El árbitro único o el presidente del tribunal nombrado por la Corte es elegido entre juristas pertenecientes a un país “neutral”, lo que significa que no será de ninguna de las nacionalidades de las partes, salvo que ninguna de las partes se oponga.

2.10 Recusación o Remoción

En aquellos casos en que una de las partes presenta una demanda de recusación contra uno o varios árbitros, fundada en una alegación de falta de independencia u otro motivo, la Corte debe pronunciarse sobre dicha demanda. Su decisión será definitiva e inapelable.

2.11 Honorarios de los árbitros

El reglamento de la CCI establece que la Corte fijará los honorarios de los árbitros, al finalizar el arbitraje, según el arancel publicado en el Apéndice del Reglamento. Los honorarios dependerán de la cuantía del litigio, la diligencia del árbitro, el tiempo empleado, la celeridad del proceso y la complejidad del asunto. La Corte, y no los árbitros, fijará el importe definitivo y para ello tendrá en cuenta el modo en que se ha desarrollado el arbitraje y, en particular, la eficacia del tribunal arbitral.

2.12 Control del procedimiento arbitral

A diferencia de otras instituciones, la Corte de la Cámara de Comercio Internacional supervisa la totalidad del procedimiento arbitral, desde la demanda inicial hasta el fallo final. La Corte se reúne una vez al mes en sesión plenaria y generalmente tres veces al mes en Comité Restringido. Todas las sesiones son confidenciales, ni las partes ni los árbitros pueden asistir.

Es una exigencia para el tribunal arbitral la elaboración de un documento que precise su misión y deberá ser remitido a la Corte dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se haya entregado el expediente. La redacción de esta Acta de Misión, propio del arbitraje de la CCI, obliga a los árbitros y a las partes fijar, desde el principio del procedimiento, los términos del conflicto que debe ser resuelto y a organizar detalladamente el desarrollo del arbitraje. Durante la redacción del acta de misión, existe también la posibilidad de conseguir un acuerdo y resolver así la contro-

versia de forma amistosa. El acta de misión empezará a producir sus efectos cuando haya sido firmada por las partes y los árbitros, o bien aprobada por la Corte en caso de que una de las partes rehúse firmarla. El tribunal arbitral entonces proseguirá a partir de ese momento la tramitación procesal correspondiente.

2.13 Examen previo de los fallos arbitrales

Una de las principales funciones de la Corte consiste en el examen previo de los fallos arbitrales. Ningún fallo podrá ser dictado por el Tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte. Ésta podrá también llamar la atención sobre algunos puntos relacionados con el fondo de la controversia.

Este examen constituye un elemento clave en el arbitraje de la CCI puesto que garantiza la calidad de los fallos y reduce el riesgo de que éstos sean anulados por tribunales nacionales. Además, confiere a las partes un grado complementario de protección, que ninguna otra institución les ofrecerá, puesto que los fallos arbitrales no son susceptibles de apelación. Gracias a este mecanismo de control, el sistema arbitral de la CCI puede considerarse como el más seguro del mundo.

El tribunal arbitral deberá dictar su fallo final en el plazo de seis meses contando a partir de la fecha del acta de misión o de su aprobación, siendo este plazo prorrogable por la Corte.

2.14 Redacción del acuerdo de arbitraje

El arbitraje de la CCCI sólo es posible en virtud de un acuerdo entre las partes sobre este punto, incluido en el contrato o celebrado con posterioridad a la conclusión de éste. La CCI recomienda a las partes que deseen recurrir al arbitraje que incluyan en sus contratos la cláusula tipo:

“Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

Las partes deberán igualmente asegurarse de que el acuerdo de arbitraje sea:

Escrito: la validez de un acuerdo de arbitraje depende ante todo de la prueba de su existencia y por ello, en principio, debería ser un acuerdo escrito.

Redactado cuidadosamente: a menudo la CCI debe decidir sobre demandas de arbitraje fundadas en cláusulas ambiguas. Las disposiciones mal redactadas causan, como mínimo, retrasos. En el peor de los casos, impedirán que el arbitraje tenga lugar.

Demanda y contestación: La parte que desee recurrir al arbitraje deberá dirigir su demanda a la Secretaria de la Corte Internacional de Arbitraje en París, la cual notificará a la parte demandada sobre el litigio, así como el nombre y los datos del Consejero de la Corte y demás miembros del equipo encargado de este asunto.

La demanda dispone de 30 días para hacer llegar su contestación y eventuales demandas reconventionales. Luego de recibida la demanda, el Secretario General solicitará a la parte demandante el pago de un anticipo para la provisión de gastos del arbitraje hasta tanto se elabore el acta de misión. Para todos los efectos, la fecha de recepción de la demanda por la Secretaria de la Corte Internacional de Arbitraje será considerada como la fecha de inicio del proceso arbitral.

3. Instancias públicas de Arbitraje Internacional

3.1 La Corte Permanente de Arbitraje

El arbitraje internacional institucional nace con la primera Conferencia Internacional de la Paz (La Haya, 1899), que adoptó la primera Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, y que estableció la Corte Permanente de Arbitraje (CPA).

Esta Conferencia fue continuada por la segunda Conferencia de la Paz de La Haya, de 1907, que reconoció al arbitraje como el medio más eficaz para resolver las cuestiones de orden jurídico o de interpretación de los tratados internacionales, siendo la Convención original de 1899 reemplazada por la de 1907.

La CPA (denominación que también se utiliza para el mismo organismo en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Uni-

das sobre derecho mercantil internacional – UNICITRAL), es la institución arbitral más antigua del mundo y, además, mantiene su plena vigencia.

Su jurisdicción es extraordinariamente amplia y se extiende a cualquier litigio o solamente a litigios de una categoría determinada. No es un tribunal, sino un mecanismo de solución de disputas o diferendos mediante árbitros designados en cada caso, conforme a un procedimiento que administra la Secretaría Internacional.

Fue la antecesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1919, y tuvo especial importancia durante sus primeros años.

Su actividad fue revigorizada, a partir de 1981, al ser designada por los Estados Unidos e Irán para resolver sus múltiples disputas.

Los tratados sobre inversiones que proliferaron estos últimos veinte años, además de mecanismos específicos de resolución de divergencias entre el Estado y el inversionista, prevé en general, el recurso a la aplicación de las reglas de la UNICITRAL en materia de arbitraje. En regla general, la solución de divergencias por aplicación de las reglas de arbitraje de la UNICITRAL se tramita ante la CPA cuando se trata de contratos de Estado–inversionista o cuestiones jurídicas entre inversionista y Estado por incumplimiento de éste último de las obligaciones internacionales.

A partir de esa fecha y hasta enero del 2012, los tribunales así formados han dictado unos setecientos laudos arbitrales y establecido importantes precedentes sobre contratos internacionales y compensación de expropiaciones, que entre otros han involucrado a países latinoamericanos e inversores extranjeros.

3.2 Casos importantes

Uno de los laudos más célebres, y más polémicos, legitimó el bloqueo de los puertos de Venezuela por tres países europeos para obtener el pago de sus créditos con los ingresos aduaneros de ese país en su sentencia de 1902. Esta legitimación y legalización conllevó el uso de la fuerza armada contra Venezuela. La Corte, con esta decisión, intentó consagrar

una regla en derecho internacional según la cual, la deuda pública del Estado deudor, puede ser cobrada por medio del uso de la fuerza armada o represalia armada.

Este laudo produjo, como reacción, la doctrina Drago y desprestigió el arbitraje internacional en América Latina.

Otro caso célebre es el arbitraje sobre Islas de Palmas entre Estados Unidos y Holanda, sentencia arbitral dictada por el árbitro único Max Huber en 1928. En esta ocasión se trató de una disputa sobre la soberanía territorial y las competencias del Estado y la sentencia del árbitro hizo una contribución decisiva al derecho internacional. En particular desarrolló lo referente al derecho convencional en materia de derechos y obligaciones en relación a un Tercer Estado y principalmente, la compleja temática del consentimiento del Estado.

Otro caso no menos importante y que fue el detonante para reactivar la CPA fue el caso entre Estados Unidos e Irán con vistas a una solución pacífica de diferendos concerniente las reclamaciones de ambos Estados con motivo de la toma de la embajada norteamericana en Teherán en 1980.

Actualmente, uno de los casos más impactantes de estos últimos años es el que se desarrolla entre la Chevron y Ecuador. Chevron, que había sido reclamada por haber producido daños ecológicos graves en la amazonia ecuatoriana, introdujo en 2008 una demanda contra Ecuador por violación del tratado sobre inversiones firmado con Estados Unidos. El tribunal arbitral resolvió por sentencia, que los tribunales ecuatorianos violaron las disposiciones del tratado y condenaron al Estado Ecuatoriano.

El caso, a diferencia de los citados, engloba a un Estado y a una compañía trasnacional, pero tramitado según las reglas contenidas en el tratado de protección recíproca de las inversiones entre Estados Unidos y Ecuador. En este caso, el análisis del tribunal estuvo centrado en las disposiciones y principios del tratado sobre inversiones.

Con los casos citados tenemos un panorama de las dimensiones de la institucionalidad del arbitraje de la CPA y del grado de credibilidad del que goza a nivel internacional.

La solidez y prestigio de la CPA, a pesar de algunos laudos o sentencias polémicas, no decreció en el tiempo. Al contrario; se fortaleció y se constituye en mecanismo frecuentemente utilizado por Estados e inversionistas para la solución de diferendos en materia de inversiones o de interpretación de tratados.

3.3 La jurisdicción de la Corte

Su jurisdicción que, en un principio, sólo abarcaba las controversias entre Estados, se ha extendido a las controversias entre Estados u organismos internacionales y entes privados (inversores) con Estados.

En el 2013 eran miembros de la CPA 115 Estados, que incluían a la mayoría de los latinoamericanos. Esta adhesión se justifica por el hecho que, salvo Brasil, los Estados latinoamericanos concluyeron tratados de libre comercio y tratados sobre inversiones que establecen el arbitraje internacional como mecanismo privilegiado de solución de diferendos entre el inversionista y el Estado, así como entre Estados.

3.4 El Reglamento de arbitraje 2012

La globalización, así como el crecimiento cuantitativo del recurso al arbitraje internacional ante la CPA y las normas respectivas contenidas en tratados y convenios sobre inversiones, están a la base de una actualización en materia de reglamento.

En ese contexto, el Consejo Administrativo de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya adoptó en fecha de 17 de diciembre de 2012, el nuevo Reglamento de arbitraje, actualmente en vigencia.

El nuevo Reglamento permite resolver mediante arbitraje los litigios con partes múltiples que involucren a una combinación de Estados, entidades controladas por el Estado, organizaciones intergubernamentales y partes privadas, en general, inversores que recurren al arbitraje sobre la base de un contrato internacional o sobre la base de la aplicación de reglas contenidas en tratados sobre inversiones. Como se desprende del título, no abarca y no engloba las reglas de derecho aplicables, sino más bien el procedimiento de arbitraje.

El derecho de fondo aplicable depende del instrumento que las Partes acuerden. En los casos de los tratados sobre inversiones, se cita en

forma expresa a las reglas de la UNCITRAL, marco jurídico aplicado por la CPA y como mecanismo alternativo al del Centro Internacional de Arreglo de diferendos relativos a las Inversiones (CIADI).

De la misma manera, en el caso de contratos internacionales que involucran a inversionistas y Estados, se aplicarán, en ausencia de un tratado, las reglas de arbitraje de la UNCITRAL u otras que aquéllos acuerden.

4. El Centro Internacional de Arreglo de diferendos Relativos a las Inversiones (CIADI)

4.1 Introducción

Una de las características llamativas del sistema de arbitraje ante el CIADI es que dicho arbitraje se desarrolla entre un inversionista y el Estado.

La peculiaridad de este sistema radica en el hecho de que se trata de un sistema de arreglo de diferendos que encuentra su fundamento en un tratado internacional, es decir, en un instrumento concluido por los Estados. El mismo CIADI es un sujeto derivado de derecho internacional creado por los Estados.

El inversionista es el objeto principal de la protección y tiene amplias facultades para elegir entre diversos sistemas de arbitraje y diversas reglas.

Una particularidad de este arbitraje es que el inversionista –persona física o jurídica privada– con el arbitraje pone en marcha el régimen de responsabilidad internacional del Estado. Esta responsabilidad internacional puede ser declarada en caso de incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en el tratado sobre inversiones.

4.2 La creación del CIADI

El CIADI fue creado durante la década de 1960, sin embargo, comenzó a cobrar importancia durante la década de 1980, cuando la liberalización de la economía y los movimientos de capitales privados hacia los países en desarrollo fueron promovidos como una manera de resolver los problemas de estas regiones.

Su creación coincide, entre los años ochenta y noventa, con la irrupción de los tratados bilaterales de inversión, actualmente en número aproximado de tres mil. Estos tratados otorgan jurisdicción al CIADI en caso de que el inversionista estime que el Estado haya violado sus derechos consagrados por reglas específicas en un tratado determinado.

Desde el punto de vista jurídico, organizaciones como el Banco Mundial enfatizaron la necesidad de establecer derechos de propiedad estables garantizados por foros de arbitraje internacionales de este tipo, con el fin de atraer capitales a los países no desarrollados.

4.3 Naturaleza jurídica del CIADI

El CIADI fue creado el 18 de marzo de 1965 mediante el Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de 1965, en el marco del Banco Mundial.

Es un tratado es un tratado multilateral que tiene hoy a ciento cuarenta y siete Estados ratificantes o Parte. Paraguay ratificó el Convenio de Washington en 1993.

El CIADI es un sujeto derivado, creado por los Estados. Es un organismo con personalidad jurídica internacional con sede en Washington. Indiscutiblemente es una organización internacional de carácter público creada mediante un tratado internacional.

Posee su propia institucionalidad como el Consejo de Administración y el Secretariado. Según el artículo 9 del Convenio

El Secretariado está constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro. El CIADI goza en derecho internacional de todos los privilegios inherentes a su personalidad jurídica en particular de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Los archivos y los locales del Centro son inviolables.

Por el artículo 11 El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo

Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.

Desde su creación el CIADI fue presentado como una instancia internacional cuyo objetivo es la solución de controversias entre un inversionista y un Estado, por medio de la conciliación o el arbitraje.

En efecto, como lo dispone el artículo 1.2 del convenio de Washington, el CIADI tiene por objeto "...facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio".

El arbitraje del CIADI es autónomo y no puede ser objeto de control alguno por parte de ningún órgano jurisdiccional de ninguno de los Estados Parte, incluyendo las decisiones arbitrales.

5. Jurisdicción

5.1 Base del consentimiento

El consentimiento para llevar un diferendo al CIADI encuentra su fundamento en dos vías distintas pero complementarias. En primer lugar, en el Convenio mismo de Washington en el que el Estado expresa su consentimiento general y reconocimiento de la jurisdicción del CIADI. En segundo lugar, el consentimiento específico expresada en cada tratado sobre inversiones. Es sobre estas dos bases que el inversionista puede plantear, sin necesidad de un acuerdo extra, un diferendo ante al CIADI y el CIADI puede ejercer su jurisdicción.

Esta primera apreciación se refiere explícitamente al consentimiento que abre al inversionista el derecho de recurrir al arbitraje internacional. Pero ello no basta. El CIADI para ejercer su jurisdicción necesita igualmente el acuerdo del Estado. El consentimiento de ambos Estados es un elemento imprescindible.

El consentimiento del Estado también puede ser expresado en su legislación sobre promoción de inversiones y el inversionista puede consentir puede consentir por escrito aceptando dicha oferta.

5.2 Ejercicio de la jurisdicción y de la competencia. Campo de aplicación

Según el artículo 25.1 la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. Esta disposición se refiere a la Competencia *ratione personae* y define la Competencia *rationae materiae*: debe tratarse exclusivamente de un diferendo sobre una inversión y de un diferendo de naturaleza jurídica.

El consentimiento escrito de ambas partes al arbitraje debe existir al momento de presentar la solicitud de arbitraje al Centro. El numeral 2 del mismo artículo especifica que "... el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado". Esto quiere decir que una vez iniciado el procedimiento de arbitraje ante un tribunal Ad Hoc conformado en el seno del Centro, el Estado no podrá invocar posteriormente motivo alguno para retirarse. Si así lo hiciere, el procedimiento continúa en ausencia y la responsabilidad internacional del Estado puede ser declarada por el tribunal Ad Hoc.

Para que el inversionista ponga en marcha el mecanismo de arreglo de diferendos, no necesita la autorización previa de su país para demandar a un Estado en virtud de los beneficios otorgados por el tratado firmado entre su país y el Estado anfitrión. Asimismo, no tiene obligación alguna de agotar los recursos internos, jurisdiccionales o administrativos del Estado receptor.

En caso de cuestionamiento del ejercicio de la jurisdicción del tribunal conformado para la solución de un diferendo, es el mismo tribunal el que entenderá y se pronunciará sobre la misma. De acuerdo con el Convenio, toda excepción a la competencia del tribunal deberá ser considerada por el mismo y éste decidirá si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

5.3 Conciliación

El Convenio de Washington prevé, además del arbitraje, la posibilidad de iniciar procedimientos de conciliación, pero este recurso fue poco utilizado.

Los casos de arbitraje hasta el 2013 fue de un número de 286, lo que demuestra la preferencia del recurso arbitral como método de resolución de diferendos.

5.4 La selección de los árbitros

Cualquier inversionista puede introducir la solicitud de arbitraje ante el CIADI. Incluso una solicitud bajo forma de demanda contra el Estado. En esta fase, basta la presentación de la solicitud o de la demanda de arbitraje por violación de los derechos del inversionista para que el mecanismo arbitral se ponga en marcha.

Conforme a la disposición del artículo 36 el Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Registrada la solicitud notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

Es importante aclarar que, en esta fase, no existe ninguna disposición que obligue al Secretario General del Centro a considerar si la demanda es fundada o no o si el CIADI tiene la facultad para ejercer o no su jurisdicción.

Registrada la solicitud o demanda, el artículo 37 señala que se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje.

De conformidad con el numeral 2.a de este artículo, el Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes. El acuerdo de las Partes es imprescindible sobre la composición del tribunal que entenderá el diferendo o divergencia.

El inciso "b" del mismo numeral dispone que si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo. En el artículo

38 del Convenio se precisa que, si transcurridos 90 días a partir de la notificación del acto de registro de la solicitud no se ha constituido el tribunal, el presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes, podrá nombrar el o los árbitros que faltaren.

En cuanto a la designación de los árbitros, son las partes las que deben proponer cada uno a un árbitro, así como llegar a un acuerdo sobre el tercer árbitro. El mismo acuerdo es aplicable en caso de árbitro único.

Si las Partes al diferendo no logran llegar a un acuerdo sobre la composición del Tribunal, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designará a tres árbitros de la lista conformada por los Estados que son miembros de la organización.

5.5 El laudo o sentencia arbitral

La decisión del tribunal, es decir, la sentencia arbitral o laudo, es de ejecución directa. La decisión del tribunal del CIADI es considerada como *res judicata* y no admite revisión por autoridad local alguna. Esto constituye una de las grandes innovaciones del CIADI, y hasta ahora ninguna institución de arbitraje tiene una característica similar. La decisión arbitral no está sometida al procedimiento de exequatur previsto, en general en la legislación interna del Estado, sino a un mero trámite de verificación de su autenticidad.

Luego de dictarse el laudo o sentencia arbitral, las partes sólo pueden solicitar la aclaración, revisión o anulación del mismo. Así lo establece la misma Convención en su artículo 53 cuando dispone que: “el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso”. Las únicas cinco causales para solicitar la anulación son:

- 1) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- 2) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- 3) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- 4) que hubiere quebrantamiento grave de alguna norma del Convenio y

5) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos para llegar a esa decisión.

La anulación se resuelve por un Comité ad hoc que estará integrado por tres personas elegidas por el Presidente del Consejo Administrativo de la lista de árbitros que tiene el CIADI. El laudo podrá ser anulado total o parcialmente y otro Tribunal deberá dirimir la controversia nuevamente.

Dado que no existe una instancia superior que pueda revisar los laudos emanados por el Tribunal, los mismos son de aplicación directa. El artículo 54 de la Convención de creación del CIADI establece que todo Estado contratante reconocerá al veredicto dictado su carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por éste, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

Para lograr la ejecución de un laudo se debe realizar un trámite de verificación de autenticidad y seguir el procedimiento que haya fijado cada Estado. Los órganos jurisdiccionales locales sólo pueden verificar cuestiones de forma, pero nunca de fondo, ya que éstas quedan reservadas al ámbito internacional.

Esto está establecido en la primera parte del artículo 26 de la Convención cuando dice que: "salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso".

Se entiende que los Estados deben acatar los laudos y pagarlos voluntariamente, sin embargo, ante el incumplimiento está previsto que también puedan ejecutarse en cualquiera de los Estados miembro del CIADI. Asimismo, ante la negativa de ejecutar el laudo se podrían aplicar los artículos 27 y 64 de la Convención de Washington que otorgan la posibilidad de activar la protección diplomática o acudir a la Corte Internacional de Justicia.

6. Encuadramiento jurídico del arbitraje internacional

6.1 Ley Modelo de la UNCITRAL–CNUDMI sobre Arbitraje internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), fue establecida por la Asamblea General en 1966 (resolución 2205 XXI, del 17 diciembre de 1966).

Según la propia UNCITRAL, la Asamblea General, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las legislaciones nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos al comercio, y consideró que la Comisión constituiría la instancia idónea para que las Naciones Unidas podrían desempeñar un papel más activo en la reducción o en la eliminación de esos obstáculos.

El 21 de junio de 1985, al finalizar su 18 período anual de sesiones, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. La Asamblea General, en su resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985, recomendó “que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”.

La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Se adoptó la forma de una Ley Modelo como instrumento de armonización y perfeccionamiento dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. Parece conveniente atenerse en la mayor medida posible al modelo, por cuanto ello constituiría la mejor contribución a la armonización a la

que se aspira y redundaría en interés de quienes recurren al arbitraje internacional, que son fundamentalmente las partes extranjeras y sus abogados.

6.2 Antecedentes de la Ley Modelo

La Ley Modelo responde al propósito de resolver problemas relacionados con la situación actual de las leyes nacionales sobre arbitraje. La necesidad de perfeccionamiento y armonización se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas.

6.3 Insuficiencia de las leyes nacionales

El análisis mundial de las leyes nacionales sobre arbitraje pone de manifiesto notables disparidades no sólo en cuanto a las disposiciones y soluciones concretas, sino también desde el punto de vista de la evolución y el perfeccionamiento. Algunas leyes, que a veces datan del siglo XIX y que equiparan, a menudo, el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, pueden considerarse anticuadas. Otras pueden calificarse de fragmentarias, en el sentido de que no regulan todas las cuestiones pertinentes. Incluso la mayor parte de las leyes que, al parecer, son modernas y completas, se redactaron teniendo presente fundamental, cuando no exclusivamente, el arbitraje nacional. A pesar de que ese criterio resulta explicable por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regidos por una ley general de arbitraje tendrían un carácter exclusivamente nacional, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, por lo general, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna.

Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje "específico", se vean defraudadas, sobre todo en virtud de una disposición imperativa de la ley aplicable. En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes, por ejemplo, a la capacidad de las partes de someter eficazmente las controversias futuras al arbitraje, a su facultad de nombrar libremente los árbitros, o a su interés en que las actuaciones arbitrales se sustancien

conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustraciones son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido. La falta de disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje.

6.4 Disparidad entre las diversas leyes nacionales

Los problemas y las consecuencias no deseadas, originadas por disposiciones imperativas o supletorias o por la falta de disposiciones pertinentes, se ven agravados por el hecho de que las leyes nacionales sobre el proceso arbitral difieren ampliamente. Esta disparidad a menudo es causa de preocupación en el arbitraje internacional, donde al menos una, y a menudo las dos partes, tienen que enfrentarse a disposiciones y procedimientos extranjeros y con los que no están familiarizadas. Para la parte o partes en cuestión puede resultar costoso, poco práctico o imposible disponer de información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje.

La inseguridad acerca de la ley local, con el riesgo inherente de frustración, puede afectar negativamente no sólo al desarrollo del proceso arbitral sino a la propia elección del lugar del arbitraje. Por las razones indicadas es perfectamente posible que una de las partes no se decida o se niegue a aceptar un lugar que, de lo contrario, por razones prácticas, sería procedente en el caso concreto. Por consiguiente, la adopción por los Estados de la Ley Modelo, que es fácilmente reconocible, responde a las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional y proporciona una norma internacional con soluciones aceptables para partes de Estados y ordenamientos jurídicos diferentes, aumentaría las posibilidades en cuanto a los lugares del arbitraje y facilitaría la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

6.5 Características más destacadas

1. Régimen procesal especial para el arbitraje comercial internacional

Los principios y soluciones concretas adoptados en la Ley Modelo tienen como objetivo reducir o eliminar los problemas y dificultades indicados. Como respuesta a las insuficiencias y disparidades de las leyes nacionales, la Ley Modelo establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional, que no afecta a ningún tratado pertinente en vigor en el Estado que la adopta. Aunque la uniformidad sólo es necesaria respecto de los casos internacionales, los Estados pueden tener también interés en actualizar y perfeccionar la ley de arbitraje en relación con los casos que no tengan ese carácter y proceder, en función de ese interés, a promulgar una legislación moderna basada en la Ley Modelo para ambos tipos de casos.

2. Ámbito sustantivo y territorial de aplicación

La Ley Modelo define como internacional un arbitraje si “las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes” (párrafo 3) del artículo 1). La inmensa mayoría de las situaciones que suelen considerarse internacionales responden a ese criterio.

Además, un arbitraje es internacional si el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento del contrato, o el lugar del objeto del litigio están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En lo que respecta a la expresión “comercial”, no es posible dar una definición estricta. El artículo 1 incorpora una nota en la que se pide “una interpretación amplia para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no”. La nota de pie de página al artículo 1 contiene a continuación una lista de ejemplos de relaciones que deben considerarse comerciales, con lo que hace hincapié en la amplitud interpretativa que se propone, e indica que lo que la ley nacional pueda considerar “comercial” no es un factor determinante.

Otro aspecto de la aplicabilidad es el relativo a lo que podría denominarse ámbito territorial de aplicación. Conforme al párrafo 2) del artículo 1, la Ley Modelo en la forma en que haya sido promulgada en un

Estado determinado se aplicará únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de ese Estado. Pero hay una excepción importante y lógica. El párrafo 1) del artículo 8 y el artículo 9, que se refieren al reconocimiento de los acuerdos de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas provisionales cautelares, y los artículos 35 y 36 sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, tienen un alcance mundial, es decir, se aplican independientemente de que el lugar del arbitraje esté en ese Estado o en otro Estado y, en cuanto a los artículos 8 y 9, aunque el lugar del arbitraje todavía no se haya determinado.

El criterio estrictamente territorial, que rige la mayor parte de las disposiciones de la Ley Modelo, se adoptó en aras de la certidumbre y habida cuenta de las siguientes circunstancias. La gran mayoría de las leyes nacionales considera al lugar del arbitraje como criterio exclusivo y, cuando facultan a las partes para elegir la ley procesal de un Estado que no es aquél donde se sustancia el arbitraje, se ha observado que las partes rara vez hacen uso de esa facilidad en la práctica. La Ley Modelo, por su contenido liberal, hace menos necesario aún elegir una ley "extranjera" en lugar de la Ley (Modelo) del lugar del arbitraje, sobre todo porque otorga a las partes amplia libertad para formular las normas de las actuaciones arbitrales. Por ejemplo, las partes tienen la posibilidad de incorporar al acuerdo de arbitraje disposiciones procesales de una ley "extranjera" siempre que no haya conflicto con las pocas disposiciones imperativas de la Ley Modelo. Además, el criterio territorial estricto tiene considerables ventajas prácticas en lo que respecta a los artículos 11, 13, 14, 16, 27 y 34, que encomiendan a los tribunales judiciales del Estado respectivo las funciones de asistencia y supervisión del arbitraje.

3. Delimitación de la asistencia y supervisión judiciales

Como lo prueban recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas judiciales.

Con este espíritu, la Ley Modelo prevé la intervención de los tribunales en los siguientes casos. Un primer grupo comprende el nombramiento, la recusación y terminación del mandato de los árbitros (artículos 11, 13 y 14), la competencia del tribunal arbitral (artículo 16) y la nulidad del laudo arbitral (artículo 34).

Estos casos se enumeran en el artículo 6 como funciones que deben encomendarse, con el fin de lograr la centralización, especialización y aceleración, a un tribunal judicial especialmente designado o, en lo que respecta a los artículos 11, 13 y 14, posiblemente a otra autoridad (por ejemplo, institución arbitral, cámara de comercio). Un segundo grupo comprende la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas (artículo 27), el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares provisionales ordenadas por un tribunal judicial (artículos 8 y 9) y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (artículos 35 y 36).

Fuera de los casos previstos en esos dos grupos “en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal”. Ello se declara en el innovador artículo 5, que no se pronuncia sobre cuál es la función adecuada de los tribunales judiciales, pero asegura al lector y al usuario que encontrará en esta Ley todos los casos de posible intervención del tribunal, excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, acumulación de las actuaciones arbitrales, relación contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o fijación de costas y honorarios, incluidos depósitos). Sobre todo, los lectores y usuarios extranjeros, que constituyen la mayoría de los posibles usuarios y que pueden considerarse como los destinatarios fundamentales de cualquier ley especial sobre arbitraje comercial internacional, valorarán el hecho de no tener que indagar fuera de esta Ley.

4. Acuerdo de arbitraje

El capítulo II de la Ley Modelo trata del acuerdo de arbitraje y su reconocimiento por los tribunales judiciales. Las disposiciones siguen muy de cerca al artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y

ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) (denominada en adelante "Convención de Nueva York de 1958"), con varias aclaraciones útiles adicionales.

6.6 Definición y forma del acuerdo de arbitraje

El párrafo 1) del artículo 7 reconoce la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente ("*compromis*") o futura ("*clause compromissoire*"). En algunas legislaciones nacionales este último tipo de acuerdo no tiene plena eficacia.

Aunque en la práctica se encuentran acuerdos verbales de arbitraje y algunas legislaciones nacionales los admiten, el párrafo 2) del artículo 7 sigue a la Convención de Nueva York de 1958 al exigir que consten por escrito.

Dicho párrafo amplía y aclara la definición de la forma escrita del párrafo 2) del artículo II de esa Convención pues agrega "télex u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo", comprende la situación análoga a un acuerdo de arbitraje, cuando hay "un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra", y prevé que "la referencia hecha en un contrato a un documento" (por ejemplo, condiciones generales) "que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

6.7 Tribunal de arbitraje y acuerdo de arbitraje

Los artículos 8 y 9 tratan dos aspectos importantes de la compleja cuestión de la relación entre el acuerdo de arbitraje y el recurso a los tribunales. En virtud del párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo, que sigue el modelo del párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, el tribunal judicial remitirá a las partes al arbitraje si se le presenta una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede hacer a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio. Aunque esta disposición, en el caso de que sea aprobada por un Estado cuando

adopta la Ley Modelo, por su naturaleza sólo obligue a los tribunales de ese Estado, no se limita a los acuerdos que prevén el arbitraje en ese Estado y, por lo tanto, facilita el reconocimiento y la eficacia mundiales de los acuerdos de arbitraje comercial internacional.

El artículo 9 enuncia el principio de que ninguna medida cautelar provisional que se solicite de los tribunales judiciales en virtud de las leyes procesales nacionales (por ejemplo, embargos previos al laudo) será incompatible con un acuerdo de arbitraje. Al igual que el artículo 8, esta disposición se destina a los tribunales de un determinado Estado, en cuanto dispone que la concesión de medidas provisionales es compatible con un acuerdo de arbitraje, independientemente del lugar del arbitraje. En la medida en que dispone que es compatible con un acuerdo de arbitraje que una parte solicite esa medida de un tribunal judicial, el artículo 9 se aplicaría prescindiendo de si la solicitud se hace a un tribunal de un Estado determinado o de cualquier otro país. Dondequiera que pueda formularse esa solicitud, no podrá invocarse, en virtud de la Ley Modelo, como una excepción con respecto a la existencia o eficacia del acuerdo de arbitraje.

5. Composición del tribunal arbitral

El Capítulo III contiene varias disposiciones detalladas sobre el nombramiento, la recusación, la terminación del mandato y la sustitución de los árbitros. El capítulo refleja el criterio adoptado en la Ley Modelo para eliminar las dificultades que resultan de leyes o normas inadecuadas o fragmentarias. Ese enfoque consiste, en primer lugar, en reconocer la libertad de las partes para determinar, haciendo referencia a un conjunto de normas de arbitraje o mediante un acuerdo especial, el procedimiento que se seguirá, respetando los requisitos fundamentales de equidad y justicia. En segundo lugar, si las partes no han hecho uso de esa libertad para establecer normas de procedimiento o no han resuelto determinada cuestión, la Ley Modelo asegura, mediante una serie de normas supletorias, que el arbitraje pueda comenzar y proceder con eficacia a la solución de la controversia. Si en virtud de cualquier procedimiento convenido por las partes o fundado en las normas supletorias de la Ley Modelo se plantean dificultades en el proceso de nombramiento, recusación o termina-

ción del mandato de un árbitro, los artículos 11, 13 y 14 prevén la asistencia de los tribunales judiciales o de otras autoridades. En vista de la urgencia del asunto y a fin de reducir el riesgo y las consecuencias de cualquier táctica dilatoria, las partes podrán recurrir en forma inmediata dentro de un breve plazo, y la decisión será inapelable.

7. Competencia del tribunal arbitral

7.1 Facultad para decidir acerca de su competencia

El párrafo 1) del artículo 16 adopta los dos importantes principios (aún no generalmente reconocidos) de “Competencia de la Competencia” y de la separabilidad o autonomía de la cláusula compromisoria.

El tribunal arbitral puede decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Además, tiene la facultad de tratar las cuestiones preliminares sobre competencia cuando trata el fondo de la controversia.

A ese efecto, la cláusula compromisoria se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, y la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no traerá aparejada de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria. Las disposiciones detalladas que contiene el párrafo 2) requieren que las excepciones relacionadas con la competencia de los árbitros se opongan lo antes posible.

La competencia del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia, esto es, sobre el fundamento mismo de su mandato y atribuciones, está, por supuesto, sometida a la supervisión judicial. Si el tribunal arbitral, como cuestión previa, se declara competente, el párrafo 3) del artículo 16 prevé la supervisión judicial inmediata a fin de evitar innecesario derroche de dinero y tiempo. No obstante, se añaden tres salvaguardias procesales para reducir el riesgo y los efectos de las tácticas dilatorias: un plazo breve para recurrir al tribunal judicial (30 días), la inapelabilidad de la resolución del tribunal judicial, la facultad discrecional del tribunal arbitral de proseguir las actuaciones y dictar un laudo mientras esté pendiente la cuestión ante el tribunal judicial. En los casos menos frecuentes en que el tribunal arbitral combina su decisión acerca de la competencia

con un laudo sobre el fondo, podrá recurrirse a la revisión judicial de la cuestión de la competencia en el procedimiento de nulidad, previsto en el artículo 34, o en el de ejecución, previsto en el artículo 36.

7.2 Facultad de ordenar medidas provisionales cautelares

A diferencia de algunas leyes nacionales, la Ley Modelo faculta al tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, a ordenar a cualquiera de las partes que adopte medidas provisionales cautelares respecto del objeto del litigio (artículo 17). Cabe observar que el artículo no prevé la ejecución de esas medidas; los Estados que adopten la Ley Modelo podrán disponer acerca de la asistencia judicial a este efecto.

7.3 Sustanciación de las actuaciones arbitrales

El capítulo V proporciona el marco jurídico para la sustanciación equitativa y eficaz de las actuaciones arbitrales. Comienza con dos disposiciones que expresan los principios básicos que inspiran las actuaciones arbitrales que se rigen por la Ley Modelo. El artículo 18 establece los requisitos fundamentales de justicia procesal y el artículo 19 los derechos y atribuciones para determinar las normas de procedimiento.

7.4 Derechos procesales fundamentales de las partes

El artículo 18 consagra el principio básico de que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Otras disposiciones aplican y concretan ese principio básico con respecto a determinados derechos fundamentales de las partes. El párrafo 1) del artículo 24 estipula que, salvo que las partes hubiesen convenido válidamente que no se celebrarían audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes. Debe observarse que el párrafo 1) del artículo 24 se refiere sólo al derecho general de las partes a la celebración de audiencias (como una opción a la sustanciación de las actuaciones sobre la base de documentos y demás pruebas) y no contempla aspectos procesales tales como la duración, el número o el momento de las audiencias.

Otro derecho fundamental de las partes a ser oídas y hacer valer sus derechos se relaciona con las pruebas presentadas por un perito nombrado por el tribunal arbitral. En virtud del párrafo 2) del artículo 26, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos, si así lo solicita una de las partes o el tribunal arbitral lo considera necesario. Otra disposición destinada a garantizar la equidad, objetividad e imparcialidad es el párrafo 3) del artículo 24, que estipula que de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte, y que deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión. A fin de que las partes puedan presentarse en las audiencias o en cualquier reunión del tribunal arbitral a efectos de inspección, su celebración se les notificará con suficiente antelación (párrafo 2) del artículo 24).

7.5 Determinación del procedimiento

El artículo 19 reconoce a las partes la libertad para convenir el procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones, con sujeción a algunas disposiciones imperativas al respecto, y faculta al tribunal arbitral, a falta de acuerdo entre las partes, a dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia, y el valor de las pruebas.

La autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues les permite seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales del derecho interno y sin el riesgo antes mencionado de la frustración. La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues le consiente dirigir las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin limitaciones impuestas por la ley local ni por cualquier norma interna sobre la prueba. Además, proporciona un medio para

solucionar cuestiones procesales no contempladas en el acuerdo de arbitraje o en la Ley Modelo.

Aparte de las disposiciones generales del artículo 19, hay algunas disposiciones especiales que adoptan el mismo criterio de reconocer a las partes autonomía y, a falta de acuerdo, facultar al tribunal arbitral para decidir la cuestión. Ejemplos que revisten especial importancia práctica en los casos internacionales son el artículo 20, sobre el lugar del arbitraje, y el artículo 22, sobre el idioma de las actuaciones.

7.6 Rebeldía de una de las partes

Sólo si se han hecho las notificaciones debidas, las actuaciones arbitrales podrán continuar en ausencia de una de las partes. Esto se aplica, sobre todo, cuando una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales sin invocar causa suficiente (inciso c) del artículo 25). El tribunal arbitral podrá también continuar las actuaciones cuando el demandado no presente su contestación, mientras que no es necesario que prosigan las actuaciones si el demandante no presenta su demanda (incisos a) y b) del artículo 25).

Revisten considerable importancia práctica las disposiciones que facultan al tribunal arbitral a cumplir sus funciones incluso si una de las partes no participa pues, como se ha observado, es bastante frecuente que una de las partes tenga escaso interés en cooperar y agilizar las actuaciones. En consecuencia, las disposiciones brindan al arbitraje comercial internacional la eficacia necesaria, dentro de los límites que imponen los requisitos fundamentales de justicia procesal.

8. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones

8.1 Normas aplicables al fondo del litigio

El artículo 28 trata de los aspectos del arbitraje relativos al derecho sustantivo. A tenor del párrafo l), el tribunal arbitral decide el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Esta disposición es importante por dos razones. En primer lugar, atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable, lo que es importante dado que varias leyes nacionales no reconocen clara o plena-

mente esa facultad. Además, al hacer referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, la Ley Modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. Las atribuciones del tribunal arbitral, por otra parte, se ajustan a pautas más tradicionales. Cuando las partes no hayan indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley, es decir la ley nacional, que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. Conforme al párrafo 3) del artículo 28, las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a que decida el litigio ex aequo et bono o como amigable compositor. Por el momento este tipo de arbitraje no se conoce ni aplica en todos los ordenamientos jurídicos y no existe una interpretación uniforme en lo que respecta al alcance exacto de las atribuciones del tribunal arbitral. Cuando las partes prevean que pueden suscitarse dudas al respecto, tal vez les interese aclararlas en el acuerdo de arbitraje confirmando una autorización más precisa al tribunal arbitral. El párrafo 4) aclara que, en todos los casos, es decir, incluido el arbitraje ex aequo et bono, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

8.2 Pronunciamiento del laudo y otras decisiones

En sus normas sobre el pronunciamiento del laudo (artículos 29 a 31), la Ley Modelo presta especial atención al supuesto, bastante frecuente, de que el tribunal arbitral esté integrado por varios árbitros (especialmente tres). Establece que, en ese caso, todo laudo u otra decisión se adoptará por la mayoría de los árbitros, con la salvedad de las cuestiones de procedimiento, sobre las que podrá decidir el árbitro presidente. El principio mayoritario se aplica también a la firma del laudo, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

El párrafo 3) del artículo 31 establece que constará en el laudo el lugar del arbitraje, y que el laudo se considerará dictado en ese lugar. En lo que respecta a esa presunción, cabe señalar que el pronunciamiento definitivo del laudo constituye un acto jurídico, que en la práctica no tiene por qué consistir en un único acto, sino que puede desarrollarse mediante

deliberaciones en diversos lugares, conversaciones telefónicas o por correspondencia; sobre todo, no es necesario que el laudo sea firmado por los árbitros en un mismo lugar.

El laudo arbitral debe dictarse por escrito con indicación de su fecha. Debe también ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes, es decir, de un laudo que haga constar la transacción a que hayan llegado aquéllas. Cabe añadir que la Ley Modelo no exige ni prohíbe los “votos reservados”.

8.3 Impugnación del laudo

Las leyes nacionales sobre arbitraje, que a menudo equiparan los laudos a las decisiones judiciales, establecen varios recursos contra los laudos arbitrales, con plazos diversos y por lo general dilatados y con extensas listas de motivos que difieren ampliamente de uno a otro ordenamiento jurídico. La Ley Modelo intenta mejorar esa situación, que es motivo de grave preocupación para quienes intervienen en el arbitraje comercial internacional.

8.4 La petición de nulidad como único recurso

La primera medida para mejorar esa situación consiste en admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualesquiera otros recursos establecidos en otra ley procesal del Estado de que se trate. La petición de nulidad al amparo del artículo 34 debe formularse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de recepción del laudo. Habría que señalar que “recurrir” significa “impugnar” activamente el laudo; nada impide, naturalmente, que una de las partes trate de obtener el control judicial por vía de excepción en el procedimiento de ejecución (artículo 36). Además, “recurso” significa recurso a un tribunal judicial, es decir a un órgano del poder judicial de un Estado; pero nada impide que las partes recurran a un tribunal arbitral de segunda instancia si han previsto de común acuerdo esa posibilidad (como es frecuente en algunos intercambios de productos básicos).

8.5 Motivos de nulidad

Otro perfeccionamiento introducido por la Ley Modelo es que establece una lista taxativa de motivos por los que un laudo puede declararse nulo. Esa lista coincide esencialmente con la del párrafo 1) del artículo 36, tomada del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958: que las partes estén afectadas por alguna incapacidad para celebrar el acuerdo de arbitraje o éste no sea válido; que no se haya notificado a una de las partes la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos; que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje; que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, a la Ley Modelo y que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público, supuesto que abarca también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal.

En la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961) se adoptó ya ese paralelismo de los motivos de nulidad con los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 para la denegación del reconocimiento y la ejecución. A tenor del artículo IX de la primera de las convenciones citadas, la decisión de un tribunal extranjero de anular un laudo por un motivo distinto de los establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 no constituirá una causa para denegar su ejecución. La Ley Modelo lleva ese principio algo más lejos y limita directamente los motivos de nulidad.

Aunque los motivos para declarar la nulidad de un laudo coinciden casi exactamente con los motivos para denegar su reconocimiento o ejecución, habría que señalar dos diferencias prácticas. En primer lugar, los motivos relacionados con el orden público, incluido el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, pueden diferir en cuanto al fondo, según el Estado de que se trate (p. ej. Estado en el que se declara la nulidad o Estado de la ejecución). En segundo lugar, y lo que es más importante, los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo sólo son válidos y eficaces en el Estado (o Estados) en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, en tanto que los motivos de nulidad tienen repercusiones diferentes: la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del artículo

V de la Convención de Nueva York y al apartado v) del inciso a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo.

8.6 Reconocimiento y ejecución de los laudos

El octavo y último capítulo de la Ley Modelo se refiere al reconocimiento y a la ejecución de los laudos. Sus disposiciones reflejan la importante decisión política de que se aplicarán las mismas normas a los laudos arbitrales hayan sido dictados en el país de la ejecución o en otro país, y de que esas normas seguirán muy de cerca la Convención de Nueva York de 1958.

Hacia el tratamiento uniforme de todos los laudos con prescindencia del país en que fueron dictados

Al tratar a los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional de manera uniforme, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado, la Ley Modelo traza una nueva línea demarcatoria entre los laudos "internacionales" y "no internacionales", en lugar de la línea tradicional que distingue entre laudos "extranjeros" y "nacionales". Esta nueva línea se funda en motivos de fondo, más que en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas habida cuenta de la limitada importancia que tiene el lugar del arbitraje en los casos internacionales. A menudo se elige el lugar del arbitraje por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado donde se substancian las actuaciones. En consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos "internacionales", sean "extranjeros" o "nacionales", se regirán por las mismas disposiciones.

Al estipular normas sobre el reconocimiento y la ejecución que siguen el modelo de las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York de 1958, la Ley modelo complementa el régimen de reconocimiento y ejecución creado por esa afortunada Convención sin entrar en conflicto con él.

8.7 Requisitos procesales del reconocimiento y de la ejecución

En virtud del párrafo 1) del artículo 35, todo laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y podrá ejecutarse, en conformidad con las disposiciones del párrafo 2)

del artículo 35 y del artículo 36 (que establece los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución). Habida cuenta de la limitada importancia del lugar del arbitraje en los casos internacionales, como ya se ha señalado, y con el deseo de superar las restricciones territoriales, no se ha incluido a la reciprocidad como requisito para el reconocimiento y la ejecución.

La Ley Modelo no fija detalles procesales para el reconocimiento y la ejecución pues no hay ninguna necesidad práctica de unificarlos, y porque constituyen una parte intrínseca del derecho y la práctica procesales de cada país. La Ley Modelo simplemente establece algunos requisitos para obtener la ejecución: petición por escrito, acompañada del laudo y del acuerdo de arbitraje (párrafo 2) del artículo 35).

8.8 Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

Como se observó antes, los motivos por los que podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución en virtud de la Ley Modelo son idénticos a los enunciados en el artículo V de la Convención de Nueva York. Salvo que, en virtud de la Ley Modelo, esos motivos resultan aplicables no sólo a los laudos extranjeros sino a todos los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional. Si bien algunas disposiciones de esa Convención, especialmente en cuanto a su redacción, podrían ser mejoradas, sólo se modificó el primer motivo de la lista (esto es "que las partes en el acuerdo de arbitraje estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable") pues se consideró que contenía una norma de conflicto de leyes incompleta y que podía dar lugar a equívocos. Pero en general, se estimó conveniente adoptar en pro de la armonía, el mismo criterio y terminología de esta importante Convención.

8.9 El arbitraje en el MERCOSUR

En el MERCOSUR se cuenta con el Acuerdo sobre Arbitraje internacional del MERCOSUR del 23 de agosto de 1998 (MERCOSUR/CMC/DEC. N° 3/98).

Este acuerdo establece el marco regulatorio para los casos que se desarrollen en el espacio común entre actores privados. Destaca la necesidad de proporcionar al sector privado de los Estados Partes del MERCOSUR métodos alternativos para la resolución de controversias surgidas

de contratos comerciales internacionales concluidos entre personas físicas o jurídicas de derecho privado.

El Acuerdo está ratificado por los cuatro Estados miembros fundadores del MERCOSUR y entró en vigencia en marzo de 2004. Es un aporte cualitativo para el proceso de integración mercosuriana el poder contar con reglas locales, resultado de consensos entre los Estados, y así contar con una normativa autónoma y propia para la solución de controversias.

La disponibilidad de un sistema autónomo de arbitraje o de solución de controversias tiene una importancia particular para el MERCOSUR, hoy compuesto por cinco miembros.

Tengamos en cuenta que el sistema de arbitraje y de solución de controversias en el MERCOSUR está regido por el Protocolo de Ouro Preto de 1994 el que condiciona dicha solución a diferendos surgidos entre los Estados Parte concerniente la aplicación de las disposiciones del Tratado de Asunción.

Los diferendos entre los actores económicos privados actuando en la zona común, aparece fuertemente condicionado al recurso a instancias internas y excepcionalmente al arbitraje. Este marco jurídico internacional, por cierto, es un aporte importante para el sector económico, para las sociedades comerciales, grupos económicos y grupo de sociedades, sin excluir, lógicamente a la persona física, comerciante.

8.10 Principales disposiciones

El Preámbulo indica explícitamente la conveniencia de facilitar al sector privado de los Estados Partes del MERCOSUR la utilización de métodos alternativos de resolución de controversias que surjan de los contratos comerciales internacionales.

En su artículo 1 se señala que el Acuerdo tiene por objeto regular el arbitraje como medio alternativo privado de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado. Es decir, la creación de un mecanismo autónomo de solución de diferendos extrajudicial, puesto al servicio del sector privado que desarrolla sus actividades en el territorio de los Estados

Miembros. No se trata de cualquier contrato, sino de contratos comerciales.

El Acuerdo, además de aplicarse a contratos comerciales, exige que dichos contratos tengan un carácter internacional. Los contratos comerciales de carácter nacional, quedan excluidos del campo de aplicación.

Esta primera descripción está conforme con lo dispuesto en el artículo 2 del Acuerdo en su letra o inciso b.

El Acuerdo excluye explícitamente el arbitraje internacional entre el sector privado y los Estados. Sobre este punto valga recordar que existen ya mecanismos arbitrales que regulan esta materia, principalmente, originados en los tratados de protección de las inversiones. Asimismo, el Acuerdo limita el arbitraje a los contratos internacionales.

Se entiende, a partir de esta delimitación, el Acuerdo versa exclusivamente de contratos privados concluidos entre actores económicos de diferentes Estados miembros.

Engloba a empresas de Estados terceros que realizan actividades comerciales, invierten o contratan con las empresas del MERCOSUR. Una correcta interpretación de la disposición pertinente indica sin mayores dudas, que el Acuerdo se aplica a dichas empresas en su relación con las del MERCOSUR. Así, es considerado contrato internacional todos los acuerdos entre actores económicos privados, nacionales de uno de los Estados miembros o empresas extranjeras residentes o domiciliadas en el territorio de uno de los estados miembros y empresas que, sin realizar sus actividades en el territorio, contratan con empresas del MERCOSUR.

Si analizamos detenidamente la disposición, el contrato nacional, aun cuando esté implicada una empresa extranjera pero domiciliada en uno de los Estados miembros, sigue regido por las reglas internas.

Observemos según la definición que todo acto extracontractual, queda igualmente fuera del campo de aplicación material del Acuerdo. Su aplicación lógicamente, se extiende a las empresas, a las sociedades en sus diferentes acepciones y formas.

8.11 Ámbito de aplicación territorial y material

Concerniente el ámbito de aplicación territorial o espacial y la aplicación material, según lo redactado en el artículo 3, textualmente expresa:

“El presente Acuerdo se aplicará al arbitraje, su organización y procedimientos, y a las sentencias o laudos arbitrales, si mediare alguna de las siguientes circunstancias:

a) La convención arbitral fuere celebrada entre personas físicas o jurídicas que, en el momento de su celebración, tengan ya sea su residencia habitual, el centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en más de un Estado Parte del MERCOSUR.

b) El contrato base tuviere algún contacto objetivo –jurídico o económico– con más de un Estado Parte del MERCOSUR.

c) Las partes no expresaren su voluntad en contrario y el contrato base tuviere algún contacto objetivo –jurídico o económico– con un Estado Parte, siempre que el Tribunal tenga su sede en uno de los Estados Parte del MERCOSUR.

d) El contrato base tuviere algún contacto objetivo –jurídico o económico– con un Estado Parte y el Tribunal Arbitral no tuviere su sede en ningún Estado Parte del MERCOSUR, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo.

e) El contrato base no tuviere ningún contacto objetivo –jurídico o económico– con un Estado Parte y las partes hayan elegido un Tribunal Arbitral con sede en un Estado Parte del MERCOSUR, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo”.

8.12 El convenio o cláusula arbitral y condiciones de validez

El artículo 5 dispone que la cláusula o convenio arbitral es autónoma respecto del contrato base la consagración de la autonomía de la cláusula compromisoria de arbitraje es importante por cuanto que ella implica que la existencia, validez o invalidez de este no implicará la nulidad del acuerdo arbitral.

En cuanto a la forma, la misma debe constar por escrito, ser claramente legible y su validez formal se regirá por el derecho del lugar de

celebración. ¿Qué norma determina su validez formal? Es la ley nacional del lugar donde el acuerdo fue celebrado.

9. La capacidad de las personas físicas o jurídicas

9.1 Los artículos 6 y 7

En cuanto a la capacidad de las partes, la misma está regida por la ley del domicilio de cada una de las partes. En lo que se refiere a la validez del acuerdo o cláusula de compromiso arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa será regida por el derecho del Estado Parte sede del Tribunal Arbitral.

En lo concerniente a la competencia del Tribunal Arbitral existen dos artículos que son muy claros al respecto; el artículo 8 dice que las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal Arbitral, de oficio o a solicitud de partes, y el artículo 18 inciso 1 que el Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia.

Por su parte el artículo 10 del Acuerdo dispone que las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al Derecho Internacional Privado y sus principios, así como al Derecho del Comercio Internacional. De no ejercitar esta facultad, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes.

También se establece que, por disposición de las partes, el arbitraje podrá ser de derecho o de equidad y en ausencia de manifestación será de derecho. Además, podrán libremente someterse a arbitraje institucional o ad-hoc.

Ya en torno de las medidas cautelares, se determina que las mismas podrán ser dictadas por el Tribunal Arbitral o por la autoridad judicial competente y que la solicitud de cualquiera de las partes a la autoridad judicial no se considerará incompatible con la convención arbitral ni implicará una renuncia al arbitraje.

9.2 El Laudo

En lo relativo al laudo, debe ser escrito, fundado y decidir completamente el litigio según lo dispuesto por el Reglamento en su artículo 35

y por el artículo 20 del Acuerdo. El laudo o sentencia será definitivo y obligatorio para las partes y no admitirá recursos tal cual lo explicita el numeral 1 del artículo 20 del Acuerdo.

No se estableció en el Acuerdo un plazo para dictarlo; sin embargo, en el artículo 8 inciso 1 del Reglamento se señala textualmente que “el procedimiento arbitral no podrá exceder de un año computable desde la fecha de aceptación del cargo del árbitro o del último árbitro, según sea el caso, ... debiendo el laudo, en consecuencia, ser dictado dentro de dicho plazo. No obstante, el Tribunal Arbitral, en sujeción a los principios de celeridad y economía procesal, deberá procurar agotar el procedimiento en el menor plazo posible”.

En el inciso 2 del mismo artículo 8 del Reglamento podemos leer que “el Tribunal Arbitral, de oficio o a petición de parte, en atención a la complejidad de la controversia, podrá prorrogar el plazo antes de su vencimiento por seis meses más, por única vez. Lo anterior no obsta a las prórrogas que las partes pudieren acordar, efectuando al efecto una presentación por escrito ante el Tribunal Arbitral”.

9.3 La inapelabilidad del Laudo

Indicamos anteriormente que el laudo, una vez el diferendo decidido por el tribunal arbitral, es definitivo, obligatorio y no admitirá recursos de apelación en el sentido tradicional del recurso introducido ante instancias ordinarias en procesos ordinarios.

La inapelabilidad del laudo no implica ausencia de recursos. Asimismo, la ausencia de inapelabilidad no significa que los árbitros o el tribunal arbitral tengan la libertad de transgredir dos cuestiones fundamentales del derecho internacional: no pueden fundar un laudo o decisión o sentencia arbitral sobre la denegación de justicia, así como el laudo o sentencia no puede ser un acto arbitrario. Además, el procedimiento desarrollado ante el tribunal debe contar, precisamente, con el respeto de las reglas fundamentales que rige todo proceso, es decir, todas las garantías procesales.

El motivo fundamental por el que no se incorporan los recursos clásicos es por la sencilla razón de que, si tal situación se produjera, pues, el arbitraje perdería su razón de ser y devendría otra jurisdicción ordinaria

más. Y vale la pena repetirlo, la ausencia de mecanismos tradicionales de recurso no implica ausencia de control.

Dicho esto, lo que sí es admitido generalmente son las solicitudes de rectificación de algún error material, de ampliación del alcance de uno o varios puntos específicos, pronunciamiento sobre alguna de las cuestiones materia de la controversia que no haya sido resuelta.

En referencia a la nulidad del laudo, el mismo podrá ser impugnado impugnarse ante la autoridad judicial del Estado sede del Tribunal Arbitral mediante una petición o recurso de nulidad de conformidad a lo dispuesto por el artículo 22 del Acuerdo.

Cuando los árbitros fueren varios, (en el Reglamento se expresa que salvo que las partes dispongan otra integración, el Tribunal Arbitral estará compuesto por árbitro único. Si fuere colegiado, estará integrado por tres miembros) la decisión será tomada por mayoría y si no hubiere acuerdo mayoritario, decidirá el voto del presidente. El árbitro que disienta con la mayoría podrá emitir y fundar su voto separadamente. Los laudos siempre deben contener los fundamentos en que se basan, aun si fueran por equidad.

El Reglamento también prescribe que la doctrina de los laudos arbitrales podrá ser publicada por la institución arbitral siempre que no se pueda identificar a las partes y a la controversia específica objeto del arbitraje, a menos que los intervinientes autoricen en contrario a la institución arbitral.

En cuanto a la ejecución del laudo, el convenio remite a las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscripta en Panamá (1975) durante el transcurso de la I Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I); al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR y a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979 (CIDIP II).

Cabe decir que el arbitraje finalizará con el dictado del laudo o cuando se ordene la terminación del mismo porque las partes están de

acuerdo en concluirlo o el Tribunal compruebe que el procedimiento se tornó innecesario o imposible.

En el Reglamento, bajo el título de otras formas de conclusión del procedimiento, se enuncia que antes de que se dicte el laudo, las actuaciones arbitrales concluirán en forma extraordinaria en los siguientes casos: a) retiro de la demanda antes de la contestación. b) Desistimiento de la demanda salvo oposición de parte demandada. c) Desistimiento de común acuerdo. d) Imposibilidad para proseguir las actuaciones comprobada por el Tribunal Arbitral. e) Conciliación o transacción.

Dentro de las disposiciones finales, se estipula que el Acuerdo entrará en vigor, con relación a los dos primeros Estados Parte que lo ratifiquen, treinta días después que el segundo país proceda al depósito de su instrumento de ratificación. Para los demás Estados ratificantes, entrará en vigor el trigésimo día posterior al depósito de su respectivo instrumento de ratificación.

El artículo 12 inciso 1 letra b) del Convenio señala que los Estados incentivarán a las entidades arbitrales asentadas en sus territorios para que adopten un reglamento común. Con esa finalidad, los Ministros de Justicia del MERCOSUR y Países Asociados convocaron a un Primer Encuentro de Instituciones Arbitrales del MERCOSUR y luego de varios de estos Encuentros en diferentes países como Chile, Bolivia, Brasil y Argentina se aprobó, en junio de este año, en forma definitiva el Reglamento Modelo de Arbitraje Comercial Internacional para las Instituciones Arbitrales del MERCOSUR, Bolivia y Chile.

El mismo ha sido elevado a la reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, incorporado al acta pertinente, registrado en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, convirtiéndose en una suerte de documento cuasi-oficial y que, por tanto, puede coexistir con otros reglamentos como por ejemplo el del COADEM (Consejo de Colegios y Ordenes de Abogados del MERCOSUR).

9.4 La condiciones para ser árbitro

Empezamos diciendo, en primer lugar, que el arbitraje de derecho implica que el laudo se ajuste a normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado y, en segundo lugar, que

el Acuerdo admite que el arbitraje pueda ser de derecho o de equidad y que a falta de disposición será de derecho.

Ahora bien, el artículo 16 dice en su inciso 1 que podrá ser árbitro cualquier persona legalmente capaz y que goce de la confianza de las partes. Este texto podría llevar a suponer que en el caso de un arbitraje de derecho el nombramiento no debe recaer necesariamente en un abogado. Efectivamente, si tomamos en cuenta otras instancias arbitrales internacionales, existen abundantes casos en que los árbitros designados no fueron especialistas en derecho, sea éste interno o internacional.

¿Cuál es la interpretación que debe darse a la disposición del artículo 16 1 del Acuerdo? Evidentemente, cuando se trata de un arbitraje internacional en el que deben aplicarse normas y donde hasta pueden darse situaciones de conflicto de normas, problemas de competencia, aplicación de normas de fondo, lo ideal es que los árbitros sean profesionales juristas y conocedores del Derecho internacional, o cualquier profesional abogado. Pero como se trata de un arbitraje internacional, no existe ningún obstáculo en que las partes en el diferendo designen a profesionales no juristas o no abogados.

No obstante, el Reglamento en su artículo 10. 3 indica que, en el arbitraje de derecho, el o los árbitros deberán cumplir con los requisitos previstos en las normas jurídicas vigentes en el Estado sede del Tribunal Arbitral y, a su turno, el artículo 22 nos ilustra que las partes podrán comparecer en persona o a través de representantes debidamente acreditados y que el patrocinio y representación de las mismas se regirán por las normas jurídicas vigentes en el Estado sede del Tribunal Arbitral.

Como podemos constatar, el arbitraje internacional del MERCOSUR convive con una serie de reenvíos a la norma jurídica interna de los Estados, incluyendo el recurso o petición de nulidad. Se trata efectivamente de sistemas que se complementan por cuanto que, por ejemplo, el tribunal arbitral carece del *jus imperium* para la ejecución del laudo arbitral, siendo ésta, una competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de los Estados Parte.

10. El Arbitraje en el Paraguay

10.1 Presentación

El arbitraje es un recurso aún muy poco utilizado en el Paraguay. La tradición de solución de conflictos o divergencias más bien llevadas ante jurisdicciones ordinarias, dando lugar a veces, a procesos extremadamente largos y costosos.

Sólo desde el año 2002 se cuenta con un sistema de regulación interna del arbitraje cuya fuente principal se encuentra en la Ley Modelo de la UNCITRAL que es la N° 1.879/02 de Arbitraje y Mediación.

La ley, que será analizada más adelante, incorporó las reglas y principios fundamentales de aquél instrumento internacional, guardando al mismo tiempo, un margen de actuación para las instancias jurisdiccionales ordinarias.

11. Principales disposiciones de la Ley

11.1 Campo de aplicación y objeto

El artículo 1 determina el campo de aplicación que abarca, en primer lugar, a la naturaleza misma de la materia: se trata del arbitraje privado.

En cuanto al alcance de su aplicación, consagra explícitamente que las reglas se aplican al arbitraje nacional e internacional.

El arbitraje versa, en consecuencia, sobre relaciones jurídicas entre Partes que son nacionales o residentes permanentes o domiciliados en el Paraguay y que tengan su establecimiento principal en el territorio nacional. El contrato pues, debe ser firmado y ejecutado en el Paraguay según las regulaciones establecidas en el Código Civil. El acuerdo de arbitraje no necesariamente, puesto que las Partes son las que libremente pueden determinar someter o no al arbitraje, lo que implica que la firma del acuerdo puede ser hecho en cualquier momento y en un territorio distinto al de los nacionales.

Asimismo, se aplica a las relaciones jurídicas entre Partes, de entre las cuales, una de ellas no es nacional, o no reside en forma permanente en el Paraguay o no está domiciliada en el país. Se trata de la aplicación

del mecanismo de arbitraje internacional la Ley determina dos requisitos de fondo (art. 3.c) 1.2).

Por un lado, en el momento de la celebración del acuerdo de arbitraje que las Partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Por otro, cuando el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos.

Sobre este último párrafo, se establece como punto de conexión o *attachement*, la ejecución de una parte sustancial surgida de las obligaciones que las Partes contrajeron y que se refiere al lugar. O en su caso, el lugar con el cual el objeto tenga la relación más estrecha, independientemente de que esa relación se sitúe en un tercer Estado.

En este último caso, nos encontramos ante contratos internacionales o relaciones extracontractuales internacionales, que, *prima facie*, serían la base misma de las posibles divergencias entre aquéllas. El lugar donde se firma es indiferente, así como el lugar de ejecución. Lo esencial en este último caso y lo que define su carácter es el estatus personal— de la persona jurídica o de la persona física— así como la situación extraterritorial en que se encuentra y la existencia o no de un acuerdo de arbitraje.

11.2 La base fundamental del arbitraje: el acuerdo entre las Partes

El acuerdo de arbitraje es definido como el pacto por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea o no contractual.

El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente. Vemos claramente que las relaciones extracontractuales caen efectivamente bajo las disposiciones de la Ley. Dos formas posibles existen para el acuerdo de arbitraje. Primero, que conste la voluntad de las Partes de someter el diferendo a un tribunal arbitral en el contrato mismo, base de las obligaciones entre ambas y que será el documento—instrumento fundamental para la interpretación de los derechos y obligaciones entre las mismas. Segundo, que se proceda a la elaboración de un acuerdo en forma

de documento-instrumento independiente, que en general contiene una fórmula estándar a nivel internacional con algunas variantes de forma.

En cuanto al objeto, el mismo está definido en el artículo 2 de la Ley que señala en forma clara que al arbitraje tiene por objeto toda cuestión transigible y de contenido patrimonial con la condición de que sobre el diferendo o cuestión de fondo no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada.

Parecería que esta disposición es superficial, pero no lo es. En efecto, se entiende que existe un diferendo entre las Partes sobre un hecho o el derecho y que éstas deciden, antes de utilizar cualquier otro recurso, someterlo a arbitraje.

El arbitraje excluye, por sus propias características, todo otro recurso a cualquier otro órgano jurisdiccional. Si sentencia existiera, se entiende que se trata de cosa juzgada y que debe ser tratada como tal, en su carácter de imperium, por cuanto que es dictada por un órgano jurisdiccional ordinario, cuya decisión no sólo es ejecutable sino cosa juzgada. Mal entonces un tribunal arbitral podría reconsiderar tan solo los aspectos procesales de dicha decisión.

Esta disposición no descarta, a priori, el recurso al arbitraje aun cuando la instancia ordinaria esté entendiendo un asunto en curso. Las Partes podrían renunciar al procedimiento en curso, en cualquier momento, antes de la sentencia para someter el asunto a un tribunal arbitral. Es igualmente considerado fuera del recurso al arbitraje, las cuestiones que requieran la intervención del Ministerio Público. Estas disposiciones tienen por finalidad, visto las características muy especiales del arbitraje, de colisionar o de interferir el todo procedimiento que se desarrolle ante las instancias competentes nacionales. Esta disposición, como vemos, constituye un marco substancial de limitación de la voluntad de las Partes porque se trata de cuestiones del orden público de índole jurisdiccional o del campo propio de la intervención del Ministerio Público.

11.3 La relación entre al arbitraje y la intervención de la jurisdicción ordinaria

El artículo 11 se refiere al complejo equilibrio entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria. Según esta disposición, si las Partes recurren ante

un Juez una cuestión o punto objeto de un acuerdo de arbitraje, aquél remitirá a las partes al arbitraje. Esta remisión al arbitraje es condicional: si lo solicita cualquiera de ellas y a más tardar, al presentarse el primer escrito sobre el fondo del litigio. El Juez estará dispensado de remitir al arbitraje el asunto o cuestión si se prueba o comprueba que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Pero, si se ha entablado la acción judicial, aun así, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez. La condición *sine qua non* es que las Partes desistan de la instancia ordinaria antes de dictarse el laudo o sentencia arbitral.

11.4 Aplicación a relaciones contractuales y extracontractuales. La cuestión territorial

Recordemos que el arbitraje se aplica a las relaciones contractuales o extracontractuales. Engloba así dos tipos de relaciones entre las Partes en su relación comercial, se encuentren éstas en un contrato o no.

Sin embargo, para que dichas relaciones puedan ser objeto de arbitraje, se debe tener en cuenta el aspecto territorial.

El arbitraje del que habla el artículo 1 de la ley, explicita que se refiere a los procedimientos que se desarrollan estrictamente en el plano territorial, puesto que sus disposiciones se aplican únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional.

Todo procedimiento arbitral que no se desarrolle en el territorio queda excluido de la disposición legal. Esto no implica el desconocimiento o negar el recurso a otros órganos arbitrales internacionales sean institucionales o *Ad hoc*. La ley expresamente dispone que el arbitraje territorial en el Paraguay será sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados suscritos y ratificados por la República del Paraguay.

Esto quiere decir también que las Partes –autonomía de la voluntad– son las que, en última instancia, determinarán si recurren al arbitraje nacional o recurren al mecanismo de arbitraje de otro Estado o bajo otras reglas internacionales como sería el caso de los tribunales arbitrales *Ad Hoc* de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París o cualquier órgano de arbitraje en el que el procedimiento se desarrolle en otro

país y bajo reglas distintas. De esta manera, son las Partes las que finalmente decidirán a qué órgano de arbitraje someter sus diferendos o bajo cuáles reglas serán resueltos.

En relación con acuerdos y convenios o tratados firmados y ratificados por el Paraguay, la disposición incluye la posibilidad de arbitraje internacional cuando se trate de relaciones jurídicas entre un inversionista y el Estado y que desarrollen en el territorio nacional. El párrafo final del artículo 2 de la Ley especifica que el Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.

Ahora bien, esta disposición se referiría a la relación contractual que derive entre una sociedad o una persona física con el Estado y que, en caso de diferendo, sea sometido a arbitraje, sin hacer ninguna distinción entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, la experiencia habla de que cuando se trata de contratos entre Estado –incluyendo todos sus órganos– y una sociedad, sea cual fuere su denominación o forma, las relaciones que surjan de ese contrato– concesión, etc.– están regidos por el Derecho internacional de las inversiones que en general, posee su propio mecanismo de arbitraje, así como sus propias reglas.

La aplicabilidad de esta cláusula se vuelve complicada si tenemos en cuenta que cuando se trata de relaciones contractuales o extracontractuales entre el Estado y una sociedad particular o de inversionista en su caso, las sociedades o grupos de sociedades o grupos económicos, normalmente, exigen el recurso al arbitraje, fundados en un tratado y si tratado no existiera, el consentimiento de las Partes para someter la divergencia a un tribunal internacional, como sería el caso del CIADI en Washington, de la Cámara de Comercio Internacional de París o la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. Sobre el tema volveremos más adelante cuando analicemos el arbitraje entre inversor y Estado.

Bibliografía de referencia

1. Ruiz Díaz Balbuena H., La denuncia de los tratados de protección de las inversiones (I II y III), trilogía, CADTM, Bruxelles, octubre de 2013, 85 páginas.

2. Bernini, Giorgio, *L'ARBITRATO*, Diritto Interno, Convenzioni Internazionali, Editrice CLUEB Bologna. 1993.

3. González Bueno, Carlos, *COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE*. Revista Investigaciones Jurídicas. Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Editora Litocolor S.R.L. Año 2011, Asunción, Paraguay.

4. Ramiro Moreno–Baldivieso; *ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES*. INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Editora Litocolor S.R.L. Año 2011, Asunción, Paraguay.

5. Monroy Cabra, Marco Gerardo; *ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*. Investigaciones Jurídicas. Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Editora Litocolor S.R.L. Año 2011, Asunción, Paraguay.

6. Mulerat Ibe, Ramón; *CONSIDERACIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL*. Investigaciones Jurídicas. Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Editora Litocolor S.R.L. Año 2011, Asunción, Paraguay.

7. Bello Janeiro, Domingo; *EL ARBITRAJE INTERNACIONAL*. INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Editora Litocolor S.R.L. Año 2011, Asunción, Paraguay.

8. Colina Garea, Rafael; *LAS VENTAJAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL POR CONTRAPOSICIÓN AL PROCESO JUDICIAL*. Investigaciones Jurídicas. Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Editora Litocolor S.R.L. Año 2011, Asunción, Paraguay.

9. www.unidroit.org

10. www.uncitral.org

11. www.cpa.org

12. www.mercosur.org

13. www.ciadi.org



Comercio electrónico: de Barba Roja al 4.0

Beatriz Sanjurjo Rebollo *

1. Introducción

La semana pasada tuve la oportunidad de visitar un castillo situado en una población costera con 4.000 años de antigüedad en comercio portuario. Su historia relatada por la guía turística que nos acompañaba nos trasladó mentalmente a todos los que le escuchábamos a un tiempo en que el comercio marítimo entre pueblos de distintas lenguas utilizaba el trueque y la compraventa de víveres y de todo tipo de mercancías en improvisados mercados a pie de las embarcaciones, donde se cerraban los tratos con un apretón de manos y unas monedas. El pescado capturado en redes se subastaba en las lonjas al llegar los barcos pesqueros al puerto tras toda una noche faenando entre las olas y el cielo cuajado de estrellas.

Una actividad pesquera y de comercio que en muchas ocasiones se vio jalonada por ataques piratas comandados por el conocido y temido pirata Barba Roja. Una historia fascinante. Al terminar la visita al castillo me sorprendí a mí misma enviando por WhatsApp unas fotografías de las ruinas en las que se veía de fondo ese mar lleno de batallas marítimas, de comercio y de historia.

* Abogada del ICAM y Doctora *cum laude* en Derecho. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, España). Profesora Universitaria de Derecho Procesal y de Derecho de la Información y Nuevas Tecnologías.

Nuevos tiempos, nuevas tecnologías y nuevos modelos de relaciones comerciales con la misma base, la compraventa o el trueque, miles de años de diferencia y, sin embargo, algunas similitudes: seguimos comerciando con países lejanos como antaño, padecemos ataques de piratas, aunque sean informáticos, y usamos la red, pero ahora la red se llama Internet y todos navegamos, pero en Redes Sociales (RRSS) practicando un tipo de comercio que ahora es electrónico. Y es que vivimos en el .0.

2. El efecto de la red

Cuando en Estados Unidos surgió el fenómeno de la Red, nadie suponía que nos encontraríamos ante la mayor revolución de la comunicación del mundo. Internet lucha por llegar a todos los rincones del mundo; y las RRSS han creado un nuevo modo de relación comercial y personal; cambiando también el mundo del Derecho (1).

Las empresas han aprendido pronto que tener un perfil en las principales RRSS es una de las fórmulas más rentables, menos costosas y más utilizadas por las marcas para relacionarse con un nuevo modelo de consumidor. Las empresas necesitan a sus clientes para su negocio y las RRSS permiten captarlos, fidelizarlos y gracias a la viralidad llegar a nuevo cliente si se saben aprovechar todas las posibilidades y beneficios que ofrecen las RRSS, especialmente la interacción que exige el nuevo modelo de consumidor tecnológico, en un dialogo, abierto y constante, Esa interacción es el Engagement, algo que buscan todas las marcas y para ello usan la red.

Y es que vivimos insertos en una nueva globosfera en la que el comportamiento de todos ha cambiado con el uso de la Red. Está demostrado que somos incapaces de estar a menos de un metro y medio de nuestros terminales móviles sin consultarlos, nacen patologías vinculadas al uso excesivo de la red, y es que los celulares que nacieron para sustituir a un teléfono fijo, apenas se usa ya para llamar, y en la actualidad en ellos guardamos no sólo teléfonos, sino fotografías, documentos, y casi toda nuestra

(1) Ver por todo Sanjurjo Rebollo, B.: "Manual de Internet y Redes Sociales: Una mirada legal al nuevo panorama de las comunicaciones en la Red", editorial Dykinson, Madrid 2015.

vida. Además, las conocidas Apps hacen posible multitud de posibilidades, como visionar el interior de nuestro domicilio desde nuestro lugar de vacaciones, componer música o pagar el estacionamiento de nuestro vehículo aparcado en otra ciudad para evitar así la imposición de una multa.

En paralelo los wearables o el Internet de las cosas se adapta e introduce en nuestra ropa o complementos, desde pulseras para controlar el deporte que realizamos o marcarnos las rutinas de ejercicio, a chaquetas que nos abrazan cuando alguien clicla un Like en nuestras publicaciones, y en el ámbito científico los weareables se abren paso en el mundo de la cirugía más avanzada con implantes tecnológicos en nuestro cerebro o en nuestras extremidades para permitir andar a personas parálíticas, poder hablar a personas mudas, como nuevas tecnologías que llenan de esperanzas a investigadores médicos.

3. El comercio transformado por la red

Si todo a nuestro alrededor se ha visto afectado por el uso de la red, desde nuestra vida personal a la laboral, porque si ya conocemos a más personas a través de la red que en una cafetería, y si ya enviamos en nuestros trabajos documentación digitalizada a nuestros compañeros de despacho para no usar el papel, recibimos las órdenes de superiores, solicitamos nuestras vacaciones, o nos despide a través de la Intranet, era lógico que este cambio de nuestro modo de vida se trasladase a la esfera del comercio, y que ahora cada vez los usuarios del comercio electrónico seamos más cada día.

Hacemos a través de Internet los pedidos de alimentación al supermercado, compramos los billetes de avión o entradas de teatro por una aplicación desde nuestro móvil, sin movernos de casa; por ello, en las empresas pronto surgió la necesidad de las empresas de tener presencia activa en la red, porque las nuevas tecnologías ponían sobre la mesa ese gran pastel global llamado ecommerce.

Un mundo abierto 24 horas al día, 365 días al año, sin fronteras, una exigencia de evolución empresarial ante el nuevo modo de vida personal, profesional y comercial, de los consumidores, ahora prosumers, activos en RRSS, que buscan que sus marcas tengan también presencia activa en

las mismas redes, marcas con las que interrelacionarse al mismo nivel tecnológico, que les ofrezcan lo que buscan, sino, simplemente se volverán hacia otra marca que sí se lo ofrezca en la red. Sin duda, un nuevo modelo de ecosistema económico en red.

4. El nuevo ecosistema: marcas y followers

Internet ha cambiado el ecosistema del comercio, el funcionamiento de las empresas, no sólo en el nivel en que se relacionan online con sus empleados, sino también en su política comercial y de marketing, moviéndose en un mundo de marcas online y de usuarios que se reúnen entorno a una marca, son sus seguidores, los followers, expertos en el uso de la red y en la multitud de posibilidades que ésta les ofrece.

Los anuncios en la red demostraron pronto que eran más efectivos para captar posibles compradores presenciales y en red, y que representaban un coste muy inferior de emisión; pero, el cambio no sólo fue en publicidad, porque desde el punto de vista del marketing el enfoque evolucionó rápidamente desde el inicial emailing plano a los games 3D de las marcas.

Los followers son digitales y buscan que sus marcas favoritas vivan en el mismo entorno digital que ellos para comunicarse a idéntico nivel de tecnología e inmediatez. Quieren relacionarse, no sólo comprar, y las RRSS les abre un gran número de posibilidades de interrelación que la empresa ha de aprovechar mediante una adecuada gestión de su presencia activa en Internet y RRSS.

Los primeros pasos de esta evolución llevó a las marcas a una comunicación 1.0 con sus seguidores, un momento en el que las empresas simplemente se trasladaban a la red de una forma plana, como si un anuncio en papel se trasladase a una pantalla digital: Pero los seguidores de las marcas buscaron pronto algo más, querían relacionarse, y llegó el 2.0 donde los followers podían participar en sorteos o concursos organizados por la marca; de igual modo, pronto esa relación resultaba insuficiente y apareció el 3.0 donde seguidores no sólo se relacionan mediante operaciones de comercio online con las marcas, sino que se relacionan con ellos informándoles de temas de su interés, conversando con ellos online en tiempo real en RRSS, y permitiendo que los propios seguidores aporten

sus contenidos, cada vez de mayor calidad, a la página web de la marca. Lo que finalmente fideliza a ese superusuario prosumer.

5. Mailing, geolocalización y gamificación: nuevas armas digitales de la publicidad y el marketing online

Más allá de un anuncio o comercial, los mails surgieron como el sistema sustitutivo del tradicional buzoneo de propaganda que se realizaba en papel y que llegaba a los buzones físicos de nuestros domicilios personales o de empresa. Para que una empresa pueda remitir mails publicitarios o de marketing existe la exigencia legal de que se obtenga el consentimiento previo del destinatario, y de que si se solicitan esas direcciones de correo es preciso que le quede claro a quien aporta su dirección que esos datos se solicitan con una finalidad comercial.

Las técnicas por las que la marca puede obtener esas direcciones de correo electrónico son variadas, la principal es la aportación voluntaria del interesado, por ejemplo, cuando solicita información o se participa en un sorteo, en cuyo caso se incluirá una opción mediante una casilla en blanco que ofrezca la posibilidad de darse de baja de ese servicio en cualquier momento; ya que, están prohibidas las comunicaciones comerciales por mail que no estén autorizadas o no hayan sido solicitadas.

La regulación española de las comunicaciones comerciales y el comercio electrónico nos remite a la Ley 34/2002 (2), de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI); la LOPD, Ley Orgánica 15/1999 (3), de 13 de diciembre; y por el Código de Comercio (4) y por la Ley de Telecomunicaciones de 2014 (5). En base a dicha normativa como señalábamos quedan prohibidas las comunicaciones comerciales por mail (Art. 21 LSSI) no solicitadas o autorizadas. Y se exceptúan, según establece en Art. 21.12 LSSI, los supuestos en que exista una relación contractual previa, y el prestador hubiera obtenido de

(2) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>

(3) <http://www.boe.es/boe/dias/1999/12/14/pdfs/A43088-43099.pdf>

(4) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>

(5) [http://www.boe.es/boe/dias/2014/05/10/pdfs/BOE-A-2014-](http://www.boe.es/boe/dias/2014/05/10/pdfs/BOE-A-2014-4950.pdf)

forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

Si bien, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. Y tratándose de correo electrónico se tratará de una dirección de correo electrónico de la empresa u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

El consentimiento es fundamental y revocable (Art. 22 LSSI); así, el Art. 22 LSSI establece que: "1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección. Al tiempo que deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos".

Pero, desde el inicio del emailing a la actualidad se han producido en paralelo nuevos modos de comunicación comercial que se basan en sistemas de geolocalización o de inmersión en juegos 3D capaces de viralizar en RRSS a la marca.

Casi todos nuestros terminales tienen por defecto activada la geolocalización, lo que permite que las marcas puedan ofrecernos mientras paseamos por una ciudad ofertas o promociones de tiendas, restaurantes, cines, etc. que encontramos a nuestro paso. Pero, otra de las estrategias más empleadas hoy en día en relación al marketing en RRSS es la ramifi-

cación que capta al usuario a través de su participación activa en determinadas campañas publicitarias de la página web de una marca consistentes en un juego que puede ser de inmersión de 180° en 3D.

El usuario que decide participar va a poder realizar diversas acciones que se reflejan en RRSS, lo que acentúa la promoción de la marca. Los participantes juegan y consiguen incentivos y regalos. Estas campañas comerciales jugables son una técnica que ha demostrado su gran viralidad, por comentarios, likes, y publicaciones de los usuarios que interaccionan con la marca y lo comunican a la comunidad de seguidores.

La marca puede proponer otras acciones como realizar comentarios sobre productos, aportar contenidos propios, o simplemente el envío de invitaciones a sus contactos para participar en una concreta promoción o descuento, lo que viraliza la marca de una forma exponencial por la acción de esos followers participantes. Una buena gestión de esa comunidad de usuarios y seguidores puede significar el éxito.

6. Una exigencia necesaria: los community managers

Las RRSS pueden tanto ensalzar una marca, como hacerla caer si existen malos comentarios sobre sus productos, sus servicios, o simplemente si los usuarios no logran relacionarse como esperan en RRSS. Por ello, hoy en día desde personajes públicos, a empresas, profesionales, instituciones u organismos oficiales, se han dado cuenta de que hay que estar en la red, y de que la estrategia de esconder la cabeza bajo la arena ante esta avalancha tecnológica que significan las RRSS, no es una solución aceptable en el mundo digital de la comunicación en el que vivimos, porque aunque no queramos estar en la red, la red puede estar hablando de nosotros y es mejor que si hay algo que decir seamos nosotros mismos los que lo hagamos, y que sepamos cómo hacerlo de la mejor manera posible, con qué estrategias y qué protocolos.

Es en este punto donde surge una exigencia necesaria, la acción de los community managers. Estos profesionales se relacionan con los seguidores de las marcas y posicionan a las empresas en la red del mejor modo

posible mediante adecuadas acciones de SEO (6), creando una buena reputación online, y manteniendo productiva relación con sus followers; un trabajo especializado que deber ser desarrollado estos nuevos profesionales del Community Management, porque sólo ellos son capaces de favorecer el más adecuado conocimiento de nuestra empresa o producto, creando una imagen de confianza y fiabilidad, incrementando en número de nuestros seguidores; y así destacando entre la competencia global que cada vez es más mayor, porque hablamos de Internet y de ese gran contexto global de los contratos online y el *e commerce*.

7. Contratos navegando por la red

Los seguidores de una marca acceden a su página web o se interrelacionan con ella en RRSS por muy diversos motivos, desde buscar un puesto de trabajo, participar en un concurso, leer información interesante, conocer opiniones o aportar comentarios a otros usuarios; pero, la gran mayoría sigue a una marca por adquirir los productos o servicios que ofrece. Esa actividad de seguimiento de marcas se produce cada vez más desde el móvil o la Tablet. Los terminales a los que llegan online noticias de una empresa se diversifican y al tiempo posicionarse cada vez mejor en las principales RRSS como Facebook, Youtube, Twitter o Instagram revierten en beneficios económicos de operaciones comerciales; porque este nuevo contexto digital en red facilita a la marca poder expandir de forma rápida y directa el mensaje del anunciante a través de la actividad viral de los propios usuarios que navegan como expertos, superusuarios de redes, nuevos consumidores prosumers, inteligentes y activos en redes, el nuevo target de la publicidad online, y con ello, el nuevo sujeto del contrato electrónico.

En el Anexo de la LSSI, en el apartado h) se define dicho contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico, como todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones. Y se considera el momento de la perfección

(6) http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/marketing_de_despachos/Claves-mejorar-Posicionamiento-despacho-virtual_11_930805001.html

del contrato aquel en el que la aceptación del destinatario llega al sistema de información empleado por el oferente, de forma que sea almacenado en él y sea accesible por éste último, estableciéndose que el oferente está obligado a comunicar la recepción de la aceptación (Art. 28 LSSI).

Es una exigencia legal que esa contratación se ajuste a lo dispuesto en el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y demás normas civiles y mercantiles sobre contratos (Art. 23 LSSI). Surgiendo de este modo de contratación la factura electrónica (7), documento con efectos fiscales que puede equipararse a la factura de papel, si bien es necesario un sistema de facturación telemática (SFT) autorizado por la Administración Tributaria. Un sistema que se crea con el fin de responder a los principios de integridad de los datos, el control de la Administración, la eficacia en la prestación y el otorgamiento a la factura electrónica del carácter de justificante. Exigencias básicas que han de cumplir todos y cada uno de los contratos que cada vez con más frecuencia suscribimos navegando por la red.

8. Tiendas *on line* como modelo de nuevo emprendimiento en una economía en crisis

Con la profusión del *ecommerce*, no sólo las grandes marcas han encontrado su lugar online, sino que muchos emprendedores han visto en la red una oportunidad de negocio, especialmente en un momento de economía en crisis. Poder conectar 365 días al año, 24 horas al día, con potenciales consumidores que valoran a emprendedores que se lanzan a la red ha favorecido que no sea necesario ser ya una gran empresa para poder desarrollar una buena política comercial online y constituir una tienda

(7) Art. 88 de la Ley 37/1988, del Impuesto sobre el Valor Añadido: “Primeramente. Conceptos y definiciones. Uno. Factura electrónica. Se entiende por factura electrónica un junto de registros lógicos, almacenados en soportes susceptibles de ser leídos por equipos electrónicos de procesamiento de datos, que documentan las operaciones empresariales o profesionales, con los requisitos exigidos en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre. En las líneas de las facturas electrónicas, que en todo caso deberán respetar los mencionados requisitos, podrán sustituirse las descripciones de bienes o servicios que constituyan el objeto de las operaciones facturadas por sus correspondientes códigos estables”.

online que ofrezca beneficios a cambio de una pequeña inversión inicial es cada vez más frecuente.

Chris Anderson autor de la teoría de Long Tail (8) explica que hay que vender menos, pero de más cosas, es decir, su teoría se basa en que productos con poca demanda por parte de los usuarios puede crear un gran mercado en el mundo online. Amazon es un gran ejemplo de esta teoría que piensa en este nuevo sistema de distribución que crea la Red, donde la oferta online supera la tradicional y no se precisa de una gran infraestructura de almacenes físicos, ni otros gastos afines, porque se trabaja con una página web y respondiendo a pedidos, sin necesidad de stocks, ni de un local físico en el que instalarse.

Pequeños empresarios y emprendedores autónomos se han lanzado a esta aventura, muchas veces apoyados por empresas que facilitan la puesta en marcha y la gestión de las tiendas online por un coste económico cada vez más accesible, con más seguridad y confianza, incluso ofreciendo seguros sistemas de pago unidos a nuestras páginas webs. Una nueva oportunidad de negocio que florece.

9. Seguridad en el pago *online* o el miedo a los piratas

El comercio en la red ha generado el miedo a la captura de los datos bancarios cuando los compradores de un bien o servicio introducen en la red sus datos para realizar compras online, la existencia de piratas en la red es un peligro existente, pero la evolución de la seguridad en los medios de pago online ha ido in crescendo, al tiempo que para el peor de los casos, ha surgido la posibilidad de contratar seguros con empresas que cubren posibles perjuicios producidos por el uso ilegal de datos bancarios o tarjetas de crédito en compras online.

El sistema de pago online es cada vez más sencillo y seguro, cuando un cliente efectúa una compra online, tras confirmar su pedido y proceder a su pago, la aplicación le lleva hasta la web de la entidad bancaria o bien fija un sistema de conexión en la página para el pago por tarjeta. El proceso es un mero trámite online en el que tras rellenar el formulario que

(8) El libro de Chris Anderson *The Long Tail: Why the Future of Business is Selling Less of More* es del editorial Paper Back, año 2008.

solicita los números de la tarjeta, estos se envían al servidor del banco, donde se realizan las comprobaciones oportunas de disponibilidad de saldo y contraseñas, se produce el cobro, momento en que se comunica online si el pago se efectuado correctamente o no. Un sistema cada vez más seguro que facilita las transacciones comerciales en la red a millones de consumidores cada día.

10. Consumidores y usuarios en la red cada vez más protegidos

Uno de los principios básicos de la normativa reguladora de los consumidores y usuarios es que todo aquello que dice la publicidad sobre un producto será exigible al vendedor; pues, ha generado la credibilidad suficiente con ese anuncio como para provocar la venta de ese producto con las características anunciadas, que han sido en realidad las que motivan su adquisición, y no otras.

Y es que el consumidor como eslabón débil de la cadena comercial precisa de una protección legal fuerte, máxime cuando nos movemos en la red, donde las empresas pueden ser de otros países, realizarse desde una plataforma de otro estado, e incluso adquirirse en contratos redactados en idioma extranjero, sin saber muy bien el comprador cuál puede ser el verdadero sentido de la denominada “letra pequeña”.

La compraventa online tiene un peligro añadido, la mala costumbre de señalar que hemos leído la política comercial de cada página, sin leerla, vinculándonos jurídicamente en ocasiones a condiciones comerciales que en realidad desconocemos y que pueden sernos perjudiciales.

En España con la finalidad de reforzar al máximo la seguridad jurídica en el comercio online la Ley 3/2014 (9), de 27 de marzo, modificó con su publicación en el BOE el 28 de marzo, el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/58/UE (10), relativa a los Derechos de los Consumidores en estas contrataciones. Una normativa que considera a los contratos online como contratos a distancia al no estar ambas partes presentes físicamente en el mismo lugar, motivo por el que

(9) http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-3329

(10) <http://www.boe.es/doue/2011/122/L00071-00075.pdf>

el consumidor tiene que estar perfectamente instruido de una forma clara y comprensible de toda la información relevante y veraz del contrato, de todos sus términos, pudiendo solicitar una copia escrita del mismo.

De igual modo, deberá conocer datos sobre el comerciante, el producto o el servicio, el precio final, los sistemas de pago disponibles y los impuestos aplicables si existen en ese caso. Máxima transparencia.

Una vez realizada la contratación la empresa debe confirmar la recepción de la aceptación (Art. 28 LSSI (11)), salvo que ambos contratantes acuerden que no será necesario, o se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de mails o equivalente. En compras por Internet se impone la obligación de informar al consumidor claramente de cuándo se concluye la compra.

La información del comerciante al consumidor es obligatoria, ha de informar sobre precio, pago, garantías y cargos encubiertos (Ley de Telecomunicaciones, Ley 9/2014 (12), de 9 de mayo, y que han afectado a la LSSI (13), señalado incluso que las tasas por uso de un medio de pago no podrán repercutirse a los consumidores cuando el coste de su uso supere el coste que asume ese comerciante por usar dicho medio de pago; ya que, cualquier pago adicional exigirá ser expresamente aceptado por el consumidor y deberá ser comunicado de forma comprensible y clara. Prohibiéndose casillas preseleccionadas y exigiéndose un consentimiento expreso y final, justo antes de que se realice la transacción del pago.

En todo caso, la confirmación del contrato ha de recibirse por el consumidor en un soporte duradero (Art. 3.3 (14) RD 1906/99 sobre contratación telefónica y electrónica), recibiendo o imprimiendo la documentación del contrato y las condiciones generales de contratación.

(11) http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l34-2002.t2.html#a28

(12) <http://www.boe.es/boe/dias/2014/05/10/pdfs/BOE-A-2014-4950.pdf>

(13) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>

(14) [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd 1906-1999.html#a3](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd%201906-1999.html#a3)

En cuanto a costes de devoluciones, si éstos existen deberán indicarse de forma expresa, y aclarar si corren por cuenta del consumidor. Y si se enviase algo no solicitado ello no puede significar un coste adicional, y el consumidor no tiene que realizar pago alguno por ello ni por la devolución de lo recibido.

El plazo de entrega máximo en ventas online es de 30 días, salvo que consumidor y vendedor hayan fijado otro plazo. Y en cuanto al derecho de resolución, dado que en este tipo de ventas por Internet no puede verse lo que se compra hasta que no se recibe, el contrato conlleva un derecho de desistimiento del comprador de 14 días hábiles a partir de la recepción. Y en caso de que el comerciante no hubiera informado al consumidor de que tiene ese derecho, el plazo de desistimiento queda ampliado de forma automática a 12 meses. El comerciante tiene también la obligación de incorporar un formulario para que el consumidor pueda ejercer dicho desistimiento.

11. El 4.0 hacía el que nos dirigimos

Que la digitalización ha llegado a nuestras vidas es un hecho constatado. A nuestro alrededor giran conceptos como Big Data, Wearables, Cloud, Ciberseguridad, Inteligencia Artificial, Robótica, Impresión 3D, y otros muchos que nos rodean y abren paso a un mundo 4.0 al que nos dirigimos y que afectará al comercio electrónico mejorando los procesos de producción, interrelación, publicidad, marketing y comercio electrónico mediante la interconexión de todos los avances existentes con el fin de procurar su actuación conjunta, lo que traerá consigo un millón de posibilidades tecnológicas en el horizonte que revolucionarán nuestro actual concepto de *ecommerce*.

En breve solicitaremos a nuestro smartwatch con la voz el producto que queremos adquirir y la empresa se pondrá en contacto con nuestra casa domótica para gestionar la entrega en el mejor horario basándose en nuestras preferencias, simplemente porque con el 4.0 caminamos hacia la optimización de todos los procesos digitales.

Estamos cada vez más interconectados a través de la red, lo que generará una mayor individualización de todos los procesos que resultarán más flexibles, más individualizados. Las marcas adaptarán sus productos

a las peticiones específicas de cada follower, y ello exigirá gestionar cada vez mayor cantidad de datos, convirtiendo al Big Data un elemento esencial porque lo importante no será tener multitud de información o datos a través de las RRSS, sino saber cómo analizarlos y utilizarlos.

Un mundo a la medida de cada consumidor, ese prosumer más experto, inteligente, que no espera un anuncio para conocer una marca, sino que navega por la red en busca exactamente de lo que quiere, que sabe comparar, que es avisado y que domina esta nueva galaxia de interconexión que tiene disponible en su terminal de última generación, al alcance de su mano, y que vive, sin fronteras territoriales o temporales, constantemente conectado.

Es en este momento, con Mark Zuckerberg, creador de Facebook, luchando porque Internet llegue a cualquier lugar del planeta, con el 4.0 en nuestra puerta, es cuando una parte de mí pensamiento vuelve a esa historia de Barbarroja que contaba la guía turística, de los fenicios, y veo ese comercio a pie de puerto, en esas pequeñas embarcaciones de nuestros puertos, y me pregunto si sabríamos volver a vivir sin Internet; para resolver la respuesta a esa pregunta, me trasladé de verdad a ese puerto, a esa costa de la visita turística, y esperando la llegada de los primeros pescadores a las 6 de la mañana, viéndoles sacar el pescado de sus botes, en un amanecer lleno de belleza plástica, algo sonó, y uno de los pescadores paró de trabajar sacando de su bolsillo su teléfonos móvil. En ese momento, al menos yo, obtuve mi respuesta.

Parece que como decía Paul Samuelson “*Internet es la continuación de la historia, antes hecha por los ferrocarriles o los automóviles*”, y que lo que tenemos ante nuestros ojos es un momento histórico único. Un presente lleno de posibilidades, un punto de inflexión de la Historia de la comunicación, el comercio y las nuevas tecnologías; un cambio que ni los más optimistas gurús de las comunicaciones llegaron a imaginar jamás. Un cambio que tenemos la suerte de vivir en primera persona, como protagonistas de excepción, porque el futuro... es hoy.



FINALIDAD Y FINANCIAMIENTO DE LAS ACADEMIAS

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el contexto venezolano

Eugenio Hernández-Bretón *

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue creada por Ley del entonces Congreso Nacional de fecha 16 de junio de 1915. Su creación había sido anticipada por el entonces Ministro de Instrucción Pública en su rendición de cuentas presentada en abril de 1912. Para esas fechas regentaba el poder absoluto en Venezuela el general Juan Vicente Gómez desde diciembre de 1909.

Previamente a la creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales existían en Venezuela la Academia Venezolana de la Lengua (1883), la Academia Nacional de la Historia (1888) y la Academia Nacional de Medicina (1904). De tal manera, fue la primera academia nacional creada durante la dictadura que duraría hasta 1935. En 1917 se creó la Academia de Ciencias Físicas, Matemáticas y Naturales. Es de notar, sin embargo, que la creación de academias nacionales ya estuvo prevista en el Código de Instrucción Pública de 20 de junio de 1843, “para continuación de algunos estudios por método de asociación, y para el buen orden en el ejercicio de algunas profesiones” (Art. 1.5). También resulta oportuno mencionar que los más remotos orígenes venezolanos de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se remontan a 1790 con la creación en Caracas de la Academia de Derecho Público y Español, con otros antecedentes importantes en la Sección de Ciencias Políticas de la llamada Aca-

* Presidente de la Academia de Derecho de Venezuela.

demia de Emulación prevista en los Estatutos Republicanos de la Universidad de Caracas de 1827 y en la Academia de Jurisprudencia de Caracas en 1843.

El proyecto de Ley de creación de la actual Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue presentado al inicio de las actividades del Congreso Nacional en abril de 1915 y fue prontamente discutido y aprobado el mes siguiente. El 10 de junio se presentó al Presidente Provisional de la República quien le impuso el "Ejecútese" el 16 de junio de ese mismo año. El proyecto original llevó el título de Ley que crea la Academia de Jurisprudencia y de Ciencias Sociales, pero durante las discusiones el senador José Gil Fortoul, quien en su cargo de Ministro de Instrucción Pública había anunciado la creación de la Academia en 1912, propuso la denominación de Academia de Ciencias Políticas y Sociales, para así seguir, en su primera parte, la denominación que en aquel tiempo se daba a las Facultades donde se enseñaba Derecho en Venezuela.

La adición, en la denominación de la Academia propuesta, del calificativo "Sociales" resulta llamativa, dada la inexistencia de una Facultad de Ciencias Sociales en las universidades venezolanas de principios de siglo XX. La justificación debe hallarse en la relevancia alcanzada, en particular, por el estudio de la Sociología a partir de la segunda mitad del siglo XIX y la recepción de las ideas del Positivismo europeo, primero a través del educador y sociólogo alemán Adolfo Ernst y luego por sus seguidores, especialmente el Dr. Rafael Villavicencio, quien como profesor y Rector promovió la creación de varias cátedras en esas materias en la Universidad Central de Venezuela. Esta fuerte corriente científica llevó incluso a la creación en Caracas del Instituto Venezolano de Ciencias Sociales hacia 1867. El ya mencionado Gil Fortoul, como discípulo de Ernst y Villavicencio, junto con otros se hizo eco de tales planteamientos, y a falta de mayor afinidad con otras disciplinas formales universitarias, juntaron las Ciencias Políticas a las Sociales.

La Ley de creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales consta de trece artículos. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene el carácter de una corporación de carácter científico, además de ser una institución oficial y de utilidad pública (artículos 1, encabezamiento,

y 12 de la Ley). Tiene sede en la ciudad de Caracas, aunque en un principio no tuvo asiento fijo, y desde hace más de setenta años funciona en el edificio llamado Palacio de las Academias, un edificio colonial que data del siglo XVII, ubicado entre las esquinas de la Bolsa y San Francisco, en lo que hasta principio de los años 1950 sirvió de campus de la Universidad Central de Venezuela. Inicialmente fue integrada por treinta individuos de número que fueron nombrados la primera vez por el Presidente de la República y, en lo sucesivo, para llenar las vacantes que ocurrieran, por la propia Academia, según lo que prescriban sus Estatutos.

En un principio, como se indicó, al proyectado instituto se le dio el nombre de Academia de Jurisprudencia y de Ciencias Sociales; y se exigía a los candidatos a integrarla que fuesen, exclusivamente, abogados o Doctores en Ciencias Políticas. Esto fue severamente criticado por el senador Gil Fortoul, quien era el Presidente del Senado en ese momento, destacando particularmente que “Ciencias Sociales es un calificativo que comprende mucho más que Ciencias Políticas, como que éstas se pueden considerar parte de aquéllas; y además, si únicamente los abogados y doctores en Ciencias Políticas fueran a ingresar en la futura Academia, dejaríamos fuera de ella a muchos hombres que, sin poseer esos títulos especiales, gozan de fama nacional, por sus obras, en cuestiones sociales”.

Esto llevó a que, luego de estudiada la moción por una Comisión designada al efecto, se reformulase el Parágrafo Único del Artículo 1º de la Ley que pasó entonces a disponer que la elección de los académicos se hiciera “entre Abogados o Doctores en Ciencias Políticas o sabios venezolanos que reúnan las condiciones siguientes: Haber escrito alguna obra, bien reputada generalmente, sobre Ciencias Políticas y Sociales, o haber desempeñado por más de cuatro años en alguna de la Universidades de la República o en cualquier plantel autorizado para ello, alguna cátedra sobre tales materias, o haber sido codificador o miembro revisor de las Comisiones de Códigos creadas por el Gobierno Nacional, y poseer reconocida e incontestable competencia en el dominio de las Ciencias Políticas.” Adicionalmente, para ser admitido como miembro activo, se exigía la nacionalidad venezolana y estar domiciliado en la capital de la República, entre otros (Artículo 5º).

La designación de los treinta individuos de número fundadores se efectuó mediante resolución ejecutiva fechada el 19 de diciembre de 1916, es decir, casi un año y medio después de promulgada la Ley de creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. La revisión de la nómina contenida en la resolución ejecutiva permite afirmar la íntima vinculación entre el régimen de turno y los académicos fundadores. Comenzando por el Dr. Gil Fortoul, varias veces mencionado, quien no solo ocupó los cargos ya señalados, sino que fungió como Presidente provisional de la República en 1914, es de mencionar al Dr. Pedro Manuel Arcaya, Ministro de Relaciones Interiores, Procurador General de la República, Magistrado del máximo Tribunal y Embajador ante los Estados Unidos de América, al Dr. Carlos Jiménez Rebolledo, Ministro de Guerra y Marina, al Dr. Esteban Gil Borges y al Dr. Pedro Itriago Chacín, quienes serían Ministros de Relaciones Exteriores bajo el régimen gomecista, a los doctores Emilio Constantino Guerrero, Pedro Hermoso Tellería, Francisco Gerardo Yanes, Juan Francisco Bustillos, Juvenal Anzola, Juan de Dios Méndez y Mendoza, Pedro Miguel Reyes, Arminio Borjas, Jesús Rojas Fernández y Carlos Alberto Urbaneja, quienes se desempeñaron como magistrados de la Corte Federal y de Casación. El Dr. Alejandro Urbaneja fue magistrado de dicho Tribunal y Procurador General de la República. El Dr. Carlos F. Grisanti fue además de Presidente de la referida Corte Federal y de Casación, Presidente del Senado y Embajador en Washington y en Roma. El Dr. Guillermo Tell Villegas Pulido fue Procurador General de la República. Un dato curioso es que al fallecer el académico fundador Dr. Carlos Alberto Urbaneja en agosto de 1917, para ocupar su sillón fue electo por unanimidad el Dr. Victorino Márquez Bustillos, entonces Presidente provisional de la República y a quien le había correspondido promulgar la Ley de creación de nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

De todos los antes mencionados sin duda alguna que los más prominentes fueron Arcaya y Gil Fortoul, cuya capacidad científica está más allá de duda alguna, pero son ellos dos los más identificados con la causa gomecista. Y esto también está fuera de discusión posible. Ambos fueron activos colaboradores del régimen dictatorial, al punto de que luego de fallecer el general Gómez, fue Arcaya quien asumió el papel de defensor a ultranza del régimen, tanto en Venezuela como en el extranjero. Es de

recordar que, al instalarse la Academia, el 19 de marzo de 1917, el Dr. Arcaya fue electo Presidente de la nueva Academia.

La Ley de creación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales fue modificada parcialmente mediante Ley de 30 de junio de 1924. Esta es la Ley actualmente vigente. Las modificaciones de 1924 estuvieron dirigidas a aumentar a treinta y cinco el número de académicos y, especialmente, a eliminar el cargo de Secretario Perpetuo. Esto último fue en anticipación a una decisión de la Sala Política y Administrativa de la Corte Federal y de Casación, firmada por dos individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y con el voto disidente de otro individuo de número de esa Academia, ante una demanda presentada por el Procurador General de la República, otro miembro de la misma Academia, "cumpliendo instrucciones del Ejecutivo Federal, comunicadas por el Ministro de Instrucción Pública", dictada el 22 de septiembre de ese mismo año mediante la cual, entre otras cosas, se declaró inconstitucional tal cargo establecido en la Ley que creó la Academia Nacional de Medicina, "porque la duración indefinida en el ejercicio del cargo constituye un privilegio y destruye la alternabilidad, y crea desigualdades que lesionan la posesión de los mismos derechos que deben tener constitucionalmente los venezolanos". Ese cargo lo ocupaba el eminente médico Dr. Luis Razetti, quien, a pesar de su expresa simpatía por el régimen, había caído en desgracia frente al dictador.

Además de lo anterior, la modificación de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales tomó la precaución de incorporar a los académicos electos para suceder a cuatro de los fundadores fallecidos desde la instalación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, sin necesidad de cumplir con el deber legal de presentar un trabajo de incorporación. Los cinco nuevos académicos fueron electos por la propia Academia, entre ellos algunos de los más destacados juristas de la época, pero también personajes muy cercanos al régimen como Laureano Vallenilla Lanz, uno de los intelectuales más serviles al dictador, y un sacerdote, monseñor Dr. Nicolás Eugenio Navarro.

Las tareas que ocuparon los primeros tiempos de funcionamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales fueron las propias de todo

nuevo ente, a saber, su instalación, la elaboración de sus Estatutos, la elección de su junta directiva, animar certámenes y premios de investigación, promover conferencias y discusiones científicas, elegir miembros correspondientes nacionales y extranjeros, acuerdos de duelo, celebrar reuniones con periodicidad. Lo usual en estos casos.

Al fallecer el general Gómez en diciembre de 1935, no hubo acuerdo de duelo. En sesión de 31 de marzo de 1936 se dejó constancia de que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, decretó la creación de una Revista trimestral que sirva de órgano de publicidad a la Academia. Tal publicación, en palabras del Presidente de la República, está llamada "a prestar, en la hora presente, valiosos servicios a la cultura nacional, por medio del sereno y metódico estudio de nuestros problemas políticos y sociales". Valga recordar que la publicación de estudios sobre puntos determinados "en el órgano oficial de la Corporación" ya estuvo prevista en la Ley de creación de nuestra Academia (Artículo 3.2). Esa Revista, bajo el título de Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales continúa circulando, superando las ciento cincuenta ediciones.

Ocasionalmente la Academia de Ciencias Políticas y Sociales expresó su opinión en cuanto a proyectos de leyes o de códigos o redactó proyectos de legislación. El Ejecutivo Nacional pocas veces acudió a la Academia para que esta última desarrollara su actividad consultiva en las materias de su especialidad. La Academia se ocupó, además, de formar su biblioteca, establecer algunas relaciones con las academias similares en el mundo y de informar acerca de sus gestiones al Ministro de Instrucción Pública, luego de Educación Nacional, posteriormente Ministro de Educación y hoy Ministro del Poder Popular para la Educación.

La muerte del general Gómez trajo consigo que los más conspicuos de los funcionarios del régimen tuvieran que ausentarse del país, y entre ellos algunos de los académicos. La Academia no opinó al respecto, prefirió ver los necesarios cambios sin ánimo protagónico. El año de 1936 ha sido considerado en Venezuela el año en que Venezuela llegó al siglo XX. En ese año 1936 fallecieron dos académicos fundadores, de reconocida participación durante el régimen gomecista, los Dres. Pedro Itriago Chacín y Manuel Alfredo Vargas. Para cubrir la vacante del primero fue electo el Dr. Carlos Álamo Ibarra, destacado internacionalista y para el segundo

fue electo el Dr. Félix Montes. Este último había tenido la mala fortuna de haber sido propuesto como candidato a Presidente de la República para el período 1914-1919 por un aguerrido periodista opositor, Rafael Arévalo González, cuando en ese momento el general Gómez esperaba ser electo por aclamación. Efectivamente, Gómez fue electo Presidente, el periodista fue encarcelado y Montes estuvo exiliado hasta 1936. Su prolongada ausencia de la ciudad capital de Venezuela y la sorpresa de su candidatura para académico hicieron que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales dudara al inicio acerca de si el Dr. Montes satisfacía los requisitos para ser académico, pero en definitiva lo eligió por unanimidad de los pocos presentes. Su elección marcó un claro distanciamiento entre la Academia y sus orígenes gomecistas.

Los años siguientes, sin embargo, no marcaron un cambio significativo respecto de lo emprendido en los años pasados. En 1945 se produjo la elección como académico de un nuevo dirigente político, también destacado jurista. Se trató del Dr. Rafael Caldera, quien además de ser detenido alguna vez por fuerzas del Estado, sufrió algún atentado físico. Pero la Academia guardó silencio al respecto. Al ser electo Caldera Presidente de la República en 1968, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales le extendió un acuerdo de felicitación. También uno de sus miembros, el Dr. Arturo Uslar Pietri fue candidato presidencial en alguna oportunidad, aunque sin lograr el triunfo electoral.

Los cambios políticos acontecidos desde 1945 y hasta 1958 no trajeron alteraciones a los trabajos de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. En esos años se marcó una apertura hacia académicos que ocuparon importantes posiciones en los diferentes gobiernos del momento e incluso frente a juristas que sufrieron el terror de las cárceles gomecistas. Es digno de mencionar que, en la sesión del 16 de diciembre de 1957, a unas cinco semanas de que se produjera el derrocamiento del dictador Pérez Jiménez, fue electo por unanimidad el Dr. Darío Parra, para esa fecha Ministro de Educación. En 1954 había sido electo individuo de número de la Academia el Dr. José Loreto Arismendi, hijo, en ese momento Ministro de Educación.

Fue a partir de 1980 que la Academia de Ciencias Políticas comenzó a desarrollar una actividad más próxima a la realidad del país y a asumir

una suerte de competencia consultiva espontánea y no esperar requerimientos oficiales que no llegaban. Una buena parte de las opiniones de la Academia de Ciencias políticas se han reunido en un volumen intitulado "Doctrina Académica Institucional. Pronunciamientos (1980-2012)". Estamos seguros de que le seguirán otros volúmenes más.

Al instalarse la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en 1917, dijo Gil Fortoul en su discurso que ella "nace al amparo de un propósito útil y patriótico". Y ello, reconoció Gil Fortoul, a pesar de que "el mundo moderno suele mirar con alguna hostilidad y aún con cierta ironía la creación de Academias. Como si éstas hubieran de ser, hasta por definición, solamente reunión de señores graves, solemnes, adustos, ancianos, siempre vestidos de negro, y sobre el negro vestido no más nota de soberbia, de petulancia o de escándalo, que los matices desleídos de alguna condecoración multicolor o los pétalos palidescientes de alguna flor que se marchita. No". Esta ha sido consigna que hemos aplicado en los tiempos más recientes.

Hace aproximadamente un año y medio, el Diario *El Impulso* de Barquisimeto se hizo eco de unas declaraciones de un profesor de la Universidad Central de Venezuela, quien manifestaba con indignación: "Ejercer el derecho en Venezuela de forma independiente requiere un alto grado de valentía". Esas declaraciones tuvieron su origen con ocasión de las acciones de persecución penal que se han venido ejecutando en los últimos años en el país contra abogados que han sido detenidos y acusados por los mismos delitos por los que son señalados sus clientes.

El entrevistado profesor declaraba en el marco de un foro en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y expresaba: "La fe en el Derecho, la Ley y la justicia en estos tiempos que nos ha tocado vivir exigen coraje, valentía y un desprecio absoluto por la cobardía. Enfrentar como un individuo minúsculo a un Estado que despliega con toda atrocidad su poder, no puede sino exigirle al abogado que se levanta contra él una inmensa valentía".

Resulta indignante para los abogados venezolanos que algunos colegas hayan sido llamados "traidores a la Patria", con nombre y apellido, abiertamente y en cadena nacional por parte de altos funcionarios del gobierno. Se han allanado oficinas de abogados invocando inspecciones

para verificar cumplimiento de deberes tributarios y de otra naturaleza. Se ha intimidado el ejercicio de la profesión de abogado. La Academia de Ciencias Políticas y Sociales levantó su voz contra estos atropellos, como también lo hizo contra los atropellos que conciernen a la organización gremial de los abogados y al desempeño de la función judicial.

El Colegio de Abogados de Caracas ha sido víctima de esos ataques. Ha estado intervenido judicialmente desde febrero de 2008 mediante una decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Pero como dijo un profesor de Derecho que comentó la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, “¿A quién le importa el Colegio de Abogados de Caracas?” Así que en Caracas tenemos un Colegio de Abogados que poco o nada puede hacer.

Durante los últimos años, los colegios de abogados y las asociaciones de abogados se han visto afectados en sus funciones por una serie de decisiones judiciales que han tenido que ver con la elección de sus autoridades. Las elecciones de miembros de la Junta Directiva, Tribunal Disciplinario y demás autoridades y órganos de la Federación Colegios de Abogados de Venezuela y del Instituto de Previsión Social del Abogado (Inpreabogado) también han sido afectadas por decisiones judiciales.

En un artículo publicado bajo el título Retos de la enseñanza del Derecho en la Venezuela Actual, su autora, una destacada profesora venezolana, expresa: “En Venezuela, hoy en día, enseñar Derecho representa un reto adicional al de las demás carreras. Cada día es más claro que el Derecho ya no es un medio para alcanzar la justicia, ni un límite al poder del Estado frente a la libertad del individuo, sino que está destinado a cumplir los fines de la “justicia revolucionaria” sin atender a las formalidades jurídicas, lo cual introduce la paradoja de un orden normativo personalizado, circunstancial y transitorio, que ha dejado los escenarios de la certeza jurídica”.

Este aserto, según lo demuestra la autora del artículo citado, tiene plena fundamentación en las declaraciones públicas hechas por los más altos representantes del Poder Judicial venezolano. En el acto de apertura del año judicial 2011, la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia afirmó: “las leyes en nuestro país a raíz de la promulgación de la Consti-

tución de la República Bolivariana de Venezuela responden a un fin ideológico claramente establecido". Esa ideología, en palabras de otro magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, no es otra que "la construcción del Socialismo Bolivariano y Democrático".

Como universitario me niego a permitir la claudicación de la universidad. Es sabida la deficiencia presupuestaria de las universidades venezolanas, especialmente en lo que respecta a los recursos para actividades de investigación e innovación. Hace unos años fue dictada la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación que preveía los aportes del sector privado directamente dirigidos a financiar proyectos de tal naturaleza. Hoy en día ese mecanismo se ha visto truncado para dirigir los aportes al Estado a fin de que este decida el destino de los aportes. Sería muy deseable regresar al modelo original de la Ley y permitir nuevamente los aportes directos del sector privado a las universidades.

Todas las sociedades que, como la Venezuela reciente, han sufrido el drama de la emigración de sus gentes, han tenido que padecer también el drenaje de cerebros, de su gente preparada y con experiencia, hacia destinos que temporalmente ofrecen mejores alternativas de vida, aun a costa del sacrificio de la familia y de la identidad nacional. Tamaña pérdida nacional debe remediarse de inmediato, debe iniciarse un programa de recuperación de "cerebros emigrados" para reinsertarlos en las actividades científicas y profesionales del país.

Cada una de las disposiciones de la Constitución impone un plan de trabajo a las autoridades nacionales. En particular, el Poder Legislativo Nacional tiene muchas responsabilidades para hacer efectivas las disposiciones constitucionales.

La reconstrucción institucional del país, que si es necesaria y que si es una exigencia de los venezolanos, supone revisar la legislación y tomar correctivos importantes.

El sistema de justicia venezolano se ha venido desarticulando y descomponiendo aún más en los últimos tiempos por la acción conjunta de todos los poderes públicos. El Legislativo con sus leyes desacertadas, el Ejecutivo al manipularlos, y el propio Poder Judicial, en particular, a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al querer

modificar con sus interpretaciones no solo la legislación ordinaria, sino la propia Constitución.

Ya la Academia de Ciencias Políticas y Sociales se ha pronunciado varias veces acerca de estos graves asuntos y de muchos más que por espacio no cubrimos en detalle. La Academia alzó su voz no solo cuando mediante una cadena interminable de expropiaciones prácticamente se destruyó el aparato productivo nacional y se quiso desaparecer el más básico y esencial derecho de propiedad privada. Las expropiaciones en Venezuela son un flagelo perjudicial a la economía nacional. Por ello la Academia no pudo sino reclamar ante las expropiaciones de bienes singulares como sanción a posibles faltas o delitos.

Reclamó también la creación de delitos y la modificación del proceso penal por vía de decretos ejecutivos dictados en ejecución de leyes habilitantes; reclamó ante el desconocimiento del Estado de Derecho y la violación de derechos fundamentales en nuestro país; expresó su criterio ante la desinstitucionalización del Sistema de Justicia producido por la Ley Orgánica del Sistema de Justicia de 2009, se quejó del Oficio de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia que prohibió o limitó la práctica de medidas cautelares y ejecutivas en materia de inmuebles destinados a vivienda o habitación. Alzó su voz cuando los tribunales venezolanos decidieron no acatar las decisiones del Sistema Interamericano de Justicia y cuando Venezuela se retiró de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se volvió a quejar ante el discurso de apertura del año judicial 2012, en el que el Tribunal Supremo de Justicia renunció a ser un tribunal. Junto con otras academias nacionales, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales rechazó la decisión del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional que afectó la autonomía universitaria al darle la Sala el espaldarazo a las políticas que las oficinas gubernamentales adelantaban en contra de la autonomía universitaria, ordenándole a las universidades nacionales admitir la totalidad de los nuevos alumnos postulados. Esta es la verdadera razón de un paro universitario durante el año 2016, junto con el legítimo reclamo de una digna compensación por la labor docente y de investigación de los docentes universitarios. La Academia se volvió a quejar aun antes de consumarse el irregular proceso de elección de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en diciembre de 2015. El 27 de enero de este año 2016 comparecimos ante la Comisión

Especial de la Asamblea Nacional que averigua esta irregular elección y consignamos informe por escrito. Nos opusimos a la reforma del Código de Procedimiento Civil y junto a las demás academias nacionales nos pusimos a la orden de Venezuela y de la nueva legislatura de la Asamblea Nacional con ocasión de los resultados de las elecciones del 6 de diciembre. El 25 de febrero de este año emitimos un nuevo pronunciamiento expresando nuestra opinión respecto de la sentencia de la Sala Constitucional de 11 de febrero del año en curso, respecto del control político del Decreto Ejecutivo de Emergencia Económica, mediante la cual se reescriben nuevamente las claras reglas constitucionales. El 30 de mayo de 2016 expresamos nuestra opinión acerca de la inconstitucionalidad del Decreto 2323 mediante el cual, en evidente fraude a la Constitución, se dicta un Estado de Excepción y de Emergencia Económica. El 6 de julio hicimos público nuestro parecer acerca de la vejación sufrida por un grupo de seminaristas en la ciudad de Mérida, que fueron desnudados y obligados a correr por las calles de la ciudad sin que la autoridad tomara medida alguna. El 11 de julio criticamos severamente la Sentencia N° 473 de 14 de junio de 2016, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que le niega legitimidad a la Asamblea Nacional para actuar en los procesos judiciales en los que es parte y el 13 del mismo mes, junto con las demás academias nacionales exigimos el respeto de las instituciones electorales. Y seguiremos opinando tanto como sea necesario para contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en nuestro país.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales también se ha solidarizado con uno de sus más consecuentes miembros, probablemente el más distinguido de los científicos contemporáneos del Derecho Público de habla hispana, el Dr. Allan-Randolph Brewer Carías, exiliado desde hace casi diez años con motivo de una atroz persecución política.

La existencia misma de las academias nacionales ha estado seriamente amenazada durante los últimos años. Hace unos años circularon noticias acerca de un proyecto de Ley de supresión de las academias nacionales y de su sustitución por una suerte de Instituto de las Ciencias, al estilo soviético. Los actuales académicos serían desincorporados y en su lugar (o además de ellos) el Ejecutivo Nacional designaría los nuevos o los adicionales académicos. No conocemos quién o qué determinó que el proyecto no avanzara en una Asamblea Nacional en la que el régimen de

turno contaba con amplia mayoría. También se ha mencionado que se piensa desalojar a las academias nacionales de su sede actual, el Palacio de las Academias; sede a la cual tienen derecho legítimo e incontestable derivado de los títulos de la Universidad Central de Venezuela.

El 23 de octubre de 2007 la Sala Constitucional anuló disposiciones de la Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y de su Reglamento. Eliminó la distinción entre individuos de número y miembros correspondientes nacionales, al considerar injustificable que los primeros solo pudieran ser los residenciados en Caracas, y también eliminó la exigencia de que las postulaciones solo pudieran ser efectuadas por individuos de número. Valga decir que la asistencia de los individuos de número no residenciados en Caracas a las sesiones de la Academia es muy exigua, pues las dificultades y costos de traslado hacen ilusoria su activa y regular participación.

La Ley de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en su versión de 1924, establece que en “la Ley de Presupuesto se fijará la cantidad mensual para el sostenimiento de la Corporación” y que la Academia “gozará de las franquicias necesarias para su correspondencia oficial, por el correo o telegráficamente, además del apoyo que les prestará la Nación a los altos fines de su creación” (Artículo 13).

Pues bien, en los últimos quince años el presupuesto se ha ido achicando. Durante unos años fue reconducido, a pesar de la galopante inflación y la depreciación del Bolívar frente a las divisas extranjeras. Para este año 2016, el presupuesto anual de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales llega a unos 8.700 Dólares de los Estados Unidos, calculados a la tasa oficial más alta (DICOM). Con esa cantidad se cubren sueldos y salarios del personal administrativo y de biblioteca, pues los cargos de académicos son ad-honorem, y otros gastos preestablecidos, incluyendo además teléfono, internet, página web, correo, etc. Adicionalmente, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales tiene que colaborar con los gastos de mantenimiento del Palacio de las Academias. Para esto último no hay una asignación presupuestaria directa del Estado. En los últimos meses ni siquiera se reciben las mensualidades para pagar sueldos y salario del personal. La financiación de las publicaciones es una tragedia. Solo nos salva

la generosidad de los particulares y no podemos cobrar por servicio alguno, salvo los costos mínimos de fotocopias. Las publicaciones se venden a precios muy módicos y se obsequian a todos los organismos públicos. Los últimos números del Boletín han sido costeados por algunos académicos. No hay dinero presupuestado para adquirir nuevas publicaciones o suscribirse a revistas y boletines nacionales o extranjeros.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ya centenaria, es ahora más consciente de su deber con el país y sus ciudadanos. No vive apartada del diario acontecer, sino que junto con el país sufre el descalabro institucional, económico y moral auspiciado desde las entrañas del Estado. En medio de todo este marasmo colectivo, sin recursos, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales trata de orientar, a su leal saber y entender, las decisiones más importantes en las áreas de su especialidad.

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales está al servicio del país, y servir al país es un honor.



Finalidad de las Academias y su financiación *

Josep-D. Guàrdia Canela **

I.- Introducción

Quiero expresar, en primer término, mi agradecimiento y felicitación a la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales por su generosidad en haber aceptado la siempre onerosa tarea de organizar un Congreso como el nuestro y por haberlo hecho con tanto éxito. Esta gratitud debo concretarla en la persona de su Presidente, José Moreno Ruffinelli, que se ha esforzado extraordinariamente, con la eficacia que es de ver, en que este IX Congreso de Academias se haya podido realizar con la brillantez de la que somos privilegiados testigos.

En efecto, desde aquel otoño de 1994, en Granada, donde nos reunió la preclara intuición de nuestro Presidente honorario, Eduardo Roca Roca (e.p.d.), hasta hoy, nueve han sido las ocasiones en que nos hemos venido reuniendo, aparte de otros Encuentros no formalmente congresuales pero que también han contribuido a que los contactos y las puestas en común de las Academias de Jurisprudencia y Legislación, de las Academias Jurídicas, de Derecho y de Ciencias Sociales sean hoy una espléndida realidad que espero y hago votos para que permanezcan y continúen, sin limitación, durante los próximos años.

* Sección Cuarta del IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica. Asunción (Paraguay) 22-23-24 septiembre 2016.

** Presidente de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

He tenido la suerte de haber podido asistir a todos los Congresos y Encuentros que se han producido hasta el día de hoy. Hasta el anterior Congreso, de Santiago de Chile, éramos sólo tres los Académicos que lo habíamos hecho. En esta ocasión no ha podido acompañarnos el Presidente de la Academia Gallega, José-Antonio García Caridad. Hoy sólo nuestro Presidente, Luis Moisset de Espanés y yo mismo mantenemos el testigo que nos fue entregado en Granada.

II.- El tema que nos ocupa

En muchos de los Congresos hasta ahora celebrados, los Académicos hemos querido reflexionar sobre nosotros mismos y nuestras Academias. Y este ejercicio de introspección sinceramente creo que merece un juicio muy favorable. El principio filosófico, pero también jurídico de que *“operari sequitur esse”*, determina que antes de ocuparnos de aquello que debemos hacer, nos ocupemos de aquello que somos. Por ello, en numerosos Congresos ha habido algún tema relacionado con la esencia de las Academias.

Así en Granada (I-1994) hubo una ponencia titulada “Abogados, Académicos y Academias”. En Madrid (II-1996) uno de los tres foros, en que se estructuró el Congreso, se dedicó a estudiar la “Naturaleza jurídica de las Academias”. En Córdoba (República Argentina) (III-1998) tratamos de “Enseñanza del Derecho y función de las Academias”. En Valencia (IV-2000) el título fue “Las Academias: funciones y normativas”. No hubo ningún tema referido específicamente a las Academias, ni en Zaragoza (V-2005) ni en Bogotá (VI-2007) ni en La Coruña (VII-2010) ni en Santiago de Chile (VIII-2012). Ahora afortunadamente la temática reaparece en Asunción (IX-2016).

Me ha parecido oportuno efectuar un seguimiento acerca de lo que llevamos dicho sobre esta materia, como introducción a la parte sustantiva de mi trabajo.

En Granada (I-1994), como ya he expuesto, la primera ponencia se tituló “Abogados, Académicos y Academias”. Contó con una comunicación del recordado Xavier Gaxiola Ochoa (e.p.d.), otra del académico de Galicia, Pablo Moure Mariño y otra de Miguel Coll Carreras (e.p.d.), a la sazón

Presidente de la Academia de las Islas Baleares. En los tres casos, los autores realizan una descripción de su respectiva Academia y dedican preferente atención a la profunda relación existente entre los Abogados, a título personal y a través de los Colegios, con la Institución de la Academia. Esta interrelación se daba en el caso de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación y es totalmente habitual en las Academias españolas, con la excepción de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

En Madrid (II-1996), el Congreso se dividió en tres Foros, el primero de los cuales, que tuve el honor de coordinar, tuvo por objeto la "Naturaleza jurídica de las Academias". Las comunicaciones presentadas fueron las siguientes: "Naturaleza jurídica de las Academias", de José Luis López Mosteiro, de la Academia de Galicia; "Naturaleza y régimen jurídico de las Reales Academias", de José Luis Meilán Gil, de la Academia de Galicia; "Notas a la ponencia sobre naturaleza jurídica de las Academias", de José Luis Merino Hernández, Presidente de la Academia aragonesa; "Misión de las Academias" de José Domingo Ray, Presidente de la Academia de Buenos Aires; "La Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada a finales del siglo XIX: Don Felipe Sánchez Román", de Eduardo Roca Roca, Presidente de la Academia de Granada; "Consideración sobre la naturaleza jurídica y el alcance de las Academias, de Hildegard Rondó de Sansó, Presidenta de la Academia de Venezuela; y "Academia brasileira de letras jurídicas", de Juan José Sanz Jarque. Todas las comunicaciones son de gran interés y pueden estudiarse en el libro que publicó la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. En ellas hay exposiciones históricas, descripciones del funcionamiento de diversas academias y análisis de su naturaleza jurídica. En una Ponencia como ésta que, por disposición del Reglamento del Congreso, ha de ser necesariamente breve, no detallaré los contenidos, aunque me serviré de buena parte de ellos para el apartado material de esta relación.

También en Córdoba, R.A. (III 1998) se dedicó parte del temario a reflexionar sobre las Academias. Las comunicaciones presentadas fueron: "Enseñanza del Derecho y función de las Academias" por José-Luis Merino Hernández, Presidente de la Academia aragonesa; "Enseñanza del Derecho y función de las Academias", por José Ma. Martínez Santiago, de la Academia de Valladolid; "La enseñanza práctica de la Abogacía y su

deontología y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, por Luis de Angulo Rodríguez, de la Academia de Granada; "Las especialidades emergentes en el Derecho" por Rafael Jiménez de Parga y Cabrera", de la Academia de Cataluña; "Reflexiones sobre la enseñanza del Derecho en Colombia" por Marco-Gerardo Monroy Cabra, de la Academia de Colombia; "Enseñanza del Derecho y función de las Academias" por Efraín Hugo Richard, de la Academia de Córdoba (R.A.); "La Universidad en la preparación de los magistrados y abogados: la experiencia italiana" por Víctor Uckmar, de la Academia de Córdoba; "El fundamento ético de los principios jurídicos y la enseñanza del Derecho" por Francisco Junyent Bas, de la Academia de Córdoba; "La enseñanza del Derecho" por Mario Antonio Zinny, de la Academia de Córdoba; "Problemas y perplejidades de la teoría del Derecho en los umbrales del siglo XXI", por Nicolás López Calera, de la Real Academia de Granada; y "La enseñanza del Derecho y la función de las Academias" por José Domingo Ray, Presidente de la Academia de Buenos Aires. El magnífico Libro editado por la Academia organizadora, contiene todos los trabajos expresados

En Valencia (IV-2000) hubo una sección titulada "Las Academias: funciones y normativas". No se publicaron los trabajos del Congreso. Poco tiempo atrás unas gestiones de Luis Moisset y más cerca de quien era Presidente de la Real Academia Valenciana en aquellos tiempos, José Luis Romero Villafranca, nos permitió recuperar algunos trabajos. Entre ellos uno, con el mismo título de la sección, obra conjunta de Luis de Angulo Rodríguez y Eduardo Roca Roca, de la Real Academia de Granada.

De la relación expuesta resulta que directamente no se ha estudiado la *finalidad* de las Academias. Se ha tratado preferentemente de su naturaleza jurídica en el Congreso de Madrid (II 1996) de su normativa en el de Valencia (IV 2000), de las relaciones con la Abogacía y los Colegios de Abogados (Granada I 1994) y de una concreta de estas finalidades como es la enseñanza del Derecho, fundamentalmente en Córdoba (III 1998).

Hay que destacar también que en ningún Congreso se ha abordado el tema de la financiación de las Academias, como uno de los objetos de debate. Sin embargo, la cuestión siempre ha estado presente en las reunio-

nes de carácter organizativo o estructural, celebradas en los propios Congresos o en Encuentros fuera de Congreso, entre los cuales merecen destacarse los habidos en Madrid, La Coruña y Granada.

Por ello, me ha parecido oportuno hacer alguna referencia a la normativa de aplicación a las Academias y a sus Estatutos, limitándome no obstante, por razones de espacio y tiempo, al ámbito territorial de España y Cataluña y al Instituto de nuestra "*Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*", para presentar el marco que haga más fácil y eficaz el tratamiento del tema que nos ocupa y en la plena confianza de que las aportaciones de otras Academias nos permitan tener una sinopsis lo más completa posible de la finalidad de las Academias y su financiación.

III.- La regulación de las Academias

En España no ha existido en ningún momento una normativa general sobre las Academias. Los poderes públicos se han limitado a reconocerlas, aprobar sus Estatutos, conferirles la condición de Corporaciones de Derecho público y a atribuir competencia sobre ellas a distintos Entes u Órganos de la estructura político-administrativa del Estado.

Entiendo que la situación es similar en los países iberoamericanos, pero no me atrevo a pronunciarme sobre el particular, habida cuenta de las limitaciones a que, como he dicho antes, me he sometido. Me importa destacar, sin embargo, que, en la mayoría de los casos, las Academias han nacido como personas jurídicas de base asociativa (*universitas personarum*) a las que el Estado confiere la condición de Academia y/o corporaciones de derecho público, lo que les hace pasar a formar parte de la Administración no territorial (corporativa o institucional) del propio Estado.

En España, desde el punto de vista del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la que recae sobre las Academias corresponde a estas última, en méritos del Art. 148, 17 de la Constitución que dispone que éstas son competentes "...para el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua...". Y por ello los diversos Estatutos de Autonomía de Cataluña han proclamado que corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Academias y otras Corporaciones de Derecho público (Art. 125 1

del texto vigente, de 19 de julio de 2006, del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

No tengo conocimiento de que en España haya existido históricamente ni se haya proyectado seriamente en los tiempos actuales, una legislación sobre Academias. En cambio, en Cataluña que, como he señalado ya, tiene atribuida en el bloque de la constitucionalidad la competencia sobre las Academias con sede en Cataluña, se ha planteado en los últimos tiempos y por dos veces, la posibilidad de dictar una Ley en materia de Academias.

La primera ocasión fue con motivo de la transferencia de las competencias. Antes de la Constitución, como he dicho, la competencia correspondía al Estado, que según es perfectamente sabido, estaba fuertemente centralizado. Así, por ejemplo, el reconocimiento de que a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña se le reconocía la condición de Corporación de Derecho Público tuvo efecto por Decreto 2009 de 1966.

Cuando se transfieren las competencias al Gobierno de la Comunidad Autónoma (la Generalitat de Catalunya) se plantea el problema de si procedía, o no, dictar una ley sobre esta materia. El tema fue apasionadamente debatido en el seno de nuestra Corporación. Guardo un fiel recuerdo de los pareceres encontrados. Finalmente, la Academia decidió no apoyar la idea de una ley específica para las Academias catalanas, que entonces eran nueve (de Buenas Letras, de Bellas Artes de San Jorge, de Ciencias y Artes, de Medicina, de Jurisprudencia y Legislación, de Farmacia, Instituto de Estudios Catalanes, de Ciencias Veterinarias y de Ciencias Económicas y Financieras) y actualmente se han incorporado otras tres (de Doctores, de Gastronomía y Nutrición e Instituto de Estudios Araneses).

La razón principal y determinante de la posición contraria a que se legislara sobre nuestras Corporaciones fue el riesgo de que una regulación legal laminase o pusiese en peligro la autonomía de las Academias. Por ello, el Decreto autonómico 120/1987 de 9 de abril, se limitó a establecer que la Generalitat asumía la competencia exclusiva en materia de Academias con sede central en Cataluña (Art. 1º), reguló mínimamente alguna de sus finalidades como la investigación en el campo de cualquiera ciencia

o arte (Art. 2º) y la colaboración con la Administración general (Art. 8º) y entró sucintamente en el campo de la financiación (Art. 6º) estableciendo que el fomento y la ayuda de las Academias correspondía a los Departamentos competentes por razón de las finalidades que cada una se proponen.

Recientemente hubo un nuevo intento de legislar sobre las Academias. En este caso no se trataba tanto de regular su organización y funcionamiento, como de constituir una Academia catalana que integrara a todas las preexistentes. También la oposición a esta tentativa fue ampliamente mayoritaria y finalmente el proyecto de ley decayó. Las Academias entendimos que la coordinación entre todas ellas ya la garantizaba el "Consell Interacadèmic de Catalunya" creado por el Decreto autonómico 286/2001 de 6 de noviembre que lleva mi firma como Consejero de Justicia, hecho del cual me siento especialmente orgulloso.

IV.- La finalidad de las academias

En ausencia de una regulación legal o reglamentaria, la finalidad de las Academias la encontramos en su propia naturaleza institucional y en el texto de los respectivos Estatutos. En nuestro caso concreto, el Artículo 2º establece "*Els fins de l'Acadèmia són l'estudi i la investigació del dret, la col·laboració a la reforma de la legislació i el foment de la cultura jurídica*" En otros Estatutos encontraremos formulaciones distintas que ponen el acento o enfatizan unas finalidades respecto de las otras. Para referirme sólo a una de ellas, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España establece como fines en el Art. 5º de sus Estatutos "*...la investigación y el cultivo del Derecho y ciencias afines y la contribución al perfeccionamiento de la legislación*".

A modo de síntesis, me parece que la finalidad de toda Academia es (o debiera ser) el cultivo de cualquier ciencia o arte. Y en nuestro caso concreto.

- a) La investigación jurídica.
- b) La enseñanza y la difusión del derecho.
- c) La colaboración con los organismos públicos en materia de legislación, justicia y ciencia jurídica.

Las Academias son y deben ser instituciones dedicadas a la investigación jurídica. Todas las Academias, no sólo las vinculadas al mundo universitario sino también las nacidas alrededor de los Colegios de Abogados, han de preocuparse especialmente de la investigación. Entiendo que no es correcto establecer que la investigación atribuible a la Academia sea sólo la nacida en el seno y, por así decirlo, en el domicilio corporativo. En gran parte, la investigación de la Academia es el conjunto de las investigaciones llevadas a efecto por sus miembros en sus respectivos ámbitos de actuación profesional como operadores jurídicos. Y por ello es bueno que en las Academias estén representadas la mayoría de las profesiones jurídicas. De otro lado, la investigación presupone el estudio. No debemos olvidar que la Academia platónica nace con la vocación de enseñar y aprender. Y la Academia que constituye el precedente remoto de la nuestra, nace en 1776 de la voluntad de unos Abogados de *“facilitar a los individuos una instrucción general en todo lo necesario”*. Con toda seguridad se equivocaría la Academia que pensase que el estudio no integra su finalidad. No creo que ninguna Corporación piense así, pero hay que evitar el peligro de que en la elección de miembros se prime excesivamente el reconocimiento de méritos pasados sobre la actitud favorable a una constante actualización de los conocimientos, porque ello puede acarrear el peligro señalado. Es bueno que la investigación sea lo más transversal posible. Todos hemos experimentado que no pocos grandes avances en el campo jurídico provienen de la aplicación a una disciplina de métodos, procedimientos o resultados practicados en otras materias. También hemos de señalar que no debería resultar extraño al mundo de lo jurídico, que la investigación tuviese como objetivo la transferencia y la innovación. El quehacer investigativo es común y también lo deben ser sus objetivos. Finalmente resulta obvio que el ámbito jurídico debe interpretarse en sentido amplio e incluir materias afines al mismo.

En segundo término, constituye también finalidad de las Academias Jurídicas la enseñanza y difusión del Derecho. Cuando se estudia e investiga, el hecho de enseñar se manifiesta como una especie de exigencia insoslayable. Enseñar es transferir a terceros los resultados obtenidos con el estudio y la investigación. Por ello, la finalidad de la enseñanza es consustancial a las Academias. Enseñanza es también difusión y fomento de la cultura jurídica. El primer sello de nuestra Academia se remataba

con el lema "*speculatam monstrat legem*". La Academia, en efecto, tiene como misión enseñar la ley una vez "especulada". Hoy esta palabra tiene una connotación poco favorable, pero a finales del siglo XVIII, y aún hoy recoge esta acepción el Diccionario de la R.A.E., significa "mirar con atención alguna cosa para reconocerla y examinarla" y, partiendo del nombre de un instrumento médico, *-el especulum-* explorar una realidad, abriéndola y separando sus partes a fin de poder llegar al fondo de la cosa explorada. Para dar cuenta de las tareas de difusión y fomento de la cultura jurídica, basta con referirnos a nuestras publicaciones *-en nuestro caso, la REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA y los ANNALS-* y con relacionar nuestros Congresos.

Finalmente, las Academias tiene la finalidad que deriva directamente de su condición formal de Corporaciones de Derecho Público. Consiste en poner su ciencia y conocimientos jurídicos al servicio de los poderes públicos, de los tres poderes existentes en un Estado de derecho. Y así las Academias en primer término y de manera especial como lo acredita el hecho de que así se formula expresamente en algunos Estatutos, colaboran con el poder legislativo mediante trabajos de reforma y perfeccionamiento de la legislación vigente. También se da la colaboración con el poder ejecutivo, especialmente en lo que atañe a la posible participación académica en los procedimientos de elaboración de los proyectos de ley y de las disposiciones materiales de carácter general. Y, por último, colaboración con el poder judicial cuando se nos solicitan, de oficio o a instancia de parte, informes o dictámenes sobre algunas cuestiones que caen bajo el ámbito competencial de las Academias. En todos estos campos nos gustaría poder ser más efectivos y eficaces para así hacer honor a nuestra consideración de Corporaciones de derecho público. Pero el hecho indiscutible de que ejerzamos esta finalidad, ya acredita esta condición.

La *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya* y muchas otras Academias jurídicas *-estoy seguro de ello-* llevan a efecto, con mayor o menor intensidad, todas y cada una de las funciones en que se desarrolla su finalidad. Estudiamos e investigamos en el campo del derecho. Transferimos nuestros conocimientos a la comunidad jurídica territorial a la que especialmente nos debemos y a la comunidad jurídica general. Procuramos innovar. Dedicamos especial atención a la enseñanza, organizando cursos, cursillos, sesiones, jornadas, seminarios, etc., y procuramos

difundir nuestros trabajos, en la página web, en la REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA, que es órgano de expresión común de la Academia y el Colegio de la Abogacía de Barcelona y en los ANNALS. Colaboramos con el poder legislativo en la elaboración y reforma de algunas leyes buscando su perfeccionamiento. Los Departamentos y Centros directivos de la Generalitat en ocasiones recaban nuestra participación al tiempo de preparar los anteproyectos de ley y proyectos de reglamento. Y en más de una ocasión, órganos de distintos órdenes jurisdiccionales se nos dirigen para escuchar nuestro parecer, a petición de alguna de las partes o del propio órgano judicial.

V.- La financiación de las academias

Estoy seguro de que nadie se sorprenderá si manifiesto que ésta es, si no la mayor, una de las mayores cuestiones que nos interpelan. Al menos, lo es para la Academia que tengo el honor de presidir.

En principio la financiación de las Academias ha de proceder de dos ámbitos, uno de naturaleza privada y el otro de carácter público. Las Academias como personas jurídicas de base asociativa han de procurar su financiación, en parte a través de las aportaciones, directas o indirectas de sus miembros; en parte, mediante la financiación pública, en alguna de sus modalidades.

Nuestros Estatutos establecen en su artículo 39 que los recursos de la Academia serán:

1. Las cuotas ordinarias y extraordinarias y los derechos de ingreso o de expedición de títulos y certificados que la Junta de Gobierno, de acuerdo con los presupuestos corporativos, establezca.
2. Las subvenciones que las corporaciones públicas le concedan
3. Los donativos de los particulares
4. Los honorarios que la Junta de Gobierno fije por los dictámenes e informes emitidos por la Academia a petición de las corporaciones o de los particulares.
5. Las rentas de sus bienes
6. El producto de la venta de sus publicaciones.

La realidad ha impuesto una feliz simplificación. Recuerdo que sólo el año en que fui elegido Académico (1975) pagué, como venía sucediendo, una cuota mínima que al año siguiente dejó de percibirse, sin que, desde entonces haya vuelto a imponerse. Ello no supone que no haya financiación privada, o mejor dicho no estrictamente pública. El Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona atiende la mayoría de nuestros gestos estructurales. Facilita nuestra sede y la sala de reuniones, nos cede el Salón de actos para las sesiones públicas y solemnes, pone el personal del Colegio a nuestra disposición y en definitiva carga con otros gastos de no poca importancia. Para nosotros, ésta es la aportación que antes he llamado de naturaleza privada y viene a constituir la contraprestación del Colegio a las tareas que desarrolla la Academia; suple las aportaciones de los miembros de la Corporación. En especial, cabe hacer constar que la REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA es órgano de expresión común de la Academia y el Colegio. Su resultado económico, con más de cinco mil suscriptores (la mayoría de ellos, Abogados de Barcelona) es positivo y lo recibe íntegramente el Colegio. La aportación del Colegio a la Academia, se halla, pues, claramente causalizada.

De otro lado, aunque en tiempos pasados algunas Academias, no la nuestra, recibieron alguna ayuda por parte del INSTITUTO DE ESPAÑA, en la actualidad no recibimos ninguna aportación del Estado. La Generalitat, por su parte, efectúa anualmente, a través del Departamento de Justicia, una convocatoria pública para subvencionar a las Academias. Su importe es muy limitado, aunque nuestra crítica no va tanto por la cuantía sino por la forma de su atribución y el control conceptual de su gasto.

Finalmente, en ocasiones hemos contado y contamos con el patrocinio de la Fundación bancaria "la Caixa" accionista mayoritario de Caixa-Bank, el mayor banco con sede en Cataluña. En nuestra página web – www.ajilc.cat– y en los ANNALS hacemos constar este apoyo financiero.

Esta vía es la que, con toda certeza, deberemos explorar y seguir en el futuro. Experiencias como la de la Fundación pro Real Academia Española y la Fundación pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, deben servirnos de ejemplo para el futuro.

Hallándose presente en el Congreso ilustres representantes de esta Real Academia, sería temerario por mi parte que me atreviera a relatar su

concepción, nacimiento y vida. Espero con auténtico interés que nos los expongan en el desarrollo de esta Sección Cuarta del IX Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas de Asunción (Paraguay). Igualmente espero que las aportaciones de otras Academias nos iluminen y faciliten ejemplos de otros sistemas de financiación. Con ello habremos conseguido que el Congreso además de su calidad jurídica tenga una utilidad práctica.

Muchas gracias por su atención.



Finalidad de las Academias y su Financiación el caso de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación y el de su sucesora la Academia Peruana de Derecho *

Carlos Cárdenas Quirós **

I. Introducción

Con el propósito de tratar la materia relativa a la finalidad de las academias y su financiación voy a referirme tanto al caso de la primera corporación jurídica que existió en el Perú, la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación, creada en 1889, como al de su sucesora, la Academia Peruana de Derecho, fundada en 1967.

II. La Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación.

Antecedentes. Finalidad.

La creación de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación se debió a la decisión que adoptó la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación de autorizar la constitución de academias correspondientes en Hispanoamérica. Entusiasta propulsor de la idea fue

* IX CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE IBEROAMÉRICA, Asunción (Paraguay) 22, 23 y 24 de septiembre de 2016.

** Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

don José Maluquer y Salvador, Académico de Mérito de dicha corporación, Secretario de la Comisión de Relaciones Científicas con la América Española, Socio Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y reconocido defensor y teórico de la seguridad social en España (1).

Maluquer publicó en 1890 en la Revista General de Jurisprudencia y Legislación (2) una amplia crónica titulada "Academia peruana correspondiente de la Real de Jurisprudencia de Madrid". En ella ofrece importante información acerca del proceso de formación de la Academia peruana. Menciona a los juristas nacionales Juan Luna y Miguel Antonio de la Lama, como "los primeros jurisconsultos que manifestaron su deseo de realizar en el Perú los acuerdos de la Real Academia de Jurisprudencia" (3).

Ellos dos, junto con el doctor Alberto Elmore, fueron posteriormente los encargados por la Academia Matritense de convocar a la Comisión Organizadora. Ésta quedó finalmente integrada, sumándose a los tres juristas mencionados los doctores Antonio Arenas, Luciano B. Cisneros, Francisco García Calderón, Francisco M. Fernández, José J. Loayza, Gregorio Paredes, Manuel Santos y Pasapera, José Eusebio Sánchez y Luis Felipe Villarán.

Agrega Maluquer lo siguiente:

(1) Cfr. Ángel Pulido Fernández. Biografía del Excelentísimo Señor D. José Maluquer y Salvador, Consejero Delegado del Instituto Nacional de Previsión. Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos. Madrid, 1924, pág. 43.

También puede consultarse la nota biográfica contenida en el Diccionario Crítico de Juristas españoles, portugueses y latinoamericanos, cuyo director, editor y coordinador es D. Manuel J. Peláez. Volumen II, 2º. Talleres Editoriales Cometa, S.A. Zaragoza, 2008, págs. 479 a 487.

(2) Revista General de Legislación y Jurisprudencia, volumen 38, N° 76, Madrid, 1890, págs. 209-212.

Este texto puede ser confrontado en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2010-2012 N° 11, págs., 364-366, pues ha sido reproducido íntegramente como parte del artículo del Académico de Número Carlos Ramos Núñez, La Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación: Fase primera de la Academia Peruana de Derecho.

(3) Op. cit., pág. 209.

“Reunióse esta Comisión en el mes de julio de 1889, designando a los Sres. Cisneros, Galindo y Paredes, para que redactaran los Estatutos, y de nuevo en el mes de noviembre siguiente, en cuya sesión fue aprobado el proyecto de Reglamento que presentó la referida ponencia y se eligió la junta directiva para el actual curso académico, que quedó constituida en la siguiente forma: Presidente, Sr. Arenas; Vicepresidente primero, D. José Eusebio Sánchez; segundo, Sr. Loayza; Secretario, Sr. Fernández; Pro-secretario, Sr. Lama; Bibliotecario, señor Jiménez” (4).

El Artículo 1º del estatuto indica:

“Se establece en Lima una Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la que en España funciona con el nombre de Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación”.

El Artículo 2º del estatuto señala lo siguiente acerca del propósito de la corporación:

“El fin de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación es el estudio del Derecho y mantener relaciones científicas con la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, especialmente canjeando las obras jurídicas que se publiquen y trasmitiéndose recíprocamente cuantas noticias y datos juzguen de interés para el desarrollo de los estudios jurídicos”.

El Artículo 21 agrega:

“La Academia presentará los informes que el Poder Legislativo o el Gobierno le pidan sobre proyectos de ley y absolverá las consultas que le sean dirigidas por las corporaciones o representaciones legales de las diferentes instituciones nacionales”.

Como resulta de tales textos, la finalidad de la Academia comprendía entonces:

- El estudio del Derecho.
- Mantener relaciones científicas con la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación y, con tal motivo, intercambiar las obras

(4) Op. cit., pág. 211.

jurídicas publicadas, trasmitiéndose recíprocamente cuantas noticias y datos se juzgará de interés para el desarrollo de los estudios jurídicos.

- Presentar informes a solicitud del Poder Legislativo o el Gobierno sobre proyectos de ley.

- Absolver consultas de las corporaciones o representaciones legales de las diferentes instituciones nacionales.

El acto de instalación de la Academia se produjo el 6 de enero de 1890, según lo establecido en la Primera Disposición Transitoria de su estatuto, contándose con la presencia del Presidente de la República, General Andrés A. Cáceres. Así lo describe Maluquer:

“Finalizados los trabajos preparatorios, restaba sólo celebrar la sesión inaugural, y ésta se ha verificado solemnemente, con asistencia del Presidente de la República, los Ministros de Justicia, Gobernación y Hacienda, del Cuerpo diplomático extranjero y altas representaciones de la Iglesia, los Tribunales y el Foro del Perú.

Pronunció en dicho acto un notable discurso el Presidente Doctor Arenas, demostrando la influencia que ejerce el derecho en la sociedad. Por esta razón cree que la nueva Academia destinada a cultivarlo con más amplitud en el orden especulativo que otras instituciones ya existentes, ha de conseguir que los proyectos de ley sean reposadamente meditados y que alcancen los poderes públicos con el dictamen desinteresado de la ciencia, el vigor necesario para oponerse a las pretensiones injustas. No duda, por último, de que la constante difusión de los principios del Derecho ha de ser sólido apoyo al orden moral y material de la Nación peruana, y permitir que en ella brillen todas las nobles cualidades que ha heredado de la Madre patria” (5).

Con fecha 16 de diciembre de 1890 se celebró en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid una sesión solemne para “conmemorar la inauguración de las Academias Correspondientes de Mé-

(5) *Ibidem*.

xico y del Perú". Debe mencionarse que la creación de la Academia Peruana fue precedida por la que se estableció en México con el nombre de Academia Central Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

A propósito de la cuestión referida a la finalidad de las academias, corresponde destacar unos fragmentos del discurso que pronunció en el mencionado acto el General don Vicente Riva Palacio y Guerrero, ministro de México en España, quien señaló lo siguiente (6):

"Acertado consejo y sabio acuerdo ha sido el de la creación de las Academias correspondientes de la de Jurisprudencia en América. El cristianismo proclamó y asentó la fraternidad humana; la democracia, sobre todo en el Nuevo Mundo, ha consignado la igualdad de todos los hombres ante la ley, pero ante la ciencia no es posible reconocer esa igualdad. Darwin dice que, dado un tipo anatómico, cada hombre es una anomalía, y ampliando ese principio podemos decir que todas las naciones tienen distinto modo de ser y de sentir; que existe una idiosincrasia nacional, como hay una idiosincrasia individual; y establecidos los centros científicos y el cambio de estudios y de conocimientos entre México y España, los resultados deben ser de grande utilidad para la ciencia, como lo es el establecimiento de observatorios astronómicos en puntos muy separados para la observancia de los grandes fenómenos celestes (...).

El estudio que las Academias hagan relativamente de las instituciones y de la legislación de los diferentes países en que estén establecidas,

(6) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Sesión celebrada el 26 de diciembre de 1890 para conmemorar la inauguración de las Academias Correspondientes de México y del Perú. Presidencia del Excmo. Sr. D. Antonio María Fabié, Ministro de Ultramar. Madrid. Tipografía de Manuel G. Hernández. 1891. Págs. 31-33.

El hallazgo de esta publicación, que incluye los discursos pronunciados en ese acto, se debe a la acuciosidad e interés por todo lo hispanoamericano del profesor José María Castán Vázquez, ilustre Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Honorario de la Academia Peruana de Derecho.

El profesor Castán dedica varias líneas a dicho acto, en su estudio titulado El 98 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, publicado en los Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, año 1998 # 28.

tiene que ser de trascendentalísima importancia. Todas ellas cuentan en su seno con eminentes juriconsultos, y el cambio de sus estudios y el imparcial examen de ellos en todo lo que se refiere a la legislación de cada pueblo producirá fecundos resultados, no porque yo crea que una ley, aun cuando sea muy acertada, puede aplicarse a cualquier pueblo, sino porque la comparación producirá la luz”.

Y concluyó diciendo:

“... quisiera al cerrar mi discurso poder escribir con letras de oro en el recinto en que celebráis vuestras sesiones aquellas palabras de la Escritura: *Sapientia aedificavit sibi domun*” (7).

Lamentablemente, las actividades de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación se sumieron progresivamente en el letargo. Hay constancia de que sus actividades continuaban desarrollándose en 1906, bajo la presidencia de D. Alberto Elmore. Así, el 24 de agosto de ese año se acordó la incorporación de nuevos Académicos de Número. No obstante, no hay datos posteriores conocidos (8).

(7) “La sabiduría edificó para sí una morada”. Estas palabras están contenidas en el libro de Proverbios, capítulo 9, versículo 1.

(8) En la columna Hace un siglo incluida en la edición del diario El Comercio de Lima de 3 de septiembre de 2006, se da cuenta de una noticia aparecida en ese diario el 3 de septiembre de 1906, informando que “el 24 de agosto último se reunieron los miembros de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real Española, bajo la presidencia del señor Alberto Elmore. Fueron designados nuevos miembros de número los doctores Manuel L. Castellanos, Ricardo Ortiz de Zevallos, Ramón Ribeyro, Francisco J. Eguiguren, Nicanor León, Estanislao Pardo Figueroa, Manuel M. Gálvez, José S. Caveró, Guillermo A. Seoane, Rafael Villanueva, Juan José Calle, Isaac Alzamora, Alejandro Arenas, Mariano M. Valcárcel, Javier Prado y Enrique de la Riva Agüero”.

III. La Academia Peruana de Derecho. Antecedentes.

Finalidad.

La Academia Peruana de Derecho fue fundada el 8 de mayo de 1967 por acuerdo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima.

En el acuerdo de su creación constan las consideraciones que motivaron dicha decisión y que son las siguientes:

- Que el Colegio de Abogados de Lima, está llamado por la ley de su constitución y por sus estatutos, a promover el progreso del orden jurídico en el Perú.

- Que el estudio y la investigación en el campo de las disciplinas del derecho, realizada por juristas de reconocida capacidad y experiencia, constituyen los medios más adecuados para alcanzar tan elevada como necesaria finalidad.

- Que tal labor redundará en aportes efectivos para el adelanto de la cultura jurídica, tanto más urgentes si se tiene en cuenta las limitaciones académicas de las universidades.

El Artículo 2º de su acuerdo de creación señala los fines de la Academia Peruana de Derecho:

“a) Contribuir a la investigación y el estudio de las diversas disciplinas jurídicas;

b) Publicar y difundir el pensamiento de los juristas del Perú a través de libros, revistas y actuaciones culturales;

c) Promover el progreso de la legislación y el mejoramiento de la jurisprudencia; y

d) Formar la biblioteca de obras jurídicas del Perú” (9).

(9) En el prólogo de la obra *Legislación del abogado* (Cuarta edición. Universidad Inca Garcilaso de la Vega - CAL. Lima, 2007, pág. 30), el doctor Mario Alzamora Valdez, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima en 1967 y

El acto de instalación de la Academia se produjo el 20 de julio de 1967 en el Salón de Actos del indicado Colegio, contándose con la presencia del Presidente de la República, Arquitecto Fernando Belaunde Terry.

En la parte final del discurso que pronunció con tal motivo, el entonces Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, doctor Mario Alzamora Valdez, a quien correspondió la iniciativa de la creación de la Academia, señaló lo siguiente:

“El Colegio de Abogados de Lima tiene fe profunda en que la Academia Peruana de Derecho, ha de ser el centro rector del pensamiento jurídico del Perú; y que las ideas que ella irradie, alcanzarán la alta jerarquía de supremas razones en que se inspire la transformación social y económica que reclama nuestro pueblo, basada en la justicia, en la paz y en el bien común, que pertenecen al mundo del espíritu y de la cultura, y que constituyen las más altas aspiraciones de la existencia humana”.

A su turno, el doctor Alberto Ulloa Sotomayor, en su condición de primer Presidente de la Academia, expresó:

“No estamos propugnando una institución de oportunidad o de emergencia; ni una entidad dictaminadora u opinante. En este sentido debe carecer la Academia de ese disfraz, muchas veces colorido y aventurado, de la utilidad práctica inmediata. Tampoco buscará tener repercusión o influencia fuera de su legítimo campo de acción desinteresada e independiente. Más allá de este campo exclusivo, la Academia de Derecho nada pretenderá resolver directamente. El valor de los estudios que ella impulse o cobije dependerá del valor intrínseco de estos mismos estudios y de la capacidad y la ilustración de los juristas.

propulsor de la adopción del acuerdo de creación de la Academia, señala lo siguiente:

“En cumplimiento de su esencial finalidad de velar por el mantenimiento de la tradición jurídica del Perú, de exaltar sus altos valores y de promover el estudio y la investigación del derecho, con fecha ocho de mayo del año en curso (1967) la Junta Directiva ha aprobado la creación de la ‘Academia Peruana de Derecho’ y de un Centro de Investigaciones Jurídicas, llamadas a dar grandes frutos”.

La Academia no tiene la misión de hacer juristas en el sentido de una escuela profesional. Los cobija, los estimula, los atrae, por el marco que les brinda y por la puerta que les abre a la notoriedad; y, a quienes valgan auténticamente, hasta a la fama. Los juristas deben serlo por vocación, por capacidad, por disciplina mental. Su obra debe tener una trascendencia derivada de su oportunidad y de la profundidad de su contenido; pero también, generalmente, requiere cierta continuidad y cierta extensión para ser trascendente.

Una Academia, debe ser, pues, un gabinete de estudio y un laboratorio de principios, de procedimientos, de conclusiones. Pero no colectivos o gremiales ni impositivos. No dicta sino plantea. No obliga sino sugiere. La Academia de Derecho no está destinada a dar un título de jurista, como una consagración formal, sino a servir de encauzamiento o de marco a quienes se consagran a sí mismos por su esfuerzo; o a incorporar, para relevarlos, a los ya consagrados”.

Los textos transcritos retratan de manera fidedigna los propósitos y miras que tuvieron los fundadores de la Academia Peruana de Derecho y que se conservan inalterables en vísperas de cumplir cincuenta años de existencia.

En el Pleno de Académicos celebrado el 25 de marzo de 1994, fueron aprobados los estatutos de la Academia Peruana de Derecho, modificados posteriormente en diversas ocasiones. En dicho texto, aparecen como fines de la corporación los siguientes:

“Artículo 3°.- La Academia tiene como fines:

a. Promover la investigación y el estudio de las diversas disciplinas jurídicas;

b. Contribuir al progreso de la legislación, el mejoramiento de la jurisprudencia y a la preservación del Estado de Derecho, así como emitir opinión en los proyectos de ley que tengan significación nacional a solicitud de alguno de los Poderes del Estado;

c. Difundir la doctrina y el pensamiento de los juristas nacionales.

d. Coadyuvar a la eficiencia de los órganos jurisdiccionales;

e. Las demás que acuerde el Pleno de Académicos a propuesta del Consejo Directivo”.

El texto vigente del estatuto, que reemplazó en su totalidad al anteriormente citado, fue aprobado en el Pleno de Académicos de 13 de junio de 2011 durante la presidencia del doctor Domingo García Belaunde y entró en vigencia el 1 de diciembre del mismo año.

Su Artículo 2º señala lo siguiente:

“La Academia tiene por finalidades fundamentales:

a) Contribuir a la preservación del Estado de Derecho, al progreso de la legislación y al mejoramiento de la jurisprudencia, así como emitir opinión sobre los proyectos de normas legales que tengan significación nacional y el auspicio, patrocinio u organización de eventos de carácter académico para el logro de sus fines.

b) Promover la investigación y el estudio de las diversas disciplinas jurídicas y la historia del Derecho peruano.

c) Difundir la doctrina y el pensamiento de los juristas nacionales, así como auspiciar sus publicaciones.

d) Coadyuvar a la eficiencia de los órganos jurisdiccionales.

e) Las demás que acuerde el Pleno de Académicos a propuesta del Consejo Directivo.

Para la consecución de sus fines, la Academia podrá realizar las actividades y celebrar los actos, contratos y operaciones que permitan las leyes”.

Se tiene pensado ampliar estas finalidades, para incluir expresamente la posibilidad de que la Academia emita pronunciamientos sobre asuntos de trascendencia nacional en general, no necesariamente vinculados, por tanto y de manera exclusiva, a un proyecto de ley.

IV. La financiación.

Es significativo el hecho de que el estatuto de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación no contemplara norma alguna referida a

la financiación de sus actividades. De hecho, el cargo de tesorero no estaba ni siquiera considerado.

No obstante, el mismo estatuto preveía la concesión de premios, consistentes en la publicación de “memorias o disertaciones sobre las materias en debate”, pero no precisaba la fuente de financiamiento para hacerlo.

Vinculada con la cuestión de la financiación, debe destacarse, en cuanto a su naturaleza jurídica, que la Academia no fue definida como una corporación científica de derecho público o privado. Ni siquiera se le atribuyó el carácter de asociación civil. El estatuto omitió toda referencia al asunto. No hay, por supuesto, previsión alguna sobre una eventual contribución del Estado para el desarrollo de sus actividades. Para explicar ello, resulta necesario tener presente que la iniciativa de la creación de la Academia Peruana de Jurisprudencia y Legislación fue enteramente privada.

En el caso de la Academia Peruana de Derecho, su creación en 1967 fue promovida por el Colegio de Abogados de Lima, que es una institución de Derecho Público interno (10). No obstante, no se atribuyó esa misma naturaleza a la Academia, sin perjuicio de lo cual, por Resolución Suprema N° 209 de 30 de junio de 1967, rubricada por el Presidente de la República, Arquitecto Fernando Belaunde Terry, y firmada por su Ministro de Justicia y Culto, doctor Javier de Belaunde Ruiz de Somocurcio, se le brindó reconocimiento oficial como “Institución de Cultura Jurídica al servicio del país”.

El estatuto de 1994 consignaba que la Academia “es una asociación no inscrita y se rige por el Código Civil, sus estatutos y reglamentos” (primer párrafo del Artículo 2°). Esta indicación no fue reproducida en el

(10) La vigente Constitución Política del Perú de 1993 la define como una institución autónoma de Derecho Público:

“Artículo 20.- Colegios Profesionales.

Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público.

La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria”.

texto vigente del Estatuto de 2011 que se limita a referir que es “una entidad no profesional, sin fines de lucro, apolítica y sin propósitos confesionales” (Artículo 1°).

El acuerdo de creación de la Academia Peruana de Derecho estableció que su presupuesto para el año 1968 y las rentas indicadas para cubrir sus egresos serían señalados por el Colegio de Abogados de Lima (Artículo 21).

Se explica esa necesidad porque el mismo texto prevé, por ejemplo, a propósito de los investigadores del Centro de Investigaciones Jurídicas (que se creó simultáneamente con la Academia y que sería dirigido por un Académico), que “la Academia señalará una dotación económica a los investigadores de acuerdo a su presupuesto” (Artículo 16). Y porque se contempla que “la Academia designará al personal de su secretaría administrativa” (Artículo 17), que evidentemente tendría que ser rentado.

De ello resulta entonces que, al menos en un inicio, la habilitación de fondos para el funcionamiento de la Academia y atender ese tipo de gastos provenía del aporte del Colegio de Abogados de Lima. Esta situación no se mantiene a la fecha, sin poder precisar el año a partir del cual el Colegio se desligó por completo de ese compromiso.

Adicionalmente, se dispuso que el local del Colegio serviría como sede a la Academia, “hasta que adquiriera su propio local” (Artículo 20).

A diferencia del acuerdo de creación de 1967, que singularmente consideró sólo los cargos de presidente y secretario, el estatuto de 1994 contempló la existencia de un secretario-tesorero, a quien correspondía llevar las cuentas de la Academia, agregándose que, conjuntamente con el Presidente, administraba los recursos de la Academia (Artículo 17). Pero no se indicaba qué recursos eran esos ni de donde podían provenir. Sin embargo, en los hechos, tales recursos se generaban exclusivamente, en ese tiempo, con el pago de las cuotas anuales por parte de los académicos de número.

El estatuto vigente conserva el cargo de secretario-tesorero, a quien, entre otras funciones, le compete “llevar las cuentas de la Academia, extendiendo las constancias de los pagos o donaciones que se efectúe” (Artículo 37, inciso f).

Actualmente, los recursos de la Academia continúan originándose exclusivamente en las cuotas ordinarias y extraordinarias que están obligados a pagar los académicos de número “puntualmente” (Artículo 12, inciso a) y que puede modificar o fijar, respectivamente, la Asamblea General Ordinaria (Artículo 21, inciso f).

Se ha dado la situación, además, de que, en ciertos casos excepcionales, los directivos de la Academia han asumido el pago de determinados gastos que serían de cargo de la Academia para no afectar los recursos de ésta.

Debe advertirse que el incumplimiento en el pago de tres cuotas ordinarias o una extraordinaria origina la suspensión del académico de número moroso si no efectúa el pago dentro de los quince días naturales siguientes de haber sido requerido para ello.

El pago de las cuotas, de acuerdo con lo previsto en la quinta disposición final del estatuto “es anual, salvo cuando la incorporación del académico de número se haya realizado a partir del mes de julio inclusive, en cuyo caso y por esa única vez el importe será equivalente al 50% de la cuota anual”.

La Academia no cuenta con personal administrativo estable y se sirve de la colaboración del que ponen a su disposición los integrantes de su consejo directivo para la atención de las funciones correspondientes.

Tampoco dispone, hasta la fecha, con un local propio, lo que constituye un grave inconveniente para que pueda desarrollar de manera apropiada sus actividades. No obstante, corresponde señalar que, por Resolución Ministerial N° 346-2001-ED de 16 de julio de 2001, la Academia Peruana de Derecho fue incorporada al grupo de instituciones que pueden utilizar como su sede institucional el inmueble que alberga desde 1979 el denominado Centro Cultural Inca Garcilaso de la Vega, que es un edificio virreinal declarado monumento nacional y que es conocido como

la casa de Osambela o casa de Oquendo, ubicada en el centro de la ciudad de Lima.

Lastimosamente, conforme pudo comprobarlo en el año 2011 una delegación de la Academia a la que se encomendó establecer la factibilidad de instalarse en el referido lugar, el ambiente asignado a la Academia "se encuentra en una situación muy precaria". La restauración que habría que efectuar, no ha podido ser atendida por el Ministerio de Educación por falta de presupuesto y menos aún por la Academia, que no cuenta con fondos suficientes para ello (11).

Por esa razón, la actual directiva de la Academia evalúa otras opciones para que, finalmente, la Academia cuente con un local propio.

A la fecha, la Academia cuenta con un salón ubicado en la sede del Colegio de Abogados de Lima para el desarrollo de sus actividades. Sin embargo, ese espacio no es de su uso exclusivo pues es utilizado por esa institución gremial también para otras actividades ajenas a la Academia, por lo que para contar con ella se requiere de múltiples coordinaciones que deben realizarse con enorme antelación. Ello, como es natural, dificulta seriamente el trabajo de la Academia.

V. Conclusión.

El 16 de septiembre de 1939, con ocasión de su incorporación a la Academia Nacional de Medicina, durante su visita a Lima, el eminente humanista español don Gregorio Marañón, formuló estas reflexiones que me parece particularmente oportuno recordar pues tienen que ver precisamente con la finalidad de las academias (12):

(11) Los dos informes del Académico de Número D. Jorge Santistevan de Noriega referidos a la utilización del local indicado, aparecen en el Anuario de la Academia Peruana de Derecho N° 11 correspondiente a los años 2010-2012, págs. 297 a 299.

(12) Discursos que el Profesor Dr. Gregorio Marañón pronunció en Lima. Publicados por la Universidad Mayor de San Marcos de Lima. Lima, 1940, págs. 60-61. Cfr. igualmente: Gregorio Marañón. Obras completas. Tomo II. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1972, pág. 397, y Gregorio Marañón en el Perú. Recopilación

“Las Academias son siempre útiles porque son, aun en el peor caso, lugares de consejo. Muchas veces son también laboratorios de ciencia o al modo de grandes alambiques donde se purifica y decanta la ciencia tumultuosa de la calle, donde se la da categoría. Pero aunque no fueran todo esto, serían responsables por su solo sentido simbólico, de jerarquía intelectual, que nada pide y que da cuanto la piden; y que, en cambio, se contenta con esa cosa que la necesidad de unos cuantos decenios materialistas ha salpicado de ironías baratas: el honor, el puro honor de ser uno entre unos pocos; honor pueril si se heredara o se recibiera como don arbitrario de la suerte; pero lleno de dignidad cuando supone el premio de un esfuerzo sin mal para nadie, con estímulo para todos; y que se otorga por medio del sufragio ideal que es el de la democracia ejercida por las aristocracias”.

Lima, 13 de agosto de 2016, día en que se celebra la festividad litúrgica del beato Santiago Gapp S. M. (1897-1943).



La inoperancia financiera de una Ley de Fomento de las Academias regionales *

Leopoldo Tolivar Alas **

Doy cuenta en esta comunicación de una experiencia –nada edificante– vivida en relación con la financiación y estímulo de las Academias del territorio en el Principado de Asturias.

En 1997, el Estatuto de Autonomía de Asturias, aprobado por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre y ya entonces modificado por Ley Orgánica 1/1994, de 24 marzo, no contemplaba competencia específica alguna sobre las Academias sitas en dicho Principado que eran, y son, dos: la de Medicina y la de Jurisprudencia. Ambas, en distintos momentos –1973 y 1977–, habían sido creadas desde el Ministerio estatal de Educación y Ciencia cuando no se había desencadenado el fenómeno descentralizador traído por la Constitución de 27 de diciembre de 1978.

La percepción de que, sin transferencia ni atribución expresa, estas Academias se hallaban en un limbo jurídico, algo que más modernamente se confirmaría, llevó a la Real Academia de Medicina del Principado a instar una solución a la Consejería de Cooperación del Principado de Asturias que, atendiendo a esta preocupación, constituyó una comisión en-

* Comunicación a “Finalidad y Financiación de las Academias”, IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica.

** Catedrático de Derecho Administrativo. Presidente de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia.

cargada de redactar un anteproyecto de Ley de Academias, pese a la heterodoxia de legislar sin un título competencial específico previsto en el Estatuto autonómico (1).

Así surgió, con carácter pionero en todo el Estado español, la Ley 5/1997, de 18 de diciembre, de Academias del Principado, cuyo Preámbulo justificaba la competencia del legislador autonómico desde la débil apoyatura en el genérico “fomento de la cultura, con especial referencia a sus manifestaciones regionales”, al que se refería ya el Artículo 10.1.14 del Estatuto de Autonomía. Más adelante, entre los motivos que llevaban a esta novedosa promulgación se añadía que las academias “han sido desde su creación cuerpos asesores de la Administración y exponentes destacados de la cultura en sus diversos campos”. Y por ello, “el Principado de Asturias debe amparar a dichas entidades, procurando para las mismas un estatuto jurídico y unos medios materiales que las preserven, dado su actual estado de carencias, de una extinción de todo punto indeseable”. En fin, se culminaba esta intención preambular expresando que “con la presente Ley se pretende garantizar la permanencia de dichas entidades y fomentar sus actividades, sin duda relevantes para la recuperación de Asturias, partiendo de que la prosperidad de los pueblos guarda directa relación con el cultivo de las artes, las ciencias y las humanidades”.

Tan ambiciosos propósitos se llevaban igualmente al articulado del texto legal, en cuyo artículo 5.1 puede leerse que “la función de fomento, ayuda y, en su caso, coordinación con las academias corresponde a las Consejerías que sean competentes por razón de la finalidad que cada una desarrolla”. A la entonces denominada de Cooperación, se le asignaban las funciones administrativas inherentes a la institución y régimen jurídico de funcionamiento y la sede y llevanza de un Registro de Academias del Principado. La creación o modificación estatutaria de las academias se realizaría, a partir de la entrada en vigor de la ley, mediante decreto del

(1) Era titular de la Consejería Don José Ramón García Cañal. La Comisión estuvo integrada por Don Rafael Juesas Martínez, Director Regional de Función Pública, Don Juan Manuel Junceda Avello, Secretario de la Real Academia de Medicina del Principado y por el miembro de número de la Academia de Jurisprudencia de Asturias, Leopoldo Tolivar Alas.

Consejo de Gobierno, a iniciativa propia o mediante solicitud de los particulares que promovieran su constitución. Una disposición final de esta Ley 5/1997, faculta al Consejo de Gobierno para que adopte las medidas necesarias y dicte las disposiciones adecuadas para el desarrollo, eficacia y ejecución de la norma.

En cumplimiento de dicho marco legal, la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, que tengo el honor de presidir, está inscrita en el Registro de Academias del Principado (2) y ha visto aprobados por la Comunidad Autónoma sus nuevos Estatutos, dos veces modificados por el mismo procedimiento (3).

La importancia de la Ley y su originalidad en el contexto autonómico español, llevó a que, en la siguiente modificación del Estatuto de Autonomía de Asturias, operada por Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, incluyera como de exclusiva competencia del Principado las Academias con domicilio social en la región (Artículo 10.1.19).

Pese a tan claros propósitos del legislador y a la nitidez de sus previsiones, a los casi diecinueve años transcurridos desde la promulgación de la ley autonómica de Academias, cuyo Artículo 5.1 señala, como se ha dicho, que “la función de fomento, ayuda, y en su caso, coordinación con las academias corresponde a las Consejerías que sean competentes por razón de la finalidad que cada una desarrolla” (Cultura, Justicia, Sanidad, Administraciones Públicas...), ninguna Consejería ha fomentado o ayudado a estas Academias ni dinerariamente ni mediante la cesión de medio material o personal alguno o, en fin, mediante convocatorias de subvenciones en la que los fines de este tipo de entidades tengan un claro encaje.

(2) Esta Academia, cuyo Presidente de Honor es el actual Rey de España, en 1991 Príncipe de Asturias, está integrada, como Asociada, en el Instituto de España, organismo que aglutina a todas las Reales Academias españolas, desde el 24 de septiembre de 2013.

(3) Decreto 24/2012, de 15 de marzo, por el que se aprueban los Estatutos de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, modificado por el Decreto 96/2013, de 6 de noviembre y por el Decreto 168/2015, de 30 de septiembre.

Todo ello pese a que, con el formulismo que acompaña a toda Ley en España –y similarmente en otros países, el promulgador de la disposición agrega antes de la firma sancionadora: “Por tanto, ordeno a todos los ciudadanos a quienes sea de aplicación esta Ley coadyuven a su cumplimiento, así como a todos los Tribunales y autoridades que la guarden y la hagan guardar”.

Para colmo, como efecto de la crisis económica virulentamente manifestada hace una década, el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, que hasta 2011 incluía en sus convocatorias de subvenciones a las academias regionales, suprimió en los cinco últimos ejercicios toda ayuda a las academias que no tengan ámbito estatal, como puede advertirse en la Orden de 29 de octubre de 2013, o en la más reciente Orden de 23 de marzo de 2016, por las que se convocan subvenciones destinadas a financiar el desarrollo de actividades de Reales Academias y Academias de ámbito nacional. Desentendimiento estatal obviamente descoordinado con una eventual atención regional que, en Asturias como en otras muchas Comunidades Autónomas, apenas se produce, con honrosas excepciones.

Parece no ya de justicia, sino de estricta legalidad que si el Estatuto de Autonomía declara de exclusiva competencia del Principado las Academias con domicilio social en Asturias (Artículo 10.1.19) y la Ley 5/1997, de 18 de diciembre garantiza el fomento y ayuda de la Administración, no exista consignación presupuestaria alguna ni medida de estímulo a favor de estas corporaciones de derecho público a lo largo de casi dos décadas.

Siempre ha habido leyes puramente programáticas, igual que en el ámbito penal subsisten las leyes en blanco con remisiones a veces muy inconcretas. Pero este es un caso sangrante de incumplimiento legal por parte de las autoridades concernidas que debieran guardar y hacer guardar la ley.

El ordenamiento procesal español permite, en vía contencioso-administrativa, el recurso por inactividad de la Administración, previsto en el Artículo 29. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en el que puede leerse que “cuando la Administración, en virtud de una disposición general que

no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración". Pero una vez más, el ordenamiento es imperfecto ya que la Administración potencialmente demandada podría escudarse en la inconcreción del "*petitum*", ya que la Ley no dice cómo ni en cuánto ha de ayudarse a las Academias y, por otra parte, el Consejo de Gobierno tampoco ha desarrollado el texto legal, como este mismo preveía. Ello, sin contar –y es pura anécdota– las colisiones de intereses que se podrían producir en un pequeño territorio como el Principado de Asturias, donde el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo es miembro de número de la Real Academia de Jurisprudencia, cuyo secretario, a su vez, es magistrado de la referida Sala jurisdiccional.

En suma, no deja de ser decepcionante, comprobar, una vez más, el escaso poder subsanador o taumatúrgico de algunas leyes ante los problemas que dicen querer superar.



Protocolo de colaboración entre las Academias Españolas de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales y creación de la Conferencia Española de las Academias y Reales Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales y su Secretariado permanente

José María Rosales de Angulo *

I. Exposición de motivos

Las Academias y Reales Academias españolas de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Sociales y Jurídicas, junto a sus homólogas hispano-americanas, celebraron en la ciudad de Granada durante los días 3 al 5 de noviembre de 1994, el I Encuentro de dichas instituciones acordando, entre otros puntos, promover, fomentar y consolidar el respeto a los Derechos Humanos y al Estado de Derecho, en conformidad a los principios y fines de las Naciones Unidas, así como establecer instrumentos

* Representante de la Academia de de Derecho de Granada, España.

de colaboración recíproca, para el fortalecimiento de la confraternidad entre los Académicos que las integran, de la difusión de la cultura jurídica y de la función social que les son propias.

En su virtud, aprobaron la creación de la Conferencia de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, suscribiendo el oportuno Protocolo de Colaboración y aprobando los Estatutos de su Secretariado Permanente.

En el VIIIº Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, celebrado en Santiago de Chile durante los días 22 a 24 de noviembre de 2011, los Presidentes o Representantes de las Academias españolas asistentes, fuera del Programa de Trabajo, comentaron el hecho de no estar constituida la Conferencia Española de Academias de Legislación y Jurisprudencia, aunque sí la Iberoamericana.

Con motivo del 180º Aniversario de la creación de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, celebrado en Valencia el día 31 de enero de 2013, en la sesión informativa efectuada tras los actos conmemorativos de la efeméride, los Presidentes o Representantes de las Academias españolas coincidieron en la oportunidad de constituir la Conferencia de las Academias españolas de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales, encargando a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, que ya había confeccionado el Protocolo y Estatutos de la Conferencia Iberoamericana, la redacción del proyecto normativo, lo que fue debidamente aceptado, sirviendo como base y antecedente el aprobado en su momento de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Ciencias Sociales y Jurídicas.

II. Ámbito de la colaboración

La colaboración entre las Academias que suscriben este Protocolo, una vez ratificado por sus órganos competentes, se extenderá todos los ámbitos propios de su actividad y en especial a los siguientes:

1º. Colaboración científica

Con el fin de promover y fomentar el desarrollo de las Ciencias Jurídicas y Sociales, las diferentes Academias que suscriben este Protocolo cooperarán en los siguientes objetivos:

a) La difusión de los eventos y trabajos realizados en las diferentes Academias, mediante la información a todas ellas de las actividades que puedan resultar de interés y la recíproca remisión de las Memorias Anuales de cada una de ellas.

b) El intercambio entre las diferentes Academias de las publicaciones efectuadas por las mismas, remitiendo a todas las que cualquiera de ellas realice.

c) El estímulo de trabajos en temas comunes, la edición de un boletín común y las publicaciones de los trabajos e investigaciones realizados por los Académicos de las diferentes Academias en las revistas de las demás.

d) La remisión a las diferentes Academias de los catálogos que cada Academia tenga confeccionados en su propia biblioteca para propiciar la elaboración de una base de datos que integre las publicaciones existentes en las Academias o sean disponibles por las mismas.

2º. Colaboración personal

Con el fin de fomentar la relación entre sus Académicos miembros, las diferentes Academias que suscriben el presente Protocolo también cooperarán en los siguientes objetivos:

a) El establecimiento de lazos de confraternidad entre los Académicos miembros de las diferentes Academias.

b) El tratamiento de los Académicos de las diferentes Academias desplazados a las ciudades en las que tengan sede otras Academias como si fueren miembros de las mismas, permitiéndoles utilizar sus instalaciones en régimen de igualdad.

c) El apoyo bibliográfico recíproco entre los Académicos de las diferentes Academias, facilitando informaciones y materiales para sus respectivas investigaciones.

d) La organización de cursos, conferencias o seminarios que incluyan Académicos de las diferentes Academias dentro de los programas científicos y actividades culturales que cada una de ellas organice.

3°. Colaboración institucional

Con el fin de coordinar sus actividades, entre sí y con otras organizaciones, las diferentes Academias que suscriben este Protocolo cooperarán asimismo en los siguientes objetivos:

a) La organización periódica de Congresos, Generales o Sectoriales, de las Academias miembros de la Conferencia.

b) La organización de Actos Académicos comunes a todas o a varias de las Academias miembros de la Conferencia.

c) La colaboración con otras Academias de diferentes ámbitos sectoriales o geográficos, Universidades y otras entidades y organizaciones dedicadas al Derecho y a las Ciencias Jurídicas y Sociales.

d) La colaboración con organizaciones internacionales y, especialmente, con el Congreso, Mesa Permanente y Conferencia de las Academias de Ciencias Sociales y Jurídicas de Iberoamérica.

III. Instrumento de la colaboración

A fin de hacer factible una colaboración estable entre las diferentes Academias de Jurisprudencia, Legislación, Ciencias Jurídicas y Sociales que suscriben el presente Protocolo, constituyen como marco estable de la misma la Conferencia de Academias Españolas de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales, así como su Secretariado Permanente, con objeto de facilitar la cooperación en los ámbitos de actividad que son propios de dichas Academias.

Dicho Secretariado Permanente queda abierto a la adhesión de otras Academias dedicadas en todo o parte al Derecho, la Jurisprudencia, la Legislación o las Ciencias Jurídicas y Sociales que lo deseen y sean aprobadas mayoritariamente por el Consejo de Delegados.

Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Academia Asturiana de Jurisprudencia.

Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares.

Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya.

Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid.

Secretariado Permanente de la Conferencia Española De las Academias y Reales Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales.

REGLAMENTO.

TÍTULO I.

DENOMINACIÓN, DURACIÓN, FINES, MIEMBROS Y SEDE.

ARTÍCULO 1.

Denominación y duración.

Con la denominación de Secretariado Permanente de la Conferencia Española de Academias y Reales Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales se constituye un órgano de trabajo para la cooperación y fomento de la colaboración de las Academias de estas materias que existen o puedan existir en el futuro en el territorio del Estado Español.

Su funcionamiento tendrá duración indefinida, comenzando su actividad desde que el Protocolo constituyente sea ratificado por la tercera parte de las Academias que lo suscriban y se disolverá conforme a lo previsto en el presente Reglamento.

ARTÍCULO 2.**Fines.**

Los fines del Secretariado Permanente de la Conferencia Española de Academias y Reales Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales consisten en coordinar la cooperación entre las Academias miembros de la misma, en todos los ámbitos propios de su actividad y, en especial, de los siguientes:

1. La colaboración científica con objeto de promover y fomentar el desarrollo de las Ciencias Jurídicas y Sociales, para lo que las diferentes Academias cooperarán en los siguientes objetivos:

e) La difusión de los eventos y trabajos realizados en las diferentes Academias, mediante la información a todas ellas de las actividades que puedan resultar de interés y la recíproca remisión de las Memorias Anuales de cada una de ellas.

f) El intercambio entre las diferentes Academias de las publicaciones efectuadas por las mismas, remitiendo a todas las que cualquiera de ellas realice.

g) El estímulo de trabajos en temas comunes, la edición de un boletín común y las publicaciones de los trabajos e investigaciones realizados por los Académicos de las diferentes Academias en las revistas de las demás.

h) La remisión a las diferentes Academias de los catálogos que cada Academia tenga confeccionados en su propia biblioteca para propiciar la elaboración de una base de datos que integre las publicaciones existentes en las Academias o sean disponibles por las mismas.

2. La colaboración personal con objeto de fomentar la relación entre sus Académicos miembros, para lo que las diferentes Academias también cooperarán en los siguientes objetivos:

e) El establecimiento de lazos de confraternidad entre los Académicos miembros de las diferentes Academias.

f) El tratamiento de los Académicos de las diferentes Academias desplazados a las ciudades en las que tengan sede otras Academias como

si fueren miembros de las mismas, permitiéndoles utilizar sus instalaciones en régimen de igualdad.

g) El apoyo bibliográfico recíproco entre los Académicos de las diferentes Academias, facilitando informaciones y materiales para sus respectivas investigaciones.

h) La organización de cursos, conferencias o seminarios que incluyan Académicos de las diferentes Academias dentro de los programas científicos y actividades culturales que cada una de ellas organice.

3. La colaboración institucional con objeto de coordinar sus actividades, entre sí y con otras organizaciones, para lo que las diferentes Academias cooperarán asimismo en los siguientes objetivos:

e) La organización periódica de Congresos, Generales o Sectoriales, de las Academias miembros de la Conferencia.

f) La organización de Actos Académicos comunes a todas o a varias de las Academias miembros de la Conferencia.

g) La colaboración con otras Academias de diferentes ámbitos sectoriales o geográficos, Universidades y otras entidades y organizaciones dedicadas al Derecho y a las Ciencias Jurídicas y Sociales.

h) La colaboración con organizaciones internacionales y, especialmente, con el Congreso, Mesa Permanente y Conferencia de las Academias de Ciencias Sociales y Jurídicas de Iberoamérica.

ARTÍCULO 3.

Academias miembros de la Conferencia y de su Secretariado Permanente.

1. Serán miembros de la Conferencia Española de Academias y Reales Academias de Jurisprudencia, Legislación y Ciencias Jurídicas y Sociales y de su Secretariado Permanente las Academias que existan en territorio español que suscriban y ratifiquen el Protocolo por el que se constituye, o las que posteriormente se adhieran al mismo.

2. Deberán estar legalmente constituidas y dedicadas en todo o en parte al Derecho, la Jurisprudencia, la Legislación o a las Ciencias Jurídicas y Sociales, sin perjuicio de su carácter local, autonómico o estatal.

3. La solicitud de adhesión deberá dirigirse al Secretariado Permanente, que lo someterá al Consejo de Delegados que decidirá por mayoría.

4. Las Academias miembros de la Conferencia podrán solicitar libremente su baja mediante escrito al Secretariado Permanente, baja que surtirá efectos desde que sea recibida.

5. Asimismo el Consejo de Delegados podrá excluir a cualquier Academia por grave incumplimiento de los deberes asumidos o por apartarse de los fines de la Conferencia, siempre mediante resolución motivada.

ARTÍCULO 4.

Sede y Delegaciones.

La sede de la Conferencia y de su Secretariado Permanente podrá ser fija o rotatoria, conforme acuerdo a adoptar por la Junta de Delegados, que igualmente podrá establecer delegaciones o representaciones estables o temporales para el mejor cumplimiento de sus fines.

TÍTULO II.

ORGANIZACIÓN DEL SECRETARIADO PERMANENTE DE LA CONFERENCIA ESPAÑOLA DE ACADEMIAS Y REALES ACADEMIAS DE JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

ARTÍCULO 5.

Organización del Secretariado Permanente.

El Secretariado Permanente tendrá la siguiente estructura organizativa:

- a) El Consejo de Delegados.
- b) El Presidente.
- c) Los Vicepresidentes.
- d) El Director.

ARTÍCULO 6.

El Consejo de Delegados.

El órgano supremo de la Conferencia y de su Secretariado Permanente será el Consejo de Delegados, integrado por el Presidente o Director de cada una de las Academias miembros o el Académico en quien aquél hubiere delegado.

Corresponde al Consejo de Delegados la gestión colegiada de la Conferencia y de su Secretariado Permanente, con las más amplias facultades para el cumplimiento de sus fines y, especialmente:

1. La elección del Presidente y Vicepresidentes, la designación del Director, la constitución de otros órganos y Comisiones de Trabajo, con aprobación de sus normas y designación de sus componentes.

2. El examen y aprobación en su caso de las cuentas y presupuestos que formule el Director, así como determinar los medios para financiarlos.

3. La convocatoria de Congresos y otros eventos de la Conferencia, con determinación del lugar, fechas y requisitos exigidos.

4. El establecimiento de convenios con otras Academias, Universidades y otras entidades u organizaciones públicas o privadas.

5. La aprobación de la adhesión a la Conferencia y su Secretariado Permanente de otras Academias que lo deseen, así como la exclusión de cualquier Academia cuando por grave incumplimiento de sus deberes o apartamiento de los fines del Secretariado Permanente resultase procedente.

6. La modificación del presente Reglamento y la aprobación de otras normas de funcionamiento.

7. La disolución del Secretariado Permanente.

8. La organización del propio Secretariado Permanente.

ARTÍCULO 7.**Funcionamiento del Consejo de Delegados.**

1. El Consejo de Delegados se reunirá al menos una vez al año y será convocado por el Presidente de propia iniciativa o a petición de tres de sus miembros, mediante comunicación escrita cursada con un mes de antelación como mínimo, en la que se exprese el lugar, fecha y orden del día de la reunión.

2. Su válida constitución requerirá la asistencia personal o mediante representante de más de la mitad de sus componentes y los acuerdos se adoptarán por mayoría, salvo los de modificación normativa o disolución del Secretariado Permanente que requerirán el voto favorable de los dos tercios de los miembros del Consejo.

3. El Presidente dirigirá el debate y tendrá voto dirimente en caso de empate.

4. El Secretario General extenderá acta de la sesión que, con el visto bueno del Presidente, será remitida a todas las Academias miembros de la Conferencia, hayan o no asistido a la reunión.

ARTÍCULO 8.**Adopción de acuerdos por escrito y sin sesión.**

El Consejo de Delegados podrá sustituir la celebración de sus reuniones por el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito, a propuesta de la Presidencia y siempre que no se opongan a dicho procedimiento más de un tercio de sus miembros.

En tales casos la Presidencia cursará por escrito la propuesta de acuerdo formulada, de propia iniciativa o a petición de tres miembros del Consejo de Delegados; durante el plazo de un mes los miembros del Consejo expresarán su oposición al procedimiento o su voto sobre la propuesta en escrito dirigido al Director; y, transcurrido dicho plazo, el acuerdo quedará aprobado siempre que se hubieren recibido los votos favorables de más de la mitad de los miembros del Consejo, salvo que también hubiesen expresado su oposición al procedimiento escrito más de la tercera parte de tales miembros.

El Director del Secretariado Permanente, en funciones de Secretario del Consejo de Delegados, extenderá acta sucinta del desarrollo del procedimiento seguido, de la propuesta formulada, de las contestaciones recibidas en el plazo antes expresado y de los acuerdos que en su caso queden aprobados, acta que será remitida a todas las Academias miembros de la Conferencia.

ARTÍCULO 9.

El Presidente del Consejo de Delegados.

El Consejo de Delegados elegirá de entre sus miembros Presidente, que será órgano unipersonal permanente de gobierno y representación de la Conferencia y su Secretariado. Su mandato será de dos años y podrá ser reelegido.

Corresponde al Presidente regir y representar la Conferencia y el Secretariado Permanente con las más amplias facultades para cuantos asuntos se refieran a su objeto y especialmente:

1. Representar a la Conferencia y a su Secretariado Permanente ante toda clase de autoridades, personas o instituciones nacionales o internacionales, públicas o privadas.
2. Presidir las reuniones del Consejo de Delegados y cuantos otros órganos o actos organice la Conferencia y su Secretariado Permanente.
3. Convocar el Consejo de Delegados, fijando lugar, fecha y orden del día, o proponer la adopción de acuerdos por escrito sin celebrar sesión al respecto, de propia iniciativa o a petición de tres Delegados.
4. Otorgar el visto bueno a las actas y certificaciones.
5. Ordenar los pagos.

ARTÍCULO 10.

Los Vicepresidentes.

El Consejo de Delegados designará de entre sus miembros uno o varios Vicepresidentes para que sustituyan al Presidente en caso de vacante o imposibilidad, además de desarrollar las funciones concretas que

éste les encomiende. Sus mandatos serán por plazo de dos años, siendo reelegibles.

ARTÍCULO 11.

El Director.

El Consejo de Delegados designará un Director, de entre los Académicos miembros de las Academias integrantes del Secretariado Permanente, cuyo mandato será de dos años, pudiendo ser reelegido. El Director auxiliará al Presidente en sus funciones y desempeñará además las siguientes funciones:

1. Llevar la ordinaria administración del Secretariado Permanente, ejecutar los acuerdos del Consejo de Delegados y las instrucciones que reciba del Presidente.

2. Actuar de Secretario del Consejo de Delegados y de todos los órganos, reuniones del Secretariado Permanente y Congresos de la Conferencia, levantando actas, que suscribirá con el visto bueno del Presidente; y custodiar los libros de actas, la correspondencia y los archivos, expidiendo con cargo a los mismos las oportunas certificaciones, siempre con el visto bueno del Presidente.

3. Administrar los fondos del Secretariado Permanente, que estarán integrados por las subvenciones y ayudas que reciba, así como las rentas de los mismos, haciendo efectivos los pagos que ordene el Presidente y rindiendo cuentas anualmente al Consejo de Delegados.

4. En general, ejercer cuantas otras competencias no estén expresamente atribuidas a otro órgano del Secretariado Permanente.

TÍTULO III.

COMISIONES DE TRABAJO Y ACADÉMICOS COLABORADORES.

ARTÍCULO 12.

Las Comisiones de Trabajo.

El Consejo de Delegados podrá constituir Comisiones de Trabajo con fines específicos, estableciendo las normas para su funcionamiento y

designando la persona que haya de presidirlas, que en todo caso habrá de ser Académico de alguna de las Academias miembros del Secretariado Permanente.

Los dictámenes, propuestas o ponencias de dichas Comisiones serán sometidos a la consideración del Consejo de Delegados, de la Conferencia o de los Congresos de Academias en su caso.

ARTÍCULO 13.

Los Académicos Colaboradores.

El Presidente podrá designar Académicos Colaboradores del Secretariado Permanente, miembros de cualquiera de las Academias integrantes del mismo, sometiéndolo a ratificación del Consejo de Delegados. A dichos Académicos les encomendará los trabajos o funciones específicas que estime pertinentes.

TÍTULO IV.

MODIFICACIONES DEL REGLAMENTO Y DISOLUCIÓN DEL SECRETARIADO PERMANENTE.

ARTÍCULO 14.

Modificaciones del Reglamento.

El acuerdo de modificación del presente Reglamento deberá ser sometido a debate y aprobado por el Consejo de Delegados con el voto favorable de las dos terceras partes de todas las Academias que lo integran.

ARTÍCULO 15.

Disolución del Secretariado Permanente.

Igualmente será necesario el voto favorable de las dos terceras partes de todas las Academias integrantes para la disolución del Secretariado Permanente, tras el oportuno debate en el Consejo de Delegados.

El propio acuerdo de disolución designará uno o varios liquidadores, entendiéndose que de no hacerlo el Presidente queda investido de tal

condición. Los fondos y bienes que resulten de la liquidación serán repartidos por igual entre todas las Academias de Jurisprudencia y Legislación que existan en territorio español.



Los nuevos caminos para la financiación de las Academias: la Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Luis María Cazorla Prieto *

Sumario: I. Introducción. II. Estallido del problema. III. En el origen histórico está el camino que lleva a la solución. IV. Los cimientos básicos del proyecto Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. V. La realidad de la Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. VI. Conclusión.

I. Introducción

En el año 2011 la situación económica de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación llegó a ser casi angustiada. Hasta tal punto fue esto así que el anterior Tesorero y luego hasta hace poco Vicepresidente de la Real Academia expuso con toda crudeza tal situación, afirmando en el Pleno de Académicos de Número, mitad en serio, mitad en broma, que deberíamos ir al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, departa-

* Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Presidente Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

mento con el que las Reales Academias se relacionan en España, y entregar las llaves del imponente edificio madrileño de la calle del Marqués de Cubas, una vez cerrado a cal y canto y clausuradas todas sus actividades.

Sin necesidad de llevar las cosas a tal extremo, esta chispeante afirmación suscitaba al rojo vivo algo inesquivable para la vida de las Academias: la búsqueda de nuevas vías de financiación al margen de las tradicionales, que, escasas de por sí, habían sido notablemente mermadas por el estado.

II. Estallido del problema

La crisis económica que, aunque con precedentes (1), estalló en 2008, trajo consigo, entre otras muchas consecuencias, el incremento de los déficits presupuestarios hasta límites inaceptables, que recomendaron dentro de la Unión Europea políticas acentuadas de restricción del gasto público.

En paralelo a este proceso, según veo yo las cosas, había ido corriendo en ciertas esferas influyentes de carácter socio-político la idea de que la labor de las Reales Academias, a excepción quizás de la por excelencia, la Española de la Lengua y alguna otra, era innecesaria o, al menos, inmerecedora de la ayuda económica que recibían del Estado en forma de subvención presupuestaria.

El resultado de la confluencia de estos dos poderosos factores, sobre todo el primero, fue funesto para la vida de las Reales Academias en España: el recorte de las subvenciones que figuran en los Presupuestos Generales del Estado español para estas Corporaciones fue drástico. En concreto, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación vio la subvención presupuestaria que recibía aminorada en ¡un cincuenta por ciento más o menos!

(1) He escrito al respecto en "Crisis Económica y Transformación del Estado", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2009 y en "El gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica", discurso leído por Luis María Cazorla Prieto el día 15 de noviembre de 2010 en el acto de mi recepción como Académico de Número.

Esta nueva situación afectó a todas las Reales Academias de España, pero más a unas que a otras. La de Jurisprudencia y Legislación estaba en el grupo de las más afectadas por la sencilla razón de que a comienzos de la década que vivimos, como he apuntado ya, el 90 por 100 aproximadamente de su financiación procedía de las subvenciones y solo el 10 por 100 constituían los recursos propios.

III. En el origen histórico está el camino que lleva a la solución

1. Reinante está circunstancia, el Pleno de mis compañeros y amigos Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, a propuesta de su entonces Presidente el gran maestro siempre recordado don Luis Díez-Picazo y bajo inspiración de nuestro actual Vicepresidente y entonces Secretario General el ilustre y selecto jurista don Rafael Navarro-Valls, me designó Tesorero de la Corporación con el implícito encargo de sacar la situación de esta del pozo negro de la acusada necesidad económica en la que estaba sumida.

La tarea que se me encomendó no era sencilla. Puse a su servicio la gran ilusión con la que me acababa de incorporar a la Corporación como Académico de Número –leí el discurso de ingreso en noviembre de 2010–, y mi relación y experiencia con el mundo económico, de la abogacía y de las editoriales por los cargos y funciones que he desempeñado y desempeñaba en ese momento.

2. Comparto con el Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación interés por la historia y ... por el atletismo. Él como eminente historiador del Derecho y yo como enorme aficionado que pretende satisfacer tal interés con lecturas y la redacción de las novelas históricas a lo que tanto me entrego.

Y en la historia encontré el camino que había que seguir para afrontar el empeño para cuyo logro tanta confianza me habían dispensado mis compañeros encabezados primero por don Luis Díez-Picazo y después por don José Antonio Escudero.

Si, se en la historia creí encontrar el camino.

Como ha puesto de relieve en sus encomiables publicaciones nuestro compañero el ilustre privatista y hombre de mil saberes don Antonio

Pau (2), las Reales Academias empiezan a nacer en España con la señera, la Española, a principios del siglo dieciocho como fruto de dos impulsos: el de la Corona, en aquel momento personificación del Estado en ciernes, y el de la sociedad encabezada por los ilustrados, generalmente nobles o pertenecientes a las capas más aristocráticas de aquella sociedad (3). Estos dos impulsos se nutrían de iniciativas, ideas y reconocimientos de carácter inmaterial, pero también de apoyo económico plasmado de muchas formas, incluida la cesión de sedes.

3. Ahí estaba la clave, la vida de las Academias, al menos de la que yo me honro en formar parte, debía nutrirse de lo público, hoy del Estado contemporáneo entendido en sentido amplio, y de lo privado, es decir, del sector de la sociedad interesado por su objeto en las corporaciones académicas, en nuestro caso, de la sociedad jurídica.

Había que superar, pues, que los recursos propios de la Real Academia a la que pertenezco se limitaran a un 10 por 100 de los totales, es decir, expresado en ideas, que la sociedad jurídica no diera la espalda a la

(2) La última "La Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y su colección fotográfica de retratos", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2016.

(3) Como he escrito en "Felipe VI en las Reales Academias", Tercera del ABC, 16 de octubre de 2014: "En pocos actos como este se entrelazan pasado, presente y futuro reflejados en unas corporaciones multiseculares como las académicas.

Los aires renovadores que trajeron los Barbones a España alentados por el racionalismo francés favorecieron que Juan Manuel Fernández Pacheco, octavo marqués de Villena –después de una intensa vida militar y política de la que da noticia Víctor García de la Concha en su monumental obra sobre la Real Academia Española–, impulsara la creación de la Real Academia de la Lengua y obtuviera de Felipe V la correspondiente cédula el 3 de octubre de 1714. A partir de ahí, el nacimiento de las restantes se escalona históricamente hasta componer con la española las ocho que forman parte del Instituto de España.

Es interesante advertir que las Reales Academias nacen con un sentido que, a pesar del transcurso de los años, se mantiene hoy. Son entidades surgidas de la sociedad, a las que los poderes públicos reconocen el valor de las funciones que desarrollan, por lo que les otorgan reconocimiento jurídico y sostén económico; no son en modo alguno Administración del Estado".

financiación de una Corporación que debía constituir el enlace entre el Estado y la sociedad, con responsabilidades como la económica compartidas por ambos.

En las Academias confluyen tanto el interés público como el privado, y uno y otro se han de empeñar por igual en financiarlas, exigiéndoles, naturalmente, que cumplan debidamente sus tareas, aspecto al que me referiré más adelante.

IV. Los cimientos básicos del proyecto Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

1. El ambicioso proyecto de incorporar la sociedad jurídica a la vida de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación entendida esta vida también en el aspecto económico de su financiación requería zanjar varias cuestiones fundamentales, a saber:

- La orgánica o figura jurídica a través de la cual se realizaría.
- La delimitación de los integrantes de la sociedad jurídica a la que habría que dirigirse.
- La material o de contenido, que, a su vez, comprendía dar respuesta a, primero, qué ofrecer a los integrantes de la sociedad a los que se apelara, y, segundo, qué pedirle a cambio.
- La articulación armoniosa de la relación de la Real Academia con la nueva entidad que canalizaría la incorporación de la sociedad en la actividad de aquella.
- La definición de la forma estable de contribución económica de la entidad que se creara al sostenimiento de la Real Academia.

2. Después de mucho pensarlo y en parte inspirado en el precedente de la Real Academia de la Lengua se llegó a las siguientes respuestas para todo lo anterior:

a. Se optó por la fundación como estructura jurídica que facilitaba más ventajas fiscales, para el empeño que nos proponíamos.

b. No fue fácil la delimitación de los integrantes de la sociedad jurídica a los que habrá que apelar. Al cabo, llegué a la conclusión de que

tenían que proceder de tres categorías; despachos de abogados y dentro de ellos grandes, medianos y pequeños, colegios profesionales de carácter jurídico, y, por fin, editoriales de objeto jurídico.

c. En cuanto al contenido material, es decir, lo que la Real Academia ofrecía y lo que se pedía a los integrantes de la sociedad jurídica, tuve que hacer un esfuerzo de reflexión para no acercarme a estos últimos solo con palabrería sin contenido correcto.

Habría sido muy desacertado acudir a terceros del mundo jurídico pidiéndoles exclusivamente dinero para que la Real Academia pudiera salir del mal trance en el que se encontraba. Así pues, antes de nada, se les ofreció entrar a participar en la vida de la Real Academia a través del instrumento de la Fundación y en particular a:

– La incorporación personal de alguno de ellos a las tareas de la Real Academia a través de la figura del Académico Correspondiente que paralelamente ha sido potenciada.

– La iniciativa en la propuesta, instrumentada en el marco del plan fundacional de actuaciones, de actividades desarrollables en la sede de la Real Academia, y, además, como propias de esta Corporación.

– La utilización, con respeto al marco general de las actividades de la Real Academia, de las instalaciones de esta entidad. Esto es particularmente atractivo, puesto que en 2017 se sumará dentro de las instalaciones académicas al histórico actual un nuevo edificio contiguo dotado de medios acompasados a los tiempos que corren.

– El reconocimiento honorífico a la ayuda prestada –no olvidemos que los honores que puede dispensar la Real Academia tienen su valor en el mercado jurídico– en forma de concesión a los patronos aportantes de fondos de la medalla de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación según lo previsto en sus estatutos.

– La participación directa y no solo económica en nuevos e importantes proyectos de la Real Academia como el Diccionario Jurídico a punto de aparecer, y el premio a la excelencia en el jurista que ya cuenta con dos ediciones.

– La participación en el gobierno de la Fundación junto con miembros de número de la Real Academia.

En suma, se ofreció la posibilidad de participar en un ambicioso programa que contribuyera a potenciar la Real Academia como centro de la excelencia jurídica, y como foro privilegiado para el tratamiento riguroso de temas jurídicos de siempre y de actualidad. En otras palabras, se demandó la colaboración para que la Corporación jurídica por excelencia recuperara el papel señero que alcanzó en ciertos momentos de la historia de España.

Pero todavía no puedo dejar de referirme al capítulo del contenido o de lo pedido a los integrantes de la sociedad jurídica a los que apelé.

Como he señalado antes, lo que se les demandó tenía una doble vertiente: funcional y económica.

Funcionalmente se les brindaba entrar a participar en la vida de la Real Academia tomando parte en las actividades de esta o en las que ellos mismos propusieran a través del plan de actividades de la Fundación y su desarrollo.

En lo económico, opté por pedir aportaciones a la Fundación de cuantía moderada y prolongada en el tiempo, extremos que, junto con los incentivos fiscales a los que son acreedoras este tipo de aportaciones en el Derecho español, hacían el esfuerzo económico más soportable en el tiempo. La cantidad pedida ascendió a cuatro entregas de 15.000 euros cada una de ellas.

V. La realidad de la Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

1. La respuesta de la sociedad jurídica obtenida a la luz de los planteamientos desarrollados en este documento fue muy satisfactoria. Despachos de abogados, entre ellos grandes, medianos y pequeños, colegios profesionales y una editorial jurídica se sumaron con entusiasmo y generosidad al proyecto. Dos más, un despacho y un colegio profesional, se adhirieron poco después.

Relación actual de patronos: Comisión Delegada:

– **Presidente:** D. Luis María Cazarla Prieto, Académico de Número.

– **Vicepresidente:** D. Javier Moscoso del Prado y Muñoz, en representación de Thomson Reuters Aranzadi.

– **Secretario:** D. Santiago Martínez Garrido, Académico Correspondiente.

– **Vicesecretario:** D. Rafael Piqueras Bautista, Académico Correspondiente.

– **Tesorero:** D. Alejandro Blázquez Lidoy, Académico Correspondiente.

Patronos:

– D. Rafael Navarro-Valls, Académico de Número.

– D. Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Académico de Número.

– D. Francisco Pérez-Crespo Payá, en representación de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, S. L. P.

– D. Luis María Díez-Picazo Giménez, Académico Correspondiente.

– D. Manuel Garzón Vicente, Académico Correspondiente.

– D. José Manuel García Collantes, en representación del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

– D. Gonzalo Aguilera Anegón, en representación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Bienes Muebles de España.

– D. Blas Jesús Imbroda Ortiz, en representación del Consejo General de la Abogacía Española.

– D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en representación del Consejo General de los Procuradores de los Tribunales.

– D. Luis de Carlos Bertrán, en representación de Uría & Menéndez Abogados, S. L. P.

– D. Jaime Velázquez Vioque, en representación de Clifford Chance, S. L.

– D. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, Académico Correspondiente.

– D. José Manuel Serrano Alberca, en representación de Serrano Alberca & Conde Abogados S. L. P.

– D. Pedro Alberto Ramón y Cajal Agueras, en representación de Ramón & Cajal Abogados, S. L. P.

– D. Francisco Antonio Peña González, en representación de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.

– D. Carlos Rodríguez-Quiroga Menéndez, en representación de Rodríguez Quiroga Abogados, S. L.

– D. Ignacio Gómez-Sancha Trueba, en representación de Dla Piper Spain, S. L.

– D. Fernando Vives Ruiz, en representación de J & Garrigues, S. L. P.

– D. José María Alonso Puig, en representación de Baker & McKenzie, S. L. P.

– D. Miquel Roca Juyent, en representación de Roca Junyent, S. L. P.

– D. Miguel Riaño Pombo, en representación de Herbert Smith Freehills Spain;

– D. Rafael Lara Hernández, en representación del Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales de España.

2. Los cimientos básicos de lo que fue el proyecto de Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación se plasman en la realidad actual de la Fundación en los siguientes términos jurídicos:

a. **Objeto:** Según el número 1 del artículo 3 de sus estatutos:

“Son fines de la Fundación:

a) Respalda en el más amplio sentido de la palabra todas las actividades que legalmente constituyan las funciones y fines de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, cooperar a su sostenimiento y al de los medios personales y materiales al servicio de aquellas actividades.

b) Favorecer la ampliación y el fortalecimiento de las actividades de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

e) Colaborar con la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, impulsando y desarrollando todas aquellas actividades que contribuyan

a la mejora, desarrollo, fomento y difusión del Derecho en todas sus vertientes y de sus ciencias auxiliares o complementarias y, especialmente, a su aplicación a la sociedad en general.

La Fundación, atendiendo a las circunstancias de cada momento, tendrá plena libertad para dirigir su actuación hacia las actividades, finalidades y objetivos que, a juicio del Patronato, sean más adecuados al momento histórico y la realidad social, siempre que encajen y se encuadren dentro del amplio espíritu que conforma el objeto y fines fundacionales”.

A mayor abundamiento, acompaño como anexo número 1 los estatutos de la Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

b. La doble función de contribuir al desarrollo de las actividades de la Real Academia y su sostenimiento general se llevan a cabo a través del Plan de Actividades de la Fundación, cuya versión de 2016 acompaño como anexo 2 a este documento y de las aportaciones económicas de la Fundación a la Real Academia.

c. Al patronato me he referido con anterioridad y me remito a ello.

d. A las aportaciones económicas de los Patronos no Académicos de Número o Académicos Correspondientes he aludido antes y no es momento de volverlas a reproducir. Sí es momento de añadir que, aunque no es jurídicamente exigible, las cuentas anuales de la Fundación como las de la propia Real Academia están sometidas a auditoría, realizada por una entidad del máximo prestigio internacional y sin que haya mediado salvedad alguna, o, como se dice en el correspondiente argot, “están totalmente limpias”.

VI. Conclusión

Al amparo de lo expuesto, puedo afirmar que el proyecto inicial de Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación ha cuajado en una fructífera realidad y abre el camino por el que, a mi juicio muy nutrido por la experiencia, ha de transcurrir la financiación de las Academias en el futuro.



Conclusiones

Emilio P. Gnneco *

Conclusiones de la comunicación del Académico **Dr. Emilio P. Gnneco** de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el tema “Finalidad de las Academias”.

1. Consideración e investigación de cuestiones relacionadas con el Derecho y las Ciencias Sociales.
2. Difusión del estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales.
3. Propender al progreso de los países y al bienestar general por el perfeccionamiento de sus regímenes legales.
4. Exaltación en sus estudios de los mejores valores morales y trabajar por consagrar el valor justicia, que conjuga al mismo tiempo otros valores significativos.
5. Mantener una información acabada de la realidad que vive la comunidad sobre la cual los preceptos jurídicos que se consideran en sus trabajos tendrán incidencia.
6. Mantener independencia científica para poder realizar una investigación desinteresada que se proyecte como aporte de utilidad social.

* Presidente de la Academia de Derecho de Buenos Aires, Argentina.

7. Preservar el pleno goce de la libertad de pensamiento.
8. Propiciar los encuentros interdisciplinarios entre las Academias.
9. Sin perjuicio de la conveniencia del intercambio de conocimientos y trabajos, mantener una autonomía en su actividad en relación a organismos privados o del Estado que puedan en alguna medida condicionar su labor.



TRABAJOS DE RELATORÍA

Derecho Público.

Jueves 22. Excepción de conciencia

PANELES

Jueves 22 de setiembre de 2016

PONENCIAS DEL PANEL DE LAS 15:00 HS:

Dr. Luis Alipaz Echazu (Bolivia)

Dra. Miryam Peña (Paraguay)

PONENCIAS DEL PANEL DE LAS 17:00 HS

Dr. Cesáreo Rocha Ochoa (Colombia)

Dr. Eduardo A. Sambrizzi (Argentina)

PONENCIAS DEL PANEL DE LAS 15:00 HS:

Saludos de bienvenida al público, a cargo del profesor Navarro-Valls

Palabras introductorias a las ponencias, a cargo de la Dra. Peña.

Lectura de curriculum de panelistas, a cargo del Dr. Sosa Centurión.

1RA. PONENCIA: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN BOLIVIA

DR. LUIS ALIPAZ ECHAZU - Bolivia

En cuanto a la situación actual del Servicio Militar Obligatorio (SMO) en Bolivia, La Defensoría del Pueblo y varios estamentos sociales denunciaron que en los recintos militares se registra muertes y todo tipo de abusos, por lo que plantearon realizar un referéndum sobre la obligatoriedad del servicio militar.

El conscripto que recibe instrucción militar obligatoria adquiere ciudadanía a cambio de ser humillado y discriminado. El servicio militar obligatorio infunde prejuicios machistas, sexistas, racistas con lo que se daña, perturba y pervierte a los jóvenes. Se inflige abuso psíquico y tortura física.

El servicio militar obligatorio es denigrante y no tiene sentido, más aún en un país que se proclama pacifista y promueve la cultura de la paz.

La indiscriminada obligatoriedad del servicio militar atenta contra los derechos humanos. La obligatoriedad del servicio militar es contradictoria, pues quienes buscan hacer el servicio militar "voluntario" son más que los que las FF.AA. pueden recibir, pues no tienen suficientes recursos e infraestructura. Es más, hay formas y argumentos para evadir el servicio militar obligatorio, pagando las tarifas definidas por las Fuerzas Armadas.

Gran parte de los jóvenes que cumplen este "deber" provienen del campo. Prevalece el mito de que en el "cuartel se hacen hombres". El Presidente Morales –sin ocultar su talante machista– remarcó que en *"el cuartel se puede evadir el compromiso de embarazo con la novia"*.

La activista María Galindo criticó sin ambages el servicio militar obligatorio cuando en un artículo de prensa publicado en el periódico "Página Siete" el 8 de junio de 2016, escribió: *"Los militares administran con brutalidad, sadismo y morbosidad el ímpetu sexual de los conscriptos, al punto que podríamos decir que allí aprenden a violar para no ser violados"*. "Las Fuerzas Armadas históricamente han hecho del servicio a la patria *"uno de sus*

negocios más rentables. Allí todo cuesta". La activista remarca que en los recintos donde se presta el servicio militar obligatorio todo se mercantiliza: "Hay de todo precio a gusto del consumidor. Los uniformes cuestan y las preferencias cuestan también, sacan rédito, además de tener mano de obra gratuita que ha servido para construir casas de generales, cargar y descargar, sembrar o cosechar gratuitamente para los militares que no rinden cuentas por ello. En ese contexto todas las libretas son en realidad falsas, no prueban nada más que la corrupción de las Fuerzas Armadas. No hay un movimiento de objeción de conciencia en Bolivia porque, a fin de cuentas, todos pueden obtener una Libreta de Servicio". María Galindo concluyó su manifiesto contra el servicio militar obligatorio, señalando: "Hoy la libreta se ha convertido en un arma de chantaje político, ministros y opositores se desafían a mostrar sus libretas, como quien estuviera en un rito de machismo colectivo, Hacer el Servicio Militar es denigrante, comprar la libreta es racista y objetarlo, que es lo más digno, es innecesario."

Evidentemente en Bolivia el servicio militar obligatorio es un fomento al culto de la agresividad, la guerra, el machismo y dominación.

El servicio militar obligatorio lo prestan varones de 18 a los 22 años y tiene la duración mínima de un año.

El Artículo 249 de la Constitución Política del Estado instruye el servicio militar obligatorio a todos los bolivianos. Es posible realizar el servicio Pre-Militar, destinado a jóvenes y señoritas de 16 a 18 años en etapa escolar regular durante sus vacaciones escolares y todos los sábados durante clases. El carácter obligatorio del servicio militar recae sobre los bolivianos varones; así la Constitución dice: "*Son deberes de los bolivianos y bolivianas: prestar el servicio militar, obligatorio para los varones*". En una interpretación abierta, las mujeres prestarían el servicio militar de forma voluntaria.

Según las autoridades militares: "la presencia de hombres capaces de ofrendar sus vidas en pos de la seguridad y el bienestar común enriquecen la historia en hechos que demuestran excesivo valor y una desinteresada entrega del más excelso don otorgado por el Divino Creador, cual es la vida".

El Artículo 244 de la Carta Fundamental –aprobada el año 2009 por la mayoría oficialista– incide en que el deber y cometido de las Fuerzas

Armadas es defender y conservar la independencia, seguridad y estabilidad del Estado, su honor y la soberanía del país; asegurar el imperio de la Constitución, garantizar la estabilidad del Gobierno legalmente constituido y participar en el desarrollo integral del país.

El Presidente Evo Morales ratificó que el servicio militar se debe cumplir conforme a lo que señala la Constitución Política del Estado, con lo que la administración gubernamental procede a su instrumentación obligatoria pese a los reclamos de organismos de derechos humanos que propician la eliminación del servicio militar obligatorio.

El Gobierno ha instrumentado mecanismos para politizar a las Fuerzas Armadas, diseñando –al efecto– el perfil profesional de los futuros oficiales al “servicio de los intereses de las mayorías”. Se impuso –no sin acalorado debate– la arenga difundida por el castrismo del “¡Patria o muerte, venceremos!”, que será aumentada al actual lema de “subordinación y constancia, viva Bolivia hacia el mar”.

En estos días se inauguró la escuela militar antiimperialista para “incorporar las Fuerzas Armadas al proceso de cambio y servir al pueblo en su lucha contra el imperialismo.

En ese sesgo inferimos que algunos estamentos de poder se oponen a quitar la obligatoriedad del servicio militar. El presidente Evo Morales no concibe que las FFAA deban tener una presencia minoritaria y específica en la sociedad boliviana.

Tales señales nos inducen a fortalecer nuestra convicción respecto a que el servicio militar no puede ser obligatorio en Bolivia. Y en cumplimiento estricto de la Constitución Política del Estado Plurinacional –que determina la prelación de los tratados, convenios e instrumentos internacionales– se debe acatar la objeción de conciencia al servicio militar, o –por lo menos– aprobar una ley que reglamente la aplicación de la objeción de conciencia al servicio militar, en resguardo de las libertades de todos los bolivianos.

La objeción de conciencia las entendemos como el desacuerdo, disenso, resistencia, desavenencia, discrepancia al cumplimiento de una disposición legal u orden de la autoridad esgrimiendo un mandato de conciencia o deber moral incompatible.

Son muchas las normas que podrían contraponerse a la conciencia de las personas, como revelar datos de confesión, aceptar la vacunación de sus hijos, colaborar con prácticas abortivas, admitir transfusiones de sangre, cumplir el servicio militar obligatorio, pagar impuestos por suponer destino militar o bélico, celebrar matrimonios homosexuales, etc. La prensa ha sido acuciosa en los que se refiere al cumplimiento estricto de la Constitución Política para objetar el servicio militar obligatorio. Mucho más por tratarse de un tema recurrente cuando se detecta abusos, violaciones y casos de muerte en la prestación de este servicio. El publicista Saúl Paniagua Flores apuntó categóricamente en El Deber de 5 de septiembre del presente año que “el servicio militar en Bolivia no es obligatorio desde la promulgación de la Constitución Política del Estado el 7 de enero de 2009”. Esgrime que conforme al Artículo 410, inciso II y Artículo 256 incisos I y II de la CPE, el Bloque de Constitucionalidad de Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, está definida la primacía, preferencia e interpretación de los tratados, convenios e instrumentos internacionales sobre el Artículo 249 de la Constitución Política del Estado.

Como antecedente reciente se tiene que el 5 de julio de 2012, durante la XX Sesión del Consejo de Derechos Humanos (DD.HH.), se aprobó una resolución sobre la objeción de conciencia al servicio militar, recordando todas las anteriores resoluciones y decisiones relevantes, incluyendo la del Consejo de Derechos Humanos 2/102 del 6 de octubre de 2006 y las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos 2004/35 del 19 de abril de 2004 y 1998/77 del 22 de abril de 1998, en la cual la Comisión “reconocía el derecho de toda persona a hacer objeción de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”, Artículo 18 de la Declaración Universal de DD. HH. y en el Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y la observación general N° 22 (1993) del Comité de Derecho Humanos”. Más aun, la Constitución Política del Estado de Bolivia incluye interesantes previsiones en materia de constitucionalidad, derechos civiles, derechos políticos y derechos humanos. Define categóricamente la prelación jerárquica de los tratados internacionales respecto a la misma Carta Magna y suple los vacíos y lagunas de la misma Constitución con los convenios y tratados de derechos humanos que forman

parte del bloque de constitucionalidad cuando “declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”, aplicándose por tanto estas normas sobre Derechos Humanos “de manera preferente sobre esta”.

Consecuentemente el servicio militar obligatorio que establece el Artículo 249 de la Constitución Política del Estado Plurinacional queda sometido a la decisión de quien quisiera objetarlo, como ejercicio legítimo del derecho a la libertad. La opción que abre el publicista Paniagua es la de recurrir a la Comisión y Corte Interamericana de DD.HH. para que confirme que el servicio militar no es obligatorio.

En cuanto a la Jurisprudencia reciente, dos casos son relevantes:

La Sentencia Constitucional 1662/2003-R de 17/11/2003–**Caso Alfredo Díaz Bustos**, quien alegó la violación del derecho a la objeción, respecto al servicio militar obligatorio y solicitó se le reconozca su condición de objetor de conciencia por su convicción religiosa como Testigo de Jehová, además objetó el impuesto militar por lo que se le debió entregar su libreta de servicio militar por ser un documento indispensable para el ejercicio de otros derechos políticos, económicos, sociales y culturales. La Sentencia Constitucional declaró improcedente e inviable la concesión de la tutela solicitada, habida cuenta que no se habría legislado sobre la objeción de conciencia, y –más aun– las convicciones religiosas no eximen en ningún caso el cumplimiento de las leyes del país.

La Comisión Interamericana de DD.HH., recomendó en 1997 a los Estados.

Partes del Sistema Interamericano, adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer posible que las personas puedan ejercer la objeción de conciencia como una excepción al servicio militar. Bolivia arribó a un acuerdo de solución amistosa con el ciudadano Alfredo Díaz Bustos, la solución fue aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2005.

– El otro caso es el resuelto por la Sentencia Constitucional 265/2016 S2 de 23/3/2016– **Caso José Orias Calvo**, el Tribunal debió pronunciarse concediendo la tutela sobre objeción de conciencia, habida cuenta que Bolivia ha suscrito convenios y tratados que son de aplicación preferente en virtud de lo dispuesto por el Artículo 256 de la Constitución que en su

Parágrafo I señala que “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. Y el Parágrafo II establece que: “los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables. “José Ignacio Orías, universitario de Comunicación Social, es uno de los primeros jóvenes bolivianos en presentar objeción de conciencia De conciencia para no realizar el servicio militar obligatorio por ser pacifista, no creer en la mentalidad guerrerista de las FFAA y rechazar su espíritu verticalista. Su pedido, presentado ante el Tribunal de Justicia de La Paz, fue declarado parcialmente procedente, lo que podría establecer jurisprudencia y sentar un precedente. Orías Calvo interpuso recurso de amparo constitucional contra el Ministro de Defensa, Reymi Ferreira. El recurso se elevó al Tribunal Constitucional, en Sucre, donde fue rechazado. El fallo además detectó un vacío jurídico sobre la objeción de conciencia, por lo que exhortó al Parlamento redactar una ley que establezca los alcances y fines del derecho de esta figura que es reconocida en la Carta Magna.

En otros países, la objeción de conciencia al SMO es real ya desde 1902 en Suecia, país precursor en Europa, así como en Australia, Unión Sudafricana, Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Nueva Zelanda, Noruega y Holanda. El año 1978, España –al igual que Holanda, Alemania, Austria y Portugal– incorporó en su régimen constitucional el derecho a objetar el servicio militar por razones de conciencia. Otros países aprobaron leyes expresas para poner en vigencia este derecho: Suecia, Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca, Luxemburgo, Francia, Bélgica, Italia, Finlandia, Suiza, Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos.

La hermana República del Paraguay consagró el derecho a la objeción de conciencia mediante Ley de 25 de julio de 1921, configurándose como pionera en Iberoamérica cuando permitió que objeten el servicio militar los menonitas y miembros de cultos pacifistas a cambio de colonizar el Chaco.

Como conclusión, en resguardo de las libertades y derechos de todos los bolivianos, el régimen democrático actual debe acatar la objeción

de conciencia al servicio militar obligatorio vigente en virtud de la prelación y preferente aplicación de los convenios internacionales respecto de la normativa constitucional.

En su defecto debe aprobar una disposición legal que permita, respete y reglamente la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.

2DA. PONENCIA: ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL PARAGUAY

DRA. MIRYAM PEÑA - Paraguay

Con esta presentación, se pretende reflexionar respecto del derecho a la objeción de conciencia, como manifestación concreta del derecho fundamental de libertad de conciencia, dando énfasis al desarrollo del mismo en el Paraguay.

En el escenario del mundo actual, los motivos o razones de la objeción de conciencia desbordan el ámbito religioso, invocado originariamente con exclusividad, para expandirse hacia otros principios éticos o ideológicos, y a supuestos distintos al del servicio militar obligatorio, que provocó su génesis, ello, como consecuencia de la reglamentación por parte de los diversos ordenamientos jurídicos, de temas que generan un debate ético-filosófico en la sociedad, como ser, la despenalización del aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la eutanasia, lo que trae de suyo la posibilidad de objetar en conciencia.

Dicha situación, parafraseando al distinguido profesor Navarro-Valls, notable estudioso del tema, puede decirse que provocó un *big-bang* de la objeción de conciencia, alegoría más que adecuada para la explosión de supuestos de objeción de conciencia, lo que nos impone reflexionar en torno a la misma en este prestigioso espacio académico.

La objeción de conciencia se caracteriza por su contenido moral, dado que toda persona tiene derecho a elaborar su propia concepción de la existencia con una escala de valores, y ese derecho incluye la posibilidad de mantener una conducta coherente con dicha concepción y oponerse a aquello que lesione su conciencia.

De ello se sigue que el derecho a la objeción de conciencia se fundamenta en la dignidad de la persona humana, piedra angular de todo Estado de Derecho.

La ley no agota el ideal de justicia en las modernas sociedades pluralistas, y cuando se reconoce el derecho a la objeción de conciencia se está tutelando la libertad de conciencia de una forma tan delicada que, en realidad, viene a reforzarse el sistema democrático.

Así pues, estos son los dos componentes del dilema planteado: por un lado, deber inexcusable de cumplir el Derecho u obediencia al Derecho, y, por otro lado, tutela de la autonomía moral del individuo frente a deberes jurídicos que lesionan gravemente su conciencia.

En una primera aproximación ilustrativa puede decirse que la objeción de conciencia es la negativa u oposición de una persona, amparada por razones de conciencia, a someterse a una orden o mandato de la autoridad que en un principio le sería jurídicamente exigible. Se destaca que existe un consenso generalizado en que desde un punto de vista jurídico la objeción de conciencia, para ser real, precisa de la concurrencia de, al menos, dos elementos:

- La existencia de una actitud ética real, seria y basada en un criterio de conciencia religiosa o ideológica que obliga a un sujeto a actuar contra un deber jurídico, y
- La presencia de un “deber jurídico válido”.

El abordaje del derecho a la objeción de conciencia debe realizarse desde la perspectiva de los derechos humanos, que es el punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional.

La historia de la objeción de conciencia experimenta un giro importante con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, que reconoce el derecho a la libertad de conciencia en su Art. 18.

El derecho a la objeción de conciencia deriva de una interpretación del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En todos los emblemáticos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, conocidos por nosotros, se establecen estándares universales orientadores en materia de objeción de conciencia.

En el ordenamiento jurídico paraguayo, la objeción de conciencia es reconocida expresamente en la Constitución de 1992 que, en su Art. 37 expresa: *“Se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley la admitan”*.

Y en su Artículo 129, quinto párrafo, admite claramente la objeción de conciencia al Servicio Militar, al establecer: *“Quienes declaren su objeción de conciencia prestarán servicios en beneficio de la población civil, a través de centros asistenciales designados por Ley y bajo Jurisdicción Civil. La reglamentación y el ejercicio de este derecho no deberán tener carácter punitivo...”*.

Asimismo, como es un derecho que tiene rango constitucional, como tal, puede ser ejercido aún en ausencia de ley reglamentaria, conforme con el Art. 45 in fine de la Constitución, que manda: *“La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar algún derecho o garantía”*.

Debe apuntarse que pasó mucho tiempo para que se dictara la Ley N° 4013 de junio de 2010, que reglamenta el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio y establece el servicio sustitutivo al mismo, en beneficio de la población civil.

Dicha falta de ley reglamentaria no fue óbice para la operatividad de este derecho, ya que en la práctica no impidió su ejercicio, el cual se operaba mediante un trámite ante la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, que certificaba a los objetores para liberarlos del Servicio Militar Obligatorio sin derivarlos a un servicio social sustitutivo al servicio militar.

La citada ley reglamentaria también crea el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia como órgano de aplicación, el cual quedó conformado por Decreto N° 6363 de marzo de 2011. Sin embargo, hasta la fecha, el mencionado Consejo no funciona.

Ante esta circunstancia, las presentaciones de los objetores de conciencia al servicio militar obligatorio son canalizadas y certificadas por la Defensoría del Pueblo, a través de su Dirección de Objeción de Conciencia, mediante la presentación de un formulario.

Seguidamente, nos referiremos a la objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte y Tribunales de Apelación. Para el efecto, se seleccionaron los siguientes casos:

Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, planteada ante la Corte Suprema de Justicia.

En el año 1993 fueron certificados los primeros cinco objetores de conciencia que se declararon como tales ante la sociedad paraguaya. En 1995, tras ciertas posiciones que ponían en entredicho la facultad de la Cámara de Diputados para certificar las objeciones de conciencia al Servicio Militar Obligatorio, al no existir ley reglamentaria que así lo estableciera, un joven solicita a la Corte Suprema de Justicia que lo declare objetor de conciencia al servicio militar obligatorio.

La Corte se expide sobre dicha petición a través de un fallo plenario –Acuerdo y Sentencia N° 68 del 08 de abril de 1996– dictado en el juicio: “Alejandro José Riera Gagliardone s/ objeción de conciencia”, acogiendo la declaración de la objeción de conciencia y disponiendo que el objetor debía prestar servicios sociales en la Cruz Roja Paraguaya, por igual tiempo que el Servicio Militar Obligatorio.

Debe acotarse que dicho pronunciamiento fue *sui generis*, dada la competencia que la entonces novel Constitución de 1992 acordó a la Corte Suprema, dentro de la que no figuraba entender casos de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, por lo cual la Corte, para atender este caso, invocó el Art. 28 Inc. “d” de la Ley 879 - Código de Organización Judicial.

Entre los argumentos esgrimidos en el voto mayoritario se expresó que la petición procedía “porque no es desobediencia irracional sino la determinación personal de enfrentamiento basado en principios fundamentales coherentes, por razones religiosas, humanas o filosóficas siendo válida si hay íntima convicción”. Un Ministro, votó en disidencia, al considerar que la Corte no tenía competencia en dicho planteamiento.

Otro caso:

Testigos de Jehová expulsados de instituciones educativas por negarse a reverenciar los símbolos patrios.

Un caso planteado hace ya casi treinta años ante los Tribunales paraguayos, por la vía del Amparo, involucra el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte de alumnos expulsados de instituciones educativas en virtud de una resolución del Ministerio de Educación y Culto, por negarse aquellos a reverenciar los símbolos patrios y a entonar el Himno Nacional en las escuelas, al entender, desde su convicción religiosa de Testigos de Jehová, que ello implicaba un acto de idolatría.

El caso llegó hasta la Corte, en la que, finalmente, la acción de amparo promovida por los Testigos de Jehová fue desestimada. Los votos en contra se basaron fundamentalmente en que la actitud de los alumnos es la negación misma de la Patria, y un germen corruptor que incentivaría a otros alumnos a la rebeldía, por constituir una actitud grave de resistencia contra el principio de nacionalidad y por contravenir disposiciones legales reglamentarias y disciplinarias emanadas de autoridades educacionales competentes.

Por su parte, los Magistrados disidentes formularon argumentos a favor de la libertad de conciencia, concluyendo que la cancelación de matrícula y expulsión de los alumnos, en este caso, vulneran las libertades de educación y de conciencia establecidas en la Constitución y sostuvieron que “...*El sentimiento de nacionalidad, el amor a la patria, no pueden lograrse por el uso de la fuerza, sino que debe surgir libremente a través de la educación. La reverencia a los símbolos nacionales es una forma de honrar la Patria, pero también se la honra con la tolerancia, con el acatamiento del derecho de los demás, con el respeto hacia la libertad de conciencia y de palabra...*” (Acuerdo y Sentencia N° 22 del 25 de febrero de 1986, Corte Suprema de Justicia).

Otro caso:

- Testigo de Jehová que se niega a recibir transfusión de sangre.

En un caso reciente (2012), se plantea ante los tribunales, nuevamente por la vía del Amparo, promovido por el Instituto de Previsión Social, la negativa de un paciente Testigo de Jehová internado en dicho centro médico a recibir transfusión sanguínea, que los médicos consideraban eventualmente necesaria en la intervención quirúrgica a la que el paciente en cuestión debía ser sometido.

La jueza de primera instancia, por S.D. N° 58 del 06 de setiembre de 2012, hizo lugar al Amparo. Esta sentencia fue recurrida por el paciente. El Tribunal de Alzada que estudió el recurso de apelación, decidió hacer lugar al mismo y revocar la sentencia de la *a quo*, a través del Acuerdo y Sentencia N° 49 del 25 de setiembre de 2012, aduciendo, en primer término, que el hospital amparista no se hallaba legitimado para plantear la acción, dado que “... *eventualmente quedará resguardado por la declaración expresa de voluntad del paciente a su negativa de someterse a la transfusión sanguínea ...*”.

Asimismo, los Camaristas sostuvieron que la autonomía de la voluntad individual de las personas está sustentada en la dignidad y la libertad de las mismas para disponer de su propio cuerpo y que si bien es loable el celo demostrado por el Instituto de Previsión Social en precautar la salud y la vida del paciente, ello no puede afectar el derecho a la intimidad personal de éste, ya que se trata de un “... *derecho humano fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivada sin duda de la dignidad humana, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás, vale decir, el poder de autodeterminación del individuo en las decisiones acerca de su persona sin posibilidad de injerencia extraña, salvo derecho de tercero o el orden público ...*”. Derecho de autodeterminación, que, según la Cámara puede ser ejercido “*con prescindencia incluso de los motivos que lo impulsan*”.

Como **conclusión**, a la luz de nuestro derecho positivo y de la jurisprudencia constitucional, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existe y puede ser ejercido el derecho fundamental a la objeción de conciencia, con independencia de que se dicte o no regulación concreta aplicable al caso.

Nuestra Constitución, al consagrar los derechos fundamentales de la libertad ideológica y religiosa, y, también la objeción de conciencia

como tal, convierte la actitud del objetor en el ejercicio de un derecho y no solo frente al servicio militar, sino, en principio, frente a cualquier obligación o mandato imperativo de la autoridad, que riña con las convicciones íntimas del objetor.

Preguntas de los participantes:

Para el profesor Navarro-Valls:

La objeción de conciencia, al ser parte de la dignidad las de personas, ¿se propone establecer desde las Academias un principio general?

Entre las conclusiones provisionales de la ponencia general se postula que la libertad de conciencia, como derecho fundamental, produce reflejo en el caso de la objeción de conciencia, que es un derecho constitucional o un derecho humano.

¿Cómo compatibilizar la objeción de conciencia con el orden público?

La objeción de conciencia tiene límites, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos marcó límites y también la Cámara de los Lores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condeno a una persona que salía desnudo y paseaba por Londres. Tras una seguidilla de ingresos a prisión en cadena empezó a plantear recursos hasta llegar al Tribunal, que sostuvo que, aunque el ciudadano en cuestión obraba de esa manera por la firme creencia de la belleza del cuerpo humano, el mismo atenta contra derechos de terceros que no deben soportar algo no querido, ni buscado

El Orden público es un concepto elástico, que se adapta.

Los Tribunales norteamericanos sostuvieron en la Sentencia Reynolds que, según el orden público occidental, el matrimonio es unión monógama

Para el profesor Alipaz:

Antes que la objeción de conciencia, ¿no sería mejor la extinción de las FF.AA.?

Considero que las FF AA. son necesarias, pero deben fortalecerse, cambiar su rol, como en Costa Rica, por ejemplo, en el sentido de apoyar a desarrollo del país, es función social.

¿Se habla de objeción de conciencia al servicio militar o un caso de desobediencia civil ante un régimen represivo que se sustenta en el aparato de las fuerzas armadas?

Es un tema de objeción de conciencia, al ordenamiento vigente, que existe en Bolivia en virtud las normas constitucionales y los Tratados adoptados, pero que son desconocidos por las autoridades.

Para la Dra. Peña:

En las objeciones de conciencia contra trasfusión sanguínea ¿se pone en riesgo el derecho a la vida?

En el caso paraguayo expuesto, el Hospital precautelando la vida del paciente recurre al órgano jurisdiccional.

Sin embargo, comparto el criterio del Tribunal que juzgó dicho caso, en el sentido de que se debe tutelar la libertad de conciencia y como derivación de ella, la objeción de conciencia, cuando el objetor seriamente fundamenta en un principio tan convincente para su objeción, que, en esencia, es la lucha entre el deber jurídico e imposición de principio ético moral que la persona lleva ínsitamente.

¿En Paraguay se tienen estadísticas sobre cantidad de objetores, por año?

Hay muchos “pseudo objetores” por la facilidad en obtener la certificación de la objeción mediante una simple solicitud, lo que implica el riesgo de no ser una genuina objeción sino una forma cómoda de desligarse de una carga.

En 1995 se presentaron los primeros 5 objetores de conciencia, al año esa cifra se elevó a más de 1.000, y dos años después a más de 100.000.

¿Cómo se puede fortalecer las FF.AA. sin alterar el SMO?

Hay países que van abandonando la obligatoriedad del mismo, pero a la par se debe ir profesionalizando y reasignando otros roles a las FF.AA.

PONENCIAS DEL PANEL DE LAS 17:00 HS**1ra. PONENCIA: "EXCEPCIÓN U OBJECCIÓN DE CONCIENCIA".****CESÁREO OCHOA ROCHA - Colombia**

De manera general podemos decir que la objeción de conciencia "es el incumplimiento de una obligación o de un deber jurídico al entrar en colisión una norma con aspectos que tienen que ver con la conciencia, la moral, principios e íntimas categorías individuales".

Quien objeta, expresa un conflicto interior que le impide cumplir con la norma y ordena su actitud a que, por medio de un comportamiento antijurídico, aspira a no ser sancionado por su incumplimiento.

La deontología gobierna los deberes éticos y morales que el hombre tiene con la sociedad, quizá por la honda significación que los valores tienen en todas las actitudes humanas.

Para el fin que nos hemos propuesto, en este trabajo, creemos que nuestro pensamiento se enmarca en estas categorías para llevar nuestras reflexiones a que se exprese la conciencia cuando ella pretende que la ley vigente no se le aplique con su rigor característico, cuando ha de recurrir imperiosamente a la objeción de conciencia.

De la misma manera como citamos el derecho a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad religiosa y de cultos, a la de expresión, enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, también nos referimos al derecho a la libertad de conciencia, consagrada en el Art. 18 de nuestra Constitución, derecho este precisado por el profesor de Derecho Público Wilson Herrera Llanos sintetizado así: *"La libertad de conciencia comprende el derecho a no ser molestado, hostigado o perseguido por sus creencias, el derecho a no ser compelido a revelarlas y el no estar obligado a actuar en contra de ellas, es decir, a poder actuar en la vida de manera consecuente con sus propias convicciones o creencias y no de manera diferente. Esta norma debe estudiarse en concordancia con la prohibición a la discriminación de*

todo orden que consagra el Art. 13 de la misma Carta y con el 16 en relación con el desarrollo de la personalidad”.

Para que surja a la vida social la objeción de conciencia, requiere de la existencia de una norma jurídica y una posición interior, moral, ética, religiosa que lo obliga a no cumplir con la obligación genérica como lo hemos expresado precedentemente.

Para que produzca efectos la objeción de conciencia consideramos que ella debe tener unas características puntuales: a) Derivar de un criterio ético o moral personal de manera excepcional. b) Constituir una conducta pacífica y personalísima en contraposición de una norma jurídica vigente imposible de atender. c) Tener como fundamento una determinación libre de la voluntad respecto de una obligación legal o contractual. d) Provenir de una persona natural, nunca de una persona jurídica.

La Constitución Política de Colombia dispone al respecto que: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia” (Art. 18).

Este aspecto tiene que ver también con la libertad de cultos y el Art. 19 de la C.N. expresa: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

Así mismo, es preciso tener en cuenta el concepto de igualdad, pues en el Art. 13 de la Carta Fundamental, se precisa que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

De la misma manera, es necesario contextualizar la objeción de conciencia con las obligaciones contenidas en el Art. 216 de la Carta Política, norma que señala la determinación en que nos hayamos los ciudadanos colombianos cuando es preciso “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo

eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

Es pertinente afirmar que la objeción de conciencia, naturalmente, es un acto de carácter individual, que se erige ante la norma jurídica, bien sea en virtud de creencias, condiciones raciales, culturales, religiosas, éticas que trascienden al plano de la institucionalidad y al ser una expresión de la conciencia, entran en conflicto con la norma para plantear una excepción respecto de su incumplimiento.

En este sentido es válido afirmar que por lo menos podemos distinguir entre dos tipos de objeción de conciencia, bien sea *secundum legem* o *contra legem*. En el primer caso, cuando ella tiende a eludir el contenido previsto en la norma. En la segunda previsión, la objeción de conciencia, de manera expresa, afronta la norma jurídica para desconocer su cumplimiento, amparado por las objeciones ordenadas contra ella.

Es importante puntualizar que más que una violación de la norma jurídica, la objeción de conciencia se presenta como un conflicto entre diferentes valores e intereses jurídicos, que es preciso analizar en cada supuesto.

Sófocles (495-406 a.C.) en el conocido pasaje de su *Antífona* en que la protagonista se defiende de haber sepultado a *Polínice*, a pesar de la prohibición de un edicto que prohibía sepultar a los muertos en los días feriados, desconoció el edicto del gobernante con las siguientes razones: “Es que Zeus no ha hecho esas leyes, ni la justicia que tiene su trono en medio de los Dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los Dioses, puesto que tú eres tan solo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron. No quiero por miedo a las órdenes de un solo hombre merecer el castigo divino”.

Clarísimo ejemplo de objeción de conciencia en el que el Derecho Natural se yergue ante el derecho positivo como postulado fundamental superior.

Ha sido muy reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la objeción de conciencia. Destacamos la sentencia SU-108 del 3 de

marzo del 2016 por medio de la cual Sala Plena de la Corte unificó su jurisprudencia, para garantizar la objeción de conciencia en la prestación del servicio militar. Por lo tanto esta alta corporación, teniendo en cuenta que las autoridades de las entidades militares, en términos generales no aceptan la objeción de conciencia planteada por los jóvenes con la excusa de que no existe reglamentación legal al respecto, en la sentencia a que nos venimos refiriendo “ordenó al comandante del ejército nacional de Colombia y a su jefe de reclutamiento que, en el término de un mes, conformen un grupo interdisciplinario del más alto nivel, encargado de dar trámite, estudiar y proferir respuesta de fondo y, en el término de 15 días hábiles a las peticiones de objeción de conciencia presentadas en razón de la prestación del servicio militar obligatorio”. Hubo tres salvamentos de voto, dos de ellos de manera parcial.

La Corte recordó que el derecho amparado se fundamenta en el Art. 18 de la Carta Política del cual nacen las siguientes prerrogativas: a) Nadie puede ser objeto ni de acoso, ni de persecución en razón de sus convicciones o creencias; b) Ninguna persona puede ser compelida a revelar sus convicciones y, c) Nadie será obligado a actuar contra su conciencia.

Señaló además la Corte, por ser Colombia un país democrático, participativo, pluralista y fundado en el respeto a la dignidad humana “*el reconocimiento de la libertad de conciencia y de la garantía de objetar el cumplimiento de un deber cuando aquella lo impide, más que desconocer el ordenamiento, protege los principios, valores y derechos amparados por la Carta Política.*” Recordó la Corte que los Tratados de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, son garantía del derecho a actuar, de acuerdo con las convicciones morales y a no ser obligado a proceder de forma contraria a ellas. Organismos internacionales se han pronunciado en este sentido instando a los Estados a ampliar el reconocimiento del derecho a optar.

Destacamos el pensamiento de La Corte al respecto al manifestar que “las convicciones o creencias susceptibles de ser alegadas pueden ser de carácter religioso, ético, moral o filosófico, las cuales corresponden a convicciones humanas que estructuran la autonomía y la personalidad”. Enfatizó La Corte que las convicciones y creencias deben ser profundas,

no meramente superficiales, que afecten integralmente la vida de la persona, su forma de ser, la totalidad de sus decisiones y apreciaciones; que tales convicciones y creencias sean fijas, vale decir que no pueden ser modificadas fácilmente o sean recientemente asumidas, que ellas sean sinceras, honestas, sin falsedades, posiciones acomodaticias o estratégicas.

Es importante tener en cuenta que la objeción de conciencia tiene límites en los derechos de los demás, en la existencia de deberes jurídicos vinculados a los requerimientos del orden público, la tranquilidad, la salubridad o la seguridad colectivas.

Es natural que el amparo a la objeción de conciencia, sea analizado caso por caso, justamente por circunstancias personales del objetante frente a las particularidades, seriedad y hondas razones ancladas en la conciencia de cada quien para que sea posible la tutela de los argumentos planteados al respecto. Es el legislador a quien corresponde determinar las condiciones para garantizar la objeción al cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia. Pero ha sido a falta de ley vigente al respecto que La Corte Constitucional se erija como entidad que cubra el vacío legal y garantice el derecho fundamental contenido en la objeción de conciencia.

Inviolabilidad de la Vida Humana. El Artículo 11 de la Constitución Nacional en el Capítulo 1° sobre los Derechos Fundamentales dice al texto: *“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.*

Sobre este artículo el profesor Wilson Herrera Llanos afirmó: “En efecto, sin perjuicio del criterio independiente de sociólogos, religiosos, maestros y filósofos al respecto, cada uno desde su respectivo ángulo del conocimiento y de sus intereses, jurídicamente ha sido y serán la ley, la práctica constitucional y el desarrollo de la doctrina constitucional los que determinarán la íntima relación del derecho a la vida con temas como la pena de muerte, el aborto, la manipulación genética, la drogadicción en todos sus aspectos, la necesidad de la atención al niño, la potestad de morir con dignidad, la eutanasia, la guerra, las catástrofes por falta de control de fuerzas naturales, los desbordamientos de ríos por inacción estatal, la inanición de viejos y niños, etc.”. Obsérvese que en los ejemplos enunciados resulta, frente al derecho a la vida, sus excepciones u objeciones como

se le dice en nuestro medio, para en casos muy puntuales ejercer la objeción de conciencia.

Respecto del primer postulado, en virtud de que los hechos sociales son irreprimibles. La Corte Constitucional, en un fallo contenido en la sentencia C-355 de 2006, en discutido examen sobre el enunciado del Art. 11 de la Carta, sobre la inviolabilidad de la vida humana, se vio obligada a precisar, a título de excepción, la autorización al aborto en los siguientes casos: A) Cuando está en peligro la vida de la madre. B) Cuando el producto de la concepción obedeció a una violación y por lo tanto el embarazo no es querido, y C) Cuando es evidente la deformación fetal”.

Quizá esta sentencia ha sido objeto de encendidas y opuestas consideraciones por lo que significa como excepción al principio constitucional de que la vida es inviolable. Solamente en estos casos, en nuestro país, se autoriza la interrupción del embarazo u aborto y al despenalizar el uso de esta figura, ha sido necesario acudir a la objeción de conciencia.

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que la norma general en cualquier ordenamiento jurídico, está conformada por el imperativo categórico de su cumplimiento. Todas las personas están compelidas a su acatamiento.

Como una excepción, que por lo mismo confirma la regla general, se ha establecido la circunstancia individual de quien, como persona natural, ante circunstancias de carácter moral, religioso, educativo, laboral, se ven en el aprieto de buscar persuadir al Estado en sus diferentes formas para que se considere, repetimos de manera excepcional, que no se le aplique el rigor de la norma jurídica. Surge entonces lo que en nuestro derecho se ha denominado la objeción de conciencia, como apelación a las más íntimas categorías humanas para que se le permita, como una exclusión, particularísima, lograr que se le otorgue el beneficio jurídico de la opción.

Hemos comentado que la objeción de conciencia no puede referirse a circunstancias ordinarias, corrientes, cotidianas, de comportamiento social o individual, sino a las íntimas voces de su conciencia, aquel íntimo rincón donde nacen las ideas, los principios, los valores y las categorías. Hacemos memoria de una definición de la Corte Constitucional al definir la objeción de conciencia “*como la resistencia a obedecer un imperativo jurídico*

invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito, por lo que la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral”.

La sociedad contemporánea, con los avances de la ciencia, la tecnología, la renovación de conceptos y presupuestos de la conducta humana, debe de manera puntual, ser abierta al escrutinio de las recónditas razones de quien ante una vicisitud irreprimible se ve obligado a acudir a esta excepcional contingencia jurídica para que se le exonere del cumplimiento de la ley por razones éticas, morales, religiosas, educativas, que de una u otra manera lesionen su libertad de conciencia, los derechos humanos y dado caso, el derecho internacional humanitario.

2DA. PONENCIA: SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

EDUARDO A. SAMBRIZZI - Argentina

Previamente al análisis del significado y alcance de la denominada *objeción de conciencia*, debemos analizar lo que es la *conciencia*, entendiéndose por tal, según uno de sus significados, la realización de distintos procesos cognitivos interrelacionados que nos llevan a un proceso interior sobre el bien que debemos hacer y el mal que debemos evitar. Con la conciencia distinguimos una acción correcta de una incorrecta, así como un acto moral o ético de uno inmoral o antiético, como en su momento distinguió, para poner un ejemplo, Tomás Moro, o los primeros cristianos cuando se negaban a abjurar de sus creencias.

Por lo que se puede afirmar que la conciencia se aplica a lo ético, a los juicios que podemos y debemos practicar sobre lo que está bien y lo que está mal, tanto de nuestros actos como de los de terceros, siendo la conciencia moral una condición innata e intrínseca al hombre.

Lo que nos lleva a afirmar que cuando hablamos de *objeción de conciencia* nos estamos refiriendo a un juicio crítico con relación a determinados actos, disposiciones legales o situaciones internas o externas que se nos requiere que realicemos y con las que disentimos y rechazamos por antiéticas, con fundamento tanto en la libertad de conciencia –según la cual nadie puede ser constreñido a realizar un acto que se considera ilí-

cito– como en la libertad religiosa, calificando nuestra conciencia esos actos como un mal que debemos evitar. Se trata de actos que debemos realizar personalmente y que, por tanto, nos son moralmente imputables, por lo que los rechazamos en conciencia.

Cuando a una persona se le reclama –aún con fundamento en una norma jurídica– que practique determinados actos que la conciencia no acepta por considerarlos inmorales, puede tomar una decisión adversa a su cumplimiento. Dicho de otra manera: en el supuesto de que el acto que alguien debe realizar en razón de lo establecido en una disposición legal dictada por la autoridad competente, lesione las convicciones más íntimas de la persona, ésta puede objetarlas en conciencia y, como consecuencia, negarse lícitamente a practicarlas, con lo que la misma queda eximida de cometer lo que en su fuero íntimo considera un mal grave.

Claro que no sólo es cuestión de invocar la lesión alegada, sino que el objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes con sus convicciones; en especial, cuando la ley reconoce en forma condicional –por contraposición a incondicional– la posibilidad de ejercer el derecho. En tal sentido, en el caso “Portillo” –sobre el que más adelante volveremos–, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la objeción de conciencia debe ser sincera.

La objeción de conciencia deriva de la libertad de conciencia, habiéndosela reconocido como una forma de resistencia pacífica con respecto al cumplimiento de una norma, por constituir su cumplimiento un conflicto entre la disposición objetada y su conciencia. Debe quedar en claro que lo que el objetor pretende –mediante un acto no violento– no es obstaculizar ni modificar la norma de que se trata, sino obtener el debido respeto a su conciencia. La obligación legal presupone que la persona debe actuar en un determinado sentido, implicando en cambio su comportamiento una conducta omisiva, debido a que su conciencia moral lo obliga a objetarla.

El objetor no trata de cambiar la ley, sino de proteger su conciencia. La conducta del objetor de conciencia tiene su fundamento en la existencia de principios superiores a las disposiciones legales, derivados de la ley natural, que deben prevalecer por sobre lo que la ley manda, que no siem-

pre es justa, lo que ocurre cuando carece de un basamento moral, indispensable en toda norma jurídica, puesto que la operatividad del derecho es inescindiblemente moral. Lo que lleva a la afirmación de que una norma puede ser *legal*, por haber sido dictada de acuerdo a las formalidades exigidas al respecto, pero a su vez, *ilegítima*, por transgredir la norma moral.

Como recuerda Rodolfo Vigo, para las teorías no positivistas “no cualquier contenido puede ser derecho, por ende, funciona un límite moral racional respecto de éste, de manera que si se supera ese umbral de *la injusticia extrema*, lo que intenta formularse como derecho no alcanza a serlo en virtud de que, si bien tiene unos elementos necesarios a esos fines, carece del elemento racional, moral o ideal que también necesita”. Por lo que –agrega dicho autor– “las convicciones íntimas pueden esgrimirse por el destinatario del derecho a los fines que jurídicamente se lo desobligue”.

Debemos a todo evento aclarar que para ejercer la objeción de conciencia con respecto a una disposición legal, no se requiere necesariamente que la misma sea injusta o inmoral, en abstracto, pues también puede ejercerse ese derecho con relación a una ley que no sea injusta ni inmoral en sí misma –como puede ocurrir al negarse a la práctica del servicio militar con el uso de armas–, pero que hiera la conciencia del objeto; aunque bien puede afirmarse que en el primer caso –cuando la ley es injusta o inmoral– el ejercicio del derecho es todavía más claro, si así pudiera decirse. Como, asimismo, puede ocurrir que un acto puede ir contra la conciencia y las convicciones de una persona, pero no de otra, como en el caso de la jura de la bandera, a lo que se niegan los Testigos de Jehová.

De lo antes dicho puede afirmarse que la objeción de conciencia –que de ser ejercitada suele suponer el incumplimiento de una norma jurídica– consiste, como sostiene María Inés Franck, en “el derecho a eximirse, total o parcialmente, del cumplimiento de una obligación legal, debido a que ésta violenta la conciencia religiosa o moral de una persona”, lo que la lleva a solicitar una excepción a cumplir con dicha obligación, circunstancia esta que no debe confundirse con incitar a otros a desobedecerla. A su vez, Lafferriere afirma con relación a la objeción de conciencia, que la misma es “la posibilidad de eximirse de acciones prescriptas

por la ley sin que, a consecuencia de ello, tenga que sufrirse discriminaciones o renunciar a derechos, en razón del conflicto existente entre lo mandado y las propias convicciones". Porque –agrega dicho autor– el derecho a la objeción de conciencia se desprende de las garantías constitucionales relativas a la libertad de culto, de conciencia y de religión. Mientras que Fernando Arlettaz dice que "en un sistema democrático, la objeción de conciencia es un instrumento que, en el contexto de la libertad de conciencia y de religión, permite proteger las convicciones de quienes disienten de la perspectiva de la mayoría". Navarro Floria pone el acento en que la negativa individual y pacífica a cumplir una obligación legalmente impuesta, proviene del hecho de contravenir la norma un mandato obligatorio en conciencia, con un fundamento religioso o meramente ético.

Por su parte, la Academia Nacional de Medicina emitió con fecha 28 de septiembre de 2000 una Declaración, en el sentido de que "la objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente. En tal sentido, la Academia Nacional de Medicina aboga por el derecho de los médicos a actuar, en el ejercicio de la profesión con total libertad de conciencia acorde con la ética y conocimientos científicos". Y el Artículo 48 del Código de Ética de la Asociación Médica Argentina dispone en su última parte, que "ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional". El derecho a la objeción de conciencia puede fundarse en el Artículo 14 de la Constitución Nacional, que tutela la libertad de culto, lo que también resulta de varios tratados internacionales incluidos en el Artículo 75 inciso 22 de la Constitución, entre los que debemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su Artículo 18 dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

De todo lo cual bien se puede afirmar que para ejercer lo que se considera el derecho a oponer la objeción de conciencia para eximirse de la

realización de un determinado acto que legalmente es exigido, no se requiere la existencia de una norma que en forma explícita permita ejercerlo, resultando a nuestro juicio suficiente que violente la libertad de conciencia y de religión. Naturalmente que en el supuesto de que la norma admitiese expresamente la posibilidad de objetarla en conciencia, la actitud del objetor pasará a ser el legítimo ejercicio de un derecho. Aunque es claro que, de no existir una norma en tal sentido, la posibilidad de ejercer ese derecho no resulta tan evidente; más aún, quizás, porque de la Constitución no resulta en forma explícita que se pueda incumplir una norma por violentar la conciencia.

En definitiva, no reconocer el derecho en cuestión significa ni más ni menos que no reconocer la libertad de pensamiento, debiendo al respecto recordar que de conformidad a la Resolución N° 46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del año 1987, “la objeción de conciencia... debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, que además de en la ya citada Declaración Universal de Derechos Humanos, también se encuentra reconocido, entre otros instrumentos internacionales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados a la Constitución Argentina en el Artículo 75, inciso 22. Es que, como recientemente dijo el Papa Francisco, la objeción de conciencia debe estar presente en cada estructura jurídica, porque se trata de un derecho humano, habiendo sostenido con respecto al aborto, que una vez que una ley que lo admite ha sido votada, el Estado debe respetar las conciencias.

Hay supuestos que podríamos denominar *emblemáticos*, en los que debido a la relevancia de las cuestiones que se hallan en juego, se suele invocar la objeción de conciencia, como el aborto, la transfusión de sangre en el caso de los testigos de Jehová, la eximición de realizar el servicio militar, y la celebración del matrimonio homosexual. Por razones de tiempo, en esta exposición haremos referencia a lo concerniente a la objeción de conciencia con relación al aborto.

Cabe por de pronto señalar con respecto al derecho a la atención sanitaria de las personas, que no se debe ver limitado u obstaculizado por el ejercicio de una objeción de conciencia mal entendida, que sea utilizada en forma inapropiada, como una manera de eludir las responsabilidades

profesionales por parte de los médicos, abusándose de tal manera de los derechos de las personas, con grave menoscabo de su salud.

Lo que, a nuestro juicio, no ocurre con relación al aborto, por tratarse del derecho a la vida –que es un derecho esencialísimo sin el cual no pueden ejercerse los demás derechos–, consistiendo en tal caso la objeción de conciencia en negarse a ejecutar o cooperar en forma directa o indirecta con un acto de esa naturaleza, por considerar esa conducta como contraria ya sea a la ley moral, a las normas deontológicas o a las religiosas. En los últimos años se han dictado en la Argentina sentencias relacionadas con el accionar médico, en algunas de las cuales se han impuesto determinadas restricciones al derecho que asiste a toda persona –y en particular a los profesionales de la medicina y al personal sanitario–, de objetar la realización de ciertos actos, como el aborto, que se considera que ofenden a la conciencia.

Ya la Asociación Médica Mundial aprobó en el año 1970 la llamada Declaración de Oslo, en la que se contempla la objeción de conciencia al aborto, debiendo asimismo recordar el reconocimiento que de la objeción de conciencia efectuó la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio N° 106, del año 1971. Asimismo, este último Organismo aprobó en el año 1977 la Recomendación N° 157, en que se reconoce el derecho a la objeción de conciencia por parte de los enfermeros.

Recordamos la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2012 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el denominado caso “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, en que dicho Tribunal efectuó una interpretación amplia y, a nuestro juicio, errónea, con respecto a la práctica de los abortos no punibles, habiendo, entre otras argumentaciones, afirmado que la objeción de conciencia de los profesionales de la salud debe ser practicada ya sea en el momento en que las autoridades legislativas implementen un protocolo sobre la forma de proceder ante una violación, o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente. Estimamos equivocada dicha restricción, puesto que no se puede limitar el tiempo en el que los médicos pueden ejercer el derecho a la objeción de conciencia para negarse a practicar abortos. Lo que es así porque pasado ese tiempo, se les estaría imponiendo una obligación a participar en abor-

tos, lo que constituiría un atentado al sentido último de la profesión médica, e incluso a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que por su vocación se encuentran llamados a la defensa de la vida humana. El fallo desconoce que el ejercicio de **la objeción de conciencia no se puede limitar de la forma en que se pretende, porque constituye un derecho de raigambre constitucional, que consiste en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas. En otras palabras, como más arriba recordamos, en la objeción de conciencia se está frente al derecho a negarse a observar determinadas conductas cuando ellas violentan la propia conciencia, por lo que limitar su ejercicio se opone a la esencia misma del instituto, verdadero derecho fundamental que se posee en forma continuada en el tiempo y no sólo en una oportunidad determinada. Asimismo, ese derecho a la objeción de conciencia no puede ser conculcado alegando una supuesta interferencia de las convicciones de la persona con la práctica de su profesión de médico.**

Resulta por demás innegable que la conciencia no puede congelarse en el tiempo, pudiendo toda persona cambiar de creencias, como se reconoce, entre otras Convenciones incorporadas a la Constitución de la Argentina, en el Artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos del año 1969, y en el Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966. La persona puede evolucionar, incluso moralmente, y lo que una determinada acción –como un aborto– que en una época o momento admitió como válida, puede luego cuestionarla cuando se le requiera proceder a sacrificar una vida humana contra el juramento hipocrático que oportunamente prestó, de velar por la vida de sus pacientes. Como afirma Siro De Martini, “los problemas de conciencia deben plantearse cuando se presentan. El hombre no es una máquina cuyas convicciones o decisiones morales pueden ser tomadas de una vez para siempre, y mantenidas de esa forma de modo inalterable”. En similar sentido, al criticar el fallo de la Corte en el caso “F., A.L.”, Norberto Padilla considera con relación a los requisitos que dicho Tribunal exige para poder ejercer la objeción de conciencia, que éstos constituyen una “curiosa forma de inmovilizar la conciencia, ya que si con el correr del tiempo, quizás después de practicar varios abortos, quizás tras una

nueva reflexión ética o religiosa, el profesional replantease sus pautas morales, se vería imposibilitado de ser atendido y respetado”.

Lo cierto es que aun cuando se considerara lícito limitar de alguna manera la posibilidad de hacer valer la objeción de conciencia, por ejemplo, para evitar practicar un aborto (por más que éste sea considerado, en el caso particular, como no punible), aun cuando se entendiera que una persona no podría hacer valer la objeción de conciencia por no haberse inscripto dentro de un plazo predeterminado en un Registro de objetores de conciencia, no por ello se le puede obligar a cometer un aborto. Lo que es así porque, como bien afirma Siro De Martini, “ninguna autoridad en nuestro país, ni los jueces (de la Corte o de cualquier otro tribunal), ni los funcionarios públicos (Presidente de la Nación, ministros, gobernadores, etc.), ni el Congreso de la Nación, pueden exigirle a una persona que mate a otra. Más aún en un país como el nuestro en que no existe la pena de muerte...”. Resulta aquí aplicable el Artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Como consecuencia de lo hasta aquí analizado, formulo la siguiente Ponencia:

1° Toda persona tiene derecho, con fundamento en la moral y en sus convicciones más íntimas, así como en la libertad de conciencia y religiosa, de ejercer la denominada *objeción de conciencia* a fin de no realizar determinados actos que le son requeridos, lo que constituye un derecho intrínseco a la dignidad humana.

2° Al constituir la objeción de conciencia un derecho fundamental de la persona, ningún Estado tiene el derecho de derogarlo, como tampoco de otorgarlo, puesto que la omisión de otorgar dicho derecho no impide que sea ejercido sin interferencias o impedimentos. No obstante, es conveniente que lo prevea, señalando sus modalidades, aunque sin limitaciones arbitrarias ni irrazonables.

3° El derecho de ejercer la objeción de conciencia para negarse a la realización de cierta clase de actos que sean requeridos, también puede ser ejercido por las instituciones que tienen determinados idearios éticos o religiosos que le impidan la realización de tales actos.

4° El objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes y consecuentes con sus convicciones.

5° El ejercicio de la objeción de conciencia no puede ser restringido de ninguna manera, con la salvedad de que en razón de su ejercicio se ponga en riesgo el orden público, la vida o los derechos de terceras personas o, de forma significativa, la salud de las mismas.



Derecho Público.

Viernes 23. Excepción de conciencia

Panel I de la mañana del 23 de setiembre de 2016

“DERECHO AL IDEARIO EN LAS INSTITUCIONES DE INSPIRACIÓN RELIGIOSA.

ALFONSO SANTIAGO - ARGENTINA

¿Existe o no un derecho a la objeción de conciencia a favor de las instituciones inspiradas en valores religiosos? Se trata de determinar si la objeción de conciencia puede tener carácter institucional. Aquí lo que nos preguntamos es si las instituciones tienen también derecho a no verse obligadas a realizar lo que es contrario a su ideario. ¿Tienen o no las instituciones posibilidad que el ordenamiento jurídico le reconozca un derecho al ideario, de poder realizar todas las actividades que se proponen de acuerdo a los principios éticos y religiosos que las inspiran y, sobre todo, pueden negarse a realizar tareas que contradicen directamente los principios por los que se rige? Esta es la problemática.

Existe hoy un número importantísimo de instituciones médicas, educativas, universitarias y asistenciales que han nacido y que desarrollan sus actividades inspiradas en ideales de carácter religioso. Por ejemplo, existen más de 600 universidades católicas en occidente. Cabe señalar igualmente que el 15 % de los hospitales en EEUU pertenecen a las instituciones católicas. Al dar la bienvenida al Papa Francisco en su reciente viaje a ese país, el Presidente Obama reconoció y agradeció todo el trabajo que realizan las instituciones católicas en el ámbito educativo, médico y social en Norteamérica y esto se puede predicar ciertamente respecto de muchos países.

En los últimos años se han ido dictando un número importante de leyes, que de algún modo pueden estar en contradicción con los idearios de ciertas instituciones. Particularmente, son tres los temas que abordan estas leyes: 1) temas sanitarios, entre los que encontramos leyes de contracepción, aborto, esterilización, que de algún modo son prácticas que contradicen abiertamente idearios; 2) legislaciones de contenido educativo, que pueden contradecir abiertamente los idearios de este tipo de instituciones y 3) leyes en materia antidiscriminación, ya que podría ocurrir por ejemplo que la iglesia católica reserve la ordenación sacerdotal solo para varones, excluyendo a las mujeres.

Estos son los conflictos que se han dado. Por un lado, número importante de instituciones de inspiración religiosa, lo que trasciende el catolicismo y, por el otro, serie de leyes que contradicen puntalmente los principios que guían el actuar de dichas instituciones.

Entonces, las preguntas que vamos a intentar responder son: ¿cabría hablar de un derecho a la objeción de conciencia de carácter institucional? ¿las normas sobre no discriminación tienen una modalidad particular de aplicación a este tipo de entidades? Situaciones concretas planteadas en Estados Unidos, Colombia, Chile y España, entre otros países demuestran que las preguntas formuladas lejos de ser hipótesis de laboratorios para hacer referencia a problemas reales y actuales.

Establecida la cuestión, que responde a situaciones concretas, definimos qué es un ideario: es un documento que una institución puede darse donde explicita los objetivos y los valores que tiene y que le dan identidad propia; por lo tanto, no se trata de algo circunstancial o menor, sino que es una especie de constitución, que especifica qué fines tiene y de acuerdo a que valores va atender esos fines. La razón de ser de esas instituciones está expresada en ese documento.

Este tipo de organizaciones, con un ideario basado en principios éticos o religiosos, pueden categorizarse como organizaciones de "tendencia", es decir, aquellas encaminadas a la consecución de finalidades políticas, sindicales, confesionales, caritativas, educativas, científicas, artísticas y similares, que presuponen la adhesión a una particular ideología o concepción del mundo llamada genéricamente "tendencia" por parte del trabajador de ella dependiente. Pensemos en Greenpeace, por ejemplo,

que defiende determinados valores; lo mismo las universidades o centros sanitarios que se erigen sobre la base de ciertas ideologías o convicciones. ¿Se les puede aplicar la legislación general del mismo modo que a cualquiera o se exige una modalización, una adaptación, de acuerdo a sus valores?

Hemos de repasar ahora algunas legislaciones de distintos países, que han ido reconociendo los idearios y la necesidad de adaptar normas generales a las circunstancias particulares de una organización.

En primer lugar, el Art. 6 de la Ley Orgánica de establecimientos de centros educativos de España dispone que se reconoce a los titulares de centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución.

Voy ahora al caso de mi país, en el que el Art. 9 de la Ley N° 25.673 de 2002 que establece el programa nacional de salud reproductiva señala que “las instituciones educativas públicas de gestión privada, confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones”. A su vez, su Art. 10 señala que “las instituciones de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamentos en sus convicciones exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 6, inciso b) de la presente ley” (se refiere al suministro de elementos y métodos anticonceptivos). También la Ley 26.150 de educación sexual señala en su Art. 5: “cada comunidad educativa incluirá en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros”.

A su vez, el Art. 10 de la ley uruguaya 18.987 sobre aborto también contempla expresamente la objeción de ideario.

También a nivel de legislación de la Unión Europea, cabe mencionar otro ejemplo significativo en lo que hace a una consideración jurídica particular de la realidad de las instituciones religiosas en el tratamiento de la no discriminación en el ámbito laboral. Así, la Directiva 2000/78/CE del Consejo del 27 de noviembre de 2000, luego de prohibir en su Art. 3 la discriminación laboral por cualquier motivo, incluido el religioso, precisa en su Art. 4:

“Los Estados podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el Art. 1 no tendrán carácter discriminatorio cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo, dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Los Estados miembros podrán mantener en sus legislaciones nacionales (...) disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de Iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, no constituya discriminación sino una diferencia de trato. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho Comunitario, y no podrá justificar discriminación basada en otro motivo” y luego se añade que “siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas y privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, que actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativa nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de la organización”.

Por último, cabe mencionarse la Resolución 1763 del Parlamento Europeo de 7 de octubre de 2010 acerca de la no obligatoriedad de realizar ciertas prácticas médicas que contradicen el ideario de una determinada institución.

Podemos ver cómo los ordenamientos jurídicos se van haciendo cargo de la realidad del derecho al ideario, para respetar las convicciones éticas o religiosas que inspiran a ciertas instituciones.

Además de estas disposiciones, hay casos en el derecho comparado que valen la pena traer a colación. Uno de ellos es el caso “Hobby Lobby”, que se trataba de una empresa de supermercados a cargo de creyentes bautistas, gente que tenía muy presentes sus convicciones religiosas a la hora de llevar a cabo sus actividades comerciales. Por ejemplo, cerraban

sus tiendas los domingos. La Corte Suprema de los Estados Unidos dispuso, por 5 a 4 votos, que en razón de la libertad religiosa protegida por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (Religious Freedom Restoration Act, RFRA), es inválido el mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud (HHS) que obliga a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto, a financiar cuatro métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo. El voto de la mayoría en el caso “Hobby Lobby” fue redactado el juez Samuel Alito, y fue suscripto por el presidente de la Corte, John Roberts, y los jueces Antonin Scalia, Clarence Thomas y Anthony M. Kennedy (según su voto), mientras que Ruth Bader Ginsburg redactó un voto en disidencia, acompañado por la jueza Sonia Sotomayor y, parcialmente, por los jueces Stephen Breyer y Elena Kagan, que también conformaron la minoría. La mayoría de la Corte adopta como punto de partida la ley de libertad religiosa (RFRA) y se pregunta si esta ley permite al Departamento de Salud demandar el cumplimiento de prestaciones de salud reproductiva que violentan las convicciones religiosas de los dueños de las compañías Hobby Lobby, Mardel y Conestoga. Para la Corte, las regulaciones que imponen esa obligación violan la RFRA, que prohíbe al gobierno federal tomar cualquier medida que signifique una restricción sustantiva para el ejercicio de la religión, salvo que esa medida sea el medio menos restrictivo de cumplir con el interés sustancial estatal en juego. Según la Corte, el mandato del Departamento de Salud “oprime gravemente el ejercicio de la religión”. Muy buen antecedente, donde se reconoce el derecho al ideario de una empresa de carácter comercial, cuyos promotores tenían fuertes compromisos con sus convicciones religiosas.

Particularmente, yo trabajo en la Universidad Austral, que tiene hospitales a su cargo y que obtuvo un reconocimiento administrativo de su derecho a no verse obligada a realizar prácticas médicas que contradicen sus ideales, tales como abortos, esterilizaciones y fecundaciones *in vitro*.

Esta institución del derecho al ideario va así teniendo origen tanto jurisprudencial como legislativamente. Una de sus manifestaciones es que las instituciones tienen derecho a no realizar prácticas de no discriminación que contradigan abiertamente su ideario. Estas son excepciones, claro está, pero cuando la convicción es clara el ordenamiento jurídico

debe hacerse cargo de la realidad y modalizar las disposiciones generales a las realidades propias y específicas de cada institución. Esto es propio del derecho de la postmodernidad, que se hace cargo de las diferencias, del pluralismo, de lo diverso y, entre ellos, de las adaptaciones que se dan para proteger los idearios de las instituciones.

Por lo tanto, soy partidario de que, tanto desde la legislación, como desde la doctrina, como desde la jurisprudencia se proteja este derecho al ideario de las organizaciones que tienen inspiración ético-religiosa.

Muchas gracias.

“EXPANSIÓN DE LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA”.

RAFAEL NAVARRO VALLS - ESPAÑA

Ayer dijimos que la objeción se encuentra en proceso de expansión, que ha tenido origen en una explosión nuclear referida a la objeción de conciencia al servicio militar. Ello ha hecho que se haya ido expandiendo, por ejemplo, a la objeción de conciencia fiscal. Hace unos días, en Toulouse, el recaudador oficial concedió a título gracioso una pequeña cantidad para que no fuera destinada a gastos militares y a gastos del aborto. Se ha expandido también a tratos médicos, respecto de lo cual cabe referir a una sentencia norteamericana, dictada en el caso Patterson y que ha sostenido que los padres pueden ser de mártires ellos mismos, negándose a recibir tratamientos médicos, pero no pueden hacer mártires a sus hijos y, por lo tanto, se los despoja *pro tempore* de la patria potestad. Por otro lado, se puede citar también a la objeción de conciencia farmacéutica, a formar parte de un jurado, supuestos no estrictamente contemplados en la ley. En materia de bioética y bioderecho, a celebrar determinados matrimonios, a formar mesas electorales. Incluso en el campo confesional la objeción de conciencia ha tenido sus repercusiones.

Refiriéndonos ahora a los casos, en agosto de 200, la Corte Penal Internacional desestimó una propuesta de Canadá que proponía perseguir judicialmente al sacerdote que se niegue a revelar el secreto de confesión en una causa penal. Poco antes, Conan W. Hale, convicto por robo

en una penitenciaría de Oregón, solicitó los servicios de un sacerdote católico. Su confesión fue grabada a través de medios sofisticados, pretendiéndose posteriormente utilizarla como medio de prueba contra el recluso en un juicio por homicidio. La Santa Sede protestó ante el gobierno americano. La prueba no fue aceptada por los Tribunales.

El episcopado estadounidense ha decidido apoyar dos propuestas de ley en la Cámara de Representantes que buscan tutelar la conciencia de los profesionales del sector sanitario y evitar que fondos procedentes de los impuestos se usen para financiar abortos provocados.

También se ha producido, en los años 2012 y 2014, casos en que dos enfermeras de New Jersey se negaron a asistir a una serie de interrupciones del embarazo, porque ello iba en contra de sus convicciones personales. La decisión judicial fue favorable a las mismas. Por seguir en esta línea, el Tribunal Supremo de Estados Unidos determinó hace unos días que no puede multar a “Las hermanitas de los pobres” por negarse a prestar servicios a sus empleados en materia de contracepción, esterilizaciones y píldoras abortivas.

La expansión va moviéndose también en formas hasta ahora inéditas. Recuerdo el caso de un miembro de la IRS, sistema fiscal norteamericano, era un inspector de impuestos, que se negaba a dictaminar las peticiones de organizaciones abortivas que tenían derecho a una disminución de impuestos; simplemente pasaba las peticiones a otro inspector. Sin embargo, se prohibió su ascenso, porque se decía que constituía un peligro para el sistema fiscal. La Corte Suprema del Estado de Arkansas falló a favor del inspector, arguyendo entre otras cosas que la libertad de conciencia es una estrella polar para los Estados Unidos de Américas.

Todo esto produce marea y amenazas de apocalipsis jurídicas. Pero yo creo que un sistema jurídico desarrollado sabe ser tan elástico que se adapta a las realidades sabiamente a las necesidades jurídicas sin grandes terremotos sociales y admitir generosamente las objeciones de conciencia.

Ayer referí a los casos Reynolds y al caso de la persona desnuda en Londres.

Por otro lado, la Cámara de los Lores en el caso Williamson exige, para que una creencia (religiosa o no) pueda ser tomada en cuenta, que

sea coherente con unos estándares elementales de dignidad humana, referirse a problemas fundamentales y no a cuestiones triviales y revestir un cierto grado de seriedad e importancia.

Igualmente, podemos referir al caso Smith, en el que los miembros de una confesión religiosa naturalista, extendida entre los indígenas norteamericanos, que tenían la costumbre de fumar peyote en sus cultos. El Estado de Ohio negó la objeción de conciencia a los indígenas.

Algo similar ocurrió en España respecto de un culto norteamericano que se dedica a manejar serpientes venenosas. No se puede admitir que el orden público, es decir, que la salud, que la estabilidad de un sistema se pueda poner en cuestión por objeciones no estrictamente prudentes. A veces la objeción de conciencia puede llevar a hacer que el mal de la democracia no fuera tanto la prepotencia del poder cuanto su impotencia. Pero, lo que es evidente es que este es un planteamiento pesimista ya que una sociedad democrática da prueba de fortaleza y no de debilidad cuando la mayoría da protección a las minorías disidentes.

En la comunidad democrática, la fuente de la ley es la llamada 'conciencia común de la sociedad', manifestada fundamentalmente en la voluntad general que, a su vez, se apoya en esa ambigua expresión política que es la 'opinión pública'. Cuando, a través del mecanismo parlamentario, ésta cristaliza en leyes, el positivismo legalista las refuerza inmediatamente con la cobertura de este doble postulado: "la ley es todo el derecho" y "la ley es toda derecho".

Sin embargo, contra estos axiomas soplan hoy vientos de fronda impulsados por una concepción de justicia en la que el *ius* no se agota en la ley, ni toda ley es, de suyo, necesariamente justa.

Otro ejemplo en el marco del derecho en pie de guerra. Hace cierto tiempo, en el Vaticano hubo una reunión entre Obama y Benedicto XVI. El encuentro duró 40 minutos. El tiempo útil (no contando traducciones, saludos protocolarios etc.) se calcula que fue 20 minutos. Ocho minutos (casi la mitad de la reunión) se dedicaron a los choques entre conciencia y ley. Sorprende que a la hora de destacar un tema que preocupe a los dos núcleos más intensos de poder de la Humanidad sea precisamente el de

las objeciones de conciencia. Este es un ejemplo de la expansión de las objeciones de conciencia.

Muchas gracias.

Preguntas

– En un reciente caso planteado ante un Tribunal Francés se decidió que, en el caso en concreto, el derecho a la objeción de conciencia no afectaba al orden público, ¿esto remite al equilibrio entre orden público y libertad religiosa?

Alfonso Santiago: En realidad se trataba del Consejo de Estado francés; efectivamente hay ahí un modo de armonizar las exigencias del orden público con el contenido y la necesidad creciente de proteger a la libertad religiosa. Comparto el criterio sostenido, que protegió adecuadamente uno de los aspectos de la libertad religiosa, ya que no estaba acreditado un fuerte interés público para restringirla.

– ¿La palabra ideario sería el equivalente de conciencia hablando de personas jurídicas?

Alfonso Santiago: Algo parecido, siempre es análogo. La conciencia sólo la pueden tener personas físicas. Las instituciones proyectadas por un grupo de personas que tienen por objeto poner en marcha una determinada organización, con base en el derecho humano a asociarse para fines útiles, no tienen propiamente conciencia, pero sí tienen idearios.

– ¿Qué fundamentos se deben plantear para que un pedido de objeción de conciencia reciba una sentencia favorable?

Rafael Navarro Valls: Cada objeción de conciencia tiene unas raíces muy concretas, que no lo hacen general. Aquí cabe recordar lo que ocurrió en Núremberg, donde el tribunal ahorcó a una serie de jerarcas nazis o sancionó con severas penas a unas personas que se amparaban en que ellas no hacían sino obedecer a las leyes dictadas por Adolfo Hitler. El Tribunal, en una sentencia que considero razonable, sostuvo que, por encima del derecho positivo, por encima de las leyes, hay un orden superior y que hay que obedecer a la desobediencia natural. Esto me lleva a decir que uno de los fundamentos para plantear una objeción de conciencia no

acogida en las leyes, sería hacer notar que la conciencia humana es un reducto en el cual el protagonista ve una ley no basada en la opinión pública de los parlamentos sino en la justicia inmanente, ve una razón para decir “no” humildemente. Decir, no puedo porque mi conciencia aparece grabada. En este caso ha habido veces en que los Tribunales han admitido ese planteamiento, porque no se trata de un denostador de las leyes, sino de personas que se oponen frente a la ley llevando un *background* de justicia natural.

Panel II de la mañana del 23 de setiembre de 2016

“OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO”

DORA MARÍA SIERRA - MÉXICO

Mi ponencia se centra en esto por ser el primer caso legislado en México de objeción de conciencia. Esto sucede recién hace 12 años, en el 2004. Antes no se había incluido el derecho expresamente en una ley. Recordemos que México es una República Federal, pero el Estatuto Jurídico de la Ciudad de México ha cambiado. Antes era capital de la República y sede los poderes federales, no había poderes locales; esto ha cambiado y con ello se han creado unos cuasi poderes locales, pues las decisiones sobre la ciudad son compartidas entre los poderes federales y locales. La objeción de conciencia se incluye en una ley de Salud que fue promulgada por una Asamblea Legislativa local. Primero la ciudad despenalizó el aborto, luego se añaden dos causales en el 2002 y dos años después, en el 2004, se incluye el derecho a la objeción de conciencia del personal de salud. Sin embargo, la implementación de la práctica del aborto en los hospitales públicos se hace a partir el 2007, porque hay otra reforma penal y se despenaliza el aborto sin causa dentro de las 12 primeras semanas de gestación. Hay un propósito de implementar en los hospitales públicos, incluir el aborto; el nombre que se le asignó fue “interrupción legal del embarazo”. Las políticas públicas se hicieron a través de un programa de salud q se denominó “Programa de interrupción legal del embarazo” o “Programa ILE”. Este programa daba acceso a las mujeres sin necesidad

de justificar ninguna causal, con la limitación temporal. En el 2009 se expide una nueva ley de salud y se incluye nuevamente la objeción de conciencia de los médicos. La diferencia con la ley anterior es que la objeción de conciencia se limita sólo al médico, sin incluir personal de salud general. Otro detalle importante.

Mi propósito fue investigar el impacto de este nuevo servicio de salud en la comunidad médica de los hospitales públicos de la ciudad de México. Entonces, presenté solicitudes de información vía transparencia al acceso a la información pública, relativas a los tres primeros años, del 2007 al 2010, número de prácticas, hospitales, médicos y cuantos habían solicitado la objeción de conciencia. La información fue provista y los datos son interesantes ya que, en un total de 18 hospitales, que comprendían una población de unos 285 médicos (20-25 por hospital), la mayoría especialistas en ginecología, fueron 250 los que pidieron la objeción de conciencia. Al 2010 el número de abortos practicados fueron alrededor de 100 mil, practicados únicamente por casi 40 médicos. Preguntamos luego si se tuvo que contratar personal adicional, es decir, ¿cómo se resolvió el tema? Nos respondieron que sí se contrataron médicos adicionales con la condición que fueran no objetores, que también es ese un tema que preocupa.

Vale la pena destacar que de los 18 hospitales sólo 11 siguen practicando el aborto, lo que hace suponer que se concentraron los médicos no objetores en aquellos hospitales. Suponemos, igualmente, que muchos médicos se habían acogido a la objeción de conciencia no necesariamente por motivos de objeción, sino porque el trabajo los rebasaba o bien porque no tenían la capacitación necesaria. Mi conclusión es cuando aun cuando podría haber otros motivos, creo que la comunidad médica no recibió bien la práctica pública del aborto. Esos hospitales públicos tienen una demanda exorbitante de esos servicios. Igualmente, se liberó el aborto en hospitales privados, no gratuitos y, por otro lado, en la medida de lo posible se ha recomendado que el procedimiento se lleve a cabo a través de fármacos, ya que el aborto quirúrgico exige mayores insumos.

Otro tema es que inicialmente se reconoció la objeción de conciencia al personal de salud sin distinción y luego se redujo al médico, dejando a

un lado a la enfermera y a todos los que de alguna manera participan en la práctica del aborto.

Finalmente, la Reforma Constitucional del 2011 permite establecer lo que se llama control difuso *ex officio* de convencionalidad y constitucionalidad por parte de las autoridades para la protección de derechos humanos. Esto permite que los conflictos de objeción de conciencia puedan ser resueltos no necesariamente a través del Poder Legislativo. Obviamente ha habido muchas dificultades, pero creo que esto va a ser beneficioso para la libertad de conciencia.

Creo que el test de proporcionalidad, para poder valorar qué tanto se justifica una restricción, resulta ser una herramienta muy adecuada. Pienso, para concluir, que la idea es reformar la ley en cuestión, no restringir la objeción únicamente a los médicos, sino conferirla al personal de salud sin distinción. Por otro lado, se debe capacitar a las autoridades en la aplicación del test de proporcionalidad. Pienso que la objeción, antes que una excepción, es el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, sujeto a unos límites. Se van creando criterios, precedentes que nos indican como interpretar conceptos abstractos de salud pública, educación, etc. Para concluir, opino que en este tipo de reformas fue acertado que la autoridad regulara la objeción de conciencia, ya que la comunidad médica tenía una voz especial por ser la que lo iba a realizar.

Muchas gracias.

“EXCEPCIÓN DE CONCIENCIA”

LUIS FERNANDO SOSA CENTURIÓN - PARAGUAY

Este un tema conceptualmente llevado desde lo que llamamos excepción de conciencia, como libertad que tiene el ser humano para, en sus decisiones intelectivas, apartarse de las reglas generales estatuidas por el derecho. Por su parte, la objeción de conciencia es una réplica, es la decisión argumentado con que se impugna, es la determinación objetiva, que se opone a cumplir un mandato de la ley o de la autoridad. Es muy importante esta separación intelectual.

En la Constitución de la República del Paraguay se tiene el Estado de Excepción en el Art. 288 y en el Art. 37 se reconoce la objeción de conciencia por razones éticas o religiosas, en los casos admitidos por la Constitución y la ley. La excepción de conciencia convertida en esa objeción va a tornarse constitutiva recién cuando la autoridad correspondiente, judicial o no, la admite, pero no por una expresión declarativa del derecho que le asiste constitucionalmente al ciudadano.

En este proceso es importante establecer una problemática actual en relación a la sociedad, porque emerge de situaciones vivenciales el llamado derecho social, en que el positivismo jurídico ha ido estrechando vínculos con los valores humanos. Cuando se afectan verdades constituidas por la sociedad en un interés determinado por grupos de presión, muchas veces estos intereses se tornan inconfesables, alejados del valor de la verdad como conciencia ética de los hombres; expresiones argumentadas por el Tratadista Javier Giraldo Moreno. ¿Pero cuándo es dable analizar esta situación ante mecanismos de una verdad jurídica, muchas veces no acorde con la verdad del procedimiento, en donde se admiten, aunque no fueran probados, situaciones de falsos testimonios, sobornos, manipulaciones de influencia hacia intereses no confesados y que aleja a la verdad de la justicia en su procedimiento para la consagración de un derecho tan fundamental como la excepción de conciencia?

Pareciera que estas palabras no cobran vivencia, si no las acompañamos de la integridad humana. Que las declaraciones sociopolíticas de las autoridades y de los conductores de una sociedad no se alejen de los valores axiológicos de la deontología y del deber ser del comportamiento en la vida ciudadana. Es decir, que la sociedad hoy día nos ve inmersos en lo que podríamos llamar con Humberto Eco una guerra civil legal en el ámbito humano. ¿Quién tiene la razón para buscar la justicia? ¿Quién tiene la conciencia de dar la justicia? ¿Quién determina la estructura del origen hacia una biopolítica moderna?

Es una esencia del derecho natural como vida desnuda que pretende consagrar su humanidad, no solo como sujeto viviente, sino como sujeto político que no escapa a la libertad de su conciencia. No se debe llevar al ser humano a un conflicto de sus convicciones, de sus ideas ante

un mecanismo instituciones que puedan inquietar la verdad en su más común expresión jurídica.

Es decir, verdades engañosas, protocolos sociales de hipocresía, no colaboran para un formalismo, para una realidad de la excepción de conciencia; esto lo encontramos muy claramente en el libro del Dr. Esteban Kriskovich.

Es decir, que el hombre debe aprender a no buscar verdades a medias que lo conduzcan a mentiras en su búsqueda de la justicia. De lo contrario, se establece un protocolo social alejado de los derechos sociales, en el que la conciencia moral queda anulada. Ese ser de conciencia se encuentra en los dominios potestativos de la autoridad o de la ley y no de una resolución de justicia.

Como expresión de resistencia, como una conclusión en donde siempre deben primar los valores éticos del deber ser, de esa verdad intangible que consagra a la justicia y no nos lleve a la situación en que, al momento de pedir la consagración del derecho, al final tengamos que entender que la justicia no es aquella que está amparada en ese derecho.

Es decir, en el cúmulo de ideas, nos encontramos con la creación de una Comisión Nacional de objeción de conciencia, creado por Ley N° 4013/10 y que hoy, podemos decir, sólo existe en los papeles. Circunstancia que la fusión de competencia jurisdiccional, con la estructura de decisión, no han podido resolver por efecto de competencia. Se ha dejado a un total procedimiento declarativo y pienso que el médico para oponerse a un aborto no necesita que un juez lo autorice, es más, debe ser suficiente, que su simple dictado de conciencia por derecho y por ley le garantice un comportamiento justo. Pero, podemos seguir haciendo elucubraciones en función a este derecho humano que cada vez, con más fuerza, se manifiesta y en los derechos sociales, tantas situaciones que admiten ser invocadas legítimas defensas para poder llevar a una verdadera existencia. De todo lo que hemos escuchado en estas jornadas, se tiene por un lado una realidad social con instituciones de idearios y valores religiosos; e inclusive los agnósticos tienen sus valores. También encontramos disposiciones legales que imponen prácticas, que muchas veces no están acorde a los valores de la sociedad, pero siempre tenemos el reconocimiento de un régimen jurídico vigente que debe ser acatado.

Debemos señalar igualmente que las personas jurídicas no están ajenas al estamento de los derechos constitucionales.

Por último, tenemos los fundamentos de este derecho de objeción u objeción de conciencia, derecho humano que consagra y debe compelernos a que entendamos que el derecho a la libertad de conciencia debe ser tangible, porque de lo contrario se trataría de una mera declaración literaria con efecto jurídico.

Por otro lado, este cúmulo de expresiones nos lleva a actuar en la sociedad en la elaboración de leyes que no guardan correlaciones con aquellas normas programáticas, de efecto resolutorio. ¿Cuántas veces se ha visto que en las licitaciones se han cometido ilicitudes? En la provisión de insumos, servicios conexos y así han aparecido las croquetas, las aguas y los tés de oro, en una expresión de liberalidad total, que no condice con la concepción de justicia de la sociedad.

Análisis riguroso este que nos debemos como paraguayos; hay que dejar instalado el tema, para que sean ustedes los que desarrollen.

Muchas gracias.

Preguntas

– ¿En México el aborto es permitido de manera general?

Dora Sierra: No, no es permitido de manera general, sólo en cierto supuesto; en la mayoría de los Estados en caso de violación. Hay ciertos supuestos en los que aborto no es punible, tales como aquellos de violación, de malformaciones congénitas o si se encuentra en peligro la vida o la salud de la madre. La reforma del 2007 ha incluido una nueva excluyente, que es el caso del aborto sin necesidad de justificar causa alguna en las doce primeras semanas de gestación. Fue una decisión muy polémica, pasó por la Suprema Corte, pero aclaro que tuvo lugar únicamente en la Ciudad de México.

– ¿Qué finalidad tiene esta objeción de conciencia? ¿es como una matriculación para el médico? ¿Cómo lo tomó la sociedad mexicana?

Dora Sierra: La sociedad está muy dividida en este tema, no hay un consenso. La objeción de conciencia ha sido un buen mecanismo para conciliar las posiciones enfrentadas dentro de la sociedad, sobre todo tratándose de hospitales públicos. No entiendo esto de si es una matriculación para el médico. Aclaro que al médico se le respeta su objeción de conciencia, no hay presión y esto no afecta a la prestación de los servicios. No ha habido quejas por negación de los médicos.

– Usted mencionó que ya no se necesita justificar ninguna causal para la interrupción del embarazo dentro de las 12 primeras semanas ¿esto no afecta al orden público?

Dora Sierra: En todos los Estados hay causales no penalizadas. Sólo en la Ciudad de México está permitido el aborto sin causa dentro de las 12 primeras semanas, entonces, eso no afecta creo yo al orden público.

– ¿Junto a la objeción de conciencia, no se debería reconocer la objeción de ciencia por ser el aborto un tratamiento médico inadecuado?

Dora Sierra: Esto motivo polémica ciertamente, ya que muchos médicos consideran al aborto como un tratamiento médico inadecuado y argumentan la objeción de ciencia, pero no hubo consenso en la Ciudad de México.

– ¿Puede decirse que en los hospitales públicos de la Ciudad de México se hacen 100 mil abortos al año?

Dora Sierra: No, los datos son de los años 2007 a 2010. No sé cuántos fueron con fármacos y cuantos fueron quirúrgicos. Pero la información debe estar disponible en internet.

– ¿La objeción de conciencia debe hacer primar valores morales de la sociedad? ¿cómo es la libertad de conciencia de una persona particular afectando a los valores morales de la sociedad, cuando el objetor hace una solicitud que se contrapone a los derechos fundamentales de la Constitución Nacional?

Luis Fernando Sosa: Hay que aclarar que el concepto de excepción de conciencia hace al derecho de la libertad para apartarse de la regla general. Nuestra Constitución faculta a oponerse a una disposición arbitraria y a una ley injusta. Y tenemos por otro lado la objeción de conciencia

que está prevista en la Constitución cuando se habla de la excepción en el Art. 129, es decir, el concepto genérico del ejercicio del derecho a la libertad como manifestación individual y puse el caso del médico que se niega a acatar la orden de practicar un aborto. Hay que respetar esa negativa basada en sus convicciones religiosas, lo que no quiere decir que otro médico no pueda proceder a practicarlo. En nuestro país está permitido aborto terapéutico, entonces es claro el efecto del derecho particular, que tiene que ser declarativo, no puede ser una mera constitución de derecho. Entonces, es una tarea que nos queda, porque debemos reconocer el derecho de las personas a no verse obligadas a realizar actos contrarios a su convicción.

Respecto de la segunda parte de la pregunta, no porque algo esté en una ley va a ser justo. No se trata aquí de un mero derecho particular sino de un derecho fundamental constitucional que es la libertad, fundada en la dignidad humana.



Viernes 23. Derecho de los migrantes

Elaborado por: A. Tamara Maricevich Ríos

PANEL

Viernes 23 de setiembre de 2016

PONENCIAS DEL PANEL DE LAS 15:00 HS:

Sergio Zavala Leiva (Honduras)

Ernesto Jinesta Lobo (Costa Rica)

Oscar Buenaventura Llanes Torres (Paraguay)

Coordinadores:

Bernardo Fernández Castillo / Oscar Llanes

Saludos de bienvenida al público y lectura de currículums de panelistas, a cargo del Dr. Bernardo Fernández Castillo.

PONENCIA 1

Académico SERGIO ZAVALA LEIVA – Honduras.

El tema que vamos a tratar a continuación es un tema de actualidad hasta el grado de que hace unos cuatro días los principales Jefes de Estado, ha pedido de la Organización de Naciones Unidas, se reunieron para comprometerse a cumplir las reglas legales referidos al Derecho de Asilo y a ciertos puntos de migración. Para el caso el presidente Barack Obama se comprometió a admitir 360.000 sirios para el próximo año, aunque puede estimarse esta declaración filosófica para algunos porque no es vinculante mientras no se traslade a un tratado o convención, lo cierto que en principio ya es un reconocimiento de este problema que está causando dificultades tanto en la Unión Europea como en los propios Estados Unidos de América.

Y entrando en materia Hoy día el concepto de migrante y refugiado tiene alcances diferentes muy importantes y precisos, a tal grado que las organizaciones internacionales claman por el uso de la palabra correcta, ya que, aplicadas indistintamente, podría acarrear algún tipo de problemas para ambos grupos. Un ejemplo de lo anterior lo vemos con lo que sucede en el Mediterráneo convertido en la ruta de migración más peligrosa que ha provocado una crisis sin precedentes en Europa al haber ingresado más de un millón de refugiados y migrantes, principalmente a través de Grecia e Italia, cruzado por embarcaciones menores o muy precarias, habiendo perecido más de 3,000 desplazados en el intento, esto ha sido destacado por diarios locales e internacionales que han cubierto este hecho, empleando indistintamente los términos aludidos migrantes o refugiados, lo cual como queda expuesto, es incorrecto.

Los refugiados son personas que huyen de los conflictos armados en sus países de origen, o de persecuciones de todo tipo, lo que los obliga a cruzar fronteras internacionales en busca de su seguridad y protección en los países de su entorno. En dicho carácter, los refugiados de conformidad a la ley deben ser reconocidos como tales, con derecho a recibir asistencia de los Estados involucrados quienes podrán al final de un proceso administrativo justo concederles un asilo humanitario.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptado en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Organización de las Naciones Unidas y su Protocolo de 1969, como también otros instrumentos legales como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, regulan los aspectos relacionados con su estatus, para establecer sus derechos y protección legal.

La protección de los refugiados les garantiza en primer orden, no ser devueltos o expulsados a su país de origen en donde, es lógico, se someterían a los peligros precisamente de los cuales han huido, el acceso a un procedimiento de asilo justo y eficiente, y en general el respeto de sus derechos humanos básicos, se impone para que puedan vivir o radicarse en condiciones dignas y seguras. Los Estados tienen la responsabilidad de hacer efectiva esta protección, lo cual es vigilado de cerca por instituciones creadas en el marco de la referida comisión, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Por otra parte, los migrantes abandonan su propio país por otras causas que no tienen nada que ver con amenazas, agresiones o persecuciones, sino que, por cuestiones económicas, tratando de lograr un mejor ámbito laboral o por su reunificación familiar. A diferencia de los refugiados, los migrantes pueden retornar a sus países de origen y continuar gozando de la protección de estos. En el caso de los migrantes, su estatus debe resolverse de acuerdo a su estatuto interno y más particularmente las leyes migratorias del país receptor, mientras a los refugiados, de conformidad a las normas legales relacionadas con el derecho de asilo y protección dentro del marco del derecho internacional.

Por lo anterior, al hablar de refugiado o de migrante, debemos distinguir en forma clara; entre aquellos que huyen de una guerra o conflicto armado, y los que emigran o se trasladan a otro país en busca de una mejor calidad de vida.

Los refugiados tienen derecho a solicitar asilo siempre que puedan demostrar que provienen de un país en conflicto que les obliga a buscar refugio y protección fuera de sus fronteras, existiendo además temor de ser perseguidos por motivos de su raza, religión, nacionalidad, o pertenencia a un grupo determinado, tal como así lo establece la indicada Convención. Por lo que, en sentido contrario, los que se trasladan a otro país, que no sea por los motivos indicados, no pueden ser considerados como refugiados, sino que como migrantes, aplicándoles a estos un estatuto legal diferente.

Hoy en día existen unos 22 millones de personas en el mundo que han abandonado el país de su nacionalidad, de los cuales la mayor parte son mujeres o niños que se han visto obligadas a huir de sus respectivos países por la intolerancia y la violencia. En este mismo concepto existen personas en situaciones de gravedad similares pero que no califican como refugiados. Estas personas son conocidas como desplazadas, y son aquellas que han huido de sus hogares a consecuencia de una guerra civil, pero que han permanecido en sus países de origen.

De conformidad a la Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, auspiciada por la (ONU), existe una conexión entre migración y derechos humanos. Este Tratado

establece además un estándar que ha servido como marco para la promoción de los derechos de los migrantes de cada país. En este sentido el tema de las deportaciones de los migrantes es una cuestión de derechos humanos que ha motivado a la indicada organización a instar a los Estados Unidos para que adopte políticas migratorias amplias y concretas basadas en los derechos fundamentales del individuo.

En el caso de Estados Unidos, una de las preocupaciones principales de las organizaciones protectoras de los derechos de los migrantes en Estados Unidos es su creciente detención y posterior deportación. Para el caso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está convencida de que, en muchos casos, y probablemente en la mayoría de ellos, la detención de los migrantes constituye una medida desproporcionada en donde los programas alternativos a la detención configurarían una opción más equilibrada con el interés legítimo del Estado para asegurar el cumplimiento de la norma migratoria, pero con el respeto de los derechos de que hablamos.

También la Comisión Interamericana considera preocupante el impacto que tiene la detención en el debido proceso, particularmente en el derecho para acceder a un abogado, y por lo tanto en la posibilidad de ser liberado. A fin de garantizar el derecho a la representación legal y eventualmente al debido proceso, la CIDH considera que se requieren programas estatales más sólidos sobre alternativas con respecto a la detención lo cual debe ser expandido a toda la nación americana.

En particular la Comisión observa con preocupación la falta de representación legal que deba ser suministrada de oficio para el caso de los niños no acompañados, procedentes de Guatemala, El Salvador y Honduras que viven una situación de extrema violencia e inseguridad derivada de las pandillas o maras que azotan estos países centroamericanos pertenecientes al llamado Triángulo Norte. Estas organizaciones criminales que se agrupan en algunas pandillas juveniles que surgieron hace algunas décadas en Los Ángeles, California, ahora basadas en Centroamérica por haber sido deportadas muchos de sus integrantes a sus países de origen, se les vincula con algunos carteles de narcotraficantes que operan en esta misma región como acarreadores de droga o como sicarios del crimen organizado en una nueva fase que los ha hecho adoptar sofisticados

comportamientos como organizaciones criminales evolucionadas. En un par de años, esta afluencia de niños centroamericanos a Estados Unidos por la frontera sur, ha ascendido a 60.000 de ellos como lo afirma el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras ya se volvió emblemático.

Las diversas legislaciones y jurisprudencias nacionales difieren en el alcance del derecho de asilo. Sin embargo, los acuerdos internacionales de los que forma parte cada Estado siempre deben prevalecer sobre el derecho interno.

Conclusiones:

En el caso particular de Honduras se han tabulado unos 23,000 niños que estarían solicitando asilo en los Estados Unidos, y que han llegado en condiciones irregulares en los dos últimos años a la frontera sur de dicho país, huyendo de la violencia imperante en sus lugares de origen causada por las pandillas o maras, que no son más que delincuentes comunes muy violentos.

El estatus de refugiado sería una forma de darle protección a este tipo de migrantes, al no poderla brindar en su caso los gobiernos de los tres países de la región centroamericana referidos anteriormente.

También tenemos el caso de la Unión Europea, en donde se ha establecido un plan que viola todo lo referente a la protección a los asilados. Europa expulsara hacia Turquía a todos los migrantes solicitantes de asilo, que huyan o no de conflictos armados o de persecuciones, y realojara solamente a los sirios. Un acuerdo estableciendo la expulsión directa de extranjeros hacia un país tercero no es consistente con la legislación europea ni con la legislación humanitaria internacional.

La ONU, a través de Acnur ha mostrado también preocupación ante la cuestionable legalidad de este acuerdo al considerar los expertos que violaría el derecho internacional al expulsar a los refugiados a Turquía, aunque la Unión Europea lo justifique al considerar a este país, como seguro.

El Consejo General de la Abogacía Española ha criticado por su parte este acuerdo al considerar que todo el bagaje jurídico que hace de la

Unión Europea un bastión de los derechos humanos se viene abajo con una medida de esta naturaleza. La institución que aglomera a la mayoría de colegios de abogados de España recuerda que la legislación europea obliga a una admisión ordenada, digna, estudiada y personalizada de cada solicitud de protección internacional; agregando que al aplicar la devolución a Turquía indiscriminadamente a todos, sin diferenciar y procurar refugio a los potenciales solicitantes de asilo, supone una vulneración radical y manifiesta del derecho internacional y particularmente del europeo que obliga a todos los países de la Unión y la Unión misma.

PONENCIA 2

Académico ERNESTO JINESTA LOBO - Costa Rica

En el caso particular quedará la comunicación y probablemente será publicada y ustedes podrán leer literalmente el documento, voy a tratar de hacer una síntesis, lo que he procurado un poco a citando a Theodor Viehweg uno de los fundadores de la escuela de Maguncia y quien introduce la tópica jurídica y escribe aquel famoso libro sobre "Tópica y Jurisprudencia", pues lo que he procurado es tomar algunos casos de la Sala Constitucional de Costa Rica el cual presido para demostrar cómo solo a través de una jurisdicción constitucional, sólida, fuerte, además accesible, democrática y formal, es posible a nivel nacional, a nivel local, proteger de manera efectiva los derechos de los migrantes y de los refugiados.

En otras palabras lo que estoy diciendo es que tiene que haber una protección multinivel, es decir no solo la protección de tribunales internacionales, de tribunales regionales, sino que en esto debe haber o debe coadyuvar los tribunales, salas o cortes nacionales porque nada haríamos por ejemplo con la Convención de Ginebra, el Estatuto de los Refugiados de 1951 si a nivel interno nacional local no se hacen efectivas todas las garantías o los derechos que están establecidos en esos documentos de Derecho Internacional Público en favor de estas categorías.

En primer término, voy a hacer referencia hasta donde me dé, a la situación de los migrantes, recordemos que de acuerdo con la opinión

consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 18/03; migrante es el término genérico que incluye dos subcategorías que son emigrante e inmigrante. Emigrante es la persona que deja un estado para trasladarse a otro con el fin de establecerse e inmigrante, la persona que llega a otro estado con el fin de residir en él.

De acuerdo con los datos estadísticos de la Organización Mundial de las Migraciones el número de migrantes aumentó en los últimos 15 años exponencialmente en un 41%. Según los cálculos más recientes de esta organización, existen en la actualidad para finales del 2015; 224.000.000 de personas migrantes, eso representa el 3.3% de la población mundial, o sea estamos hablando de un segmento muy significativo.

La primera sentencia, de la que voy a hacer referencia es el voto 95.13 del 2003 relativo a impedir la desmembración familiar de los migrantes. Básicamente, la sentencia surge en el caso costarricense porque una colombiana ingresa al territorio nacional con una visa turista, previamente, meses antes ingreso su esposo y un hijo, persona menor de edad, 4 años, cuando la Dirección de Migración Extranjería con los controles que hace, se percató que a la señora ya le venció la visa de turista, pues la sometieron inmediatamente a un procedimiento de deportación, y efectivamente, se dicta la deportación y el impedimento de ingreso al país, que en este caso pues es un impedimento que puede oscilar entre 5 y 10 años. De esa manera, la señora acude ante la Sala Constitucional, con un amparo, solicitando la protección de una serie de derechos, básicamente en nuestro país, en amparos son sumamente informal, no es un amparo residual, o subsidiario, sino que es un amparo principal, por eso tenemos una gran estadística judicial, en nuestro país nos tomamos muy en serio el 25 de la Convención Americana, en el sentido de que tiene que ser un recurso sencillo, efectivo, rápido, de tal suerte que, la señora acude, eso le ha dado una connotación bastante democrática al Tribunal Constitucional, como tribunal ciudadano. La señora entonces acude a la Sala, y la Sala Constitucional dice que el texto constitucional costarricense, el 49 le prodiga una protección especial, del Estado a la familia y a la infancia. Y luego pues afirma de manera contundente que ninguna actuación administrativa pueda propender a la desintegración o a la desmembración familiar. Que los extranjeros, por una disposición constitucional, el 19, tienen los mismos derechos que los nacionales, salvo las limitaciones que establezca la

propia Constitución y la ley. También se hace referencia, en el voto de la sala que acoge el amparo de la señora colombiana, pues a instrumentos de derecho humanitarios, la Convención sobre los Derechos del Niño, prácticamente se dice el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, contemplado en el artículo 7°; el derecho de las personas menores de edad a no ser separados de sus padres, contenido en el artículo 9, y por supuesto también el cuidado, la protección y la asistencia especial que son merecedores la familia y la infancia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y por supuesto el Interés Superior del Menor, porque al deportar a la madre, se iba desmembrar la familia, y este niño estaba condenado que ya tenía la situación migratoria regularizada junto con su padre, estaba condenado a vivir privado de la figura materna. El amparo, finalmente se declara con lugar; se ordena suspender la deportación y otorgar un plazo razonable para regular la situación migratoria a la señora colombiana.

En segundo término, quiero comentar el voto 91.29 del 2004, un caso complejo, esto trataba de unos niños ecuatorianos que iban en tránsito migratorio ilegal hacia los Estados Unidos con una persona adulta para reunirse con sus padres biológicos que estaban en los Estados Unidos. Por razones del azar, del destino, tuvieron que quedar en Costa Rica. Migración se percató de la situación irregular y aprende al adulto que llevaba los dos niños y los somete a un proceso penal por falsificación de documentos para el tráfico de menores; a los dos niños los somete a medidas administrativas de abrigo temporal, colocarlos en un sitio propio para personas menores de edad, de cuidado, pero se apersona, llega al país un representante de la Defensoría del pueblo de Ecuador pidiendo que los niños se les levante la medida de abrigo temporal para poder ser repatriados a Ecuador, donde se les garantiza el cuidado por parte de unos familiares. Hay una oposición total por parte de todas las autoridades penales, toda vez que se estaba tramitando el proceso penal en contra del adulto que llevaba a los dos niños y se presenta el recurso de habeas corpus, y en este caso al estar de por medio la libertad personal y la Sala Constitucional indica que las personas menores de edad, deben ser objeto de cuidados, asistencia especial mediante protección por parte de los Estados de

Acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 24, 25 y ordena inmediatamente poner en libertad a los niños, ponerlos a la orden de las autoridades y representantes del Ecuador, para trasladarlos a su país de origen, donde se estaba asegurando su protección y levantar esas medidas que se habían decretado. El adulto se quedó en Costa Rica, enfrentando las consecuencias del proceso penal.

Tenemos luego el voto 7388 del 2007, esta es particularmente significativo, aquí la Sala Constitucional siguiendo algunas recomendaciones de la Comisión Interamericana, hace referencia al tema de la privación de libertad de los migrantes, en el caso particular era un ciudadano chino que había llegado al país y en condición migratoria irregular y es sometido a la privación de su libertad, libertad personas, y es colocado en un centro que se llama Centro, Aseguramiento de Aprehensión de Extranjeros en Tránsito y la Sala Constitucional entra a analizar la motivación, la fundamentación de la resolución administrativa de la aprehensión y encuentra que es absolutamente sin razones o justificaciones y entonces ordena, le ordena a la autoridad migratoria que lo ponga en libertad y que le imponga otras medidas alternativas a la privación de su libertad personal, como puede ser por ejemplo, firmar cada semana, o firmar cada quince días presentándose ante una autoridad migratoria. Básicamente aquí lo que se analiza pues es lo que corresponde a lo que conocemos como el principio de proporcionalidad en sentido amplio y los sub-principios, digamos de proporcionalidad en sentido estricto, la idoneidad y sobretodo recuerden el tema de la necesidad o la intervención mínima, es decir, no es necesario, privar de libertad a un migrante que está en una situación irregular, porque existen otras medidas alternativas, habría que fundamentar razonablemente la privación de la libertad.

Paso ahora a hacer referencia, muy rápidamente, al tema de los refugiados, independientemente que la comunicación queda en otras sentencias sobre los migrantes. Recordar, pues que el caso de los refugiados, pues como ya lo señalaba el colega Hondureño la Convención de Ginebra del 51, indica que son aquellas personas que tienen un temor fundado de ser perseguidos por razones políticas, ideológicas, religiosa, de nacionalidad, de raza y luego importante mencionar que la Declaración de Cartagena sobre los refugiados del 22 de noviembre del 84, le vino a dar una dimensión más latinoamericana a ese concepto más general y más global

que tiene la Convención de Ginebra del 51 y que también fue reafirmada la Declaración de Cartagena en la Declaración de San José de Costa Rica, sobre refugiados y personas desplazadas del 07 de diciembre del 94. Ahí se dice que refugiado es la persona que ha huido de su país porque su vida, seguridad o libertad ha sido amenazada por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violencia masiva de los derechos humanos, un tema muy latinoamericano durante las épocas de las dictaduras, en el caso de América del Sur, llámese Operación Cóndor u otra circunstancia que haya perturbado gravemente el orden público. Es una cláusula residual, una cláusula abierta, el artículo 22 de la Declaración de Cartagena.

Importante mencionar que ACNUR en sus estadísticas menciona que 1 de cada 113 personas es un asilado o un refugiado y según los datos estadísticos de ACNUR para finales del 2015 hay la cifra espeluznante de 65.3 millones de personas desplazadas que no pueden volver a su país de origen. Aquí mencionar algunos casos emblemáticos, por ejemplo el voto 15689, un nicaragüense refugiado, por razones que ya mencionábamos en Costa Rica, el desea obtener un permiso de trabajo, le es denegado por las autoridades administrativas, ya estaba casado con una costarricense, había procreado hijos costarricenses más de 3 años de residir en Costa Rica, y la Sala Constitucional conoce el caso y dice que se había violentado el artículo 17 del Estatuto de Refugiados de la Convención de Ginebra que contempla el derecho a un empleo remunerado por parte de los refugiados y que no se pueden establecer impedimentos ni aplicar medidas restrictivas, tratándose de refugiados, que hay que insertarlos en la vida económica del país.

Otro caso interesante es de un refugiado colombiano que solicita un crédito a un Banco Público y le es denegado porque no tiene la condición de residente temporal ni de residente permanente. La Sala Constitucional entra a analizar el caso y dice que, si bien la Convención de Ginebra no contempla el derecho a obtener un crédito por un banco público, si contempla la obligación de los Estados, de incentivar la inserción de los refugiados en las actividades productivas como la adquisición de bienes muebles e inmuebles, y el desarrollo de cualquier actividad laboral o empresarial lícita. De tal manera que ahí, la Sala aplica también directamente la Convención de Ginebra respecto de ese tema.

Y un caso muy sonado en nuestro país, porque nos trajo incluso problemas con los Estados Unidos, es el de una ciudadana norteamericana, que sufría violencia domestica grave en los Estados Unidos, había procreado una niña con un estadounidense, ante la situación reiterada de violencia doméstica, la señora se traslada a Costa Rica ya estando pendiente la disolución del vínculo matrimonial con el norteamericano, donde finalmente la decreta un juez norteamericano, la disolución; pero se trae a la hija a Costa Rica y ahí entabla relaciones con un costarricense, entonces el gobierno de los Estados Unidos inicia un procedimiento de extradición por supuesto delito de secuestro internacional de persona menor de edad. Esta señora expone la situación de violencia doméstica reiterada, y le deniegan inicialmente en primera instancia el estatus de refugiado; finalmente acude ante el Ministro de Gobernación, que es el superior de la Dirección de Migración y obtiene el estatus de refugiado y aquí la Sala Constitucional refiere que la piedra angular del sistema internacional de protección de los refugiados es el Principio de No devolución, contenido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra, y recuerden que también está el tema de la interdicción de la devolución indirecta, es decir, no podemos por ejemplo devolver a un cubano a Venezuela ni a Nicaragua, porque ponemos en peligro al cubano para que sea devuelto a Cuba. Ahí también la Sala Constitucional señala que, definitivamente, la solicitud de refugio suspende cualquier procedimiento administrativo de deportación, expulsión e incluso procedimientos judiciales de extradición, y finalmente indica que el otorgamiento del estatus de refugiado provoca la terminación del procedimiento de extradición. En el caso particular, se ordenó el archivo del procedimiento de extradición que se le seguía al requerimiento de los Estados Unidos de Norteamérica. De esta manera pues dejo expuesto el tema de los derechos de los migrantes y refugiados en el caso de la Sala Constitucional Costarricense y cierro con una frase de ese escritor alemán, refiriéndose a Europa, lo podemos extrapolar a la humanidad, diciendo que la humanidad no debe tener miedo de la inmigración, en realidad como lo dice él, todas las grandes culturas surgieron a partir del mestizaje.

PONENCIA 3

Académico OSCAR LLANES TORRES – Paraguay

El mes y el año me trae muchísimos recuerdos, me trae a la mente sensaciones vividas y compartidas, vividas en varias etapas de mi vida. Me recuerdo una anécdota vivida, justamente en Costa Rica, que me invitan a una Sinagoga, a hacer una Conferencia sobre la realidad política del Paraguay; llego a la hora marcada y pregunto al rabino el tiempo para disertar, y me responde que el tiempo que yo quiera; pero a los diez minutos nosotros nos retiramos...

Nuestro tema de hoy, me lleva también a México, donde se recuerdo el Quinto Sol, que es una obra de Carlos Fuentes, como señal de los tiempos, con la siguiente secuencia; primero la tierra, el espacio físico de las personas, el segundo, el aire, el viento, que lleva ideas, pensamientos; el tercero, el agua, que facilita el tránsito para moverse de un continente a otro; el cuarto, el fuego, para dar calor y también el silbido de las balas; y el quinto sol, es el que nos ocupa hoy, es lo que en la civilización humana estamos viviendo hoy, el quinto sol es del desplazamiento. Y esa secuencia del curso de las civilizaciones, nos lleva a esta reflexión del tema de la fecha.

Grandes reformas sucedieron hace 500 años, nace en el habla germano hablante, precisamente un reformador Lutero, y sus transformaciones en el mundo, occidental, por cierto. Dejaron surcos de lo que germinaron nuevas ideas en el campo de la religión, de la política, educacional, en todos los renglones del campo de la historia mundial, son 95 tesis de nuestro personaje, todas escritas en latín, pasaron a formar parte de la memoria cultural de nuestro universo occidental.

Ahora en octubre de 2016 a octubre 2017, se recuerdan 500 años de los más grandes cambios sucedidos en la humanidad.

También en Paraguay, es fiesta del espíritu, tenemos las primeras 24 horas de la primavera, así como también se recuerde en este mes, el día Mundial de la Paz. Damos las bienvenidas a los amigos y colegas que nos visitan física y científicamente, en este IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y nuestra querida Academia de Derecho y

Ciencias Sociales, hace papel de anfitriona, hace el papel de recepcionar en estas jornadas de relevantes propuestas. Me cabe realizar algunas consideraciones básicas actuales, preocupantes, dramáticas, por cierto; deshumanas por otro, y hasta perversas en el renglón de las migraciones. Igual tratamiento y sin protección, nosotros tenemos estas realidades de las migraciones.

En la antigüedad clásica, oriental, los extranjeros, no le reconocían derecho alguno, porque no hacían parte de la misma religión, en la India figuraban bajo la denominación de parias, eran equiparados a los lumpen, que eran personas instruidas, pero mal educadas.

En Egipto, recibían el mismo trato, con algunos beneficios y concesión de favores, cuando existían relaciones comerciales efectivas.

En el derecho Hebraico, la existencia de beneficios y tratos igualitarios, cuando adoptaban la misma religión.

En Grecia, los extranjeros con algunos derechos; en Atenas, cuatro categorías de extranjeros, los metecos, con protección legal, comercial y ejercer el derecho a una profesión con jurisdicción especial, denominados polemarchas. En la justicia eran representados por los póstates. También tenemos los isósteles que tenían derechos privados, como casar, no pagar impuestos propios destinados a los extranjeros y podían adquirir inmuebles. Estaban los que no poseían derechos pero estaban protegidos por los proxenos; ésta figura era muy importante, los proxenos eran portadores de diploma, que era lo que corresponde hoy a nuestras cartas credenciales; el portador del diploma de los proxenos le daban derecho de la inmunidad, inmunidad de jurisdicción, inmunidad civil, penal; de todas clases y asimismo tocar a un proxeno era cometer un sacrilegio que él representaba a las divinidades y tenía un dios el Dios Hermes, que recomiendo de lo conozcan.

Las normas de nuestros tiempos dan protección especial al emigrante e inmigrante, gozando de derecho nacional e internacional. El derecho a las migraciones reconocidas a los individuos en sus desplazamientos desde Francisco de Victoria con el *Ius Communicationis*, los Estados no puede impedir, decía Francisco de Victoria, no pueden prohibir de un modo general la entrada de extranjeros a un territorio. La Declaración

Universal de los Derechos del Hombre, consagra en su Artículo 3 numeral 2, Todo hombre tiene el derecho de dejar cualquier país, inclusive el propio, y regresar al mismo. Mismo artículo y principio encontramos en el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las transformaciones que ocurren, son marcantes en la Revolución Francesa, en este aspecto es libertad absoluta, sin discriminación de raza, religión ni nacionalidad. La Convención de Habana, en nuestro siglo anterior 1928, establece en su Artículo 1º Los Estados tienen el derecho de establecer por medio de leyes, entrada y radicación de extranjeros en su territorio.

En el siglo XX, tiene y comienza la guerra de las restricciones, a través de legislaciones estatales, se establece la antipática cuota, de fijar límites; en 1881, Nueva Zelanda, cobra un impuesto a los inmigrantes chinos; en los EEUU comienza en 1882, prohíben la entrada de chinos, después japoneses y árabes, hindúes, sirios; y en 1922 las cuotas de inmigrantes son considerados extranjeros con el estatus de riesgos, las cuotas no prosperaron con los nacionales de nuestro continente; en 1905 Inglaterra, prohíbe la inmigración donde no existan examen médico para enfermedades sexuales, indigentes y enfermos de otras categorías de dolencias contagiosas.

CONCLUSIONES FINALES

Académico BERNARDO FERNÁNDEZ CASTILLO - México

Como lo es el tema que hemos tratado, lamentablemente no hay preguntas, pero es un tema de grandísima importancia para todo el continente americano y para las academias en la cual debemos de profundizar y debemos de proveer de manifestarnos y establecer unos criterios para reafirmar bien los derechos de los migrantes como nos explicaba Ernesto, ya que es necesario que se les garantice la efectividad de lo convenido internacionalmente, y lo vemos en todo el continente porque vemos como desde Argentina se van desplazando hacia los Estados Unidos y en México vivimos la tragedia de la migración, mezclada con el narcotráfico y el tren que toman desde Guatemala y que los va llevando hasta Estados Unidos y van en los techos donde tienen que amarrarse y pasan hambre

y mucha gente generosamente les da alimento a lo largo del camino pero también el narcotráfico los secuestra para volverlos traficantes y exigirles, en ocasiones cuando se niegan los matan y los entierran, lo cual es un gran problema en que estamos obligados los académicos a participar, y a manifestarnos y a exigir de nuestras autoridades el verdadero cumplimiento y protección de los derechos humanos.

TRABAJO DE RELATORÍA

Eje temático: "JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL"

PANEL

Viernes 23 de setiembre de 2016

PONENCIAS DEL PANEL DE LAS 16:15 HS:

Gabriel Garcías Planás (España)

José Sáez Capel (Bolivia)

Marcos Köhn Gallardo (Paraguay)

Coordinadores:

Bernardo Fernández Castillo / Oscar Llanes

Saludos de bienvenida al público y lectura de currículums de panelistas, a cargo del Dr. Oscar Buenaventura Llanes Torres.

PONENCIA 1

Académico Gabriel Garcías Planás - España

Durante los 10 minutos, cuarto de hora, me toca hablar un poco de la competencia de los Tribunales de Justicia y ley aplicable en materia penal.

Lo primero que hay que decir es que no siempre es tan fácil que Tribunal es aplicable, no siempre es tan fácil, no siempre uno comete un hurto en Asunción y se cumple en Asunción, a veces, sobre todo los llamados delitos transnacionales donde existe el famoso Convenio de Naciones Unidas, donde nos dice qué se entiende por un delito transnacional, es aquel que se comete, con resultados en varios Estados y aunque en un Estado se cometa en un solo Estado. La Organización tiene ramificaciones en varios Estados o se comete en un solo Estado, pero con repercusiones en otros.

Sin embargo, lo que yo quisiera decir es, cuáles son los criterios, para saber la norma penal aplicable y cuál es el tribunal penal aplicable.

Yo creo que el criterio que está más en vigor por la doctrina y la jurisprudencia en España, es el criterio del Principio de Territorialidad. El derecho penal, al ser un derecho represor, que quita derecho de libertad, tiene que tener un carácter fragmentario, es decir, no lo castiga todo, ni todo lo que castiga, lo castiga frente a cualquier ataque; pero tiene que hacerlo bien, y tiene que juzgar un tribunal competente, y tiene que aplicar la ley que corresponda según el territorio donde ha sido cometido la infracción criminal.

Así, por tanto, el Principio de Territorialidad, significa, aunque tiene quiebras, en el propio Código Penal Español; pero en principio, el derecho penal español es territorial, aunque tiene quiebras, en las cosas que a continuación diré.

¿En qué se basa la territorialidad, el principio de territorialidad? En los fines de la pena, en la prevención general, en la prevención especial que son los dos pilares de las finalidades de la pena.

También se dice que, desde el punto de vista procesal, es mucho mejor que sea territorial, porque la instrucción a la prueba, se puede llevar a cabo con mayor rigor.

Sin embargo, desde que se dijo qué es el territorio, es todo aquel lugar donde el ordenamiento jurídico de un país, tiene validez y tiene poder. Ya lo decía Kersen, porque el concepto de territorio no es un concepto puramente físico; territorio es aquel en que el ordenamiento jurídico tiene validez, y tiene su repercusión y su eficacia.

Respecto a los lugares de comisión del delito, existen varias teorías; la teoría de la actividad, la teoría de resultado, y la tesis de la ubicuidad.

Se comete el delito, donde se realiza la actividad, entonces el país que sufre el resultado?, es un tema de la actividad que no parece muy válido.

La teoría del resultado; se produce el delito, donde se produce el resultado. También queda cojo porque que ocurre donde se realizan todos los actos preparatorios, desde donde se realiza el disparo desde la frontera, y va a otro país; donde se realiza la bomba o el disparo o el cañonazo desde otro país.

La tesis que impera es la tesis de la ubicuidad, tanto da, el lugar donde se lleva a cabo la actividad, para ser competente el enjuiciamiento, como donde se realizar la tesis del resultado.

Y, sin embargo, el ámbito territorial, es tesis de la ubicuidad, como el más importante. Sin embargo, nuestro Código Penal; al menos el Código Penal Español ni en el Código Procesal Penal, no dice gran cosa sobre la territorialidad. Únicamente, y es curioso el Código Penal nuestro, reformado en julio de 2015, al hablar del ámbito no territorial, sino temporal, en el art. 7 se dice que las infracciones penales, se consideran cometidas en el momento en que se lleva a cabo la acción o la omisión.

Haré un paréntesis, y diré que, aunque parezca ofensivo, no está mal repasar cosas; en derecho penal español, la omisión, después de la reforma del Código Penal del 95 equivale a la acción, cuando la no evitación del resultado equivalga su causación. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, los Tribunales competentes, y es muy importante un

Tribunal competente; es aquel en tanto se produce la actividad como el resultado.

Existen otras teorías, como la teoría de la personalidad, hay que aplicar la ley de donde es el sujeto. Y así existían y existen en el derecho penal español, tesis de la personalidad activa, de la personalidad pasiva, del domicilio; pero yo creo que, el tema de la personalidad, es un tema bastante inútil, aunque se le ha querido dar una fuerza diciendo que así el sujeto sabe, cual es la nación donde está, la nacionalidad del sujeto; pero esto plantea problemas de nacionalidades sobrevenidas, donde se nacionalizan en otro lugar para impedir la entrega de nacionales en caso de extradición; por tanto yo creo que la territorialidad, es un principio más que fundamental.

La legislación española, en determinados delitos, si bien el delito se comete en Paraguay o España; es competente Paraguay o España; sin embargo, en determinados delitos, nuestro código, por ejemplo, en el blanqueo de capitales, que está tan de moda, el art. 301 apartado 4º de nuestro Código Penal dice que serán competentes los Tribunales Españoles, aunque parte importante de los hechos se hayan cometido en el extranjero. Con eso hay una quiebra al principio de territorialidad de la ley penal; también el derecho español y otros, como el italiano, cuando se produce el agravante de reincidencia, en aquellos delitos en que los bienes jurídicos sobrepasen las fronteras de los estados, salud pública, droga, prostitución, explotación sexual mundial, falsificación de moneda económica nacional, se dice... la condena de un Tribunal Extranjero, que no tenía por qué, se considerará a efectos de reincidencia como si se hubiese cometido en nuestro propio territorio.

Existe también la llamada Justicia Universal, que últimamente ha sufrido recortes en nuestro país. La Justicia Universal, se da en aquellos casos, en que la Ley Española, en sus art. 23 y siguientes decía; cuando en un país no se sanciona hechos punibles que afectan a intereses generales; genocidios, agresiones violentas, a guerras totalmente injustas, a recortes libertades personales; todos somos un poco aquel país a efectos del poder un Tribunal poder intervenir. Eso desde luego yo creo que se tiene que ponderar, moderar; pues sabemos de casos que están en vigor, que han sucedido en varios años, y tampoco puede ser que el juez de la ciudad en

tan poco considere que una persona política de un corte completamente distinto, abre unas diligencias y acuerde su decisión. Hay que ver cuando hay motivos para ello y cuando no lo hay. Este principio de Justicia Universal, que ya estaba en nuestro país en la Ley Orgánica Judicial art. 337 del año 70, cuando se cometía delito de un español a otro español en el extranjero, y no fuera enjuiciado ahí, luego la Ley del 85 lo amplió para que cualquier Tribunal pudiese tener conocimiento de un hecho que afecte a la humanidad. Entonces lo que ocurre ahora, con la Cooperación Internacional de los Tribunales y de las Autoridades; se ha creado la Corte Penal Internacional con residencia en la Haya; para determinados delitos, además hay una cooperación internacional, para aquellos procesos de extradición tan delicados.

Yo creo que el tema más acertado para la Justicia Penal y Procesal Penal es el tema de la Territorialidad. Ahora bien, insisto, que ocurre cuando una persona extranjera comete un delito, en un país determinado, y el sujeto pasivo del delito es de otra nacionalidad, pues si aplicamos teorías de una personalidad estrictísima y creo yo, absurda, solamente podríamos castigar a aquellas personas del país, esto es absurdo. Yo creo que el principio de territorialidad, debe prevalecer. Los estados tienen que intentar, a través de la prevención general, las penas son para mantener el orden público y que no se cometan más delitos. Y luego a través de la prevención especial, para que quien ha cometido un delito intente el Estado en su propio país y con su legislación, resocializar.

Yo creo que hoy en día ha sido difícil aunar criterios en materia penal, pues cuando una Constitución no es igual, el derecho penal nunca es igual. Todo Código Penal Español y mundial se ve obligado a cambiar con Constituciones nuevas; porque la Constitución da derechos y el Derecho Penal lo cerciona. Por eso creo que cuando un derecho represivo, como lo es el Derecho Penal, se comete en un país, se enjuicia en un país con una cuestión territorial importante, y estricta, es la única forma que reconduzca a la prevención general y a la prevención especial.

Hay igual que se ha dicho siempre, que las fronteras físicas, a través de los Estados tienen que ser cicatrices de la historia, creo que, en países democráticos, aunque no haya una misma unidad de criterio en todos los temas de derechos, de cada vez tener que diferenciarse menos los temas

troncales, los fundamentales. Por tanto, aquella frase que dijo un jurista francés las fronteras tienen que ser cicatrices de la historia; no sólo lo serán los Estados físicos sino también para el derecho.

PONENCIA 2

Académico JOSÉ SÁEZ CAPEL - Bolivia

El tema en realidad está hecho con signo de interrogación ¿Es la justicia penal internacional; la justicia de los vencedores? Y todo parte porque habiéndolo estudiado al profesor Daniel Osolo donde el considera que el Derecho Internacional, solamente es aplicable a los vencidos. Quise de alguna manera tratar de hilvanar esto; el Juez hindú Pal, del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, conocido como Tribunales de Tokio, representante de un país neutral, representaba a la India; dijo que el único crimen de guerra es el crimen de los vencidos.

Si nosotros repasamos el Derecho Internacional Público, la primera vez en que se intenta juzgar a una persona individual por crímenes de guerra, fue concluida la Primera Guerra Mundial.

En el derecho penal internacional solamente había responsabilidad de Estados, no responsabilidad del individuo por sí mismo como cometedores de hechos.

En el año 1928 los Ministros de Relaciones Exteriores de Francia, y de los Estados Unidos de América, firman el famoso Tratado Briand - Kellogg por el cual se prohíbe la Guerra y se considera que la Guerra es un crimen. Realmente eran personas que creían en la paz, en la sociedad de naciones, en la posibilidad de que la paz fuera obligatoria y que la guerra fuera suprimida de las relaciones centro de los Estados, pero craso error ya que 11 años después, en setiembre de 1939 se produjo la Guerra más grande de que la historia tiene conocimiento. Por supuesto esto no, el Tratado de Briand - Kellogg no tuvo gran utilidad en la sociedad de naciones, pero sí sirvió de fundamento para los crímenes contra la paz, de la acusación en el juicio de Núremberg.

Concluida la segunda Guerra Mundial, los aliados en agosto de 1945, después de los hechos firman en Londres, un Protocolo mediante el cual se crea un Tribunal Penal Internacional, que tendrá su sede en Núremberg, por dos motivos, una representación que tenía Núremberg dentro del sistema nazi, y otra porque el Palacio de Justicia de ésta ciudad no había sucumbido ante los múltiples bombardeos que sufrió la ciudad.

Y así que Núremberg se crea este primer Tribunal Internacional para juzgar a personas y no Estados, cuyos jueces eran representantes realmente de los vencedores, o sea de los Estados Unidos de América, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de la Gran Bretaña y la República Francesa; y el Ministerio Público también. Había 4 Fiscales Generales, varios de ellos eran más que fiscales auditores de guerra; y la crítica que se le ha hecho a Núremberg, por un lado, el político Nazi, refería la no juridicidad del Tribunal de Núremberg por violar el principio de legalidad. La particularidad de este juicio de Núremberg, es que no solo se juzgó a personas, también a personas jurídicas, cosa extraña en ese momento en el derecho penal, sobretodo en el derecho penal continental europeo, es decir en el derecho penal anglosajón.

El otro Tribunal que surge en la Segunda Guerra Mundial, es el Tribunal para juzgar los crímenes de guerra del Extremo Oriente, más conocidos como Tribunales de Tokio, y en realidad fue una idea que tuvo el jefe de fuerza de la ocupación norteamericana, en Tokio era casi un biemperador, y decidió que se juzgara a la gente de la misma forma que el Protocolo de Londres, solamente que mejorado, porque bueno este Tribunal de Tokio empezó a funcionar un año después que el de Núremberg, con lo cual ya vieron cuales eran las falencias. Las críticas jurídicas no son tantas, porque directamente no define cuáles son los delitos, lo cual es doblemente horroroso, sino que directamente los jueces debieron hacer las fundamentaciones, basadas en las conclusiones, representaban a cada uno de los países vencedores en el pacífico, un país neutral y las Islas Filipinas.

En el caso de las Islas Filipinas, es un caso raro, porque para en ese entonces no era un Estado Nación Independiente, era una colonia de los Estados Unidos de América a dos años después, como ustedes saben

Cuba, Puerto Rico y las Islas Filipinas, eran las únicas colonias de la Colonia Española y a raíz de la Guerra Hispanoamericana a finales del siglo XIX y firmado el Tratado de París, a Cuba se le dio la independencia pocos años después, en 1902, Puerto Rico siguió siendo un Estado Libre Asociado de la Unión, y en el caso de las Filipinas obtuvieron su independencia en 1948.

En el caso de los Tribunales de Tokio, no corrió misma suerte que el de Núremberg, en Tokio, fueron todos condenados, a la pena de muerte, era un Tribunal de instancia única, la sentencia era ejecutoriada poco después de dictarla. Y los que sufrieron pena de prisión, todos fueron condenados a cadena perpetua; salvo dos que lograron su libertad por indulto.

Por supuesto, independientemente de los juicios internacionales hecho por los vencedores, hubo juicios en cada uno de los estados naciones, juzgados en sus leyes, aquellos que fueron considerados traidores.

Concluidos estos juicios como también los de Alemania, se calcula que hubo unas 500 condenas, se ignora cuanto hubo en la Unión Soviética; pero en realidad fueron bastantes.

En los Tribunales de Tokio se juzgó solamente a personas que cometieron ilícitos en el territorio japonés, las personas que habían cometido ilícitos en las colonias, fueron juzgados por Cortes Militares locales.

Ha habido otra serie de juicios internacionales y mixtos, sobretudoo en África, pero yo me referiría a la incipiente creación de un Derecho Penal Internacional con el Tratado de Roma, que si bien es cierto no todas las grandes potencias lo ratificaron, hoy en día tenemos un Derecho Penal Sustituto, complementario de cuando los países no aplican el derecho a sus nacionales, sería una especie de aplicación del Principio Universal.

PONENCIA 3

MARCOS KÖHN GALLARDO - Paraguay

La Reparación en el Sistema de la Corte Penal Internacional.

El tema que me convocó el día de la fecha es trabajar algunos conceptos que tienen que ver con los aspectos civiles del Sistema de la Corte Penal Internacional y para iniciar el debate quisiera recordar a dos personas que han marcado mi niñez y adolescencia y que han sufrido como víctimas. La guerra impacta en las personas en sus familias y en sus países.

La guerra es ruina.

Quisiera abordar lo que me parece una de las cuestiones más importantes que tiene la Corte Penal Internacional, mucho se ha hablado y escrito sobre las bondades de la Corte en relación a la persecución individual de aquellos responsables de estos crímenes que han sido definidos expresamente, y hoy en día gracias a Dios lo tenemos definido en su conjunto gracias a las Convenciones que se han determinado en el año 2010 para los crímenes de agresión. Más allá de los consensos que pudieron o no existir sobre muchos de los hechos punibles que azotan los conflictos armados sean nacionales o internacionales, han quedado definidos cuales son aquellos los cuales el mundo ya no va a tolerar.

La Corte Penal Internacional es un instrumento poderoso, porque ha definido la imprescriptibilidad de estos tipos penales, y ha definido una lógica en su persecución a través de órganos bien determinados que tiene técnicamente un respeto muy grande, no solamente en la persecución del hecho punible sino también a las víctimas y sobretodo también a la defensa de todos quienes pudieran ser injustamente imputados.

A lo largo de este tiempo, estos aspectos civiles de la Corte Penal Internacional, son de alguna manera el resultado de una historia de lucha porque emerja la condición de las víctimas en estos procesos internacionales.

El concepto de reparación en el Derecho Internacional, no es tan viejo, apenas en el año 28, la Corte Permanente de Justicia Internacional, había dictaminado en un fallo, en una cuestión comercial entre Alemania y Polonia, lo que hoy conocemos como el Estándar de Chorzow, por el cual se hacía lo posible porque el hecho dañoso no tenga ninguna consecuencia posterior. Así desde el año 28 el Derecho Internacional reconoce plenamente el derecho a reparar a través de la indemnización a través de

la restitución, o abarca los conceptos de restitución patrimonial y también ya hablaban de los conceptos de restitución moral.

Realmente fue la postguerra la que inicio un debate sobre un derecho de las víctimas, no hay porque esconder esta realidad, fue la que nos dio lo que hoy conocemos como la Convención Europea de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y también regionalmente luego de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos han realizado labores sobre conceptualizar de la mejor manera a la víctima de crímenes no solamente de derechos sino también de crímenes. Más allá de los Tribunales Ad Hoc; la Corte Penal Internacional, es realmente el primer pacto que da un cambio radical en la presentación de las víctimas en este sistema.

Quiero quedarme unos minutos en los principios y directrices básicos sobre derechos de las víctimas, de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Me detengo en el título largo porque larga fue la brecha para llegar a este momento, las Naciones Unidas a través de la Asamblea General en el año 2005 se dieron unas directrices que amplían lo que finalmente la Corte Penal Internacional había previsto en el año 98. Y amplía en este sentido, a 5 posibilidades, ya no más la simple intervención o la simple reparación, sino ahora a partir de las simples directrices de las Naciones Unidas que comenzó a aplicar a partir del año 2012, la Corte Penal Internacional, son la restitución, la indemnización, satisfacción, la rehabilitación y las garantías de no repetición.

Quisiera hablar también sobre el Fondo Fiduciario del Estatuto de Roma, donde los Estados a partir de la Secretaría General comienzan a obrar y a crear un Fondo de Reparaciones a las personas que, en el caso de la Convención del Estatuto de Roma, no siempre, es más en general son muchas y esto implica una nueva vuelta de tuerca, diría yo a las posibilidades de reparación cuando estos criminales lo primero que hacen es declararse en banca rota o en insolventes.

Por último, quisiera decir que la CPI desde el año 2012 cuando condena por un problema de guerra interna en el Congo lo que hace es justamente decirnos, venimos para quedarnos, y venimos para resolver en lo

posible lo que sea posible, y en 6 meses después de esto también dictó la primera sentencia de reparación, una reparación amplia a niños, a jóvenes de entre 12 y 15 años que fueron brutalmente enfrentados, asesinados en esta guerra.

Comparto un pensamiento con ustedes, Yo creo que en Iberoamérica seguimos en deuda con la verdad, con la memoria, con la justicia, estoy convencido de que, en Iberoamérica, todavía no hemos hecho lo suficiente para esclarecer lo oprobioso que fueron los conflictos, no solamente armados sino internos, sino también lo oprobiosa que fueron las dictaduras.



Viernes 23. Derecho de los migrantes

15:00 DERECHO DE LOS MIGRANTES

SERGIO ZAVALA LEIVA - HONDURAS

Cumplimiento de las reglas legales al derecho de asilo y a ciertos puntos de migración, para el caso del presidente de EE.UU. se comprometió a admitir 360.000 sirios, aunque se estima esta declaración como filosófica, no es vinculante mientras no sea tratado en una convención.

Este problema está causando dificultades tanto en la UE como en EE.UU.

Y entrando en materia hoy día el concepto de migrante y refugiado, tiene alcances diferentes, muy importantes, a tal grado que las organizaciones internacionales claman el uso correcto de los términos, ya que aplicadas indistintamente podría acarrear algún tipo de problemas para ambos grupos al momento de definir el status de cada uno de ellos.

Un ejemplo de lo anterior es lo que sucede en el Mediterráneo, convertido en la ruta más peligrosa, el ingreso de más de un millón de refugiados, cruzados a través de embarcaciones precarias, siendo más de 3000 los muertos en el intento.

Los diarios locales e internacionales destacaron el hecho mencionado anteriormente, empleando los términos migrantes o refugiados indistintamente, lo cual es incorrecto.

Los refugiados son personas que huyen de los conflictos armados en sus países de origen o de persecuciones de todo tipo, lo que los obliga a cruzar fronteras internacionales en busca de su seguridad y protección en los países de su entorno, en dicho carácter los refugiados, de conformidad a la Ley, deben de ser reconocidos como tales, con derecho a recibir la asistencia de los Estados involucrados, quienes podrán al final de un proceso administrativo justo, concederle un asilo humanitario.

La protección de los refugiados, garantiza en primer orden, no ser devueltos o expulsados a su país de origen, en donde se someterían de vuelta a los peligros de los que precisamente han huido.

El acceso a un proceso de asilo justo y eficiente, y en general el respeto de sus DD.HH. básicos, se impone para que pueda vivir en condiciones dignas y seguras. Los estados tienen la obligación de hacer cumplir estas disposiciones, lo cual es vigilado de cerca por instituciones creadas en el marco de la referida comisión, como las de las Naciones Unidas para los refugiados.

Los migrantes abandonan su propio país por otras cuestiones que no tiene que ver con amenazas, agresiones o persecuciones, sino que, por cuestiones económicas, tratando de lograr un mejor ámbito laboral o por su reunificación familiar. A diferencia de los refugiados, los migrantes pueden retornar a sus países de origen, y continuar gozando de la protección de éstos, en el caso de los migrantes, su status debe resolverse de acuerdo a su estatuto interno, y más particularmente a las leyes del país receptor, mientras a los refugiados, de conformidad a las normas legales de asilo, debe aplicarse dentro del marco del derecho internacional.

Por lo tanto, al hablar de migrantes o refugiados, debemos distinguir claramente entre aquellos que huyen de una guerra o conflicto armado, y los que se trasladan para una mejor calidad de vida.

Los refugiados tienen derecho a solicitar, asilo siempre que puedan demostrar que vienen de un país donde hay conflicto, que les obliga a buscar refugio y protección fuera de sus fronteras, existiendo además temor de ser perseguidos por motivo de su raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un grupo determinado.

Hoy día existen 22.000.000 de personas en el mundo que abandonaron el país de su nacionalidad, mayoría de mujeres y niños, que se vieron obligados a huir por la intolerancia y la violencia. Existen personas en situación de gravedad, conocidas como desplazadas, aquellas que huyeron de sus hogares a consecuencia de guerra civil, pero que permanecieron en sus países de origen.

ERNESTO JINESTA LOBO - COSTA RICA

Tema: Sentencias emblemáticas en materia de protección de refugiados y migrantes. Casos de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Se puede demostrar que solo a través de una jurisdicción constitucional sólida, además accesible, democrática y formal es posible a nivel nacional, a nivel local proteger de manera efectiva los derechos de los migrantes y de los refugiados.

Tiene que haber una protección multinivel. No solo la protección de tribunales internacionales y regionales, sino que también contar con la ayuda de tribunales y salas nacionales. Nada se haría con la Convención de Ginebra, si a nivel interno, nacional, local no se hacen efectivas las garantías y los derechos que están establecidos en esos documentos de derecho internacional público.

En primer término, hago referencia a la situación de los migrantes, de acuerdo con la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003, migrante es el término genérico que incluye dos términos emigrante y migrante.

De acuerdo con los datos estadísticos, el número de migrantes aumentó en un 41%, según los cálculos existen en la actualidad 224 millones de personas migrantes, representa el 3,3% de la población mundial.

La primera sentencia 95/13 del año 2003, relativo a impedir el desmembramiento familiar; trata de una colombiana que ingresa al territorio nacional (Costa Rica), con una visa de turista, meses antes había ingresado su esposo y un hijo, menor de edad, cuando la dirección de migraciones en los controles que hace, se percató que a la señora ya le venció la visa de turista, la sometieron a un procedimiento de deportación y efectivamente se dicta la deportación y por ende el impedimento de ingreso al país. En ese sentido, la señora acude ante la Sala Constitucional en amparo, solicitando la protección de una serie de derechos, el amparo en Costa Rica es un recurso sencillo, efectivo, rápido. La señora acude a la Sala, y la Sala Constitucional, teniendo resultado favorable, manifestando esta Sala que ninguna resolución administrativa puede propender a la desintegración o a la desmembración familiar.

En segundo término, el voto 9129 de 2004, dos niños ecuatorianos en tránsito migratorio ilegal, acompañado de un adulto, que iban a EE.UU. junto a sus padres biológicos. Por cuestiones de conexiones tuvieron que quedarse en Costa Rica, Migraciones se percató de la situación irregular, al mayor que lleva a los dos niños se lo aprehende, y lo somete a un proceso penal, por falsificación de documentos y tráfico de menores, a los dos niños se los somete a medidas alternativas, abrigo temporal, pero llega al país un representante del Ecuador, pidiendo que se levante la medida temporal a los niños y que sean repatriados al Ecuador para ser cuidados por unos familiares.

Se presenta el recurso de habeas corpus, al estar de por medio la libertad personal y la Sala Constitucional indica que las personas menores de edad deben ser de sumo cuidado, protección de los Estados y ordena poner en libertad, ponerlos a la orden de las autoridades ecuatorianas. El adulto se quedó en Costa Rica, enfrentando las consecuencias del proceso penal.

En tercer término, el voto 7388 del 2007, la Sala Constitucional, hace referencia al tema de privación de libertad de los migrantes. En el caso en particular era ciudadano chino que había llegado al país y en condición migratoria irregular, y es sometido a la privación de su libertad, es colocado en un centro de aprehensión de extranjeros en tránsito y la Sala Constitucional analiza la motivación y fundamentación de la resolución administrativa de la aprehensión y encuentra que no existe razones ni justificaciones y por lo tanto ordena el levantamiento de la privación a la autoridad migratoria, y que le imponga alguna medida alternativa.

Principio de proporcionalidad tanto en sentido amplio como estricto.

Habría que fundamentar razonablemente la privación de libertad.

Tema REFUGIADOS.

Convención de Ginebra 1951, refugiados: personas con temor fundado, de persecución por temas políticos, religiosos, de razas.

REFUGIADO: persona que huye de su país porque su vida ha sido amenazada, por conflictos internos, violencia masiva, dictaduras u otras circunstancias que hayan perturbado el orden público.

1 de cada 113 personas es un asilado o un refugiado.

65.3 millones de personas desplazadas que no pueden volver a su país de origen.

OSCAR LLANES TORRES (PAR)

Los estados no pueden prohibir de un modo general la entrada de extranjeros en su territorio. La declaración universal de los derechos del hombre, consagra que todo hombre tiene el derecho de dejar cualquier país inclusive el suyo y regresar al mismo, mismo artículo y mismo principio encontramos en el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. Los Estados tienen el derecho de establecer por medio de leyes entrada y radicación extranjera en su territorio.

16:15 JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

GABRIEL GARCÍAS PLANÁS - ESPAÑA

Competencia de los tribunales de justicia y leyes aplicables en materia penal.

A veces, sobre todo los delitos llamados transnacionales, donde existen delitos que se comenten en varios estados. Delitos que se cometen en un estado con repercusión en otro.

¿Cuáles son los criterios para aplicación de normas y de tribunales aplicables?

En España el principio de territorialidad. El derecho penal, al ser un derecho represor que quita el derecho de la libertad, tiene que tener un carácter fragmentario.

Aplicación de la ley que corresponda según donde se haya cometido el hecho o infracción criminal.

El principio de territorialidad significa, aunque tenga quiebras en el propio código penal español, pero el principio el derecho penal español es TERRITORIAL.

En que se basa el principio de territorialidad, en los fines de la pena, en la prevención general, en la prevención especial, que son los dos pilares de la finalidad de la pena.

Desde el punto de vista procesal, es mejor que sea territorial porque la producción de la prueba se puede llevar a cabo con mayor rigor.

¿Qué es el territorio? Todo lugar donde el ordenamiento jurídico de un país tiene validez y tiene poder, no es un concepto puramente físico. Lugar donde tiene su repercusión y eficacia.

Lugares de comisión del delito, varias teorías.

Teoría de la actividad, del resultado y la tesis de la ubicuidad

La tesis que impera es de la ubicuidad, tanto da, el lugar donde se lleva a cabo la actividad para ser competente el enjuiciamiento, como donde se realiza el resultado. Sin embargo, el ámbito territorial, tesis de la ubicuidad, es el más importante.

Se habla más del ámbito temporal, las infracciones se tienen en cuenta que se llevan en el momento en que se llevan a cabo la acción o la omisión.

La omisión en el derecho penal español, equivale a la acción, cuando la no evitación del resultado, equivalga a su causación. Para que una omisión sea penalmente relevante, ocurre cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación.

Los tribunales competentes son aquellos donde se produce la actividad como el resultado.

Teoría de la personalidad: hay que aplicar la ley de donde es el sujeto, y así existen en el derecho penal español, tesis de personalidad activa,

pasiva, del domicilio... pero es inútil el tema de la personalidad, supuestamente el sujeto sabe que norma le sería aplicable, pero generaría bastantes contradicciones de acuerdo a las circunstancias.

El principio de la territorialidad es un principio más que fundamental.

En determinados delitos, en el blanqueo de capitales, por ejemplo, el derecho penal español, establece que serán competente los tribunales españoles, aunque parte importante de los hechos se hayan cometidos en otros países.

Justicia universal, se da en aquellos casos en que la ley española, cuando un país no sanciona hechos punibles que afectan a intereses generales, como ser genocidios, guerras injustas, recortes de la libertad, todos somos un poco aquel país, a efectos de un tribunal que pueda intervenir. Desde luego este merece ser estudiado y moderado.

Los Estados tienen que intentar la prevención general, las penas son para mantener el orden público. Y luego, prevención especial para los que hayan cometidos los delitos, para su posterior reinserción social.

Al igual que se ha dicho siempre que las fronteras físicas, a través de los Estados, tienen que ser cicatrices de la historia, creo que, en países democráticos, aunque no haya unidad de criterio en materia de derecho, cada vez tiene que haber menos diferencias en aquellos criterios troncales.

JOSÉ SÁEZ CAPEL (BOL)

¿Es la justicia penal internacional, la justicia de los vencedores?

El derecho internacional público, la primera vez que se intenta juzgar a una persona por crímenes de guerra, fue concluida la primera guerra mundial, al Kaiser Guillermo de Alemania, donde los vencedores de la primera guerra, quisieron juzgar al mismo, quien se encontraba en Holanda. Por violación a las sacralidades y violación a los crímenes contra la paz. Holanda no lo entregó y por lo tanto no pudo haber sido juzgado. Antes de esto, en el derecho penal internacional solamente había responsabilidad penal de los Estados, no de los individuos.

Carlos Smith mencionaba y hablaba de la no jurisdiccionalidad de los Tribunales por violación al principio de legalidad, de los cuales muchos casos fueron delitos después de constituidos. Además de la famosa trilogía que luego fueron aplicados en varios Tribunales a excepción de Turquía relacionadas a diferentes tipos de crímenes.

MARCOS KÖHN GALLARDO (PARAGUAY)

LA REPARACIÓN EN EL SISTEMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Aspectos civiles del sistema de la Corte Penal Internacional.

La guerra impacta en las personas, en sus familias y en sus países.

La Corte Penal Internacional, con relación a la persecución individual de los crímenes de guerra.

Se tienen definida ya estas relaciones para los hechos punibles de agresión.

Hay hechos punibles que el mundo ya no va a tolerar.

La Corte Penal Internacional es un instrumento que definió la imprescriptibilidad de estos tipos penales. A través de órganos ya bien determinados, que tiene un respeto muy grande por la persecución se los hechos punibles y a la defensa de los que pudieran ser injustamente condenados.

Se acabaron las dudas sobre el concepto de legalidad en relación a un organismo internacional.

La condición de las víctimas en estos procesos internacionales.

El concepto de reparación en el derecho internacional no es tan viejo, en el año 28 la Corte de Justicia Internacional, dictaminó un fallo entre Alemania y Polonia que trataba sobre la *restitui in integrum*, por la cual se hacía lo posible para que el hecho dañoso no tenga consecuencia en lo posterior.

Se reconoce el derecho a reparar, el derecho a la indemnización... abarca los conceptos de restitución patrimonial y restitución moral.

Fue la post guerra la que inicio un debate en relación al derecho de las víctimas. Fue la post guerra la que nos dio el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

Inserción de la víctima al menos como testigo de los hechos punibles.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado labores a través de la jurisprudencia sobre conceptualizar de una mejor manera a la victima de crímenes, no solo de derechos sino también de crímenes. Así mismo la Corte internacional es el primer convenio, el primer pacto que da realmente da un cambio radical en la presentación de las víctimas en este sistema.



Derecho Privado

Jueves 22. Contratación internacional

Panel II. Día 1, jueves 22

EUGENIO HERNÁNDEZ BRETON - Venezuela

Tenemos que partir de la idea que el derecho constituye.

Soluciones materiales mejor solución de los aspectos sustantivos en materia contractual. Las partes entran por su voluntad propia a contratar, tienen la posibilidad predecir desde el punto de vista jurídico. Tenemos que verlo sobre la base de un patrón o un sistema de referencia, las normas que van a regular la dimensión de derechos y obligaciones de las partes. Bien puede ser tribunal jurisdiccional o arbitral. El problema con el derecho internacional privado termina refiriendo a las partes a un sistema nacional. Los sistemas conflictuales llevan a un sistema nacional. Un contrato internacional sometido a un sistema nacional. La metodología en el DIP va variando, un único enfoque es insuficiente.

Nadie puede pretender que una ley como la paraguaya tenga un efecto inmediato, deberá superarse con cierto tiempo. En Venezuela no son muchos, los aspectos procesales dificultan llegar al mérito de la cuestión. Como se aplica el derecho escogido. El tema sustantivo, no agotarse simplemente a la terminación del derecho aplicable.

México 94, Venezuela tuvo su aporte. Las delegaciones de EEUU tuvieron un papel importante. En los aspectos derechos mercantil internacional. Genero una división de opiniones.

Cuatro cosas básicamente o cuatro elementos fundamentales:

Las partes pueden elegir el derecho aplicable, genera una cantidad de problemas, tiene que ser un derecho nacional o no nacional, que pasa si no lo escogen, hasta donde llega la autonomía de la voluntad, que consecuencia tiene,

Si no lo eligen: adopta el principio de los vínculos más estrechos, se tomarán en cuenta los elementos objetivos y subjetivos y los principios generales de los organismos internacionales.

Usos practicas costumbres, principios del comercio internacional, contenido también impreciso, en la experiencia venezolana se busca algo que facilite su ubicación, se busca que han dichos organismos internacionales, por ejemplo, en UNIDROIT o la regla de usos uniformes. Es una carga de quien alega en ese caso. Tiene que apuntar cual es el uso, la costumbre o practica para resolver el derecho sustantivo.

La convención de México y la ley Venezuela regula también que El tribunal siempre aplicara normas de aplicación necesaria o forzosa.

Además de Venezuela y México, Uruguay Bolivia y Brasil lo suscribió sin embargo no lo ratificaron.

En Bolivia hubo un proyecto de lo copiado de la ley venezolana. Sin embargo, no lo aprobaron.

El problema que presenta la ley venezolana es que, si no eligen derecho aplicable, se busca los vínculos más estrechos en el cual se analiza elementos objetivos y subjetivos, en Venezuela la experiencia se elegir el derecho nacional y con eso termina el problema.

3. Ley mercatoria. Nuevo derecho del comercio internacional.

Contrato de suscripción de venta de acciones de una empresa de Aruba. Habían elegido clausula arbitral y principios UNIDROIT. Y cuando se suscitó la controversia el abogado no conocía los principios UNIDROIT.

Venezuela copio la Convención de México. En un caso venezolano a falta de elección de derecho aplicable, se analiza los vínculos más estrechos eligen el derecho nacional venezolano, pero al aplicar ese derecho se dieron cuenta eso incluye la *lex mercatoria*.

Esta idea de tener un derecho único para aplicar a los contratos internacionales surgió de un uruguayo.

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ - PARAGUAY

Convención de México y los Principios de la Haya.

El siglo 19 ha sido un siglo que ha llevado a un caos a la contratación internacional. Idear como resolver este caos, voy a relatar que es lo que se está haciendo en las Américas para solucionar.

A partir del encapsulamiento de códigos civiles (*ius commune*) y de comercio (*lex mercatoria universal*) varios derechos nacionales en vez de tener uno común nacionalización de derechos privados que se aplicaran a vinculaciones internacionales lugar de celebración de ejecución Savigny propuso que se unificaran las soluciones relativas a la contratación internacional.

Estas ideas son recogidas por Mancini italiano, Hasser concreta la Conferencia de la Haya DIP de llevar a cabo la idea de tener un derecho unificado 1955.

Tardo más de cien años para ocuparse del problema que nos convoca hoy, el problema del derecho aplicable a los contratos internacionales.

Las américas tomaron la delantera: Tratado de Montevideo 1889 y 1940 calla sobre la autonomía de la voluntad, acoge una solución de elegir el lugar del cumplimiento.

El de 1940 ya no calla sobre la autonomía de la voluntad. Ratificada por Uruguay, Argentina y Paraguay.

Quedo la duda si aceptaban o no la autonomía de la voluntad para el derecho aplicable en los contratos internacionales.

Código de Bustamante. Acoge la fórmula de lugar de celebración del contrato, no tiene sentido para lo que resulta la dinámica de los contratos actuales.

Finalmente, en la OEA empiezan a hacer estudios. Se opta por hacer un gradual a traves del CIDIP, 26 instrumentos formalmente aprobados, leyes modelos, guías.

CIDIP 5 México la OEA decide abordar la ley aplicable a los contratos internacionales. Esta convención adopta de una manera clara la autonomía de la voluntad.

Esta convención fue muy aplaudida pero solo fue ratificada por México y Venezuela en 1998. Régimen moderno y ponderado realizada por Tatiana M.

La convención de México no fue una idea novedosa, copia lo que en Europa si se logró realizar con éxito. Convenio de roma 1980 Respuestas aptas para la vinculación transfronteriza. Admite la autonomía de la voluntad, instrumento criticado porque no acepta el derecho no estatal.

Aplicable a toda la UE. No hay dudas que el derecho no estatal está descartado porque el instrumento así lo manifiesta.

Estudios del año 2006 detectaron que dos regiones en el mundo se encuentran sumamente atrasados en materia de contratación. En el 2010 se crea un grupo de trabajo entrega un documento que se presenta en noviembre del 2012, a una comisión diplomática que lo aprueba.

Copio la regulación de los Principios UNIDROIT. Contenga notas al pie, explicaciones y ejemplos. No se espera que los países ratifiquen este instrumento. Puede servir para los jueces para que interpreten y los árbitros hagan uso de ello.

La diferencia es que los PU se trata de derecho sustantivo. Derecho material en tanto que los Principios de la Haya contiene reglas. No se ocupa de la ausencia de elección de derecho aplicable. Porque es de regulación de un tratado y no de estos principios.

El documento final fue aprobado en 2014. Recién en 2015 da por finalizado el proceso de elaboración de los principios de la haya en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales.

Ley de contratos internacionales, en su primera parte hace un copy paste de los Principios de la Haya. De la segunda parte copy paste de la convención de México.

¿Qué sigue ahora? ¿Qué se hace ahora? La convención de México es 1994 tuvo apenas dos ratificaciones. Separabilidad del convenio

Si el contrato es nulo, no es nula la elección del derecho aplicable. Fórmula de compromiso.

Insistir en la convención de México o enmendarla, estas dos alternativas fueron descartadas por inviable.

Se pensó en hacer una ley modelo. En la OEA se decide que se debe seguir el ejemplo paraguayo. Elaborar una guía que eduque, pueda servir a los legisladores, a los jueces en su interpretación, por los árbitros. Se decide una guía en materia de contratación internacional.

ROBERTO RUIZ DÍAZ LABRANO- PARAGUAY

Como encarar el tema de la contratación internacional, creo que con una anécdota.

El ejemplo que puse es tu eres casado y me dijo si, y le pregunté con cuanto de autonomía contaba, o si dependía de su cónyuge, la autonomía puede ser limitada.

La autonomía no puede ejercerse porque está limitada.

Si es la ley la que te permite celebrar un acto o contrato, o si realmente lo que da el margen para que alguien pueda realizar un determinado acto, el permiso sería del Estado.

Ley paraguaya sobre contratación internacional basada en los Principios de la Haya.

México fue una revolución con el eje central de la autonomía de la voluntad.

La ley bajo la cual se habrá de resolver un conflicto. En México se abrió de nuevo al debate sobre el alcance de la autonomía de la voluntad. El margen de discrecionalidad de la autonomía de la voluntad, y el debate no es nueva, es encarada por Savigny, decía que hay que distinguir el acuerdo sobre donde situamos el análisis de una determinada relación jurídica. El desarrollo doctrinario abre las puertas a la autonomía de la voluntad para elegir el derecho aplicable. La ley de derecho aplicable, viene a ser parte originaria del principio de la haya y parte de la convención de México. Convierte en ley principios de derecho aplicable en materia de contratos internacionales. Liberar a las partes de elegir derecho aplicable a sus relaciones jurídicas.

Serie de novedades. La primera es la aplicación de un derecho no estatal. Un derecho que no corresponde al ordenamiento jurídico del Estado. Las partes pueden recurrir para resolver la ley aplicable a sus conflictos.

El ámbito de aplicación de esta ley, flexibiliza la ley aplicable a los contratos internacionales, abarca a toda relación jurídica que tenga un elemento internacional, cae dentro de la órbita de esta ley.

Queda fuera la relación de consumo. Se aumenta el espectro con la ley ya que basta un elemento de internacionalidad para que esta ley sea aplicable.

Queda fuera las cuestiones laborales, representación de distribución y agencia.

Están excluidas porque están regidas por leyes especiales. El legislador decidió mantener fuera de la órbita de la ley porque tienen una regulación especial.

La ley amplia y da carta de ciudadanía a la posibilidad de pactar diversas legislaciones para regir su contrato. Elegir las partes la legislación más conveniente a sus intereses. Lo importante es la elección expresa y surja inequívocamente de la elección de las partes.

Qué ocurre si las partes no eligieron el derecho aplicable. El juez tiene una primera tarea, es analizar de esa relación contractual y de los

elementos objetivos y subjetivos surge si las partes habrían elegido el derecho aplicable.

Si no se puede se ve el elemento de conexión relevante, esa será la señal para el Juez.

En caso de que hubieran elegido un derecho no estatal. Que no está contenido en un ordenamiento jurídico positivo nacional. Los principios y la ley paraguaya 2553 establece que el derecho no estatal es un derecho neutral. Un grupo de normas organizadas capaces de servir a la interpretación. Imparciales en cuanto a las partes. Ese tipo de normas los encontramos en los P. UNIDROIT, P. de la haya, lex mercatoria. Hay una ampliación va más allá de los usos y costumbres. Los estados pueden utilizar como referencia esos principios a la hora de legislar.

Si los elementos de conexión relevante conducen a un determinado ordenamiento jurídico, se debe aplicar ese ordenamiento.

La ley define lo relativo al reenvío. Se produce solamente cuando uno en vez de optar por el derecho material directo del ordenamiento jurídico al cual los elementos de conexión nos condujera. Optar por las normas de conflicto. La ley deja en claro que salvo que las partes opten por admitir el reenvío, el reenvío no es aplicable.

Limitaciones de la ley son las de orden público del derecho local. La elección del foro, no implica frente a esta ley que deba ser esa ley la que deba resolver el conflicto.

La cuestión de elementos relevantes no es cuestión fácil.



Jueves 22. Comercio electrónico

JOSÉ RICARDO PARDO GATO - España

ALBERTO MARTÍNEZ SIMÓN - Paraguay

La incidencia económica que tiene esta nueva forma de contratación.

En ese sentido invento un sistema de intercambio de cosa por cosa o de cosa por servicio, tradicionalmente lo llamaría trueque jurídicamente permuta, para que se produzca ambas partes debían estar de acuerdo o no se producía. De ahí el gran disparador del comercio ha sido el dinero, aquella mercadería intermedia. Facilito el comercio. Ya que era un común denominador. La mayoría de las transacciones se realizaba *tete a tete*, esta forma de negociar se mantuvo prácticamente inalterable. Carsaga decía la humanidad a medida que va descubriendo... un disparador en el comercio internacional fue el sistema de navegación y las computadoras, el procesamiento vía micro chip. Sistemas de ordenadores. Constituyo una revolución, a partir de estos disparadores la evolución de los sistemas informáticos se produce la evolución o explosión demográfica. Las negociaciones han generado nuevos tipos de necesidades.

Un *pull* de nuevas negociaciones que antes no existían. Acuerdo de voluntades que producen consecuencias jurídicas. Nuestro CC prevé una manera de realizar contratos, estableciendo la libertad de formas. Con limitaciones, la manera escrita, la firma elemento inescindible, y para convenciones bilaterales el doble ejemplar. Si nos ponemos a pensar esto que estuvo programado en el CC, estructurado por de Gásperi hacia 1962, respondía a una tecnología de la época.

En el comercio electrónico surge la pregunta como reemplazamos la firma, que haremos con el doble ejemplar en los contratos bilaterales, que haremos con la forma escrita.

Esta contratación electrónica viene dada con un soporte normativo a nivel regional y mundial, tenemos leyes que regulan el comercio electrónico.

Se han destacado, notable reducción de costo para el empresario, promoción o marketing de productos, costos operativos de distribución ventaja de abrir el negocio a universo mucho más grandes de personas durante las 24 horas del día. Esa plataforma virtual mantiene abierta las 24 horas el negocio, que capta una mayor cantidad de clientes. La doctrina ha señalado que los sistemas de tramitación electrónica alteran otros aspectos de la vida, la de administrativos, cambiar los sistemas de decisión democrática, reformular que se entiende por privacidad. Esta posibilidad de realizar a través de tele, tele trabajo.

Cuando hablamos de comercialización en internet, transmitimos el dato, implica la posibilidad que el contenido de ese dato sea defendido legalmente, hay constitucionales o subconstitucionales que dan un valor muy importante. Ese dato va transmitir la voluntad, el consentimiento. El *ecommerce* se amplía a la actividad financiera, la venta de información, servicio de telecomunicaciones, etc.

Se ha discutido si el comercio electrónico si es aplicado entre presentes o entre ausentes. Al respecto la primera posición decía que debe tratarse entre ausentes. Otra opinión doctrinaria a la cual yo suscribo invoca que la comercialización electrónica se da entre presentes, Art. 675 del CC.

La ley española del año 2002 define a estos aquellos actos celebrados por vía electrónica, en que la oferta y aceptación se transmiten por redes electrónicas.

Nuestra ley la define como “Vía electrónica: es aquella que utiliza equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión de la información) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por cables, radio, medios ópticos, electromagnéticos, conocido o por conocerse que sea técnicamente equivalente”.

La ley es bastante amplia, no limita a las tecnologías que pudieran surgir.

Se hace también en las operaciones bancarias, por ejemplo, el pago vía tarjeta de crédito.

Desventajas de carácter psicológico. La pérdida de confianza que tiene un consumidor *standard* por el proceso de despapelización. Se pierde la materialidad del mismo y se vuelve intangible. También una aparente fragilidad que permitiría la perpetración de actos o abusos, establecer con eso una suerte de desconfianza.

Nuestra ley en cuanto a la forma nos pide que la forma sea mensaje de datos, contenido también en legislación extranjera, en el Art. 2° de nuestra ley, transmitidos por medios electrónicos, nos pide la firma digital. Con respecto a la validez equipara al formato verbal.

Nuestra ley excluye a los legados testamentos derecho de familia actos jurídicos que tengan que ser por escritura pública, actos en los cuales las partes hayan excluido la contratación electrónica de manera expresa.

Protecciones que se pensaron en función al consumidor ellas en razón de abusos que pudieran presentarse, en una forma masiva, esta ley constituye una defensa al consumidor en el ámbito electrónico. Esta ley hace tres remisiones específicas a la ley de defensa del consumidor, la primera de carácter tuitivo es el deber de informar sobre los puntos a cargo del proveedor de servicios, Arts. 7° y 10, derecho de reembolso al consumidor, Art. 17, la prohibición de uso de datos para los fines promocionales, derecho de los consumidores de oponerse, y derecho de retractación, dentro de los 5 días hábiles de la prestación de servicios con ciertas obligaciones para el consumidor, con devolución de gastos.

Para ir finalizar hablar puntualmente de unos números a nivel local, latinoamericano, regional por lo menos, el ecommerce movió USS. El principal país que ha movido ha sido Brasil 30 mil millones de dólares, Paraguay en 2,6 mil trescientos millones de dólares. Tenemos que darnos cuenta que Paraguay tiene particularidad importante la mayoría tiene acceso a internet. Esto da a atender que el número efectivo de crecimiento de internet por año es la progresión porcentual de crecimiento interno.

La procesadora Bancard señalo entre 2015 y 2014 incremento de un tercio. Y ahora dos tercios de 2015 a 2016.

Como el comercio electrónico están entrando a nuestra vida para hacer más controlable, predecible, transparente.

Pregunta

Ruiz Díaz Labrano.

Cuando yo estoy contratando electrónicamente no se con quién estoy contratando. No se despersonalizo, como apreciar la buena fe. Como demandarlo donde notificarlo que jurisdicción.

Cuando uno registra un dominio no están bajo la jurisdicción del ...cual es la ley competente.

Alberto Martínez Simón

La firma digital es una firma encriptada, a través de códigos tanto el documento como la firma. El mismo documento con la misma firma es válido siempre que la certificadora lo avale.

Generalmente son relaciones de consumo, normalmente las legislaciones aplican la ley donde está ubicado la parte más débil.

Los abogados van a tramitar los juicios con firmas electrónicas, no van a tener firmas digitales, los jueces y actuarios sí. La firma electrónica la provee la corte. La diferencia básicamente es que la digital tiene certificación externa y la electrónica es certificada por la CSJ.

Día 2 viernes

COMERCIO ELECTRÓNICO

EFRAÍN HUGO RICHARD - Argentina

Instrumento privado no firmado. Puede ser prueba.

No tiene nada que ver con la firma electrónica ni digital.

Las personas jurídicas pueden ser consumidores. Consumidor el todo aquel que recibe un bien o servicio para su propio uso.

Acciones colectivas. ¿Cómo se defienden los consumidores? Cuando hay derechos homogéneos alterados.

Los contratos conexos conforme a ellos si hay retractación del contrato principal debe caer todo. Las tarjetas electrónicas suelen ser reticentes a devolver lo que entro.

ENRIQUE ZACARÍAS MICHELAGNOLI

LA PROBLEMÁTICA DEL CONTRATO DE FACTORING EN PARAGUAY.

Paraguay en 1998 sancionó la ley de leasing. Es un contrato atípico pero nominado en la res 1/2009 del BCP. Es un conjunto de servicios administrativos y financieros mediante los cuales una empresa no financiera cede a una entidad financiera, los derechos de cobro de todas o parte de las facturas originadas por su actividad comercial o de servicios, con la finalidad de obtener recursos líquidos, a cambio de una retribución en la forma de descuento proporcional a las sumas que le anticipe la entidad financiera y/o comisión como un porcentaje sobre el importe de las facturas cobradas.

El factoring no se agota en una terminación de cartera. No puede existir sin que la factura crédito conformada se pueda transmitir por endoso. Serán aplicables a la factura todo lo relativo a letra de cambio y pagares. Siempre que sea negociable. La negociabilidad se trata de la posibilidad de transmitir.

El principio de la autonomía es la esencia de la negociabilidad.

Está estructurado para apoyar a las pequeñas empresas.

Las facturas conformadas electrónicas deben tributar al instante de conformar la factura. Se tiene una doble seguridad.

Hablando de comercio electrónico debe ser la firma digital. Porque interviene el certificador que da certeza que esa firma corresponde a la persona que está realizando la operación.

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.

MARIO CORDERO MIRANDA - Bolivia

Código civil boliviano 1999 reformado y actualizado no llego a aprobarse por el Senado.

Se ha regulado el tema de contrato. El CC no tiene un capítulo específico sobre la teoría de los actos jurídicos.

Define en el art 405 CC al contrato (dar, hacer, y no hacer). Es generadora de consecuencias jurídicas. Inspirada en el CC italiano.

Había que realizar un cambio con respecto a los sujetos del contrato, porque utiliza personas debería ser partes. Debería cambiarse el objeto. La naturaleza es patrimonial.

El contrato es un acto jurídico. Esta noción del contrato nos lleva a diversas conclusiones. Se introdujo el principio de la autonomía voluntad. Se refiere al poder de autodeterminación que se vincula con la esfera de la persona.

El CC boliviano en el art 405 consagra a la autonomía de la voluntad. No es absoluto. Está subordinada a los límites impuestos por la ley.

La concordancia de voluntades –exteriorizada- entre las partes contratantes –consentimiento. Es fundamental para que haya contrato. El contrato es generador de obligaciones en sentido lato. La nueva noción del contrato que plantea la reforma del CC acuerdo de voluntades que se centra en el discernimiento, aplicación del discernimiento a un acto jurídico determinado. Para su validez es que sea celebrado en un ambiente de libertad. Porque si se encuentra afectada por error dolo o violencia el contrato es anulable.

La voluntad puede manifestarse excepcionalmente de manera omisiva, el silencio (460 del CC). Solo cuando la ley lo exprese.

La libertad solo es eficaz cuando se trata de la persona.

El contrato es reflejo de la propiedad privada. El derecho de propiedad se halla inmersa en limitaciones. Los límites a la libertad de contratar, previstos de manera genérica (454 CC) no son *numerus clausus*.

En mérito de las consideraciones concluyo, se debe modificar la noción de contrato.

El CC no tiene conceptualización de la buena fe. Ya que el CC es un cuerpo normativo, debe evitar conceptos sustanciales. El Art. 93 tiene una aproximación a una noción conceptual de la buena fe. El 552 también al hablar de usucapión. Tiene dos vertientes, supuesto normativo, un modelo de conducta que se inserta en una multiplicidad de normas y como principio general como patrón de conducta con pluralidad de matices, excluyente de responsabilidad en ilícito. Sustentamos que es unitario que engloba las dos vertientes, particularmente en materia contractual. El 520 habla de que los contratos deberán ser ejecutados de buena fe. La buena fe es la pauta de comportamiento, norma de conducta a observarse en la vida jurídica. Al contrario de la mala fe que distorsiona los efectos naturales del contrato. Los contratos deben ser ejecutados conforme lo formalizado.

ROLANDO DÍAZ - Paraguay

LEY DE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

Limitación a la autonomía de la voluntad.

Disposiciones estrechamente vinculadas.

La ley de derecho aplicable a contratos internacionales otorga un amplio margen en materia de elección de derecho aplicable. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a todo o parte del contrato. En cualquier momento. Se puede modificar, elegir cualquier derecho, aunque no tenga vínculos estrechos con las partes. Pueden elegir normas de derecho. Debe ser expresa o tácita.

El ámbito de aplicación constituye en sí misma una limitación a la ley.

La internacionalidad objetiva del contrato. En caso de duda si es o no internacional el contrato se debe estar por la internacionalización. Porque utiliza “elemento relevante”.

Las normas imperativas (Art. 17 de la Ley) se aplican con independencia del derecho aplicable elegido por las partes para que rija el contrato.

El artículo habla de “**tomar en consideración** las normas imperativas de otros Estados” no de aplicar.

En ausencia de elección de derecho aplicable... Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos.

Celebrar acuerdos de reciprocidad para los trabajadores que presten servicios en los países del Mercosur.

COMERCIO ELECTRÓNICO

ANTONIO GARCÍA PADILLA - Puerto Rico

Contratos electrónicos.

La corte adopta el *fair play* en materia de contratos electrónicos. La plataforma digital es un recurso de vendedores y compradores.

Los consumidores y entidades de protección de consumidores se dedican a perseguir la calidad de los productos de consumo masivo.

La forma en que los mecanismos de pago que se utilizan en el comercio electrónico se imbrican en relación comprador-vendedor. Permite que el comprador esgrima contra el banco emisor de tarjeta de crédito reclamaciones y defensas que el comprador tiene contra el vendedor al momento de pagar.

Protección jurisdiccional.

La renuncia a la acción de clase. Que lleve conjuntamente una sola reclamación contra el vendedor.

Pregunta. Como se efectiviza el reclamo del comprador al banco emisor y no al vendedor.

El comprador debe notificar al banco emisor objetando los cargos.

Es un contrato conexo. Cuando cae el contrato principal cae el contrato conexo. Puede hacerse uso del derecho de retractación.

BONIFACIO RÍOS AVALOS - Paraguay

El espacio virtual intangible, ilimitado. El tiempo virtual tampoco puede establecerse un término en consecuencia ha traído un asombro en el mundo. Y algunas imprecisiones.

Como es nuevo debe tener nuevos principios.

Proyecto UNCITRAL como modelo para los países.

Quienes realizan la operación son dos sujetos de derecho. Se produce una declaración de voluntad a los efectos de concretar.

En el 2010 se aprueba la ley de firma digital y en el 2011 se corrige, y en el 2012 ley de sistema de pago y liquidación de valores, 2013 establece comercio electrónico.

Actos jurídicos concluidos por medios electrónicos y comercio electrónico.

Ley de comercio electrónico tuitivo. Establece que para que pueda existir contrato con el consumidor, el oferente debe exponer absolutamente todas las condiciones en un formulario. Cualidades y riesgos que importa la adquisición del producto. Es una protección al consumidor.

Todo eso es requisito para preservar la declaración de voluntad real del consumidor.

Si es entre presentes o ausentes. La manifestación de voluntad hecha que es conocida instantáneamente se reconoce entre presentes. Independientemente del medio utilizado.

El contrato se perfecciona con la declaración de voluntad no con la presencia física.

Cuando está de por medio el derecho del consumidor, todos ceden ante este derecho. La ley concede 5 días para retractarse. Cuando se trata de contratos internacionales que no sean de consumo o de representación o derecho de familia, da posibilidad de la elección de la ley aplicable lo que significa que en el contrato se podrá incluir la jurisdicción aplicable. Cuando se trata de comercio electrónico donde uno de ellos es consumidor, ceden. Se considera el domicilio del consumidor, la consecuencia jurídica se resuelve en el domicilio del consumidor. Tratándose de sujetos que afectan a consumidores no podemos someter estos conflictos a arbitraje.

Finalmente, respecto a estos aspectos, el comercio electrónico aun no conocemos los límites de las consecuencias jurídicas de todas estas transacciones.

DÍA 3.

ACADEMIA VENEZUELA.

EDUARDO HERNÁNDEZ BRETON.

Las Academias no son considerados funcionarios públicos. No reciben dieta ni pierden por sus funciones. Dependen de asignación presupuestaria. Presupuesto USS 8.000 incrementado para este año en un 40%. Ha sido reconducido independientemente a cualquier situación de carácter económico.

Se modificó la ley sobre impuesto sobre la renta, para excluir el impuesto de donaciones para instituciones con fines públicos.

Últimamente se ha tenido que pagar con premio de académicos. Son *ad honorem*.

Lo firma su presidente y su secretario con el consentimiento de los académicos.

06 diciembre asamblea nacional del cual las dos terceras partes fue de la oposición.

CARLOS CÁRDENAS QUIROS. Perú

Financiación de la academia. La primera academia peruana de jurisprudencia y legislación fundada en 1889. Tuvo una actividad corta, a principios del siglo 2 languideció. En mayo de 1967 por estímulo del Colegio de Abogados de Lima se decidió la creación de la Academia Peruana de Derecho. El próximo año cumple 50 años. Su finalidad se mantiene, precisada en sus términos en cuanto a que lo que busca la academia es el fortalecimiento del estado de derecho, el mantenimiento de relaciones científicas con otras corporaciones de rango equivalente.

Soto Mayor "no estamos propugnando una instancia de oportunidad o de emergencia".

Su financiación es eminente privada, empieza por aportes de los académicos. USS 150 anuales. No se recibe subvención de ninguna institución.

Origina que no cuente con un local propio. Sus actividades la realizan en la sala en el colegio de abogados.

JOSÉ MARÍA ROSALES DE ANGULO. ACADEMIA DE GRANADA - España

La academia se crea en un año desconocido. Era obligatoria estar en la academia de jurisprudencia y superar un examen para ser Abg. La academia fue recreándose no solo Abg. sino todos los profesionales jurídicos desde un punto de vista abierto. La academia acogida en el seno del colegio de abogados. En el marco de la actividad tienen el honor de iniciar el congreso de academias realizada hace 20 años en Granada. Le encargaron a la academia que estudiara en cierto grado una manera de buscar la financiación de las academias. Era fundamental crear un órgano dotado de

personalidad jurídica. Sin personalidad jurídica no se tiene ayuda de instituciones públicas. Financiación que permita realización de foros internacionales.

EMILIO GNEECO. ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES. ARGENTINA

Antecedentes de la Academia. Academia teórico práctica de jurisprudencia, 1815.

Decreto 1906 y 1925 del PE Nacional se alcanza la autonomía. La academia reconoce su fundación por resolución 07/10/1908 al frente Wenceslao Escalante. 1910 Manuel Barrio.

Estudio de las cuestiones vinculadas al estudio de las ciencias sociales. Fomentar las ciencias jurídicas. Finalidad. Investigación que tiende a perfeccionar las normas del derecho. Consagrar al valor justicia. Solidaridad. Cooperación a la seguridad al orden en definitiva a la paz.

Marcelo T. Alvear, Asociación civil sin fines de lucro. Persona pública no estatal según Marienhoff.

Memoria transmisión búsqueda investigación. Pleno goce de la libertad de pensamiento ello es su propia razón de ser.

Financiamiento. Presupuesto subvencionado reducida del Ministerio de Cultura. Hemos hecho acuerdo con distintas revistas jurídicas para la publicación de artículos de los académicos. Tiene 30 miembros.

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS. ESPAÑA

Ley 597, 18/12/1997 de Academias del Principado. Cuyo preámbulo justificaba la autonomía.

Con esta ley se pretende garantizar la permanencia de la academia.

Función de control estatutaria de la comunidad autónoma tomada por el Consejo de Gobierno.

Permita por vía contencioso administrativa el cumplimiento de la actividad de la administración.

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO. REAL ACADEMIA DE ESPAÑA

¿Cómo resolver la circunstancia del financiamiento de la Academia?

Aportación al desarrollo y mantenimiento de ...

Plan de actividades.

Preparación del diccionario jurídico.

Premio a la excelencia del jurista.

Apoyo a las actividades internacionales.

CONCLUSIONES.**JOSÉ ANTONIO MORENO RUFFINELLI.**

Los coordinadores de cada panel hagan un comentario de las conclusiones que llegaron en cada panel.

Panel 1. Derecho público.

Panel 2. Derecho privado.

EFRAÍN RICHARD.

Recomendándose la neutralización de las reglas de reenvío de derecho internacional privado, respetando las pocas normas imperativas en la relación igualitaria. Conveniencia del arbitraje institucional iluminando la formalización, ejecución con la buena fe. Uniforme protección de la relación de consumo incluso de las personas jurídicas, seguridad preventiva y ejecutiva. Invalidez de contratos conexos, particularmente el medio de pago. Análisis de las alteraciones en los contratos de distribución, agotamiento de derecho de marca, facilitación de firma digital o ash, documento privado no firmado. Recomendación de una mayor continuidad del intercambio entre los mercantilistas de las academias.



Relato y Recomendaciones del grupo de trabajo de Derecho Privado

Sesión de clausura

A cargo del Coordinador Internacional Prof. Dr. Efraín Hugo Richard (de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba).

Conforme a expresas instrucciones del Sr. Presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales Dr. José Antonio Ruffinelli, sobre la extensión, afrontamos en el Plenario de cierre el relato y las recomendaciones de la Sala de Derecho Privado bajo nuestra Coordinación, con la que cerramos este documento:

Nueve horas intensas de trabajo, coordinadas con Roberto Ruiz Díaz Labrano, quince comunicaciones magistrales motivadoras de intensos diálogos de académicos y asistentes que desbordaron el recinto de la Comisión de Derecho Privado, abarcando un espectro doctrinal que inicialmente parecía imposible.

Pinceladas perfectas de principios normativos y derecho comparado iluminaron el análisis de la contratación y la compraventa internacional como del derecho aplicable bajo la autonomía de la voluntad, *recomendándose* la neutralización de las reglas de reenvío del Derecho Internacional Privado, respetando las pocas normas imperativas en la relación igualitaria.

Con similares criterios se abordaron aspectos de la elección de jurisdicción y de la conveniencia del arbitraje institucional, imponiendo siempre la contratación, ejecución y aún el conflicto con la buena fe, base de la lealtad mercantil tradicional.

Conforme a ello se enfrentó la uniforme protección de las relaciones de consumo, incluso para personas jurídicas, y la seguridad preventiva y ejecutiva de las mismas, *recomendado* el aseguramiento de la retractación incausada y la consiguiente invalidez de los contratos conexos, particularmente de los medios de pago.

Se englobaron todas esas relaciones con la contratación electrónica, sus modalidades y técnicas que nos invaden vertiginosamente generando un *omni market*, *recomendando* el análisis de las alteraciones que se generen en los contratos y relaciones de distribución, el *feoblocking* y el *geofiltering*, como el agotamiento del derecho de marcas, la facilitación de la firma digital, del *hash*, los efectos de la firma electrónica y del documento privado no firmado.

Con evidencia este es un relato escueto de la riqueza de las inolvidables sesiones, de cuyos temas surgió la *recomendación* de una mayor continuidad del intercambio doctrinal entre los mercantilistas de las Academias, y para ello ofrecemos la Revista Electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que edita su Instituto de la Empresa *Estudios de Derecho Empresario*.

Debo públicamente agradecer la continua y señera presencia en los Paneles de Derecho Privado del señor Secretario de la Academia anfitriona el Prof. Dr. Bonifacio Ríos Ávalos, que apuntaló esas sesiones.

En la Ciudad de Asunción, República del Paraguay, 24 de septiembre de 2016.



