

**REVISTA  
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD  
(REDS)**

Número 11, Época II, Julio 2017 - Diciembre 2017

ISSN: 2340-4647



## **REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN**

Revista de Derecho Empresa y Sociedad (REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail [iurelicet@iurelicet.com](mailto:iurelicet@iurelicet.com)

## **ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES**

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

[www.dykinson.com/derechoempresaysociedad](http://www.dykinson.com/derechoempresaysociedad)

**PRESIDENCIA EDITORIAL**

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de Deusto*

OSCAR MONJE BALMASEDA

**Profesor Titular de Derecho Civil**

*Universidad de Deusto*

**DIRECCIÓN**

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA

**Profesora Titular de Derecho Procesal**

*Universidad de Deusto*

**SUBDIRECCIÓN**

**SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS**

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho Procesal**

*Universidad de Deusto*

**SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL**

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho Penal**

**Profesor de Derecho penal de la Universidad San Pablo CEU Madrid  
Abogado**

**SUBDIRECCIÓN TÉCNICA**

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

**Profesora Encargada de Derecho Civil.**

*Universidad de Deusto*

**COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN**

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de Deusto*

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

**Catedrática de Derecho Civil**

*Universidad Islas Baleares*

OSCAR MONJE BALMASEDA

**Profesor Titular de Derecho Civil**

*Universidad de Deusto*

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad Islas Baleares*

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho Procesal**

*Universidad de Deusto*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho Constitucional**

*Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho Procesal**

*Universidad de Deusto*

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

**Catedrático de Derecho Mercantil**

*Universidad de Deusto*

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho Penal  
Profesor de Derecho penal de la  
Universidad San Pablo CEU Madrid  
Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

**Notario y Registrador**

LORENZO MORILLAS CUEVA

**Catedrático de Derecho Penal**

*Universidad de Granada*

INMACULADA VIVAS - TESÓN

**Profesora Titular de Derecho Civil**

*Universidad de Sevilla*

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho Internacional  
Privado**

*Universidad de las Islas Baleares*

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de Santiago de Compostela*

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

**Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco**

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

**Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña**

*Universidad de Santiago de Compostela*

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

**Catedrático Derecho Penal**

*Universidad de Granada*

DOMINGO BELLO JANEIRO

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de La Coruña*

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

**Catedrático Derecho Penal**

*Universidad de Jaén*

LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-  
EZNARRIAGA

**Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia**

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

**Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao**

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

**Notario y Presidente de Euskaltzandia (Academia de la Lengua Vasca)**

ENRIQUE GADEA SOLER

**Profesor titular de Derecho Mercantil**

*Universidad de Deusto*

**COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL**

**Miembros Del Comité:**

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

**Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada**

*Universidad de Granada*

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

**Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)**

CAMILO CELA CONDE

**Director del Laboratorio de Sistemática humana**

*Universidad de las Islas Baleares*

ANTONIO FLAMINI

**Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.**

*Universidad de Camerino (Italia)*

JEAN-BERNARD AUBY

**ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.**

*Universidad de Sciences Po Paris*

LORENZO MEZZASOMA

**Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.**  
*Universidad de Perugia*

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

**Cónsul General de España en Brasil**

ARNEL MEDINA CUENCA

GUILLERMO OLIVEIRA

**Catedrático de Derecho Civil. Experto en  
Bioética, Derecho y Medicina**

*Universidad de Coimbra*

VASCO PEREIRA DA SILVA

**Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y  
Políticas de la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Portuguesa . Doctor  
Honoris Causa por UNIPLAC  
(Catedrático de Derecho Constitucional**

*Universidad de Lisboa*

EDUARDO VERACRUZ PINTO

**Profesor de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Lisboa.  
Presidente de la Junta de la Facultad de  
Derecho de la Universidad de Lisboa.  
Miembro de la Cámara de Seguimiento y  
Enlace con los Tribunales Judiciales del  
Consejo Superior de la Judicatura.**

*Universidad de Lisboa*

RAÚL CERVINI

**Catedrático de Derecho Penal y  
Encargado de Posgrados e  
Investigaciones Internacionales  
*Universidad Católica del Uruguay***

**Profesor Titular de Derecho penal de la  
Facultad de Derecho de la Universidad de  
La Habana. Expresidente de la Unión  
Nacional de Juristas de Cuba. Máster en  
Derecho Público por la Universidad de  
Valencia (España). Miembro de número  
de la Sociedad Cubana de Ciencias  
Penales.**

*Universidad de La Habana*

MAYDA GOITE PIERRE

**Profesora Titular de Derecho Penal,  
Presidenta de la Sociedad cubana de  
Ciencias penales de la Unión Nacional de  
juristas de Cuba, Jefa de la Disciplina  
docente de Ciencias penales y Decana de  
Postgrados, investigaciones y relaciones  
internacionales de la Universidad de La  
Habana**

*Universidad de La Habana*

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

**Profesor Titular de Derecho Civil y de  
Derecho Notarial. Notario.**

*Universidad de La Habana*

CARLOS IGNACIO JARAMILLO  
JARAMILLO

**Decano Académico de la Facultad de  
Ciencias Jurídicas de la Universidad  
Javeriana de Bogotá.**

*Universidad Javeriana de Bogotá*

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

**Abogada en el Despacho Suarez y Sanche.  
Notaria Pública. Catedrática de Derecho  
Civil**

*Universidad de Costa Rica y Universidad  
Latina*

AGUSTÍN LUNA SERRANO

**Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.**

*Universidad de Barcelona*

NICOLAS REDONDO TERREROS

**Abogado y Analista político**

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR  
RUIZ DE AGUIRRE

**Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad. Premio Nacional de Historia.**

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

**Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid**

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

**Consejero del Poder Judicial**

ALFONSO CANDAU PEREZ

**Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España**

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE  
VALDIVIA

**Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.**

*Universidad de Granada*

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

**Abogado del Ilustre Colegio de Madrid**

ALEJANDRO MARTINEZ  
CHARTERINA

**Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.**

*Universidad de Deusto*

PILAR PERALES VISCASILLAS

**Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.**

*Universidad Carlos III de Madrid*



IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad ICADE Madrid*

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

**Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.**

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

**Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.**

*Universidad Fermin Toro (Venezuela)*

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

**Catedrática de Derecho Internacional Privado**

*Universidad Católica del Uruguay*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.**

*Universidad Autónoma de Madrid*

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

**Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado**

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

**Catedrático Derecho Mercantil**

*Universidad Islas Baleares*

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

**Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard**

*Universidad Islas Baleares*

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico por la  
Facultad homónima de la Pontificia  
Universidad Católica Argentina. Abogada  
por la Universidad de Mendoza y  
Coordinadora Publicaciones de la  
Facultad de Derecho.**

*Universidad Católica del Uruguay*

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

**Catedrático de Derecho Civil**

*Universidad de Córdoba*

ANA HERRÁN ORTIZ

**Profesora Titular de Derecho Civil**

Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del Tribunal  
Superior de Justicia del País Vasco**

*Universidad de Deusto*

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial de  
Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

**Notario y Abogado del Estado.**

JAVIER VALLS PRIETO

**Profesor Titular de Derecho Penal**

*Universidad de Granada*

PEDRO MUNAR BERNAT

**Catedrático Derecho Civil**

*Universidad de Baleares*

RAFAEL LINARES NOCI

**Profesor Titular Derecho Civil**

*Universidad de Córdoba*

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de Abogados  
del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora Social  
en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la  
Administración de Justicia Junta de  
Andalucía**

*Universidad Pablo de Olavide*

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial de  
Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

*Universidad de Islas Baleares*

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

*Universidad de Deusto*

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

*Universidad de Granada*

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA  
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001-2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico ([www.fd.unl.pt](http://www.fd.unl.pt)).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

*Universidad de Valencia*

*Dedicada a nuestro entrañable amigo y gran jurista, Luis Zarraluqui Sánchez  
Eznarriaga, como ejemplo de excelente abogado y gran persona*

# ÍNDICE

---

---

## I. PORTADA EDITORIAL

### USO INDEBIDO DEL LENGUAJE JURÍDICO: ALGUNOS EJEMPLOS CONFUSOS Y DIFUSOS

.....	17-21 págs.
FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE	OSCAR MONJE BALMASEDA
<i>Socio Fundador de IURE LICET</i>	<i>Socio Fundador de IURE LICET</i>
<i>ABOGADOS</i>	<i>ABOGADOS</i>

## II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

1. CAPITALISMO Y AUTORITARISMO: ¿UN MISMO ORIGEN?	.....22-37 págs.
CARLOS ALARCÓN CABRERA	
<i>Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política</i>	
<i>Defensor Universitario</i>	
<i>Universidad Pablo de Olavide</i>	
2. SOBRE EL VALOR DE LAS CERTIFICACIONES DE ADOPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	.....38-43 págs.
PROF. DR. JEAN PIERRE MATUS ACUÑA	
<i>Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Chile</i>	
3. COMUNICANDO, SIEMPRE COMUNICANDO	.....44-49 págs.
LAURA PUJOL TERRADELLAS	
<i>Directora Close Communication</i>	
<i>Lic. Publicidad y Relaciones Públicas</i>	
<i>Máster en Dirección de Comunicación Empresarial e Institucional</i>	
4. CONTRA LOS “TRIBUNALES” ECONÓMICO – ADMINISTRATIVOS	.....50-58 págs.
IÑIGO COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL	
<i>Socio Director de Coello De Portugal Abogados</i>	
5. LA IGNORANCIA RESPONSABLE EN ARISTÓTELES. UNA SOLUCIÓN AL ATOLLADERO DOGMÁTICO PENAL EN LOS CASOS DE IGNORANCIA DELIBERADA	.....59-76 págs.
DR. MARIO SPANGENBERG BOLÍVAR	
<i>Profesor de Derecho Penal</i>	
<i>Universidad Católica del Uruguay</i>	

**6. LOS EFECTOS DE LA LEY DEL ADULTO MAYOR SOBRE EL DERECHO DE SUCESIONES, UN REPLANTEAMIENTO RESPECTO A LA FIGURA DE LA INDIGNIDAD**

.....77-83 págs.

EMILIO JOSÉ BALAREZO REYES

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de San Martín de Porres, de la Universidad Privada del Norte – Sede Los Olivos y de la Universidad Continental de Huancayo. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil, Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Ica.*

**7. ALCANCES DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL**

.....84-98 págs.

ROGER VIDAL RAMOS

*Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo (Trujillo). Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Fundador de Estudio Vidal Abogados. Árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.*

**8. SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ASUNCIÓN DIRECTA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA GESTIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO DESARROLLADO POR UNA ENTIDAD PRIVADA; SITUACIÓN EN LA QUE QUEDAN LOS TRABAJADORES QUE PRESTABAN TAL SERVICIO**

.....99-110 págs.

ISABEL SÁNCHEZ PEÑA

*Juez de lo Social*

**9. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA REPÚBLICA ROMANA. UNA NUEVA INTERPRETACIÓN SOBRE LA OBRA CICERONIANA “DE OFFICIIS”**

.....111-126 págs.

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO

*Profesor Doctor Titular Acreditado*

**10. ACUERDOS DE PARÍS Y CALENTAMIENTO GLOBAL: AUMENTAR LOS SUMIDEROS DE CARBONO**

.....127-150 págs.

LUIS JAVIER CUENCA LÓPEZ

*Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada  
Máster Universitario en Seguridad Integral  
en la Edificación y Arquitecto Técnico*

**11. FILOSOFÍA DEL DERECHO: UNA MIRADA POSMODERNA**

.....151-161 págs.

KRYSZYNA WOJCIK RADKOWSKA

*Doctora en Derecho  
Profesora de Filosofía del Derecho  
Universidad de Deusto*

**12. EL DELITO DE TENENCIA, TRÁFICO Y DEPÓSITO DE ARMAS, MUNICIONES O EXPLOSIVOS**

.....162-192 págs.

LUIS JIMÉNEZ ROMERO

*Director General de la Escuela de Criminología de Cataluña. Licenciado en Psicología y Diplomado Superior en Criminología e Investigación Privada.*

**13. EL PLURALISMO JURÍDICO Y LOS DERECHOS A LA PACHAMAMA**  
.....193-219 págs.

ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ

*Licenciado en Ciencias Penales. Licenciado en Derecho. Magíster en Asesoría Jurídica. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional. Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma.*

EDUARDO DÍAZ OCAMPO

*Licenciado en Ciencias de la Educación. Licenciado en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia. Magíster en Desarrollo Curricular. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo*

**14. DERECHOS HUMANOS, TRABAJO SOCIAL Y SINHOGARISMO. ENFOQUE PRÁCTICO DESDE UN MODELO PARTICIPATIVO- CREATIVO EN LA CIUDAD DE SEVILLA)**  
.....220-236 págs.

MANUEL MUÑOZ BELLERÍN

*Profesor Asociado. Facultad de Ciencias Sociales. Departamento Trabajo Social. Director Académico Curso de Postgrado en Teatro Social e Intervención Socioeducativa. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla*

**15. BALNEARIO: LA DEFINICIÓN DE UNA TRADICIÓN MILENARIA EN ANDALUCÍA**  
.....237-246 págs.

ROSA ANAYA-AGUILAR

*Departamento de Economía y Administración de Empresas (Área de Organización de Empresas)  
Universidad de Málaga.*

CARMEN ANAYA-AGUILAR

*Librerías Prometeo y Proteo.*

MANUEL BRAVO-PÉREZ

*Departamento de Estomatología. Universidad de Granada.*

### **III. RECENSIONES**

**1. LAS RECLAMACIONES POR CLÁUSULA SUELO Y OTRAS MUCHAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS ESCRITURAS DE HIPOTECA**  
.....247-248 págs.

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

*Profesora Doctora Encargada de Derecho civil  
Universidad de Deusto*

**2. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL SEGUIMIENTO DIRECTO DE PERSONAS**  
.....249-253 págs.

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

*Doctoranda del Programa Interuniversitario de Criminología de la Universidad de Granada*

3. **“EL FRAUDE DE INVERSORES (Especial consideración al tipo básico del artículo 282 bis CP y con actualización al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre)**  
 .....254-255 págs.  
 ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ  
*Profesora Colaboradora de Derecho Penal*  
*Universidad CEU San Pablo*
4. **DIFERENTES PERSPECTIVAS DE INTERVENCIÓN CON PERSONAS MAYORES. Desde la visión de la práctica profesional**  
 .....256-258 págs.  
 DOCTOR VALENTÍN GONZÁLEZ CALVO.  
*Prof. Titular Universidad Pablo de Olavide.*  
*Orientador Familiar. Tanatólogo. Arteterapeuta.*
5. **EL ERROR MÉDICO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA. LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA CAUSÍSTICA EN LA MEDICINA**  
 .....259-262 págs.  
 BLANCA BALLESTER CASANELLA  
*Profesora de Derecho Civil de la Universidad Politécnica de Cataluña*
6. **LA INTERVENCIÓN CON FAMILIA. LA INCURSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL**  
 .....263-267 págs.  
 RAQUEL MARTÍN CAYETANO  
*Trabajadora Social*



# USO INDEBIDO DEL LENGUAJE JURÍDICO: ALGUNOS EJEMPLOS CONFUSOS Y DIFUSOS

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE Y OSCAR MONJE BALMASEDA  
Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

El cometido de estas líneas y la explicación motivada de este título, pretende ser un merecido homenaje (uno más) a un insigne jurista, que ha desarrollado con brillantez una dilatada y exitosa trayectoria profesional como representa Don Luis Zarraluqui Sánchez Eznarriaga, maestro directo y exponente cualificado de la mejor abogacía en Derecho de Familia en este país.

Recientemente el Foro “Redes”, cuyo objetivo es reflexionar en temas jurídicos, económicos y sociales, le homenajeaba como tributo a una fructífera vida profesional.

Precisamente el tema escogido por el ponente consistió en el “arte de legislar: oficio de dioses”, lo que motivó un debate intenso y enriquecedor en torno a la creciente y expansiva legiferación, provocando a veces el conflicto entre el Derecho y la gramática. De hecho el ponente nos indicaba que el arte de legislar: señala que el crecimiento del volumen normativo, la baja calidad de los textos legales, las dudas sobre la efectividad de las normas y la constatación en ocasiones de su ineficiencia y escasa efectividad, contribuyen a que en el caldo de cultivo hayan germinado las construcciones e interpretaciones más osadas a la pura huida del Derecho (toma estas palabras el ponente del que fue Ministro del Gobierno Español Virgilio Zapatero en la introducción a su obra “El arte de legislar”, Thomson Aranzadi 2009).

Es así que esta alocución nos va a permitir adentrarnos precisamente en algunos aspectos que inciden bien en la oscuridad o farragosidad del lenguaje jurídico, de los errores gramaticales en las disposiciones normativas. En una palabra, en un desastroso lenguaje jurídico que, a fin de cuentas, perjudica al destinatario, ciudadano y/o jurista que naufraga en una aciaga interpretación en los textos que lee y en la falta de entendimiento de lo que quiso decir el legislador.

Explicaba el ponente Don Luis Zarraluqui que la claridad y precisión en el uso de todos y cada uno de los términos es un imperativo. Lo que nos lleva a nosotros a entender que en los últimos años ésta no ha sido una máxima que se haya seguido con rigor, sobre todo si tenemos en cuenta, como explica el aludido ponente, un mando en profunda y continua transformación, donde surgen instituciones, formas de vida, figuras jurídicas y situaciones nuevas. En este sentido, nos bastaría con referirnos a la reciente publicación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en donde la confusión técnica se coaliga con la confusión lingüística y con la técnica más depurada, provocando como consecuencia una incoherente sistemática y una falta de comprensión no ya del Derecho mismo, sino de la forma gramatical de expresarlo.

Traía a colación nuestro ponente unas palabras de Montesquieu quien en su obra “El espíritu de las Leyes” decía que la Ley en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra cosa que los casos particulares a que se aplica la misma razón humana. Se concluía que el estilo ha de ser sencillo, las leyes no deben ser sutiles, pues se hacen “para gente de mediano entendimiento”.

En línea con lo expuesto nos recordaba el ponente que en las normas esenciales del lenguaje normativo, deben seguirse entre otras las siguientes condiciones: las frases deben ser breves y simples (basta remitirse a legislaciones como la aludida más arriba de la Jurisdicción Voluntaria o la Protección de la Infancia y la Adolescencia, y otras para contradecir este aserto); el texto ha de ser íntegro y unívoco; los términos deben ser claros; hay que evitar expresiones carentes de significado normativo (en este sentido tiene razón el ponente ya que a veces el legislador confunde el tono imperativo con una injustificada declaración de intenciones. Olvidándose que el lenguaje jurídico debe ser prescriptivo, y debe el legislador olvidarse de referir deseos o juicios de valor que no vienen al caso); deben evitarse el uso de neologismos y extranjerismos (lo cual es otra manifestación buenista y poco realista, habida cuenta que lo que prolifera son los anglicismos, galicismos, olvidándose el legislador que el castellano cuenta con expresiones correctamente adecuadas sin tener que importar terminologías extranjeras que denotan un complejo inaceptable. Nos parecen estas reflexiones previas acertadas y participamos de la crítica expuesta; pero a nuestro juicio caen en “saco roto” con un legislador como el nuestro (no es un problema del actual sino también de los anteriores) que han despreciado olímpicamente el uso y manejo de la gramática... Ya no hay sorpresa que sorprenda ni misteriosos milagros (que como diría Chesterton “a veces hasta ocurren”). Aquí en este país es imposible creer en la eficiencia del lenguaje pues se considera secundario y lo único que se valora es el mandato del legislador y su publicación en el Boletín Oficial del Estado (lo que no evita un uso inmoderado de la fe de erratas). El resultado no es otro que asistir desconsoladamente impotentes a este proceso de destrucción del lenguaje imbuido de un pensamiento débil en muchos ámbitos, de referencia social y política, que precisamente debería ser todo lo contrario.

En fin, no es ésta la tribuna propicia para arengar a los ilusos ilusionados que sigan creyendo en las bondades de la técnica legislativa, vamos a retomar el hilo conductor (si digo de Ariadna, pensaría alguno, seguidor de ese credo iluminista vacío de contenido, que seguramente es la nueva representante de Eurovisión...).

Como explicaba el ponente (Luis Zarraluqui) una de las condiciones que se exige de la legislación es evidentemente la precisión terminológica, que está alejada de toda duda interpretativa. Concretamente en el orden familiar, explicaba, son numerosos los términos o expresiones que se alejan del correcto idioma que deben utilizar. Y ponía el ejemplo de la denominada “violencia de género”.

A nuestro modo de ver no pretendemos caer en la demagogia fácil y en el recurso al tópico convencional al tratar críticamente este problema social.

El modo degradante de actuar, no tiene ninguna justificación, ningún género de violencia contra el ser humano, en ningún caso. Y en este sentido la violencia de género, como explicaba el maestro Lázaro Carreter, la utilización del vocablo “gender” significa a la vez “género y sexo”. Sabemos todos que en las lenguas románicas estos términos tienen significados muy distintos gramatical el uno, y biológico el otro.

La explicación de este concepto acuñado en los medios de comunicación desde hace años se debe a un error de transgresión. Es así que en el Congreso sobre la Mujer que se celebró en Pekín en 1995, los traductores de la ONU dieron a “gender” el significado de “sexo”-, así incluían también a los transexuales.

Gramaticalmente género y sexo no tienen nada que ver. Es un ataque violento a la gramática y que nos hiere la sensibilidad conceptual (permítasenos esta licencia). Estamos con Lázaro Carreter cuando concluía que en realidad se trata de una violencia de superioridad sea sexual, física, de poder o de otras clases. También esta violencia debiera ser legalmente perseguida. Igualmente la gramática merece un respeto.

A nuestro juicio este problema es “público”, ya que ha dejado de ser una aciaga circunstancia que concurría en el ámbito más privado, y su reprobación en estos años

afortunadamente ha tenido el reconocimiento social y político y la merecida protección legal con reformas legislativas para contribuir a su definitiva erradicación.

La violencia machista es un problema universal que afecta a todas las culturas. En este sentido, independientemente de la latitud geográfica, la raíz del problema subyace en el sometimiento subordinado al varón, en la histórica desigualdad de sexos, en el infame desconocimiento de los derechos de la mujer en su contexto histórico enfrentado a sociedades en donde primaba los valores de la cultura machista, más acendrada, rancia e hipócrita. Y en donde la mujer era un objeto de deseo sin derechos ni individuales ni sociales.

Afortunadamente la exaltación de los valores de feminismo contribuyó a polemizar, criticar y sancionar esta imagen. Y a nuestro modo de ver en una sociedad avanzada, moderna y educada en las nuevas tecnologías y en el razonamiento de globalidad y solidaridad debe transmitir con un lenguaje jurídico correcto nada oscuro, expresiones o locuciones que tengan un significado normativo que sean utilizados con corrección jurídica y gramatical.

Sentado lo anterior y expuesta nuestra opinión, como bien nos recuerda Luis Zarraluqui, en español el “género” no marcado es el masculino (Nueva Gramática Española Vol. de Morfología y Sintaxis I, Real Academia española, Espasa Calpe, Madrid 2010, pág. 55) y de que es un epiceno o nombre común perteneciente a la clase de los animados, que con un solo género gramatical, masculino o femenino puede designar al macho o la hembra indistintamente o conjuntamente, una persona, un milano, un matrimonio (concluye acertadamente Luis Zarraluqui traspolando las acertadas palabras del Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, tomo II 20ª edición, Madrid 1984).

Otras terminologías que corrige certeramente el aludido jurista y que ha entrado en el “imaginario colectivo” como expresiones técnicamente distinguidas...encontraríamos otras, curiosas en su tratamiento normativo y en su propia aceptación social como el término “affectio maritalis” en la pareja de hecho como cuando indica el autor –Luis Zarraluqui- aquella (la afectividad) es un cualidad, pero no un sentimiento que es lo que une o separa a las personas.

Es curioso, puntualizamos por nuestra parte, que estas locuaces afirmaciones del legislador parten de premisas irrefutables...cuando continuando con el concepto de afectividad la da por sentada en los vínculos matrimoniales, y sin embargo en las parejas de hecho es una cuestión que debe probarse. Así simplemente recordar que el legislador habla de “afectividad análoga a al conyugal”... ¡qué sofisma tan divertido!

Otro tanto ocurre con expresiones difusas y confusas como la “orientación sexual”. ¡Qué eufemismo tan vago, hipócrita y banal! Como cuando explica el autor –al que seguimos en sus comentarios-, el lenguaje no hay que castigarlo o rebuscar ociosas interpretaciones, y en este caso mejor referirnos a homosexuales y heterosexuales.

En línea con lo expuesto a modo de advertencias o reflexiones “de buena observancia” para un lector instruido en el vicio de la lectura se nos antoja entre otras que el legislador en este debate entre la gramática y el Derecho debe tener en cuenta que las leyes (expresión lata –disposiciones, normas-) deben ser breves. La brevedad (decían los clásicos) es hija del talento. Y los clásicos del Siglo de Oro ya nos recordaban que más vale “quintaesencias que fárragos”. Es por ello que las leyes, deben ser precisas, breves; pero ocurre que, desgraciadamente, si uno repasa los textos legislativos de estos últimos años abundan imperdonables errores gramaticales que deslucen y convierten en oscura una interpretación y lectura que debiera ser clara, convincente y expresivamente útil.

Otra de las reflexiones que debemos apuntar es la importación excesiva de anglicismos (como hemos explicado más arriba) que distorsionan la buena gramática en una suerte de impostación acomplejada cuando, como hemos dicho, el castellano cuenta con expresiones concretas y definitorias y no debe entenderse que se enriquece el lenguaje con

la profusión de estos términos que asentamos en nuestra comprensión lectora como normales, cuando, en el fondo, igual ni conocemos bien la lengua de donde proceden.

En esta misma línea de pensamiento dígase lo mismo de expresiones en latín (lengua preterida, olvidada y castigada en los planes de estudio) que a veces acompañan a los textos y documentos jurídicos como un “adminículo” pedante y con un destellante complejo en el fondo de “falsa erudición”. La mayoría de las veces son eufemismos innecesarios.

En este punto, como bien ha explicado Gallent Torres, Cinta – experta en traducción e interpretación- (“La legalidad agramatical: errores lingüísticos en los textos jurídicos administrativos”): “dichas expresiones, junto a la utilización de términos especializados, latinismos cultos o palabras de formación prefijada consiguen que el texto sea poco transparente e incluso que carezca de naturalidad”.

Y continuando con esta crítica al uso de los innecesarios latinismos, nos indica González Salgado, José Antonio (El lenguaje jurídico del siglo XXI) que muchas locuciones y frases latinas expresan principios generales del Derecho. Pero no siempre, la mayoría de las veces, en nuestra opinión, no son más que aforismos consecuencia de la experiencia y de la tradición histórica. Los principios generales desde una reflexión axiológica, son postulados éticos que deberá inspirar el ordenamiento jurídico, bien porque el Derecho remita directamente a ellos, o porque todo sistema jurídico deba tenerlos presente.

En fin, tiene razón González Salgado cuando nos recuerda que el principal defecto del lenguaje jurídico tiene su origen paradójicamente, en un exceso de celo. Los juristas se preocupan tanto de la precisión que debe imperar en sus escritos que llevan esta precisión hasta sus últimas consecuencias, sin darse cuenta de que con fórmulas menos complicadas se consigue la misma exactitud.

Otro de los problemas relacionados con el mal uso de la gramática en la utilización del lenguaje jurídico lo encontramos en el problema de la excesiva profusión legislativa actual. En este sentido nos recordaba Luis Zarraluqui (en el último debate coloquio celebrado en el Foro Redes en Madrid) que en su momento Don Jesús Varela (Decano que fue del Ilustre Colegio de abogados de A Coruña) consultó a la Editorial Aranzadi que le hiciese un cálculo de las normas legales que se mantenían en vigor; le informó que en ese momento -mayo de 1998- ascendían a la nada despreciable cantidad de unas 344.554. Lo que explicaba el ponente Zarraluqui de misión imposible la simple lectura y mucho más el conocimiento del contenido de la normativa en vigor y de la que se promulgaba cada año, parecía un derroche de optimismo. Y concluía que no es de extrañar que el eminente profesor Eduardo García de Enterría calificara esta proliferación de “tifón legislativo”.

Efectivamente este problema de legiferación se ha acrecentado si lo situamos en el momento presente (normas estatales, autonómicas, supraestatales etc.), lo que nos sitúa ante un dilema de “difícil equilibrio emocional” y es que perdería sentido el principio general asentado en nuestro Código Civil según el cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Y es así que concluimos con la aportación de este razonamiento que sólo un mortal, investido de taumatúrgicas virtudes cognoscitivas necesitaría varias vidas para poder leer y conocer el intenso y extenso caudal normativo existente.

Vamos a acabar estas reflexiones participando de la opinión de González Salgado, José Antonio, quien creo que pone el dedo en la llaga cuando refiriéndose a la complejidad del lenguaje jurídico sitúa que por un lado el problema está relacionado con la ausencia de contenidos jurídicos en la educación básica y media de los ciudadanos (tiene razón) lo que les imposibilita el acceso a los textos a los que se tendrán que enfrentar en el futuro (contratos, declaraciones de impuestos, sentencias, actas etc.); pero también sitúa el autor a quien citamos literalmente “el problema tiene su raíz en la falta de atención a los aspectos lingüísticos en los planes de estudios en la carrera de Derecho”. En este sentido opinamos que es necesaria no solamente esta formación básica conceptual en los primeros años de

enseñanza sino que una vez que se ha accedido a la universidad se hace tan necesario como el estudio del Derecho la utilización de disciplinas que abunden en las técnicas de expresión y redacción jurídica, sólo así conseguiremos no solamente alumnos bien formados sino ciudadanos seriamente comprometidos en la sociedad a la que deben servir y dedicar sus esfuerzos, contribuciones y méritos adquiridos.

# CAPITALISMO Y AUTORITARISMO: ¿UN MISMO ORIGEN?

Carlos Alarcón Cabrera  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política*  
*Defensor Universitario*  
*Universidad Pablo de Olavide*

---

---

Fecha de recepción: 20 de septiembre  
Fecha de admisión: 20 de octubre

**RESUMEN:** La antítesis entre Marx y Weber es crucial para analizar las relaciones entre los fenómenos sociales. En *El miedo a la libertad*, con una posición intermedia y combinada con tesis psicoanalíticas, Fromm estudió como el surgimiento del protestantismo religioso no sólo influyó en la aparición del capitalismo, sino también en un sentimiento generalizado de sumisión que allanó el camino en la época contemporánea al autoritarismo, y en particular al nazismo. En este artículo se trata de revisar estas relaciones de causalidad casi ochenta años después de que Fromm escribiera su libro

**ABSTRACT:** The antithesis between Marx and Weber is crucial to analyze the interactions of social phenomena. In *The Fear to Freedom*, since an intermediate position, combined with psychoanalytic theses, Fromm studied the rise of religious Protestantism influencing the emergence of capitalism, but also in a generalized feeling of submission that, in contemporary times, paved the way for authoritarianism, and particularly for nazism. In this paper is a review these causality relations almost eighty years after Fromm wrote his book

**PALABRAS CLAVE:** Protestantismo religioso, sumisión, nazismo, libertad

**KEYWORDS:** religious Protestantism, Submission, Nazism, Freedom

**SUMARIO:** 1. Marx, Weber y el miedo a la libertad; 2. Las emociones y el comportamiento social; 3. Dewey: emociones y sentimiento moral; 4. La religión del liberalismo económico; 5. Protestantismo y autoritarismo; 6. Bibliografía

## 1. MARX, WEBER Y EL MIEDO A LA LIBERTAD

A pesar de haberse escrito hace más de setenta años, *El miedo a la libertad* continúa siendo útil para comprender bastantes claves explicativas de por qué los avances humanos en la consecución de mayores cotas de libertad son tan desiguales e incluso paradójicos. Tanto en este libro como en la mayoría de sus obras, los referentes principales de Fromm son Marx y Freud. Así lo consideró el propio Fromm y así se le ha contextualizado posteriormente. Sin embargo, *El miedo a la libertad* demuestra que también Fromm quiso *matar*, al menos parcialmente, a sus dos padres intelectuales, a la vista de su empeño en desmontar el economicismo marxista y el pansexualismo freudiano.

La interpretación marxista de la economía como *estructura* que determina las *superestructuras* culturales, morales, políticas y religiosas, y en particular del desmantelamiento de las relaciones de producción feudales como factor fundamental para explicar el surgimiento del protestantismo religioso, es puesta en cuestión por Fromm, mucho más cerca de Weber, antagonista de Marx al invertir la relación de causalidad marxista, y considerar la aparición del protestantismo como causa fundamental del nacimiento del capitalismo.

Sin negar la relación entre la mayor prosperidad que se comienza a alcanzar en determinadas regiones europeas durante la Baja edad media, y el surgimiento del movimiento protestante, Weber se centra en probar cómo las teorías de Lutero, Calvino y Baxter sirven para construir el *hombre capitalista*, y por esta vía para vertebrar todo el sistema económico del capitalismo. Aunque, propiamente, la regla general que enuncia Weber según la cual cada religión mediatiza la aparición de un determinado *ethos* económico no pretende combatir el economicismo marxista, sino complementarlo subrayando cómo la influencia entre *estructura* y *superestructura* es recíproca<sup>1</sup>.

Como presentación de sus tesis, Weber analiza etimológicamente el término alemán *Beruf*, mostrando las connotaciones religiosas de su nacimiento, y destacando cómo ilustrativamente las lenguas de los países católicos no tienen un término con el mismo significado de “posición profesional en la vida”. En su sentido actual el término nació con la traducción luterana de la Biblia. Pero Lutero utilizó *Beruf* para referirse a dos conceptos distintos: a la idea de profesión en el sentido de *trabajo asignado*, y a la idea de llamamiento divino a la salvación eterna, de labor que Dios impone a los hombres. El primer concepto reflejaba una presuposición que no existía en la Edad media: la conducta humana debía basarse en el cumplimiento de la tarea profesional como primer deber moral. Este principio derivaba del carácter *sagrado* del trabajo, y propició el origen del concepto ético-religioso de *profesión*, entendida así como el cumplimiento en el mundo de las obligaciones que impone a cada individuo la posición respectiva que ocupa en la vida<sup>2</sup>.

A partir del concepto de *profesión*, Lutero resaltó que la vida monástica no justificaba al hombre ante Dios porque encubría la desatención del cumplimiento de las obligaciones que impone la presencia humana en el mundo. Frente a este frívolo y egoísta tipo de vida, el trabajo profesional acercaba al hombre a Dios porque constituía la manifestación más evidente de amor al prójimo. A través de la providencia, Dios nos ordena trabajar en nuestra profesión, y cualquier evasiva es rechazable por mucha justificación social, económica o política que posea. Es así como la sumisión a Dios implica someterse asimismo al poder, y concentrarse exclusivamente en el esfuerzo profesional<sup>3</sup>. Weber resalta que el concepto de *profesión* de Lutero es cada vez más *tradicionalista* a medida que sus conflictos con la oposición campesina es mayor. El individuo tiene que resignarse con la profesión que

<sup>1</sup> M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Traducción castellana de Luis Legaz Lacambra. Península, Barcelona, 1969, p. 18.

<sup>2</sup> M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 81 ss.

<sup>3</sup> M. LUTERO, *Sobre la autoridad secular: hasta dónde se le debe obediencia*. En: Lutero, Martín, *Escritos políticos*. Traducción castellana de Joaquín Abellán. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 25 ss.



le ha destinado la providencia, y asumirla como misión que Dios le ha prescrito<sup>4</sup>. Y el providencialismo luterano se exagera en Calvino con su rendición ciega ante la predestinación. El ser humano es en Calvino un mero títere en manos de Dios y debe limitarse a dejarse guiar por él. Así superará su angustia ante la insignificancia con la que aparece en el mundo, incapaz de otra forma de unirse a alguna entidad externa. Ningún logro humano se debe al acierto en la toma libre de decisiones; no se debe a su capacidad, a su valía o a su inteligencia, sino a la voluntad y el deseo de Dios. Toda la realidad histórica constituye un medio para honrar la omnipotencia divina en sí misma, y ello arrastra cualquier posibilidad de libertad humana. Ni siquiera la mayor o menor desviación respecto a los preceptos religiosos determinará la consecuencia decisiva y última de la salvación o la condena eterna, porque en esta elección también interviene exclusivamente Dios, y de hecho es la mejor prueba del carácter ilimitado y absoluto de la libertad divina, que es la otra cara de la moneda de la sumisión humana.

Weber subrayó las consecuencias psicológicas del rigor e inflexibilidad del Dios calvinista: una angustiada sensación de soledad, impotencia y abandono en el ser humano, quien tampoco podría apoyarse ya en las instituciones eclesiásticas. Esta sensación se entrelaza sin embargo con el deseo divino de que el individuo *ame al prójimo* participando en la vida social, para lo cual debe dedicarse a su profesión de una forma impersonal, pero directa, objetiva y unilateral, como si fuera “un servicio para dar estructura racional al cosmos que nos rodea”<sup>5</sup>. Las elucubraciones teodiceas y filosóficas sobran porque representan la dilapidación de energías que son necesarias para concentrarse exclusiva y frenéticamente en la maximización del rendimiento productivo como única muestra predictiva de salvación futura, que a su vez contribuye a superar la duda y la angustia existencial. La acción humana sólo es verdaderamente útil cuando está planificada, sistematizada y dirigida a favorecer la gloria de Dios, y ello se consigue mediante la actividad laboral incesante y frenética. El ascetismo huidizo, pasivo y puramente teórico del monje medieval resulta por consiguiente completamente insuficiente porque no está apegado al mundo terrenal, y debe sustituirse por el trabajo profesional. Es la *santidad terrenal*, inaccesible para quien tenga una vida contemplativa, la que marca la frontera abismal entre la salvación y la condena. Los *elegidos* han de mostrar además para Calvino un odio y desprecio natural hacia quienes se apartan de esta santidad terrenal desocupándose de sus deberes laborales en tanto que obligaciones sociales, con lo que se convierten en *enemigos de Dios*<sup>6</sup>.

La noción de profesión fue para Weber desarrollada sobre todo por Baxter, quien concretó y clarificó la interpretación calvinista de la *riqueza material* al distinguir insistentemente la tendencia al disfrute ocioso de los bienes, de la actividad cotidiana virtuosa que tiene como consecuencia natural la acumulación patrimonial. La voluntad revelada de Dios obligaba al hombre a *obrar*, evitando las conductas pecaminosas de odio y goce. Sólo aprovechando productivamente todo el tiempo del que disponía aseguraba cada hombre su estado de gracia y glorificaba a Dios, fin último de la acción humana y medida de su moralidad. Pero aunque el éxito económico fuera sólo un medio, constituía también un síntoma externo representativo de cada destino individual porque ofrecía indicios de la intensidad y cantidad de tiempo ocupado en la exaltación de Dios. El trabajo no físico o manual sólo es virtuoso si no queda anclado en la pura especulación filosófica o en la contemplación intelectual, y se somete a pruebas de dureza y disciplina que demuestren que no se dilapida ni un segundo. Sólo entonces hay seguridad de que el hombre se autoesclaviza y mortifica

<sup>4</sup> M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 91 ss.

<sup>5</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*. Traducción castellana de Cipriano de Valera. Reedición de Luis de Usó y Río. Visor, Madrid, 2003, pp. 145 ss.; Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., p. 132.

<sup>6</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., pp. 537 ss.; Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 148 ss.



como en el trabajo corporal, en el que su cercanía a Dios es más palpable a través de los frutos tangibles de su *obrar*<sup>7</sup>.

La división del trabajo y la jerarquización profesional no son principalmente entonces presupuestos de la unión social y del bien común, sino sobre todo la aplicación de las pautas que establece Dios. Weber reconoce que esta tesis aparece ya en Santo Tomás, pero subraya cómo se asienta en Lutero, para quien era fundamental que el hombre no rebasara los límites y el papel que Dios le había asignado, y se extrema en Baxter, al destacar éste cómo la especialización laboral perfecciona al trabajador provocando un rendimiento mucho mayor, y en consecuencia un mayor bien general de la colectividad. La asignación profesional a la que se refería Lutero se dinamiza para centrarse en la importancia de encontrar la ocupación que más explote la propia capacidad individual, y de seguir en ella un *método* que garantice resultados óptimos materializables en la maximización de los beneficios. El puritanismo y el metodismo se centraron en las citas del Antiguo Testamento que alababan la rectitud, la disciplina, la honradez y la austeridad, y rechazaban el disfrute y la felicidad superficial, así como la insumisión a la autoridad. Como resaltó Weber, la sociedad puritana inglesa del siglo XVII en la que vivió Baxter alertaba ante el riesgo de que la naciente burguesía se aficionara excesivamente al descanso (es decir, a la dedicación de alguna parte del tiempo a actividades no laborales ni religiosas como el deporte<sup>8</sup>, el arte o el teatro) y relativizara la autoridad del poder político, del mismo modo que la sociedad capitalista industrial decimonónica fue modelando al trabajador fomentando en él su concentración en la actividad profesional productiva y su distanciamiento respecto al sindicalismo, al socialismo, al anarquismo o a cualquier otro movimiento crítico con la *autoridad* del sistema: “Basta tener los ojos abiertos para encontrar, incluso en la actualidad, representantes de esta mentalidad. El hombre que está dominado por la idea de la propiedad como obligación o función cuyo cumplimiento se le encomienda, a la que se supedita como administrador y, más aún, como *máquina adquisitiva*, tiene su vida bajo el peso de esta fría presión que ahoga en él todo posible goce vital. Y cuanto mayor es la riqueza, tanto más fuerte es el sentimiento de responsabilidad por su conservación incólume *ad gloriam Dei* y el deseo de aumentarla por medio del trabajo incesante. A no dudarlo, la génesis de este estilo vital tiene alguna de sus raíces (como tantos otros elementos del moderno espíritu capitalista) en la Edad media. (...) En esta dirección se mueve la separación entre el taller y la oficina, el *negocio*, en general, y la vivienda privada, la firma comercial y el nombre, el capital del negocio y el patrimonio particular, y la tendencia a convertir el *negocio* en un *corpus mysticum* (al menos el patrimonio social)”<sup>9</sup>.

Psicológicamente, el *ascetismo laico del protestantismo* rompió así con los límites tradicionales que la religión había impuesto al afán de lucro, que pasó de estar prácticamente prohibido a considerarse un mandamiento divino. Lo condenable era que tal afán de lucro se *irracionalizara* derivando hacia un uso de la riqueza que no favoreciera los fines sociales, que no fuera útil socialmente. Pero el trabajo incesante, sistemático y hasta obsesivo conseguía la máxima valoración moral porque regeneraba y autentificaba la fe, constituyendo de esa forma la mejor muestra del espíritu del capitalismo<sup>10</sup>. Weber trató de aclarar que no pretendía invertir completamente la relación de causalidad marxista entre la evolución económica de la sociedad moderna y las nuevas formas de religiosidad, sino matizarla y complementarla sobre la base de que las ideas religiosas no podían inferirse sin más de la estructura económica imperante, sino que poseían una autonomía y una capacidad de influencia importante: “Para aquellos cuya conciencia causal no se tranquiliza

<sup>7</sup> R. BAXTER, *El pastor reformado*. Traducción castellana de Omar Ibáñez Negrete y Thomas R. Montgomery. Clie, Barcelona, 2010, pp. 21-22; Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 212 ss.

<sup>8</sup> Las críticas puritanas se focalizaron en el *Book of Sports* que Jaime I ordenó redactar en 1617 con la lista de deportes y otras actividades de recreo que estaban permitidas los domingos, entre las que se incluía el tiro con arco, el baile, la decoración o el consumo limitado de cerveza. Con la llegada al poder de los puritanos en 1643, el *Book of Sports* fue quemado públicamente.

<sup>9</sup>R. BAXTER, *El pastor reformado*, cit., pp. 25 ss.; Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., p. 241 y nota 78.

<sup>10</sup> M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 242-243.

sin una interpretación económica (o *materialista*, como todavía se dice, por desgracia), haremos la siguiente observación: que yo considero altamente importante la influencia de la evolución económica sobre el destino de la formación de idearios religiosos, y después trataré de demostrar de qué modo se han formado en nuestro caso los respectivos procesos y relaciones de adaptación. Pero siempre queda el hecho de que las ideas religiosas no pueden deducirse pura y simplemente de realidades económicas y, quiérase o no, constituyen por su parte los factores plásticos más decisivos de la formación del *carácter nacional* y poseen plena autonomía y poder coactivo propio”<sup>11</sup>. Las doctrinas protestantes no sólo incentivaron la acumulación patrimonial, sino que sobre todo construyeron un nuevo carácter basado en la racionalidad económica. Este nuevo hombre económico del capitalismo nació gracias al espíritu protestante, pero al consolidarse durante el siglo XIX fue paulatinamente desprendiéndose de la religiosidad inicial, que terminó reconduciéndose en el siglo XX hacia la *religión* laica del capitalismo<sup>12</sup>.

Fromm compartió y desarrolló las tesis de Weber, centrándose en los efectos psicológicos que la concepción protestante del mundo tuvo durante la edad moderna, de tal modo que preparó a los hombres y a las sociedades para encajar en las nuevas estructuras económicas que emergieron en el siglo XIX. La revisión frommiana del economicismo marxista siguió la misma línea que la que elaborara Weber: aunque el Renacimiento dio lugar a la formación de unas nuevas *superestructuras* que reflejaron la ruptura del individuo con los vínculos medievales, y a la vez consolidaron las posibilidades humanas de alcanzar más libertad, fue el protestantismo el que propició la aparición de las condiciones que provocaron el nacimiento del capitalismo moderno. Con esta tesis Fromm no negaba, como tampoco lo había hecho Weber, la influencia que a su vez había tenido la caída del sistema económico feudal en el surgimiento de la Reforma. Pero sí incidió en la gran relevancia que las nuevas doctrinas religiosas tenían de cara al seguimiento social de una actitud ante la vida tendente al conformismo y a la sumisión, que fue apta para configurar el carácter estándar del individuo capitalista. El luteranismo y el calvinismo fueron bien acogidos entre el campesinado, pero sobre todo captaron a las clases medias y bajas de las ciudades de Europa central y septentrional, que a partir del siglo XV empezaron a padecer las consecuencias del monopolio comercial de las grandes compañías, cuyo dominio era lesivo para los pequeños comerciantes, y en general para la población urbana, en cuya capacidad real de consumo también repercutía negativamente. La fuerza del capital penetró asimismo en las industrias, distanciando a los trabajadores asalariados de los centros de decisión empresarial, y empeoró a su vez las condiciones de vida de los campesinos, teóricamente más libres pero en la práctica más presionados fiscal y personalmente.

En este contexto depresivo y desalentador, las nuevas fórmulas religiosas canalizaron el descontento social general. La situación psicológica en la que el incipiente capitalismo había colocado al individuo fue la propicia para que la filosofía de la Reforma constituyera el contrapunto de la nueva realidad social. Lutero y Calvino abrieron los ojos de millones de europeos que vieron que había un lugar en donde depositar la peligrosa libertad que acababan de conseguir. Ese lugar se encontraba simbólicamente en la *voluntad de Dios*, y

<sup>11</sup> M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., nota 83.

<sup>12</sup> “El estuche ha quedado vacío de espíritu, quien sabe si definitivamente. En todo caso, el capitalismo victorioso no necesita ya de este apoyo religioso, puesto que descansa en fundamentos mecánicos. También parece haber muerto definitivamente la rosada mentalidad de la riente sucesora del puritanismo, la *ilustración*, y la idea del *deber profesional* ronda por nuestra vida como un fantasma de ideas religiosas ya pasadas. El individuo renuncia a interpretar el cumplimiento del deber profesional, cuando no puede ponerlo en relación directa con ciertos valores espirituales supremos o cuando, a la inversa, lo siente subjetivamente como simple coacción económica. En el país donde tuvo mayor arraigo, los Estados Unidos de América, el afán de lucro, ya hoy exento de su sentido ético-religioso, propende a asociarse con pasiones puramente agónicas, que muy a menudo le dan un carácter en todo semejante al de un deporte. Nadie sabe quién ocupará en el futuro el estuche vacío, y si al término de esta extraordinaria evolución surgirán profetas nuevos y se asistirá a un pujante renacimiento de antiguas ideas e ideales; o si, por el contrario, lo envolverá todo una ola de petrificación mecanizada y una convulsa lucha de todos contra todos” (M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., p. 259)

por extensión en la de las autoridades políticas absolutistas y en la de las impersonales fuerzas económicas. Los hombres buscaban soluciones para los problemas materiales y existenciales que derivaban del nuevo sistema económico y social, y las respuestas que recibieron sirvieron paradójicamente para reforzar el sistema y modificar a la vez sus propias estructuras psicológicas para adaptarse a él.

La dedicación obsesiva a la actividad laboral que impulsó el protestantismo no evitó realmente la sensación de inseguridad, angustia e impotencia ante la nueva realidad social, sino que por el contrario supuso la respuesta natural a la presión psicológica que el individuo padecía. De hecho, esta actitud compulsiva hacia el trabajo no condicionaba la salvación, sino que sólo predecía un acontecimiento futuro ya decidido. Más que un mero instrumento económico para la satisfacción de las necesidades, el trabajo era un fin en sí mismo que daba sentido y explicación a la vida humana, con lo que se convirtió en la pieza esencial para armar la estructura capitalista.

## 2. LAS EMOCIONES Y EL COMPORTAMIENTO SOCIAL

Las diferencias entre Freud y Fromm son también bastante menores de lo que el propio Fromm pretendió presentar, pareciendo así intentar lograr un distanciamiento que expresara su rebeldía ante uno de sus principales referentes teóricos. Existen convergencias básicas en muchos enfoques entre Freud y Fromm, que en este último alcanzan mayor grado de desarrollo y profundización en el campo de la psicología social. El punto de partida de Fromm es la noción freudiana básica de *inconsciente* como elemento fundamental de la conducta humana. Freud consideraba su teoría del inconsciente un tercer eslabón que reforzaba la necesaria *humildad* humana. Galileo y Copérnico habían hecho ver al hombre que no era el centro del universo, que no lo dominaba. Darwin le había abierto los ojos ante el hecho de que tampoco era el centro de la naturaleza. Y con su *teoría del inconsciente* Freud mostraba que ni siquiera era completamente dueño de sí mismo<sup>13</sup>. Una trilogía que quizás pudiera completarse con Marx, quien había desmontado la supuesta centralidad del burgués en la sociedad, y que podría haber culminado con la vinculación wittgensteiniana de la realidad a su expresión lingüística. El hombre no sólo no es dueño del universo, de la naturaleza, de la sociedad, de sí mismo, sino que sus construcciones teóricas sólo son reales si poseen una manifestación lingüística. De hecho, Wittgenstein se refería a Freud para explicar que los problemas filosóficos no podían resolverse, sino disolverse, diluirse, expresándolos lingüísticamente, del mismo modo que el psicoanálisis no resolvía, sino que disolvía los problemas psicológicos a través de su verbalización, la cual empujaba al inconsciente haciéndolo emerger hasta la consciencia.

Freud definió el *inconsciente* como instancia psíquica determinada por una serie de pautas relacionadas con los impactos externos más o menos represivos que el individuo ha recibido en las diversas fases de la infancia, los cuales pueden dificultar la superación de los conflictos derivados de la atracción sexual primigenia que presentan los padres para sus hijos. La perpetuación del vínculo edípico sobre el que alertó Freud es para Fromm crucial para explicar las dificultades humanas para ser *internamente* libre, pero estas dificultades están también directamente determinadas para Fromm por el entorno espacio-temporal, algo que choca con la extrapolación universal que Freud suponía de sus teorías.

Freud vivió la mayoría de su vida en la capital de un imperio decadente y moribundo, y posiblemente su inconsciente también estaba mediatizado por este entorno tan particular, que pudo limitar sus planteamientos y perspectivas. Frente a la *estaticidad* de las tesis de Freud, que presuponen en cierto modo desconfianza hacia la libertad humana, Fromm trató

---

<sup>13</sup> En relación con la *vanidad herida* de la humanidad, como consecuencia de estos tres duros ataques contra su *narcisismo* (el ataque cosmológico, el ataque biológico, el ataque psicológico), véanse las reflexiones de Skinner sobre la pérdida de *fe* en la capacidad humana para *actuar* sobre el mundo (B. F. SKINNER, *Más allá de la libertad y la dignidad*. Traducción castellana de Juan José Coy. Fontanella, Barcelona, 1980, pp. 260 ss.).

de *dinamizar* el análisis del desarrollo evolutivo en la medida en que se percibe inserto en procesos sociales que a su vez resultan de la participación humana activa. Este dinamismo conduce a concebir las diferencias entre las personas relativas a aspectos fundamentales como la capacidad para amar o para destruir, para disfrutar de la libertad o de la sumisión de los demás y de sí mismo, en tanto que diferencias provocadas por los procesos sociales, por el conjunto de relaciones sociales que enmarcan el discurrir vital.

Los procesos sociales no proceden del exterior del hombre, sino que son creados por él. Hay así una relación recíproca entre la conducta individual y la conducta social que rebasa la estricta conexión causal que estableció Freud, según la cual el elemento humano individual se configura como mero elemento pasivo. Una muestra de la dificultad de Freud para aceptar esta interacción mutua la proporcionan para Fromm sus estudios sobre las consecuencias de la *fijación* en las etapas pregenitales. Freud supo llamar la atención sobre el riesgo de no superar la fase oral o la fase anal debido a la excitación excesiva o a la represión. Esta incapacidad de experimentar un placer no desbordante al alimentarse o al defecar provocaba que las dos zonas erógenas correspondientes pudieran conservar su naturaleza libidinal durante la vida adulta, sustituyendo parcial o totalmente en ese cometido a la zona genital. Esta usurpación de funciones producía sublimaciones y racionalizaciones que afectaban al desarrollo vital en todos sus ámbitos, mostrando la inmadurez del individuo y haciendo de él un adulto neurótico. Por ejemplo, de la fijación en la fase anal derivaba la aparición de caracteres “ciudadanos, económicos y tenaces”, afirmaba Freud, que se manifestaban mediante la escrupulosidad en el cumplimiento de deberes y obligaciones y en el mantenimiento del orden, así como también en una compulsión hacia el trabajo y el ahorro.

Pero la relación de causalidad entre la experiencia psicológica frustrante o sobreexcitante y el comportamiento social no posee una única dirección. También a la inversa la naturaleza de las relaciones que establece el niño con su entorno puede determinar su frustración o su excitación excesiva, que provocará posteriormente su incapacidad para estructurar su vida sobre la base del aprovechamiento de las posibilidades que proporciona la libertad. La fijación del individuo en una etapa no superada de su evolución no se debe para Fromm a la persistencia de la atracción sexual originaria, sino a cómo ésta coarta su libertad al provocarle una sensación de angustia que le acompañará toda la vida. El deseo sexual reprimido se transforma en un conjunto de tendencias autorepresivas internas que inhiben los impulsos humanos hacia la libertad, reconvirtiéndolos hacia la dependencia compulsiva de algún elemento externo como la pareja amorosa, Dios, la madre, el padre, los hijos, el económica o políticamente poderoso, la patria, etc. Si por el contrario el individuo consigue llegar a la vida adulta tras un recorrido equilibrado de sus fases evolutivas, sí está ya preparado para estructurarse vitalmente apoyándose en el amor, la libertad y la creatividad, sin necesidad de recurrir a mecanismos de evasión para mantener su estabilidad emocional<sup>14</sup>.

El concepto freudiano del *ello* sirvió también para resaltar la ingenuidad de tener una fe ilimitada en la razón, y en su condición de motor del progreso y de la libertad. Freud mostró cómo el inconsciente, con todas sus derivaciones oníricas, motrices y somáticas, no es ajeno al seguimiento de una serie de reglas que prueban la relación de causalidad entre la influencia ambiental en la infancia, y la formación y estructuración del carácter. En concreto, alertó ante el riesgo de una excesiva represión de los primeros instintos infantiles, que abría el camino a la neurosis tras la sublimación cultural y civilizatoria. Fromm denominó *adaptación dinámica hacia la neurosis* a la que tiene lugar cuando un niño sumiso sigue las órdenes represivas del padre poderoso, inflexible y dominador. La domesticación del niño le acarrea una importante transformación interna consistente en la aparición de hostilidad y odio hacia el padre, que en el caso de ser consciente debe reprimir por el miedo a expresarla. El odio reprimido estructura el carácter del niño, pudiendo

---

<sup>14</sup> S. FREUD, *El carácter y el erotismo anal*. En: *Ensayos sobre la vida sexual y la teoría de las neurosis*. Traducción castellana de Luis López-Ballesteros y de Torres. Alianza, Madrid, 1967, pp. 49 ss.

desencadenar una ansiedad creciente a la que también acompaña una tendencia a la sumisión cada vez mayor.

### 3. DEWEY: EMOCIONES Y SENTIMIENTO MORAL

En *El miedo a la libertad*, Fromm analizó con una lucidez notable las raíces del fascismo y del nazismo desde un punto de vista no exclusivamente político, social o económico, sino preferentemente psicológico y sociológico. Partiendo del punto de inflexión histórico del *nacimiento de la libertad*, localizado en el tránsito desde la inmovilista Edad media hasta el Renacimiento y la edad moderna, se centró en estudiar cómo el surgimiento del protestantismo religioso modeló al hombre preparándolo no sólo para la sociedad capitalista, como bien había ya subrayado Weber, sino sobre todo para la renuncia a la libertad recién conquistada. Este hecho supuso un ejemplo más de *autoritarismo*, una tendencia humana que no sólo tenía una vertiente política, sino que representaba sobre todo para Fromm el impulso de muchos hombres hacia la sumisión y la dominación como formas de evasión que combatían la *angustia* de ser libres, la sensación de insignificancia e impotencia ante la amenazante realidad externa.

Esta tendencia a la sumisión y a la dominación, muchas veces maquillada con racionalizaciones amorosas en las relaciones personales, o con apelaciones al paternalismo político en las relaciones entre el poder y el súbdito, podía tener su origen en las experiencias infantiles de conexión paulatina con el mundo exterior a partir de la vinculación primaria con la madre, cuando se sufría una represión excesiva en los momentos más relevantes de las fases de desarrollo de la infancia, lo cual marcaba casi inevitablemente al niño para toda su vida y se traducía en un carácter autoritario y *sadomasoquista*, en un comportamiento compulsivamente dirigido a entrar en relaciones de dominación y de sumisión, las cuales no eran incompatibles entre sí y explicaban tanto las dificultades para estructurar relaciones personales no nocivas, como en un ámbito social la frecuente propensión a dañar, e inversamente a someterse y humillarse, a dejarse *conducir* por un líder (por un *fuhrer*, por un *conducator*) reflejando en definitiva la necesidad ansiosa de seguridad y el *miedo a la libertad*.

Detrás del totalitarismo y de las dictaduras se encuentran personas totalitarias y dictatoriales, subraya Fromm: hombres y mujeres que necesitan ordenar y dominar, que no toleran conductas alejadas de sus deseos, que buscan impedir la libertad ajena. Al ejercer su poder influyen además en quienes se someten a ellos empujándolos a la repetición e imitación de la conducta totalitaria sobre nuevos objetos de dominio, y así sucesivamente. Por eso la solución a la falta de libertad no se encuentra sólo en el cambio del sistema político y jurídico, sino sobre todo en las transformaciones individuales, transformaciones que sólo a través de cambios educativos y de cambios en las mentalidades se pueden lograr. En esta línea de reflexión Fromm se remonta a Dewey, quien había sido muy crítico con la excesiva racionalización y generalización de las respuestas para los problemas relacionados con la falta de democracia y libertad, y había resaltado la importancia de la *educación para la libertad*.

El idealismo pragmático de Dewey partía del concepto de *emoción* de William James, quien a su vez se basaba en la noción de *sentimiento moral* de Stuart Mill. El sentimiento moral surgía para Mill cuando comparamos acciones propias o ajenas con nuestros estándares de corrección o incorrección, que suelen encubrir nuestro deseo de que el comportamiento ajeno se adecue a nuestros intereses. Por ejemplo, la justicia como sentimiento moral era un claro caso de confusión entre los sentimientos subjetivos y la realidad, ya que representaba para Mill “la moralización de un sentimiento natural de *resentimiento*”<sup>15</sup>. Dewey mantenía que los juicios de valor no tenían un origen racional, sino impulsivo. Consistían en la expresión

---

<sup>15</sup> J. S. MILL, *Utilitarianism*. En: Mill, John Stuart, *Essays on Ethics, Religion and Society*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1969, pp. 240 ss. ; James, *Psychology*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1985, pp. 259 ss.



o materialización de impulsos, cuyos contenidos se plasmaban en ideales, objetivando así *a posteriori* lo que *a priori* es subjetivo. Definía su teoría como *idealismo pragmático* porque se oponía al idealismo abstracto, según el cual los impulsos, y la acción en general, se dirigen hacia los ideales, pero se agotan con la presencia de éstos<sup>16</sup>.

La ética pragmatista de Dewey arrancaba de la idea de que todo juicio moral es en sí mismo un acto moral, un acto moral lingüístico que representa una actitud no sólo teórica, sino también práctica. No se sitúa fuera de aquello a lo que se refiere, sino que constituye una parte de su desarrollo, hasta el punto de que la conducta moral es diferente después de la enunciación del juicio moral, y precisamente a causa de tal enunciación<sup>17</sup>. Cuando se enjuicia una conducta en relación con las condiciones objetivas de la acción, se hace *ética social*, afirma Dewey, pero lo más relevante desde el punto de vista de la teoría ética no es el análisis de la conducta en relación con las condiciones de la acción, sino en relación con el agente, razón por la cual Dewey tratará de construir una ética no social, sino *psicológica*. Esta ética psicológica gira alrededor del concepto de *impulso*, porque Dewey sostiene que toda conducta es en un primer momento impulsiva en el sentido de que no tiende conscientemente a un fin. Cada impulso estimula la aparición de nuevos impulsos externos y de nuevas experiencias que representan reacciones ante el impulso primario, que queda así modificado. Este tipo de reacción, a la que Dewey denomina *mediación del impulso*, es para él la base psicológica de la conducta moral<sup>18</sup>.

Dewey fue especialmente crítico con los presupuestos filosóficos kantianos, achacando a Kant no percibir la fragilidad e incoherencias de su racionalismo ético, así como la importante función que cumplen los impulsos. Cuando Kant transformaba el sentimiento negativo de humillación ante la ley moral en sentimiento positivo de respeto y reverencia ante ella, estaba simplemente para Dewey atribuyendo algún tipo de capacidad moral positiva a los impulsos. “Aceptar que el sentimiento sea originado por la razón no evita la dificultad, sino que más bien la agrava. Si la ley moral puede transformarse en sí misma en sentimiento; si la razón puede llegar a ser un impulso, entonces el sentimiento y el impulso no pueden ser tan depravados como Kant los definía”<sup>19</sup>.

La mediación ante el impulso provoca que éste pase a tener un significado y quede *idealizado*, pero ello no debe, a juicio de Dewey, empujarnos a caer en la falacia ética consistente en separar el impulso de las experiencias inducidas, como si éstas fueran simples consecuencias externas que se siguen de un acto, porque las consecuencias de un acto moral son también en sí mismas actos morales y nunca meros actos físicos, y la conciencia moral coincide con la conciencia de cada acto: “es el acto materializado en su pleno significado”<sup>20</sup>. Igualmente, los conflictos entre valores morales dependen de las mediaciones de los impulsos, ya que éstas cumplen dos funciones psicológicas contradictorias: idealizan los impulsos dándole valores y significados, y a la vez los controlan y dirigen. A partir de esta oposición Dewey define conceptos éticos como *bondad*, *rectitud*, *satisfacción*, *normatividad* u *obligación*, éste último referido al resultado de la modificación de impulsos primarios ante experiencias de respuesta<sup>21</sup>.

Aplicando su idealismo pragmático al ámbito de la política en el contexto del surgimiento de los fascismos, Dewey subrayó que la principal amenaza para la democracia residía en nuestras actitudes, más allá de condicionantes económicos y sociales y de análisis racionales. De nada servía la crítica puramente intelectual si no venía acompañada de un comportamiento coherente de quien la sustentaba. La ideología enmascaraba la tendencia emocional que había tras ella, con frecuencia demasiado cercana a la que se criticaba.

<sup>16</sup> J. DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus*. Southern Illinois University Press, Carbondale, 1971, pp. 262 ss.

<sup>17</sup> J. DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus*, cit., p. 223 ss.

<sup>18</sup> J. DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus*, cit., p. 234 ss.

<sup>19</sup> J. DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus*, cit., pp. 326-327.

<sup>20</sup> J. DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus*, cit., pp. 293-294.

<sup>21</sup> J. DEWEY, *The Study of Ethics. A Syllabus*, cit., pp. 238-239.

#### 4. LA RELIGIÓN DEL LIBERALISMO ECONÓMICO

Enlazando a Marx con Freud, Fromm destacó que la sociedad capitalista es una consecuencia lógica de la evolución humana. El hombre es espontáneamente individualista, y sólo racionalmente cooperativista en tanto que necesita a los demás como consumidores y productores con los que traficar mercancías mediante la compra, la venta, la permuta... Desde su nacimiento el ser humano posee impulsos biológicos para cuya satisfacción ha de relacionarse instrumentalmente con los demás, impulsos que se mercantilizan inevitablemente en el capitalismo. A *las necesidades naturales* de autodefensa, alimentación y sexo se unen las *necesidades sociales* de dominio y sumisión, que para Fromm se desarrollan según sea el entorno social, y que en el capitalismo son por lo general mayores que en el feudalismo, pero en todo caso dependen del impacto externo que cada ser humano ha ido recibiendo a lo largo de su vida, en especial durante la infancia. El ser humano aprende que debe trabajar, que debe producir para satisfacer necesidades de los demás, y de esta forma conseguir indirectamente satisfacer sus propias necesidades naturales. Ese trabajo que constituye su aportación social está contextualizado en un determinado sistema económico, en función del cual cada hombre organiza su vida y compone su estructura psicológica, normalmente mediatizada por la institución familiar en tanto que puente entre el individuo y la sociedad. Surge también una necesidad a medio camino entre lo natural y lo institucional, como es la de la relación con la naturaleza y el resto de individuos. Es precisamente la concienciación de ser una entidad separada, frágil, limitada y mortal la que provoca en el hombre la tendencia a evitar el aislamiento, que le induce demasiado frecuentemente a recurrir a mecanismos que representan una involución al basarse en diversas formas de sumisión<sup>22</sup>.

Desde luego, en los primeros años de vida el ser humano, a diferencia de casi todos los animales, no es capaz de satisfacer por sí mismo sus necesidades biológicas básicas. Requiere vínculos, primero con la madre y después con su familia, la comunidad, las instituciones educativas, su gremio, su pueblo, la Iglesia, el feudo, el Estado, etc. Cuando completa su crecimiento físico y psíquico, el ser humano podrá valerse ya por sí mismo para satisfacer sus necesidades y podrá *sentirse* independiente. Este proceso tiene como efectos colaterales la imposición de deberes y prohibiciones que enfrentan al niño con la madre, con el padre y con el resto de los vínculos, y que van modelando su carácter.

En su primera infancia el niño es egocéntrico, lo que provoca que ni la madre ni el padre sean asumidos como entidades distintas de él. A medida que el niño puede ir distanciándose de los padres al alcanzar las condiciones físicas y mentales que le van permitiendo adquirir independencia, cobra paulatinamente una mayor autonomía, pero también una mayor sensación de soledad, que a su vez da paso a la ansiedad e impotencia ante un mundo desbordante y repleto de peligros. Es entonces cuando surge la tentación de renunciar a la libertad e incluso a la individualidad, poniendo en manos de otros el destino propio. Pero este proceso no desemboca en el restablecimiento de los vínculos primarios con los padres o sus sustitutos, sino en la creación de unos vínculos secundarios que nunca podrán ser como los anteriores, y que se basan en actitudes de dominio y sumisión.

La edad media se caracterizaba por una ausencia de libertad que abarcaba casi todos los ámbitos de la vida humana, desde el referente a la movilidad social o geográfica hasta lo concerniente a las costumbres, a la forma de vestir, de relacionarse con los demás, de trabajar, etc. Esta ausencia de libertad quedaba compensada por la seguridad que aportaba pertenecer a una determinada clase social y a un determinado gremio, y quedar amparado por las autoridades políticas y religiosas. La situación cambió completamente desde que en el Renacimiento surgió la burguesía como nueva clase, y la estratificación social inmovilista empezó a tambalearse. Comenzó a haber libertad, pero en la práctica fue sólo utilizada por

---

<sup>22</sup> E. FROMM, *El miedo a la libertad*. Traducción castellana de Gino Germani. Paidós, Barcelona, 1947, pp. 47 ss.

quienes supieron adaptarse a la incipiente dinámica capitalista, dejando a la mayoría de los ciudadanos huérfanos de las tranquilizadoras instituciones medievales, sustituidas por un Estado despótico, centralista y alejado de los intereses reales de la población<sup>23</sup>. De algún modo esa orfandad dio lugar a una sensación inconsciente de *abandono colectivo* que explica la renuncia de muchos seres humanos contemporáneos a la libertad, su regresión simbólica a la infancia y sus inquietudes por establecer vínculos sustitutivos de los que *primariamente* le habían posibilitado sobrevivir y crecer.

Como puso de relieve Fromm, la libertad e independencia teórica y formal que consiguen los hombres frente al poder en la sociedad capitalista trae también consigo un mayor aislamiento y una sensación psicológica de impotencia e insignificancia frente a la realidad externa. El hombre es ya libre ante las autoridades políticas, sociales y religiosas, está en una situación de *libertad de* los vínculos que le tenían sometido, pero no ha conseguido una libertad que le capacite para alcanzar un mayor bienestar y una mayor felicidad y realización personal, una *libertad para* un desarrollo espontáneo, positivo y productivo de su individualidad. Como también subrayó Marx, en el capitalismo los hombres se convirtieron más que nunca en objetos que podían ser usados instrumentalmente por los demás para lograr sus fines, lo cual distorsionó asimismo la relación del individuo consigo mismo desde el punto de vista de su seguridad, confianza y autoestima, de su propia integridad. En la sociedad capitalista el hombre parecía haber superado ya completamente la fase de sumisión al poder político y religioso, pero pasó a ser esclavo del capital. Esta creciente fuerza económica alcanzó tal poder que provocó mucha más inseguridad. La presión del mercado y la competencia contribuyeron a crear un sentimiento de aislamiento y angustia ante la situación económica, una situación dependiente de factores impredecibles, imprevisibles, y por ello amenazadores para el futuro personal. El ciudadano del siglo XIX se liberó en parte de las cadenas del absolutismo político y de la intolerancia religiosa, pero esta liberación le llevó paradójicamente a sentirse angustiado por la ausencia de referencias seguras y a buscar nuevas cadenas derivadas del libre mercado y del capital. Ser libre pasó a equivaler a estar desprotegido, acechado continuamente por el peligro procedente de quienes se saben mover mejor que él en la sociedad capitalista.

En el contexto de la *religión* del liberalismo económico y del capitalismo, los hombres son formalmente *más libres* a la hora de expresar sus ideas y creencias, de constituir movimientos políticos, de tener posibilidades de movimiento entre las ciudades y los países, pero no han alcanzado una mayor libertad real porque las cadenas procedentes de poderes externos han sido reemplazadas por otras internas que en la práctica le presionan aún más hacia la sumisión, hacia la sumisión ante fuerzas que ahora son más económicas y psicológicas que políticas o religiosas. La rebeldía frente a este nuevo y contradictorio tipo de sumisión es más difícil porque la autoridad es realmente *uno mismo*. El sistema empuja al individuo a endiosar al capital, y al trabajo y al esfuerzo como modo de llegar a él, con lo que termina esclavizado a nuevas formas de dominación. La frustración que genera la impotencia ante estos vínculos opresivos internos irá fomentando en los individuos desilusión y desencanto ante la nueva situación que se traducirá en agresividad, y que le hará tender a propiciar la aparición de nuevos poderes *absolutos*, como bien se puso de manifiesto durante buena parte del siglo XX. Con el liberalismo económico y político el hombre pasa aparentemente a poder centrarse en sí mismo. Conquista una serie de libertades y tiene la capacidad teórica para planificar las principales vertientes de su vida. Pero esa capacidad no la tiene realmente el *hombre concreto*, como destaca Fromm, sino el hombre en tanto que es obrero, en tanto que es comerciante o en tanto que es empresario, en tanto que es empleador que *emplea* a los hombres como instrumentos. Carece así de la posibilidad de desplegar sus potencialidades, limitándose a ser un mero engranaje más dentro de la maquinaria económica del capitalismo, centrada en lograr el máximo beneficio y la mayor acumulación de capital. El altruismo y ascetismo religiosos se reconfiguran como altruismo, austeridad y ascetismo económicos. La vida del empleador debe girar alrededor del esfuerzo y trabajo frenético para la obtención de beneficios y su continua inversión en capital, mientras que el empleado se debe limitar a cumplir sumisamente el papel que se le

<sup>23</sup> E. FROMM, *El miedo a la libertad*, cit., pp. 61 ss.



asigne dentro del proceso productivo, debiendo asumir forzosamente los efectos de las leyes cíclicas del mercado. Aunque disfrazada de envidia y resentimiento, también en el trabajador por cuenta ajena se crea una idealización del modo de vida del capitalismo, según el cual él también podrá quizás jugar algún día el papel de *capitalista*.

## 5. PROTESTANTISMO Y AUTORITARISMO

Contagiada por su vecino francés, Alemania también vivió jornadas revolucionarias en 1848, las primeras con cierto éxito político desde el punto de vista de la consecución de libertades individuales y derechos sociales. Hasta entonces se había resistido en gran medida al contagio liberal, de tal modo que las ideas ilustradas sólo habían penetrado a un nivel muy teórico y formal, sobre todo a través de la filosofía de Kant. Aunque descontentos con la situación, los alemanes parecían desconfiar de fórmulas políticas que tuvieran su origen en la voluntad popular, prefiriendo muy mayoritariamente que las reformas se planificaran y tutelaran desde el propio poder. Fromm estudió bien hasta qué punto influyeron en estos temores las doctrinas de Lutero y Calvino, destacando la importancia del surgimiento del protestantismo religioso para explicar las cautelas del pueblo alemán ante ideologías que lo pudieran colocar como protagonista de la acción política. La concepción que tenía Lutero del *ser humano* allanó el camino hacia el desarrollo del capitalismo, con sus importantes consecuencias sociológicas y psicológicas. La libertad que reivindicó Lutero para el hombre frente a las autoridades religiosas no le liberaba realmente, ya que le aislaba y desamparaba, le hacía dudar y sentir el peso angustioso de la soledad. El único recurso que poseía el hombre para escapar de esta situación no era ya su comportamiento externo de acuerdo con las pautas religiosas, comportamiento que resultaba de decisiones en las que dominaba el *peligroso* libre albedrío, sino la renuncia a su propia fuerza individual y la sumisión directa ante Dios. Sólo así obtendría su *amor*, recuperando de esta manera una referencia de poder y recobrando la seguridad perdida, aun a costa de humillarse, de anularse. A través de esta argumentación Lutero arrebató al hombre su libertad y su dignidad, y lo dejó sin confianza alguna en sí mismo. Lo preparó para adaptarse a un nuevo entorno en el que dejaría de ser dueño de sí mismo y se convertiría en un instrumento para el logro de fines externos, de fines que dejaron de ser puramente religiosos en tanto que la consecución de la salvación no dependía ya de actos humanos libres y voluntarios, sino del sentimiento interno de *amor a Dios*; en su lugar surgieron los fines económicos propios del capitalismo, que ni siquiera comenzaron trayendo más libertad política, sino por el contrario una consolidación del autoritarismo<sup>24</sup>.

La sumisión que el hombre debía mostrar ante Dios presuponía también sumisión ante el poder político, ya que éste no podía para Lutero existir si no era por la voluntad de Dios: “¿Qué otra cosa quiere decir que la autoridad es *servidora de Dios*, sino que es de tal naturaleza que puede servirse con ella a Dios?”. La infalibilidad divina se reflejaba en su poder para obligar a los hombres a obedecer a la autoridad política, del mismo modo que entrañaba asimismo el deber de dedicarse disciplinadamente al trabajo o a la formación de una familia: “Debes, por tanto, estimar la espada y el poder igual que el estado matrimonial, el trabajo en el campo o cualquier otro oficio que Dios haya instituido. Así como un hombre puede servir a Dios en el estado matrimonial, en el trabajo en el campo o en la artesanía y debería servir al otro si éste lo necesitara, también puede servir a Dios con el poder y debe hacerlo cuando la necesidad del prójimo así lo exija. Ellos son servidores y artesanos de Dios que castigan el mal y protegen el bien”<sup>25</sup>.

Cualquier actitud política contestataria era rechazada por Lutero porque representaba la *suplantación* humana de Dios. Sólo a él le correspondería condenar la injusticia o la corrupción. En su *Exhortación a la paz en contestación a los doce artículos del campesinado de Suabia*, Lutero justificó su oposición a las reivindicaciones campesinas: “Decís que la autoridad es demasiado mala e intolerable, porque no nos permite predicar el Evangelio, nos oprime con demasiadas cargas sobre nuestros bienes temporales y nos echa a perder en

<sup>24</sup> E. FROMM, *El miedo a la libertad*, cit., pp. 84 ss.

<sup>25</sup> M. LUTERO, *Sobre la autoridad secular: hasta dónde se le debe obediencia*, cit., pp. 25 y 39.

cuerpo y alma. Yo respondo que el que la autoridad sea mala e injusta no excusa el motín o la rebelión. Castigar la maldad no corresponde a cualquiera sino a la autoridad secular, que lleva la espada<sup>26</sup>. El *Derecho cristiano* no consistía en resistirse a la injusticia, sino en obedecer y *sufrir*: “El derecho cristiano consiste en no resistir a la injusticia, en no desenvainar la espada, en no defenderse, en no vengarse, en ofrecer el cuerpo y los bienes para que los robe el que quiera. Nosotros tenemos bastante con nuestro *señor* que no nos abandonará, como nos ha prometido. Sufrimiento, sufrimiento, cruz, cruz, es el derecho de los cristianos<sup>27</sup>. La proclamación del fin de la servidumbre, recogida en el tercer artículo de la *Declaración campesina*, es especialmente combatida por Lutero: “El tercer artículo establece que no debe existir la servidumbre, puesto que Cristo nos ha liberado. ¿Qué es esto? Esto significa convertir la libertad cristiana en algo totalmente carnal. ¿No tuvieron siervos Abraham y los demás patriarcas y profetas? Leed lo que dice San Pablo sobre los criados, que en aquel tiempo eran todos siervos. Por esto, este artículo se opone directamente al Evangelio y es un robo: uno le arrebató a su señor un cuerpo, que se había convertido en suyo. Un siervo puede muy bien ser cristiano y gozar de la libertad cristiana, igual que un prisionero o un enfermo son cristianos sin ser libres. Este artículo intenta igualar a todos los seres humanos y hacer del reino espiritual de Cristo un reino secular, externo, lo cual es imposible. El reino del mundo no puede subsistir si no existe desigualdad en las personas, en el sentido de que unos son libres, otros prisioneros, unos señores y otros súbditos<sup>28</sup>”.

En Calvino era aún más radical la apelación a la sumisión irracional a Dios como única respuesta ante la impotencia e insignificancia humana. Ninguna acción humana podía salvar al hombre porque su destino estaba previamente establecido por Dios, cuya voluntad le permitía decidir indiscriminadamente favorecer a unos y condenar a otros. Esta arbitrariedad divina era una muestra de su poder absoluto, omnipotente e ilimitado, y dejaba al ser humano inevitablemente desprotegido y con el único recurso de la autohumillación en tanto que aceptación de su condición de ser despreciable y desigual respecto al selecto grupo de escogidos por Dios. “Llamamos predestinación al eterno decreto de Dios, por el que ha determinado lo que quiere hacer de cada uno de los hombres. Porque Él no los crea a todos con la misma condición, sino que ordena a unos para la vida eterna, y a otros para la condenación perpetua. Por tanto, según el fin para el cual el hombre es creado, decimos que está predestinado a la vida o a la muerte<sup>29</sup>”.

La *sabiduría humana* se basaba para Calvino en el conocimiento de uno mismo, pero este conocimiento exigía a su vez el *conocimiento de Dios*, “en el cual el hombre vive y se mueve, porque no hay quien dude que los dones, en los que toda nuestra dignidad consiste, no sean en manera alguna nuestros”. Por culpa del pecado original, sólo somos y existimos en la medida en que estamos apoyados en Dios: “esta miserable caída, en que por la transgresión del hombre caímos, nos obliga a levantar los ojos arriba, no sólo para que, ayunos y hambrientos, pidamos de allí lo que nos haga falta, sino también para que, despertados por el miedo, aprendamos humildad. (...) Así, por el sentimiento de nuestra ignorancia, vanidad, pobreza, enfermedad, y finalmente perversidad y corrupción propia, reconocemos que en ninguna otra parte, sino en Dios, hay verdadera sabiduría, firme virtud, perfecta abundancia de todos los bienes y pureza de justicia<sup>30</sup>”.

Calvino recalca la pequeñez e insignificancia humana en el contexto de la naturaleza como fuente de la angustia que acompaña la existencia humana: “nuestro cuerpo es un receptáculo de mil especies de enfermedades, e incluso llevando él mismo en sí las causas

<sup>26</sup> M. LUTERO, *Exhortación a la paz en contestación a los doce artículos del campesinado de Suabia*. En: Lutero, Martín, *Escritos políticos*. Traducción castellana de Joaquín Abellán. Tecnos, Madrid, 2008, p. 75.

<sup>27</sup> M. LUTERO, *Exhortación a la paz en contestación a los doce artículos del campesinado de Suabia*. En: Lutero, Martín, *Escritos políticos*, p. 79.

<sup>28</sup> M. LUTERO, *Exhortación a la paz en contestación a los doce artículos del campesinado de Suabia*. En: Lutero, Martín, *Escritos políticos*, pp. 89-90

<sup>29</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., pp. 728-729.

<sup>30</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., p. 3.

de las mismas, doquiera que vaya el hombre no podrá prescindir de su compañía, y llevará en cierta manera su vida mezclada con la muerte”. Todo lo que tenemos a nuestro alrededor es sospechoso y amenazante, “y no parece sino que está intentando darnos muerte. (...) Entre tales angustias, ¿no ha de sentirse el hombre miserable?; pues aun en vida, apenas vive, porque anda como si llevase de continuo un cuchillo a la garganta”. Sólo la fe en la providencia divina nos libra del miedo, la angustia y la vaciedad, y nos proporciona valor y seguridad. Conseguimos esta liberación gracias exclusivamente a Dios, quien “somete, dirige y gobierna toda la realidad”<sup>31</sup>.

Calvino partía del hecho incontestable de que los hombres debemos nuestra desgraciada condición al pecado original. De él surge un odio hacia nosotros mismos que nos conduce a la autohumillación, pero que a la vez nos hace encontrarnos con Dios: “La verdad de Dios prescribe que pongamos la mano en el pecho y examinemos nuestra conciencia; exige un conocimiento tal, que destruya en nosotros toda confianza de poder hacer algo, y privándonos de todo motivo y ocasión de *gloriarnos*, nos enseña a someternos y humillarnos”<sup>32</sup>. Debemos aprender de la desobediencia de Adán para consagrar nuestras vidas a la sumisión a Dios: “el prohibir Dios al hombre que tocara el árbol de la ciencia del bien y del mal fue una prueba de su obediencia, para que así mostrase que de buena voluntad se sometía al mandato de Dios”<sup>33</sup>.

La predestinación sella al ser humano desde su nacimiento, mostrando su maldad y corrupción intrínseca: “por esta razón los mismos niños vienen ya del seno materno envueltos en esta condena, a la que están sometidos, no por el pecado ajeno, sino por el suyo propio. Porque, si bien no han producido aún los frutos de su maldad, sin embargo tienen ya en sí la simiente; y lo que es más, toda su naturaleza no es más que germen de pecado, por lo cual no puede por menos que ser odiosa y abominable a Dios”<sup>34</sup>. Después de someter a Adán, la *tiranía del pecado* domina todas las almas y les arrebató la libertad. “No somos nuestros, sino del Señor”, afirma Calvino, por lo que nuestros actos no proceden de nuestra razón ni de vuestra voluntad. Al no ser de nosotros mismos, sino de Dios, toda nuestra vida se debe dirigir hacia él como único y legítimo fin. Esta obligada autonegación conlleva que nos entreguemos, con nuestros cuerpos, nuestras almas y todo lo que poseemos, a la voluntad de Dios, para que él “domine y someta los afectos de nuestro corazón”<sup>35</sup>.

Como Lutero, también Calvino exigió al cristiano una actitud de sacrificio permanente, cuyo signo externo era el símbolo de la cruz. “Todos aquellos a quienes el Señor ha adoptado y recibido en el número de sus hijos, deben prepararse a una vida dura, trabajosa, y llena de toda clase de males”<sup>36</sup>. Jesucristo vivió “en una perpetua cruz y aflicción”, sometiéndose para demostrar su obediencia al *Padre* en aras de la salvación de los hombres, quienes debemos corresponderle con una sumisión aún más absoluta. También Dios nos afligía para comprobar nuestra capacidad de humillación y para disciplinarnos en la obediencia: “Afirmino también que con la cruz son enseñados a obedecer; porque de este modo aprenden a vivir, no conforme a su capricho, sino de acuerdo con la voluntad de Dios. (...) Es menester seguir a Dios; queriendo decir que el hombre de veras se somete al yugo de Dios, cuando se deja castigar, y voluntariamente presenta la espalda a los azotes”<sup>37</sup>.

En definitiva, la concepción de la *libertad* de Calvino la identificaba con la sumisión y obediencia a Dios, y por extensión a las leyes humanas. Trasladadas al ámbito político las ideas de Calvino se traducían en impotencia y pasividad ante los abusos del poder, y resistencia ante cualquier cambio que pudiera provenir del ejercicio de la libertad por parte del pueblo. Ahora bien, no sin aparente contradicción Calvino resaltaba la trascendencia del cumplimiento estricto de los deberes laborales para combatir los sentimientos de ansiedad e

<sup>31</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., pp. 145 y 146.

<sup>32</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., pp. 161 y 162.

<sup>33</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., p. 163.

<sup>34</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., p. 168.

<sup>35</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., p. 534.

<sup>36</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., p. 537.

<sup>37</sup> J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana*, cit., p. 540.

impotencia derivados de las dudas sobre la futura salvación. Como subrayó Fromm, en este estado no se podía aspirar a la felicidad, a la creatividad o a la riqueza espiritual, sino que sólo era posible la dedicación obsesiva y frenética a la acción. La actividad intensa e incluso compulsiva e irracional que exigía Calvino preparó al hombre para sumergirse en el espíritu del capitalismo. Desde muy pronto el calvinismo insistió en que la acción humana no debía dirigirse sólo hacia lo moral, sino sobre todo hacia lo económicamente exitoso. El trabajo dejó de asumirse como medio para tener una vida más agradable, y se convirtió en un fin en sí mismo que estaba por encima de los hombres instrumentales concretos que lo realizaban, y que empezó a cuantificarse mediante la acumulación de capital. Como el luteranismo, el calvinismo también hacía hincapié en la necesidad de llevar una vida disciplinada, laboriosa y austera, lo que desde luego puso las bases para la modelación del hombre capitalista haciendo sobre todo de él un ser sumiso y dócil, que no debía cuestionar lo decidido por el poder político. Las libertades individuales sólo podrían servir para desviarse de los intereses generales, por lo que había que impedir la exportación de ideologías revolucionarias.

La penetración de las ideas de Lutero y Calvino sirvió para adiestrar a muchos europeos para la sumisión política al régimen absolutista y para la adaptación al sistema económico capitalista que había sustituido a las estructuras feudales anteriores. Invirtiendo la perspectiva economicista de Marx, Weber explicó la relación de causalidad entre estas nuevas teorías religiosas y la formación del *carácter* capitalista. Y Fromm conjugó a ambos autores centrándose en los rasgos psicológicos de la clase media y baja alemana, y en cómo dichos rasgos no sólo prepararon a los alemanes para jugar mejor que nadie al *juego del capitalismo*, sino también para desprenderse de su libertad y anularse ante la aparición de un líder político que resultaba fascinante por su retórica mesiánica aglutinadora y antirevolucionaria.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- C. ALARCÓN, *Creer en Hitler. El triunfo de la sumisión sobre la libertad*. Aconcagua, Sevilla, 2016.
- R. BAXTER, *El pastor reformado* (1656). Traducción castellana de Omar Ibáñez Negrete y Thomas R. Montgomery. Clie, Barcelona, 2010.
- J. CALVINO, *Institución de la religión cristiana* (1536). Traducción castellana de Cipriano de Valera (1597). Reedición de Luis de Usoz y Río (1858). Visor, Madrid, 2003.
- J. DEWEY, *The Study of Ethics: A Syllabus* (1894). Southern Illinois University Press, Carbondale, 1971.
- J. DEWEY, *Ethics* (1908). Southern Illinois University Press, Carbondale, 1978.
- S. FREUD, *El carácter y el erotismo anal* (1908). En: *Ensayos sobre la vida sexual y la teoría de las neurosis*. Traducción castellana de Luis López-Ballesteros y de Torres. Alianza, Madrid, 1967, pp. 49-54.
- S. FREUD, *El yo y el ello* (1923). Traducción castellana de L. López-Ballesteros, R. Rey y G. Dessal. En: Freud, Sigmund, *Textos fundamentales*. Alianza, Madrid, 1988, pp. 547-598.
- S. FREUD, *El problema económico del masoquismo* (1924). En: *Ensayos sobre la vida sexual y la teoría de las neurosis*. Traducción castellana de Luis López-Ballesteros y de Torres. Alianza, Madrid, 1967, pp. 195-207.
- S. FREUD, *El malestar en la cultura* (1930). Traducción castellana de R. Rey. Alianza, Madrid, 1999.
- S. FREUD, *La división de la personalidad psíquica* (1932). Traducción castellana de L. López-Ballesteros, R. Rey y G. Dessal. En: Freud, Sigmund, *Textos fundamentales*. Alianza, Madrid, 1988, pp. 599-625.
- E. FROMM, *El miedo a la libertad*. Traducción castellana de Gino Germani. Paidós, Barcelona, 1947.
- E. FROMM, *Anatomía de la destructividad humana*. Traducción castellana de Félix Blanco. Siglo XXI, Madrid, 1975.
- E. FROMM, *¿Tener o ser?*. Traducción castellana de Carlos Valdés. Fondo de cultura económica, México D. F., 1978.

- J. K. GALBRAITH., *La anatomía del poder*. Traducción castellana de J. Ferrer Aleu. Plaza & Janés, Barcelona, 1984.
- R. GIRARD, *La violencia y lo sagrado*. Traducción castellana de Joaquín Jordá. Anagrama, Barcelona, 1983.
- J. HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*. Traducción castellana de Ramón García Cotarelo. Península, Barcelona, 1985.
- G. W. F. HEGEL, *Filosofía de la Historia Universal* (1820). Traducción castellana de José Gaos. Anaconda, Buenos Aires, 1946.
- G. W. F. HEGEL, *Filosofía del derecho* (1821). Traducción castellana de Eduardo Vázquez. Biblioteca nueva, Madrid, 2000.
- W. JAMES, *Psychology* (1892). University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1985.
- I. KANT, *¿Qué es ilustración?* (1784). Traducción castellana de A. Maestre y J. Romagosa. Tecnos, Madrid, 1989.
- I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785). Traducción castellana de Manuel García Morente. Espasa-Calpe, 1980.
- L. KOHLBERG, *The Philosophy of Moral Development*. Harper & Row, San Francisco, 1981.
- J. LOCKE, *Carta sobre la tolerancia* (1690). Traducción castellana de Marta Gálvez Parra. Tecnos, Madrid, 2005.
- M. LUTERO, *Sobre la autoridad secular. Hasta dónde se le debe obediencia* (1523). En: Lutero, Martín, *Escritos políticos*. Traducción castellana de Joaquín Abellán. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 21-65.
- M. LUTERO, *Exhortación a la paz en contestación a los doce artículos del campesinado de Suabia* (1525). En: Lutero, Martín, *Escritos políticos*. Traducción castellana de Joaquín Abellán. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 67-94.
- H. MARCUSE, *Eros y civilización*. Traducción castellana de J. García Ponce. Ariel, Barcelona, 1995.
- K. MARX, *Manuscritos de economía y filosofía* (1844). Traducción castellana de Francisco Rubio Llorente. Alianza, Madrid, 2001.
- K. MARX, *Crítica del programa de Gotha* (1875). Ricardo Aguilera, Madrid, 1971.
- J. S. MILL, *Utilitarianism* (1861). En: Mill, John Stuart, *Essays on Ethics, Religion and Society*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1969, pp. 203-260.
- F. NIETZSCHE, *Humano, demasiado humano* (1878). Traducción castellana de Carlos Bergara. Edaf, Madrid, 1980.
- W. REICH, *Análisis del carácter*. Traducción castellana de Luis Fabricant. Paidós, Barcelona, 1981.
- J. J. ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (1755). Traducción castellana de Melitón Bustamante Ortiz. Península, Barcelona, 1976.
- B. F. SKINNER, *Más allá de la libertad y la dignidad*. Traducción castellana de Juan José Coy. Fontanella, Barcelona, 1980.
- A. SMITH, *Teoría de los sentimientos morales* (1759). Traducción castellana de E. O'Gorman. Fondo de cultura económica, México, 1978.
- M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905). Traducción castellana de Luis Legaz Lacambra. Península, Barcelona, 1969.

# **SOBRE EL VALOR DE LAS CERTIFICACIONES DE ADOPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE MODELOS DE PREVENCIÓN DE DELITOS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Prof. Dr. Jean Pierre Matus Acuña  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Chile

Fecha de recepción: 22 de septiembre

Fecha de aceptación: 18 de octubre

**RESUMEN:** El texto aborda el problema del efecto de las certificaciones de implementación de planes de cumplimiento o prevención de delitos, poniendo en duda su aspecto más aparentemente novedoso, esto es, su entendimiento como una "exención" anticipada de la responsabilidad penal, con base a las reglas tradicionales de imputación de la responsabilidad y, especialmente, a las ideas del pretexto de la defensa y la causa ilegítima.

**ABSTRACT:** The text addresses the problem of the effect of the certifications of implementation of compliance or crime prevention plans, calling into question its more apparently novel aspect, that is, its understanding as an anticipated "exemption" of criminal responsibility, based on the traditional rules of imputation of the responsibility and, especially, to the ideas of the pretext of the defense and the illegitimate cause.

**PALABRAS CLAVE:** Certificaciones – *Compliance* – Responsabilidad penal de las personas jurídicas

**KEY WORDS:** Certifications - Compliance - Criminal liability of legal entities

**SUMARIO:** 1. El sistema chileno de certificaciones. 2. El sistema chileno de certificaciones. 3. Del por qué una certificación de cumplimiento no puede eximir de la pena anticipadamente, pero sí atenuarla.



## 1. EL SISTEMA CHILENO DE CERTIFICACIONES

La Ley N° 20.393, de diciembre de 2009, introdujo en Chile una regulación específica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de la comisión de un grupo determinado de delitos (lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, corrupción de funcionarios públicos chilenos y extranjeros), adoptando para ello el modelo de la regulación italiana (aunque designándola directamente como responsabilidad penal y no como responsabilidad meramente legal o administrativa, según se prevé en la legislación italiana y se preveía en el proyecto original), y las propuestas que hiciera en su ejercicio para acceder a la Cátedra de Derecho penal uno de los organizadores de este seminario, Adán Nieto. En la discusión parlamentaria, las principales modificaciones que tuvo el texto legal se refirieron principalmente al sistema de penas, algunos aspectos procesales y a la flexibilización de la extensa y detallada regulación que se preveía para considerar un modelo de prevención o *compliance* como suficientemente adecuado a los requerimientos de la ley, en relación con los específicos deberes de vigilancia y dirección que allí se establecen. Como resultado de estas modificaciones, a pesar del limitado ámbito de aplicación actual, el texto vigente contiene un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en principio aplicable a toda clase de organizaciones y a toda clase de delitos (en la medida que el legislador desee ampliar su alcance), de carácter mixto, que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos de sus directivos y empleados, identificados o no, cometidos directamente en su interés o provecho en su beneficio, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica.

Estos deberes generales de dirección y supervisión se especifican en la ley, entendiéndose que se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos como el cometido.

A continuación, la ley, siguiendo el criterio de flexibilización antes mencionado, indica que las personas jurídicas podrán adoptar o no dichos programas, entregando lineamientos para el caso que los adopten, que reflejan el estado del arte de la discusión al momento de discutirse la ley, recogiendo los principales elementos que ya se tenían en cuenta en el Derecho comparado, a saber, la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa, que da cuenta directamente a la Dirección Superior de la misma, encargado de establecer un sistema de prevención de delitos, que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, y un sistema de sanciones internas que haga posible su *enforcement* dentro de la misma. En cambio, no se exige el establecimiento de códigos de ética ni la promoción de la ética empresarial, como parte del modelo de prevención.

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad (no la obligatoriedad) de que decida someterlo a un proceso de "certificación" de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento "contempla todos los requisitos" establecidos por la ley, en relación "a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica".

La ley establece que dichas certificaciones podrán ser expedidas por las empresas de auditoría externa, clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, el equivalente funcional en Chile de la SEC norteamericana, delegando en dicha entidad la regulación específica de este proceso.

La Superintendencia de Valores y Seguros, en cumplimiento de dicho mandato legal, emitió con fecha 23 de enero de 2011 su norma de carácter general N° 302, donde se establecen las normas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos. Allí se crea un Registro público de entidades habilitadas para otorgar dichas certificaciones, que sigue básicamente el modelo de los registros de auditores externos y clasificadoras de riesgo ya existentes, con un modelo de incompatibilidades también similar: no podrán certificarse modelos de prevención en cuya adopción e implementación se haya

participado como asesor. Se establece una regulación también similar para la reglamentación interna de dichas empresas certificadoras (identificación de los certificadores, normas y procedimientos que se emplean, metodología de evaluación, etc.).

En lo que dice relación específicamente con el certificado propiamente tal, el punto V. de la referida Norma General N° 302, establece que éste contendrá, aparte de las menciones de rigor relativas a la individualización del mismo, de la empresa certificante y de la que es certificada, la mención de que la persona jurídica evaluada "cuenta con un modelo de prevención de delitos, que éste se encuentra implementado y que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en la ley" y el "período de vigencia del certificado, en la que en opinión de la entidad certificadora, resulta razonable volver a pronunciarse respecto de la existencia e implementación del modelo de prevención de delitos, para constatar que éste posee en todos sus aspectos significativos los requisitos establecidos en la ley". Dicho período de vigencia "no podrá ser superior a 2 años". No está demás hacer presente que es muy probable que los certificadores, en orden a salvar sus propias eventuales responsabilidades, agreguen a estas menciones obligatorias, la de que la certificación se ha realizado de buena fe, teniendo a la vista los antecedentes proporcionados por la empresa certificada y sin asumir ninguna responsabilidad ulterior por omisiones y falsedades de los mismos.

## 2. EL SISTEMA CHILENO DE CERTIFICACIONES

La cuestión de fondo es la siguiente: ¿hasta qué punto la "adopción e implementación de modelos de prevención" permite eximirse de responsabilidad penal, especialmente cuando ello ha sido previamente "certificado"?

En el sistema norteamericano, basado en la idea de la responsabilidad vicarial, la defensa de *compliance* (basada en la existencia e implementación de un efectivo modelo de prevención de delitos, salvo en el caso que se trate) tiene un efecto claro y delimitado en juicio: permite únicamente la reducción de la pena. Previamente al juicio, la Fiscalía puede tomar en cuenta el cumplimiento para aplicar criterios de oportunidad y llegar a acuerdos. Pero no se acepta la defensa de cumplimiento como una defensa completa, que permita la completa exención de la pena. Es más, la Corte Suprema ha establecido que incluso las rebajas previstas en los Lineamientos de Sentencia Federales para los casos de efectiva *compliance* no son obligatorias para los jurados.

En Italia, salvo algún caso excepcional, los tribunales se resisten consistentemente a aceptar que la adopción e implementación de un sistema de *compliance* permita eximir completamente de responsabilidad penal en el caso concreto, alegando que la comisión de un delito es la prueba de que el modelo de prevención ha fracasado, esto es, que no es idóneo para la prevención de los delitos.

¿De dónde provienen estas incertidumbres y resistencias?

La respuesta quizás se encuentre en las viejas cuestiones de la responsabilidad penal. Y a ello nos abocaremos a continuación.

En efecto, desde Aristóteles se afirma que la prudencia es una virtud y, como tal, un hábito consistente en el constante ejercicio de actos prudentes. La adopción habitual de decisiones prudentes y su materialización hace a un hombre prudente, un buen ciudadano. Por extensión, podría decirse que la adopción e implementación constante de medidas de prevención de delitos por parte de una empresa, la convertiría en una empresa "virtuosa", en una "buena ciudadana corporativa". Pero un hombre prudente se puede equivocar y cometer una injusticia, voluntaria o involuntariamente. Y en tal caso, ha de responder por su equivocación. Si así fuera, pocos negarían que la prudente conducta en el pasado pudiese habilitar, eventualmente, para atenuar la responsabilidad penal (así, por ejemplo, en Chile, para las personas naturales, esta atenuante se llama "irreprochable conducta anterior"). Sin embargo, el haber actuado previamente de manera prudente o justa, no exime de la responsabilidad por el acto injusto que se comete después.

Respecto de las personas jurídicas, así parece entenderlo claramente el Derecho norteamericano, al establecerse en los Lineamientos de Sentencia Federales que la adopción de efectivos modelos de prevención, que obviamente fallaron respecto del delito que se juzga, sólo habilita para una atenuación de la responsabilidad (USSG §8B2.1).



Al respecto, podría alegarse que la regulación norteamericana es un efecto de su modelo vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas y que el resultado de la imputación no sería el mismo si ésta se fundamenta en un presupuesto diferente, la "culpabilidad de la empresa" basada en la idea de "defecto de organización" como equivalente funcional de la culpabilidad del ser humano, como parece ser el fundamento o al menos el complemento de la responsabilidad en los sistemas mixtos como el italiano y el chileno.

Dado que en los sistemas continentales no se contempla el *compliance* como una atenuante específica, podría suponerse que en este punto se encuentra la diferencia sustancial entre el sistema vicarial norteamericano y el de la responsabilidad por defecto de organización: el defecto de organización y su antónimo, la buena organización (i.e., la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos), jugarían en el sistema basado en el "defecto de organización" como requisitos de imputación, esto es, del <<si>> de la pena; en cambio, en los sistemas vicariales, sólo tendría un rol limitado al <<quantum>> de la pena. Esto es lo que parecería desprenderse de la legislación italiana, donde la adopción efectiva de modelos de prevención permite teóricamente eximirse de la responsabilidad penal si el delito lo comete un subordinado o, en caso de cometerlo un dirigente, lo hace burlando las medidas de prevención (Art. 6° y 7° DL 231/01). Sin embargo, ya sabemos que la práctica indica lo contrario: los tribunales rechazan la idea de que pueda existir una suerte de exención de la responsabilidad penal construida ex ante con carácter general y sin atención al delito concreto que se juzga.

Por otra parte, en el sistema chileno, que también parece adoptar la idea de la responsabilidad penal basada en el defecto de organización, derechamente se regula el efecto de la implementación de tales modelos de prevención, pero no en el sentido de eximir la pena, como uno supondría si su ausencia o presencia indicaran el incumplimiento o el cumplimiento de los deberes de dirección y vigilancia de las empresas, respectivamente. En efecto, el Art. 6° de la ley chilena contempla expresamente las mismas dos atenuantes del Derecho federal norteamericano, que derivan de la existencia de un sistema interno efectivo de prevención, a saber: la de haber denunciado previamente al delito, antes de su persecución formal (auto denuncia producto de una investigación interna por parte del encargado de cumplimiento, por ejemplo), y la de haber adoptado "antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación". Es discutible si la referencia a "antes del comienzo del juicio" como momento para la adopción de un modelo de prevención supone incluye o no el caso de que éste haya existido "antes de la comisión del delito" y alguien podría alegar que no, pues de haberse adoptado antes de la comisión del delito, la persona jurídica habría cumplido sus deberes de vigilancia y control y, por tanto no podría ser imputable penalmente.

Sin embargo, por una parte, faltan casos prácticos donde se haya resuelto jurisprudencialmente esta duda y, por otra, no sería de extrañar, atendidas la experiencia italiana y las razones que veremos más adelante que, ante la disyuntiva entre una atenuación y una exención completa de pena, los tribunales chilenos se decanten por la primera vía.

Pero volvamos ahora a la cuestión que queremos abordar: en estos contextos, ¿qué rol juega una certificación de cumplimiento en el sistema general de imputación?

Para el caso de un sistema como el norteamericano (o el chileno, en la interpretación que aquí se sostiene), el rol que podría llegar a jugar la certificación de la adopción de programas de prevención de delitos sería el de una acreditación de buen comportamiento previo, una especie de "certificación del actuar prudente". Por lo tanto, nada impide, sino al contrario, a falta de otras evidencias que contradigan tal comportamiento anterior, que pudiera servir como prueba de la atenuación prevista en ambas regulaciones.

En cambio, para el caso de un sistema basado en la idea del "defecto de organización" (como sería el italiano, teóricamente), un sistema de certificaciones podría servir para algo más, esto es, para configurar las bases de una eximente construida *ex ante*, una suerte de *Bula papal*. En efecto, compartiría con las *Bulas* su carácter de bien de mercado, esto es, susceptible de ser comprada al precio puesto por el vendedor y, al igual que las *Bulas* que garantizaban el acceso al cielo sin necesidad de ser virtuoso en realidad (y, sobre todo, después de adquirida la *Bula* correspondiente), podrían servir para garantizar a una persona jurídica que estará *ex ante* exenta de la responsabilidad por la comisión de un

delito en su provecho, por parte de un directivo o un subordinado. Así, la certificación podría servir de prueba para convencer al tribunal de que la empresa *es* un "buen ciudadano corporativo" y, por lo tanto, aunque el delito le beneficie, como la empresa *es* una buena ciudadana, no respondería del mismo, con independencia de que, obviamente, el modelo haya fallado o hubiese sido burlado (otra forma de fallar: no prevenir la burla) en el caso concreto.

Sin embargo, mi impresión es que, en el mediano plazo, sólo será posible esperar de la certificación el efecto que de ella podría esperarse en el sistema norteamericano, esto es, el de una prueba de la buena conducta anterior que sirva de atenuación de la responsabilidad penal, pero no de exención anticipada de la misma.

Y ello, por varias razones, más allá de la práctica real de los tribunales italianos y norteamericanos, que paso a explicar:

### **3. DEL POR QUÉ UNA CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO NO PUEDE EXIMIR DE LA PENA ANTICIPADAMENTE, PERO SÍ ATENUARLA**

1°. Porque en el derecho continental la idea de que un "buen ciudadano" está exento de penas por el sólo hecho de serlo, no parece acorde con la de un derecho penal de actos (y aún de actos propios de la empresa), tal como hemos dicho antes, donde lo que se juzga en los casos criminales es un hecho concreto y no la vida pasada del acusado;

2°. Porque si se aceptase la tesis del "buen ciudadano corporativo", también tendría que extenderse a los "buenos ciudadanos" de verdad. Y viceversa: debería pensarse en excluir de la vida en común a los "malos ciudadanos", siquiera para mantener una cierta coherencia. Sin embargo, dejando de lado la exageración, la verdad es que, en el ámbito corporativo, quizás este sea uno de los efectos reales de la adopción e implementación efectiva de modelos de prevención, debidamente certificados: la habilitación para la actuación de la vida en sociedad (económica), como una suerte de requisito básico para la constitución de sociedades, junto con sus estatutos y demás requisitos. Probablemente, el Estado, las organizaciones internacionales y los bancos y otras grandes corporaciones sólo quieran mantener en el futuro relaciones comerciales con empresas "certificadas", así como con aquellas con suficiente crédito o solvencia como para respaldar los créditos o contratos que se otorguen o celebren.

3°. Porque el "certificado" de que se ha adoptado e implementado un sistema de prevención de delitos tienen el aroma del "pretexto de la defensa" y de la "causa ilegítima", conceptos que se traían a cuento en la jurisprudencia antigua para rechazar los alegatos de legítima defensa en caso de provocación del agresor por parte del que se defiende o del mal que se trata de evitar por parte del que alega estado de necesidad. Incluso en casos como el de las antiguas leyes donde se permitían el uxoricidio en flagrante adulterio, a mediados del siglo pasado la Corte Suprema de Colombia declaró que el que se casaba con una novia infiel para poder darle muerte al sorprenderla con su amante tras el matrimonio, no podía recurrir a la eximente, que él mismo se había construido.

Para ponerlo en el caso italiano (y también en el chileno): si se entendiera que bastaría el establecimiento de modelos de prevención y su eventual certificación para eximir de responsabilidad penal, el "mensaje legal" sería que, a continuación, durante el período de vigencia de la certificación, se contratasen gerentes y empleados inescrupulosos cuyos salarios estuviesen fuertemente vinculados al monto de contratos del Estado que se obtuviesen, dispuestos a asumir como "cabezas de turco", en caso de una eventual investigación en contra de la persona jurídica.

4°. Porque si asimila funcionalmente el defecto de organización a la culpabilidad de las personas naturales, podemos ver que existen respecto de éstas, en diversos ámbitos de actividades más o menos riesgosas, mecanismos de certificación de competencias, conocimientos, destrezas y habilidades, como las titulaciones que se exigen para ejercer ciertas profesiones o los exámenes que se rinden periódicamente para obtener y conservar las licencias de conducir o portar armas o manipular alimentos para consumo público, etc. Y hasta donde alcanzan mis conocimientos, pocos parecen estar dispuestos a admitir que por el sólo hecho de poseer un título de doctor en medicina o una licencia de conducir uno pueda eximirse *ex ante* de la responsabilidad por una actuación imprudente en un momento

determinado posterior. Desde esta perspectiva, y sumado a lo que acabamos de decir en el número anterior, podemos prever que quizás en el mediato futuro estas "certificaciones" se conviertan, así como la adopción de e implementación de planes de prevención, no en exenciones anticipadas de penas, sino en *condiciones generales para el desarrollo de ciertas actividades económicas por parte de personas jurídicas*, como lo son ahora, con carácter *especial*, las certificaciones sanitarias, técnicas y de toda otra índole que se exigen para la participación en determinados mercados y actividades.

5°. Y, finalmente, porque el "certificado" que exime de la responsabilidad penal, en tanto es pagado, no se diferencia de las famosas "*Bulas papales*" a que ya hemos hecho referencia y está, por lo tanto, sujeto a las mismas críticas morales y, ahora, a las derivadas del principio de igualdad que supuestamente rige en la mayor parte de los Estados occidentales, pues no parece admisible que "ciudadanos corporativos" con mayor capital que otros, lo que les posibilita la adopción de modelos de prevención y su certificación, puedan transformarse, por ese hecho, en "buenos ciudadanos"; en tanto que otros, con menos recursos pero que cumplen rigurosamente la ley, no califiquen como tales, por no estar "certificados".

Pero claro, esto último no es un problema del sistema de certificaciones ni de la defensa de *compliance*, sino un efecto propio del capitalismo del siglo XXI y de la sociedad neoliberal al que quizás debemos irnos acostumbrando: cuanto más se exige a las corporaciones, más se favorece la concentración económica, aún en casos que esta exigencia provenga, como parece ser, de quienes quieren, por el bien de toda la sociedad, limitar las actuaciones dañinas de las personas jurídicas.

# COMUNICANDO, SIEMPRE COMUNICANDO

Laura Pujol Terradellas  
Directora Close Communication  
Lic. Publicidad y Relaciones Públicas

Máster en Dirección de Comunicación Empresarial e Institucional

---

Fecha de recepción: 6 de septiembre

Fecha de admisión: 13 de octubre

**RESUMEN:** Hoy en día, vivimos en una sociedad conectada, la información nos llega sin parar y la comunicación es constante y un vehículo útil para navegar en nuestro mundo. Descubriremos cuáles son los elementos que forman parte de ella y qué tipos básicos distinguimos. Damos unas pinceladas para aprender a gestionarla mejor.

**ABSTRACT:** Nowadays, we live in a connected society, we receive information non-stop and communication between people is constant and a way to sail throughout our world. We will discover the elements that are part of the communication process and the basic different types of it. Jus some tips to learn how to manage it better.

**PALABRAS CLAVE:** Información, comunicación, axiomas, verbal y no verbal

**KEY WORDS:** Information, communication, axioms, verbal and non-verbal

**ÍNDICE:** 1. EMPECEMOS POR DEFINIRLA. 2. LA COMUNICACIÓN VERBAL Y LOS AXIOMAS DE WATZLAWICK. 3. LA COMUNICACIÓN NO VERBAL: CLAVE EN LAS RELACIONES HUMANAS. 4. BIBLIOGRAFÍA.

A nadie le cabe la menor duda de que vivimos en la Sociedad de la Información. Aunque es un concepto que se empezó a utilizar en Japón en los años sesenta y se considera a Yoneki Masuda, sociólogo y profesor japonés (19015-1995), como su principal divulgador, sigue siendo de máxima actualidad.

Hoy en día, la información nos invade y nos “ataca” a cualquier hora: no tener aparatos electrónicos como un móvil (aunque no sea un smartphone), una tablet y un pc o un Mac, te sitúa en un limbo social, algo que no nos podemos permitir. Ni a nivel profesional ni a nivel social. Así, estamos permanentemente conectados: a las noticias, a la música, a nuestros contactos personales y profesionales; las aplicaciones hacen que resulte más sencillo abrir nuevas ventanas de información y, precisamente, esa facilidad para conseguir datos y noticias nos engancha más y más. Para decirlo de forma cercana es “la pescadilla que se muerde la cola”. Sin embargo, ¿sabemos qué supone realmente vivir en ella? Y, especialmente ¿cómo nos influye?

Según Sebastián Serrano, catedrático de lingüística general de la Universidad de Barcelona, novelista y autor de múltiples ensayos sobre comunicación, considera que “*a más información... más grado de libertad, más dimensiones de vida, más complejidad, pero también más alternativas, más variables a controlar, más mundos posibles y más incertidumbre, mucha más incertidumbre*”<sup>(1)</sup>.

Es decir, la inmediatez y gran cantidad de conocimiento que atesoramos no nos hace la vida más sencilla y tomar decisiones se convierte, quizás, en una empresa cada vez más compleja. En ocasiones, incluso puede generar ansiedad y una creciente incertidumbre más que procurarnos seguridad personal, eficacia profesional y tranquilidad de espíritu. Casi podríamos decir que transitamos por los laberintos de una comunicación que nos abruma, nos excede y puede llegar a ahogarnos.

## 1. EMPECEMOS POR DEFINIRLA

¿Qué es la comunicación? Etimológicamente, deriva del latín *communicare*, es decir, *compartir o poner en común*. Existen múltiples definiciones, desde la primera entrada de la RAE: “*acción y resultado de comunicar o comunicarse*”, hasta una definición mucho más compleja y rica en matices: “*el sistema de comportamiento integrado que calibra, regulariza, mantiene y, por ello, hace posible las relaciones entre las personas. En consecuencia, podemos ver en la comunicación el mecanismo de la organización social, de la misma manera que la transmisión de la información en el mecanismo del comportamiento comunicativo*”<sup>(2)</sup>, en palabras de Albert Schefflen, investigador de la comunicación de la Escuela de Palo Alto (USA). Por lo tanto, será fácil entender que es un concepto complejo y lleno de contenido.

El proceso de comunicación incluye elementos imprescindibles como: el emisor, el receptor, el mensaje, el código, el canal y el contexto.

- El *emisor* es quien transmite la información. Puede ser una sola persona, un organismo o institución, un medio de comunicación o cualquier otro elemento incluso físico que emita una señal perceptible por nuestros sentidos.
- El *receptor* es quien recibe la información. Igual que el emisor, puede ser individual o colectivo. Es el que interpreta y descodifica dicha información.
- El *mensaje* es la información que se transmite. Sus características dependen en gran medida del tipo de señal empleada (palabras, imágenes, números, gestos, etc.)

Para interpretarlo el receptor debe de tener en cuenta, además del código, el contexto o situación y la interpretación que pueda inferir sobre la intención del emisor.

- El *canal* es el soporte natural o artificial a través del que se traslada el mensaje. Puede ser natural (aire) o artificial (papel, dvd o señal de TV) que permiten a emisor y receptor no tener que compartir obligatoriamente el mismo espacio ni el mismo tiempo.
- El *código* es un conjunto de signos y reglas cuya combinación permite formar el mensaje. Debe ser común a emisor y receptor que se pueda producir la comunicación. El más potente utilizado por el hombre es el lenguaje verbal (lenguas orales) y sus códigos sustitutivos (escritura). El lenguaje verbal sirve para definir los dos grandes tipos de comunicación: la comunicación verbal y la comunicación no verbal.
- El *contexto* es la situación que rodea al acto de comunicación y que influye en su interpretación. Hay dos tipos de contexto: el contexto lingüístico (otros signos que también influyen o determinan su interpretación) y el contexto extralingüístico (las circunstancias espaciotemporales que rodean al proceso).

Según la relación emisor-receptor, la comunicación puede ser:

- ▶ Bidireccional: emisor y receptor colaboran y van cambiando alternativamente sus papeles: en una conversación, en una clase en la que los alumnos participen, mensajes en twitter que generan respuestas ... Va en las dos direcciones.
- ▶ Unidireccional: la comunicación va siempre del emisor al receptor, solo en una dirección.

Así, en el caso de los seres humanos, la comunicación es un acto propio de la actividad psíquica, que deriva del pensamiento, el lenguaje y del desarrollo de las capacidades psicosociales de relación. El intercambio de mensajes (que puede ser verbal o no verbal) permite al individuo influir en los demás y a su vez ser influido.

## 2. LA COMUNICACIÓN VERBAL Y LOS AXIOMAS DE WATZLAWICK

Paul Watzlawick fue un psicólogo y filósofo estadounidense de origen austríaco, nació en 1921 en Villach, Austria. Trabajó en la Teoría de la Comunicación Humana y del Constructivismo radical, siendo gran defensor de ambos, e hizo una importante aportación en el campo de la Terapia familiar sistémica y, en general, de la Psicoterapia.

Como resultado de una amplia investigación que realizó sobre el efecto de la comunicación en las familias, definió sus **famosos cinco axiomas** en su Teoría de la Comunicación que se conoce como la Teoría Interaccional.

Los axiomas de la comunicación humana de Watzlawick se incluyeron en el libro de 1967 “La pragmática de la comunicación humana: un estudio de patrones de interacción, patologías y paradojas.” Este es un trabajo fundamental en teoría de la comunicación y fue escrito con la colaboración de Janet Beavin-Bavelas y Don Jackson, dos de los colegas de Watzlawick en el Mental Research Institute de Palo Alto, California. La llamada Escuela de Palo Alto.

### Axioma 1. Es imposible no comunicar

El primero y más famoso axioma de la comunicación humana es “uno no puede no comunicar”. Lo que esta doble negativa significa es que no tenemos ninguna opción de

decidir si nos comunicamos o no. Todo lo que digamos o hagamos se transmite como algún tipo de mensaje. Incluso si no hacemos nada, eso ya es un mensaje.

**Axioma 2. Existe un nivel de contenido y un nivel de relación**

Toda comunicación tiene un nivel de contenido y un nivel de relación, el último define al primero, por lo que se trata de una metacomunicación; es decir, la comunicación dentro de la comunicación. Watzlawick dijo que las palabras utilizadas en la comunicación obtienen su significado por el contexto de la relación entre el emisor y el receptor. La misma palabra tendrá un significado distinto según sea alguien cercano o desconocido, amigo o enemigo.

**Axioma 3. La naturaleza de una relación se establece en función de la puntuación o gradación que los participantes hagan de las secuencias comunicacionales.**

Consiste en la interpretación de los mensajes intercambiados y cómo influyen en la relación comunicativa que se establece. En muchas ocasiones se considera que una respuesta es consecuencia o efecto de una información anterior cuando el proceso comunicativo forma parte de un sistema de retroalimentación.

Un ejemplo clásico se puede ver en una relación de pareja en la que una de las personas (A) regaña a la otra (B) y como consecuencia, (B) se retrae. Debido a esta actitud, (A) vuelve a regañar a (B).

**Axioma 4. Existen dos modalidades de comunicación: digital y analógica.**

En este caso, la comunicación digital se corresponde con lo que se dice y la comunicación analógica hace referencia a cómo se dice. Un ejemplo del cuarto axioma puede ser un diálogo entre dos personas. Una de ellas puede decir: "Pase, por favor, le estaba esperando" (comunicación digital) mientras hace un gesto con la mano que puede indicar, por ejemplo, impaciencia (comunicación analógica).

Según Watzlawick, todos los mensajes se construyen de ambos elementos: digitales y analógicos.

**Axioma 5. La comunicación puede ser simétrica y complementaria.**

El axioma final establece que cada transacción de comunicación puede ser "simétrica" o "complementaria", según el balance de poder entre las partes. En una relación simétrica, las personas se tratan entre sí como iguales. En una relación de complementariedad, serán desiguales. En este caso podría ser una interacción entre padre e hijo, jefe y empleado, o simplemente una persona agresiva y una persona tímida. Estas relaciones determinan el curso de la comunicación.

Para Watzlawick es imposible que no exista comunicación entre dos individuos. Según su teoría, la "falta de comunicación" se debe a que las personas tienen diferentes puntos de vista mientras se habla, y si los axiomas son alterados, es probable que falle la comunicación.

En este sentido, podemos considerar que la comunicación entre individuos es POSITIVA cuando:

- ▶ El código del mensaje es correcto.
- ▶ Se evitan alteraciones en el código dentro del canal.
- ▶ Se tiene en cuenta la situación del receptor.
- ▶ Se analiza el cuadro en el que se encuentra la comunicación.
- ▶ La puntuación en la secuencia de los hechos está bien definida.



- ▶ La comunicación digital concuerda con la comunicación analógica.
- ▶ El comunicador tiene un buen receptor.

Y que la comunicación puede FRACASAR entre individuos cuando:

- ▶ Se comunican con un código distinto
- ▶ El código en el que transmite el mensaje ha sido alterado dentro del canal.
- ▶ Existe una falsa interpretación de la situación.
- ▶ Se confunde el nivel de relación por el nivel de contenido.
- ▶ Existe una mala puntuación en la secuencia de los hechos.
- ▶ La comunicación digital no concuerda con la comunicación analógica.

En el ámbito legal es de importancia capital tener en cuenta la comunicación interpersonal puesto que, según se desarrolle, las circunstancias pueden desembocar en un resultado positivo o negativo. Huelga decir que el uso de los mensajes verbales más adecuados para cada situación es fundamental.

En definitiva, el significado de nuestra comunicación se mide por la respuesta que obtenemos del interlocutor/receptor (individual o grupal).

### 3. LA COMUNICACIÓN NO VERBAL: CLAVE EN LAS RELACIONES HUMANAS.

La comunicación es esencial en nuestra vida: nos permite interrelacionarnos. Y lo más interesante es que cada uno de nosotros tenemos un estilo único e intransferible de comunicar. Podríamos definirlo como nuestra *huella dactilar comunicativa*. Y comunicamos a todas horas, en todo momento: cuando hablamos y cuando callamos; cuando observamos, escuchamos o simplemente tocamos elementos que nos rodean.

En 1981, un psicólogo de la Universidad de California llamado Albert Mehrabian publicó el libro *Silent Messages: Implicit communication of emotions and attitudes (Mensajes silenciosos: Comunicación implícita de emociones y actitudes)* en el que explicó los distintos factores de la comunicación y la importancia de cada uno de ellos en la misma:

- a) Las palabras: 7%
- b) El tono de la voz: 38%
- c) El lenguaje corporal 55%

Es decir, el factor que más habla de nosotros es nuestro cuerpo, nuestros gestos, nuestra expresión. Asimismo, podemos considerar que la comunicación verbal son las palabras (7%) y el resto es comunicación no verbal (93%) con lo que todavía es mucho más evidente su extrema importancia.

Lo cierto es que, cuando nos relacionamos con otras personas, observamos su comunicación no verbal al mismo tiempo que escuchamos sus palabras: los gestos y movimientos pueden confirmar, reforzar o desmentir el mensaje verbal y, lo que parece curioso, es que se da más credibilidad a dicha comunicación, en caso de mensajes contradictorios. Podríamos decir que en todo intercambio comunicativo existe una mezcla de elementos que lo acompañan que definen la imagen que transmitimos al receptor.

Por supuesto, la interpretación de dicha comunicación no verbal deberá tener en cuenta la cultura y el país en el que nos encontremos. Incluso el acervo popular lo recoge, de alguna manera, en la conocida “Donde fueres, haz lo que vieres”.



Lo cierto es que la comunicación es un mundo apasionante en el que estamos todos inmersos, en el que todos participamos. Si miramos a nuestro alrededor, tanto en el ámbito personal como en el profesional, observamos que muchos de los problemas que se nos presentan en el día a día entre personas, en empresas, organizaciones e incluso Estados, tiene mucho que ver con la comunicación o la falta de ella. En consecuencia, es casi una obligación seguir adentrándonos en su conocimiento para mejorar nuestra intercomunicación e, incluso, nuestra intra-comunicación o diálogo interno. En todo caso, sigamos comunicando, siempre comunicando.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

S. SERRANO *“El regalo de la comunicación”* Ara Llibres, S.L. 11ª Edición, Badalona (Barcelona), 2004.

M. MOLINÉ *“La comunicación activa”* Ediciones Deusto, 2ª Edición, Bilbao, 1993.

X. GUIX *“Ni me explico, ni me entiendes”* Ediciones Urano, Barcelona, 2011.

C. REGOURBY *“La comunicación global”* Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1989.

F. DAVIES *“La comunicación no verbal”* Editado y maquetado por FGS (Para la difusión de la cultura y sin ningún ánimo de lucro). Madrid, 2010.

# CONTRA LOS "TRIBUNALES" ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS

Iñigo Coello de Portugal Martínez del Peral  
Socio Director de Coello De Portugal Abogados

---

Fecha de recepción: 13 de septiembre

Fecha de admisión: 17 de octubre

**RESUMEN:** Los mal llamados Tribunales Económico-Administrativos son un perjuicio directo para el contribuyente, para la Hacienda Pública y para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Deben suprimirse.

**ABSTRACT:** The so-called “Economic-Administrative Courts” mean a direct damage to the Taxpayer, to the Public Treasury and to the proper functioning of the Rule of Law. They should be suppressed.

**PALABRAS CLAVE:** Tribunales Económico – Administrativos, contribuyente, Hacienda Pública.

**KEY WORDS:** Economic-Administrative Courts, Taxpayer, Public Treasury.

Como señalara WEBER a examinar los diversos tipos de dominación,<sup>1</sup> “el tipo más puro de dominación legal es aquél que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático”.

Toda burocracia tiende a perpetuarse en el tiempo. Y en efecto así es. Forma parte de la experiencia común de cualquier persona desde que alcanza cierta edad, que no son pocas las cosas que se hacen de determinada manera, no porque sea el modo más eficiente de operar, sino porque ayer se hacía así y así debe seguir haciéndose mañana. El miedo al cambio perpetúa la dominación. Fue TOLSTOI el que en su novela *Анна Каренина* (Anna Karénina) pintó a un personaje, Esteban Arkadievich Oblonksi, llamado Stiva, que “pese a su vida de disipación, a su modesto grado y a su poca edad, ocupaba el cargo de presidente de un Tribunal público de Moscú”. Era lo que en España hoy llamaríamos un “tribunal económico-administrativo”. Estamos ante una institución antigua y con aire continental. Pero que debe desaparecer. En primer lugar, por su ineficiencia.

Según es conocido, la competencia de los Tribunales Económico-Administrativos abarca la revisión en vía administrativa de todos los actos tributarios, excepto los municipales.<sup>2</sup> Se trata de una competencia omnímoda e importantísima.<sup>3</sup> Afecta a toda clase de actos y a todos los tributos.<sup>4</sup> Y a pesar de su indudable importancia, el funcionamiento de los Tribunales Económico-Administrativos es lamentable. Cualquier burocracia, cualquier privilegio del Estado, cualquier forma de dominación, se justifica por su eficiencia. En este

---

<sup>1</sup> Max WEBER, *Economía y Sociedad*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, páginas 173.

<sup>2</sup> La revisión administrativa de los actos administrativos tributarios de los entes públicos locales tiene su propio régimen, que no podemos examinar aquí, por razones de espacio. Baste con decir que muchos Ayuntamientos tienen su propio “tribunal”. El cual muchas veces no es más que el nombre que recibe la habitación de al lado, cuando no la mesa de al lado, porque muchos Ayuntamientos remiten la revisión de sus actos al “tribunal” que está en el mismo edificio, sede y planta que el funcionario que realizó la liquidación.

<sup>3</sup> Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT, Artículo 226 Ámbito de las reclamaciones económico-administrativas.- Podrá reclamarse en vía económico-administrativa en relación con las siguientes materias: a) La aplicación de los tributos del Estado o de los recargos establecidos sobre ellos y la imposición de sanciones tributarias que realicen la Administración General del Estado y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma y las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía. b) Cualquier otra que se establezca por precepto legal del Estado expreso.

<sup>4</sup> Artículo 227 Actos susceptibles de reclamación económico-administrativa.- 1. La reclamación económico-administrativa será admisible, en relación con las materias a las que se refiere el artículo anterior, contra los actos siguientes: a) Los que provisional o definitivamente reconozcan o denieguen un derecho o declaren una obligación o un deber. b) Los de trámite que decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto o pongan término al procedimiento.

2. En materia de aplicación de los tributos, son reclamables: a) Las liquidaciones provisionales o definitivas. b) Las resoluciones expresas o presuntas derivadas de una solicitud de rectificación de una autoliquidación o de una comunicación de datos. c) Las comprobaciones de valor de rentas, productos, bienes, derechos y gastos, así como los actos de fijación de valores, rendimientos y bases, cuando la normativa tributaria lo establezca. d) Los actos que denieguen o reconozcan exenciones, beneficios o incentivos fiscales. e) Los actos que aprueben o denieguen planes especiales de amortización. f) Los actos que determinen el régimen tributario aplicable a un obligado tributario, en cuanto sean determinantes de futuras obligaciones, incluso formales, a su cargo. g) Los actos dictados en el procedimiento de recaudación. h) Los actos respecto a los que la normativa tributaria así lo establezca.

3. Asimismo, serán reclamables los actos que impongan sanciones.

4. Serán reclamables, igualmente, previo cumplimiento de los requisitos y en la forma que se determine reglamentariamente, las siguientes actuaciones u omisiones de los particulares en materia tributaria: a) Las relativas a las obligaciones de repercutir y soportar la repercusión prevista legalmente. b) Las relativas a las obligaciones de practicar y soportar retenciones o ingresos a cuenta. c) Las relativas a la obligación de expedir, entregar y rectificar facturas que incumbe a los empresarios y profesionales. d) Las derivadas de las relaciones entre el sustituto y el contribuyente.

5. No se admitirán reclamaciones económico-administrativas respecto de los siguientes actos: a) Los que den lugar a reclamación en vía administrativa previa a la judicial, civil o laboral o pongan fin a dicha vía. b) Los dictados en procedimientos en los que esté reservada al Ministro de Economía y Hacienda o al Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos la resolución que ultime la vía administrativa. c) Los dictados en virtud de una ley del Estado que los excluya de reclamación económico-administrativa.

caso, los Tribunales Económico-Administrativos no encuentran ahí ninguna justificación. Es más bien todo lo contrario. Son una rémora importantísima para la actividad económica.

Si atendemos a las Memorias que anualmente publica el tribunal económico-administrativo central, la carga de trabajo es muy importante. No puede ser de otra manera, porque los “tribunales” económico-administrativos se han echado encima una tarea titánica: controlar a la Hacienda Pública. O más bien, la Hacienda Pública ha derivado su control hacia órganos administrativos que dependen del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, aunque no de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Un hermano controla a otro hermano, lo que suele ser causa de abstención.

La última memoria disponible, que, aunque estemos ya en 2018, es la de 2015, señala que en ese año se produjo una entrada de 204.698 reclamaciones, habiéndose resuelto 195.749 reclamaciones.<sup>5</sup> Lo que no dice es, sin embargo, de cuándo eran las reclamaciones resueltas. Es decir, cuánto tiempo estuvieron pendientes de resolución en el “tribunal”. Como la Memoria no informa sobre el referido extremo, sólo cabe remitirse a la experiencia. Que, como saben la mayoría de los abogados que se dedican con preferencia o especialización a recurrir cuestiones fiscales, es, en los procedimientos ordinarios –no en los abreviados– de poco menos de 4 años. La razón es sencilla: a los 4 años se produce la prescripción del crédito tributario.<sup>6</sup> Cuánto dura una reclamación económico-administrativa desde que se presenta hasta que se resuelve, es información que no da el TEAC. Es asombroso, pero es así: el TEAC no dice ni siquiera cuántas reclamaciones económico-administrativas hay pendientes.

Se ha de reconocer que la carga individual de trabajo de los funcionarios de estos órganos administrativos es muy grande. La producción media de cada ponente se sitúa alrededor de las 778 resoluciones por persona y año, expresadas como ratio entre el número de reclamaciones resueltas y el número de efectivos destinados al estudio y elaboración de las ponencias de resolución. En 2015, agregadas todas las resoluciones y todos los ponentes, se dictaron 774 resoluciones por funcionario.

Esta carga de trabajo, pero un motivo más de insatisfacción. No para los funcionarios sino para los contribuyentes. 774 resoluciones al año, considerando que trabajasen también los Domingos, son más de 2 resoluciones diarias. Si quitamos los fines de semana (20 días hábiles por mes) estaríamos ante 3,2 ponencias diarias. Si además quitamos las vacaciones (30 días) son 3,5 ponencias diarias. Suponiendo que no haya “moscosos”, “bajas”, “cursos de formación” ni permisos extraordinarios, estamos ante 4 ponencias diarias. Si el horario es de 8 a 15 horas, y –quitando el café– se cumple, las jornadas son de 6 horas. El resultado es que cada ponente termina una ponencia cada 40 minutos. Esto da idea de su calidad, algo siempre difícil de medir, pero para cuya valoración el tiempo dedicado al asunto es un factor a tener en cuenta.

Junto con la duración de la reclamación económico-administrativa está la cuantía empeñada en este tipo de pleitos. Para el contribuyente tanto como para la Hacienda Pública, que las reclamaciones económico-administrativas se resuelvan rápido es cuestión fundamental,

---

<sup>5</sup> El número medio de reclamaciones presentadas en los Tribunales, en los últimos cinco años, asciende a 212.103, correspondiendo al año 2015 el de menor número, con 204.698 y el de mayor entrada al año 2012, con 223.417 reclamaciones.

<sup>6</sup> Los “tribunales” económico-administrativos y sus funcionarios han hecho durante años un esfuerzo ímprobo para que la Ley General Tributaria recogiese como motivo de interrupción de la prescripción cualquier cosa. Y lo han conseguido. Ya antes, una jurisprudencia del Tribunal Supremo extraordinariamente parcial y mucho más volcada sobre los intereses de la Hacienda Pública (“Hacienda somos todos”) que sobre los derechos individuales del contribuyente, llegó a consentir como interrupción de la prescripción incluso que el TEAR hubiese dado trámite de alegaciones cuando el propio contribuyente había renunciado a ellas, porque ya había interpuesto la reclamación con alegaciones. La jurisprudencia es fácil de cambiar. Modificar la LGT, que es lo que se necesitaría a día de hoy, es prácticamente imposible.

porque estamos ante un litigio y cuanto más dure el pleito mayor es el perjuicio para ambos. Pero en este caso el mayor perjudicado del pésimo funcionamiento de los “tribunales” económico-administrativos es, con toda probabilidad, el Estado. O, si se quiere, los contribuyentes, pero no en cuanto que tenemos una reclamación, sino en cuanto que mantenemos el Estado.

El TEAC tampoco dice de la cuantía media de las reclamaciones económico-administrativas. Con los datos que aporta, y dado que el número de reclamaciones que entran y que salen son más o menos las mismas, vamos a considerar que hay pendientes tantas como las que entraron el año pasado, multiplicado por 3 años, que es el factor que consideramos como duración media. Sobre esa base, si consideramos una cuantía media de 3.000 euros por reclamación, el dinero que la AEAT tiene empeñado en pleitos fiscales en vía administrativa es  $204.698 * 3 * 3.000 = 1.842.282.000$  euros. Casi 2 *billones* de euros.

Naturalmente, la cuestión merece un estudio exhaustivo, porque estamos hablando de un dineral. Que es del contribuyente y que por lo menos tiene derecho a información. Dado que el Ministro, que es el único que la tiene, no la hace pública, me he tomado la molestia de lanzar esta hipótesis:

Las reclamaciones económico-administrativas son de muy diverso tipo. Y de muy diversos impuestos. Desagregando en hipótesis sobre la base de estimaciones de mi propia cosecha, y operando muy a la baja, a mí me sale este dispendio:

IMPUESTO	N.º RECLAMACIONES	ESTIMACIÓN CUANTÍA MEDIA	ESTIMACIÓN DURACIÓN MEDIA (AÑOS)	TOTAL
IRPF	56.762,00 €	5.000,00 €	1,5	425.715.000,00 €
I. PATRIMONIO	224,00 €	50.000,00 €	1,5	16.800.000,00 €
I. SOCIEDADES	9.560,00 €	45.000,00 €	3,0	1.290.600.000,00 €
ISD	11.570,00 €	45.000,00 €	2,5	1.301.625.000,00 €
ITPAJD	37.290,00 €	70.000,00 €	2,5	6.525.750.000,00 €
IVA	23.477,00 €	30.000,00 €	3,0	2.112.930.000,00 €
Tributos Tráfico Exterior	2.597,00 €	3.000,00 €	3,0	23.373.000,00 €
IIEE	3.719,00 €	50.000,00 €	3,0	557.850.000,00 €
Tasas y Tributos Parafiscales	1.904,00 €	3.000,00 €	3,0	17.136.000,00 €
IAE	459,00 €	3.000,00 €	2,0	2.754.000,00 €
IBI	9.488,00 €	3.000,00 €	3,0	85.392.000,00 €
Actos del Procedimiento Recaudatorio	39.182,00 €	3.000,00 €	3,0	352.638.000,00 €
Clases Pasivas	388,00 €	12.000,00 €	1,5	6.984.000,00 €
Otras reclamaciones	7.926,00 €	3.000,00 €	1,5	35.667.000,00 €
<b>TOTAL</b>	<b>204.546,00 €</b>	<b>325.000,00 €</b>		<b>12.755.214.000,00 €</b>

Estos cálculos no son cálculos. Para calcular hay que tener datos. Esto son estimaciones. Y están hechas *a la baja*. Porque aunque es verdad que hay reclamaciones de muy escasa cuantía (y cada vez más, porque la operación de la AEAT, sobre todo en gestión, es leonina y poco rigurosa, y por tanto la tendencia es recurrirlo todo, dado que el índice de estimación está en el 42%) también hay liquidaciones y sanciones enormes, unas más conocidas y otras menos, que suben mucho la media. ¿Cuánto? Nunca lo sabremos. Lo que sí sabemos es que, según el “libro amarillo” que acompaña cada año a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sólo el 3,16% de los contribuyentes por IRPF declara más de 60.000 euros al año, *pero éstos suponen el 32% de la recaudación por IRPF*. Si esto es así en las liquidaciones, en las reclamaciones, mucho más. Porque en España el 41% de los contribuyentes por IRPF gana menos de 12.000 euros al año y por tanto no recurre porque no declara. Según la Prensa y por causas muy diversas hay liquidaciones enormes para todos los gustos y generadas por muy diversos motivos: Google, Ikea, Facebook, Apple, Amazon, Coca-Cola, Lista Falciani, Messi, Botín, Mourinho, Ronaldo, Carceller, Caballé, Torroja, Barcelona CF, amnistía fiscal, etc. Además de estas, sin notoriedad, hay muchos otros personajes no mediáticos que han sido sujetos a inspección y se les han practicado liquidaciones muy importantes. Estas son la mayoría de las liquidaciones y por tanto la mayoría de las reclamaciones.

Siempre sobre la base de que estamos ante estimaciones, el resultado es *12 billones* de euros empeñados en los “tribunales” económico-administrativos. Un dinero del todo improductivo por culpa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Si quieren, pueden hacer su propia estimación. Sólo cambien en la hoja de cálculo el importe medio o el plazo medio. Las cifras de reclamaciones presentadas son del TEAC y las supongo exactas.

Para operar sobre lo seguro, considerada la hipótesis más favorable (un importe medio agregado de 3.000 euros por reclamación y 3 años de duración de la reclamación) estamos ante un mínimo de 1.842.282.000 euros que no se sabe de quién son: si de la AEAT o del contribuyente. Esta indeterminación, al 3%, que es el tipo de interés legal vigente, supone que los “tribunales” económico-administrativos están costando, ya sea a la AEAT o al contribuyente, sólo en intereses, 55.268.460 euros anuales.<sup>7</sup> La Memoria del TEAC dice que el crédito total del que han dispuesto los “tribunales” económico-administrativos en el ejercicio 2015 ha sido de 28.678.340 euros para los capítulos I, II, III, IV y VI, con un grado de ejecución del 99,4%. Esto quiere decir, una vez más, que los “tribunales” económico-administrativos, por el mero hecho de existir, ralentizan la actividad.

Es claro que cuestan mucho más de lo que valen. Si su mera existencia es un coste directo, su ineficiencia es un coste indirecto. Para el contribuyente, que para eso reclama. Para la AEAT, que no se sabe si recauda o no, si tendrá que devolver o no. Pero sobre todo es un coste para la economía española. Si el PIB de España en 2015 fueron 1.079.998.000.000 euros, tener bloqueados 12.755.214.000,00 euros es tener el 1% del PIB en el famoso sector económico “tribunales” económico-administrativos. Un lugar improductivo donde los haya. Ese año 2015 toda la agricultura, pesca y ganadería juntas generaron el 2,5 del PIB. Los “tribunales” económico-administrativos inmovilizaron el 1% del PIB.

Para los empresarios el desastre es mucho mayor. Los cálculos anteriores están hechos a tipo de interés legal. Pero si se hacen a su coste de capital, el que considere cada uno, no bajamos del 10% (porque no compensa ser empresario por menos de un 10% de “coeficiente K”). O sea: para los empresarios multipliquen las cifras por 3.

Para los pensionistas y asalariados los importes son mucho menores, pero el daño es equivalente, porque el porcentaje sobre sus ingresos puede ser igualmente muy significativo.

No considero aquí el coste de reclamar: es muy frecuente, cuando no de hecho necesario, acudir a un Abogado para tener éxito ante los “tribunales” económico-administrativos. Y este coste nadie te lo devuelve. Las reclamaciones son sin costas.

Tampoco sé cuántas reclamaciones han sido recaudadas. El dato, que no es de fondo sino de tesorería, también me gustaría conocerlo, porque la AEAT hace un espléndido negocio obligando a pagar mientras se recurre, porque si no hay que avalar. A nadie se le escapa tampoco que si la mitad de los importes pendientes de resolución en los “tribunales” económico-administrativos es avalada para no ingresar la supuesta deuda tributaria, y el coste del aval es del 4% más corretaje, los bancos (y los notarios) están ganando *como muy muy poco*  $1.842.282.000 * 0,04 = 73.691.280$  euros anuales sólo para que la AEAT no recaude.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Si la cifra fueran 12.755.214.000 euros, como señalo en la hipótesis, el coste financiero anual de la lentitud de los “tribunales” económico-administrativos calculado al tipo del interés legal del dinero sería de  $12.755.214.000 * 0,03 = 382.656.420$  euros. Un daño patrimonial que los contribuyentes no tienen por qué soportar.

<sup>8</sup> Si, como apunto en la hipótesis, el volumen de dinero atascado en los “tribunales” económico-administrativos es de 12.755.214.000 euros, y se avala la mitad de esa deuda tributaria, entonces los



La cuestión no es tan importante para los bancos hoy día porque custodian mucho su solvencia. En los tiempos que corren, el aval es una quimera, porque el banco, atendidos los ratios actuales de morosidad, para otorgar el aval exige que se deposite el 100% del importe en el banco.<sup>9</sup> Sólo entonces da el aval. Lo cual tiene un coste para la tesorería. Mejor pagar: reclamar sin aval. Y tener el dinero al 3%. Esto estaría bien si no fuera porque el 42% de las reclamaciones se estiman. Lo que quiere decir que la AEAT, por la lentitud de los “tribunales” económico-administrativos, tiene un coste del 42% de todo el importe ingresado cuya deuda es anulada.<sup>10</sup>

Se podría pensar que este 42% de estimaciones es una cifra muy alta y que por tanto la existencia de los “tribunales” económico-administrativos es muy necesaria para compensar los abusos de la AEAT. No es así: la cifra de estimaciones es *baja*. Deberían estimarse muchas más reclamaciones. En años anteriores, según las memorias del TEAC, las estimaciones han superado, varias veces, el 51%, lo que para la AEAT es una auténtica vergüenza. El principio de legalidad queda por los suelos y el criterio “solve et repete” sin justificación. ¿Por qué pagar un aval si la probabilidad meramente estadística de que la reclamación sea estimada es de casi la mitad?

Pero es que además después de los “tribunales” económico-administrativos están los verdaderos Tribunales: el Tribunal Superior de Justicia de cada zona. Otra lotería regional de la que hoy no cumple hablar. Pero que, en general, exige de verdad el cumplimiento del derecho formal.<sup>11</sup>

Sí se ha de decir que antes de suprimir los “tribunales” económico-administrativos, lo que no sucederá, porque el interés creado por la AEAT en su propio beneficio y en el de los bancos (pero en contra de la eficiencia económica y de los contribuyentes) es enorme, hay que cambiarles el nombre. Los “tribunales” económico-administrativos no son Tribunales. Es una quimera que todavía hoy no sé cómo se consiente. La Constitución proclama a los cuatro vientos (artículo 117) que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, y no sólo siguen perviviendo los “tribunales” económico-administrativos, sino que además aparece el “Tribunal” Administrativo Central de Recursos Contractuales –otro órgano administrativo– sin que nadie proteste ni diga nada.

Los “tribunales” económico-administrativos, por más que la Ley General Tributaria diga lo contrario, no son órganos independientes, sino órganos dependientes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en los que la independencia de criterio desaparece totalmente a la vista del origen de los funcionarios que los sirven. Todos los funcionarios de los “tribunales” económico-administrativos son funcionarios del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Y lo mismo que, en mi opinión, los Abogados del Estado deberíamos tener prohibido el acceso como Magistrados a la Sala 3ª del Tribunal Supremo,

---

bancos al 4% ganan anualmente 255.104.280 euros. No creo que la AEB esté interesada en que desaparezcan los “tribunales” económico-administrativos.

<sup>9</sup> O lo que es peor: que se pignore el importe equivalente en acciones *del propio banco*. Así se garantiza que no bajen sus títulos en bolsa.

<sup>10</sup> El capítulo de las sanciones va aparte, pero pasa más o menos lo mismo cuando el asunto llega al Tribunal Superior de Justicia, porque éstos exigen aval para la suspensión de la ejecución de la sanción. Ese tema no lo tratamos ahora.

<sup>11</sup> Merece cuestión aparte la actitud de los Tribunales Superiores de Justicia. En lo formal y en lo sancionador, son rigurosos. Pero en el fondo del asunto muchas veces he tenido la impresión de que no han comprendido el problema tributario. Mi impresión –tampoco hay estadísticas sobre esto– es que los Magistrados saben mucho Derecho pero nada de contabilidad. Creo que se podría comprobar que más del 90% de los Magistrados que revisan el IVA nunca han hecho una liquidación de IVA. Por eso esperan ansiosamente la resolución del tribunal económico-administrativo regional que le dé pistas para confirmar la liquidación. Y por eso cuando se recurre por la vía del silencio administrativo esperan ansiosamente a que el “tribunal” económico-administrativo dicte resolución expresa, que incorporan con gusto –pero en mi opinión indebidamente– en el procedimiento por silencio.



e igualmente prohibido intervenir en otras jurisdicciones en las causas en las que una de las partes sea el Estado, porque la parcialidad que se genera a favor de las entidades públicas al cabo de años de servicio es más que notoria, también creo que si ha de haber “tribunales” económico-administrativos –y no debe haberlos– han de estar servidos por personal que jamás pueda tener nunca un puesto o cargo en la Agencia Estatal de Administración Tributaria o en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. No tiene sentido el trasiego de inspectores que hoy hacen liquidaciones y mañana resoluciones.

Hay una cuestión más que no puedo pasar por alto y es la relativa al plazo. En toda vía administrativa ordinaria el plazo que tiene la Administración para resolver son 3 meses.<sup>12</sup> Me pregunto por qué para los “tribunales” económico-administrativos es 1 año.<sup>13</sup> ¿Por qué? Este privilegio de la AEAT perjudica muy notoriamente a los contribuyentes y les desalienta de recurrir. Financieramente es un desastre para todos. Y sobre todo, no se cumple. Es más que raro que una reclamación sea resuelta en el término de un año. Si las reclamaciones se resolvieran en 1 año, habría por lo menos una justificación fáctica para mantener el privilegio. Pero es que no se resuelven sino al término de la prescripción. En la práctica ese término de 1 año es un plazo para que se genere el silencio administrativo negativo. Y si sólo sirve para eso y no se cumple el año ¿por qué esperar un año? ¿Por qué no ir al Tribunal Superior de Justicia al cabo de 3 meses, que es el derecho general?

Hay una cuestión mucho más importante sobre esto del plazo. Porque el privilegio de la AEAT es tanto que se ha generado una corruptela, no ya en la Administración, sino *en los Tribunales*. Decía Contardo FERRINI que el Ordenamiento interactúa: cuando una norma jurídica entra en el Ordenamiento, tanto modifica el Ordenamiento cuanto es modificado por él. Es algo así como el principio de la indeterminación de HEISENBERG pero aplicado al Derecho y postulado antes en el Derecho que en la Física. Con las reglas del silencio administrativo aplicables a los “tribunales” económico-administrativos se ha producido un efecto lamentable, por la interacción de las normas con los hechos, siendo el hecho el retraso lamentable, habitual y sistemático, no sólo de los “tribunales” económico-administrativos, sino también de los Tribunales Superiores de Justicia. El asunto es este:

Es práctica habitual de la AEAT aprovechar su condición de *potentior persona* para sistemáticamente violentar los derechos procesales de los recurrentes cuando éstos acuden ante los Tribunales en aplicación de las normas vigentes en materia de silencio administrativo negativo. La práctica nociva consiste en lo siguiente: la AEAT dicta una liquidación. No importa cuál sea el procedimiento de que traiga causa: lo que importa es que la liquidación se convierte en un acto firme en vía administrativa y puede ser objeto de reclamación económico-administrativa, a ventilar siempre ante un “tribunal” económico-administrativo.

Como la probabilidad de que una reclamación económico-administrativa sea resuelta en el plazo de un año es 0, porque las reclamaciones económico-administrativas *nunca* se resuelven el plazo de un año, ante el silencio administrativo la posición lógica de la parte – es su derecho ante el retraso– consiste en recurrir por la vía del silencio negativo ante el Tribunal Superior de Justicia. Se interpone recurso contencioso-administrativo y se supone que de esta manera queda paliada la injusticia. *Nada más lejos de la realidad, porque el Tribunal Superior de Justicia lo va a tramitar pero no lo va a resolver hasta que el Tribunal Económico-Administrativo dicte su resolución*. El TSJ reclama el expediente (aún sin resolver por el tribunal-económico-administrativo) y otorga plazo para demanda. Ésta se interpone prescindiendo de qué pueda decir en su día el tribunal económico-administrativo. La tramitación procedimiento culmina, una vez formuladas las conclusiones, en una diligencia de ordenación que lo declara visto para sentencia. Así comienza, ante la carga de

---

<sup>12</sup> Artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>13</sup> Artículo 240 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

trabajo de los tribunales, que por lo visto los demás no tenemos, un largo sueño hasta que llega la sentencia.

Aquí es donde aparece la mala fe sistemática de las Administraciones Públicas y en especial de la AEAT. A sabiendas de que el TSJ tampoco va a resolver en plazo, a los “tribunales” económico-administrativos les da igual el recurso interpuesto por silencio administrativo y, cuando el recurrente ya ha operado sobre la base del silencio administrativo negativo, dictan resolución y la aportan *en el procedimiento ya iniciado*, exigiendo a la parte que ha recurrido por silencio negativo que amplíe el recurso. De esta manera se producen los siguientes efectos:

El “Tribunal” económico-administrativo no se siente vinculado por ningún plazo de la LGT. E incumple sistemáticamente sabiendo que saca ventaja procesal, porque su resolución sobrevenida desvirtuará el pleito. El resultado es que recurrir por silencio administrativo, no sólo deja de ser una ventaja, sino que se convierte en un perjuicio para el recurrente. La Abogacía del Estado sabe que, en la medida en que el contribuyente recurre por silencio, tendrá que recurrir dos veces. Lo que diga en la demanda no servirá para nada porque cuando el TEAR resuelva el pleito quedará íntegramente replanteado. La resolución sobrevenida causa un perjuicio sustantivo a la parte recurrente.

Incluso aunque el debate no cambie (por ejemplo, porque la Resolución sea desestimatoria) el pleito primero queda íntegramente suspendido (artículo 36.4 LRJCA) con lo que el efecto procesal de celeridad al recurrir por silencio también desaparece.

Y lo que es mucho peor. Si el TEAR estima *parcialmente* para que el mismo organismo que liquidó dicte nuevo acto, no sólo se obliga a replantearlo *todo* y además *con suspensión* del procedimiento (artículo 36.4 LRJCA), con lo que no se ha ganado nada al recurrir por silencio negativo, sino que la Abogacía del Estado defenderá el acto administrativo una y otra vez hasta que la liquidación “funcione”. Dentro de unos 10 años. Con intereses.

El resultado del sistema, así utilizado por las Administraciones Públicas, es que el silencio administrativo negativo no vale para nada. Interponer un recurso contencioso-administrativo frente un acto por silencio negativo dictado por la AEAT carece de sentido porque antes o después la lentitud del “tribunal” económico-administrativo se imbricará con la lentitud del TSJ que corresponda y lo que acabará pasando es que el recurso interpuesto sea un gasto inútil.

O más bien, que es perjudicial. Porque cuanto la parte no amplía el recurso (es su derecho) sino que interpone otro nuevo frente al mismo acto, los Tribunales Superiores de Justicia no separan de los autos la Resolución expresa *y resuelven el debate procesal sobre el acto por silencio teniendo en cuenta la Resolución expresa*, sobre la que las partes no han hecho alegaciones, ni tenían por qué hacerlo, si se ha interpuesto otro distinto recurso contencioso-administrativo para impugnar el acto expreso. Los TSJs no separan de los autos la Resolución expresa y la devuelven al TEAR, sino que la toman como guía para dictar Sentencia, con clara merma del principio de igualdad de partes y de tutela judicial efectiva.

Esta conducta, que podría considerarse excepcional y más o menos justificada en algún caso, es de hecho la conducta *habitual*. Es lo que sucede *siempre*. Se produce la perversión del artículo 36.4 de la LRJCA: lo que debía ser extraordinariamente excepcional (la ampliación del recurso al acto expreso) acaba siendo lo habitual siempre que se ponga un recurso contencioso-administrativo por silencio administrativo negativo frente a la AEAT.

Sumado cuanto queda dicho, que es un compendio de lo mucho que se podría decir, porque esto es un artículo para una revista y no una monografía, me parece diáfano que los “tribunales” económico-administrativos deberían suprimirse pura y simplemente. Y dejar a los contribuyentes que, si quieren, interpongan recurso de reposición. Es claro que casi

ninguno lo hará. Hace mucho que el recurso de reposición dejó de ser imperativo.<sup>14</sup> Es potestativo.

Al final queda por tanto una pregunta. ¿Por qué la AEAT mantiene como imperativa la reclamación económico-administrativa cuando para todas las demás Administraciones Públicas el recurso de reposición es potestativo y mucho más sencillo? Por tres razones. La primera porque la AEAT gana dinero con la reclamación económico-administrativa. La mera tramitación le beneficia. La segunda, porque se recurre menos. La reclamación económico-administrativa es una barrera de entrada fenomenal. Pero la tercera es la más importante. La AEAT mantiene viva la reclamación económico-administrativa porque no se fía de sí misma. Como hemos visto, el índice de estimación es del 42%. Una cifra que desacredita a cualquier Administración. ¿Se imaginan ustedes que el 42% de las multas de tráfico fueran anuladas en vía administrativa? ¿Y que todavía un 20% más fuera anulado ante los juzgados? ¿No es esto un indicio claro de que estamos ante una actuación masivamente abusiva? Pues eso es lo que pasa en la AEAT. Estamos ante un organismo que sistemáticamente utiliza el principio jurídico “si quiere que recurra”. Sobre el cual he escrito en otro lugar, inspirado por el Consejero de Estado q.e.p.d. Antonio SÁNCHEZ DEL CORRAL, que llamaba a este principio de la Hacienda Pública el principio “in dubio le arreo”.

---

<sup>14</sup> Artículo 123 LPACAP: “1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa *podrán* ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.

# LA IGNORANCIA RESPONSABLE EN ARISTÓTELES. UNA SOLUCIÓN AL ATOLLADERO DOGMÁTICO PENAL EN LOS CASOS DE IGNORANCIA DELIBERADA

Dr. Mario Spangenberg Bolívar  
Profesor de Derecho Penal  
Universidad Católica del Uruguay

Fecha de recepción: 8 de septiembre  
Fecha de admisión: 11 de octubre

**RESUMEN:** En la dogmática penal moderna existe un verdadero consenso respecto a que, la imputación subjetiva dolosa. Sin embargo, este verdadero acuerdo dogmático, parece verse conmovido en las últimas décadas por la irrupción, de casos en los que la persona ha renunciado, intencionalmente, a conocer las circunstancias y extremos que hacen a su conducta penalmente relevante.

**ABSTRACT:** In the modern criminal dogmatics there is a true consensus regarding the subjective, fraudulent imputation. However, this true dogmatic agreement, seems to be moved in recent decades by the emergence of cases in which the person has intentionally waived knowledge of the circumstances and extremes that make their behavior criminally relevant.

**PALABRAS CLAVE:** Imputación subjetiva dolosa, conducta penalmente relevante.

**KEY WORDS:** Fraudulent imputation, behavior criminally relevant.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La imputación subjetiva a dolo eventual. 2.1. Introducción a la cuestión. 2.2. La exigencia del conocimiento en el dolo eventual. 2.3. Relación con el problema planteado. 3. La ignorancia deliberada. 3.1. Introducción a la cuestión. 3.2. Las verdaderas hipótesis de ignorancia deliberada. 3.3. Relación con el problema planteado. 4. La ignorancia responsable en Aristóteles. 4.1. Introducción. 4.2. Sobre lo voluntario y lo involuntario. 4.3. La ignorancia como causa de involuntario. 4.4. La ignorancia responsable. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1.- INTRODUCCIÓN

En la dogmática penal moderna -más allá de los varios matices y en no pocas ocasiones, de las profundas diferencias que tienen cabida en su interior- existe un verdadero consenso respecto a que, la imputación subjetiva dolosa,<sup>1</sup> en sus modalidades de dolo directo y de dolo eventual, debe edificarse a partir del concurso del conocimiento. Adicionalmente, en buena parte de los sistemas jurídicos continentales, además de tratarse ésta de una exigencia meramente dogmática, el conocimiento –e incluso la voluntad- como sustrato del dolo, resulta ser un expreso requerimiento legal, por así mandarlo el Derecho positivo.

Sin embargo, este verdadero acuerdo dogmático, ciertamente inusual en la inabarcable biblioteca penal contemporánea, parece verse conmovido en las últimas décadas por la irrupción, cada vez más frecuente en la práctica forense, de casos en los que la persona ha renunciado, intencionalmente, a conocer las circunstancias y extremos que hacen a su conducta penalmente relevante. A esas hipótesis, denominadas como ignorancia deliberada o ceguera intencional, usualmente se les adscribe el tratamiento propio de la imputación dolosa –generalmente a título de dolo eventual- pese a que en ellas, por definición, se encuentra ausente uno de los pilares del dolo, esto es, el conocimiento.

Ahora bien. Ocurre que, en un número muy relevante de casos prácticos –quizás la mayoría- que, a primera vista, pueden juzgarse como de ignorancia deliberada, la equiparación al tratamiento del dolo eventual viene justificada, en la medida que existe un conocimiento primario y genérico que es el que conduce al agente, precisamente, no a no saber, sino a no saber más. En esas situaciones, este primer conocimiento general, que induce a la ulterior reticencia cognitiva, aunque endeble y abstracto, permitiría igualmente tener por satisfecha la exigencia dogmática del conocimiento. En otras palabras, estas situaciones resultan abordadas bajo el prisma del dolo eventual, no por equiparación, sino por tratarse, justamente, de casos de dolo eventual, donde concurren conocimiento –aunque rudimentario- y voluntad.

Algo distinto acontece en un número sensiblemente más reducido de casos, pero no por ello menos relevante desde la perspectiva científica, donde el conocimiento directamente no existe, ni aún siquiera, en la forma rudimentaria del dolo eventual. Dicho en otros términos, tales hipótesis, a diferencia de las señaladas en el párrafo anterior, sí darían lugar a una especie de *rara avis* de dolo sin conocimiento.<sup>2</sup>

Ante ese escenario, según el esquema dogmático contemporáneo, sólo parecen abrirse dos caminos: o revisar la exigencia del conocimiento en el dolo, de modo de dar cabida a hipótesis de dolo sin conocimiento, lo que significaría tanto como volver a construir buena parte de la imputación subjetiva; o bien, ratificar la relevancia del requisito cognitivo, descartando la imputación dolosa en aquellos casos donde el conocimiento de los aspectos relevantes del tipo objetivo esté ausente, lo que, con seguridad, conduciría a resultados ostensiblemente injustos.<sup>3</sup> A primera vista, no habría espacio para otros rumbos.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Ello, como es lógico, no resulta trasladable a la imputación subjetiva imprudente.

<sup>2</sup> En sentido similar se pronuncia Ragués i Vallés, al advertir que tales casos, “...son un importante problema para la teoría dominante sobre el concepto de dolo (...) tales supuestos parecen suscitar una necesidad de pena no inferior a la de los hechos dolosos, pero no quedan abarcados por un concepto de dolo que exige en todo caso conocimiento de los elementos del tipo.” Ragués i Vallés, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007, p.17.

<sup>3</sup> Desde el momento que, en la mayoría de las legislaciones comparadas, la imputación subjetiva imprudente sólo es dable de fundar la responsabilidad en un escaso número de infracciones penales e

Por su parte, y pese a que la atención de la ciencia penal continental respecto de los casos de ignorancia provocada o deliberada parece ser relativamente reciente, en especial bajo el impulso de la inabarcable casuística que suscitan el narcotráfico, el lavado de activos y los delitos contra el patrimonio, en el Derecho anglosajón –bien que bajo otras reglas dogmáticas y por ello, sin convocar mayores reparos científicos- la doctrina de la *willful blindness* ha cumplido más de cien años.<sup>5</sup>

Sin embargo, esta pretendida novedad de la dogmática continental contemporánea dista mucho de ser exacta ni tal, siendo posible hallar relevantes antecedentes sobre la cuestión en el pensamiento de Aristóteles, que resultan insoslayables en aras de su reconstrucción histórica -lo que por cierto no carece de atractivo científico-, pero también y sobre todo, en la búsqueda de una solución a la actual encrucijada del asidero o pervivencia de un dolo sin conocimiento.

Desde esta perspectiva y ésa es, precisamente, la hipótesis que orienta al presente trabajo, el análisis del exacto contenido del vínculo o relación entre el conocimiento y la voluntad –y su contracara, la ignorancia y lo involuntario- tal y como ha sido elaborado por Aristóteles, permite ofrecer una respuesta satisfactoria al aparente callejón sin salida en que se encuentra atrapada la dogmática continental en los casos de ceguera intencional o provocada.

En el tránsito a esa conclusión, entiendo conveniente dividir el desarrollo del presente trabajo en los siguientes sectores, adicionales a esta introducción: el capítulo 2, en el que planteo el estado de situación de la ciencia penal respecto al dolo eventual como categoría de la imputación subjetiva –en especial, en relación a la exigencia del conocimiento- y donde expongo las dificultades que ello puede originar en relación al tema planteado; luego, un capítulo 3, donde analizo el concepto y el estado de situación actual de la dogmática en relación a la ignorancia deliberada, junto a los problemas prácticos y teóricos que, la adopción de dicho instituto, suscita al tenor de las consideraciones expuestas en el capítulo anterior; un capítulo 4, en el que expongo los aportes más relevantes de Aristóteles sobre el punto, en especial, en lo que atañe a su distinción entre ignorancia responsable e irresponsable; y finalmente, un capítulo 5, en el que, a modo de conclusiones, detallo los beneficios que tales aportes pueden convocar respecto al estado actual del problema.

---

incluso, en los pocos casos que sí admiten ese reproche, la respuesta punitiva es sustantivamente menor a la prevista para las violaciones dolosas a esos mismos preceptos.

<sup>4</sup> De un modo quizás aún más enfático, se pronuncia Ragués i Vallés: “...*algunos casos de ignorancia deliberada –aquí denominados de ignorancia ‘en sentido estricto’- son una pequeña grieta que en el sistema continental de imputación subjetiva amenaza la solidez de las bases de dicho sistema.*” Ragués i Vallés, “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal.”, *Discusiones*, N°13, 2, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2013, p.12.

<sup>5</sup> Como señala Robbins: “*The correlation between knowledge and deliberate ignorance initially emerged in England in 1861. Regina v. Sleep was the first case in which this equivalence received judicial approval*”, Robbins, Ira, “The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University Press, Vol.81, 1990-1991, p.196.

## 2.- LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A DOLO EVENTUAL

### 2.1.- Introducción a la cuestión

En la dogmática penal moderna –y lo mismo acontece en las soluciones legales adoptadas por los sistemas jurídicos continentales<sup>6</sup> existe un verdadero consenso respecto a que la imputación subjetiva se estructura en torno a dos modalidades principales: el dolo y la imprudencia, que admiten, por su parte, sendas subdivisiones.

Así, mientras que al interior del dolo es posible hallar tres formas diversas de imputación, esto es, el dolo directo de primer grado (o dolo directo, a secas), el dolo directo de segundo grado (indirecto o de consecuencias necesarias) y el dolo eventual, al interior de la imputación imprudente, por su parte, se distingue entre imprudencia consciente e inconsciente.<sup>7</sup>

Más concretamente, en la imputación a título de dolo directo de primer grado quedan comprendidas las conductas cuyo resultado fue intencionalmente perseguido, en el dolo directo de segundo grado, aquellas consecuencias que, necesaria o seguramente, se producen a partir de una conducta, y bajo el prisma del dolo eventual, aquellas que, pese a no haber sido queridas ni previstas como seguras consecuencias del acto en cuestión, sí lo han sido, en cambio, como de ocurrencia posible o probable.

Ahora bien. Por encima de las diversas formas concretas en que una conducta dolosa puede manifestarse a partir de esa tripartición, existe acuerdo en que todas ellas han de construirse a partir del concurso del conocimiento y, para un muy amplio sector de la doctrina, también de la voluntad;<sup>8</sup> bien que articulándose, tales componentes intelectuales y volitivos, de forma diversa, según las distintas variantes del dolo.

### 2.2.- La exigencia del conocimiento en el dolo eventual

En lo que hace más directamente al objeto del presente trabajo, y en el estado actual de la dogmática penal, es posible afirmar que existe dolo eventual en aquellos casos donde si bien el autor no quiere, ni persigue el resultado típico, sí prevé o se representa como posible o probable la realización del mismo y pese a ello, no desiste de su conducta. En ese sentido, si bien y por un lado, el resultado no ha sido querido por el agente, como sí ocurre en el dolo

---

<sup>6</sup> Algo distinto ocurre en el Derecho penal angloamericano, donde se admiten –a partir del *Model Penal Code*– cuatro formas de imputación subjetiva que no encuentran un paralelo exacto con las subdivisiones del dolo y la imprudencia del Derecho continental.

<sup>7</sup> Por todos, Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997; Köhler, Michael, “La imputación subjetiva: estado de la cuestión” en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2000; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, BdF, 2005; Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989; Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 2008; y Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 2005.

<sup>8</sup> De allí que, como señala Roxin: “Para caracterizar las tres formas de dolo se emplea casi siempre la descripción del dolo como ‘saber y querer (conocimiento y voluntad)’ de todas las circunstancias del tipo legal”, en: Roxin, Claus, op.cit., p.414. En contra de la exigencia de un elemento volitivo –no así del requisito de conocimiento–, y en posición minoritaria, Frisch, Jakobs y Schmidhäuser, entre otros.



directo, por el otro, ha superado la mera posibilidad de su representación, propia de la imprudencia, para erigirse en una representación efectiva de su eventual acaecimiento.

Claro que, respecto de la imprudencia consciente se suscitan mayores dificultades conceptuales de distinción; y ello, desde el momento que, en ambas hipótesis (dolo eventual e imprudencia consciente) concurren, simultáneamente, la falta de intención del resultado y la representación, a modo de posibilidad, de su ocurrencia; sin embargo, para la doctrina ampliamente mayoritaria en la actualidad, el criterio de diferenciación radica en la prevalencia adicional, en los casos de dolo eventual, de una cierta conciencia de la peligrosidad de la conducta junto a una asunción seria o probable de la eventualidad del resultado.<sup>9</sup>

Ahora bien, es precisamente en la exigencia de esa efectiva representación del resultado típico –y lo mismo acontece respecto del resto de los elementos del injusto objetivo-, aún bien que latente como mera eventualidad de posible o probable ocurrencia, que el conocimiento se erige, en esta variante de imputación subjetiva, como el verdadero o principal sustento dogmático del reproche. Es que, en puridad, el otro elemento característico del dolo para la doctrina mayoritaria,<sup>10</sup> esto es, la voluntad, aparece aquí –cuanto menos- atenuada, o lo que es similar, reconducida, no ya a la realización del resultado, como en el dolo directo, sino a llevar a cabo la conducta pese a la previsión del resultado.

Adicionalmente a ello, no debe pasarse por alto el hecho que, esa efectiva representación, bien puede recaer sobre la eventualidad del resultado típico en sí mismo (por ejemplo, la muerte o lesión de la víctima) o sobre la eventual existencia o configuración de cualquiera de los requisitos del tipo objetivo de que se trate (por ejemplo, el origen ilícito de los fondos en el lavado de activos o la edad de la víctima en algunos delitos sexuales). Se trate pues, ya sea del resultado final o de algún otro requisito de la figura delictiva, debe concurrir el conocimiento, a modo de efectiva representación de una eventualidad de posible o probable ocurrencia.

De allí que, aún para la modalidad menos intensa de las formas dolosas de imputación subjetiva, como es el caso del dolo eventual, existe un verdadero acuerdo doctrinario en reclamar, a modo de *conditio sine qua non*, un cierto grado de conocimiento respecto de los diversos elementos configurativos del tipo penal.

---

<sup>9</sup> Las disputas doctrinarias que se han originado a partir de esta cuestión, resultan, en no pocas ocasiones, más aparentes que reales, pues, como expresa Roxin, respecto al punto: “*El que todas las teorías en liza se aproximen entre sí en sus resultados concretos no es una casualidad (...) Mediante la ponderación general y racionalmente controlada de los indicios que apuntan a favor del tomar en serio el peligro o de la confianza en la no producción de la lesión del bien jurídico se sustrae esta doctrina a la arbitrariedad de la que recelan sus críticos, mientras que las concepciones pretendidamente puramente objetivistas, que se limitan a un saber (de la índole que sea), caen con demasiada facilidad en un esquematismo rígido.*”, en Roxin, Claus, op.cit., p.447. En igual sentido, Mir Puig, op.cit.268 y ss. Ver al respecto también, la nota siguiente. En sentido contrario, se expresa Puppe: “*Qué elemento subjetivo, más allá de la causación consciente de un peligro no permitido, integra el dolo, a diferencia de la imprudencia, es una cuestión terriblemente discutida en la doctrina penal actual.*”, Puppe, Ingeborg, El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación, Buenos Aires, BdF, 2014, p.202

<sup>10</sup> Mientras que para la doctrina mayoritaria, en base a la teoría del consentimiento o de la aceptación, resulta exigible, junto al conocimiento, la concurrencia de un elemento volitivo, a efectos de diferenciarlo de la imprudencia consciente, para las teorías –minoritarias- de la representación o de la posibilidad, alcanza para tener por configurado el dolo eventual la mera representación de la posibilidad o probabilidad del resultado típico, sin necesidad de ninguna exigencia volitiva.

### 2.3.- Relación con el problema planteado

En atención a ello, y como adelantara en la introducción de este trabajo, sostener una imputación subjetiva a título de dolo eventual para aquellos casos donde ése conocimiento directamente no existe, ni aún siquiera bajo la frágil corteza de la representación de una eventualidad de posible o probable ocurrencia, exigiría -en el estado actual de la ciencia penal- tanto como volver a edificar buena parte de la dogmática del tipo subjetivo.

Ocurre además, que, esa reconstrucción del tipo subjetivo doloso debería, o bien reconfigurar el dolo, despojándolo de los elementos cognitivos,<sup>11</sup> lo que se evidencia, a estas alturas, como una tarea de proporciones épicas y con seguridad, destinada al fracaso, o bien, desandar el camino de la exigencia de una dimensión subjetiva en el injusto, acercándolo a una lógica de fidelidad/infidelidad al Derecho<sup>12</sup>, como sustrato único o principal del reproche penal en concreto, para lo cual -y a efectos de no reedificar nuestro entendimiento de la imputación subjetiva dolosa en los casos de ignorancia deliberada- deberíamos volver a construir nuestra propia concepción de la teoría del delito e incluso, de los fundamentos del Derecho penal. Lo que, a todas luces, no deja de ser un mal negocio.

En adición a ello, y lo que es aún más serio, las dos estrategias que viene ensayando la dogmática penal actual ante el problema -la reconstrucción del dolo y la reconfiguración de las condiciones del reproche- padecen de un mismo error conceptual *ab initio*, desde el momento que entremezclan, cual si se tratara de una misma dimensión, las cuestiones relativas a la imputación de aquellas vinculadas a la responsabilidad. Ocurre sin embargo que, aún tratándose de aspectos ciertamente vinculados entre sí, la imputación y la responsabilidad son claramente distintas y en consecuencia, también revisten una naturaleza -y obedecen a una lógica- disímil.

En efecto, y como enseña Ronco: *“Imputar algo a alguien es reconocer que ese algo le pertenece porque él es su causa moral; hacer responsable es sacar las consecuencias del reconocimiento efectuado mediante la imputación”*, de modo que *“...la dialéctica entre imputación y responsabilidad transita por dos relaciones categoriales diversas, aunque contiguas. La imputación predica la relación del sujeto con la transformación significativa del mundo producida por su acción. La responsabilidad, la relación entre el sujeto y la comunidad en función de la transformación producida por este con la acción.”*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Esta es la orientación a la que se inclinaría Manrique: *“La estrategia más directa para resolver este problema es la reformulación de la noción de dolo.”*, en Manrique, María Laura, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, Num.40, 2014, p.167, aunque, su intención, más temprano que tarde, no se traduce luego en resultados dogmáticamente compartibles. Otro tanto, ocurre con la tesis de Pérez Barberá, quien, luego de su monumental esfuerzo por reconfigurar el dolo, quitándole los elementos cognitivos y volitivos, no deja de reconocer que: *“Ello, sin embargo, no significa que voluntad y conocimiento, así como sus ausencias correspondientes, no jueguen papel alguno...”*, en Pérez Barberá, Gabriel, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, Buenos Aires, Pensar en derecho, 2012, 1, p.171.

<sup>12</sup> Que es, precisamente, lo que parece sugerir Jakobs, al expresar, respecto de su propia postura, que: *“...no se coloca un fenómeno psicológico (conocimiento) al lado de otro (enemistad); se argumenta normativamente, a partir de la exigencia de fidelidad jurídica, e incluso el conocimiento constituiría, desde esta perspectiva, únicamente el indicio de la existencia de un déficit, precisamente, de fidelidad jurídica.”*, en Jakobs, Günther, “Dolus malus”, Barcelona, InDret, 4, 2009, p.5.

<sup>13</sup> Ronco, Mauro, “La relación entre imputación y responsabilidad” en Prudentia Iuris, N°78, 2014, p.166. A mayor abundamiento, dice el autor: *“Los dos términos, por lo tanto, evocan situaciones contiguas pero distintas. El primero tiene que ver con la esfera del ser. La imputación presupone el reconocimiento ontológico de la modificación observada y su pertenencia a un sujeto determinado, como su ‘causa moral’.”*, op.cit., pp.166 y 167.

De allí que, todo intento dirigido a solucionar deficiencias propias de la responsabilidad, mediante enmiendas al criterio de imputación, que es – conceptualmente- de dilucidación anterior e independiente, esté condenado, desde el inicio, a arrojar resultados invariablemente incorrectos.

Ante este infausto escenario luce necesario revisar en profundidad, las distintas hipótesis de ceguera intencional o desconocimiento provocado, a efectos de verificar si no es posible hallar allí, elementos que permitan escapar del aparente callejón sin salida en que se encuentra atrapada la dogmática penal contemporánea o al menos, e inicialmente, circunscribir al mínimo posible, los espacios de conflicto. En otras palabras, es preciso, como primer paso, atender a los diversos modos en que tales situaciones se manifiestan concretamente en la práctica, con la finalidad de distinguir los sectores que verdaderamente evidencian un problema científico real, de aquellos otros que sólo lo hacen de un modo aparente, previo a procurar su solución.

Una vez despejado que sea ese camino, corresponde indagar si efectivamente los verdaderos casos de ignorancia deliberada merecen una imputación distinta a la acordada a aquellas situaciones en las que el individuo previó como posible o probable el resultado: se trata, en definitiva, de un tema de imputación y no de responsabilidad, aunque, como es natural, las conclusiones a que se arribe respecto de la primera cuestión, convoquen consecuencias en la segunda.

### 3.- LA IGNORANCIA DELIBERADA

#### *3.1.- Introducción a la cuestión*

La vida cotidiana enseña que, con no poca frecuencia, las personas -voluntaria o deliberadamente- renuncian a adquirir información relevante sobre determinados hechos o circunstancias que atañen a sus actos o destino, escogiendo, en cambio, mantener ciertos espacios de incertidumbre o desconocimiento frente a tales extremos, y que esa inclinación resulta ser, en alguna medida, propia de la naturaleza humana. En dichas oportunidades, los sujetos parecen anteponer, a modo de estrategia hedonista, la evitación o incluso el mero aplazamiento de aflicciones o problemas, frente al riesgo de su eventual confirmación cognitiva.

Así, el individuo que solicita no enterarse de los ingredientes que componen el plato que ha de degustar, a efectos de evitar que alguno de ellos le cause rechazo; el estudiante que opta por aplazar hasta el lunes la nota del examen publicada el día viernes, ante la eventualidad de ver afectado su fin de semana; el cónyuge que desiste de saber el verdadero itinerario del otro, por temor a advertir una infidelidad, entre otros variados ejemplos, bien que penalmente intrascendentes, dan cuenta de la asiduidad o frecuencia con que los seres humanos emplean una deliberada reticencia cognitiva en su vida cotidiana.<sup>14</sup>

Como es fácilmente predecible, el extenso elenco de situaciones en las que las personas adoptan tal estrategia de reticencia cognitiva o ignorancia deliberada en su accionar, no permanece únicamente aislado en el parquet de lo jurídicamente indiferente y en ciertas ocasiones, cada vez menos aisladas, ingresa al ámbito de lo penalmente relevante.

---

<sup>14</sup> Algunos de estos ejemplos y otros de naturaleza similar se encuentran en: Ragués i Vallés, “Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal.”, *Discusiones*, N°13, 2, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2013, p.11.

Tales son los casos, por ejemplo, del administrador de sociedades comerciales que renuncia, completamente, a conocer la concreta actividad comercial de las distintas sociedades que su estudio profesional administra; el del testaferro que figura formalmente –y a cambio de una remuneración– como director de un extenso conjunto de sociedades, sin tener el menor interés por conocer su verdadero giro, ni la identidad de sus reales titulares; o el del escribano público que a ningún cliente –independientemente del monto de la operación o de sus circunstancias concretas– solicita información sobre el origen de los fondos o la naturaleza del negocio; e incluso, el de aquellos individuos que, a cambio de una suma de dinero, admiten transportar un equipaje, sin consultar sobre su contenido o destinatario; o, en materia de delitos contra la libertad sexual, el de la persona que, no obstante apreciar la juventud de la otra, se rehúsa a informarse de su verdadera edad.

En estas situaciones, y en otras semejantes, la ausencia de información –provocada o sostenida por la propia reticencia cognitiva del agente– recae, a diferencia de lo que ocurre respecto de los primeros casos planteados, sobre distintos elementos que son, precisamente, esenciales para la configuración del tipo penal. Así, en el caso del administrador de sociedades y en el del testaferro, bien podrían estar éstos, colaborando en alguna actividad comercial ilícita; el escribano, prestando su ayuda a cierta maniobra de lavado de activos a través de operaciones inmobiliarias; el transportista, trasladando estupefacientes o realizando algún otro tráfico ilícito; y en el último caso, bien podría haberse incurrido en un delito de violación o algún otro delito similar. En todas estas hipótesis pues, el conocimiento o la ignorancia sobre tales aspectos, resultan de singular importancia para formular el reproche penal en concreto o en su defecto, descartarlo.

### *3.2.- Las verdaderas hipótesis de ignorancia deliberada*

Ahora bien. Ocurre que, al interior de este elenco de casos aparentemente iguales –o al menos, muy semejantes– es posible distinguir, con relativa facilidad, entre aquellas verdaderas hipótesis de ignorancia deliberada, en las que el individuo realmente carece de todo conocimiento sobre las circunstancias de hecho que resultan relevantes para la configuración del tipo objetivo, de aquellas otras situaciones, a primera vista similares, pero en las que sí existe, en cambio, algún rastro de información o conocimiento, aún primarios.<sup>15</sup>

En efecto, en un número nada despreciable de casos, la persona ya ha adquirido, con anterioridad a provocar su ignorancia, cierto conocimiento –bien que precario o general– y es, precisamente, a causa o en mérito a él, que no desea saber. En puridad, colocado en tales situaciones, lo que el individuo quiere no es no saber, sino no saber más. Y así, este primer conocimiento que induce a la persona a procurar su ulterior reticencia cognitiva, aún endeble o rudimentariamente, constituye, sin más, conocimiento. Tal es el caso, por ejemplo, de quien sospecha del ilícito contenido del equipaje que habrá de transportar, a cambio de una fuerte suma de dinero, y opta por no indagar sobre su contenido, para no

---

<sup>15</sup> Es claro que, desde una perspectiva eminentemente práctica, debería distinguirse también, entre la mera afirmación, por parte del individuo, de que desconocía determinado extremo, respecto de su efectivo o real desconocimiento sobre él; sin embargo, desde un punto de vista dogmático, ello puede generar más confusión, al entremezclar las distintas dimensiones. El problema planteado, obedece a la lógica teórica y no debe confundirse con las vicisitudes forenses de cuestiones vinculadas a la prueba procesal de los hechos. Otro tanto puede decirse en relación a la variedad de indicios que han de tomarse en cuenta para arribar a la convicción procesal respecto del conocimiento o desconocimiento del agente, tales como, su propia conducta externa, su posición, sus conocimientos técnicos, o la información proporcionada al sujeto por terceros, etc.

verse enfrentado al dilema de cometer un delito o renunciar al beneficio económico ofrecido; en estas situaciones, parece claro, no se asiste a una verdadera ignorancia deliberada, sino cuanto menos, a una sospecha pendiente de confirmación, que denota, en sí misma, conocimiento.<sup>16</sup>

Algo distinto es lo que ocurre en otras situaciones –ciertamente menos frecuentes en la práctica, pero de mayor atractivo científico– donde el conocimiento directamente no existe, ni aún siquiera, en la precaria forma de la sospecha. Y ello es lo que puede acontecer, por ejemplo, en el caso del escribano que nunca ha preguntado a ninguno de sus clientes sobre el origen de los fondos empleados en sus operaciones o el del administrador de sociedades comerciales, al que sólo ha interesado conocer los aspectos formales de las empresas que administra, mas nunca sus concretas actividades, entre otras situaciones.

En estos casos, no puede hablarse con propiedad siquiera de una sospecha inicial o abstracta, al modo de la concurrente en las situaciones anteriores, de manera que, en ellos, el conocimiento directamente no existe. Así y en puridad, son precisamente éstas, las verdaderas hipótesis de ignorancia deliberada o ceguera intencional, es decir, los casos donde no concurre, ni aún mínimamente, un conocimiento previo o primario sobre los elementos relevantes para el tipo objetivo.

### ***3.3.- Relación con el problema planteado***

Y es justamente en virtud de esta distinción, entre las situaciones meramente aparentes, más no reales, de ceguera intencional respecto del otro verdadero y más reducido elenco, que resulta enteramente compartible la afirmación de Ragués i Vallés, acerca de que: “...*la figura del dolo eventual permite resolver satisfactoriamente la gran mayoría de casos en los que una persona realiza un comportamiento objetivamente típico habiendo renunciado voluntariamente a conocer con exactitud alguno de los aspectos penalmente relevantes de su conducta.*”<sup>17</sup>

Es que en los hechos, las hipótesis meramente aparentes de ignorancia deliberada, al verificarse a su respecto el concurso de elementos cognitivos, no alcanzan –salvo simuladamente– a jaquear la exigencia dogmática del conocimiento en el dolo eventual y en consecuencia, y al menos, en este aspecto, no suscitan un problema científico real; distinta es sin embargo, la conclusión respecto a las hipótesis donde ése conocimiento inicial no existe.

De modo que, aunque referido a circunstancias menos frecuentes en la práctica, lo cierto es que existe un buen número de casos, de indudable atractivo, que provocan un verdadero problema científico, al poner en pugna dos extremos que, en el estado actual de la dogmática penal, lucen inconciliables: la imputación subjetiva a dolo eventual y la ausencia de conocimiento.

Adicionalmente, y como adelantara en la introducción a este trabajo, la cuestión no reviste, tan sólo, un interés meramente teórico –el que incluso, justificaría por sí mismo la atención

---

<sup>16</sup> En sentido similar se expresa Feijoo, al expresar, respecto de idéntico caso, que allí, el individuo: “...*dispone de una representación suficiente de todos los datos relevantes en relación al comportamiento ajeno que convierten su comportamiento en antijurídico. Eventualmente se pueda tratar de dinero, drogas, armas fuera de control legal, material radiactivo, explosivos...*”, en Feijoo, Bernardo, “Mejor no saber...más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal”, *Discusiones*, N°13, 2, Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2013, p.106.

<sup>17</sup> Ragués i Vallés, Ramón, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007, p.21

sobre el tema- sino que resulta ser, a un mismo tiempo, un asunto de justicia práctica. En ese sentido, la cuestión bien puede plantearse en los términos siguientes: ¿es justo, que quien ha procurado intencionalmente, desconocer las circunstancias de sus actos, resulte, en definitiva, ganancioso por su propia desidia cognitiva?<sup>18</sup> Lo que en modo alguno puede llamar la atención, desde el momento que –como enseña Causabón- el jurídico es, principalmente, conocimiento práctico y no especulativo, incluso, y más allá de la *ipsa res iusta*, cuando se refiere a normas, “*pues tiene por fin dirigir el obrar*”.<sup>19</sup>

Así y según el esquema dogmático, esbozado en el capítulo anterior, en el que parece encontrarse la ciencia penal, en el que la imputación subjetiva del dolo eventual requiere el conocimiento del agente respecto de las circunstancias que integran el tipo objetivo, la ausencia de dicho conocimiento –aunque fuere deliberada- no podría justificar el reproche doloso, quedando encorsetada pues a limitarse al castigo imprudente y ello incluso, tan sólo respecto de las figuras delictivas que admiten esa modalidad de imputación subjetiva.

Ante esta verdadera encrucijada de la dogmática penal contemporánea, que parece haberse convertido, en este punto, en tierra de nadie y de todos a un mismo tiempo, luce necesario volver la atención al pensamiento de Aristóteles, desde el momento que, como con acierto ha reconocido Köhler, es: “*Desde la exposición de Aristóteles en el libro tercero de la Ética a Nicómaco, [que] la imputación subjetiva forma parte del patrimonio cultural europeo como presupuesto para el mérito y el castigo...*”.<sup>20</sup>

## 4.- LA IGNORANCIA RESPONSABLE EN ARISTÓTELES

### 4.1.- Introducción

Pese a que, como señala Manrique, la “*...atribución de responsabilidad por ignorancia es un tema tradicional en filosofía jurídica y moral*”,<sup>21</sup> tampoco es menos cierto que las enseñanzas que allí se recogen –y ello ocurre con particular énfasis en algunos sectores mayoritarios de la doctrina penal contemporánea- resultan, con llamativa frecuencia, soslayadas o cuanto más, apenas mencionadas al pasar, a modo de mero antecedente histórico. Y es eso, precisamente, lo que viene ocurriendo en la ciencia penal moderna, con la distinción aristotélica entre ignorancia responsable e ignorancia irresponsable.

Ahora bien. Previo a ingresar en el concreto análisis de estas dos modalidades de ignorancia –y fundamentalmente, de su aplicación al ámbito de la ignorancia deliberada penal- parece conveniente comenzar, como lo hace el propio Aristóteles, en el examen de las condiciones de voluntariedad de los actos humanos.

En efecto, es notorio que el filósofo, luego de formular sus consideraciones generales acerca de la virtud ética, ya en la primera cuestión del libro III, de la *Ética Nicomáquea*, señala la relevancia práctica e incluso jurídica, de indagar acerca de lo voluntario y de lo

---

<sup>18</sup> Similar interrogante se plantea Ragués i Vallés en “Mejor no saber...”, p.12, y el propio Jakobs en “Dolus malus”, en, Barcelona, InDret, 4, 2009, p.5

<sup>19</sup> Causabón, Juan Alfredo, *Conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Educa, 1984, p.9 En igual sentido, expresa Limodio que “*...el Derecho se ubica como un saber práctico; porque busca el conocimiento de la verdad con miras a la acción, a la obtención de un resultado, a conseguir algo, lo justo.*” Limodio, Gabriel, *Introducción al saber jurídico*, Buenos Aires, Educa, 2006, p.27

<sup>20</sup> Köhler, Michael, “La imputación subjetiva: estado de la cuestión” en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2000, p.72.

<sup>21</sup> Manrique, María Laura, “Ignorancia deliberada y ...”, p.164.



involuntario. Y ello, como él mismo advierte, “*Dado que la virtud se refiere a pasiones y acciones y que, mientras las voluntarias son objeto de alabanzas o reproches, las involuntarias lo son de indulgencia y, a veces, de compasión, es, quizá, necesario, para los que reflexionan sobre la virtud, definir lo voluntario y lo involuntario, y es también útil para los legisladores, con vistas a los honores y castigos.*”<sup>22</sup>

Lo mismo que en *Ética Eudemia*, dónde, en términos semejantes, expresa: “*Puesto que la virtud y el vicio y las acciones que proceden de ellos son, una veces, alabados y, otras, censurados (pues se censura y alaba no lo que existe por necesidad, suerte o naturaleza, sino todo aquello de lo que somos nosotros la causa, ya que de aquello de lo cual otro es la causa, es él el que recibe la alabanza y la censura), es evidente que la verdad y el vicio están en relación con las acciones de las cuales el hombre mismo es la causa y el principio. Hemos de averiguar, pues, de qué acciones es la causa y el principio.*”<sup>23</sup>

En este sentido, el análisis que practica el estagirita respecto de lo voluntario y de lo involuntario, constituye el punto de partida para determinar, con posterioridad, los criterios de imputación general de los actos humanos y en consecuencia, y como no puede ser de otra manera, de la propia imputación jurídico penal;<sup>24</sup> es que, como afirma Rapp: “*Se puede leer la investigación de Aristóteles sobre lo voluntario como fundamento de una doctrina de la responsabilidad penal.*”<sup>25</sup>

#### 4.2. - *Sobre lo voluntario y lo involuntario*

En la *Ética Nicomáquea* la cuestión respecto de lo voluntario y lo involuntario, se dilucida principalmente, a partir del análisis de las causas de lo involuntario, que son, precisamente, la fuerza y la ignorancia.<sup>26</sup> En efecto, allí dice el filósofo: “*cosas involuntarias son las que se hacen por fuerza o por ignorancia...*”<sup>27</sup> y, más adelante, en el mismo sentido, que “*Siendo involuntario lo que se hace por fuerza y por ignorancia, lo voluntario podría parecer que es aquello cuyo principio está en el mismo agente que conoce las circunstancias concretas en las que radica la acción.*”<sup>28</sup>

Así pues, la primera categoría de actos involuntarios es, para el estagirita, la de los actos realizados de manera forzada: “*...es forzoso aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni el agente ni el paciente; por ejemplo, si uno es llevado por el viento o por hombres que nos tienen en su poder.*”<sup>29</sup> Y en forma similar: “*Parece, entonces, que lo*

<sup>22</sup> Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, III, c.1, (BK 1109b 30). En adelante, todas las citas a la *Ética Nicomáquea*, responden a: *Ética Nicomáquea*, Madrid, Gredos, 2011, p.55.

<sup>23</sup> Aristóteles, *Ética Eudemia*, II, c.6, (BK 1223a 8), En adelante, todas las citas a la *Ética Eudemia*, responden a: *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Madrid, Gredos, 1998, p.446

<sup>24</sup> Adicionalmente, el propio Aristóteles señala, en el libro V, que: “*...el acto justo y el injusto se distinguen por su carácter voluntario o involuntario.*”, EN, V, c.8, (BK 1135a 19).

<sup>25</sup> Rapp, Cristof, “Voluntariedad, decisión y responsabilidad” en *Estudios de Filosofía*, N°38, Medellín, Universidad de Antioquia, 2008, p.222. Al respecto también, y muy extensamente: Loening, Richard, “Die Zurechnungslehre des Aristoteles”, en *Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre*, Jena, 1906.

<sup>26</sup> En la *Ética Eudemia*, parece emprender un camino diverso, al distinguir, entre lo voluntario y lo involuntario, a partir de las condiciones que debe revestir lo voluntario. EE, II, c.7, c.8 y c.9.

<sup>27</sup> EN, III, c.1. (BK 1110a).

<sup>28</sup> EN, III, c.1, (BK 1111a 23). Más adelante, en el libro V, reitera esa opinión: “*Llamo voluntario, como se ha dicho antes, a lo que hace uno estando en su poder hacerlo y sabiendo, y no ignorando...*” EN, V, c.8, (BK 1135a 22).

<sup>29</sup> EN, III, c.1, (BK 1110a 2).



*forzoso es aquello cuyo principio es externo, sin que el hombre forzado intervenga en nada.*<sup>30</sup>

En relación a esta primera categoría de actos involuntarios, en los que el agente es forzado a su realización, no parecen suscitarse mayores dificultades; e incluso, los ejemplos escogidos por Aristóteles para ilustrar el punto tampoco admiten, razonablemente, una conclusión diversa a la por él planteada. Distinta es la situación, sin embargo, para ciertas acciones –más complejas– a las que el estagirita denomina mixtas.

Así, y sobre ellas, sostiene el filósofo que: “*En cuanto a lo que se hace por temor a mayores males o por alguna causa noble (...), es dudoso si este acto es voluntario o involuntario (...) Tales acciones son, pues, mixtas, pero se parecen más a las voluntarias...*”<sup>31</sup> En los hechos, la solución a que arriba, considerándolas voluntarias, parece ser la correcta desde la perspectiva de la imputación, en cuyo caso, ésa conclusión tampoco obtura la posibilidad que, en el ámbito de la responsabilidad, se le asigne un tratamiento exculpatario o benévolo.<sup>32</sup> Se trata, en definitiva –la de la imputación y la de la responsabilidad– de dos cuestiones conceptualmente diversas.<sup>33</sup>

En sentido similar, se expresa Meyer, al afirmar que: “*...even though Aristotle repeatedly claims that virtue is praiseworthy and vice blameworthy, he never explains this by saying that we are responsible of these states of character. (...) Aristotle thinks character is praiseworthy in virtue of the actions it causes, not because of anything about the process by which it comes into being. Thus the causal relation he finds essential to praiseworthiness and blameworthiness, which is what he seeks to capture in his account of voluntariness, is the one in which character produces actions.*”<sup>34</sup> De allí que, también en lo que sigue, lo voluntario o involuntario, respecto de las acciones, responda a criterios de imputación y no, principal o directamente, a la lógica de la responsabilidad.

#### **4.3.- La ignorancia como causa de involuntario**

Ahora bien, como se dijera, las acciones involuntarias –para Aristóteles– no son tales únicamente por haber sido realizadas de manera forzosa, sino que existe, a su lado, una segunda causa de involuntario, a la que el estagirita dedica incluso, mayor atención que a la primera, y que reside en la ignorancia del agente. Y es, precisamente, esta segunda categoría de actos involuntarios, la que reviste mayor interés para el objeto del presente trabajo, en particular, en lo que hace a la distinción entre las dos clases o subespecies de ignorancia: aquellas que, efectivamente, sí causan involuntario y aquellas que no lo hacen.

<sup>30</sup> EN, III, c.1, (BK 1110b 15).

<sup>31</sup> EN, III, c.1, (BK 1110a), p.55. Aristóteles menciona como ejemplo de esas acciones mixtas: el de quien “*arroja el cargamento al mar en las tempestades, [puesto que] nadie sin más lo hace con agrado, sino que por su propia salvación y la de los demás...*”

<sup>32</sup> Esa es, por otra parte, la conclusión que se desprende del propio Aristóteles, al señalar que: “*A veces los hombres son alabados por tales acciones, cuando soportan algo vergonzoso o penoso por causas grandes y nobles; o bien, al contrario, son censurados (...)* En algunos casos, un hombre, si bien no es alabado, es, con todo, perdonado: cuando uno hace lo que no debe por causas que sobrepasan la naturaleza humana y que nadie podría soportar.” EN, III, c.1 (BK 1110a 19). Aquí bien puede yacer el fundamento, del estado de necesidad disculpante penal; aunque ello, como es evidente, excede y con holgura, al tema del presente trabajo.

<sup>33</sup> Como pone de manifiesto Ronco, en “La relación entre imputación y responsabilidad”, Buenos Aires, Prudentia Iuris, 78, 2014, pp.163-178.

<sup>34</sup> Meyer, Susan Sauvé, “Aristotle on the Voluntary” en *The Blackwell Guide to Aristotle's Nicomachean Ethics*, Oxford, Blackwell, 2006, p.139.

El punto de partida sobre el que Aristóteles -en su *Ética Nicomáquea*- edifica esa diferenciación, reside en el objeto sobre el que recae la ignorancia. Así, advierte que existe, por un lado, una ignorancia de lo universal o general y por el otro, una ignorancia respecto de las circunstancias del acto que se realiza, y a las que, como se verá, adjudica consecuencias diversas. En la primera subespecie -la ignorancia sobre lo universal- la ignorancia recae, precisamente, sobre aquello que se debe o no se debe hacer, de un modo general y en función de los principios; mientras que en la segunda, se ignoran, o bien las circunstancias del acto o bien el fin por el que se lleva a cabo.<sup>35</sup>

Al respecto, dice el filósofo: “...el término ‘involuntario’ tiende a ser usado no cuando alguien desconoce lo conveniente, pues la ignorancia en la elección no es causa de lo involuntario sino de la maldad, como tampoco lo es la ignorancia universal (pues ésta es censurada), sino la ignorancia con respecto a las circunstancias concretas y al objeto de la acción. Pues en ellas radica tanto la compasión como el perdón, puesto que el que desconoce alguna de ellas actúa involuntariamente.”<sup>36</sup>

Y más adelante, insiste sobre el punto: “Puesto que uno puede ignorar todas estas cosas en la que está implicada la acción, el que desconoce cualquiera de ellas, especialmente las más importantes, se piensa que ha obrado involuntariamente, y por las más importantes se consideran las circunstancias de la acción y del fin.”<sup>37</sup>

De modo que, en el pensamiento aristotélico, la ignorancia sobre lo universal o abstracto, esto es, aquella que no recae sobre las circunstancias de la acción o sobre su fin, sino sobre lo que se debe o no hacer, de un modo general, no causa involuntario.<sup>38</sup> De allí que, en el libro 5, vuelva a afirmar: “Llamo voluntario, como se ha dicho antes, a lo que hace uno estando en su poder hacerlo y sabiendo, y no ignorando, a quién, con qué y para qué lo hace...”<sup>39</sup>

Así pues, y a modo de primer peldaño, la ignorancia que causa involuntario para el filósofo es, únicamente, aquella que recae sobre las circunstancias y el fin del acto, lo que, en el lenguaje dogmático penal contemporáneo, se expresa como requisitos del tipo objetivo y su resultado típico.<sup>40</sup> Sin embargo, el análisis de Aristóteles sobre la cuestión, no culmina con la mera verificación del objeto sobre el que recae la ignorancia y va un paso más allá.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> Aunque el tópico excede al objeto de este trabajo, la distinción aristotélica entre estas dos formas de ignorancia parece revestir cierta similitud a la que, siglos más tarde, realizara la dogmática penal alemana entre el *error de prohibición* y el *error de tipo*, y que, al día de hoy, se encuentra ampliamente arraigada en la ciencia penal, pese a que las conclusiones, que de esa diferenciación se extraen, resultan disímiles. Al respecto, y según Roxin: “Se presenta un error de tipo cuando el autor se equivoca sobre una circunstancia que sea necesaria para completar el tipo legal. Así, el tipo de homicidio exige que se mate dolosamente a una persona. Cuando el autor, en el campo, mata a balazos a una persona que no reconoce como persona, sino que ha tenido por un espantapájaros, entonces se encuentra en un error de tipo. (...) Por el contrario se da un error de prohibición cuando el autor, al conocer todas las circunstancias que completan en su totalidad el tipo legal, no extrae sin embargo de ellas la conclusión referida a una prohibición legal sino cree que su conducta está permitida.” En Roxin, Claus, *La Teoría del Delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2013, p.195

<sup>36</sup> EN, III, c.1 (BK 1110b 31).

<sup>37</sup> EN, III, c.1 (BK 1111<sup>a</sup> 27).

<sup>38</sup> Con ello, el filósofo se separa de la posición platónica. Sobre el punto, expresa Meyer: “...he also devotes considerable attention to identifying precisely the sort of knowledge that is required for voluntariness -once again with a view to resisting the Platonic contention that actions performed in ignorance of the good are involuntary.” Meyer, Susan Sauvé, *Aristotle on Moral Responsibility. Character and Cause*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p.xvii.

<sup>39</sup> EN, V, c.8 (BK 1135a 22).

<sup>40</sup> Según señalara en el apartado 2.2 de este trabajo. Ver también, lo expresado en la nota 35.

<sup>41</sup> Adicionalmente, también distingue, según el sentimiento posterior al acto del agente, entre una ignorancia que causa *no voluntario* y otra que causa *involuntario*. Así, mientras que en las últimas

#### 4.4 - La ignorancia responsable

En efecto, para el estagirita, el hecho que una acción haya sido realizada a partir de la ignorancia, no es aún y por sí mismo, condición suficiente para determinar si ése acto es voluntario o involuntario. Es preciso, en su opinión, indagar respecto de otro aspecto, que no es otro, que el origen de esa ignorancia.

Desde esta nueva perspectiva, centrada ahora, en el origen de la ignorancia y su relación con el sujeto que actúa, y no en el objeto sobre el que recae, es que Aristóteles distingue entre ignorancia responsable e ignorancia no responsable.

Así lo expresa, en la *Ética Nicomáquea*, al afirmar que: “*Todo ello parece estar confirmado, tanto por los individuos en particular, como por los propios legisladores: efectivamente, ellos castigan y toman represalias de los que han cometido malas acciones sin haber sido llevados por la fuerza o por una ignorancia de la que ellos mismos no son responsables...*”<sup>42</sup> Y más adelante, y de un modo incluso aún más enfático: “*Incluso castigan el mismo hecho de ignorar, si el delincuente parece responsable de su ignorancia...*”<sup>43</sup>

En ese sentido, es claro que, para el filósofo, un acto por ignorancia, sólo podrá ser considerado involuntario, en la medida que la ignorancia no resulte ser responsabilidad del agente, de lo contrario pues, el hecho de ignorar no tendrá consecuencia alguna en la imputación. Y ello es lo que ocurre, precisamente, cuando el sujeto es responsable de su propia ignorancia.

Esta solución es ciertamente más sofisticada que aquella centrada únicamente en el objeto de la ignorancia y ofrece -a partir de la categorización entre la ignorancia responsable y la ignorancia no responsable- respuestas, más que satisfactorias, a cuestiones antes problemáticas. Más particularmente, en lo que tiene directa relación con el presente trabajo, a la relevancia, en la imputación, de la ignorancia o el desconocimiento provocado por el propio sujeto.

Por su parte, la conclusión a la que se arriba en la *Ética Nicomáquea* sobre la cuestión, nada difiere, sino lo contrario, del tratamiento acordado a los actos forzados. En puridad, el principio rector que aglutina las soluciones, tanto en un caso como en el otro, es exactamente el mismo: si el origen del acto no reside en el sujeto -bien por fuerza, bien por ignorancia- se trata de un acto involuntario. Y viceversa, si el origen está en el sujeto, el acto será voluntario.

Así, el fundamento general que emplea el filósofo para determinar si un acto es imputable o no, a un sujeto, no es otro, que la independencia del agente a su respecto. En la primera de las hipótesis, esto es, la de las acciones involuntarias forzadas, esto parece claro en la medida que el principio del acto no se encuentra, en modo alguno, en el agente; y algo semejante ocurre, también, respecto de los actos involuntarios por ignorancia, en los que, en mérito, justamente, al origen de esa ignorancia, mal puede decirse que el principio del acto está en el sujeto.

---

exige que dolor y pesar del sujeto por su acción, en las primeras, en cambio, el agente no siente ese desagrado por la acción. (EN, III, c.1; BK 1110b 18). Esta categorización, entre lo *no voluntario* y lo *involuntario*, sin embargo, no arroja resultados trascendentes al objeto del presente trabajo e incluso, parece obedecer a criterios de responsabilidad y no de imputación.

<sup>42</sup> EN, III, c.5 (BK 1113b 23).

<sup>43</sup> EN, III, c.5 (BK 1113b 30).

En palabras del propio Aristóteles: “...*si esto es evidente y no tenemos otros principios para referirnos que los que están en nosotros mismos, entonces las acciones cuyos principios están en nosotros dependerán también de nosotros y serán voluntarias.*”<sup>44</sup>

Con ello, y como lógico derivado de un mismo principio rector, el estagirita establece la categoría de la ignorancia responsable, esto es, de aquella ignorancia que tiene su origen en el propio agente, y le acuerda un tratamiento ciertamente incuestionable, al negarle su condición de involuntaria.

En definitiva, las acciones en las que se ignoran las circunstancias del acto y su finalidad, pero donde ello ocurre por la decisión del propio sujeto involucrado, no plantean ninguna dificultad en lo que atañe a sus posibilidades o condiciones de imputación.

## 5.- CONCLUSIONES

Recapitulando. Existen ciertos casos -que la doctrina denomina de ignorancia deliberada o ceguera intencional-, en los que la persona ha renunciado, voluntariamente, a conocer las circunstancias y extremos que hacen a su conducta penalmente relevante y a los que, usualmente, se les adscribe el tratamiento propio de la imputación a dolo eventual, pese a que en ellos, por definición se encuentra ausente uno de los pilares del dolo, esto es, el conocimiento.

A efectos de justificar esta especie de *rara avis*, de dolo sin conocimiento, la dogmática penal contemporánea parece enfrentada a un verdadero atolladero conceptual, del que viene pretendiendo salir, a partir del ensayo de tres estrategias diversas: a) revisar la exigencia del conocimiento en el dolo, lo que significa tanto como volver a edificar la imputación subjetiva, b) desandar el camino de la exigencia de una imputación subjetiva, reconduciendo al Derecho penal, a una mera lógica de fidelidad/infidelidad al orden jurídico, o bien, c) ratificar la relevancia del conocimiento, descartando la imputación dolosa en aquellos casos donde el conocimiento de los aspectos relevantes del tipo objetivo esté ausente, lo que conduce a resultados prácticos injustos.

Ocurre sin embargo, que todas ellas padecen de un mismo error conceptual, desde el momento que entremezclan, cual si se tratara de una misma dimensión, las cuestiones relativas a la imputación de aquellas vinculadas a la responsabilidad. En efecto, si imputar algo a alguien es -como afirma Ronco- “*reconocer que ese algo le pertenece porque él es su causa moral*” y hacer responsable “*es sacar las consecuencias del reconocimiento efectuado mediante la imputación*”<sup>45</sup>, va de suyo que la cuestión -en qué medida a una persona puede serle atribuido un acto del que ignoraba, por su propia decisión, las circunstancias, es, de principio, una cuestión de imputación y no de responsabilidad. De allí que, todos los intentos dirigidos a solucionar deficiencias propias de la responsabilidad, mediante la reconfiguración de los criterios de imputación, que son -por naturaleza- de dilucidación anterior e independiente, estén condenados, desde el inicio, a no arrojar resultados satisfactorios, ni correctos.

Desde esta perspectiva, redimensionada a la imputación, la distinción aristotélica respecto de lo voluntario y de lo involuntario, constituye el punto de partida para determinar, posteriormente, los criterios concretos de imputación de los actos y en consecuencia, y como no puede ser de otra manera, también de la imputación jurídico penal.

---

<sup>44</sup> EN, III, c.5 (BK 1113b 19).

<sup>45</sup> Ronco, Mauro, ob.cit., p.166.

En la *Ética Nicomáquea* la cuestión respecto de lo voluntario y lo involuntario, se dilucida principalmente, a partir del análisis de las causas de lo involuntario, que son, precisamente, la fuerza y la ignorancia.

Por su parte, y en relación a la ignorancia que causa voluntario y a la que no, el punto de partida sobre el que Aristóteles edifica esa diferenciación, reside en el objeto sobre el que recae la ignorancia. Y así, advierte que existe, por un lado, una ignorancia de lo universal o general y por el otro, una ignorancia respecto de las circunstancias del acto que se realiza. Ahora bien, la ignorancia que causa involuntario para el filósofo es, en esta etapa, únicamente aquella que recae sobre las circunstancias y el fin del acto, lo que, en el lenguaje dogmático penal contemporáneo, se expresa como requisitos del tipo objetivo y su resultado típico.

Sin embargo, el análisis de Aristóteles sobre la cuestión, no culmina con la mera verificación del objeto sobre el que recae la ignorancia y va un paso más allá, puesto que, en su opinión, el hecho que una acción haya sido realizada a partir de la ignorancia, no es aún y por sí mismo, condición suficiente para determinar si ése acto es voluntario o involuntario.

Un acto por ignorancia, sólo podrá ser considerado involuntario en la medida que la ignorancia no resulte ser responsabilidad del agente, de lo contrario pues, el hecho de ignorar no tendrá consecuencia alguna en la imputación. Y ello es lo que ocurre, precisamente, cuando el sujeto es responsable de su propia ignorancia.

La solución que brinda Aristóteles a la cuestión, y que es, ciertamente, más sofisticada que aquella que se centra únicamente en el mero objeto de la ignorancia, ofrece -a partir de la categorización entre la ignorancia responsable y la ignorancia no responsable- una respuesta, más que satisfactoria, al problema que suscitan los casos de ignorancia deliberada o ceguera intencional en el moderno Derecho penal.

En conclusión, a partir del concepto de ignorancia responsable de Aristóteles, en la *Ética Nicomáquea*, es posible afirmar que los casos en que un sujeto renuncia, voluntariamente, a conocer las circunstancias de su acto, en tanto voluntarios, no alcanzan a provocar ninguna dificultad dogmática real de imputación.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA

**Aristóteles,**

*Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Madrid, Gredos, 1998

*Ética Nicomáquea*, Madrid, Gredos, 2011

**Canestrari,** Stefano, “La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 13, 2004

**Cancio Meliá,** Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del delito?”, en *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.

**Causabón,** Juan Alfredo, *Conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Educa, 1984

**Charlow,** Robin, “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, *Texas Law Review*, Vol. 70, Num. 6, May 1992.

**Feijoo,** Bernardo, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial” en *Barcelona*, InDret, 2015.

**Jakobs,** Günther, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997

**Kindhäuser,** Urs, “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, *Barcelona*, InDret, 2008.

**Köhler,** Michael, “La imputación subjetiva: estado de la cuestión” en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2000

**Limodio,** Gabriel, *Introducción al saber jurídico*, Buenos Aires, Educa, 2006

**Manrique,** María Laura,

“Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (30) 2007.

“Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, *Isonomía*, Num.40, 2014, pp.163-195.

**Meyer,** Susan Sauvé,

“Aristotle on the Voluntary” en *The Blackwell Guide to Aristotle's Nicomachean Ethics*, Oxford, Blackwell, 2006

*Aristotle on Moral Responsibility. Character and Cause*, Oxford, Oxford University Press, 2011

**Mir Puig,** Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, BdF, 2005.

**Muñoz Conde,** Francisco, *Teoría general del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

**Pérez Barberá,** Gabriel, “Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental”, *Buenos Aires, Pensar en derecho*, 2012, 1.

**Puppe**, Ingeborg, *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Buenos Aires, BdF, 2014

**Rapp**, Cristof, “Voluntariedad, decisión y responsabilidad” en *Estudios de Filosofía*, N°38, Medellín, Universidad de Antioquia, 2008

**Robbins**, Ira, “The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol.81, 1990

**Robles Planas**, Ricardo, “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, Barcelona, InDret, 2013

**Ronco**, Mauro, “La relación entre imputación y responsabilidad”, Buenos Aires, *Prudentia Iuris*, N°78, 2014

**Roxin**, Claus,

*Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 2008

*La Teoría del Delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2013

**Stratenwerth**, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 2005



# LOS EFECTOS DE LA LEY DEL ADULTO MAYOR SOBRE EL DERECHO DE SUCESIONES, UN REPLANTEAMIENTO RESPECTO A LA FIGURA DE LA INDIGNIDAD

Emilio José Balarezo Reyes

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de San Martín de Porres, de la Universidad Privada del Norte – Sede Los Olivos y de la Universidad Continental de Huancayo. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil, Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Ica

Fecha de recepción: 4 de octubre

Fecha de admisión: 13 de noviembre

**RESUMEN:** El derecho de sucesiones se encuentra estrechamente vinculado al ser humano, siendo relevante no sólo por cuestiones patrimoniales, sino también por el efecto que trae consigo la muerte. A pesar de esto, lo cierto es legislativamente es una de las áreas del Derecho que menos ha evolucionado y que con más descuido se ha tratado.

**ABSTRACT:** The right of succession is closely linked to the human being, being relevant not only for patrimonial issues, but also for the effect that death brings. In spite of this, what is certain is legislatively is one of the areas of Law that has evolved the least and that has been most neglected.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de sucesiones, modificaciones legislativas.

**KEY WORDS:** The right of succession, legislative amendment.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La Incidencia de la Ley N° 30490. 3. La indignidad y su tratamiento jurídico en el Código Civil. 4. Efectos de la Ley del Adulto Mayor y su repercusión en el Derecho de Sucesiones. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1.-INTRODUCCIÓN

El derecho de sucesiones se encuentra estrechamente vinculado al ser humano; a nuestro criterio no solo desde el ámbito patrimonial sino que también es relevante por el efecto y las repercusiones que trae consigo la muerte, para el ser humano como también a todas las personas que se encontraban vinculadas directa e indirectamente con el fallecido. Como lo manifiesta el profesor Aguilar<sup>1</sup> que la define de la siguiente manera: "...al conjunto de normas que atienden esta transmisión patrimonial por causa de muerte se le llama Derecho Sucesorio..." Por tanto, es relevante desde el punto de vista subjetivo, la cual radica en el fin del ser humano también puede ser enfocado dentro del ámbito objetivo lo que se refleja en lo que sucederá con la masa patrimonial que deja; este último aspecto se plasmara en el traslado de forma conjunta de los bienes como son la casa, el carro, etc; y además un aspecto muchas veces no tomado en cuenta que abarca tanto a las obligaciones como deudas que pudieran haber surgido durante la existencia del causante ambas situaciones acotadas son a nuestro criterio concurrentes. El Profesor Fernández Arce<sup>2</sup> acertadamente indica: "la transmisión patrimonial opera ipso jure, irremediamente, porque la norma legal que la establece es de orden público, es decir, de cumplimiento obligatorio y no puede ser modificada por ninguna persona privada"

De esta manera podemos apreciar que el tema es motivo de análisis conjunto ya que amerita responsabilidad como también un cuidado sigiloso en la aplicación de los criterios reales y jurídicos a seguir, de lo cual se ha encargado de regular de forma específica el Código Civil. Debido a que es un tema relevante que se le ha otorgado un desarrollo y tratamiento respectivo a través de las diferentes figuras que regula el Libro IV del Código sustantivo. Al respecto el profesor Taramona<sup>3</sup> plantea lo siguiente: "En el lenguaje jurídico corriente se identifica la sucesión, con el conjunto de sucesores, con el conjunto de derechos y obligaciones materia de la transmisión y con ambos conceptos juntos"

Ahora para nadie es un secreto que el libro al cual hacemos acotación (me refiero al de Sucesiones) es el que menos modificaciones ha tenido en los últimos años debido al descuido injustificado como a la poca importancia que se le ha dado al tratamiento jurídico de la etapa final de la vida del ser humano situación que de un tiempo a esta parte ha tomado otra connotación ya que se ha modificado algunos temas por la incidencia y relevancia que estos tienen ya que los respectivos tratados internacionales en los cuales es participe nuestro país; y la revaloración del ser humano en la etapa final de su existencia podemos observar que ha tenido un efecto que gradual que se ha venido dando los diferentes reconocimientos que se han dado a favor del ser humano en esta etapa de su vida, comenzando por su denominación, por ejemplo al utilizar el termino *adulto mayor*.

Esto, ha producido un enfoque distinto y moderno en torno al cuidado y valorización de las condiciones de desarrollo de la persona cuando esta se encuentra en una edad avanzada, en la cual su situación es más vulnerable nos referimos a esa población que está dentro de ese porcentaje mayor a 60 (sesenta) años.

El tratamiento otorgado al hombre respecto a su desenvolvimiento dentro de la sociedad que forma parte en las diferentes etapas de su vida debe de ser reflejo del compromiso y cuidado que pone la misma respecto a ese porcentaje de la población que se encuentra de la categoría de "adulto mayor" termino como hemos hecho referencia es reflejo del tratamiento moderno que se le da a la población que se encuentra dentro de ella y es función del Estado

---

<sup>1</sup> AGUILAR, Benjamín, *Derecho de Sucesiones*, 2da ed. Ediciones Legales, Lima, 2011, p.29.

<sup>2</sup> FERNANDEZ, Cesar, "La colación en la partición hereditaria" en *Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los treinta años del Código*, Ius et Veritas, Lima, 2015, p.138.

<sup>3</sup> TARAMONA, José, *Derecho de Sucesiones*. Teórico-Práctico, Huallaga, Lima, 1999, p.28.

velar a través de disposiciones y sobre todo acciones que reflejen protección y amparo que se le debe dar a todo ser humano que se encuentra en esta etapa de su vida ya que debe de tener como objetivo su consolidación dentro de la sociedad sustentado en un descanso como en el esparcimiento necesario producto de la consecuencia del trabajo que ha desarrollado a lo largo de su vida laboral y social ya sea a través de actividades recreativas como laborales estas últimas de acuerdo a su capacidad; las cuales buscan que toda persona se sienta útil, activa, incluida dentro de la sociedad a la que pertenece es decir se le permita participar y que no se sienta postergada.

## 2.-LA INCIDENCIA DE LA LEY N° 30490

Es con la dación de la Ley N° 30490 que fue publicada en Julio del año pasado es que se reconocen ámbitos específicos de cuidado así como la necesaria presencia de ciertas condiciones para que el adulto mayor pueda tener un tratamiento acorde con el ámbito en que se desarrolla, esta norma nos manifiesta un conjunto de aspectos que van con la consideración del *adulto mayor* como un ser humano que ya habiendo pasado su edad productiva o también denominada útil, sigue siendo importante para la sociedad y esto refleja el compromiso que debe de tener no solo del Estado, sino de todos ya que denota una situación a la cual todos indefectiblemente por el paso del tiempo vamos a llegar. La citada norma, trata de ser específica, se le otorga a todas las personas inmersas dentro del alcance de la presente ley, una serie de derechos y prerrogativas es decir se encarga de otorgar un marco normativo que permita conocer amplia como detalladamente los servicios, derechos, la atención y el trato que se le otorga a todas las personas que sean considerados como adultos mayores.

En su estructura a Ley N° 30490, comienza con un Título Preliminar en donde encontramos las ideas rectoras que van a guiar la aplicación de la presente norma, encaminadas todas a un respecto y protección de todas las personas que se encuentren dentro del rango de adulto mayor, luego prosigue con el objetivo, que es establecer un marco normativo, es decir el respaldo jurídico para el desarrollo de todas las disposiciones de la norma que en su desarrollo presenta, como son los deberes, derechos que se dan a favor de las personas adultas mayores, a su vez el rol rector de guía de vigilia por parte del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el rol que juega la familia, y el rol protector del Estado.

La norma en un punto medular de su tratamiento en torno a este tema desarrolla los servicios que se le deben de dar a las personas adultas mayores bajo el título de *Servicios para la Persona Adulta Mayor*, en donde destaca la presencia de los *Centros Integrales de Atención al Adulto Mayor (CIAM)* los cuales están bajo la responsabilidad de los Gobiernos Locales, diseñando lineamientos para obtener el mayor provecho de los servicios y beneficios en pro de los recurrentes a los mismos, también la norma establece los requisitos de procedencia para los *Centros de Atención para Personas Adultas Mayores* las cuales tienen que estar registradas y acreditadas peros sobretodo estar sujetas a supervisión en la calidad de los servicios que dan, para un mejor control de las mismas se lleva a cabo el registro de las mismas.

Es necesario establecer que otro punto neurálgico es el desarrollo de las directivas que expresa la ley, para la *Atención del Adulto Mayor*, la cual se encuentra en el Título III de la citada norma, acogiendo un rol protector y de asistencia por parte de los niveles de gobierno, sobretodo el Gobierno Nacional, a través del Ejecutivo, podemos observar una clasificación en base al tipo de la atención, como por ejemplo en salud, en materia previsional, seguridad y empleo, educación, turismo, cultura, la incidencia que tienen las organizaciones de personas adultas mayores dentro de la sociedad, en las decisiones en

torno a gobiernos locales, regionales, etc. La accesibilidad a estos servicios como a las organizaciones, y la plasmación de los lineamientos que inspiran el buen trato deben de estar al alcance de todas las personas dentro del grupo que es considerada *Adulto Mayor*, culmina esta parte de la norma haciendo acotación a la protección social, es decir el rol de amparo de la sociedad hacia el adulto mayor como también las Medidas de Protección Temporal, es decir la evaluación momentánea del adulto mayor y las medidas a tomar para su protección permanente.

Un tema medular y que marca un antes y después respecto a la trascendencia de esta norma, es el desarrollo del *Buen Trato a la Persona Mayor* en donde encontramos de forma medular el tema de la Violencia contra la persona adulta mayor, expresando una definición respecto a esta figura en la cual indica lo siguiente: “*se considera violencia contra la persona adulta mayor cualquier conducta única o repetida, sea por acción u omisión...*”. Destaca plenamente los tipos de Violencia en las que se pueden ver envueltos los adultos mayores como son la física, sexual, psicológica, patrimonial o económica, a través de cualquier tipo de abandono ya sea en la calle, en el hogar, en centros de salud, en establecimientos penitenciarios o en cualquier otra situación o circunstancia, estos serán desarrollados en el Reglamento de la presente Ley.

La ley culmina con las infracciones y sanciones que pudieran presentarse por las infracciones a la citada norma, pudiendo ser de carácter económico como administrativo, se requiere para una evaluación exhausta la cual se da por medio de un Informe Anual, que es requerido por el órgano rector de la presente norma como es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la cual sustenta el mismo ante el Congreso de la Republica con la finalidad de analizar los avances como los cambios necesarios que se deben de dar con el objetivo de hacer viable la norma materia de estudio.

### 3.-LA INDIGNIDAD Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL CÓDIGO CIVIL

Como es de conocimiento general el Libro IV del Código Civil es el que se encarga de analizar el tema sucesorio en el ordenamiento jurídico civil vigente, y de manera particular *la indignidad* debemos de indicar que la misma se desarrolla del artículo 667 al artículo 671 del Código Sustantivo, en donde se plasma una serie de situaciones en las cuales se concretiza; de una simple inspección se puede determinar que el desarrollo de cada una de las figuras colocadas sobre todo en el primer artículo de este título es decir en el 667, nos detallan situaciones que en los primeros incisos lindan con el ámbito penal ya sea concretizando su participación directa o indirectamente contra la vida del causante, ya sea mediante actos u omisiones, llegando inclusive a delitos contra el honor, situaciones por mas reprochables pues no solo conjuga un ámbito corporal y físico que en determinadas situaciones puede concluir con la muerte del causante como también en el perjuicio de su reputación, es decir dañar la imagen que tiene la sociedad del causante la cual se ve resquebrajada con este tipo de acontecimientos que queramos o no afecta el concepto y la moral del causante respecto al grupo humano del que forma parte. De acuerdo a la planteado por el profesor Miranda<sup>4</sup> lo define de la siguiente manera: “consiste en haber incurrido, el heredero o legatario, con respecto al causante o a sus herederos, en actos delictuosos o vituperables, previstos por la ley, y por cuyo motivo el sucesor puede ser excluido de la herencia...”

Otro grupo en las que están divididos las causales de indignidad podemos apreciar aquellos donde no hay una acción directa sobre el causante en el aspecto corporal o moral sino sobre

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Manuel, *Manual de Derecho de Sucesiones. Teoría – Practica*, 2da ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1996, p.77.

el testamento como figura jurídica ya sea en su origen, como también en su contenido y los beneficios que se pudieran derivar de los mismos, aquí observamos entonces los efectos que no se desean se produzcan con el testamento, el cual refleja plenamente la voluntad del causante, respecto al inciso que hace acotación a la causal de indignidad vinculada a la violencia familiar se analizara más adelante en este trabajo. Queremos culminar esta parte señalando que el padre también puede ser excluido de la sucesión de su hijo si el mismo en su debido momento no cumplió con preceptos básicos como el reconocimiento que es la base para el vínculo jurídico filial como también en la prestación de los alimentos, para el sostenimiento del hijo fallecido situación que es totalmente reprochable y causal de quitar la idoneidad como beneficiario de la sucesión del hijo. Como indica el profesor Ferrero<sup>5</sup> al referirse a la indignidad: “la indignidad es *in personam*, relativa. El indigno puede suceder últimamente a cualquier otra persona respecto de la cual la causa de indignidad no existe. Este carácter personalísimo...”

Hay que señalar que con la dación de la Ley de Violencia Familiar –Ley N° 30364 y Ley del Adulto Mayor N° 30490 estas causales han sufrido variaciones creemos que es resultado de la incorporación de situaciones reales que se presentan a diario en nuestra sociedad, situaciones a veces impensadas que puedan ser concretizadas en la realidad, pero que son resultado de pérdida de valores y de la falta de compenetración entre los miembros de una familia, institución que evidencia cada vez más una desnaturalización y pérdida de respeto dentro de la sociedad.

#### 4.-EFECTOS DE LA LEY DEL ADULTO MAYOR Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO DE SUCESIONES

El enlace estrictamente normativo entre la Ley del Adulto Mayor N° 30490 con el Derecho de Sucesiones se da en la parte respectiva a la Disposiciones Complementarios y Modificatorias, cuando en la Segunda expresa lo siguiente:

*“Modifícase el numeral 6 del artículo 667 del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo 295, el cual queda redactado en los siguientes términos:*

##### ***Exclusión de la sucesión por indignidad.***

***Artículo 667.- Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:***

*(...)*

*6.-Los que hubieran sido sancionados por sentencia firme en un proceso de Violencia Familiar en agravio del causante*

*(...)”*

Del texto de la ley se establece la modificación del artículo 667 que versa sobre las causales de indignidad como situaciones que van a desencadenar la exclusión de la calidad de heredero o legatario de forma específica en el inciso 6 esta se da como resultado de una sentencia firme. Como se observa se conjugan instituciones de carácter sustantivo como procesales, en un primer acercamiento al tema debemos de apuntar lo siguiente, que la categoría de indigno se llega luego de la realización de un proceso abreviado y de la conclusión a la que se ha llegado por parte de la judicatura luego del análisis de los hechos que han desencadenado se proceda a la categorización de esta situación, como una causal de

---

<sup>5</sup> FERRERO, Augusto, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 6ta ed. GRIJLEY, Lima, 2002, p. 197.

exclusión para ser parte de la sucesión ya sea como heredero forzoso o legatario. Coincidimos con lo planteado por el doctor Fernández<sup>6</sup> cuando indica lo siguiente respecto a la indignidad: “La indignidad constituye, además una sanción civil, que solo puede ser declarada mediante sentencia judicial dictada en un juicio civil y a solicitud de quienes tienen legitimidad procesal para demandar; trayendo como consecuencia que el declarado indigno sea excluido de la sucesión”

La diferencia saltante con el original texto del inciso 6 del citado artículo 667, radica en que la nueva redacción es más radical en el sentido que no otorga segundas oportunidades ni perdón al momento de la materialización de los actos que configuran la Violencia Familiar en contra de las personas que van tener la categoría de *causantes*, es decir antes la norma era permisible debido a que sostenía dentro de su texto lo siguiente: “...en más de una oportunidad...” lo cual no contenía un mensaje de sanción y erradicación necesario en nuestra sociedad respecto a la categoría de heredero o legatario que se le iba a otorgar a una persona que había incurrido en esos actos que desencadenarían luego de la evaluación judicial en ser catalogado como una persona indigna.

Debemos de indicar que para el momento de la redacción del Código Civil de 1984 no se había analizado de forma profunda la figura de la violencia familiar como causal de indignidad y es con posterioridad que se ha venido dando una serie de estudios que han determinado que con el transcurrir del tiempo se replantee la viabilidad de esta figura de la indignidad y las causales que la desencadenan destacando el de la Violencia Familiar, institución que con el devenir del tiempo y en especial en estos últimos años ha tenido relevancia por los múltiples casos que se han venido presentando en la sociedad peruana lo que ha desencadenado que se de una Ley exclusiva que es la Ley N° 30364 – Ley de Violencia Familiar, que también tuvo incidencia en el artículo 667 del Código Civil ya que aumento de cinco (05) causales de indignidad a siete (07) lo que nos habla de la realidad de esta figura en nuestra sociedad.

La finalidad de esta variación es una a nuestro criterio especializada, aplicable al Derecho de Sucesiones, ya que es producto de la realización de ciertos actos donde se materialicen situaciones en donde está presente la figura de la violencia familiar, en agravio del causante, es decir en vida el ascendiente o la persona que deja la herencia ha sufrido en carne propia este tipo de actos por parte de sus sucesores o legatarios estos no pueden tener acceso debido a que no han demostrado esa idoneidad para ser receptor de los beneficios de índole patrimonial como personal que se derive del proceso sucesorio es por ende básico reconocer el cambio efectuado, su justificación y su aplicabilidad en el futuro.

En líneas generales esta norma hace un disgregado adecuado de aspectos procedimentales como también servicios aplicables creemos necesarios que sirvan de base para que todos aquellos seres humanos se encuentren en esa edad tengan todos sus derechos reconocidos como también se vea sobre ellos reflejado la calidad de vida como la preocupación que tiene el Estado en brindarles una adecuada asistencia, guiados no solo en aspectos procedimentales sino en reconocer derechos fundamentales, lo que nos expresa la existencia de derechos humanos para las personas que habiendo ya recorrido su edad laboral merece un trato adecuado por todo lo que le dio a la sociedad.

---

<sup>6</sup> FERNANDEZ, Cesar, *Manual de Derecho Sucesorio*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p.114.



## 5.-CONCLUSIONES

- La Ley del Adulto Mayor ha ocasionado un efecto en diferentes aspectos jurídicos como sociales en lo que respecta al tratamiento de la población que se encuentra dentro de la misma, teniendo como idea principal la de ser la abanderada de la protección y de la revalorización de los derechos como de la presencia del Estado en los servicios que se otorga en pro del adulto mayor.
- La Violencia Familiar, es un tema actual y relevante que está impregnado de manera palpable en nuestra sociedad lo que se ha buscado con la presente Ley es configurar que situaciones son motivo de sanción sobre las personas que la practican de manera particular sobre los *adultos mayores*, dentro de las cuales una de las sanciones principales es la de ser catalogado como indigno y todas las consecuencias que de esta situación jurídica se desencadena.
- La Indignidad es una institución que está íntimamente ligada al ámbito familiar como social ya que desencadena la exclusión de determina persona para que sea elegible como sucesor, ya sea como heredero o como legatario es decir categorías distintas pero que tienen un común la representatividad de causante.
- La aplicación de la indignidad sobre determinada persona que es considerada como sucesor debe ser materia de análisis particular así coincidimos con la profesora Bustamante<sup>7</sup> quien acertadamente indica lo siguiente: “la visión de los problemas sucesorios debe hacerse de manera integral y comprehensiva cada problema jurídico tiene sus propias connotaciones”

## 6.-BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Benjamín, *Derecho de Sucesiones*, 2da ed. Ediciones Legales, Lima, 2011

BUSTAMANTE, Emilia “Algunas reflexiones acerca del Libro IV Derecho de Sucesiones del Código Civil de 1984” en ESPINOZA ESPINOZA, Juan (coord.) *Análisis Sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

FERNANDEZ, Cesar, *Manual de Derecho Sucesorio*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

FERNANDEZ, Cesar, “La colación en la partición hereditaria” en *Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los treinta años del Código*, Ius et Veritas, Lima, 2015.

FERRERO, Augusto, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 6ta ed. GRIJLEY, Lima, 2002.

MIRANDA, Manuel, *Manual de Derecho de Sucesiones. Teoría – Práctica*, 2da ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1996.

TARAMONA, José, *Derecho de Sucesiones. Teórico-Práctico*, Huallaga, Lima, 1999.

---

<sup>7</sup> BUSTAMANTE, Emilia “Algunas reflexiones acerca del Libro IV Derecho de Sucesiones del Código Civil de 1984” en ESPINOZA ESPINOZA, Juan (coord.) *Análisis Sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p.293.



# ALCANCES DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Roger Vidal Ramos

Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo (Trujillo). Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Fundador de Estudio Vidal Abogados. Árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.

Fecha de recepción: 18 de septiembre

Fecha de admisión: 03 de noviembre

*En memoria de mi amado Padre Roger Vidal Roldan, quien ilumina mis pasos.*

**RESUMEN:** En la ejecución del laudo arbitral, concurren dos situaciones para su ejecución: la que permite que los propios árbitros ejecuten el laudo y la que deja a los jueces ordinarios ingresar a la ejecución de los laudos. Es importante determinar si existen terceros afectados (basta la posibilidad) en el proceso arbitral. En un primer momento, la obligación de comunicar la presencia de terceros debe ser informado por cualquier de las partes, al Tribunal Arbitral. De tomar conocimiento el Tribunal Arbitral por algunas de las partes durante el desarrollo de la litis arbitral de la existencia de terceros, aquel de oficio debe requerir información sobre estos y podría incorporarlos de oficio, siempre con mucho tino y cautela a fin de no desvirtuar el proceso con la figura de partes no signatarias.

**ABSTRACT:** In the execution of the arbitral award, there are two situations for its execution: the one that allows the arbitrators themselves to execute the award and the one that leaves the ordinary judges to enter the execution of the awards. It is important to determine if there are affected third parties (the possibility is enough) in the arbitration process. At first, the obligation to communicate the presence of third parties must be informed by any of the parties, the Arbitral Tribunal. If the Arbitral Tribunal is informed by some of the parties during the development of the arbitration litigation of the existence of third parties, that ex officio must request information about them and may incorporate them ex officio, always with great care and caution in order not to distort the process with the figure of non-signatory parties.

**PALABRAS CLAVE:** Convenio arbitral / Ejecución de laudo / Terceros

**KEY WORDS:** Arbitral award, Execution of the award, third parties.

**SUMARIO:** 1. Convenio arbitral.— 2. Laudo.— 3. Ejecución de laudo.— 4. Casos hipotéticos.— 5. Conclusiones.— 6. Referencias bibliográficas.

## 1. CONVENIO ARBITRAL

En la doctrina y tribunales jurisdiccionales, no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, con la simple manifestación del consentimiento entre las partes para celebrar el convenio arbitral; este último deviene en válido para el ordenamiento jurídico general y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que el acto realizado concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato<sup>1</sup>.

A nuestro entender, el convenio arbitral, como manifestación de voluntad constituye un pacto que contiene dos características, siendo la primera los efectos procesales, por cuanto la naturaleza del convenio arbitral constituye una obligación de acudir en caso de controversia o incertidumbre a la vía arbitral, de no existir un conflicto o posible litigio, el convenio arbitral sería una “cláusula” que quedaría en absoluto reposo, solo se activaría única y exclusivamente cuando cualquiera de las partes de una relación jurídica sienta que no existe equidad o justicia entre los derechos y obligaciones. En ese momento es cuando el convenio arbitral cobraría efecto jurídico y se encaminaría a erigir la llamada justicia arbitral. Es fundamental que las partes contratantes o las personas a título individual, tengan el pleno conocimiento de la real dimensión del convenio arbitral, pero es mucho más importante que el convenio arbitral sea suscrito en una forma correcta, completa, precisa y en aplicación de todos los requisitos establecidos por nuestro Código Civil (en adelante, CC) sobre la teoría del acto jurídico y en una interpretación sistemática de las instituciones de los libros de Derecho de las Obligaciones y Contratos<sup>2</sup>.

Todo convenio arbitral imperfectamente redactado, ambiguo, impreciso y sin que se encuentre compuesto por sus elementos esenciales, siempre será factible que pueda ser declarado nulo, vía recurso de anulación de laudo, lo cual perjudica los derechos contractuales de las personas naturales y jurídicas, siendo, por este motivo, indispensable contar con una asesoría legal idónea en materia arbitral que tenga por finalidad que la suscripción del “convenio arbitral” tenga toda la protección y finalidad alcanzada por las partes contractuales. Solo de esta forma se estaría logrando que el “pacto arbitral” siga siendo una institución que brinde seguridad jurídica y constituya el primer paso de un acceso amplio, sencillo y preciso a la justicia arbitral.

Para la concepción material del convenio arbitral, la obligación compromisoria es plenamente patrimonial. Por el contrario, la tesis formal viene a propugnar la idea de que los contratos procesales, y entre ellos el convenio arbitral, generan obligaciones imperfectas sin responsabilidad. Pero esa amputación se hace, en nuestra opinión, arbitrariamente, desconociendo lo dispuesto en el artículo 1254 del CC para todo contrato (el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio) sin otro fundamento que el propio apriorismo dogmático y, en última instancia, como se desprende existe una concepción en exceso estatalista del derecho y la jurisdicción<sup>3</sup>.

En todo caso, cabe preguntarse si la propia prestación en la que consiste la obligación compromisoria tiene el valor pecuniario. En este sentido Emmanuel GAILLARD, citado por De Benito Llopis -Llombart, precisa: El valor económico del convenio arbitral suele ponerse en manifiesto en su frustración o incumplimiento. En efecto: en muchas ocasiones, la cláusula compromisoria, no es objeto de una negociación realmente consiente, o sencillamente se evita hacer excesivo hincapié en el método de la resolución de disputas, como para alejar, en el momento del acuerdo, la propia eventualidad del desacuerdo. Sin

---

<sup>1</sup> MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 3.ª ed., Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, p. 257.

<sup>2</sup> VIDAL RAMOS, Roger, “Alcances generales del convenio arbitral”, en *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2012, p. 153.

<sup>3</sup> DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco, *El convenio arbitral (su eficacia obligatoria)*, 1.ª ed., Navarra: Civitas- Thomson Reuters, 2010, p. 148.

embargo la elección de un método inapropiado de resolución de controversias puede comprometer el equilibrio económico del contrato y descabalar por completo los cálculos de las partes negociadoras<sup>4</sup>.

Es importante considerar que al margen de las obligaciones procesales del convenio arbitral de hacer (entregar bien cierto en ejecución de laudo), dar (pago honorarios arbitrales) y no hacer (no revelar la confidencialidad), se generan obligaciones patrimoniales, tal cual se desprende del derecho de las obligaciones, que implican entre los árbitros y las partes (o viceversa), a continuación establecemos los siguientes supuestos:

- a) La ley arbitral peruana, prescribe que en un supuesto, de que el Tribunal Arbitral, laudara fuera del plazo, incurriría en una causal de anulación del laudo, incumplimiento arbitral grave, lo que habilita que la parte perjudicada (vencedora), podría interponer una demanda de daños y perjuicios, en contra del tribunal arbitral por el incumplimiento (según sea pertinente por culpa, culpa inexcusable o dolo) a lo pactado en el convenio arbitral, acta de instalación del tribunal arbitral, o al reglamento institucional. Consideramos que el cálculo de daño emergente y lucro cesante tendrían el debido sustento jurídico y económico para imputar responsabilidad a los árbitros.
- b) Un tema de vital importancia a efectos de que la Litis arbitral, se mantenga en curso, se encuentra representada por el pago de los honorarios arbitrales, estableciéndose la regla de que la parte demandada o demandante, incumplan con el pago de los honorarios se genera la subrogación activa (paga demandante), pasiva (eventualmente demandado) o la parte interesada en el proceso, cubra la totalidad de los honorarios, en tal sentido resulta una obligación de dar suma de dinero que será establecida como contraprestación en favor de los árbitros, a fin de que el proceso mantenga su secuela y que será establecido en el laudo en los costos y costas.
- c) El cumplimiento del principio de confidencialidad, resulta de práctica indispensable durante la secuela de todo el proceso arbitral, en un supuesto de mala fe procesal arbitral, una de las partes procesales incumpliera, esta regla y ventilara supuestos como el reconocimiento de obligaciones contractuales, ofrecimiento de medios probatorios o acuerdos de conciliación o transacción, podrían generar incentivos para que potenciales demandantes o partes no signatarias, puedan interponer nuevas demandas arbitrales o judiciales, generadas por la ventilación de información confidencial, la parte perjudicada podría interponer las acciones de daños y perjuicios, contra los árbitros (si fueran los generadores de la infracción a la confidencialidad), la contraparte procesal y pudiéndose hacer extensivo a los peritos, testigos y órganos jurisdiccionales de apoyo al Tribunal Arbitral (medidas cautelares o ejecución de laudo).

## 2. LAUDO

Es aquel acto procesal, mediante el cual el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento; también puede ser considerado como “laudo final” aquel que culmina la tarea de los árbitros, luego de haber dictado uno o más “laudos parciales”.

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

También puede ser definido como, aquel fallo que resuelve de manera definitiva todas las controversias sometidas a conocimiento tribunal arbitral y que una vez emitidos implican la culminación de las funciones de los árbitros. Siempre existirá un último (o a veces un único) laudo con el que los árbitros darán por concluida sus funciones, pero, durante la tramitación del procedimiento arbitral tendrán la facultad (salvo pacto contrario de las partes) de emitir uno o más laudos. El ejemplo típico de laudo final, se da cuando el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento; sin embargo, también puede ser considerado como laudo final aquel por el cual culmina la tarea o las obligaciones (procesales y/o contractuales) de los árbitros, luego que se hayan dictado uno o más laudos parciales.

### *2.1. Laudo parcial*

Esta referido aquellos laudos que resuelven de manera definitiva parte de la controversia sometida a conocimiento del tribunal arbitral, dejando pendiente de resolver el resto del conflicto. Otra parte de la doctrina denomina a los laudos parciales, “laudos interinos o laudos interlocutorios”.

### *2.2. Laudo por acuerdo de las partes*

Si en el transcurso de las actuaciones arbitrales las partes llegaran a un acuerdo por transacción o conciliación; las partes podrán formalizan su acuerdo a través de un contrato de transacción y darán por concluido el arbitraje; o, pueden optar por solicitarle expresamente al árbitro que formalice su acuerdo a través de un laudo arbitral, con lo que otorgarán a su acuerdo privado la autoridad y efectos propios de una sentencia con calidad de cosa juzgada. En este último supuesto, cabe la posibilidad a los árbitros de negarse a la solicitud de las partes de formalizar su acuerdo privado en un laudo arbitral; esto sucederá cuando el árbitro inequívocamente verifique que la transacción viola disposiciones de orden público o se ha realizado sobre derechos no disponibles. La Ley de Arbitraje (en adelante, LA) establece que la el laudo arbitral que tiene como origen una transacción tiene la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia; siendo que el laudo producirá los efectos de una sentencia.

## **3. EJECUCIÓN DE LAUDO**

El artículo 59 de la Ley Arbitral, establece que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene “efectos de cosa juzgada”. En la intención del legislador arbitral estaba que en caso de incumplimiento no se requiriera la intervención de los órganos jurisdiccionales a los efectos de llevarlo a ejecución. De allí que en el párrafo final del artículo 59.3 nos da entender que la ejecución es la *extrema ratio* “Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67”. Sin embargo, el intento es fallido: las partes no pueden otorgar facultades “para la ejecución”, pues ello no está en su esfera de disponibilidad. Así que se quiera o no frente al incumplimiento de fallo del laudo no habrá más remedio que acudir al Poder Judicial.

A diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen a través de la ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros, Por ello, dado el origen voluntario

del proceso arbitral que concluye con el laudo, este debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, quienes han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia<sup>5</sup>.

Como bien señala Roque CAIVANO<sup>6</sup>, la función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral, no es la emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto esta ha sido reservada al Estado. En efecto, el juez que conoce un proceso de ejecución de laudo, no tiene facultad ni competencia alguna para revisar el análisis de los hechos efectuados por los hechos efectuado por el árbitro ni lo resultado por este.

En rigor, todo lo que implique el uso de fuerza está vedado a los juzgadores privados, y ello no solo en relación a la actividad ejecutiva en estricto, sino también en relación a la propia actividad declarativa: así, los árbitros no cuentan con poder coercitivo para, p.ej., hacer concurrir con el auxilio de la fuerza pública a un tercero a los efectos de que preste una declaración testimonial. En tales casos, de surgir resistencia del tercero, deberán recurrir a la autoridad judicial a fin de que le preste su “colaboración” para la actuación de la prueba: Y lo propio ocurrirá si debiéndose realizar una inspección se encuentren con resistencias para su realización. Vale decir que cuando exista un obstáculo (cualquier obstáculo) que implique el uso (o la amenaza del uso) de la fuerza pública siempre deberán recurrir a su depositaria: la organización judicial pública.

Resulta claro que los árbitros no cuentan con *poder y autoridad* para imponer *directamente* y con la *fuerza* sus propias decisiones, si bien la LA ha otorgado sí un poder que no emana de las propias partes: el *poder cautelar*, pero se lo ha otorgado todas las limitaciones inherentes a unos juzgadores privados cuya fuente de autoridad es un acuerdo de partes (convenio arbitral) y que como tal no tienen poder de coerción: podrán *disponer* cualquier medida cautelar pero, como veremos, no podrán *imponerla*, pues su “ejecución” correrá a cargo de los jueces y sus auxiliares.

El laudo es ejecutable aun cuando contra el mismo se haya ejercitado acción de anulación, pero el ejecutado podrá solicitar la suspensión de la ejecución (siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución), que se alzara en cualquier caso cuando conste al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del ejecutante de solicitar en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados<sup>7</sup>.

En España, se considera que el laudo goza, pues, de eficacia ejecutiva definitiva y, por eso, aparece incorporado a la relación de títulos ejecutivos del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. El régimen de ejecución se equipara al de las resoluciones judiciales, por lo que se contiene una remisión en bloque a la ley procesal<sup>8</sup>.

Compartimos la posición de Rita SABROSO MINAYA<sup>9</sup>, quien sostiene:

Debemos recordar que los alcances del laudo deben circunscribirse a las partes que celebraron el convenio arbitral y que participaron en el proceso arbitral. Un laudo no surte efectos sobre terceros que no pudieron ejercer su derecho de defensa dentro del proceso arbitral mismo. Cuando los efectos del laudo se pretenden extender a terceros que no participaron en el arbitraje, deberán impugnar el laudo a través de la vía constitucional, en tanto exista una afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales.

---

<sup>5</sup> MUNNÉ CARATINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcelona: Experiencia, 2004, p.163.

<sup>6</sup> CAIVANO, Roque, citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, Nueva Ley de Arbitraje”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 10, Lima: Grijley, 2010, p. 90.

<sup>7</sup> CORDÓN MORENO, Faustino, *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, 1.ª ed., Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 202.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> SABROSO MINAYA, Rita, “La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 161, Lima: febrero del 2012, p. 33.

La función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral, no es la de emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto esta ha sido reservada al Estado<sup>10</sup>.

### 3.1. *Ejecución judicial: El laudo como “título de ejecución”*

En el derogado artículo 713 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) establecía “título de ejecución” el “laudo arbitral firme”. En rigor el “laudo firme” no es el “título”, sino que lo es el documento que lo contienen o más precisamente los documentos que nos señala el artículo 68 de la LA<sup>11</sup> (indicados como “anexos”): “copia del convenio arbitral, del laudo en primera instancia arbitral, del laudo en segunda instancia arbitral o de la sentencia judicial que resuelva la anulación en su caso”. Cuando la ley nos indica que el laudo debe estar “firme” significa que no es posible la ejecución pendiente los recursos pertinentes. Ergo, al igual que tratándose de las sentencias no es posible una ejecución basándose en un título aún no definitivo (o sea no es posible la ejecución provisional). Tómese en cuenta que el laudo tendrá todo el valor equivalente a una sentencia que se quiera pero dado que proviene de particulares está contenido en un documento privado.

El artículo 688, inciso 2<sup>12</sup>, del CPC y artículo 68 de la Ley Arbitral confluyen: “El laudo se ejecutará como una sentencia”, tanto la ley especial como la general, mantienen coherencia.

Una vez presentada la demanda de ejecución (una demanda que debe reunir todos los requisitos del artículo 424 del CPC, en lo pertinente, pues es una demanda de ejecución), el juez debe dictar el llamado “mandato de ejecutivo, conforme a lo establecido en el artículo 690-C del CPC, en el cual se dispondrá el cumplimiento de la obligación contenida en el laudo, bajo el apercibimiento correspondiente.

Cabe precisar que algunos juzgadores solicitan al ejecutante del laudo, que se adjunte copia certificada de la resolución que declare el consentimiento del Laudo, lo cual resulta inconsistente y desnaturaliza el proceso arbitral, en estricto las funciones jurisdiccionales del árbitro o el tribunal culminan con la emisión del Laudo, conforme al artículo 60<sup>13</sup> de la Ley Arbitral, salvo que se faculte al tribunal arbitral competencia de la ejecución del Laudo.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE. “Artículo 68. Ejecución judicial.

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de este y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

3. La parte ejecutada solo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo”.

<sup>12</sup> Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes: 2. Los laudos arbitrales firmes;

<sup>13</sup> Artículo 60.- Terminación de las actuaciones. 1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67.



El juzgador a fin de que el ejecutado ejerza su derecho de contradicción (Artículo 690-D CPC), le otorgara un plazo de cinco días, que sustente su posición con medios probatorios idóneos respecto a los siguientes supuestos:

1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia;
3. La extinción de la obligación exigida;

Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental.

La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

Es importante observar las reglas procesales del trámite que regula el artículo 690-E del CPC, a fin de que el Juzgador luego de un sencillo análisis deberá pronunciarse respecto a la contradicción, en algunas oportunidades las partes vencidas (entidades en arbitraje en contrataciones estatales) de forma errada pretenden ejercer su derecho de “contradicción” cuestionando la validez del laudo o cuestionando los intereses establecidos, lo cual deberá ser observado por el juzgador a fin de sin medias audiencia única se sirva resolver la contradicción.

Es importante que el ejecutante, pueda observar los artículos 716 y 717 del CPC; respecto a la ejecución del laudo sobre cantidad líquida, en consideración que números laudos establecen la orden de pago de sumas de dinero.

Condiciones de ejecución de laudo de acuerdo al CPC modificado.

- La ejecución de sentencia (firme) deja de ser concebida como la última fase del proceso declarativo (hoy conocimiento, abreviado o sumarísimo), siendo entendida como un proceso del todo autónomo;
- La sentencia firme es considerada “título de ejecución” (art. 688 inc. 2), pasa a ser el presupuesto para iniciar el (autónomo) proceso de ejecución, siempre que esta reúna los requisitos sustanciales del artículo 689, o sea contener una *obligación cierta, expresa y exigible*, y tratándose de dinero, *líquida o liquidable*, pero, nótese que tal liquidación debe poder ser realizada mediante “operación aritmética”.
- Se prevé que en caso de que el “título de ejecución” condene al pago de cantidad ilíquida “el vencedor” debe acompañar liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o “en su defecto los que la ley disponga” (primer párrafo del art. 717), que no puede ser otro que la liquidación mediante simple “operación aritmética” (art. 689).



- El pago de lo liquidado por el ejecutante debe ser ordenado en el llamado mandato de ejecución (se infiere del segundo párrafo del art. 717 CPC);
- El ejecutado puede observar la liquidación “contenida en el mandato” dentro del tercer día, luego de lo cual el juez debe aprobar o desaprobado la liquidación.
- Tras la aprobación de la liquidación el juez debe disponer el embargo de los bienes del ejecutado, salvo que ya hubiera un embargo cautelar en cuyo caso se puede dar inicio a la “ejecución forzada” (léase: tasación, remate y pago; art. 716), conforme a las reglas fijadas en el artículo 725 y ss.

### *3.2. La “oposición a la ejecución”. Contradicción entre la ley arbitral y el Código Procesal Civil*

El proceso de ejecución es el mecanismo que se utiliza para lograr la satisfacción o materialización de la obligación contenida en el título, en un escenario de garantías y de exigencias a través de la fuerza, en el caso que opere en el escenario judicial. La facultad de ejecución, permite el empoderamiento que hacen las partes del árbitro, a quien delegan no solo el poder para que defina el conflicto sino que este pueda además ingresar a la ejecución de lo que defina; esta facultad es la expresión del ejercicio de la autonomía privada de voluntades, la misma que va a tener una limitante, cuando requiera recurrir a la fuerza para doblegar la, resistencia del obligado. Bajo ese supuesto, será inoperante y sin éxito la ejecución del laudo en sede arbitral, por tanto, no habrá más alternativa que recurrir al poder de la jurisdicción para el ejercicio de la vis compulsiva.

Expuesto así los hechos, queda claro que la ejecución del laudo, puede ser abordado bajo un escenario arbitral o judicial. De ello estará en función de los límites de la autonomía de voluntad que las partes quieran ejercer en relación a la ejecución del laudo o la decisión final que ponga fin al proceso arbitral.

El elemento fundamental para que pueda activarse la ejecución del laudo en el escenario arbitral es la existencia de una declaración expresa de voluntad, que hacen ambas partes, para otorgar facultades a los tribunales arbitrales a continuar con la ejecución, el mismo que podría ser incorporado en el convenio arbitral, acta de instalación, reglamento arbitral o pactado por las partes durante el proceso con aceptación del colegiado.

Eso significa que los árbitros no solo se deben limitar a conocer los hechos y declarar el derecho sino que tratándose de prestaciones de condena que encierran obligaciones, también deben procurar la satisfacción de lo declarado, pues, las partes les han facultado continuar con ese fin. La base legal lo encontramos en el artículo 67.1 de la LA. Estas facultades de ejecución permitirá que los árbitros diseñen algunas estrategias para cumplir a cabalidad con la misión encomendada, como el requerir cartas fianzas para garantizar el cumplimiento de la pretensión dineraria; o pedir ser mandatario de las partes, para realizar en su nombre la futura obligación de hacer, materia de la controversia; todo ello estará permitido por ser perfectamente disponible y porque es la expresión de la voluntad de las partes, como mecanismo para ingresar a la pronta ejecución de lo que se va decidir en el laudo.

La delegación de facultades a los árbitros va a permitir la ejecución del laudo bajo dos fases, La primera que se iniciará en sede arbitral y la segunda que continuaría en sede judicial. La ejecución del laudo en sede arbitral puede requerir de un procedimiento especial, el mismo que se agotará cuando, “a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública” (art. 67.2 del D. Leg. N.º 1071)

Esto significa que los árbitros, a pesar de contar con facultades de ejecución, pueden estos a su sola discreción cesar su intervención, sin necesidad de realizar actos previos y

de evidencia objetiva que permitan afirmar que no podían continuar con la ejecución encomendada.

Véase el caso en el que se ha dispuesto como parte de la condena en el laudo, la entrega de determinada maquinaria pesada a la parte vencedora, la misma que se encuentra en poder del demandado en un almacén determinado. Los árbitros podrían inferir, que pese al pedido formulado al vencido, el propio procedimiento arbitral para la entrega de las máquinas la renuencia reiterada del demandado a cumplir voluntariamente con la entrega, llevaría a inferir que se va a requerir el uso la fuerza para vencer la resistencia de la obligada; fuerza que se va expresar en el uso de apremios como el descerraje del inmueble donde se ubiquen los bienes y la extracción de las máquinas. Si los árbitros, realizan una proyección de que se requeriría fuerza a materializar el laudo se puede llegar a colegir que la fuerza es un atributo del que gocen estos y eso no haría viable que estos continuaren con la ejecución; todo lo contrario, la *executio*, se constituye como uno de los poderes de la jurisdicción, a la que se tendría que recurrir inevitablemente.

La ejecución se inicia en sede arbitral y continua en sede judicial. Como dice el artículo 67.2 del D. Leg. N.º 1071, si los árbitros deciden cesar en sus funciones, se entregará a la parte interesada, a costa de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Esta ejecución en sede judicial constituye la segunda fase de la ejecución. La primera ya se inició ante los propios árbitros o, lamentablemente, al no haber sido exitoso (porque se requería fuerza para vencer la resistencia del condenado) es que se opta por continuar la ejecución en sede judicial, pero con continuación de la jurisdicción arbitral quienes darán por cumplida la obligación.

Esta pertinente acoger la ley especial, la cual textualmente señala que la jurisdicción interviene para lograr que se cumpla el mandato, de ejecución. En igual forma, cuando los árbitros piden apoyo a la fuerza judicial para efectivizar sus mandatos cautelares, la intervención se concretiza para el acto especial, el “mandato cautelar”; pero los árbitros continuaran asumiendo la competencia del arbitraje. Lo que la jurisdicción hace, no es asumir la competencia sino complementar la eficacia de lo decidido en sede arbitral, recurriendo para ello al uso de la fuerza, que solo se puede ejercer a través de los órganos jurisdiccionales.

Para ingresar a la ejecución del laudo, en sede arbitral, no se requiere que el laudo este firme, como si lo exige el artículo 688.2 del CPC, al referirse al título ejecutivo en el proceso único de ejecución. La interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo, como señala el art. 66.1 del D. Leg. N.º 1071, pero aquí hay que hacer una precisión.

La interposición del recurso por sí solo no es un acto que permita el efecto de la suspensión, como dice la ley, sino que este puede llevar a que se admita o no la impugnación. Solo en los casos que se admita el recurso de anulación; se justificaría la suspensión de la ejecución, siempre y cuando se acompañe además la garantía a que refiere el art. 66.3 del D. Leg. N.º 1071. Esto significa que frente al proceso de ejecución iniciado, este se suspende hasta que el laudo se encuentre firme; pero, en el caso de la ejecución del laudo bajo las reglas del CPC, la exigencia de la firmeza como condición en el laudo, tal como lo exige el artículo 688.1 del CPC, ni siquiera permitiría promover la ejecución del laudo, pues, una condición para que se promueva, es que el título se encuentre firme.

El CPC exige la firmeza del laudo para ejecución y la ley especial, no exige esa condición; con el CPC ni siquiera se podría promover la ejecución a diferencia la ley especial, que sería posible, sin perjuicio, que posteriormente se promueva su suspensión. El asunto de la firmeza aparentemente se complicaría, y mercería como un texto contradictorio con el propio CPC (art. 688.2). Al respecto debemos indicar que la ley especial prima en caso de procedimiento de ejecución a cargo de los árbitros. Optar por una u otra estará en atención a los límites de voluntad que las partes hayan establecido; lo que significa, que si optan por

la primera alternativa, todo el diseño a seguir para la ejecución de sus laudos, será la que regula la ley especial; pero, si se opta por ella, las reglas para la ejecución de los laudos serán del CPC.

En el primer caso, una de las condiciones para ejercer la ejecución es que el laudo no se encuentre firme, y esa condición se va a mantener a través de todo el procedimiento, salvo que se pida la suspensión como lo establece el art. 66 del D. Leg. N.º 1071; situación que no sucede en el segundo caso, en que el laudo tiene que estar necesariamente firme para ingresar a la ejecución de este. Además, si se opta por la primera alternativa, vamos a tener un diseño que comprende dos fases para la ejecución. La primera que se inicia en el propio escenario arbitral (art. 67 del D. Leg. N.º 1071) y la segunda que continúa su ejecución —truncada— en el escenario judicial (art. 68 del D. Leg. N.º 1071).

En todo este recorrido, la idea central que acoge la ley especial y opera cuando hay facultades de ejecución para los árbitros, es que el laudo no requiere estar firme para su ejecución, esto es, en estas dos fases de recorrido, no se requiere que el laudo este firme, ni siquiera para la ejecución judicial a que refiere el art. 68 del D. Leg. N.º 1071. Perfectamente los efectos del laudo pueden ir materializándose a pesar que este se encuentre impugnado, a través del recurso de anulación. Solamente será posible suspender esta ejecución cuando se deposite una garantía bancaria; situación que no opera en los casos donde las partes no hayan dado expresas facultades de ejecución a los árbitros, pues, aquí las reglas a seguir serán las que regulan el proceso único de ejecución y se requiere necesariamente la existencia de un laudo firme. Ello es una situación diferenciadora, frente a la ejecución de laudos bajo las reglas del CPC. Aquí necesariamente se requiere que el título ejecutivo se encuentre firme.

En conclusión, de lo expuesto hasta el momento podemos afirmar que en la ejecución del laudo arbitral concurren dos situaciones para su ejecución. La que permite que los propios árbitros ejecuten el laudo, para lo cual las partes deben haber otorgado facultades para la ejecución; y la que deja a los jueces ordinarios ingresar a la ejecución de los laudos, bajo las reglas del proceso único de ejecución, cuando no se han otorgado facultades a los árbitros para la ejecución.

Según el artículo 690 -D del CPC el ejecutado puede formular “contradicción a la ejecución dentro de los cinco días de notificado”. Esta “contradicción” solo puede fundarse en que ya se cumplió lo ordenado o que la obligación se ha extinguido. Solo se admite como prueba los documentos, los que deben acompañarse al escrito de “contradicción”, pues caso contrario ella se declara inadmisibles. Por su parte el artículo 68 señala que la única oposición (oposición y contradicción son lo mismo) del ejecutado es aquella que se fundamente en que se cumplió con el mandato ejecutivo, en cuyo caso el juez suspende la ejecución. Ergo, los motivos de oposición (o si se quiere de “contradicción”) resultarían ser tres: *a*) cumplimiento; *b*) extinción de la obligación por otra causa; y *c*) no firmeza del laudo. Según el segundo párrafo del artículo 690-D CPC de la llamada contradicción se corre traslado al ejecutante por cinco días, y con la contestación o sin ella, se resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción. La resolución que declara fundada la contradicción es apelable con efecto suspensivo. Por tanto, la que la declara infundada y dispone que se siga con la ejecución lo sería “sin efecto suspensivo”.

### **3.3. Continuación de la ejecución**

Si es que no se promueve “contradicción” o si propuesta es desestimada, la ejecución debe continuar (en el lenguaje del CPC, “seguir adelante la ejecución”). Si se trata de dinero el acto siguiente está indicado en el artículo 728 del CPC: se dispondrá la tasación de los bienes (se entiende embargados), con lo cual se inicia el procedimiento de remate, vale decir, el procedimiento “ordinario” para el supuesto en que no habiendo cumplido el deudor se deba proceder al mecanismo sustitutivo enderezado a satisfacer los intereses creditorios,

hasta llegar al llamado pago *ex artículo 746 del CPC*. Si no se trata de dinero sino de un dar determinado, un hacer o un no hacer, el problema se complica pues casi nada ha previsto el CPC al respecto, por ello amerita ver caso por caso.

### 3.4. *Desarrollo del proceso de ejecución de laudo*

El laudo consentido tiene el valor equivalente a una sentencia con la calidad de cosa juzgada, y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del D. Leg. N.º 1071<sup>14</sup>. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes en forma voluntaria el interesado podrá solicitar su ejecución forzada ante el juez o el tribunal arbitral, ello generará dos supuestos diferentes que necesitan su regulación.

### 3.5. *Ejecución de laudo ante tribunal arbitral o árbitro único*

De conformidad con la LA, la ejecución de laudo arbitral se inicia a solicitud de parte dirigida al tribunal arbitral o árbitro único, quien dispondrá su cumplimiento, pudiendo para dicho fin solicitar auxilio de la fuerza pública siempre y cuando medie acuerdo para dicho efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67.1 del D. Leg. N.º 1071<sup>1516</sup>. En el supuesto que no se cuente con acuerdo facultativo de ejecución en sede arbitral, con la emisión del laudo y sus sucedáneos cesará las funciones del tribunal o árbitro único, y se dejará a salvo el derecho de las partes para que inicien la ejecución por vía judicial, para dicho fin se harán entrega a las partes de las actuaciones arbitrales que requieran para dicho fin.

Asimismo, en caso de arbitrajes institucionales si el reglamento del Centro de Arbitraje regulase la forma de ejecución, en este caso, dicha ejecución se somete a dicho reglamento previamente aceptado por las partes, y en caso de residencia se procederá a ejecución con auxilio de la fuerza pública.

Los únicos requisitos/documentos que pueden exigirse para reconocer y ejecutar un laudo son: (1) el acuerdo arbitral; y (2) el laudo arbitral, los artículos IV de la Convención de Nueva York y 1462 del Código de Comercio son tajantes al respecto. No es necesario que

---

<sup>14</sup> DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE. “Artículo 59. Efectos del laudo.

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.  
2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.  
3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67”.

<sup>15</sup> DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE. “Artículo 67. Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. [...]”.

<sup>16</sup> Es necesario tener en cuenta lo indicado por Ana María ARRARTE, quien precisa: “No es exacto afirmar que la jurisdicción de los árbitros concluya con la emisión del laudo arbitral. Si tenemos en cuenta que esta jurisdicción proviene del mandato de conferido por las partes, a través del consenso plasmado en el convenio arbitral, en nuestra opinión, es perfectamente posible sostener que la jurisdicción de los árbitros concluirá donde se agoten también las facultades a ellos conferidas.

Las partes pueden otorgar a los árbitros facultades que les permitan asumir la dirección de la etapa de ejecución de su propio laudo arbitral, e incluso facultades de ejecución, en este último caso, siempre que estas no impliquen el ejercicio directo de la fuerza como mecanismo de coacción física”. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial”, en *Diké. Portal de información y opinión legal*, p. 25. Recuperado de <<http://bit.ly/2bxO449>>.

sean transmitidos mediante algún método formal (como carta rogatoria) ni que se cumpla formalidad alguna adicional<sup>17</sup>.

Al respecto, el profesor Alfredo BULLARD GONZÁLEZ precisa que la ejecución arbitral de los laudos:

[E]s mucho más que autorizar el uso de la fuerza pública; en ese sentido, muchos actos de ejecución no requieren el uso de tal fuerza; inscribir un embargo o una decisión en los registros públicos, organizar o llevar a cabo la venta de un bien, liquidar intereses, costos y costas, resolver oposiciones o cuestionamientos a la ejecución o a la forma como esta se está realizando; son todos actos de inmenso inventario, a que pueden ser llevados por los árbitros, sin ningún problema, pues no hay que recurrir a la fuerza pública<sup>18</sup>.

#### 4. CASOS HIPOTÉTICOS

Los dos casos planteados mantienen dos litigios vigentes, que por temas de confidencialidad del arbitraje solo se brindarán detalles generales y distintivos. Estos casos se encuentran encaminados a reflexionar sobre la participación de los terceros ajenos al convenio arbitral y la problemática que se genera respecto a la ejecución del laudo, en los cuales se debe considerar indispensablemente los siguientes supuestos: a) desconocimiento absoluto del proceso arbitral y b) Conocimiento del inicio de la controversia con la notificación de alguna carta notarial o con la notificación dando conocimiento del inicio del arbitraje.

##### 4.1. *Contrato de concesión y entidad municipal*

Una entidad municipal, suscribe un contrato de concesión, virtud del cual ceden un conjunto de inmuebles a fin de que puedan ser explotados por la empresa concesionaria, por el plazo de 10 años, estableciéndose como contraprestación a favor de la Municipalidad, el pago del 30 % de la utilidad mensual que perciba la concesionaria por cualquier ingreso económico, generado por la explotación de los inmuebles y ambientes materia de concesión.

La concesionaria, en ejercicio de su derecho de explotación (uso-disfrute), suscribe tres contratos de arrendamiento a fin de que entidades financieras puedan ubicar cajeros electrónicos, un contrato de comodato con una ONG (promocionar sus fines ambientales) y en usufructo a título gratuito entrega un espacio para un restaurante.

La Municipalidad notifica a la concesionaria, con seis cartas de requerimiento de pago, expresando el reiterando incumplimiento de su obligación de pagar el 30 % de la utilidad mensual, en forma posterior la Municipalidad emplea la cláusula de resolución de pleno derecho y resuelve el contrato de concesión; luego, conforme al convenio arbitral las partes recurren a la justicia arbitral con la respectiva solicitud y demanda. Finalmente, la demanda es declarada fundada en todos sus extremos y la entidad municipal solicita la ejecución de laudo contra los terceros ajenos al convenio arbitral, es decir contra las entidades financieras, la ONG y el Restaurante.

---

<sup>17</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. Francisco, *Arbitraje*, 3.ª ed., México DF: Porrúa, 2001, p. 738.

<sup>18</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. SOTO COAGUILA. Carlos (editor) *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*, T. I, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 748.

#### 4.2. *Contrato de usufructo propietario versus gimnasio*

Una propietario otorga en usufructo en favor de una empresa (gimnasio) los pisos cuatro y cinco de un inmueble, a fin de construir (diseño, acabados y a fines) un gimnasio (de 2 pisos) en el plazo de 16 meses y estableciendo como beneficio del propietario que cede los inmuebles, la retribución del 20 % de las utilidades netas mensuales, una vez que el gimnasio se encuentre operativo.

De forma adicional, se estableció como causal de resolución de contrato, una condición suspensiva (construcción en 16 meses), de no existir construcción, el contrato se resolvería de manera automática.

El gimnasio estableció una obligación de no hacer, por la cual el propietario estaba impedido de ceder (título oneroso o gratuito) a terceros los inmuebles otorgados en usufructo durante dos meses adicionales de vencido el plazo, para los mismos fines comerciales (gimnasio).

Habiéndose cumplido el plazo de 16 meses, el gimnasio incumplió con las construcciones pactadas ni efectuó labor de obra alguna, al día siguiente de cumplida la condición (suspensiva/resolutiva) el propietario mediante contrato de arrendamiento y usufructo, otorgo el piso cuatro a una cadena de restaurantes y el piso cinco a una académica de baile.

La empresa de gimnasio, presenta su solicitud de arbitraje ante el centro de arbitraje “Litigios arbitrales” en la misma que solicita la resolución del contrato de usufructo por causa imputable al propietario, pago de daños y perjuicios, y mediante medida cautelar se le otorga la administración temporal y el acceso a los ambientes otorgados en concesión de los pisos cuatro y cinco.

En forma posterior la demanda es declarada fundada en todos sus extremos y el propietario, solicita la ejecución de laudo, cabe preguntarnos cuál sería la suerte de los terceros, “cadena de restaurantes (piso cuatro) y la académica de baile (piso cinco)”.

Sin perjuicio de lo que comentaremos en adelante, resulta pertinente tener en consideración lo afirmado por Rita SABROSO: En dicho Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial del Lima del año 2010, se acordó que :

[E]n los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero se opusiera la ejecución (o alegara contradicción) del laudo [...] laudo arbitral, sustentado y acreditando que se encontraba en posesión del bien sub materia, incluso con anterioridad a la fecha de celebración [...] del proceso de arbitral, en cual resolvió la desocupación del mismo —sin que él haya intervenido en dichos procesos—; la oposición (o contradicción) interpuesta judicialmente deberá ser amparada, pues de no ser así se estaría no solo violentando normas procesales sino también normas que constituyen garantías constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso en su vertiente: derecho de defensa, toda vez que el tercero quedaría en total indefensión<sup>19</sup>.

- El tercero debe sustentar y acreditar la posesión del inmueble que se ordena entregar, incluso antes del inicio del arbitraje; y
- El tercero no debe haber intervenido en el arbitraje.

Si dichos requisitos se cumplen, el juez debe amparar la oposición del tercero a la ejecución del laudo, es decir no se podría ejecutar el laudo arbitral afectando a dicho tercero.

---

<sup>19</sup> SABROSO MINAYA, “La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral”, art. cit., p. 32.



En el caso materia de análisis, tenemos que se notificó a los terceros con la demanda de ejecución de laudo y que uno de ellos se apersonó al proceso, incorporándosele como “tercero con interés”. Sin embargo, dicho tercero no habría acreditado “tener título que legitime tal posesión sobre el bien”.

Sin embargo, más allá de que el tercero no acreditó tener el título que legitime la posesión (requisito que no está contemplado en el Pleno Jurisdiccional, ya que en este se establece únicamente que se acredite la posesión más allá de que sea con título legítimo), de la casación no se desprende que dicho tercero haya poseído el bien que se ordenaba entregar antes del inicio del proceso arbitral.

En tal sentido, en el caso concreto, no se habrían presentado los supuestos de hecho necesarios para que la oposición del tercero hubiese sido amparada. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el tercero tenía expedita la vía constitucional para impugnar en laudo arbitral que se pretendía ejecutar.

## 5. CONCLUSIONES

- Podemos establecer que en la ejecución del laudo arbitral, concurren dos situaciones para su ejecución. La que permite que los propios árbitros ejecuten el laudo, para lo cual las partes deben haber otorgado facultades para la ejecución; y la que deja a los jueces ordinarios ingresar a la ejecución de los laudos, bajo las reglas del proceso único de ejecución, cuando no se han otorgado facultades a los árbitros para la ejecución, dejándose establecido la ejecución de dos formas a) conforme a lo regulado en la LA, o b) con las reglas del CPC.
- Las partes deberán pactar en el convenio arbitral o en el acta de instalación del tribunal arbitral, la obligatoriedad a fin de que la ejecución del futuro laudo, pueda ser encomendado al tribunal arbitral y conforme a las reglas de la Ley Arbitral, acorde con los principios la flexibilidad y extensión y/o amplitud del convenio arbitraje, pues siempre existe la posibilidad de que un juzgador (Poder Judicial) distorsione la regulación de la especialidad de la ejecución arbitral del laudo, dejando establecido el camino procesal “Ley Arbitral”, sostenemos que la ejecución del laudo será más favorable para el interesado o el vencedor.
- Es importante determinar si existen terceros afectados (basta la posibilidad) en el proceso arbitral. En un primer momento, la obligación de comunicar la presencia de terceros debe ser informado por cualquier de las partes, al Tribunal Arbitral. De tomar conocimiento el Tribunal Arbitral expresa o tácitamente (escritos, audiencias o indicios) por algunas de las partes durante el desarrollo de la litis arbitral de la existencia de terceros, aquel de oficio debe requerir información sobre estos y podría incorporarlos de oficio, siempre con mucho tino y cautela a fin de no desvirtuar el proceso con la figura de partes no signatarias. La finalidad de todo ello se focaliza en que laudo pueda ser ejecutado contra terceros, quienes tomaron conocimiento del proceso y pudieron ejercer su derecho de defensa en su momento.



## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, Nueva Ley de Arbitraje”, en *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 10, Lima: Grijley, 2010.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial”, en *Diké. Portal de información y opinión legal*. Recuperado de <<http://bit.ly/2bxO449>>.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Carlos Alberto SOTO COAGUILA, *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*, t. I, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

CORDÓN MORENO, Faustino, *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, 1.ª ed., Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco, *El convenio arbitral (su eficacia obligatoria)*, 1.ª ed., Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 3.ª ed., México DF: Porrúa, 2001.

MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de derecho arbitral*, t. I, 3.ª ed., Navarra: Thomson-Cívitas, 2006.

MUNNÉ CARATINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcelona: Experiencia, 2004.

SABROSO MINAYA, Rita, “La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 161, Lima: febrero del 2012.

VIDAL RAMOS, Roger, “Alcances generales del convenio arbitral”, en *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2012.

# SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

## ASUNCIÓN DIRECTA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA GESTIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO DESARROLLADO POR UNA ENTIDAD PRIVADA; SITUACIÓN EN LA QUE QUEDAN LOS TRABAJADORES QUE PRESTABAN TAL SERVICIO

Isabel Sánchez Peña  
Juez de lo Social

Fecha de recepción: 19 de septiembre  
Fecha de aceptación: 13 de noviembre

**RESUMEN:** Cuando la Administración Pública desarrolla una determinada actividad o servicio sirviéndose de una entidad empresarial privada, ya sea a través de una contrata o concesión administrativa, y posteriormente revierte tal servicio a la propia Administración, se plantea la cuestión si es o no de aplicación el artículo 44 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y las diversas Directivas de la que aquél es transposición (77/1987; 98/50; y 2001/23) y si se produce o no una sucesión de empresas encuadrable jurídicamente en el referida la citada regulación.

En particular se cuestiona la situación en la que quedan aquellos trabajadores que venían prestando los servicios cuya gestión es asumida directamente por la Administración Pública. ¿Queda la Administración Pública subrogada en derechos y obligaciones frente a dicho personal, en aplicación del citado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores?. En el caso en que no tenga lugar tal subrogación: ¿existe alguna obligación, por parte de la entidad que venía prestando el servicio (que revierte a la Administración) de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la misma?; ¿se considera despido objetivo?. En el presente artículo se abordarán todas estas cuestiones.

**ABSTRACT:** When the Public Administration develops a particular activity or service using a private business entity, either through a contract or administrative concession, and subsequently revert such service to the Administration itself, the question arises whether or not the article is applicable 44 Consolidated Text of the Law on the Workers' Statute and the various directives of which it is transposed (77/1987, 98/50 and 2001/23) and whether or not there is a succession of companies legally listed in the aforementioned The said regulation. In particular, the situation in which the workers who were providing the services whose management is directly assumed by the Public Administration are questioned. Is the Public Administration subrogated in rights and obligations vis-à-vis such personnel, pursuant to Article 44 of the Workers' Statute?. In the event that no such subrogation takes place: is there an obligation on the part of the entity that was providing the service (which reverts to the Administration) to "exhaust all possibilities of accommodation of the worker" in the same? Is considered objective dismissal?. This article will address all these issues.

**PALABRAS CLAVE:** Sucesión empresarial, Administración Pública, despido objetivo.

**KEY WORDS:** Business succession, Public Administration, objective dismissal.

**SUMARIO:** DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. NORMATIVA COMUNITARIA REGULADORA DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN O NO DE LA CONCURRENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. A Cuando por los tribunales se aprecia la existencia de sucesión empresarial: B Cuando los tribunales consideran que no concurre tal sucesión empresarial: CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN EL SUPUESTO QUE SE APRECIE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL. CONCLUSIONES.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, regulador de la sucesión empresarial, no contiene especificación alguna para el supuesto de reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio. La solución jurídica al respecto es fruto de la doctrina jurisprudencial.

Tradicionalmente la jurisprudencia ha mantenido que, en lo que atañe a la posible aplicación del art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni la contrata ni la concesión administrativa podían ser consideradas unidades productivas autónomas a los efectos del citado art. 44 ET, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Por ello, manifiestan, que la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos.

En tal sentido afirman que no comporta la sucesión regulada en el referido art. 44 ET -, porque al carecer la contrata -por regla general- del adecuado soporte patrimonial, la sucesión de las mismas no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales. Ello es así, porque consideran que en las contratas sucesivas de servicios lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, y por lo mismo manifestaban que no opera, por este exclusivo hecho, la subrogación estatutaria -la del art. 44 ET -, sino que la misma se produciría -si no se trasmite la unidad productiva- tan sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión <sup>1</sup>. La regla general, entonces, es la no subrogación entre los concesionarios en las concesiones administrativas, con esas únicas tres excepciones.

Determinadas Sentencias del Tribunal Supremo también han venido a especificar que “cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal” ( Sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 6 de febrero de 1997 (recur. 1886/1996); 27 de junio de 2008 (recur. 4773/2006); de 30 de mayo de 2011 (recur. 2192/2010); de 11de julio de 2011 (recur. 2861/2010) y 23 de septiembre de 2014 -recur. 231/2013); y siguiendo la misma doctrina mantenían que tal criterio resultaba de aplicación tratándose de Administraciones Públicas. (En conexión con ello destacar las previsiones legales reguladoras de la contratación en el Sector público. Al

---

<sup>1</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 5 de abril de 1993 (rec. 702/92); 12 de febrero de 2014 (rec.2028/2012); 25 de febrero de 2014 (rec. 646/13); 19 de noviembre de 2014 (rec.1845/13) y 16 de diciembre de 2014 (rec.1198/13).

respecto señalar que establece el art. 301.4 de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>2</sup> que: «(a) la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante» objeto de desarrollo por su Reglamento (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)<sup>3</sup>. Y no hay que olvidar, tal como señala la jurisprudencia, que la Ley ocupa en la jerarquía normativa una posición superior a la del Convenio Colectivo, razón por la cual -se trata de una exigencia lógica- éste debe respetar lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, imponiéndolo así los arts. 9.3 CE y el art. 85.1 en relación con el 3.3 ET ( en tal sentido se pronunciaban las sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 9 de julio de 1991 (recur. 45/1991); 5 de marzo de 2012 (recur. 57/2011); 6 de febrero de 2014 (recur. 261/2011); 24 de febrero de 2014 (recur. 268/2011); y 30 de abril de 2014 (recur. 2609/2012).)

No obstante, la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET, (STS de 30 de mayo de 2011, para el servicio municipal de retirada de vehículos; en STS de 26 de enero de 2012 para servicio público asistencial)<sup>4</sup>; si bien mantenían que “ mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas - tratándose de contrataciones administrativas- cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues «esta circunstancia como es lógico obsta -por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida- que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET » que pueda imputarse a la Administración Pública ( STS 21/04/15 -rco 91/14 -)» (literalmente, STS SG 19/05/15 (rco 358/14) -asunto «Palacio de Congresos »-).

## **NORMATIVA COMUNITARIA REGULADORA DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 (modificada por la Directiva 98/50), que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva ( TJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la Directiva 2001/23 (codificación de aquéllas), puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva ( SSTJCE 99/1992, de 19/Mayo, Asunto Redmond Stichting; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09, apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines) ( SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10 -; 26/01/12 -rcud 917/11 -; 11/06/12 -rcud 1886/11 -; y SG 23/09/14 -rco 231/13-, FJ 8.C).

---

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011 (BOE 16 de diciembre de 2011), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>3</sup> Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre de 2001 (BOE 26 de octubre de 2001), por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 30 de mayo de 2011 (rec. 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos) y de 26 de enero de 2012 (rec. 917/11), para servicio público asistencial)

Como bien sabemos el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece que: 1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

Éste nº 2 es mera transcripción del artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE<sup>5</sup> del Consejo, de 12 de Marzo de 2001), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad". Establece dicho precepto que:

"a) La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspasos a efectos de la presente Directiva (la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio).

c) La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva".

Sobre el contenido del precepto que antecede la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Abril de 2016 declara que "Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo artículo 1 de la Directiva se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la citada normativa, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (artículo 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo/ una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio" (artículo 1b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en la precitada Directiva... trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (artículo 1c.)".

Con respecto a ésta última cuestión es de recordar que constituye doctrina nacional y comunitaria la que establece que no obsta a la existencia de una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, el que una parte relevante de los medios materiales con que se lleva a cabo sean los que la empresa adjudicatario del servicio pone a disposición de sus sucesivos contratistas. Criterio acogido por el Tribunal Supremo en sus

---

<sup>5</sup> Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Sentencias [de 28 de Abril de 2009 \(RCUD 4614/2007\)](#) y [de 23 de Octubre de 2009 \(RCUD 2684/2008\)](#), al indicar que: "Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992, 1992/84, Watrson Risk y Christensen 209/91, y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01, señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 0".

La Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 26 de Noviembre de 2015, nº de recurso C-509/14, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco relativa a la interpretación del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de Marzo de 2001), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, ha extendido el ámbito subjetivo de aplicación de ésta al declarar que "procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23) debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal".

Consecuentemente con ello, con arreglo a las citadas Directivas la condición de Organismo de Derecho Público no excluye la existencia de transmisión comprendida en el ámbito de la referida Directiva Europea y por lo tanto que tal sucesión empresarial (prevista en el artículo 44 del ET) pueda concurrir en el ámbito de la Administración Pública.

## **CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN O NO DE LA CONCURRENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

A Cuando por los tribunales se aprecia la existencia de sucesión empresarial:

Como hemos indicado anteriormente, establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva el hecho que se aprecie la concurrencia de la sucesión empresarial prevista en el artículo 44 ET.



El estudio de la jurisprudencia sobre la materia nos permite concluir que, en general, los tribunales del orden Social y en particular la Sala de lo Social Tribunal Supremo son muy restrictivos a la hora de apreciar tal sucesión empresarial en el ámbito de la Administración Pública.

Destacar al respecto la sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2011<sup>6</sup>, en unificación de doctrina, (de la que gran parte de su fundamentación vuelve a ser reproducida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2012<sup>7</sup>) que aprecia la concurrencia de sucesión empresarial en el ámbito de la Administración y, en aplicación de lo previsto en el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores, reconoce la responsabilidad solidaria de la Administración Pública (y en concreto del Ayuntamiento de Sevilla) en el abono de los salarios pendientes a los trabajadores encargados de la retirada de vehículos de la vía pública en Sevilla. Dicha sentencia razona que si bien “con carácter general, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal (en este sentido, por ejemplo, las SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96 -; 17/06/97 -rec. 1553/96; y 27/12/97 -rec. 1727/97).

Pero no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición (77/1987; 98/50; y 2001/23) (así, la STS 27/06/08 -rcud 4773/06 -, a contrario sensu). Como es también inatendible el criterio general cuando -así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio". Y para cuya determinación - transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades ( SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Sützen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02 -rcud 764/02; 29/05/08 -rcud 3617/06; 27/06/08 -rcud 4773/06; 28/04/09 -rcud 4614/07; y 23/10/09 -rcud 2684/08).

De otra parte no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 (modificada por la Directiva 98/50),

---

<sup>6</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011, Recur. 2192/2010, que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2010.

<sup>7</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012, Recur. 917/2011 que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2011.



que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva ( STJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 (codificación de aquéllas), puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva ( SSTJCE 99/1992, de 19 /Mayo, Asunto Redmond Stichting; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09, apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines).

En el caso de que tratamos, el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla en 14/01/04, resolviendo que el servicio de grúa municipal habría de ser llevado de forma directa por la Corporación a través de la empresa «Tussam», con todos los medios materiales que en su día habían sido incautados (esta es la expresión que utiliza la sentencia recurrida ) a «Setex Aparki, S.L.», y que al personal de la empresa concesionaria caducada «le sería de aplicación la legislación vigente», configura la transmisión de empresa cuyos contornos hemos perfilado someramente en los precedentes apartados.

Y no porque se hubiese acordado expresamente -que no fue así, como más arriba hemos indicado- la «asunción de plantilla» que entendió concurrente la sentencia de contraste y que configura por sí misma sucesión empresarial en ciertos sectores en los que prima la actividad personal y la organización (SSTJCE 45/1997, Asunto Sūzen; 308/1998, de 10/Diciembre, Asunto Hernández Vidal; 309/1998, Asunto Hidalgo; 29/2002, de 24/Enero, Asunto Temco Service Industries; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Ya en nuestra jurisprudencia, entre otras, SSTS 20/10/04 -rcud 4424/03 -; 07/11/05 -rec. 3515/04 -; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -). Sino básicamente porque se trata de la transmisión de «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica» (art. 1 b) de la Directiva 2001/23), la «unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada» de que habla -desde siempre- nuestra doctrina jurisprudencial (valgan de ejemplo las SSTS 23/09/97 -rec. 300/97 -; Sala General 15/04/99 -rcud 734/98 -; 17/05/00 -rec. 2953/99; y 25/02/02 -rcud 4293/00 -). Sin que pueda argumentarse -en contra de esta conclusión- que los elementos patrimoniales ya eran propiedad municipal y que ello nos sitúa frente a una simple reversión de medios (no determinante de sucesión empresarial), que no transmisión de los mismos, puesto que el argumento únicamente sería válido si se tratase de una propiedad municipal originaria, y no es viable cuando - como en autos- los citados componentes materiales habían sido previamente «incautados» a «Servicleops, S.L.» y su utilización pasó sin solución de continuidad a las nuevas concesionarias (primero «Setex Aparki S.A.», posteriormente -aunque sin ejercicio efectivo de la gestión transmitida a la entidad municipal- a «Tussam» y en último término a «Aussa».)”

Además, la citada sentencia Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2011 utiliza como fundamento para llegar a dicha conclusión le hecho que la «cesión» de la gestión del servicio de grúa, llevada a cabo por la empresa municipal a favor de empresa de economía mixta, fue contraria a la normativa administrativa y en tal sentido la citada resolución hace una importante reflexión sobre la regulación a la que está sometida la gestión indirecta de los servicios públicos y razona lo siguiente: “Nuestra conclusión, favorable a la cuestionada responsabilidad y -por tanto- a la estimación del recurso interpuesto, trae causa en razones de Derecho Administrativo que hemos de examinar con carácter prejudicial (art. 4.1 LPL) y cuya sucinta exposición ha de limitarse a expresar que:

a).- Es innegable que la gestión directa de los servicios públicos puede ser llevada a cabo directamente por la Administración Pública, por sus propios medios o a través de entidades instrumentalizadas exclusivamente dependientes de ellas (art. 41 RSCL, aprobado por Decreto de 17/Junio/55), en tanto que su capital social sea de exclusiva propiedad de la Administración Pública (art. 89.2 del RSCL). Pero también puede la Administración

atender la gestión de ese servicio público de forma indirecta, utilizando como modalidades de contratación la concesión, la gestión interesada, el concierto con persona natural o jurídica y la sociedad de economía mixta (art. 156 del TRLCAP, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 /Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente hasta el 30/04/08; art. 253 de la LCSP, Ley 30/2007, de 30/Octubre, aunque inaplicable al presente caso por obvias razones temporales; y en términos similares, los arts. 67 y 113 del RSCP).

b).- Pero en el bien entendido de que en tanto que para la gestión directa -tratándose de Administración Local- bastará el acuerdo de la Corporación en pleno (art. 42 del RSCL), para acordar la gestión indirecta necesariamente ha de seguirse un procedimiento de adjudicación minuciosamente precisado por las disposiciones legales (arts. 154 y siguientes del TRLCAP; y arts. -entre otros- 121 y 122 LCSP), con los que se pretende garantizar la primacía de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia (arts. 11 TRLCAP y 123 LCSP). Y tal es la relevancia que ha ido adquiriendo progresivamente esta necesidad de cumplir con dichos principios, que a medida que se han buscado en la práctica grietas en el ordenamiento jurídico por las que eludir su aplicación, la normativa de contratos públicos ha endurecido sus previsiones y extendido su ámbito de forma más intensa no sólo a Administraciones sino también a otras entidades consideradas poder adjudicador (término empleado por las Directivas 2004/18/ CE y 2004/17 e incorporado a la LCSP), así como a otros entes pertenecientes al sector público. No obstante, ya con la normativa anterior, es decir, el citado TRLCAP (art. 2 y Disposición Adicional Sexta), se somete a los citados principios la contratación realizada por ciertas sociedades de Derecho Privado.

c).- Finalmente, es principio del Derecho Administrativo la general indelegabilidad de las competencias atribuidas ya por delegación (art. 13.5 LRJAP y PAC), lo que en orden a la gestión de servicios públicos de que tratamos supone tanto como afirmar que la persona jurídica -municipalizada, de economía mixta o privada- a la que le ha sido encomendada tal gestión por el titular, no puede a su vez -ni por propia iniciativa ni con la mera anuencia del delegante- encomendarla a tercera persona (diferente solución corresponde a la subcontratación en la concesión de obra pública: arts. 236 y sgs. Ley 13/2003, de 23 /Mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas), y menos si se tiene en cuenta que con ello se burlan los estrictos procedimientos que el propio titular del servicio hubiera tenido que seguir para atribuirlo a esa tercera persona.

Precisamente cuando se trata de contratos de gestión de servicio público, por la relevancia de esta tipología para los usuarios y administrados en general, la cesión y la subcontratación se ve considerablemente más limitada que en otras categorías contractuales; es decir, para el caso en que el Ayuntamiento hubiese optado por la gestión indirecta y adjudicase mediante el correspondiente procedimiento selectivo el contrato a una empresa, ésta sólo podría subcontratar prestaciones accesorias, nunca la principal (art. 170 TRLCAP); y en cuanto a la cesión, ésta sólo cabe en los contratos de gestión de servicio público cumpliendo las rigurosas exigencias que impone el art. 114 TRLCAP, singularmente que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato, así como la autorización expresa de la Administración; y sobre todo ha de tenerse en cuenta que sólo pueden ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y que en los contratos de gestión de servicios públicos la adjudicación es siempre por concurso (art. 159.1). En todo caso, el supuesto debatido en autos todavía incurre en una mayor infracción, desde el punto y hora en que lo cedido no es un contrato sino una competencia, tratando de eludir por completo la normativa -ya referida- de los contratos. “

El reconocimiento de tal sucesión empresarial en el ámbito de la Administración Pública conlleva, para ésta última, los efectos propios previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Desde esta perspectiva no cabe duda que si resulta de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, no se producen desajustes entre el nivel de empleo de la entidad cedente y su presencia real en el mercado, por lo que dicha disposición constituye una limitación real para la utilización con causa en la pérdida de parte de la actividad, causa productiva o despido económico.<sup>8</sup>

Corolario de lo dicho será que cuanto más extensible resulte en su aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, más amplia o más espiritualmente<sup>9</sup> se interprete su ámbito material u objeto de transmisión, menos justificación tendrá la aplicación en estos casos del despido económico y por el contrario, cuanto más restrictivamente se interpreten los términos de transmisión de parte de la empresa o unidad productiva autónoma, cuando más tiendan a materializarse, exigiéndose que la transmisión afecte a la globalidad de elementos que constituyen la entidad, mas cancha habrá para este tipo de despidos.<sup>10</sup>

B Cuando los tribunales consideran que no concurre tal sucesión empresarial:

Como hemos indicado anteriormente la mayoría de los tribunales del orden Social (en particular la Sala de lo Social Tribunal Supremo) son muy restrictivos a la hora de apreciar tal sucesión empresarial en el ámbito de la Administración Pública.

Cuando los tribunales aprecian que no concurre tal sucesión empresarial, se plantea entonces la cuestión relativa a si existe alguna obligación por parte de la entidad cesante en el servicio de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la misma o si, por el contrario resulta de aplicación la regulación prevista para el despido objetivo.

Al respecto destacar que el Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada que el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores no impone al empresario la obligación de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado "otro puesto vacante de la misma". Así lo ha establecido en sus sentencias de 21 de julio del 2003 ; 19 de marzo del 2002 y 13 de febrero del 2002, entre otras<sup>11</sup>. En consecuencia, de conformidad con esta doctrina jurisprudencial, debe concluirse que la amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido.

Los efectos del despido objetivo por parte de la entidad cesante en el servicio son los previstos en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo. Ello implica la obligación de poner a disposición del trabajador "la

---

<sup>8</sup> Así lo ha entendido la Sentencia del Juzgado de lo Social nº11 de Madrid de 29 de septiembre de 1994, Rec1572/1994, para quien la obligada sucesión empresarial vía artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en un arrendamiento de industria impide que aflore la causa económica.

<sup>9</sup> M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Fusiones y Escisiones: aspectos laborales", *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1994, pp. 124.

<sup>10</sup> J.P. ARAMENDI SÁNCHEZ, "Problemas sustantivos y procesales conexos al enjuiciamiento de los despidos por causas económicas", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1996.

<sup>11</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de: 21 de julio del 2003 (Rec. 4454/2002); 19 de marzo del 2002 (Rec. 1979/2001) y 13 de febrero del 2002 (Rec. 1436/2001).

indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

## **CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN EL SUPUESTO QUE SE APRECIE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL**

En casos en los que la Administración o entidad pública titular de un servicio público decide la reversión del mismo (mediante internalización de la contrata, rescate o cualquier otra fórmula legalmente establecida) y asume, por sucesión empresarial, el personal de la entidad saliente que prestaba el servicio, se plantea la cuestión de si resulta de aplicación para la misma el convenio colectivo de la última empresa adjudicataria (en los supuestos en que entidad cedente y la cesionaria se rigen por convenios colectivos diferentes).

Para resolver esta cuestión conviene recordar la doctrina del Tribunal Supremo en materia de sucesión de empresas:

"a) la subrogación empresarial solo abarca "aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras " Sentencias 5 de diciembre de 1992 ; y 20 de enero de 1997 ;

b) la obligación de la subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad" Sentencia de 12 de noviembre de 1993 ;

c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores ( sentencia de 13 de febrero de 1997

y d) la subrogación "no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitiente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador" Sentencia de 20 de enero de 1997 "

La Directiva CEE 77/1987/CEE el cual ya establecía que "después del traspaso..., el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo".

Como vemos, la regulación en sus aspectos más esenciales coincide con la actual del art. 44.4 ET como con la del art. 3.3 de la Directiva 2001/23/CEE ("después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo").

El precepto estatutario al igual que las Directivas contiene tres reglas: una principal y dos supletorias. La principal es de carácter dispositivo (convenio que acuerden las partes). Las supletorias del pacto determinan la aplicación del Convenio vigente en la empresa cedente pero de forma limitada en el tiempo, ya que la aplicación solo opera hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo en la entidad económica de origen.

En relación con ello es necesario recordar que " la limitación de la vigencia del convenio de la entidad cedente no se produce solo por la nueva negociación de un convenio colectivo en

la empresa cesionaria, sino por "la extinción o expiración del convenio colectivo " de la empresa cedente" ( STS de 26 de diciembre de 2013 Rjud. 291/2011) .

También las SSTs de 20 de enero de 1997, 22 de julio de 1999 y 22 de marzo de 2002 se ocupan de la aplicación no indefinida del convenio colectivo de la empresa cedente pues, de aplicarse de forma indefinida, se impediría la homologación de las condiciones laborales, sin que con la actual Directiva 2001/23/CEE se llegue a solución diversa. En el mismo sentido la STJUE de 9 de mayo de 2006 en la que se establece que los derechos y obligaciones que resulten de un convenio colectivo siguen siendo vinculantes para la nueva empresa después de la transmisión del centro de actividad sin que sean aplicables los nuevos convenios que pudieran entrar en vigor en la empresa cedente con posterioridad a la sucesión.

## CONCLUSIONES

Primero.- Tal como sostiene la mayoría de la doctrina jurisprudencial, en lo que atañe a la posible aplicación del art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni la contrata ni la concesión administrativa podían ser consideradas unidades productivas autónomas a los efectos del citado art. 44 ET, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. En las contratas sucesivas de servicios lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, y por lo mismo manifestaban que no opera, por este exclusivo hecho, la subrogación estatutaria -la del art. 44 ET -, sino que la misma se produciría -si no se trasmite la unidad productiva- tan sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión. El criterio jurisprudencial tradicional al respecto, entonces, es la no subrogación entre los concesionarios en las concesiones administrativas, con esas únicas tres excepciones.

Segundo.- En cuanto a la normativa comunitaria destacar que lo dispuesto respecto a la sucesión de empresas en el apartado 2º del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (cuando especifica los requisitos para la existencia de sucesión empresarial) constituye una mera transcripción del artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de Marzo de 2001 (EDL 2001/19273), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad". Dicho precepto especifica en su apartado c) que: "c) La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva". Por lo tanto, la normativa comunitaria prevé expresamente la sucesión empresarial en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Tercero.- Sucesión empresarial del artículo 44 del ET como límite al despido objetivo.

Si resulta de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, no se producen desajustes entre el nivel de empleo de la entidad cedente y su presencia real en el mercado, por lo que dicha disposición constituye una limitación real para la utilización con causa en la pérdida de parte de la actividad, causa productiva o despido económico. Cuanto más extensible resulte en su aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, menos justificación tendrá la aplicación en estos casos del despido objetivo (por causas económicas, organizativas y de producción) y por el contrario, cuanto más restrictivamente se interpreten los términos de transmisión de parte de la entidad o unidad productiva autónoma, mas oportunidad habrá para que se aprecie la concurrencia de este tipo de despidos.



Cuarto.- En cuanto a los efectos derivados de la apreciación o no de sucesión empresarial por parte de los tribunales:

a)- En el supuesto que se considere que concurren los requisitos anteriormente citados para considerar que el ámbito de la Administración opera la subrogación estatutaria del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Las sentencias favorables a reconocer tal sucesión de empresas (entre ellas las sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 30 de mayo de 2011 rec. 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos y de 26 de enero de 2012 (rec. 917/11), para servicio público asistencial) fundamentan que puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa, encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET, cuando la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio" y en cuya determinación han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Los efectos de tal reconocimiento son en general los previstos en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores para toda entidad afecta de sucesión empresarial.

b) En el supuesto que se considere que no concurren los requisitos anteriormente citados para considerar que el ámbito de la Administración opera la subrogación estatutaria del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia mayoritaria mantiene que: no se impone a la entidad que cesa en la prestación del servicio, la obligación de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" y tal amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en tal entidad saliente determinados puestos vacantes determine la declaración de improcedencia de tal despido.

Quinto.- Respecto de la cuestión relativa a cuál sería el convenio colectivo aplicable en el supuesto que por los tribunales se aprecie la existencia de sucesión empresarial, es de señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene: que la entidad cesionaria ha de mantener y respetar las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo. Ello determina la aplicación del Convenio vigente en la empresa cedente pero de forma limitada en el tiempo, ya que la aplicación solo opera hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo en la entidad económica de origen.

UCAM.

# LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA REPÚBLICA ROMANA. UNA NUEVA INTERPRETACIÓN SOBRE LA OBRA CICERONIANA “*DE OFFICIIIS*”.

Luis Mariano Robles Velasco  
Profesor Doctor Titular Acreditado

Fecha de recepción: 21 de septiembre  
Fecha de aceptación: 16 de noviembre

**RESUMEN:** Algo tan extendido como la corrupción no es solo de nuestra época, sino que la propia Roma republicana no se vió en absoluto libre de la misma. Ello obligó a una serie de leyes para hacer frente a ella, y mal que bien trataron de combatirla. Mencionaremos sucintamente una serie de leyes que intentaron atacarla tanto en cuanto a los que desempeñaban cargos públicos, como en las contiendas electorales para centrarnos en el análisis de los comentarios de Cicerón sobre la vida política y pública en un periodo tan agitado como es la etapa final de la republica romana.

El análisis quedaría incompleto si no se hiciera referencia a los casos más famosos de Cicerón, como fueron: el Caso Verres, condenado a la pena máxima según la *ley Cornelia*, y el Caso de Catilina, cuya conspiración lleo al punto de alzarse contra la república, lo que motivó la famosa Catilinaria de Cicerón.

**ABSTRACT:** Something so extended as the corruption is not single of our time, but that own republican Rome not in absolute free of the same one. It forced a series of laws to in front of do her, and badly that they tried well to fight it. We will mention a series of laws that tried to as much attack it as far as that they carried out positions public, like in the electoral fights centering to us in the commentaries of Cicero on the political and public life in a period as hectic as it is the final stage of the Roman Republic. The analysis would be incomplete if not refer to the most famous cases of Cicero, as they were: the case of Verres, sentenced to the maximum penalty under the law Cornelia, and the case of Catilina, whose conspiracy came to the point of taking up against the Republic, what motivated l a famous Catilinaria of Cicero.

**PALABRAS CLAVE:** crimen repetundarum, corrupción política, peculatus, crimen ambitus, concussio, venalidad, moralidad.

**KEY WORDS:** crimen repetundarum, political corruption, peculatus, crimen ambitus, concussio, venality, morality.

**SUMARIO.**-I. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA REPUBLICA ROMANA. 1. Leyes contra la corrupción. 2.- los textos de los juristas clásicos. 3. Breve referencia a los casos más famosos de Cicerón: a) El Caso Verres. b) El Caso de Catilina. II. ¿CUÁL ES EL OBJETO DE LA OBRA CICERONIANA “*DE OFFICIIIS*”? 1. ¿Porqué elegir la obra de Cicerón como modelo de moralidad republicana? 2. La honestidad y el enriquecimiento. 3. Relaciones entre la honestidad y el decoro. 4. Medios dignos e indignos de ganancias. 4. a) Medios indignos de ganancias. 4. b) Medios dignos de ganancias. 5. El peligro de las doctrinas “populistas”. 6. Precauciones contra las deudas perjudiciales a la Republica. 7. Sobre la forma de gobierno ideal.

<sup>1</sup> Tomamos como base la edición siguiente: CICERÓN M.T., *Sobre los deberes [De officiis]*, Ed. Tecnos, Madrid 1989. (Estudio Preliminar, notas y traducción de José Guillen Cabañero).



Cicerón: “*El poder proporciona al hombre numerosos lujos, pero un par de manos limpias es algo que rara vez se encuentra entre ellos*”<sup>2</sup>.

Era el conde Floridablanca<sup>3</sup> quien decía que “*A la hora de abordar la corrupción, siempre tiende a aparecer el político como causa y efecto. Esta suposición conlleva, normalmente, el cuestionamiento de la figura del político [y de la política] así como los medios por los que accede a un puesto de responsabilidad...*”.

Hoy en día algo tan mediterráneo y latino como la venalidad se ha extendido como una mancha de aceite que parece salpicar a todos los órdenes. Pero evidentemente, no es un fenómeno nuevo. Meter la mano (o el cazo) en el dinero público, los pactos para sustraer los contratos públicos a la competencia con la anuencia del político o incluso del juez de turno, compartir prebendas o maquinarse para falsear la voluntad electoral<sup>4</sup>,... Ocurre ahora y ocurría antes. El modo de combatirla oscilaba desde los discursos de los oradores y moralistas, la publicación de toda una serie de leyes<sup>5</sup>, o la imposición de fuertes sanciones, medidas todas ellas que trataron de erradicarla o de paliarla a la vista del poco éxito que tuvieron entonces.

## I. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA REPUBLICA ROMANA

Es posible que en un principio los ideales republicanos, aquellos por los que suspiraba Catón, hicieran pensar que la corrupción era algo frontalmente en contra de los principios e intereses de Roma, pero como nos recuerda Brioschi<sup>6</sup>, delitos tan actuales como el cohecho, el tráfico de influencias, el robo de las arcas del Estado, la extorsión, la adjudicación de obras públicas a los amigos poderosos o la compra de votos colapsaron a muchos gobiernos de la antigua Roma, que tuvieron que establecer toda una serie de leyes para perseguirla. Hasta el propio Licinio Calvo Estolón fue acusado de violar sus propias leyes anticorrupción<sup>7</sup>. Incluso los propios funcionarios públicos fueron llevados de la codicia<sup>8</sup> hasta el punto que su abuso de poder y de enriquecimiento ilícito era pareja con la expansión territorial y la afluencia de riquezas provenientes de las conquistas.

Ante este panorama, el derecho romano pronto tuvo que formular una serie de respuestas, ya que incluso la profusión de delitos electorales era tal que hasta las comedias de Plauto,

---

<sup>2</sup> R. HARRIS, *Imperium (I)*, (trad. De Fernando Garí Puig), Ed. Penguin Random House grupo Editorial SAL., Navarra 2016, p. 14.

<sup>3</sup> J. MOÑINO Y REDONDO, I conde de Floridablanca (Murcia, 21 de octubre de 1728-Sevilla, 30 de diciembre de 1808), fue un político español que ejerció el cargo de secretario de Estado entre 1777 y 1792 y presidió la Junta Suprema Central creada en 1808. Sobre la figura del Conde de Floridablanca, vid. Moñino y Redondo, J., Conde de Floridablanca (1982). *Escritos políticos*. Madrid 1982, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. ISBN 84-00-05028-2. Más recientemente, J.L. PARDOS PÉREZ, *El Modernizador: una aproximación a Floridablanca*. Universidad de Murcia, 2012. Versión digital publicada con licencia CC-BY-NC-SA. ISBN 978-84-7684-774-9.

<sup>4</sup> Vid. P. RESINA SOLA, “La corrupción electoral en la comedia plautina”, *Revistas@iustel.com, Revista General de Derecho Romano* 16 (2011), Madrid.

<sup>5</sup> Sobre las Leyes contra la corrupción, vid. M.J., García Garrido, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid 1982.

<sup>6</sup> C. A. BRIOSCHI, *Así se combatía la corrupción pública en la antigua Roma*, Forum des resistans européens Euro-Synergies, en <http://euro-synergies.hautetfort.com/tag/rome%20antique>.

<sup>7</sup> Un ejemplo de esto fue Licinio Calvo Estolón, tribuno de la plebe en el 377 a.C., que introdujo una fuerte limitación a la acumulación de tierras por parte de un único propietario, además de una severa reglamentación para los deudores, pero luego fue acusado de haber violado sus propias leyes. BRIOSCHI, *Así se combatía la corrupción pública en la antigua Roma...*, cit.

<sup>8</sup> S.A.CRISTALDI, *La praevaricatio e la sua repressione dinanzi alle quaestiones perpetuae*, *Revistas@iustel.com, Revista General de Derecho Romano*, 18 (2012).

como nos recuerda Pedro Resina<sup>9</sup>, se recogían citas como la conocida del propio Salustio “*los poderosos comenzaron a transformar la libertad en licencia. Cada cual cogía lo que podía, saqueaba, robaba. El Estado era gobernado por el arbitrio de unos pocos*”.

### 1. Leyes contra la corrupción

Aunque es frecuente pensar<sup>10</sup> que una de las primeras leyes contra la corrupción fue la *Lex Calpurnia* (149 a.C.), lo que según P. Resina<sup>11</sup> no es cierto, al menos en lo que se refiere a los delitos electorales, aunque se trata en realidad de plebiscitos, en base a las noticias que transmite Tito Livio<sup>12</sup>. Haremos un breve repaso a las principales leyes contra la corrupción<sup>13</sup> e el periodo republicano romano:

- **Lex de ambitu -432 a. C.**, La primera probablemente fue un plebiscito del año 432 a.C. -*de albo in uestimentum non addendo* donde se prohíbe, según T. Livio utilizar una especie de arcilla arenosa de color blanco azulado – *greda* usada para limpiar y desengrasar, de tal manera que este blanqueante conseguía que la toga del candidato resplandeciese y se diferenciara claramente a la hora de la elección, lo que podríamos calificar de sutil operación de marketing electoral, sin duda<sup>14</sup>. El propio Livio reconoce que pronto cayó en desuso.

- **Lex Poetelia de ambitu -358 a. C.** - El siguiente plebiscito, fue del 358 a.C. -la *lex Poetelia de ambitu*<sup>15</sup>, del que el anterior no fue sino una anticipación histórica. En realidad, lo que prohíbe es la mala práctica de algunos correligionarios de captación de voluntades por barrios, villas y “villorios”<sup>16</sup>, en favor de los candidatos patricios, lo que explicaría que el propio Tito Livio considerara que fue un plebiscito aprobado por la plebe<sup>17</sup>.

- **Lex Cornelia Baebia -181ª a. C.** - Otras leyes sobre el delito de *ambitus* fueron la *lex Cornelia Baebia* del 181 a. C., que castigaba con la *improbitas* por 10 años al que osara tocar al magistrado, y la **lex Cornelia Fulvia de ambitu**, del 159 a.C., que castigaba con el exilio al *improbus*<sup>18</sup>.

<sup>9</sup> P. RESINA SOLA, La corrupción electoral en la comedia plautina, *cit.*, p. 2. “Salustio sentencia *primo pecuniae, deinde imperi Cupido crevit; ea quasi materies omnium malorum fuere...*: “*primero fue en aumento la pasión por el dinero, después por el poder: ambas origen de casi todos los males*”.

<sup>10</sup> C. A. BRIOSCHI, *Así se combatía la corrupción pública en la antigua Roma...*, *Cit.* “La primera ley que se estableció fue la «*Lex Calpurnia*» (149 a.C.), como consecuencia del abuso del gobernador de la provincia de Lusitania, Servio Sulpicio Galba, al que se acusó de malversación de fondos y fue juzgado por un jurado precedente de la orden senatorial, algo que era toda una novedad. Sin embargo, esta primera ley no imponía ninguna pena pública, sino la devolución del dinero que había sustraído...”.

<sup>11</sup> *Vid.* P. RESINA SOLA, “La corrupción electoral... *Cit.*, p. 13.

<sup>12</sup> T. LIVIO 4, 25,13: *Placet tollendae ambitionis causa tribunos legem promulgare ne cui album in uestimentum addere petitionis causa liceret*; *ibidem*. T. LIVIO, 7,15,12-13: *et de ambitu ab C. Poetelio tribuno plebis auctoribus patribus tum primum ad populum latum est; eaque rogatione nouorum maxime hominum ambitionem, qui nundinas et conciliabula obire soliti erant, compressam credebant*. *Cit.* por RESINA, “La corrupción electoral... *Cit.* p. 13, nota 23.

<sup>13</sup> Leyes contra la corrupción. M.J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia ... Cit.*,

<sup>14</sup> P. RESINA, *Cit.*, p. 13, nota 24, *Vid.* L. FASCIONE, , *Crimen e quaestio ambitus, cit.*, p. 143, y un breve estado de la cuestión sobre la bibliografía en torno a esta ley, *Id.*, “Alle origini”, *cit.*, p. 258 nota 7; G. ROTONDI, , *Leges Publicae Populi Romani*, Milano 1922, p. 211, que la denomina *lex de ambitu*, y que, según E. PAIS, *Storia di Roma*, I,2, Torino 1899, p. 45, no sería más que una anticipación de la *lex Poetelia*.

<sup>15</sup> P. RESINA, *cit.*, nota 25. L. FASCIONE, “Alle origini”, *cit.*, p. 270 nota 22, y G. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani, cit.*, p. 221.

<sup>16</sup> LIVIO 7,15,12.

<sup>17</sup> P. RESINA, *op. Cit.*, n. 25.

<sup>18</sup> M.J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia ...cit.* . V. “IMPROBUS”. El término *improbus*, en el ámbito político vendría a oponerse a *bonus*, pero en una acepción más restringida califica al que actúa contra las leyes o las normas impuestas por el Estado o cualquier poder superior.

**-Lex Calpurnia (149 a. C.) y las Quaestiones perpetuae**, según GARCIA GARRIDO<sup>19</sup> las *Quaestiones perpetuae*, fueron una creación de la *Lex Calpurnia*, que establece unos tribunales *ad hoc*, especializados entre otros delitos, de los abusos cometidos por los magistrados y gobernadores de provincias<sup>20</sup>, malversación de fondos (delito del que fue acusado Publio Cornelio Escipión, el Africano, lo que le valió el destierro de Roma). Se puede considerar el origen del *crimen repetundarum*<sup>21</sup>, según Bello y Zamora, delito al que se fueron incorporando distintas tipificaciones como el homicidio, el envenenamiento, abuso de poder, delito de traición, de tal manera que en tiempos de Adriano se amplió a los actos de malversación de funcionarios públicos<sup>22</sup> siendo sancionado con la pena de muerte.

No obstante, es posible diferenciar, ya que mientras el *crimen de ambitus*<sup>23</sup> era aplicable a la corrupción electoral y a las maniobras de alteración del resultado de las votaciones,

---

También tiene la acepción de deshonesto, incumplidor. “No puede considerarse que no es honrado quien ignora cuanto debe pagar” (*Venuleyo*, 12 est. D.50.17.99). La infracción de las leyes, por tanto, es un caso a resaltar de la *improbitas* -Cic. Mur. 5: *si largitione factam esse confiterer idque recte factum esse defenderem, facerem improbe etiamsi alius legem (i.e. lex Tullia de ambitu) tulisset*. Al igual, se utiliza para calificar a quien pone *potentia* por encima de la *auctoritas*. Vid. G. KLEINFELLER, “Improbis”, *R.E.* IX, 2 (1916) 1212 s.; J. HELLEGONARC'H, , *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, cit., p. 528 s.; y COSTA, E., *Il diritto privato nelle comedie di Plauto*, cit., p. 412, quien advierte el *exilium* para la improbidad en general, por ejemplo, en *Rud. prol.* 36: *neque is adeo propter malitiam patria caret*. Según P. RESINA, *Cit.* p. 20, nota 45.

<sup>19</sup> M.J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario... Cit.* p. 287, v. *Quaestiones perpetuae*.

<sup>20</sup> BRIOSCHI, *Así se combatía la corrupción pública en la antigua Roma...*, op. Cit.: La primera ley que se estableció fue la «*Lex Calpurnia*» (149 a.C.), como consecuencia del abuso del gobernador de la provincia de Lusitania, *Servio Sulpicio Galba*, al que se acusó de malversación de fondos y fue juzgado por un jurado precedente de la orden senatorial, algo que era toda una novedad. Sin embargo, esta primera ley no imponía ninguna pena pública, sino la devolución del dinero que había sustraído.

<sup>21</sup> S. BELLO RODRÍGUEZ y J. L. ZAMORA, “*Crimen Repetundarum: status quaestiones*”, *Revistas@iustel.com*, *Revista General de Derecho Romano* 21 (2013), p. 3.

<sup>22</sup> S. A CRISTALDI, “*La praevaricatio e la sua repressione dinanzi alle quaestiones perpetuae*”, *Revistas@iustel.com*, *Revista General de Derecho Romano* 18 (2012).

<sup>23</sup> Sobre este crimen en particular véase, entre otros, J.G. HEINECCIUS, *Antiquitatum romanarum Jurisprudentiam illustrantium Syntagma*, Venetia 1796, pp. 462 ss.; W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer*, Leipzig 1844, pp. 701 ss.; E. LABOULAYE, , *Les lois criminelles des romains*, Paris 1845, pp. 282 ss.; S.H. RINKES, *Disputatio de crimine ambitus et de sodaliciis*, Lugduni 1854; G. HUMBERT, “*Ambitus*”, *DS* 1 (1877) 223 s.; L.M. HARTMANN, “*Ambitus*”, *RE* I,1 (1894) pp.1083 ss.; TH. MOMMSEN, , *Römisches Strafrecht*, Graz 1955 (reimpresión de la ed. de Leipzig 1899), pp. 865 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano 1902, pp. 420 ss.; G. CHAIGNE, *L'ambitus et les moeurs électorales des Romains*, Paris 1911; U. COLI, “*Ambitus*”, *NNDI* 1 (1957) 534 ss.; E.S. GRUEN, *Roman Politics and Criminal Court, 149-78 B.C.*, Cambridge, Mass., 1968; F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associative nel mondo romano*, I, Bari 1971, pp. 129 ss.; P. GRIMAL, “*Lex Licinia de sodaliciis*”, en ed. A. Michel y R. Verdière. *Id. Hommages à K. Kumaniécki*, Leiden 1975, pp. 107 ss.; L. FASCIONE, “*Alle origini della legislazione de ambitu*”, en F. Serrao *et alii*, *Legge e società nella repubblica romana*, Napoli 1981, con bibliografía p. 258 nota 7; Id, *Crimen e quaestio ambitus nell'età repubblicana*, Milano 1984, Id. “*Le norme 'de ambitu' della 'lex Ursonensis'*”, *Labeo* 34,2 (1988) 179 ss.; W. SCHULLER, *Korruption im Altertum*, München-Wien 1982; C. VENTURINI, “*L'orazione Pro Cn. Plancio e la lex Licinia de sodaliciis*”, *Studi in onore di C. Sanfilippo* 5 (Milano 1984), pp. 787 ss.; J. LINDERSKI, “*Buying the vote: Electoral Corruption in the Late Republic*”, *The Ancient World* 11 (1985) pp. 87 ss.; A.W. LINTOTT, “*Electoral bribery in the Roman Republic*”, *Journal of Roman Studies* 80 (1990) 1 ss.; J.L. MURGA, “*El delito de 'ambitus' y su posible reflejo en las leyes municipales de la Bética*”, *IVRA* 41 (1990) 1 ss., y recensión de J-H. M., en *RIDA* 39 (1992) 439; T. WALLINGA, “*Ambitus in the Roman Republic*”, *RIDA* 41 (1994) 411 ss.; P. RESINA, “*El crimen ambitus en Plauto*”, en A. Pociña y B. Rabaza (eds.), *Estudios sobre Plauto*, Madrid, Ediciones Clásicas, 1998; S. BIALOSTOSKY, “*Delitos electorales: ambitus, de Roma al Derecho positivo mexicano*”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*: vid. www.jurídicas.unam.mx, pp. 321 ss. Id., F. Camacho de los Ríos y M.A Calzada (coord.), *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, Madrid, Edisofer, 2005, pp. 139 ss.

inclusive la compra de votos, promover motines, organizar banquetes o juegos de circo<sup>24</sup>; el *crimen peculatus* lo era para aquellas conductas que implicaban malversación y apropiación indebida de fondos públicos<sup>25</sup> (incluso los destinados al culto público<sup>26</sup> o sagrado); y en cambio el *crimen maiestatis*, era un acto tan graves que implicaba no solo un abudso de poder, sino una deslealtad tal contra la republica que era castigado con la muerte o el exilio de por vida.

**-Lex Gabinia -139 a. C.**, de la pocas noticias que tenemos de esta ley, sabemos que establecía la pena capital para aquellos que se coaligaren clandestinamente para alterar los resultados en las elecciones municipales de la urbe, en referencia a *more maiorum*<sup>27</sup>: *qui coitiones ullas clandestinas in urbe conflavisset, more maiorum capitali supplicio multaretur*

**-Lex Acilia de Repetundis, 123 a. C.**<sup>28</sup>, que elevó a permanentes los tribunales que había creado la anterior *Lex Calpurnia* del 149 a. C., pero sobre el estado de esta cuestión me remito a los trabajos de los insignes colegas, prof. Resina, prof. Bello, Prof. Zamora<sup>29</sup>, antes citados.

**-Lex Cornelia repetundarum 81 a.C.**, esta ley dada por Sila, se inspiró sin lugar a dudas, en tendencias contrarias a las anteriores; se trata de una nueva ley que lleva a cabo una reforma de la precedente legislación; esta reforma la lleva a cabo Sila dentro de su política de reforma Senatorial<sup>30</sup>. El texto de esta ley al igual que muchas de las precedentes no se ha conservado pero a pesar de ello se han podido reconstruir los principios fundamentales teniendo presente las numerosos y a veces excelentes citas, recogidas en el proceso de Verres. La medida más importante propuesta por Sila era cambiar la composición del Tribunal, de manera que estuviera compuesto por Senadores en vez de caballeros, cuestión esta que parece dudosa.

Se ve que la corrupción siguió imparable, porque otras leyes vinieron a sumarse a las anteriores como fueron, la *Lex de suffragiis ferendis -119 a. C.*; *Lex Cornelia de ambitu -81 a. C.*; *Lex Aurelia de ambitu -75/70 a. C.*; *Lex Calpurnia de ambitu -67 a. C.*; *Lex Fabia de numero sectatorum -67/63 a. C.*; *Lex Tullia de ambitu -63 a. C.*; *Lex Licinia de sodaliciis -55 a. C.*; *Lex Pompeia de vi et ambitu -52 a. C.*; y, ya en el Principado, la *lex Iulia de ambitu* del 18 a. C. que introduce algunas correcciones al moderar las penas a una simple

<sup>24</sup> M.J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario... Cit.*, V. *CRIMEN AMBITUS*, p. 35.- Delito de ámbito o de corrupción electoral. Varias leyes (*Aurelia, Calpurnia, Cornelia, Cornelia Baebia, Cornelia Fulvia, Poetelia Pompeia*), sancionaron los actos de presión o corrupción electoral para las magistraturas. *Vid.* D. 48.14; C. 9.26.

<sup>25</sup> Una modalidad del mismo sería el *crimen sodalicium*, que es la constitución de asociaciones con fines ilícitos sobre todo con vistas a la intervención en contiendas electorales. P. RESINA, "El crimen ambitus en Plauto... *Cit.*, p. 2.

<sup>26</sup> Como se puede ver en D. 48.13.11 (9).2. ULPiano; *Comentarios a Sabino, libro XLI V.* "Se dispone en la ley Julia relativa al peculado, que nadie quite, ni intercepte, ni invierta en cosa suya parte de dinero sagrado, religioso ó público; ni haga de modo que alguno lo quite, lo intercepte ó lo aplique a cosa suya, á no ser que á él le fuere ciertamente lícito por la ley; y que nadie ponga ni mezcle en el oro ó en la plata ó en el dinero público alguna cosa, ni haga a sabiendas con dolo malo que se ponga ó se mezcle, por la que se deteriore". Y en D. 48.13.4, MARCIANO, *Instituta, libro XIV.*

<sup>27</sup> G. ROTONDI, , *Leges Publicae Populi Romani, cit.*, p. 297: *Porc. Latro in Catil.* 19. P. Resina, *op. Cit.* p. 22.

<sup>28</sup> La *Lex Acilia repetundarum -123 a. C.* creó un tribunal permanente (*quaestio perpetua*) para sancionar el delito de concusión: recibir o apoderarse un magistrado de dinero de las personas sobre las que tenía jurisdicción, lo que ya había sido castigado por la anterior *Lex Calpurnia* del año 149 a.C.

<sup>29</sup> S. BELLO RODRÍGUEZ - J. L. ZAMORA, "Crimen Repetundarum: Status Quaestiones", *Revistas@iustel.com, Revista General de Derecho Romano* 21 (2013).

<sup>30</sup> F. SERRAO, *Repetundis op. cit.* p. 459. *Cit.* por A. DE CASTRO- R. CAMERO, *El crimen maiestatis a la luz del Senatus Consultum de CN. Pisone Patre.* Sevilla 2000, p. 54.



multa e inhabilitación para cargos públicos durante cinco años<sup>31</sup>. Todas estas leyes demuestran el grado de corrupción que se vivía en Roma.

Conocida es la anécdota histórica de Julio César, ante las puertas del Tesoro. Cuando aún era cónsul, Julio César fue el que propuso la última y más severa ley republicana contra los delitos de corrupción, la «*Lex Iulia*», que incluía penas de multas desorbitadas y el destierro<sup>32</sup>. Es curioso que fuera él, pues poco antes no había dudado en recurrir a cualquier medio para acceder al consulado. «*Cuando el tribuno Metello trató de impedirle que tomase dinero de las reservas del Estado, citando algunas leyes que vetaban tocarlo, él respondió que el tiempo de las armas es distinto al de las leyes... y se encaminó hacia las puertas del Tesoro*», contó de él el historiador Plutarco. Eso no le impidió establecer más de cien capítulos en su ley, la mayoría de ellos destinados a los magistrados e, incluso, jueces que se hubieran dejado sobornar para favorecer a un acusado en un delito de corrupción. De ello da testimonio un texto de Marciano<sup>33</sup>, de D.48.11.1 pr., y nuevamente recogido en el Codex de Justiniano<sup>34</sup>:

*Lex Iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quia in magistratu potestate, curatione, legatione, vel quo alio officio munere, ministeriove publico cepit, vel quum ex cohorte cuius eorum est.*

*1.-Excipit lex, a quibus licet accipere, a sobrinis propioreve gradu cognatis suis, uxore.*

Marciano en este texto nos aclara que la *ley Julia de la concusión* es aplicable a aquellos casos en los que un magistrado tomó ciertas cantidades (*eas pecunias*) que cobró utilizando el cargo (*in magistratu potestate*) pero además quien teniendo alguna potestad en la administración como curador o legado o cualquier otro servicio o ministerio público (*curatione, legatione, vel quo alio officio munere*) o simplemente estuviera en la comitiva de alguno de ellos. No obstante, La ley exceptúa al entorno familiar, como aquellos de quien es lícito recibir, como de los sobrinos, de sus parientes en grado más próximo (*a sobrinis*), o de la mujer (*uxore*).

Estos últimos textos nos llevarían a tratar en otro apartado la consideración de estos crímenes en los textos de los juristas clásicos.

La corrupción, sin embargo, seguía imparable. Un poco antes de esta época, el gobernador de Sicilia, Verres, se convirtió de alguna manera en el arquetipo originario del «*corruptócrata*» incorregible. Se calcula que robó al erario público más de cuarenta millones de sestercios y depredó literalmente su provincia. Y no fue una excepción. El mismo Cicerón, que no le tenía especial simpatía y se esforzaba en presentarlo como un caso claro de avaricia de poder, afirmó, por el contrario, que su conducta representaba la norma en buena parte del imperio romano. En todo caso como decía el propio Cicerón:

*“El poder proporciona al hombre numerosos lujos, pero un par de manos limpias es algo que rara vez se encuentra entre ellos”<sup>35</sup>.*

Más adelante nos ocuparemos de algunos de los casos, más famosos en los que tomó parte activa M.T. Cicerón.

<sup>31</sup> A estas leyes habría que añadir otras disposiciones (del Senado o de algún magistrado) tendentes a resolver aspectos concretos o situaciones relativas a la buena marcha de los procesos electorales al respecto. P. Resina, *op. Cit. p. 5, nota 5*.

<sup>32</sup> *LEX IULIA DE PECUNIIS REPETUNDIS*. Ley de Julio César del año 59 a. C. Reguló con mayor severidad el crimen *repetundarum*. «*La ley Julia de la concusión se refiere a aquellas cantidades que alguien cobró siendo magistrado o teniendo alguna potestad, administración o legación, o algún otro oficio, o estando en la comitiva de alguno de ellos*» (MARCIANO, 14 *inst.D. 48.11.1 pr*). La ley estuvo en vigor bajo Justiniano.

<sup>33</sup> D. 48.11. 1pr, TIT, XI, *De Lege Julia Repetundarum. MÁRCIANUS, libro XIV. Institutionum*.

<sup>34</sup> *CI. Cod. IX. 27.1*.

<sup>35</sup> R. HARRIS, *Imperium (I)*, (trad. De Fernando Garí Puig), Editorial Penguin Random House grupo Editorial SAL., Navarra 2016, p. 14.

Con la llegada del Imperio en el 27 a.C., éste no solo no se redujo, sino que se incrementó. Los políticos siguieron sobornando a los funcionarios para conseguir puestos en la administración, mientras que a los ciudadanos se les asfixiaba cada vez con más impuestos y se veían obligados a pagar propinas a cambio de que se les agilizará algún trámite solicitado.

A partir de Augusto, el erario público (*aerarium*) fue perdiendo importancia e independencia, al ser sustituido por la caja privada del emperador (*fiscus*). Esto facilitó, sin duda, la corrupción, a la que se intentó poner remedio. Durante la época del emperador Adriano (24-76 d.C.), por ejemplo, se amplió *crimen repetundarum*<sup>36</sup> a todos los actos de malversación realizados por los funcionarios públicos y los sancionó incluso con penas de muerte<sup>37</sup>. Y junto a este crimen, aparecieron otros como la concusión o *concessio*, una de las prácticas favoritas de los gobernadores provinciales, consistente en exigir a los ciudadanos una contribución no establecida por la ley o aumentar otra sí existente de manera desorbitada.

## 2. Los textos de los juristas clásicos

Las penas contra el acusado de corrupción<sup>38</sup> o venalidad por recibir cantidades para promover o dejar de promover asuntos oscilan desde el cuádruplo de la cantidad que resultare haber recibido, si se ejercita dentro del año, a la *actio de factum* por la cantidad recibida si se ejercita después del año. Así resulta del texto de Ulpiano<sup>39</sup>, en D. 3.6.1 pr:

*in eum, qui ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicitur, post annum simpli in factum actio competit.*

Pero la historia de Roma parece que ya había sido escrita por el escritor y político romano Petronio, cuando se preguntó, impotente, en el siglo I:

*¿Qué pueden hacer las leyes, donde sólo el dinero reina?*

Sobre la Ley Julia relativa a exacciones ilegítimas, se recoge en el texto del *Codex*<sup>40</sup> en tiempos de los emperadores Gratiano y Valentiano:

*Ut unius poena metus possit esse multorum, duces, qui malo egit ad provinciam, quam nudaverat, cum custodia competente iam praecipimus, ut non solum quod eius*

<sup>36</sup> El «*crimen repetundarum*» aludía a los delitos de corrupción, cohecho o tráfico de influencias. Vid. S. BELLO RODRÍGUEZ, y J.L.ZAMORA, *Crimen Repetundarum: cit., Revista General de Derecho Romano* 21 (2013).

<sup>37</sup> *Repetundae. Peculatus* o Peculado. Delito que comete el magistrado que recibe o se apodera de bienes de las personas que están bajo su jurisdicción, o de los territorios donde ejercen su magistratura; y que a tenor de numerosas leyes prohibitivas sancionadoras quedan obligados a reintegrar a los perjudicados, amparados por diversas acciones en repetición (repetere). «*La ley Julia de la concusión se refiere a aquellas cantidades que alguien cobró siendo magistrado o teniendo alguna potestad, administración o legación, o algún otro oficio, cargo o servicio público, o estando en la comitiva de alguno de ellos*» (MARCIANO, 14 inst. D. 48. 11.1 pr.). «*Contra el acusado de haber recibido una cantidad para promover o dejar de promover alguna cuestión con propósito de vejar a alguien, compete, dentro del año, acción por el cuádruplo de la cantidad que resulte haber recibido y, después del año, acción por el hecho en aquella cantidad*» (ULPIANO, 10 ed. D. 3.6.1 pr.). D. 48. 11; CI. 9.27 Vid. Lex Repetundarum, Lex Calpurnia Repetundarum, Lex Iulia Repetundarum. M.J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia...cit.*

<sup>38</sup> MARCIANO, 14 inst. D. 48. 11.1 pr.

<sup>39</sup> D. 3.6.1 pr, ULPIANUS, *ad Edictum X.*

<sup>40</sup> C. 9.27 *Ad Legem Iuliam Repetundarum.*

*non dicam domesticus, sed manipularius et minister accepit, verum etiam quod ipse a provincialibus nostris rapuit aut sustulit, in quadruplum exsovat invitus...*

Donde como medida coactiva para que la pena inspire miedo, ordena que el que administró mal pague el cuádruplo de lo despojado, aplicándose la misma medida no solo al duque (*ducem*), sino a cualquier otro sea soldado o ministro (*sed manipularius et minister accepit*) tanto de lo que robó o quitó a los habitantes de la provincia.

Sobre la concusión o la extorsión de bienes realizados por quien ostenta o cargo o que falsamente se lo atribuya encontramos un texto de Ulpiano en D. 47.13.1<sup>41</sup>:

*Si simulato Praesidis iussu concussio intervenit, ablatum eiusmodi terrore restitui Praeses provinciae iubet, et delictum coerces.*

Aplicable al que habiendo simulado el cargo de Presidente incurre en concusión, ordenando que se restituya lo sustraído por dicho delito. A continuación establece la restricción de la clase de proceso al no considerarlo público, aunque no siempre, en en D. 47.13. 2:

*Concussionis iudicium publicum non est; sed si ideo pecuniam quis accepit, quod crimen minatus sit, potest iudicium publicum esse ex Senatusconsultis, quibus poena legis Corneliae teneri iubentur, qui in accusationem innocentium coierint, quive ob accusandum, vel non accusandum, denuntiandum, vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperit.*

De aquí se desprende que el juicio de concusión no es público, aunque no obstante, si median amenazas con una acusación criminal puede serlo por aplicación de los senados consultos que ordenan que queden sujetos a la Ley Cornelia, por acusación de inocentes o por haber recibido dinero por acusar o abstenerse de acusar o prestar testimonio. Constantino lo extiende a los abogados o alguaciles u oficiales de la administración de justicia en C. 12.6. 1<sup>42</sup>.

Las penas no solo podrían llevar la devolución de lo sustraído, sino que reiteración delictiva podría llevar a la deportación forzosa, según Constitución de los emperadores Arcadio y Honorio, en C. 9.26.1<sup>43</sup>:

*Nullus omnino principatum vel numeratum seu commentariensis gradum vel cetera officia repetere audeat, quum publicae disciplinae semel gesta sufficiant. At si quisquam promotorum denuo ad munus, etiam per sacras literas, irrepserit, quod ante docebitur gessisse, cassatis, quae hoc modo sunt impetrata, ad solutionem debiti primitus urgeatur, et, qui contra fecerint, poenam deportationis ad instar legis Iuliae ambitus excipiant.*

Donde condena al que vuelva solicitar y repetir jefatura, contaduría o escribanía o cualesquiera cargos que ya hubieran sido desempeñados. Y si se hubiera entrometido utilizando para ello cartas sacras, quedarían invalidadas ordenando la devolución de lo indebidamente adeudado y condenando a la pena de deportación invocando para ello a la ley Julia por pretender cargos mediante intriga.

Pero ahora nos vamos a ocupar de lo que es la finalidad de esta intervención:

---

<sup>41</sup> D. 47.13, *ULPIANUS* libro V. *Opinionum*.

<sup>42</sup> *C.12.61: De Lucris Advocatorum et Concussionibus Oficiorum Seu Appaiutorum: 1 Imp. CONSTANTINUS A AELIANUM, Proconsulem Africae. Si quis se a ducenariis vel centenariis vel fisci advocatis laesum esse cognoscat, adire iudicia et probare iniuriam non moretur, ut in eum, qui convictus fuerit, competenti severitate vindicetur.*

<sup>43</sup> *CI. 9.26.1, Impp.. ARCADIUS et HONORIUS AA POMPEIÁNO, Proconsuli Africae.*



### 3. Breve referencia a los casos más famosos de Cicerón

#### a) El Caso Verres

Marco Tulio Cicerón fue nombrado demandante principal (*nominis delator*) en el caso de Verres<sup>44</sup>. Su plan consistió en presentar cuatro demandas por separado. Una por corrupción en el ejercicio de la magistratura (era gobernador de Sicilia y había traficando según constaba más de 400 ánforas de miel<sup>45</sup> – *Lex Aebutia* del 133 a.C. que limitaba a 300 ánforas, la medida con la que podían comerciar los senadores<sup>46</sup>-, cincuenta divanes, doscientos cuarenta candelabros de plata y oro, y noventa pacas de tejido de Malta); otra, por extorsión en la recaudación de impuestos (era responsable de recaudar las tasas por exportación de las mercancías que salían de Siracusa y no abonó impuesto alguno); la tercera, por pillaje en propiedades municipales y privadas; y la cuarta por aplicación de castigos tiránicos e ilegales (como mandar azotar a Publio Gavio a pesar que no dejaba de gritar “*Soy ciudadano romano*”). Fue condenado a la pena máxima según la *ley Cornelia*<sup>47</sup>, de la pérdida a perpetuidad de todos sus derechos civiles<sup>48</sup> “*de manera que la sombra de Cayo Verres no pueda volver a amenazar a sus víctimas ni suponer un peligro para la administración de justicia en la república romana*”.

#### b) El Caso de Catilina

Si hay un caso que haya traspasado la historia para acrecentar la leyenda de Cicerón como orador y político es este. Catilina, un ser vengativo y cruel, que ya durante las proscripciones de Sila se había labrado una reputación sanguinaria como los llamados *percussores*, puesto que había torturado hasta la muerte al político populista Graditano, rompiéndole las piernas y brazos con el mazo, y arrancándole la lengua y los ojos con un cuchillo<sup>49</sup>. Apropiándose con ello de las propiedades de los ejecutados y amasando una considerable fortuna. Por si fuera poco, era sexualmente licencioso, ya que llegó a ser procesado por haber mantenido relaciones ilícitas con la vestal Fabia<sup>50</sup>, hermanastra de Terencia (esposa de Cicerón). Sin embargo, en aquella ocasión Catilina consiguió que lo declararan inocente. Prosiguió su andadura política de tropelía en tropelía hasta el punto que nombrado gobernador de la provincia de África, saqueó la provincia de una punta a otra, cargando a sus habitantes con impuestos, asesinando y violando a sus esposas e hijas. Su conspiración llegó al punto de alzarse contra la república, lo que motivó la famosa Catilinaria de Cicerón<sup>51</sup>:

— *¿Hasta cuándo, Catilina, abusarás de nuestra paciencia? ¿Hasta cuándo esta locura tuya seguirá riéndose de nosotros?*

<sup>44</sup> R. HARRIS, *Imperium (I)*, cit. p. 133.

<sup>45</sup> R. HARRIS, *Imperium (I)*, Cit., pp.152

<sup>46</sup>T. HOLLAND, *Auge y caída de la República Romana*, Editorial RUBICÓN, Barcelona 2006, pp. 68-69: “*La corrupción es peligrosísima, porque permanece oculta. Los senadores, a pesar de que tomaban el dinero, fingían un altivo desden hacia las finanzas. El desprecio por el beneficio, incluso estaba plasmado en la ley: no se permitía que ningún publicano entrara en el senado, a igual que no se permitía que ningún senador se dedicara a algo tan vulgar como el comercio exterior. Entre bastidores, esa legislación tenía poca aplicación en la práctica: la posibilidad de colaboración entre el gobernador y el empresario les servía para unirlos todavía mas; se necesitaban mutuamente para acabar siendo ricos los dos...*”.

<sup>47</sup> *Lex Cornelia Fulvia de ambitu*, del 159 a.C., que castigaba con el exilio al *improbis*.

<sup>48</sup> R. HARRIS, *Imperium (I)*, Cit., pp. 167.

<sup>49</sup> R. HARRIS, *Imperium (I)*, Cit., p. 317.

<sup>50</sup> Y aunque fue absuelta, pero de haber sido declarada culpable, habría sufrido la pena tradicional que correspondía a toda Vestal que rompía sus votos de castidad: ser enterrada viva en la pequeña cámara destinada a tal propósito que había al lado de la puerta *Collina*. HARRIS, *Imperium (I)*, Cit., p. 317.

<sup>51</sup> R. HARRIS, *Conspiración (II)*, Cit., p. 199.

## II. ¿CUÁL ES EL OBJETO DE LA OBRA CICERONIANA “DE OFFICIIS”<sup>52</sup> ?

Al modo de la república platónica, Cicerón piensa en una *Arcadia* ideal en la que los ciudadanos de la nueva Roma, hastiados de un siglo de guerras civiles, después de las muertes de los Gracos, de las contiendas intestinas y enfrentamientos entre Mario y Sila, Pompeyo y Cesar, y producida la muerte de este último, quiere valerse del modo de unos consejos a su propio hijo para dejar constancia de sus principios republicanos. Cicerón cree que la vuelta hacia la austera moralidad republicana sería el germen de una nueva regeneración, todo por el bien de Roma y la grandeza de su imperio<sup>53</sup>.

### 1. ¿Porqué elegir la obra de Cicerón como modelo de moralidad republicana?

Comenta Guillen Cabañero<sup>54</sup>, que Plinio el viejo, le decía al joven Tito que el libro *De officiis [sobre los deberes]* de Cicerón, “no solo había que tenerlo siempre entre las manos, sino aprenderlo de memoria”; San Ambrosio cuando trata de dar a la religión cristiana una ética filosófica toma como modelo sus *De officiis ministrorum*<sup>55</sup>; Voltaire<sup>56</sup> llega a afirmar que “*Jamás se podrá escribirse nada más sabio, ni más verdadero, ni más útil*”...

### 2. La honestidad y el enriquecimiento

A la honestidad dedica Cicerón, el libro I (*La Honestidad en nuestros actos*), *Tit. IV (De la fortaleza)* con un capítulo 2º, *La fortaleza según sus manifestaciones exteriores*, donde se ocupa del “*Modo de comportarse en la prosperidad*”, Fragmentos 90-91<sup>57</sup>.

No es del todo insolito que cuando los individuos y las sociedades alcanzan cierto grado de prosperidad, aparezcan los abusos y los proyectos desmesurados sobre la base del enriquecimiento rápido; por ello, aconseja Cicerón evitar los defectos del exceso de fortuna, huyendo de la soberbia, del desprecio y de la arrogancia<sup>58</sup>, afrontando con serenidad la buena fortuna a igual que la adversidad:

*[Fragm. 90] Atque etiam in rebus prosperis et ad voluntatem nostram fluentibus superbiam magnopere, fastidium arrogantiamque fugiamus. nam ut adversas res, sic secundas inmoderate ferre levitatis est praeclaraque est aequabilitas in omni vita et idem semper vultus eademque frons,...*

---

<sup>52</sup> Tomamos como base la edición siguiente: M.T. CICERÓN *Sobre los deberes [De officiis]*, (Estudio Preliminar, notas y traducción de José Guillen Cabañero), Editorial Tecnos, Madrid 1989.

<sup>53</sup> J. GUILLEN CABAÑERO, *Estudio Preliminar, notas...* Cit., p. 25.

<sup>54</sup> J. GUILLEN CABAÑERO, *Estudio Preliminar, notas...* Cit., p. 26.

<sup>55</sup> J. GUILLEN CABAÑERO, *Estudio preliminar, Cit.*, p.26.

<sup>56</sup> F.M VOLTAIRE, *Lettres des Memmius a Ciceron*, III, c. 19, en *Oevres*, T. XXXIII, 1972, p. 392.

<sup>57</sup> La versión latina es la disponible en <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off1.shtml#92>

<sup>58</sup> *Fragm. 91*: “...Y especialmente en la cumbre de la prosperidad hay que seguir más los consejos de los amigos, atribuyéndoles sobre nosotros más autoridad que nunca”. *[91] Atque etiam in secundissimis rebus maxime est utendum consilio amicorumisque maior etiam quam ante tribuenda auctoritas...*]

Contraponen a los hombres desenfrenados por los favores de la fortuna –y demasiado pagados de sí mismos– para que adviertan de la imbecilidad de las cosas humanas y la volubilidad de la fortuna...

*[Fragm. 91]...sic homines secundis rebus effrenatos sibique praefidentes tamquam in gyrum rationis et doctrinae duci oportere, ut perspicerent rerum humanarum imbecillitatem varietatemque fortunae".*

Con los hombres de Estado, aquellos que realizan las obras más grandes y cuya actuación se extiende dilatadamente en el tiempo; con el hombre que aparte de atender sus asuntos, está dispuesto a atender y ayudar a los demás y a su patria y que no acumula riquezas por medios ilícitos o torpes o que emplea estas para satisfacer las bajas pasiones en el fragmento 92:

*[Fragm.92] sed haec quidem hactenus. Illud autem sic est iudicandum, maximas geri res et maximi animi ab iis, qui res publicas regant, quod earum administratio latissime pateat ad plurimosque pertineat;*

Cicerón no se opone al incremento de la fortuna personal o privada, siempre que sea conseguida sin ganancia “torpe ni odiosa”, fruto del buen cálculo, del buen sentido, con diligencia pero sin ambición, que sea “útil” entendiendo por tal que lo sea a los amigos o a la República, y que no se destine a los deleites y al lujo, sino a la liberalidad y a la beneficencia, ya que añade:

*quae primum bene parta sit nullo neque turpi quaestu neque odioso, tum quam plurimis, modo dignis, se utilem praebeat] deinde augeatur ratione, diligentia, parsimonia [nec libidini potius luxuriaeque quam liberalitati et beneficentiae pareat.*

El premio de quien observe estas pautas de conducta es una vida con dignidad, con valentía de alma, sencillez y lealtad en la consideración de los demás:

*Haec praescripta servantem licet magnifice, graviter animoseque vivere atque etiam simpliciter, fideliter, vere hominum amice.*

### **3. Relaciones entre la honestidad y el decoro**

En este mismo Libro I, en el título V “*De la Templanza*”, se ocupa de las relaciones entre la honestidad y el decoro: en el fragmento 94, considera que lo honesto es siempre decoroso<sup>59</sup>, en cuanto que *decorum* presupone lo honesto. *Decorum* es el conjunto de todas las virtudes que hacen al hombre reservado, discreto, cortés, correcto, educado. “Es honesto, luego es decente”:

*[Fragm.94] Huius vis ea est, ut ab honesto non queat separari; nam et quod decet honestum est et quod honestum est decet.*

### **4. Medios dignos e indignos de ganancias**

Para Cicerón es el deseo inmoderado de riquezas la causa de la inmoralidad, y ni siquiera es argumento que determinadas acciones reporten grandes ganancias, aunque conlleven una acción inmoral, pues el daño que se sigue a una acción inmoral es siempre superior a cualquier ventaja que pueda reportar<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> M.T.CICERÓN, *Sobre los deberes...*, Cit., p. 49, notas 127-130.

<sup>60</sup> GUILLEN CABAÑERO, *Estudio preliminar*, op. Cit., p. 76.

### a) Medios indignos de ganancias

Estan mal vistas las profesiones y oficios que producen el odio de los ciudadanos como recaudadores y usureros:

*[Fragm. 150] Primum improbantur ii quaestus, qui in odia hominum incurrunt, ut portitorum, ut feneratorum.*

Así mismo, las ganancias obtenidas por los mercenarios por vender el esfuerzo de sus brazos, no su capacidad para el arte, las cuales las califica de sórdidas y no liberales:

*Illiberales autem et sordidi quaestus mercennariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur*

Son así mismo, sórdidas las actividades de los revendedores, pues lo que venden lo hacen mintiendo e inventando patrañas:

*Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant; nihil enim proficiant, nisi admodum mentiantur:*

Y bajo ningún concepto, los oficios al servicio de los placeres, incluyendo actividades tan variopintas como "Vendedores de pescado salado, carniceros, cocineros, choriceros, pescaderos", a los que añade los *perfumistas, los bailarines, y los actores*<sup>61</sup>

*Minimeque artes eae probandae, quae ministrae sunt voluptatum: Cetarii, lanii, coqui, fartores, piscatores,... adde huc, si placet, unguentarios, saltatores, totumque ludum talarium*<sup>62</sup>.

### b) Medios dignos de ganancias.

Son por el contrario medios honestos, los que requieren un conocimiento mayor y reportan mejores ganancias, como la medicina, la arquitectura, la enseñanza de las artes literarias. Lo curioso es que al comerciante a pequeña escala lo considera como vil, pero si lo es a *gran escala* dedicándose a la importación y distribución de grandes cantidades, no lo considera totalmente vituperable:

*[Fragm. 151] Quibus autem artibus aut prudentia maior inest aut non mediocris utilitas quaeritur ut medicina, ut architectura, ut doctrina rerum honestarum, eae sunt iis, quorum ordini conveniunt, honestae. Mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est; sin magna et copiosa, multa undique apportans multisque sine vanitate inperiens, non est admodum vituperanda...*

Claro que si el mercader se retira al campo y emplea su dinero en adquirir una hacienda hay que elogiarlo, pues no hay nada mejor, ni más provechoso, ni que proporcione mayor gozo, ni más digno del hombre libre que la agricultura:

*Omnium autem rerum, ex quibus aliquid acquiritur, nihil est agri cultura melius, nihil uberius, nihil dulcius, nihil homine libero dignius*

Da la impresión que el viejo espíritu de *Cato Maior (De senectute)*<sup>63</sup>, al que se remite Cicerón con una cierta *displicentia* al conceder que "...en esa obrita podrás encontrar lo que aquí falta"<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Es curioso que el propio PLAUTO, en *Miles Gloriosus*, 156, hace un guiño al espectador, pues considera que todo el que salía a las tablas a divertir al público "perdía su honorabilidad civil".

<sup>62</sup> A ellos, QUINTILIANO (*Quintil. 11, 9*) incluye el *ludus talaris*, esto es los que se dedican a todas clases de juegos de azar.

<sup>63</sup> CICCERO, *De senectute*, 51-60.

## 5. El peligro de las doctrinas “populistas”

En el libro II, Cicerón se consuela en la filosofía y piensa en la utilidad de nuestros actos; escribe sobre lo útil [Fragm. 10], sobre el poder y la fortuna [Fragm. 19], la benevolencia [Fragm. 23]...

Pero en el fragmento 78, parece que se hace eco de las *doctrinas populistas*, pues alude a los que van en busca de la popularidad y recurren a la “ *cuestión agraria*” para arrojar a los dueños de sus tierras y proponen “*una condonación de las deudas*”. Para Cicerón, esto conduce a destruir los fundamentos del Estado y de la concordia, la cual no puede existir cuando se quitan a uno sus bienes para dárselos a otros. En tal caso, la justicia desaparece si cada cual no puede poseer lo que le pertenece:

[Fragm. 78] *Qui vero se populares volunt ob eamque causam aut agrariam rem temptant, ut possessores pellantur suis sedibus, aut pecunias creditas debitoribus condonandas putant, labefactant fundamenta rei publicae, concordiam primum, quae esse non potest, cum aliis adimuntur, aliis condonantur pecuniae, deinde aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet. Id enim est proprium, ut supra dixi, civitatis atque urbis, ut sit libera et non sollicita suae rei cuiusque custodia.*

Esto produce la ruina de la republica, pues a quien le quitan sus bienes queda como enemigo de ésta, y a quienes se los dan se hace el desinteresado como si no los hubiera recibido; quien recibe el perdón de sus deudas, reprime su gozo para que los demás no piensen que que estaba en tal situación de no poder pagarlas; el que sufre una injusticia, la recuerda y la tiene presente en su resentimiento; y aunque fueran mas los beneficiados que los desposeídos, no por ello esto se tendrá de mas valor, porque eso no depende del numero sino de la cualidad:

[Fragm. 79] *Atque in hac pernicie rei publicae ne illam quidem consequuntur, quam putant, gratiam. Nam cui res erepta est, est inimicus; cui data est, etiam dissimulat se accipere voluisse et maxime in pecuniis creditis occultat suum gaudium, ne videatur non fuisse solvendo. At vero ille, qui accipit iniuriam, et meminit et prae se fert dolorem suum, nec, si plures sunt ii, quibus inprobe datum est, quam illi, quibus iniuste ademptum est, idcirco plus etiam valent. Non enim numero haec iudicantur, sed pondere.*

Finalmente, se hace una pregunta retórica: ¿Qué clase de equidad hay para quien ha poseído durante años -y quizás siglos- campos agrícolas, y se los arrebatan para entregárselos a quien nunca tuvo nada?

*Quam autem habet aequitatem, ut agrum multis annis aut etiam saeculis ante possessum qui nullum habuit habeat, qui autem habuit amittat?*

Tal proceder lo único que consigue es aumentar las discordias, que surgan tiranias, desterrar a los hombres de bien y que una republica perfectamente organizada, se arruine del todo, recordando el ejemplo griego<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> [151] *De qua quoniam in Catone Maiore satis multa diximus, illum assumes quae ad hunc locum pertinebunt.*

<sup>65</sup> Cicerón pone el ejemplo de los lacemonios, que expulsaron al éforo Lisandro, que se puso de parte del rey Agis, en su pretensión de renovar las leyes de Licurgo sobre la igualdad del derecho a las tierras. Leónidas que se opuso a ello, consiguió que el rey Agis fuera encarcelado y condenado a

Precisamente esta mención a Grecia... nos lleva a entrar en *Precauciones contra las deudas perjudiciales a la República*.

## **6. Precauciones contra las deudas perjudiciales a la República**

De nuevo se plantea una pregunta retórica *¿Qué pretenden los que quieren comprar con mi dinero un fundo para que lo disfrute otro y yo no tenga mi dinero?*

*[Fragm. 84] ..., nisi ut emas mea pecunia fundum, eum tu habeas, ego non habeam pecuniam?*

Si la deuda ha sido ya contraída, el acreedor no puede perder lo suyo y que a cambio el deudor se lucre con ello, Pero hay que tener claro un orden de prioridades; hay que impedir que se contraigan nuevas deudas que perjudiquen a la república, porque nada hay que mantenga unido al Estado mas que la confianza. Por ello es obligado el pago de la deuda, ya que la convicción en la imperiosa necesidad de pagar lo adeudado hace desaparecer la esperanza que pudieran albergar los defraudadores<sup>66</sup>.

Finalmente, en el fragmento 85 advierte de no caer en el tipo de larguezas a los que gobiernan de arrebatárselos los bienes a unos para dárselos a otros (como aconteció en la dictadura de Sila o en etapas anteriores), respetando siempre la equidad de las leyes y de los tribunales para que cada uno conserve lo suyo, no atropellando a los mas humildes y débiles. Ni que la envidia haga estorbar a los más ricos para recuperar y conservar sus bienes. La explicación a ello radica que tales son los benefactores de la república pues en tiempo de guerra contribuyen con sus tributos y en periodo de paz con sus tierras y rentas para acrecer a la república. Tales fueron las tareas de nuestros mayores y los grandes hombres que añadieron gloria y estima a la República:

*[Fragm.85] Ab hoc igitur genere largitionis, ut aliis detur, aliis auferatur, aberunt ii, qui rem publicam tuebuntur, inprimisque operam dabunt, ut iuris et iudiciorum aequitate suum quisque teneat et neque tenuiores propter humilitatem circumveniantur neque locupletibus ad sua vel tenenda vel recuperanda obsit invidia, praeterea, quibuscumque rebus vel belli vel domi poterunt, rem publicam augeant imperio, agris, vectigalibus. Haec magnorum hominum sunt, haec apud maiores nostros factitata, haec genera officiorum qui persecuntur cum summa utilitate rei publicae magnam ipsi adipiscentur et gratiam et gloriam.*

---

muerte, y Lisandro desterrado. El contagio reaccionario que empezó en Lacedemonia se extendió por toda Grecia y al final acabó con ella: *[80] Ac propter hoc iniuriae genus Lacedaemonii Lysandrum ephorum expulerunt, Agim regem, quod nunquam antea apud eos acciderat, necaverunt, exque eo tempore tantae discordiae secutae sunt, ut et tyranni existerent et optumates exterminarentur et praeclarissime constituta res publica dilaberetur. Nec vero solum ipsa cecidit, sed etiam reliquam Graeciam evertit contagionibus malorum, quae a Lacedaemoniis profectae manarunt latius.*

<sup>66</sup> Cicerón recuerda aquí su consulado, donde a pesar de la opinión contraria al pago de la deuda pública –incluso con las armas en la mano–, se pagaron las deudas públicas, pues la imperiosa necesidad de pagarlas hace desaparecer la esperanza que pudieran albergar los defraudadores: *“Numquam nec maius aes alienum fuit nec melius nec facilius dissolutum est: fraudandi enim spe sublata solvendi necessitas consecuta est...”*



## 7. Sobre la forma de gobierno ideal

Solo queda para concluir este estudio hacer alusión a otra obra de M.T. Ciceron, donde expone sus ideas sobre la forma de gobierno ideal. Es *La Republica*<sup>67</sup>.

Esta obra desarrollada en forma de diálogo entre Lelio y Escipión *el Africano*. Ruega Lelio al *Africano* que exponga su opinión, sobre la Republica y éste formula la definición de República, como pueblo, pero que todo debe ser regido por un rey o por la aristocracia o por el pueblo<sup>68</sup>. Preguntado de nuevo cual de las tres formas le parece la más perfecta, responde el Africano que ninguna de las tres formas aisladamente le satisface, sino mejor una cuarta, que resulta de la mezcla conveniente de las tres.

Insistiendo para que, sin embargo, diga cuál de ellas le satisface más, dice que la monarquía, según se puede comprobar por los efectos tan benéficos que causó en Roma; la nobleza por el consejo y asesoramiento que presta; y el pueblo por la libertad, insistiendo en un cuarto genero mezcla de los tres por los admirables resultados en el Estado de Roma. Con ello refleja la idea de Catón: La forma de gobierno de Roma es la más perfecta, porque al no estar sometida al arbitrio de un solo hombre, participa del consejo y de la virtud de los mejores ciudadanos y del pueblo, porque «*Es el gobierno del pueblo; y por pueblo entiendo no la masa de la multitud, sino la reunión de hombres coadyuvados por el consentimiento del derecho y por el común interés*<sup>69</sup>».

Cuando el rey es injusto resulta la tiranía, cuando son injustos los nobles viene el partidismo, la oligarquía; cuando es injusto el pueblo esa demagogia se acerca mucho a la tiranía. En estos últimos casos no hay República, porque no hay «*cosa del pueblo, ni el pueblo es ya pueblo*».

## BIBLIOGRAFÍA

S. BELLO RODRÍGUEZ, - J. L. ZAMORA, *Crimen Repetundarum: Status Quaestiones*, *Revistas@iustel.com*, *Revista General de Derecho Romano* 21 (2013).

J. M., BLANCH NOUGUÉS, *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano*. Madrid 1997.

M.G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*. Milano 1964.

F. BOTTA, “*El deber de venganza en la Roma antigua*”, *Revista General de Derecho Romano* 21 (2013), *Revistas@iustel.com*.

C. A.BRIOSCHI, “*Así se combatía la corrupción pública en la antigua Roma*”, *Forum des resistent europeens Euro-Synergies*, en <http://euro-synergies.hautetfort.com/tag/rome%20antique>.

M.T. CICERÓN, *Sobre los deberes [De officiis]*, (*Estudio Preliminar, notas y traducción de José Guillen Cabañero*), Ed. Tecnos, Madrid 1989.

---

<sup>67</sup>M.T. CICERÓN *Sobre la Republica*, cit. *Idem* M.T. CICERÓN., *La Republica*, ed. Aguilar, Madrid 1980.

<sup>68</sup> CICERÓN M.T., *Sobre la Republica*, cit., p. 22.

<sup>69</sup> CICERÓN M.T., *Sobre la Republica*,... Cit., p. 23.

M.T. CICERÓN, *Sobre la Republica*, sobre las leyes. (Estudio Preliminar y traducción de José Guillen Cabañero), Ed. Tecnos, Madrid 1986. *Ibidem* CICERÓN M.T., *La Republica*, ed. Aguilar, Madrid 1980.

S. A. CRISTALDI, *La praevaricatio e la sua repressione dinanzi alle quaestiones perpetuae*, *Revistas@iustel.com*, Revista General de Derecho Romano, 18 (2012), *Iustel. Com*.

A. D'ORS, , *Contribuciones a la historia del "crimen falsi"*, *Studi Volterra* 2 (Milano 1971), pp. 543 ss..

R. DE CASTRO-CAMERO, *El crimen maiestatis a la luz del Senatus Consultum de CN. Pisone Patre*. Sevilla 2000.

R. HARRIS, *Imperium (I)*, (trad. de Fernando Garí Puig), Ed. Penguin Random House grupo Editorial SAL., Navarra 2016. Íd., *Conspiración (II)*, (trad. De Fernando Garí Puig), Ed. Penguin Random House grupo Editorial SAL., Navarra 2016. Íd., *Dictator (III)*, (trad. De Fernando Garí Puig), Ed. Penguin Random House grupo Editorial SAL., Navarra 2016.

J.M. LLANOS PITARCH, "Reflexiones sobre la extensión del *Falsum* al juez venal", *Rev. General de Derecho Romano*, 9 (2007), *Iustel. Com*.

M.A. MOLLÁ NEBOT, "Responsabilidad judicial "per iniuriam iudicis". Aspectos penales en Derecho romano Clásico", *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. 2, , Valencia 1998, pp. 419-429.

P. RESINA SOLA, "La corrupción electoral en la comedia plautina", *Revistas@iustel.com*, Revista General de Derecho Romano 16 (2011), Madrid.

G. SUAREZ BLAZQUEZ, *Naturaleza Jurídica de la Actio Tributaria (Actio tributaria opposite to the corrupt businessman in mercantile bankruptcy)*, *Iustel.com.*, *RGDR* 20 (2013) pp.1-35.

A. TORRENT RUIZ, "Crimen Repetundarum", VV.AA. en *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid 2005.

C. VENTURINI, *Damnatio iudicum Cinque studi di diritto criminale romano*, Pisa 2008. Íd., *Studi sul "crimen repetundarum" nell'età republican*. Milano 1979.

# ACUERDOS DE PARÍS Y CALENTAMIENTO GLOBAL: AUMENTAR LOS SUMIDEROS DE CARBONO

Luis Javier Cuenca López

Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada

Máster Universitario en Seguridad Integral en la Edificación y Arquitecto Técnico

Fecha de recepción: 4 de septiembre

Fecha de aceptación: 20 de noviembre

**RESUMEN:** Con independencia de que el cambio climático que se nos anuncian tenga o deje de tener motivos antropógenos, lo único relevante es conocer si es cierto o no que se esté produciendo, o si se trata simplemente de anomalías esporádicas.

Que el clima sea cambiante no debería producirnos alarma alguna porque la climatología en el planeta Tierra es mudable por naturaleza. Ni es la primera vez que ocurre a lo largo de la Historia, ni los cambios que se produjeron fueron tan graves como nos quieren hacer ver los catastrofistas que ahora lo anuncian constantemente, sin haber despejado la incógnita de si se trata de una estrategia para seguir viviendo de sus augurios y de sus protestas. La fragilidad de la atmósfera y la complejidad de los parámetros que intervienen en la formación del clima del planeta es tan grande, que dificultan su comprensión completa y es el motivo, entre otros, por el que las predicciones a más de unos pocos días son tan poco fiables. Esa circunstancia es la que provoca miedo a lo desconocido y por ello es muy fácil influir en los espíritus más débiles. Por suerte, el de la vida es un proceso muy flexible que ha podido mantenerse y adaptarse a las circunstancias, desarrollándose aceptablemente a lo largo del tiempo.

No es de extrañar que sea precisamente la ONU la encargada de difundir la amenaza de un catastrófico cambio climático que pueda acabar con la vida en la Tierra. En la ONU coinciden una mayoría de países no democráticos que en los Acuerdos de París ven una posibilidad de conseguir grandes cantidades de dinero sin que sus regidores tengan que dar cuentas a nadie de la forma de conseguirlo.

Que procuremos no empeorar, e incluso queramos mejorar las condiciones medioambientales, no está nunca de más. Pero dudamos que seamos tan relevantes como para poder influir de manera tan drástica y certera en procesos tan complejos como los que afectan al clima planetario. Partiendo del desconocimiento cabal de si realmente se está produciendo un cambio climático y en caso de que se esté produciendo, ¿cuál es el agente o agentes que lo produce? tenemos que concluir que, en el caso de que se esté produciendo, pueda no serlo por causas antropógenas, por lo que hagamos o no hagamos, el cambio climático se seguirá produciendo y tendremos que acomodarnos a las consecuencias.

El anuncio del Presidente de los Estados Unidos de desmarcarse de lo firmado en los Acuerdos de París de 2015 es una mala noticia para todos y ha vuelto a poner sobre la mesa la actualidad del Cambio Climático que, por motivos antropógenos o naturales, parece estar produciéndose.

Hemos definido como situación de equilibrio climático, aquella que nos conviene, pero ni siquiera sabemos si el equilibrio auténtico pueda ser otro distinto que nos afecte de manera menos conveniente. Desde que se formó el planeta Tierra con una atracción gravitatoria y una distancia al Sol que le permite tener atmósfera gaseosa y agua líquida en la superficie, el clima ha sido muy distinto según las épocas, con intervención humana y sin ella. Procuremos ser lo más respetuosos posible con el medio ambiente para influir lo menos posible en el clima de la Tierra. La sustitución de los motores de explosión actuales que emplean combustibles fósiles, por motores de agua que quemem hidrógeno para producir vapor agua sería una buena medida para conseguir disminuir la desertización de algunas áreas importantes del planeta, aunque no termine de solucionar el problema. Creemos poder apuntar una solución más barata que las tradicionales para desalinizar agua marina sin consumir energía que no sea renovable. Tampoco resuelve el problema global del cambio climático, pero sin duda ayudaría a conseguir agua en zonas que ahora no pueden ni pensar en el aumento de áreas arboladas que constituyan sumideros de carbono en algunas zonas de nuestro propio país.

**PALABRAS CLAVE:** Cambio climático, calentamiento global, influencia antropógena, Acuerdos de París, demagogia medio-ambiental.

**ABSTRACT:** Whether the announced climate change has human reasons or not, the only relevant thing is to know whether it is true or not that is happening or if we are facing simply occasional anomalies.

We should not be worried about the fact that climate is changeable since weather on Earth is mutable by nature. It is not the first time it happens through history, neither the changes produced were as serious as alarmists who constantly announce it want to point out to us, without even having cleared up the unknown of if it is a strategy to continue to live off of their predictions and protests. The great complexity of the parameters that influence the formation of climate on Earth complicates its total understanding and that is why, among others reasons, the long-term predictions are not reliable. That circumstance is what causes fear of the unknown and therefore, it is very easy to influence the weakest spirits. Fortunately, life is a very flexible process which has been able to maintain and adapt itself to circumstances, developing acceptably over the course of time.

It is no wonder that the UN is responsible for the spread of threat of a catastrophic climate change that may end life on Earth. The organization is composed, for the most part, by non-democratic countries that see the Paris Agreement as the possibility to earn a great deal of money without being accountable to anyone.

That we try to not aggravate but to improve environmental conditions could not do any harm. However, we doubt that we are so relevant to be able to drastically influence in such complex processes as those that affect climate of our planet. We are not sure if climate change is really happening but, if that were the case, which is the agent or agents that cause it? We have to conclude that it may not be caused by the human activity, so whatever we do, climate change will continue to happen and we should adapt to its consequences.

The announcement of withdrawal of the United States President from the 2015 Paris climate agreement by former President Barack Obama is bad news for all of us and it has laid again on the table the current news of the *Climate Change* which, for human of natural reasons, seems to be happening.

We have defined the most appropriate situation of climate balance, but we do not even know the real balance's effect, which may be different and affect us in a less convenient way. Since the formation of Earth by a gravitational attraction and with a distance from the Sun that allows it to have a gaseous atmosphere and liquid water on the surface, climate has been very different according to the period, with and without human intervention. We should be as respectful as possible with the environment in order to affect the minimum the Earth's climate. The substitution of current combustion engines that use fossil fuels for those water engines which burn hydrogen to produce water vapour would be a good measure to reduce the desertification of some important areas of the planet, although that may not be enough to solve the problem. We think to be able to indicate a cheaper solution than those traditional in order to desalinate seawater without consuming non-renewable energy. It may not solve the global problem of climate change, but it would certainly help to get water on some areas which are inconceivable for the increase of green zones that would constitute drains of carbon, necessary for the omission of greenhouse gases.

**PALABRAS CLAVE:** Climate change, global warming, human influence, Paris Agreement, environmental demagogy, greenhouse effect.

**SUMARIO:** 1. Cuestiones previas. 2. El Plan B que proponemos. 3. Sumideros de CO2 naturales. 4. Las energías renovables. 5. Desalinizadoras solares. 6. La desalinización del agua del mar en la actualidad. 7. Conclusiones

## 1. CUESTIONES PREVIAS

El día dos de este caluroso mes de agosto que estamos sufriendo, la prensa española publicó una noticia que solo ha sido comentada someramente en los medios y que, de ser verdad, es muy preocupante: según la Organización *Global Footprint Network*, este día marca la jornada en la que se han consumido todos los recursos naturales disponibles para todo el año. Es la fecha más temprana, desde que en 1970 se comenzó a medir este parámetro.

Todos los recursos que consumamos a partir de ese día son los que corresponderían consumir en 2018. Y esta preocupante noticia se produce sin haber comenzado a implementar los Acuerdos de París sobre el cambio climático y durante el verano más desesperante de calor del que soy capaz de acordarme.

Además, la elección de Donald Trump como Presidente de los Estados Unidos, ha vuelto a poner sobre la mesa los problemas referentes al *calentamiento global* y el *cambio climático*, así como los acuerdos de París respecto a este problema global, su actualidad nos inquieta por lo oído al Presidente Trump de Estados Unidos por su reciente anuncio de desmarcarse de lo firmado en París por Barack Obama y por los nombramientos de los altos cargos de su Administración que se han producido, ha nombrado al Fiscal General de Oklahoma, Scott Pruitt<sup>1</sup>, para liderar la poderosa Agencia de Protección Ambiental de EE. UU., un negacionista confeso del cambio climático y firme opositor a las leyes reguladoras en materia medioambiental. Aunque, por otro lado ha nombrado a Rick Perry, que fue Gobernador de Texas durante muchos años, como Secretario de Energía (Ministro de Energía), en cuyo perfil hay luces y sombras, como por ejemplo: en aras de la reducción del gasto y del aumento de la eficacia, es partidario de reducir la presencia del Estado en la vida social, ha llegado a proponer la desaparición del Departamento de Energía para cuya dirección ha sido nombrado ahora. Se trata de la filosofía del *Small Government* que en su día impulsó Ronald Reagan y que forma parte de las esencias del Partido Republicano. Paradójicamente, el mismo Rick Perry que, desde 2005, impulsó la *energía eólica* en Texas, siendo en ese Estado uno de los pioneros, aprobando una nueva legislación estatal al efecto. Cuando accedió al cargo, la producción de energía eólica en Texas se aproximaba a los 116 Mwat., cuando dejó el cargo, Texas contribuía a la generación de energía eléctrica mediante energía eólica con unos 6.000 Mwat. y, en la actualidad, casi alcanza una producción de 16.000 Mwat., que viene a ser una décima parte de toda la energía eléctrica que se produce en el Estado en el que se encuentran la mayoría de los pozos de petróleo norteamericanos. La izquierda española —con su falsa y solamente supuesta superioridad moral— y los más pesimistas de entre los medios de comunicación temen que el apartamiento de los compromisos adquiridos respecto de los Acuerdos de París firmados por Barack Obama, produzcan un fracaso de las estrategias implementadas por la ONU, especialmente si a esta cuestión se une una Rusia exportadora de petróleo y gas, muy poco fiable, y una China con un crecimiento económico que ya crece menos. Al parecer, Mr. Trump piensa que lo aprobado en los llamados Acuerdos de París no es sino una estrategia inspirada por China para conseguir que el gigante amarillo sobrepase a Estados Unidos como primera potencia económica mundial, obligando a los países industrializados a tener que gastar unos cien mil millones de dólares anuales para destinarlos a que los países en vías de desarrollo cuenten con financiación suficiente para ponerse económicamente a la altura de los *países del primer mundo*, ralentizando el crecimiento de aquellos.

Aunque no es de mi gusto auto referirme en mis escritos, el número 7 de la Revista R.E.D.S. publicó un artículo<sup>2</sup> en el que se explicaban los motivos que, a mi juicio, existían para tener una duda razonable sobre la capacidad de influencia directa de los humanos respecto al clima del planeta y la posibilidad de provocar el *cambio climático* que aparentemente

---

<sup>1</sup> Vid. Artículo “*El Enemigo N° 1 de los Ecologistas*” en la página 5 del diario ABC del lunes día 10 de julio de 2017, firmado por Guy Sorman.

<sup>2</sup> CUENCA LÓPEZ, L. J., *Problema Energético y Calentamiento Global*. Revista R.E.D.S., n° 7. Edit. Dickinson. Madrid, 2016. Pgs. 116-132.

comenzamos a padecer. ¿Es que nadie piensa que, aunque realmente se esté produciendo un cambio climático, podría ser que sus motivaciones no fueran la acción humana o, al menos, no solo ella?

Resulta perturbador que, siendo la inteligencia una cualidad tan imprescindible para ser reconocido como humanos, sea tan irreconocible actualmente entre la mayoría de los miembros de unas sociedades como la nuestra.

Lo que resulta más sospechoso de esta situación es que, en la ONU, ninguno de los diversos países que intervienen en este asunto haya estudiado y redactado un «*Plan B*» ante una situación de incertidumbre como la que se acaba de presentarse con la retirada anunciada por Donald Trump como Presidente de los EE UU. Entre la mayoría de los países del primer, segundo y tercer mundo no parece que haya existido alguien que plantee una alternativa al plan inicialmente previsto para impedir el aumento de la temperatura global del planeta por emisiones antropógenas de efecto invernadero que, ante cualquier eventualidad, pudiera entorpecer las expectativas puestas en el Acuerdo de París.

Si, en realidad, la estrategia política se fundamenta en estudios científicos serios y verdaderos, no parece creíble que la comisión científica sobre cuyos informes se han fundamentado los repetidos Acuerdos de París, no haya previsto un *Plan B* para el caso de que, por cualquier circunstancia, fallara el *Plan A*, con las soluciones previstas en una primera instancia. No es verosímil que ante cuestiones tan delicadas y tan difíciles de implementar al tener que contar con la voluntad de tantos países, los científicos de la correspondiente comisión de las Naciones Unidas, no hayan pensado en otra estrategia que no consista en prohibir las emisiones provenientes del uso de combustibles fósiles y crear un fondo de cien mil millones de dólares, a costa de los ciudadanos de los países del primer mundo, para evitar que los países en vías de desarrollo tengan que realizar emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera. Porque, se trata de científicos serios, no de políticos de los que ya conocemos su escasa perspectiva ante los problemas y su excesivo sentido de la oportunidad para *ganar a río revuelto* haciendo que parezcan serios sus planteamientos.

Alguna que otra vez se ha podido leer en algunos medios de comunicación los intentos de poner en práctica ciertos sistemas que puedan servir de sumidero de carbono o algún dispositivo, más o menos fantástico, para recoger el exceso del CO<sub>2</sub> vertido a la atmósfera. Métodos y dispositivos que parecen servir más para rellenar páginas de periódicos con pocas noticias interesantes en verano, que para acometer con visos de viabilidad la reducción de las emisiones de anhídrido carbónico a la atmósfera.

En España, en 2012 se creó un grupo de trabajo –constituido dentro del Comité Técnico de Normalización de AENOR de Energías Renovables y Cambio Climático- que realizará el seguimiento de los trabajos internacionales y canalizará la voz de los expertos españoles, permitiendo que la tecnología española esté presente en las futuras normas internacionales. El Comité internacional ISO/TC 265 sobre “Captura, Transporte y Almacenamiento Geológico de CO<sub>2</sub>” (CCS por sus siglas en inglés) se creó en junio de 2012, y en él participan cerca de 30 países de todo el mundo.

Sin embargo, uno de los casos más flagrantes de deforestación lo constituye la Amazonía. La selva Amazónica está desapareciendo de forma alarmante, lo que también se puede aplicar a la totalidad de las selvas tropicales existentes en el mundo. Con un total de 2’5 millones de millas cuadradas, la Amazonía abarca nueve países o el equivalente a 2/3 de Sudamérica, *extinguiéndose a razón de 200.000 millas cuadradas anuales*, cuyas principales causas son: el talado comercial de maderas exóticas, la cría de ganado, el cultivo de las áreas deforestadas, la construcción de carreteras, la construcción de presas hidroeléctricas y la minería (oro y otros minerales nobles y piedras). Todos los países que han estado de acuerdo en París y aquellos a los que les va a costar unos 100.000.000.000 \$ USA, debería tomar medidas y amenazar a los países amazónicos que, al dejar que la Amazonía se desforeste, están comprometiendo el resultado de las acciones contra el cambio climático, al constituir esta zona del planeta su pulmón fundamental.



Y no es que, en España, no se conozca el papel fundamental de los bosques y la agricultura en la mitigación del efecto invernadero que producen las emisiones de CO<sub>2</sub> y otros gases a la atmósfera, todo lo contrario, se sabe que es esencial y es, tal vez, la única solución razonable. Sin necesidad de ir más lejos, España cuenta con un Plan Forestal Nacional complementario de la Planificación Autonómica, ya que las competencias se encuentran totalmente transferidas a las Comunidades Autónomas. La intención de la Administración del Estado, junto con las de las distintas Administraciones Autonómicas es muy loable, pero, si el calentamiento global es tan grave como se pregona, ninguno de estos Planes pone su acento en disponer, como solución principal al problema del cambio climático, la masiva y general reforestación de España para contribuir de forma adecuada a la reducción sustancial de gases de efecto invernadero vertidos a la atmósfera, oponiéndoles miles de hectáreas de sumideros de carbono, limpio, eficaz y que mejoraría el clima local de la nación española y protegería su extremo suroriental de la desertización que ya se ha producido.

Sin embargo, a final de agosto lo que brilla en los medios son las noticias de los miles de Hectáreas de terrenos forestales quemados en España y Portugal, la mayoría por causas humanas y, dentro de ellas, intencionadamente una buena parte de los incendios que, en ocasiones, han puesto en peligro multitud de vidas humanas. Al final del mes de agosto, las “*gotas frías*” han terminado arrastrando los suelos desprotegidos por culpa de los incendios, complicando de esa manera la posibilidad de reforestación.

Nos parece incomprensible que teniendo ante nuestros ojos estos métodos naturales, eficaces y relativamente baratos —especialmente para los países en vías de desarrollo— para ayudar a la solución del problema del exceso de CO<sub>2</sub>, no hagamos hincapié en la reforestación masiva, tanto más cuando vemos todos los años como desaparecen miles de Ha de bosque pasto de las llamas durante los meses de primavera y verano. Hasta en España se podrían modificar los artículos 33, 45 y 47 de la Constitución de 1978 para conseguir que las Administraciones Públicas se vieran obligadas siempre a trabajar en esa línea, fuera quien fuera quien gobernara en ese momento y lo propusiera, sin duda no habría demasiados problemas, porque cualquier grupo político podría asumirlo, como asunto de Estado que es, como una propuesta propia y una obligación moral y solidaria con el resto del planeta; aunque en España es posible que algunos tuvieran la tentación de utilizarlo como ariete político para esgrimirlo ante sus adversarios, lo que, por otro lado, no sería demasiado extraño, como hemos podido comprobar con otros asuntos tan importantes para nuestro futuro.

Para lo que sí ha servido el problema del cambio climático es, sobre todo, para aumento de la burocratización a la que somos tan aficionados en nuestro país y, por lo que estamos viendo, en la Unión Europea e, incluso, en las Naciones Unidas. A modo de ejemplo tenemos que en nuestro país se han creado las siguientes Comisiones y Organismos:

- Comisión Interministerial para el Cambio climático, por Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre.
- Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, que se crea con la Ley 1/2005, de 9 de marzo.
- El Consejo Nacional del Clima, se creó en el año 1992 como una Comisión en el seno del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente y en 1998 el Real Decreto 177/1998, de 16 de febrero creó el Consejo Nacional del Clima y reguló sus funciones.
- El Real Decreto 1188/2001, de 2 de noviembre modificó el Consejo Nacional del Clima.
- El Real Decreto 415/2014, de 6 de junio, derogó el Real Decreto 1188/2001 y reguló la composición y funciones del Consejo Nacional del Clima, que se configura como un órgano colegiado interministerial, adscrito al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente a través de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente.

En la página web del Ministerio de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, nos encontramos con la legislación nacida al calor del calentamiento global y es algo impresionante. La Conferencia de las Naciones Unidas relativa al Cambio Climático, antes de los Acuerdos de París, había producido 14 acuerdos internacionales (6 acuerdos de la Conferencia y 8 Acuerdos de las Partes), con todos los Principios y Normas que contienen, que, una vez que España se ha adherido a ellos nos obligan como si de Leyes propias se tratara.

La Unión Europea ha producido, en el mismo plazo, 87 Normas, entre Directivas, Decisiones y Reglamentos de diverso ámbito y naturaleza que, como miembros de derecho que somos, nos obligan a los españoles.

El Gobierno de España, en ese plazo ha producido 133 Normas Jurídicas, entre Planes Nacionales, Leyes, Reales Decretos, Órdenes Ministeriales, Informes de Aplicación o Respuesta, Resoluciones y Programas Nacionales, de diversa naturaleza y ámbito que abarcan todos los aspectos que competen a la Administración del Estado.

En Andalucía, el Gobierno Autonómico ha publicado el *Informe de Seguimiento 2007-2012 del Plan Andaluz de Acción por el Clima. Programa de Mitigación*, en un tedioso formato de un innumerable número de fichas que lo hacen muy cansado de leer y entender. Pero en él se puede ver que ha costado la friolera de 735.070.275 €<sup>3</sup> y la mayoría de las acciones previstas por las distintas Consejerías son incentivos para el consumo de lo que llama energías renovables, principalmente biocombustibles y biomasa que, si bien pueden conseguir alguna eficiencia energética, siguen utilizando la combustión química y, por tanto, produciendo GEI. Otro tipo de medidas son reuniones de expertos, convenciones y planes de medición de la producción de GEI, promoción de las lámparas de bajo consumo en los ámbitos públicos y privados y planes de eficiencia energética. Una mínima parte se ocupa de los sumideros de GEI y, en todo caso reforestación de suelos agrícolas o reparación de deforestaciones provocadas por los incendios forestales. Muy poco de forestación de suelos no productivos públicos o privados.

Sin embargo existe un *Informe de Medio Ambiente en Andalucía 2015* de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en el que el Consejero señala que la Junta de Andalucía fue la primera administración autonómica en disponer de sus propios estudios sobre vulnerabilidad e impactos del cambio climático y, entre los datos que ofrece, señala que *el nivel del mar ha subido 70 milímetros respecto a la de la década de los 90 del siglo XX, las sequías afectaron a un 6% más del territorio y la temperatura subió 0'76 °C por encima del promedio de 1961-1990*. No comprendemos para qué se han gastado los 735 Millones de € que recogíamos supra, ni cómo es posible que el Plan Andaluz de Acción por el Clima es tan poco flexible que, cuando se comprueba que no está surtiendo el efecto de frenar el cambio climático, no pueden variarse sus acciones para lograr revertir dicho cambio.

Además el pasado 23 de septiembre de 2014, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó el *Anteproyecto de Ley Andaluza de Cambio Climático* que, hasta ahora, solo ha servido para la propaganda ya que aún no ha sido convertido en Ley.

Por extensa, no contaremos desde ahora con la Normativa Autonómica ni la Local.

¡Es algo impresionante! No parece que pueda haber alguien que pueda abarcar solo toda la legislación producida con respecto a este problema climático.

Por no ser exhaustivos, no describiremos la burocracia creada en las Naciones Unidas y el exceso de comisiones que han nacido en el seno de la Unión Europea al amparo del cambio climático. Es posible que si todo el dinero gastado en la creación de Comisiones, Órganos con distintas funciones y cometidos tanto a nivel europeo, como internacional, se hubiese

---

<sup>3</sup> PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA. Programa de Mitigación. Informe de seguimiento 2007-2012. Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

empleado en programar acciones concretas, a estas alturas del siglo XXI se habría revertido el exceso de gases de efecto invernadero (GEI, desde ahora) en nuestra atmósfera.

Mientras tanto el Alcalde de Granada al que no parece que le preocupe lo más mínimo el que en Granada, desde finales de mayo estemos en una casi permanente ola de calor que nos hace padecer temperaturas diurnas de más de 40°C y nocturnas que sobrepasan los 21°C (el umbral del sueño), entre otros motivos por el talado de árboles que se ha venido produciendo en la ciudad y por haber retirado el comienzo de la Vega granadina a más de un Km. del Camino de Ronda, sustituyéndolo por edificación y calles asfaltadas, lo que se le ocurre es que los terrenos sobrantes de la remodelación de la Estación de Ferrocarril, se utilicen para que se construyan miles de viviendas en lugar de proponer que se utilicen para incrementar la superficie de zonas verdes arboladas de la ciudad que es lo que le debería preocupar —el neoizquierdismo tan incongruente como siempre—.

## 2. EL PLAN B QUE PROPONEMOS

Sin embargo, analizando seriamente el problema del cambio climático, sin intentar comportarnos de forma políticamente correcta, la primera medida que debería tomar un Gobierno comprometido es la comprobación de que dicho cambio realmente se está produciendo y, si lo hace, comprobar si es o no por motivos antropógenos, porque, en el caso de que dicho cambio se pueda estar produciendo con independencia del vertido a la atmósfera que hacemos los humanos de GSI, por mucho que realicemos acciones en consonancia con los Acuerdos de París u otras, no conseguiríamos frenarlo. Un diagnóstico equivocado solo nos conduciría a tratamientos tan inútiles como costosos.

En nuestro universo hay una cantidad de materia y energía limitada, inmensa pero limitada, y el *Principio de la Conservación de la Energía*, también conocido como *Primer Principio de la Termodinámica* nos informa de que «*la energía ni se crea ni se destruye, sino que se transforma*».

Ante nuestros ojos tenemos al Sol que es la estrella alrededor de la cual gira la Tierra, en cuyo núcleo se producen —constantemente—, desde hace unos 4.500 millones de años (quedan otros cinco mil millones de años para que se agote el hidrógeno del Sol), reacciones de fusión nuclear que convierten el hidrógeno de que está constituido, principalmente, en helio con una emisión de energía de  $10^{39}$  MeV/seg (un uno seguido de 39 ceros de Megaelectronvoltios por segundo), para hacernos una idea de lo que supone esta descomunal cantidad de energía, podemos decir que equivale a la energía que produciría un trillón de centrales nucleares de tamaño medio, de la cual la Tierra recibe alrededor de un 30 % en forma de fotones, principalmente.

Esta descomunal cantidad de energía se produce en el núcleo del Sol a partir de reacciones de fusión nuclear que convierten átomos de Hidrógeno en átomos de Helio desprendiendo energía en forma de fotones y neutrinos y es unas cien mil veces superior a la que, la misma cantidad de materia en forma de hidrocarburo, podría producir mediante su combustión química (como la combustión del octano, del etano, del butano o del metano). Mediante los procesos de combustión química normales se produce también energía: un litro de gasolina al quemarse es capaz de producir treinta y cinco millones de julios; sin embargo la fusión nuclear produce cantidades mucho más grandes de energía: la fusión del Hidrógeno contenido en un litro de agua (H<sub>2</sub>O) produciría setenta y cinco millones de julios, más de dos veces que la de la combustión química de un litro de gasolina.

El sol emite esa energía que produce, sobre todo, en forma de fotones (en forma de luz, es decir, radiación electromagnética). A la tierra lo que le llega es la luz que vemos todos los días y la que no podemos ver con nuestros ojos, aunque sí podemos detectarla con los

medios adecuados, por lo que la forma más eficaz de conseguir energía en la Tierra debería consistir en poder transformar, de acuerdo con la primera ley de la Termodinámica, esa luz que recibimos en energía eléctrica que sería más que suficiente para cubrir todas nuestras necesidades energéticas.

La verdad es que lo intentamos, aunque lo conseguimos solo a medias, con muy poca eficacia, en primer lugar en forma de energía *fotovoltaica* (la forma más directa, aunque, lamentablemente, con muy bajo rendimiento, alrededor del 16% de la energía que reciben los colectores solares) que tiene el problema de que no funciona por la noche, que funciona muy deficientemente en días nublados y que aún no disponemos de capacidad ni medios para almacenarla adecuadamente para ir utilizándola cuando la necesitemos realmente.

Existe otro tipo de colectores solares que, en lugar de la luz visible, se basan en atrapar la radiación infrarroja (el calor), haciendo pasar por su interior un circuito por el que circula agua u otro líquido que se calienta para que la energía calorífica se transfiera al agua que, una vez calentada, se utiliza para calefacción o agua caliente sanitaria.

Otro tipo de colectores de radiación solar son los *heliostatos* (espejos que pueden reflejar la radiación recibida por ellos y encaminarla hacia un punto concreto (generalmente una torre, donde se pueden alcanzar varios cientos de °C) en el que se sitúa un circuito de agua que, al transformarse en vapor, puede mover turbinas que produzcan energía eléctrica). En este sentido tenemos en España buenos ejemplos de esta fuente de energía eléctrica, como la Central PS10 (Plataforma SOLUCAR, EN San Lucar la Mayor provincia de Sevilla), con un campo solar de 60 Ha y 624 heliostatos, una torre central de 115 m de altura, y una producción equivalente al consumo de 5.500 hogares y cuyos responsables dicen evitar el vertido de 6.000 Tm de CO<sub>2</sub> anuales a la atmósfera.

Al calentar el Sol las masas de aire de la atmósfera de forma diferencial unas de otras, se producen circulaciones de aire en forma de viento que puede mover molinos que poseen una turbina que, al girar, produce energía eléctrica que se puede encauzar directamente a las líneas de distribución de energía eléctrica ya que giran a cincuenta ciclos como la energía que producen las centrales eléctricas.

Toda esta energía solar transformada en energía eléctrica padece el mismo problema: cuando no hay luz solar, o ésta es deficiente por nubes u otros fenómenos atmosféricos, la cantidad producida es mucho menor y, sobre todo, somos incapaces, hoy por hoy, de almacenarla adecuadamente para poder utilizarla cuando y donde la necesitemos. Hasta el momento, solamente con estas formas de captación de la energía que nos llega a la superficie terrestre, los resultados son bastante poco eficaces, por lo que con ellas se consigue energía eléctrica más cara que la que se puede producir mediante la combustión química de combustibles fósiles. Lo que supone una dificultad real a la producción de energía sin necesidad de verter a la atmósfera CO<sub>2</sub>.

Las estrategias que han sido convenidas en los Acuerdos de París están encaminados a conseguir que, en todos los países firmantes, lo concerniente a la producción de energía se lleve a cabo mediante *energías renovables*, es decir, mediante los procedimientos brevemente descritos supra. Aunque se han realizado y se siguen realizando estudios para conocer la eficacia de los sumideros de carbono constituidos por los vegetales verdes y por el suelo, nadie que conozcamos ha planteado seriamente que la disminución del vertido de CO<sub>2</sub> a la atmósfera se puede conseguir de dos formas fundamentales: 1) eliminando las emisiones; 2) disponiendo sumideros de carbono suficientes para que el volumen de éste gas de efecto invernadero disminuya sensiblemente su porcentaje en la atmósfera y no amenace al planeta.

El estudio que habría que realizar, por tanto, consiste básicamente en comprobar que dispongamos de suficientes sumideros de carbono para equilibrar el contenido de CO<sub>2</sub> atmosférico, evitando así el efecto invernadero que puede cambiar el clima del planeta. Aunque lo que vemos este verano es que no paran de producirse incendios forestales,

muchos de ellos provocados, que disminuyen sin parar las pocas superficies arboladas que van quedando, disminuyendo al mismo tiempo la capacidad de que actúen como sumideros de carbono.

Recientemente (alrededor del día 17 de noviembre de 2016), en la prestigiosa Revista *Science*, un grupo de investigadores ha publicado un artículo en el que explican que, mediante técnicas de ingeniería genética, han conseguido aumentar la eficacia de la fotosíntesis de plantas de tabaco en un 20 por ciento. El procedimiento ha consistido, al parecer, en insertar ADN de una planta, *Arabidopsis*, en ejemplares de plantas de tabaco. Por lo poco que aún sabemos, podemos decir que parece que la inserción de la secuencia de ADN perfecciona un mecanismo de protección natural de las plantas que actúa cuando los vegetales reciben una cantidad excesiva de luz y necesitan disipar la energía sobrante para evitar daños. Los autores explican que ya trabajan con esta técnica en plantas de arroz, maíz y soja, importantes fuentes de alimento en países en vías de desarrollo. Siendo importante el incremento de la cantidad de alimentos, no lo sería menos el utilizar esta misma técnica en otro tipo de plantas que puedan convertirse en sumideros de CO<sub>2</sub>, aumentando en dicho 20% los efectos de la función clorofílica, con las consiguientes ventajas para todos. Nos tememos que para lo que se utilice este avance sea para aumentar la producción de maíz y otros productos que algunos países están empleando para fabricar biocombustibles que sustituyan la extracción de combustibles fósiles, aunque no eliminan el vertido de GEI.

Lo que se suele olvidar es que, siendo un problema el agotamiento de los combustibles fósiles del que cada vez estamos más cerca, hoy por hoy no es esa la principal amenaza que pende sobre nuestras cabezas, como tampoco lo es que podamos utilizar la biomasa para sustituir el gas natural y el petróleo. La amenaza más terrible es que con la combustión química de biomasa, biogasolinas, o biogasóleo, o como queramos llamarlos, se siguen produciendo gases como el CO<sub>2</sub> que se vierten a la atmósfera (aunque sea en cantidades más controladas), con lo que no disminuimos demasiado la proporción de GEI que parece que modifican el clima de la Tierra y, por consiguiente, amenazan que sobre ella se produzca un calentamiento global con todas sus consecuencias. El problema que debemos plantearnos es la forma en que tenemos que actuar para disminuir la proporción de gases de efecto invernadero y que éste no produzca dicho calentamiento global que haga subir el nivel del mar haciendo desaparecer buena parte del territorio habitable de todos los continentes que, seguramente es la zona que cuenta con una mayor densidad de población humana. Es decir, no se trata de reducir la combustión química de combustibles fósiles, sino de reducir la producción de energía aprovechable mediante la combustión química, sustituyendo esa tecnología por otra que no produzca GEI.

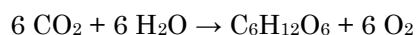
### 3. SUMIDEROS DE CO<sub>2</sub> NATURALES

Una de las decisiones menos inteligentes que podemos adoptar los humanos es no seguir las enseñanzas de la propia naturaleza que nos está ofreciendo una solución para que consigamos unos sumideros de carbono mucho más eficaces que aquellos que pudiéramos fabricar: los árboles y las plantas verdes, cuya función clorofílica convierte el anhídrido carbónico en energía química, eliminándolo de la atmósfera y vertiendo a ella moléculas de oxígeno como material de desecho. Hoy día conocemos la excelente labor que las plantaciones de olivos en el Sur de España están haciendo como sumideros de CO<sub>2</sub>, lo que es una buena noticia para España ya que nos demuestra que no es indispensable que las reforestaciones requeridas tengan que hacerse al margen de plantaciones de árboles con importancia económica, como los olivares, por ejemplo.



Las células de plantas verdes contienen unos orgánulos llamados *cloroplastos* que contienen la *molécula maravillosa*, la *clorofila*: Su funcionamiento es bellamente simple y eficiente: cuando la radiación electromagnética procedente del Sol, en forma de fotones, choca contra las hojas de la planta, los cloroplastos utilizan la radiación roja y la violeta (la de mayor longitud de onda y la de menor longitud de onda de entre la luz visible, respectivamente), reflejando el resto de las longitudes de onda visibles que provocan el característico color verde. Para que se produzca la reacción química, que más adelante se explica, se requiere una energía en torno a los 30 eV<sup>4</sup>. De acuerdo con la Ley de Planck, que establece la relación entre la longitud de onda y la energía de los fotones, los fotones con longitud de onda de la luz roja transportan una energía de 1'8 eV, los de la luz violeta transportan una energía aproximadamente el doble que los de la luz roja, por lo cual, para sintetizar una molécula de Glucosa, las plantas verdes necesitan absorber, partiendo de un proceso ideal en el que no haya pérdidas de energía por ninguna circunstancia, unos 16 fotones de luz roja o unos 8 fotones de luz violeta. Como en la práctica el proceso fotosintético no es siempre el ideal y su rendimiento está en torno al 30%, serían en torno a unos 50 fotones los necesarios para que se produzca la reacción. El proceso nuclear que se produce en el núcleo del Sol lo que realiza es la fusión de dos núcleos de Hidrógeno en uno de Helio<sup>4</sup>, liberando una energía de 26'72 MeV<sup>5</sup> por cada núcleo de helio creado, esta energía es equivalente a unos 15 millones de fotones de luz roja, energía que puede producir unas trescientas mil moléculas de Glucosa.

Una reacción típica de fotosíntesis es:



Es decir, la planta verde utiliza seis moléculas de Anhídrido Carbónico y seis moléculas de Agua para convertirlas en una molécula de Glucosa y seis de Oxígeno.

El beneficio para el medio ambiente es indudable, las plantas verdes en cada reacción fotosintética no solo eliminan de la atmósfera seis moléculas de Anhídrido Carbónico, sino que, como material de desecho, vierten a la atmósfera seis moléculas de oxígeno.

La proporción en peso es la siguiente: La planta verde transforma 264 g de CO<sub>2</sub> más 108 g de H<sub>2</sub>O, en 1.020 g de Glucosa, más 192 g de Oxígeno. Es decir que la planta verde absorbe y elimina de la atmósfera en una proporción por cada 264 g de Anhídrido Carbónico, vertiendo además unos 192 g de Oxígeno. Si estas cantidades las llevamos a toneladas, por cada tonelada de CO<sub>2</sub> que absorbería la planta, eliminándola de la atmósfera, nos regalaría, además, 0'73 Toneladas de Oxígeno.

Si la investigación que supra señalamos mejora esta función en un 20% querría decir que por cada 1'2 Toneladas de Dióxido de Carbono retiradas de la atmósfera, se vertería a ella aproximadamente 0'89 Toneladas de moléculas de Oxígeno, lo que no es poca cosa.

Como nuestro problema es el conseguir restaurar el equilibrio de los gases que conforman la atmósfera de la Tierra, aunque existan otros GEI, el principal y el que más se vierte es el CO<sub>2</sub>, si conseguimos rebajar sensiblemente la proporción de este gas, estamos ralentizando el efecto invernadero y ganando un tiempo impagable para buscar la solución para la eliminación del vertido de otros GEI, como el Metano y algunos fósforofluorados.

Por lo que la eficacia en la eliminación del principal GEI es inigualable, no existe artefacto alguno que tenga una eficacia tan llamativa. El coste para los diferentes Estados es mínimo

---

<sup>4</sup> eV= electronvoltios.

<sup>5</sup> MeV= Megaelectronvoltios.



porque el trabajo para conseguir estos sumideros de Anhídrido Carbónico y productores de Oxígeno molecular no consiste más que en *reforestar masivamente*, una reforestación integral del territorio que cada país pueda, allá donde sea posible y, por supuesto mantener lo reforestado y el bosque existente a lo largo de los años, sin que haya necesidad de repercutir el coste de la reforestación en los ciudadanos de forma adicional, en forma de impuestos. Porque existe una tendencia de muchos países en crear lo que llaman un impuesto sobre el carbono. Canadá ya lo ha establecido y en EE UU hay grupos que abogan por ello, aunque debemos tener en cuenta que el impuesto sobre el carbono solo persigue un efecto disuasorio, en realidad, con el simple dinero de ese impuesto, no se solucionan los vertidos a la atmósfera de CO<sub>2</sub> que es lo que nos debería preocupar.

No podemos olvidar que sobre los acuerdos de París existe un problema: se ha tenido conocimiento de que se han atascado en la COP22 Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático que ha tenido lugar en Marrakech (Marruecos) en los últimos meses entre los países firmantes del Acuerdo de París, por las protestas presentadas por los países en vías de desarrollo, que no los han querido firmar hasta asegurarse las cantidades de dinero que les debería corresponder, provenientes de los *cien mil millones de dólares* que iban a disponer como fondo las Naciones Unidas, provenientes de los países industrializados, demostrando con ello que no les movían los principios, sino el interés económico, cosa que ya nos temíamos muchos.

Debemos tener siempre presente que las Naciones Unidas son un foro donde se reúnen más naciones no democráticas y que no respetan los derechos humanos, junto con unas pocas que sí lo hacen y no parece éste el mejor foro para implementar una actuación global de tal envergadura, especialmente estando presentes algunos de los países más corruptos de la Tierra, que lo que les puede atraer de un Acuerdo como el del Cambio Climático, puede ser, precisamente, las cantidades de dinero de las que algunos de sus Mandatarios se pueden aprovechar sin tener que dar explicaciones a sus súbditos.

A pesar de que la reforestación global del planeta para utilizar sus bosques como sumidero de Carbono parece una buena idea, relativamente fácil de implementar, no es la única fuente de Oxígeno y sumidero de carbono que existe. Sabemos que el 50% del oxígeno que se vierte a la atmósfera, aún hoy día, proviene del fitoplancton porque, aunque esté formado por organismos vegetales microscópicos o casi microscópicos, existen en tal cantidad que realmente suponen la masa vegetal más grande del planeta. No debemos olvidar que fue el fitoplancton el responsable de la primigenia oxigenación del Planeta que permitió el desarrollo de la vida en la Tierra. Posiblemente no podamos realizar muchas acciones que aumenten la masa de fitoplancton de los océanos del planeta, especialmente porque es muy difícil actuar en los océanos como podemos hacerlo sobre la superficie terrestre, pero sobre lo que sí podemos actuar es sobre la limpieza y preservación de los océanos y sus ecosistemas en condiciones idóneas para que se mantenga la cantidad de fitoplancton marino o incluso aumente.

A través de la ONU se podría ejercer una influencia importante para conseguir que los países miembros no realicen vertidos al mar que impidan o ralenticen sus condiciones ambientales de forma que se entorpezca el desarrollo idóneo del fitoplancton marino. Obligar a todos los países miembros a que cuiden el transporte de sustancias peligrosas y los métodos de limpieza de los barcos que puedan verter residuos al mar dañinos para el desarrollo del fitoplancton marino que, además, es la base de la cadena alimentaria marina, con lo que conseguiríamos restaurar, o al menos favorecer, la fauna marina hoy tan esquilmada por los abusos en la pesca en las cantidades en que algunos países la practican, que provoca que haya multitud de especies, con utilidad económica para los humanos, en vías de extinción, a pesar de las frecuentes paradas biológicas que ya se vienen haciendo necesarias, con los consiguientes daños que tiene que sufrir la economía de grandes áreas del planeta.

#### 4. LAS ENERGÍAS RENOVABLES

Hay demasiada demagogia sobre que la solución del cambio climático es la utilización de energías renovables, sin embargo el problema no reside en que sean renovables o no renovables, porque entre ellas existen algunas que, aunque renovables, son contraproducentes para evitar el vertido a la atmósfera de gases de efecto invernadero, como, por ejemplo, ocurre con la los *combustibles sintéticos*, las *biogasolinas*, o la *biomasa*, ya que su utilización para que funcionen nuestras máquinas necesita de su *combustión química* y con ello estaríamos en el mismo caso que si propusiéramos la utilización como combustible de madera, carbón, o la gasolina sintética, es decir, se trata de los combustibles más contaminantes que durante su combustión química producen gases de efecto invernadero y, desde el punto de vista energético, los menos eficaces que existen.

Uno de los primeros problemas con que nos encontramos sobre el Acuerdo de París es que los medios hablan mucho de él, pero nadie los conoce exactamente, ni siquiera aquellos que se dicen más comprometidos con la lucha contra el *cambio climático*:

El cambio climático es un problema que nos afecta a todos, seamos ciudadanos corrientes, políticos, científicos o especialistas y, por consiguiente todos debemos conocer todo lo que se acuerda con respecto a este problema y las acciones que individual o colectivamente deberíamos llevar a cabo para ayudar a su solución. Sin embargo desde los Acuerdos de Kioto, lo que se ha creado es una descomunal burocracia: a nivel internacional, Convenciones, Conferencia de las Partes, etc.; a nivel de cada una de las Naciones intervinientes, especialmente si, como en España, se trata de países con estructuras territoriales federales, autonómicas o como quiera que se les llame, la proliferación de organismos dudosamente útiles para adoptar medidas tendentes a paliar el desequilibrio de los GEI en la atmósfera, está costando lo que no tenemos y sin embargo los resultados son tan exigüos que de ese modo no conseguiremos nunca disminuir el vertido a la atmósfera de los GEI.

Un buen ejemplo de obstáculo para que la gente se conciencie con los agentes causantes del cambio climático ha llegado hasta la Fundación Nobel, en particular la Comisión Noruega que otorga el Premio Nobel de la Paz (los noruegos se cuentan entre los humanos que se creen más ecologistas, pero siguen cazando ballenas para su alimentación). Desde 1992 se encuentra tan desprestigiada que ya nadie se la cree a estas alturas. En 1992 le concedió el Premio Nobel de la Paz a la guatemalteca *Rigoberta Menchú*, cuya biografía está plagada de mentiras, como demostró David Stroll<sup>6</sup>, Antropólogo norteamericano profesor de la Universidad de Stanfor. El desprestigio del premio Nobel de la Paz se puede seguir a la vista de algunas de las personas a las que se les ha concedido: al Presidente de los EE. UU. *Barack Obama* se le concedió antes de que comenzara su primer mandato, sin que pudiese exhibir en ese momento nada de lo que se suponía que haría para merecerlo y hay que recordar el hecho de que al comenzar su primer mandato no había ninguna guerra declarada en Oriente medio y ahora, cuando acaba de terminar su último mandato, hay cuatro guerras declaradas, la más importante de las cuales es la de Siria. El último Nobel de la Paz ha sido concedido al Presidente de Colombia por haber logrado un acuerdo de paz con la narco-guerrilla, que el pueblo colombiano ha considerado una claudicación del Estado de Derecho y lo ha rechazado mediante referéndum.

Otro buen ejemplo de desprestigio internacional, y este directamente relacionado con el cambio climático, lo representa el exvicepresidente de los Estados Unidos *Al Gore*, que recibió el Nobel de la Paz en 2007, no por su labor política durante su mandato, sino por la labor divulgativa que realizó, a título personal, después de dejar la vicepresidencia y la

---

<sup>6</sup> STROLL, D., *Rigoberta Menchú and the Story of All Poor Guatemalans* (1999). Edit Westview Press (Boulder, Colorado, EE.UU. Obra completa disponible en Internet traducida al español, autorizada directamente por su autor.

candidatura a la presidencia que ostentó hasta que le ganó las elecciones George S. Bush. Según el Comité noruego, se le concedió por *sus esfuerzos para conseguir un mayor conocimiento del papel que tenían los humanos en el cambio climático y sentar las bases de las medidas que había que adoptar para contrarrestar ese cambio*. Sin embargo, el video que utilizaba para hacer propaganda y que titulaba «*Una verdad inconveniente*» fue cuestionado hasta por algunos Tribunales de Justicia: un Tribunal británico prohibió exhibirlo en colegios si no iba acompañado de una explicación sobre las falsedades que en él se contenían.

Aunque los apoyos más discutibles los ofrecen algunas ONGs dedicadas a combatir contra quienes, según ellos, atacan al medio ambiente, como por ejemplo *Tania Nuño*<sup>7</sup>, responsable climática de Greenpeace España que, aunque *“celebra que la conferencia celebrada [sic] en la capital francesa reflejara «la democratización y la solidaridad» de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la materia al considerar que «cada vez tienen más peso» y «se les tiene en cuenta» a los países más afectados, principalmente estados del sur o países insulares de tierras bajas perjudicados por la crecida de los mares (sic)*. Pero a ella como a la mayoría de los activistas, la Conferencia de París *le dejó un sabor «agridulce»*. Señala que el texto suscrito *«tiene un lenguaje bastante abstracto», lo que hace que sea «un acuerdo de intenciones al que le falta concretar y avanzar»*.

Y la verdad es que con este comentario, la responsable de cambio climático de Greenpeace lo que demuestra es que no ha leído a fondo el texto oficial del Acuerdo de París, porque no es que dicho texto emplee un lenguaje abstracto, lo que ocurre es que se trata de un texto ilegible, infumable, imposible de ser leído sin que a uno *se le vaya la cabeza*. Es un galimatías sin parangón que difícilmente un humano normal puede entender después de leerlo, si consigue entender algo de lo que en él se dice, sería un portento. Como la lucha contra la emisión de GEI es algo muy elemental, para que la humanidad se conciencie y colabore, hay que explicarle en un lenguaje elemental y directo lo que cada uno puede hacer para ayudar a impedir el cambio climático.

El autor del artículo sigue señalando que *“insuficiente le parece, también, a Mar Asunción, de WWF: «Hay que hacer algo más», señala: «Los científicos aseguran que la reducción debe ser muy por debajo de esos dos grados establecidos en la conferencia, porque incluso esa subida de temperatura tendría graves consecuencias en muchas regiones del planeta —incluida la cuenca del mediterráneo— y haría peligrar la existencia de muchos países o la seguridad alimentaria [sic] y los suministros de agua [sic]»*. Su plan consiste en *«pasar del compromiso» a «llevar a la práctica el objetivo», que implica poner en marcha un proceso de «transición climática que modifique, principalmente, «el modelo energético». Se trata de modificar ya los recursos fósiles por los renovables». «Tecnológicamente ya existe la posibilidad de hacerlo, a través de las energías eólica, solar o de biomasa»<sup>8</sup> [sic]*. Por lo que se nota que ni tiene demasiado claro lo que se trata de hacer para evitar la emisión de GEI, ni parece haberse leído el texto del Acuerdo de París, lo que no es de extrañar a la vista del mismo ya que la biomasa a la que alude, aunque se pueda denominar energía renovable, funciona mediante la combustión química de restos vegetales (madera) y produce tanto anhídrido carbónico como la madera o el carbón mismos.

Algo más radical resulta el coordinador de campañas de la ONG Amigos de la Tierra, *Alejandro González*, que habla del *«abandono urgente de los combustibles fósiles»*..., que se supere la *«barrera económica»* que implica *«que las renovables reciban menos subvenciones que las convencionales»*. Según lo que él dice, la energía debe seguir subvencionada siempre, costándonos a todos los ciudadanos dinero, con independencia de la cantidad que

<sup>7</sup> Íñigo Arduriz: *“Las esperanzas del Planeta”*. Revista Cambio 16, número 2.232/noviembre 2016. Edit. Grupo EIG, MULTIMEDIA, S. L. Pág. 32.

<sup>8</sup> Ya hemos dicho supra que aunque técnicamente la biomasa puede considerarse un combustible renovable, no elimina los gases de efecto invernadero ya que la energía se produce mediante la combustión química de restos vegetales, aglomerados con cierta cantidad de resinas sintéticas, con una alta producción de CO<sub>2</sub>, como cuando se quema madera o se quema carbón.

cada ciudadano consume. También propugna un «*cambio de paradigma a nivel alimenticio [sic]...comemos mucha carne y numerosos alimentos de los llamados países del sur cuyo coste climático es muy elevado [sic]. En cambio deberíamos basarnos en una dieta basada en alimentos frescos, locales y de temporada, con un consumo cárnico más reducido*». Sin que parezca importarle que, gracias a esa dieta que él detesta, hemos elevado, como jamás en la Historia, nuestra esperanza media de vida.

El portavoz de Ecologistas en acción asegura que «...*las grandes multinacionales son una de las principales causas del calentamiento global [sic] y por eso se debería primar un modelo más reducido pasando del monopolio al cooperativismo [sic] y sustituyendo la industrialización por un sistema agroecológico que respete «los plazos de la naturaleza*». Una de las posturas más radicales e incomprensibles de entre las oídas hasta ahora, aunque es, curiosamente, el único que se acuerda de que los bosques son un verdadero sumidero de CO<sub>2</sub>, a pesar de lo cual habla de frenar la deforestación, nunca de promover la reforestación integral del planeta.

No seguiremos presentando opiniones de las ONGs por no parecer reiterativos, aunque con opiniones de este tenor se percibe que más que estar interesados en evitar el calentamiento global, parecen estar interesados en la destrucción de la cultura occidental que les ha permitido hacerse oír, porque en otro contexto menos democrático que el de los países occidentales —esos que identificamos con el primer mundo—, no habrían podido expresar públicamente sus opiniones y, en muchos de ellos, habrían sido perseguidos como terroristas desestabilizadores.

No voy a ser yo quien mantenga el viejo lema libertario del mayo del 68 «*Prohibido Prohibir*», porque, aunque haya sido seguido por algunos, sobre todo filósofos franceses, como Michel Foucault y otros, no trajo ningún beneficio, bien al contrario, ha sido principio al que acogerse para destruir los buenos sistemas educativos que sirvieron para conseguir disminuir las distancias entre clases sociales y acercar las oportunidades que los estudiantes menos favorecidos podían tener para traspasar las barreras y los prejuicios de clase. Pero no cabe duda que será mucho más fácil convencer a muchos de los beneficios de disponer de medidas coherentes para subsanar los problemas que se pueden derivar del cambio climático, que utilizar solamente un sistema de prohibiciones y pago de dinero para implementarlas.

Lo explicado en los párrafos anteriores es independiente de que sigamos investigando en cuanto a la generación de *energías sustentables*, como la fusión nuclear fría que, si no es una entelequia, solucionaría el problema energético global; la energía solar en todas las formas posibles, los automóviles y ferrocarriles eléctricos, los transportes marítimos movidos por el viento o, al menos mixtos y el problema se presenta para el transporte aéreo que, hoy por hoy necesita de combustibles fósiles porque los intentos que se han realizado con energía fotovoltaica, son solamente anecdóticos.

La Naturaleza es sabia y en el Universo, la energía la generan las estrellas en su núcleo mediante la fusión nuclear porque es el método más eficaz de producir energía basándose en la materia más elemental que existe en el Universo y la más abundante: el hidrógeno; el problema para nosotros es que, para conseguir dicha fusión, necesitamos cantidades ingentes de energía y el balance entre ambas no sería neutro, sino que necesitaríamos consumir tanta energía, o más, como la que se generaría en el proceso. Por ello, la investigación sobre la fusión nuclear fría debería tener carácter prioritario para invertir en investigación tecnológica que nos llevara a conseguir este tipo de energía absolutamente limpio y suficiente para el consumo de toda la humanidad.

La otra forma de producir energía eléctrica es aprovecharse de la que se produce en las estrellas para transformarla en energía eléctrica, fácilmente aprovechable. Establecer sumideros de CO<sub>2</sub> nos serviría para intentar mantener la proporción de gases de efecto invernadero en la atmósfera. ¡Qué mejor sumidero de anhídrido carbónico que los árboles y los bosques!



¿Por qué no se toma demasiado en serio la prohibición de la tala de árboles en cualquier punto del planeta? Debería ser tratado como un crimen contra la humanidad si los efectos del cambio climático son tan desastrosos como se predicen.

Suele decirse que la cuenca amazónica es el pulmón del planeta y es exactamente así, es el más importante sumidero de carbono que tenemos en la Tierra, pero la deforestación está terminando literalmente con él y no vemos que nadie haga nada por impedirlo, ni ONGs, ni las UN y mucho menos los Gobiernos de los países que comprende:

CUENCA AMAZÓNICA			
PAÍS	SUPERFICIE TOTAL	ÁREA AMAZÓNICA	DEFORESTACIÓN ANUAL
BOLIVIA	1.098.581 Km <sup>2</sup>	714.000 Km <sup>2</sup>	2.700 Km <sup>2</sup>
BRASIL	8.514.877 Km <sup>2</sup>	4.776.980 Km <sup>2</sup>	700.000 Km <sup>2</sup> *
COLOMBIA	1.141.748 Km <sup>2</sup>	472.000 Km <sup>2</sup>	2.000 Km <sup>2</sup>
ECUADOR	256.370 Km <sup>2</sup>	117.300 Km <sup>2</sup>	2.964 Km <sup>2</sup>
GUAYANA FRANCESA	83.534 Km <sup>2</sup>	80.630 Km <sup>2</sup>	2.096 Km <sup>2</sup> **
GUYANA	214.970 Km <sup>2</sup>	151.040 Km <sup>2</sup>	45 Km <sup>2</sup>
PERÚ	1.285.220 Km <sup>2</sup>	780.000 Km <sup>2</sup>	2.240 Km <sup>2</sup>
SURINAM	163.820 Km <sup>2</sup>	147.760 Km <sup>2</sup>	325 Km <sup>2</sup>
VENEZUELA	916.445 Km <sup>2</sup>	51.000 Km <sup>2</sup>	2.876 Km <sup>2</sup>
*Desde 1970			
** 2'6% entre 1990 y 2005			
Fuente: Conservation International, FAO, mongabay.com, Oxford University Environmental Change Institute, UN, WWF.			

El peor escenario se produce en aquellos países que permiten legalmente una explotación maderera exigiendo un impuesto por árbol talado que se supone que se va a destinar a la reforestación, sin embargo los altos funcionarios y los políticos lo roban, con lo que la reforestación no se produce nunca, sin que ningún Organismo Internacional, aún sabiéndolo, lo denuncie jamás.

¿Por qué no se prohíbe, sin paliativo posible, que se construya o se utilicen para fines económicos los cauces y las Ramblas que, en caso de tormentas, reciben gran cantidad de agua? ¿Por qué razón año tras año nos encontramos que en ciertos pueblos y ciudades se producen inundaciones casi catastróficas, que suponen ingentes gastos a las Administraciones Públicas y, por tanto a sus ciudadanos, además de muchos muertos?



¿Nadie se plantea que en esas zonas se necesitan sistemas de evacuación de agua más capaces y con un mantenimiento permanente?

¿Por qué existen sistemas judiciales tan garantistas —aunque lo sean especialmente para los transgresores— como el español, que impiden que a los agresores se les sentencie adecuadamente —y se lleve a cabo, efectivamente, el cumplimiento de las Sentencias— atentados contra la sociedad tan graves como los incendios forestales que, si la intervención humana en el calentamiento global es tan importante como nos dicen, propician el cambio climático?

¿Por qué no se combaten más seriamente los incendios forestales —tomando medidas preventivas, como, por ejemplo, el desbrozado de los bosques o el aprovechamiento de los mismos que propician los incendios forestales en España—? Hasta no hace demasiados años se permitía el aprovechamiento de las plantas que producían los suelos de los bosques para la cría de ganadería ovina y porcina, por ejemplo.

Uno de los problemas que podríamos evitar, ampliando nuestra masa forestal, es la contaminación visual que producen las plantas eólicas, fotovoltaicas y de producción de calor con heliostatos o colectores solares.



¿Por qué razón no se investiga la desalinización del agua del mar con energía solar?, especialmente en la cuenca mediterránea y más especialmente en el sureste de España donde avanza la desertización. Es lo más parecido a la extracción ancestral de sal marina que utilizará ahora tecnologías no contaminantes, de última generación.

No soy negacionista sobre el cambio climático, las dudas que mantengo son sobre si dicho cambio obedece únicamente a acciones antropógenas o si obedece a un cúmulo de circunstancias entre las que existen algunas que no conocemos, ni podemos controlar los humanos. Por ello, no está de más que nos obliguemos a realizar todo lo que esté en nuestra mano para ayudar a que el cambio climático, en caso a que se deba a un aumento de los gases de efecto invernadero por motivos antropógenos, se retrase lo máximo que sea posible, o al menos que por nuestra inacción no ocurra.

Es por lo que, para que los árboles, como sumideros de anhídrido carbónico que son, puedan ayudarnos a disminuir la proporción de CO<sub>2</sub> en la atmósfera, se planten en todos los lugares que se pueda realizar la reforestación de los terrenos baldíos, tuvieran antes o no bosques, y además debemos introducir en el planeamiento urbanístico la obligatoriedad de que se arboles todas los espacios libres y vías públicas de todas las ciudades.

Para poder conseguir ciudades con zonas verdes que fuesen verdaderos sumideros de CO<sub>2</sub>, se necesitaría que se modificara la legislación urbanística que determina los *estándares* urbanísticos, vigentes, de forma que la superficie obligatoria destinada a zonas verdes arboladas en las áreas urbanas fuese muy superior a la que la legislación del Suelo que, desde 1957 hasta ahora, ha ido estando en vigor con algunas modificaciones, dispone los estándares que se siguen utilizando, y no lo hace sobre la necesaria obligatoriedad de que, en ciudades situadas en zonas territoriales de clima extremo, fuera obligación, tipificada como delito contra la salud de los ciudadanos— que los poderes públicos se obligaran a que todas las vías públicas estuvieran arboladas, fuesen del ancho que fuesen, empleando especies arbóreas compatibles con la vegetación autóctona, utilizando especies de gran porte y caducifolias, de forma que, en verano, produjeran sombras compactas y en invierno permitieran un buen soleamiento y estableciendo penas contra la salud pública a aquellas personas que se permitieran la tala de algún ejemplar sin los permisos necesarios, una justificación plausible y su sustitución obligatoria, en las condiciones que dispusieran las leyes.



No creemos que, sin que las leyes urbanísticas sean modificadas y obliguen a la disposición de mayor superficie de zonas verdes arboladas en las ciudades, por el simple «*amor a la naturaleza*», los ciudadanos y las autoridades decidieran aumentar la proporción de zonas arboladas, por ello es necesaria la modificación de los artículos de nuestra Constitución señalados supra para que sea modificada obligatoriamente la legislación urbanística que se ha mostrado ineficaz al efecto en los últimos cincuenta años. Como ejemplo podemos ver el caso de la ciudad de Granada, en la que la propia Junta de Andalucía aprobó la construcción de una línea de tranvía que ella llama metropolitana y solo en cuatro ciudades del Área Metropolitana de Granada y determinó que para que todo fuera muy ecológico, el tendido de las vías debería constituir una *franja verde* y entendió que era color verde el que la plataforma por la que discurren las vías del tranvía, se cubriera con una capa de césped artificial (fabricado con productos derivados del petróleo, de color verde, por supuesto), aunque, para construir el tendido de las vías se hayan talado infinidad de árboles que existían en Granada desde principios del siglo XX, sin que se hayan repuesto la mayoría de ellos.

Junto con las acciones tendentes a aumentar la superficie de sumideros de carbono, debemos seguir investigando para poder sustituir paulatinamente la energía eléctrica producida con la utilización de combustibles fósiles, por otro sistema de producción más sustentable, promoviendo con recursos suficientes tres líneas de investigación, una tendente a conseguir la fusión nuclear fría, otra a mejorar el rendimiento de los sistemas de captación de la energía renovable del Sol y otra investigando la capacidad de almacenamiento de la energía eléctrica, que nos permita utilizarla en los momentos en los que la necesitemos, aunque estos momentos no sean aquellos en que se produce. Quizás este último sea más importante aún que el primero de ellos ya que nos permite una libertad, independencia y capacidad de decisión mucho mayor.

La deforestación de grandes áreas en España es un verdadero peligro para el cambio climático ya que, en época de tormentas, se arrastran los suelos dejando dichas áreas inhabilitadas para que puedan contener árboles o plantas de ninguna especie y, sin embargo parece que a las ONGs ecologistas, que exhiben un conservacionismo casi fundamentalista, se les antoja que deban preservarse tal como se encuentran sin que aporten nada bueno a disminuir la proporción de gases de efecto invernadero que se acumulan en la atmósfera. Somos muchos los que nos preguntamos ¿qué aportan estos autodenominados ecologistas a una solución aceptable de medidas contra el cambio climático?

## 5. DESALINIZADORAS DE AGUA SALADA

En muchos lugares del Planeta, el cambio climático viene acompañado de un déficit hídrico importante que provoca la desertización de grandes áreas de la Tierra. En España conocemos directamente los efectos de la desertización en la zona suroriental de la península Ibérica, sufriendora de esta falta de agua ancestral que ha dado como resultado la existencia, entre otros, del Desierto de Tabernas, sin embargo aproximadamente el 50% del perímetro de la provincia de Almería es zona marítima y tiene uno de los mayores números de horas de sol al año de España.

Hace unos años se intentó llevar a cabo un Plan Hidrológico Nacional que preveía un transvase de agua dulce desde la desembocadura del Ebro, hasta Almería, pero fracasó políticamente, aduciendo motivos demagógicos. La solución alternativa que propuso el Gobierno fue la construcción de desalinizadoras, pero el sistema más utilizado para desalinizar el agua del mar es el llamado *desalinización por osmosis inversa*, que tiene el problema de que la cantidad de energía que consumen éstas para forzar al agua salada a pasar por los filtros necesarios para retener la sal del agua marina es tal, que el precio del

agua casi dulce que se produce es económicamente prohibitivo y la calidad de la salmuera de desecho que se vierte al mar puede provocar problemas en los ecosistemas marinos donde se vierte. En un momento en el que España ha suscrito los Acuerdos de París, con la preocupación de casi todo el mundo por el cambio climático, la solución de la desalinización de agua salada, como mínimo, resulta de dudosa eficacia, no vaya a ser que, por solucionar un problema existente, creemos otro problema mayor. Por consiguiente, el resultado de esta solución es muy poco brillante.

No obstante lo anterior, como seguimos pensando que el equilibrio de la atmósfera en cuanto a la cantidad de gases de efecto invernadero —generadores, al menos en parte, del cambio climático que está produciendo el calentamiento global de la atmósfera terrestre— necesita que existan grandes sumideros de CO<sub>2</sub> y para ello es necesaria la abundancia de agua dulce, hemos investigado el estado del arte en el momento actual en cuanto a la desalinización de aguas y nos encontramos que la solución pasa por la utilización de varias tecnologías simultáneas para conseguir una buena cantidad de agua desalinizada que nos permita reforestar grandes áreas de nuestro país sin que la falta de agua represente un problema grave.

## 6. LA DESALINIZACIÓN DE AGUA DEL MAR EN LA ACTUALIDAD

Básicamente existen dos tecnologías que en pocos años nos pueden ayudar para conseguir desalinizar importantes cantidades de agua del mar sin los problemas que la tecnología habitual hasta el presente nos planteaban:

1º. El lunes 3 de abril de 1977, en la revista Nature Nanotechnology un grupo de investigadores de la Universidad de Manchester, dirigido por el Dr. Rahul Nair, publicó un artículo en el que se daba cuenta de que habían conseguido producir una membrana de óxido de grafeno tratado con resina epoxi que, en contacto con el agua, no modificaba su tamaño y, por consiguiente se podía controlar con precisión nanométrica el tamaño de sus nanoporos, cuya virtud era la posibilidad de filtrar el agua del mar y la membrana retenía todas las moléculas de aquellas sustancias que no fueran el agua con un consumo de energía mucho menor del necesario para producir la osmosis inversa, antes señalada y con una obtención de agua totalmente dulce mucho mayor que las que hasta el presente permitían las tecnologías hasta ahora utilizadas.

Si los datos obtenidos en laboratorio siguen confirmando la fiabilidad de esta tecnología basada en el grafeno y se desarrollan adecuadamente las tecnologías de fabricación industrial de la membrana, habremos dado un paso de gigante para disponer de agua potable a partir del agua del mar en zonas con índices pluviométricos mínimos que hasta ahora lo que están consiguiendo es que avance la desertización.

Disponiendo de agua dulce suficiente, el establecimiento de sumideros de carbono de la superficie adecuada sería muy posible y la ayuda a la reversión del calentamiento global de la atmósfera podría ser un hecho en una fecha relativamente cercana.

En este orden de cosas, la investigadora de Eurocat-CTM Sandra Meca ha explicado que científicos del centro tecnológico Eurecat-CTM (miembro de Tecnio) han participado en una investigación a nivel europeo que han desarrollado un nuevo sistema aplicable a procesos de desalinización de salmueras de agua salobre que permite recuperar hasta un 80% del agua que contienen. La investigación se encuadra dentro del proyecto Zelda, que durante cuatro años ha estudiado un nuevo proceso para reducir la escasez de agua y obtener este recurso a un menor coste, con bajo impacto ambiental y mejorando la calidad de las masas de agua. La desalinizadora de Almería ha acogido una planta piloto para evaluar esta

nueva tecnología de tratamiento de la salmuera generada en los procesos de desalinización que podría reducir o eliminar su volumen.

De confirmarse los resultados de esta nueva tecnología, se podría beneficiar toda Europa y, sin lugar a dudas, todos aquellos países de la cuenca mediterránea, con un importante estrés hídrico, sin que suponga una amenaza para el medio ambiente.

**2º.-** La desalinización de agua salada se puede conseguir mediante la utilización de otra tecnología que no sea la osmosis inversa, como por ejemplo los comúnmente llamados *Solar Stills* que es un sistema de obtención de agua dulce por evaporación basado en el que adopta la propia Naturaleza. Se trata de un sistema especialmente diseñado para aprovechar de un modo pasivo la energía solar, haciendo uso del conocido *efecto invernadero*.

Este tipo de desalinización no es nuevo, se ha intentado utilizar desde el siglo XVI cuando se buscaba producir agua potable a partir de agua del mar en los barcos que atravesaban el Atlántico o que trataban de llegar a Asia navegando siguiendo las costas africanas hasta llegar al Océano Índico tratando de alcanzar costas asiáticas.

Esta tecnología siempre se ha utilizado para conseguir pequeñas cantidades de agua potable mediante diseños poco eficientes. Estando en una época donde el cambio climático que produce el calentamiento global de la atmósfera terrestre es un peligro cierto, deberíamos optimizar los diseños de este sistema de obtención de agua dulce evitando la obtención de energía por otros medios que no sean la energía eólica, la energía solar o la fotovoltaica.

El hecho de que la propia Naturaleza emplee el sistema de evaporación del agua del mar para condensarla y hacerla caer en forma de lluvia de agua dulce, nos hace concebir esperanzas porque, en nuestra opinión, la Naturaleza no suele equivocarse y emplea la forma más eficiente de producir agua dulce a partir del agua salada. Las tecnologías de que disponemos hoy día permiten optimizar los sistemas ya empleados consiguiendo un Factor de Rendimiento suficientemente alto ( es normal calcular el FR mediante la fórmula  $FR=0.85 \cdot N-1$ ) para que la eficiencia del sistema sea una de sus características.

El diseño de un sistema de desalinización por energía solar y/o eólica es básicamente un recipiente en el que entra el agua salada que tiene una cubierta que permite el paso de la luz solar y no permite que el vapor de agua que se produzca pueda escapar haciendo que la temperatura interior suba y el vapor de agua se condense en la superficie interior de la cubierta. El sistema se aprovecha de que la temperatura de evaporación de las sales es mucho mayor que la del agua y cuando esta última se recoge por medio de la superficie interior de la cubierta, en el recipiente en el que entra el agua salada se va formando una salmuera que se desecha, recogiendo el agua dulce destilada.

### ***6.1. Sistemas Solar Stills habitualmente utilizados***

Las siguientes imágenes ilustran los sistemas *Solar Stills* que se han venido utilizando hasta ahora. Casi siempre se ha tratado de pequeños sistemas para producción muy limitada de agua potable. Estos sistemas han sido siempre de una eficiencia muy limitada, destinados a soluciones domésticas. No es eso lo que aquí propugnamos, estamos pensando en producciones mucho más abundante, basándonos en que lo importante para conseguir la evaporación de grandes cantidades de agua dulce es la cantidad de calor acumulada en el agua salada más que lo alta que pueda ser la temperatura de la superficie de la lámina de agua salada.



Diseño Básico



Cubierta de vidrio inclinada



Solar Still de cubierta plástica tensionada



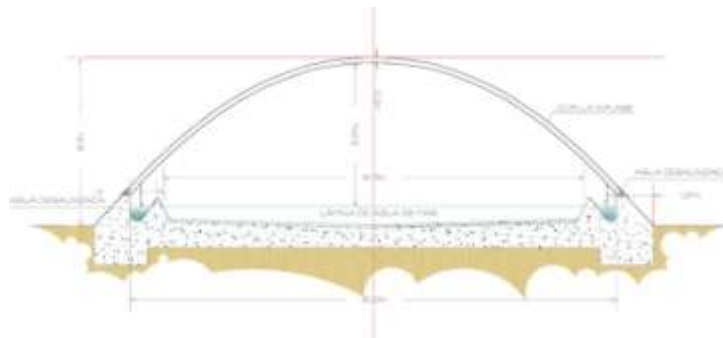
Solar Still de cubierta inflada



Solar Still de cubierta plástica tensionada

Creemos poder encontrar una solución más barata y con resultados suficientemente brillantes respecto de la calidad del agua obtenida. El principio físico en que se basa la separación entre el agua y la sal que contiene es el diferencial de temperatura necesario para evaporar el agua con respecto del que sería necesario para evaporar la sal. Es el principio que se produce en la naturaleza y mediante el mismo se forman la lluvia, las grandes tormentas, e incluso los huracanes. Es el mismo principio que se usa para obtener sal marina a partir del agua del mar, con la diferencia de que ahora, conseguiríamos recoger el agua evaporada en forma de agua líquida y, para ello, utilizaríamos energía solar, tanto para conseguir el volumen de vapor necesario, como para poder trasvasarlo a depósitos adecuados, una vez condensado en forma de agua líquida.

Para completar todo el proceso no se necesitaría otro tipo de energía que la energía solar: colectores solares para calentar hasta un punto suficiente el agua marina; el efecto invernadero mediante una bóveda parabólica transparente, de gran superficie donde se condensaría el vapor de agua, que la conduciría a canales de recogida; y, por último paneles fotovoltaicos para alimentar las bombas que impulsarían los fluidos necesarios para completar el proceso. Durante la noche o cuando se presentase un día nublado, podría utilizarse la energía eólica, sin que se necesite otro tipo de energía eléctrica obtenida por combustibles fósiles mediante combustión química, por lo cual no se verterían a la atmósfera gases de efecto invernadero, que es lo más importante. Esto es posible porque no necesitamos altas temperaturas, sino una cantidad de calor importante que, entre otros parámetros, depende la masa de agua calentada y con una gran masa de agua, se puede obtener vapor sin que se necesite llegar a la temperatura de evaporación del agua.



La tecnología con la que hoy disponemos es más que suficiente para conseguir una buena cantidad de agua de calidad que permita realizar una reforestación necesaria para establecer la máxima superficie posible que se constituya en los sumideros de carbono que necesitamos para revertir el efecto invernadero que está produciendo el cambio climático. Esta es la política medioambiental que es prioritario que se consiga en la Tierra para asegurar la reversión del cambio climático. No solo es la más importante, sino que, de no conseguir frenarlo, poco importaría cualquier otra política, fuera cual fuese el fin que se persiga con ella, si al final no estamos aquí para disfrutarla.

Tendríamos que conseguir la solución de este problema antes de acometer cualquier solución a otros de los muchos que padece la humanidad, por ello, junto con la reforestación integral del planeta, tenemos que conseguir frenar la destrucción de los bosques existentes —durante este año 2017 y hasta mediados de septiembre, se han visto afectadas por incendios forestales en España<sup>9</sup> unas 100.064'87 ha, lo que no es precisamente un dato halagüeño de cara al mantenimiento de bosques y zonas que puedan ser consideradas como sumideros de carbono— y todo ello mientras España se entretiene con tener que defenderse del desafío secesionista de Cataluña que quiere destruir a esta nación atacando a su Constitución. Se podría decir que merecemos que se destruya el país si no somos capaces de mantenerlo saneado y con sus masas boscosas sin que se incendien todos los años.

---

<sup>9</sup> Datos obtenidos en la página web del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente: Dirección de Desarrollo Rural y Política Forestal, consultada el 26 de septiembre de 2017.

## 7. CONCLUSIONES

a) Es muy posible que, en este momento, se esté produciendo un cambio climático como consecuencia del aumento de gases de efecto invernadero en la atmósfera de nuestro planeta. Es muy posible que dicho aumento tenga como causa los vertidos antropógenos de gases de efecto invernadero provenientes de la industrialización, de los procesos productivos, del aumento del número de vehículos automóviles que utilizan como combustible derivados del petróleo, además, para dotar a los edificios de la calefacción o la refrigeración necesarias para mantener el nivel de confort que sus habitantes, se exige que utilicen también combustibles fósiles que se valen de la combustión química para conseguir la energía que le es necesaria para su funcionamiento, o que, por temor a los problemas que pueden derivarse de la fisión nuclear, un alto porcentaje de la producción de energía eléctrica se realice también mediante la combustión química de derivados del petróleo, del carbón o de la madera, puede ser una de las causas del exagerado aumento en la atmósfera de la cantidad de gases de efecto invernadero. Pero sea cual sea la causa, los humanos deberíamos tomarnos más en serio que el cambio climático puede producir unos efectos catastróficos para que se mantenga la vida en el planeta tal como la conocemos y, por consiguiente debemos hacer lo imposible para paliar las condiciones climáticas que puedan perjudicar nuestra existencia. Parece de sentido común que, cuando algo nos amenaza, pongamos todos los medios a nuestro alcance para evitar o mitigar los posibles daños que podríamos sufrir.

b) La actitud con que todos y cada uno de nosotros afronte el problema climático al que nos enfrentamos, puede llevarnos al éxito o al fracaso de su solución.

La solución del calentamiento global debido al cambio climático, que parece estar produciéndose, no la pueden dar los Gobiernos ni los políticos, aunque éstos se consideren o sean vistos como ecologistas. Éste es un problema que nos afecta a todos y cada uno de nosotros y tendremos que solucionarlo entre todos y cada uno de nosotros.

c) Los Poderes Públicos están obligados a disponer los medios adecuados y suficientes para el avance de la investigación de sistemas de producción de energía limpia como, por ejemplo, la fusión nuclear fría, la energía solar en todas sus formas, incluso la energía eólica, los sistemas de almacenamiento masivo de energía eléctrica, la desalinización del agua del mar mediante energía solar y la paulatina desaparición de la energía producida por combustión química de cualquier tipo de combustible, sea o no renovable. Para ello, además de los medios que se dispongan, deberán dictarse normas y crearse los organismos mínimos necesarios para garantizar su cumplimiento.

d) Tras asegurarnos de que el cambio climático está producido por causas antropógenas, es muy importante, para que las acciones que se diseñen para combatir el vertido a la atmósfera de gases de efecto invernadero, que, simultáneamente, se asegure la transparencia de las acciones tendentes a garantizar la aplicación de las normas aprobadas y los compromisos adquiridos al respecto. Debe quedar prohibido que los responsables políticos que deben vigilar el cumplimiento de las normas y de los compromisos adquiridos se puedan ver comprometidos por sus intereses particulares. Si la transparencia política y económica es siempre importante, en un caso como el que aquí examinamos, la transparencia es mucho más relevante porque nos jugamos, si no la existencia, sí el bienestar de la humanidad entera y no puede haber ningún individuo cuyos intereses particulares puedan anteponerse a los intereses generales de toda la humanidad. Es demasiado lo que nos jugamos y por eso debemos vigilar, con más insistencia que nunca se haya puesto, la actuación de los que tienen que dirigir y liderar las acciones que se lleven a cabo para conseguir revertir el problema del calentamiento global.

e) El paradigma actual de la producción de energía es la combustión química de combustibles fósiles, no sólo porque exista una cantidad limitada de ellos, sino porque en



este tipo de combustión se produce una cantidad importante de gases de efecto invernadero que perjudican la calidad de nuestro medio ambiente atmosférico al desequilibrar la composición de la mezcla de gases que conforma la atmósfera de la Tierra. Al tratarse de un problema cuya generación requiere periodos relativamente largos de tiempo y que su apreciación no es inmediata, es sumamente difícil concienciar a los ciudadanos de todos los países que conforman nuestro mundo para que eviten el vertido de gases de efecto invernadero y, por ello, sus representantes políticos y autoridades deberían asumir la tarea de ir modificando el paradigma actual de producción de energía para revertir el problema.

f) La ONU se ha propuesto conseguir que el calentamiento global que parece producir el cambio climático se reduzca lo suficiente como para que la temperatura media del planeta aumente menos de dos grados al final del siglo XXI como consecuencia del vertido a la atmósfera de gases de efecto invernadero y ha promovido un acuerdo vinculante entre todos los países socios, materializado en el llamado Acuerdo de París que fue aceptado por 195 países en la ciudad francesa que le presta el nombre, en diciembre de 2015. Pero no existe unanimidad en el diagnóstico y, como los intereses de los firmantes son muy heterogéneos, es probable que no se cumpla lo acordado con la diligencia necesaria para que surta el efecto deseado y al final del siglo XXI no hayamos conseguido revertir el problema del cambio climático que, los más pesimistas y la casi totalidad de las ONGs Ecologistas, auguran como catastrófico para el desarrollo de la vida humana, tal como la conocemos.

g) La pretensión de la ONU no debería limitarse a mitigar el problema, sino a buscar una solución definitiva sobre la eliminación de vertidos antropógenos de gases de efecto invernadero. Al menos la finalización del vertido de aquellos gases que está en manos de los humanos evitar. Para conseguir un objetivo tan ambicioso, la mejor manera de lograrlo necesita que la transparencia en todo el proceso sea absoluta y, sin embargo, no lo ha sido hasta ahora porque una buena parte de los estudios previos y de los informes científico-técnicos que han servido de base para promover los Acuerdos de París, han sido ocultados a la opinión pública o rechazados por sectarismos inexplicables ante un problema tan grave.

h) La verdadera superioridad moral, mal que les pese a algunos, se encuentra en el conjunto de países desarrollados que conforman el llamado Primer Mundo que ha sabido desarrollarse sin complejos y libres de supersticiones anacrónicas. Aplicando la lógica, para que los países que se encuentran en vías de desarrollo o aquellos aún no desarrollados, consigan avanzar hasta ponerse al nivel de los más desarrollados, no solo se necesita que estos últimos desembolsen cantidades ingentes de recursos económicos retrasando su normal desarrollo, sino dotando a los menos desarrollados de *conocimiento*. ¡No solo de información, sino de conocimiento!, cuya diferencia estriba en la elaboración mental que tiene que hacerse de la información. Por eso, junto con las ayudas económicas masivas que puedan acabar en manos de algunos indeseables, se necesita el esfuerzo de educación suficiente para elevar el nivel de los habitantes de esos países menos desarrollados y cuyo esfuerzo se dirija a mejorar el nivel de los más bajos sin tener que frenar el desarrollo de los más avanzados.

i) De esa forma, en el caso de que el cambio climático, que se supone que ya está ocurriendo, no sucediese por causas antropógenas, el esfuerzo no habría sido estéril, sino que habría contribuido a un inmenso avance de la humanidad. No nos resignamos a pensar que en un mundo más avanzado y con más conocimiento, el ser humano no sea mucho mejor que lo es ahora y pueda contribuir a una mayor armonía entre todas las naciones, demostrando la humanidad que la inteligencia del ser humano no es solo un adorno, sino que nos sirve para algo más que para presumir y pavonearnos frívolamente.

## REFERENCIAS

Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía. Consejería de Fomento y Vivienda. REFLEXIONES, Revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial. Número especial 13-I/2002.

ACUERDO DE PARÍS. Conferencia de las Partes. Naciones Unidas. Convención Marco sobre el Cambio Climático. 30 de novbre. a 11 de dic. De 2015.

AA. VV: Sumideros de Carbono. Consejería de Industria, Energía y Medio Ambiente. Junta de Extremadura. Badajoz, 2010. ISBN: 978-84-606-4881-9.

CUENCA LÓPEZ, L. J., *Problema Energético y Calentamiento Global*. Revista R.E.D.S., nº 7. Edit. Dikinson. Madrid, 2016. Pgs. 116-132.

ÍÑIGO ARDURIZ: *“Las esperanzas del Planeta”*. Revista Cambio 16, número 2.232/noviembre 2016. Edit. Grupo EIG, MULTIMEDIA, S. L. Pág. 32.

MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, Dirección General de Desarrollo Rural y Política Forestal: Estadística de Incendios Forestales del 1 de enero al 17 de septiembre de 2017.

M. HARRIS, J., BIJANDI FERIZ, M. y GARCÍA, A: Bosques, Agricultura y Clima. Consideraciones Económicas y de Políticas. Módulo de enseñanza del GDAE (Global Development And Environment Institute). Tufts University. Medford, MA 02115. [http:// ase.tufts.edu/gelae](http://ase.tufts.edu/gelae).

PLAN ANDALUZ DE ACCIÓN POR EL CLIMA. Programa de Mitigación. Informe de Seguimiento 2007-2012. Junta de Andalucía. Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Sevilla 2014.

SABATÉ, S: *“Los bosques y la evotranspiración. Impactos hidrológicos”*. Universidad de Barcelona y Centro de Investigación Ecológica y Aplicaciones Forestales. (CREAF), pgs. 115 y ss.

STROLL, D., *Rigoberta Menchú and the Story of All Poor Guatemalans* (1999). Edit Westview Press (Boulder, Colorado, EE.UU. Obra completa disponible en Internet traducida al español, autorizada directamente por su autor.

# FILOSOFÍA DEL DERECHO: UNA MIRADA POSMODERNA

Krystyna Wojcik Radkowska  
Doctora en Derecho  
Profesora de Filosofía del Derecho  
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 14 de septiembre  
Fecha de aceptación: 13 de noviembre

**RESUMEN:** La propuesta de una mirada posmoderna de la Filosofía del derecho supone la negación del proceso moderno de desarrollo de la reflexión jurídica desde unos conocimientos empírico-analíticos, a través de las teorías hermenéutico-comunicativas, hasta su revisión crítica. Para muchos la denominación de una reflexión como posmoderna resulta algo sospechosa. Pero lo que realmente aporta el pensamiento posmoderno es la constatación de que ninguna teoría ni filosofía del derecho puede ser reconocida como objetiva y construida como un modo independiente de explicación del fenómeno jurídico. Las aportaciones posmodernas en su función de deconstrucción ponen en cuestión la filosofía y la práctica del derecho conceptuales, llevando al pensamiento jurídico por un camino de inseguridad. A pesar de estas opiniones, el texto demuestra que los autores posmodernos han propiciado el “desencantamiento” del mundo y, en cierta medida, han permitido “ver” la realidad.

**ABSTRACT:** The proposal of a postmodern Philosophy of Law supposes the negation of the modern process of development of the juridical reflection, starting from empirical-analytical knowledge, through the hermeneutic-communicative theories, until its critical revision. For many the categorisation of a reflection as postmodern is seen as suspicious. But what the real contribution of postmodern thought is a realisation that no theory or philosophy of law can be recognized as objective and constructed as an independent mode of explanation of the legal phenomenon. Postmodern contributions, in their function of deconstruction, call into question the philosophy and practice of conceptual law, leading legal thought along a path of insecurity. Despite these views, the text shows that the postmodernists have provided a "disenchantment" of the world and, to some extent, have allowed "see" reality.

**PALABRAS CLAVE:** Filosofía del derecho, posmodernidad, práctica jurídica.

**KEY WORDS:** Philosophy of Law, postmodernism, legal praxis.

La presentación de la cultura como un fenómeno de carácter lingüístico-comunicativo por parte de J. Habermas y de la Escuela de Frankfurt tuvo gran impacto sobre la teoría y la filosofía jurídica. En este contexto se pueden apreciar las dificultades que aportaba la limitación de la filosofía y de la reflexión jurídica a cierto tipo de conocimiento analítico-empírico. La descripción de la cultura presentada por J. Habermas permitió constatar que la expansión del saber empírico-analítico, motivado por el interés técnico y la dominación sobre el objeto de investigación, ponía en peligro el desarrollo de las ciencias hermenéutico-históricas.

Las ciencias hermenéutico-históricas, enfocadas hacia la esfera de la comunicación interhumana y preocupadas por la transmisión intergeneracional de la tradición, en su enfoque general, tienen unos objetivos prácticos. Protegen el proceso de creación de las referencias simbólicas y aseguran la configuración de una esfera “unificada” de la vida social. En el ámbito jurídico, la filosofía hermenéutica del derecho pretendía realizar estos objetivos resaltando la importancia de la interpretación en el funcionamiento del derecho. Especialmente centra su interés en la función de la comprensión como el método del conocimiento del derecho y en el rol del intérprete como sujeto que participa en el proceso de construcción del derecho como un objeto cultural. Estas aportaciones no resultaron suficientes para poder solucionar todos los problemas de comunicación. Particularmente porque se debería asumir del mismo modo los casos de la interpretación bien fundamentada como aquella que depende de la libre voluntad del sujeto, reconocido como racional al margen de sus rasgos reales.<sup>1</sup>

En este contexto J. Habermas puso en evidencia que la acción de comunicación no se limita a un acto de entendimiento a través de la interpretación y que los actos de habla se coordinan en el proceso de comunicación como un determinado tipo de interacción.<sup>2</sup> En el proceso aparecen unos “fallos” comunicativos, que demandan la creación de un conocimiento crítico que sea capaz de analizarlos y eliminarlos.<sup>3</sup>

En la actualidad estamos apreciando una ruptura del proceso de la comunicación social, particularmente provocada por su carácter masivo y que, según la teoría de la comunicación, demanda una corrección de los errores y la eliminación de las barreras comunicativas. El derecho configurado como un fenómeno comunicativo padece los mismos problemas y dificultades. La crisis del derecho podría ser superada, según algunos pensadores, gracias al proceso de saneamiento de los fallos comunicativos en el proceso de creación y aplicación del derecho.<sup>4</sup> Estas aportaciones sugieren la necesidad de cierta “emancipación” cognitiva de los juristas, la limitación del proceso de instrumentalización del derecho, siempre en el marco del reconocimiento del necesario valor de las acciones comunicativas. Los valores transcendentales de las acciones comunicativas, aquellos que constituyen una específica ética comunicativa, pueden ayudar a construir un derecho fundamentado en una “libre” comunicación, en la que las normas y valores no se aceptan de modo irreflexivo y donde la libertad de la deliberación será limitada solamente por los rasgos inmanentes del habla.<sup>5</sup>

La propuesta de una filosofía del derecho posmoderna supone una negación del indicado proceso de desarrollo de la reflexión jurídica desde unos conocimientos empírico – analíticos, a través de las teorías hermenéutico – comunicativas hasta su revisión crítica.

---

<sup>1</sup> J. Habermas. *Teoria dzialania komunikacyjnego*. Polskie Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1999, T.I, pp. LXXX-LXXXI.

<sup>2</sup> J. Habermas, op. cit. pp. 241.

<sup>3</sup> J. Habermas, op.cit. pp. 190.

<sup>4</sup> K. Stasiuk, *Krytyka kultury jako krytyka komunikacji*. Wydawnictwo Uniwersytetu Wroclawskiego, Wroclaw, 2003, pp. 186.

<sup>5</sup> M. Zirk-Sadowski, Postmodernistyczna jurysprudencja? en M. Blachuta (ed.) *Z zagadnien teorii i filozofii prawa. Ponowoczesnosc*. Wydawnictwo Kolonia Limited, Wroclaw, 2007, pp. 13 -14.

El término “posmodernidad”, utilizado principalmente en el contexto de la literatura y el arte, fue elaborado conceptualmente por J.F. Lyotard. Esta nueva formación intelectual construyó su reflexión filosófica acudiendo a determinados rasgos específicos de la actualidad como la multiplicación de los rasgos y proyectos sociales de las personas, la diversificación social, la tolerancia hacia distintas opciones sociales, la creación de diferentes discursos sobre la realidad social y la descentralización de la cultura.<sup>6</sup> El pensamiento posmoderno se centra en la puesta en cuestión de la idea moderna, de origen cartesiano, de fundamentación de los conocimientos. En el ámbito de las ciencias humanas la filosofía moderna se apoyaba en una estructura epistémica equilibrada: un cogito libre frente a una realidad independiente y objetiva. Esto significaba que no todas las imaginaciones del sujeto sobre la realidad deberían ser reconocidas como válidas. En el ámbito de la teoría y práctica jurídica el jurista, entendido como un cogito autónomo, en su conocimiento del derecho estaba limitado o por la realidad cultural externa, construida como criterios lingüísticos del entendimiento y de la comunicación o como los principios morales, o por otro cogito superior, en este caso el soberano. Esta estructura epistémica es puesta en cuestión por el pensamiento posmoderno, ya que, según su punto de vista, al sujeto le corresponde el poder de crear a través de la interpretación distintas “verdades” reconocidas como la realidad. El cogito que interpreta los textos y decide sobre los modos de su interpretación pierde un fundamental criterio de referencia de su actividad – la universalidad de su conocimiento.

Para muchos la denominación de una reflexión como posmoderna resulta algo sospechosa porque varios la entienden como un sinónimo del nihilismo y desorden del pensamiento. Por el contrario, y lo que realmente aporta el pensamiento posmoderno, es una constatación de que ninguna teoría ni filosofía del derecho puede ser reconocida como objetiva y construida como un modo independiente de explicación del fenómeno jurídico. La visión teórica elaborada junto con la conciencia de su creador constituyen una parte de la realidad presentada y explicada por esta misma visión.

Tampoco podemos considerar que la corriente posmoderna constituye una “escuela” filosófica. Resulta conveniente la opinión de que estamos frente a un fenómeno de cierto “agotamiento” de la cultura filosófica occidental o una reacción contra discursos metafísicos de diferentes corrientes filosóficas. Este agotamiento, por lo general, no nos conduce al rechazo de toda aportación filosófica sino al cambio de las posiciones de categorías dominantes en los discursos filosóficos como la razón, la verdad o la objetividad hacia los niveles de los discursos locales, a los que no se les atribuye el carácter universal. La posmodernidad, al final, puede ser entendida como una práctica filosófica que quiere devolver la significación a cualquier discurso. La práctica que cuestiona los discursos filosóficos que construyen un ontología fundamentada en un orden objetivo, una epistemología basada en las categorías de razón y de experiencia, a la vez rechazando la sugerencia que la realidad la podemos encerrar en unas categorías conceptuales fijas.<sup>7</sup>

La teoría y filosofía jurídicas, pero también la cultura jurídica, demuestran sus fuertes influencias modernas y, en este sentido, promovieron la construcción del nuevo concepto de poder fundamentado en la oposición entre el sujeto y el objeto del conocimiento. La reflexión posmoderna revisó este concepto del poder y de la sumisión a él teniendo en cuenta la idea ilustrada de la distribución del poder. La modernidad elaboró la visión del poder “diversificado”, frente al poder centralizado de la época premoderna, en el que todos participan como súbditos y, al mismo tiempo, como fuentes del poder. En este contexto no existe ninguna “sociabilidad externa” aquella a la que podemos acudir para escaparse del poder. Se crea un determinado “régimen “ de verdad, un discurso que impone modos de distinguir las afirmaciones verdaderas de las falsas y se atribuye la posición indiscutible a quienes deciden qué debe ser considerado como la verdad. La modernidad construye una

<sup>6</sup> A. Szachraj, Co to jest postmodernizm? en M.A. Potocka (ed.) *Postmodernizm. Teksty polskich autorow*. Wydawnictwo Inter Esse, Krakow, 2003, pp. 41 y siguiente.

<sup>7</sup> M. Zirk-Sadowski, Postmodernistyczna jurisprudencia? op. cit. pp. 15.

sociedad “disciplinada”, que no nos ofrece ninguna otra alternativa ya que, analizando la creación y el funcionamiento del poder y de la dominación, las descubrimos incluso en la construcción del lenguaje.

En este sentido R. Safransky demuestra que el principio de la racionalidad moderna tiene un significativo impacto en la esfera pública y en la teoría social que supone la eliminación del concepto de mal.<sup>8</sup> La idea del mal se convierte en residuo de los tiempos precientíficos. Cuando el hombre se opone a las indicaciones de la ciencia, resulta ser tonto pero no malo, actúa de modo equivocado. La moderna idea del mal como falta de racionalidad provoca la deshumanización del hombre. En consecuencia el adversario político o ideológico pierde sus rasgos humanos, ya que no se considera como un sujeto que comete el error sino como alguien que se convierte él mismo en el “error” y debe ser eliminado.

Por estas razones los posmodernos consideran la ontología, la epistemología y la filosofía como parte de las estructuras del poder que imponen distintos modos de dominación. La relación entre el poder y la filosofía suponía la dominación de unos discursos centrales, reconocidos y aceptados, además de la marginación de los discursos alternativos, reconocidos como innecesarios o como unas “desviaciones”. El programa posmoderno recupera todo lo que no encajaba en las grandes narraciones modernas basadas en el logocentrismo, todo lo que resultaba distinto, alternativo, excéntrico o contracultural. Se preocupa por la demostración de la diferencia – “*la différence*”.<sup>9</sup> La posmodernidad supone una ruptura con las metanarraciones modernas construidas sobre los conceptos de la razón, la verdad, el significado y la incorporación en el mundo de los discursos “locales”. Esto no nos conduce a la sustitución de viejos discursos por nuevos, sino que, a través de la deconstrucción, nos ayuda a emanciparnos, especialmente descubriendo la dominación escondida en los discursos modernos, lo que, en sentido general, nos permite no convertirnos en una “emanación” del poder.

El derecho y la reflexión jurídica modernos esconden este tipo de violencia, y por esa razón, los posmodernos las reconocen como unos mecanismos fundamentales de la exclusión y marginalización social. El pensamiento posmoderno, analizando las aportaciones históricas de la filosofía jurídica, pone en evidencia estos procesos escondidos detrás de un problema fundamental del pensamiento iusfilosófico moderno: búsqueda de la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho?<sup>10</sup>

Los mecanismos de la dominación en el contexto jurídico fueron desarrollados en función de unas más amplias metanarraciones modernas. Por ejemplo, según los posmodernos, el concepto jurídico del derecho natural estaba formulado en el contexto de los significados construidos por las metanarraciones metafísicas (el modelo platónico-aristotélico de derecho natural) o epistemológicas (el modelo de Hume y Kant de derecho natural). Estos coexistían con la metanarración normativa construida en base a la teoría pura del derecho y la limitación de la ciencia del derecho a los aspectos positivo-normativos del mismo.<sup>11</sup>

Otro criterio de la narración moderna deconstruido por los posmodernos hace referencia al fenómeno de alienación, es decir, al hecho de que los fenómenos jurídicos de la humanidad, en particular la idea de la legalidad, actuaron contra la persona humana y su libertad.

---

<sup>8</sup> R. Safransky, *Zło. Dramat wolności*. Wydawnictwo Aletheia, Warszawa, 1999, pp. 155. Versión española: *El mal o el drama de la libertad*. Tusquets, Barcelona, 2002.

<sup>9</sup> Sobre este tema : C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Text of Law*. Routledge, London-New York, 1991, pp. 23.

<sup>10</sup> C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence...* op. cit. pp. 18 y siguientes.

<sup>11</sup> C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, op. cit. pp. 21.



Los posmodernos resaltan que la filosofía moderna estuvo concentrada sobre el concepto de “yo”, en la subjetividad.<sup>12</sup> Dos categorías fundamentales condicionaban la construcción del sujeto: la razón y la oposición entre el sujeto y el objeto. Aparece el sujeto separado de los objetos, lo que significa, que también él está separado de sí mismo ya que, a la vez, tiene que ser reconocido como un objeto de la reflexión. La Posmodernidad elimina el punto de vista interno sobre el “yo”, que no debe ser considerado como punto central para el entendimiento del mundo. El sujeto está constituido como un tipo de “intersección” de las huellas lingüísticas, pero no sirve como referencia unificadora. Un individuo no aparece como un sujeto autónomo sino que se le está construyendo en función de distintos discursos que él mismo no domina.<sup>13</sup> M. Foucault en el libro “*Vigilar y castigar*” analiza la “construcción” del sujeto a través del discurso científico fundamentado en la dominación. El derecho se convierte en una herramienta de organización racional de la convivencia social atribuida al poder. Este poder no puede actuar libremente porque su libertad, en sentido racional, se reduce al entendimiento y la aplicación de lo objetivamente necesario. Los conceptos dependen de los criterios científicos, cuya fuerza impositiva proviene de la voluntad común racionalmente establecida.<sup>14</sup>

La crítica de la subjetividad conduce a los posmodernos hacia la revisión del concepto de autor. M. Foucault rechaza el concepto de autor como una fuente del discurso. El autor se entiende como una construcción y una función del discurso que impone modos de funcionamiento del texto en la sociedad. La función de ser un autor de un texto, por un lado, impone el reconocimiento de la coherencia del texto y, por otro, delimita el marco de la libertad de interpretación.<sup>15</sup>

Las consideraciones sobre la autonomía del sujeto, la puesta en cuestión del punto de vista interno sobre su construcción repercuten en el ámbito de la reflexión jurídica. Según los posmodernos la filosofía del derecho debe tener carácter externo.<sup>16</sup> Este rasgo hace referencia a la distinción propuesta por H.L.A. Hart entre el punto de vista externo y el punto de vista interno. El punto de vista interno del conocimiento corresponde al sujeto que participa en una determinada práctica social, que utiliza las categorías elaboradas por esa práctica, aquellas que la configuran para explicarla. El punto de vista externo permite analizar la práctica recurriendo las categorías ajenas a su universo simbólico, construyendo su significado a través de los conceptos externos. En este sentido el punto de vista interno no puede fundamentar la autonomía del derecho y el poder del juez condicionado por esa autonomía.

Ambos puntos de vista buscan las bases de la legitimización y racionalización de las subrealidades. El primero – interno se limita a la reconstrucción y justificación de los fenómenos que configuran la realidad. El externo indica que la realidad y los métodos de actuación humanas utilizados en su contexto deber ser considerados como casos particulares de algo más general y más importante. El primero afirma, a través de su reflexión, toda práctica investigada, el segundo, solamente, aquellos fragmentos de la práctica que corresponden al asumido y aceptado a priori, para las necesidades de la investigación, el modelo de verificación ( por. ej. lógico, político, sociotécnico). El punto de vista interno suele ser llamado autónomo y el externo de integración.<sup>17</sup> Ambas actitudes

<sup>12</sup> Sobre este tema: R. C. Solomon, *A History of Western Philosophy: Continental Philosophy since 1750*. Oxford University Press, New York, 1988, pp. 194.

<sup>13</sup> T. Cave, *Fictional Identities*. En H. Harris (ed.) *Identity*. Clarendon Press, Oxford, 1995, pp.109.

<sup>14</sup> M. Foucault en *Nadzorowac i karac. Narodziny wiezienia*. Aletheia, Warszawa, 1998; versión española: *Vigilar y castigar*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2012. El autor presenta la construcción del poder a través de los discursos científicos como: enfermedades psíquicas o criminología.

<sup>15</sup> M. Foucault, Kim jest autor. en *Szalenstwo i literatura. Powiedziane, napisane, wybor*. Wydawnictwo T. Komendant, Warszawa, 1999, pp. 374.

<sup>16</sup> D.E. Litowitz, *Posmodern Philosophy of Law*, University Press of Kansas, Kansas, 1997, capítulo 2.

<sup>17</sup> A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*. Wydawnictwo Kolonia Limited, Wroclaw, 2002, pp. 69.

adoptan una posición frente a la realidad institucionalmente creada por dicha práctica. La posición teórica externa cuestiona o rechaza la realidad o, por lo menos, sus aspectos específicos. La interna la trata como dada, como real, porque constituye un único referente para el conocimiento del sujeto y, a la vez, aporta los estándares para la verificación de la realidad y los objetos que configuran la práctica, en definitiva, permitiendo separar lo real de lo irreal. Así D.E. Litowitz opina que la reflexión posmoderna sobre el derecho tiene carácter externo, ya que no construye una teoría del derecho “jurídica”, no aporta unos conocimientos útiles y significativos para su construcción y confirmación.<sup>18</sup>

Las aportaciones posmodernas en su función de deconstrucción, ponen en cuestión la filosofía y la práctica del derecho conceptuales, llevando el pensamiento jurídico por el camino de la inseguridad.<sup>19</sup> La realización de estas propuestas puede conducir hacia una puesta en cuestión de toda la fundamentación del derecho. Parece que la reflexión posmoderna no aporta ninguna solución salvo una nueva “falta de transparencia”.<sup>20</sup> Por estas razones D.E. Litowitz crítica a J. Derrida que olvida que el derecho y la justicia cumplen unas fundamentales funciones – de regulación, de estabilización y de racionalización y que todas las aportaciones de este autor se reducen a los elementos puramente argumentativos.<sup>21</sup> Particularmente los juristas, criticando las aportaciones posmodernas, sugirieron que en la historia de la filosofía encontramos varias ideas parecidas que no tuvieron mayor impacto posterior.

A pesar de estas opiniones podemos indicar algunos elementos positivos aportados por la reflexión posmoderna. En cierto modo, el pensamiento posmoderno, ha propiciado el “desencanto” del mundo, nos ha permitido “ver” la realidad. La crisis de la filosofía de corte logocéntrico, el apoyo a los diferentes tipos de totalitarismos, la falta de contacto con la cultura de masas ha provocado que la política y, sobre todo, los ciudadanos de a pie hayan rechazado la autoridad de la filosofía. La cultura de masas, el consumo, la sociedad posindustrial desarrollada pueden funcionar sin la metafísica, sin el logos y sin la filosofía conceptual. No necesitan realizar ninguna visión teórica del mundo construida por la filosofía, es decir, no necesitan someterse a la violencia escondida en los discursos filosóficos, pueden libremente funcionar en el mundo “posfilosófico”.

Por primera vez en la historia de la filosofía se ha establecido la convicción que no existe ninguna interrelación entre el proyecto de la realidad filosóficamente elaborado y la política, también política del derecho.<sup>22</sup> Los posmodernos han puesto en cuestión la existencia de un orden “natural” del mundo, que desde la antigüedad estaba fundamentado en la visión de la continuidad entre el orden de la naturaleza y el orden de la realidad social. Al mismo tiempo permitieron que a la metafísica se la pueda considerar solamente como una visión de un filósofo concreto quien construye, en el contexto del discurso filosófico, su propia idea sobre la realidad y los valores en ella incluidos. La política pertenece al mundo de las relaciones públicas, que está construido de modo diferente, depende de las aportaciones y de las opiniones sociales o de las impuestas por la teoría de los modos de solución de conflictos sociales. La política se desarrolla a través de los conflictos sociales y la búsqueda de los consensos. Este proceso no tiene un orden interno bien determinado, depende de los vínculos de las circunstancias y de situaciones sociales. Cualquiera puede contribuir con su propia convicción filosófica sobre la realidad, nos movemos en un específico “mercado” de ideas y de opiniones.

<sup>18</sup> D.E. Litowitz, *Posmodern Philosophy of Law*. op.cit. pp.32.

<sup>19</sup> B. Wojciechowski, *Dekonstrukcja między prawem a sprawiedliwoscia*. en: L. Leszczynski (ed.) *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*. Wydawnictwo UMCS, Lublin, 1999, pp. 314.

<sup>20</sup> B. Wojciechowski, op. cit. pp. 314 y siguiente.

<sup>21</sup> D.E. Litowitz, op. cit. pp. 32.

<sup>22</sup> M. Zirk-Sadowski, *Postmodernistyczna jursprudencja?*, op.cit. pp. 22.

La filosofía puede suministrar a los políticos los argumentos, los métodos de discusión, pero no se puede convertir en una única y definitiva fundamentación de las soluciones adoptadas. En el contexto en que todos los puntos de vista, todas las cosmovisiones tienen el mismo estatus y validez, la supremacía de uno de ellos y su imposición como una visión filosóficamente y públicamente reconocida dependen o de su imposición a través de la violencia, de la dominación o del carisma del gobernante. La sociedad no es capaz, en el contexto del discurso público, de elegir racionalmente y definitivamente ni una opinión metafísica ni una política fundamentada en esta visión.

Analizando desde la perspectiva posmoderna el derecho y sus instituciones podemos apreciar ciertas similitudes con lo anteriormente expuesto. El derecho constituye, junto con la religión, uno de los pocos discursos logocéntricos coherentes y que sigue siendo utilizado a lo largo de toda la historia de la humanidad. Parece que resulta injustificado declarar el fin del derecho, pero varios autores están cuestionando el sentido teórico y filosófico de las actuaciones de los juristas. La autoridad del derecho cada vez más se está alejando de la autoridad de la reflexión académica.

Observamos que en el ámbito jurídico se imponen dos procesos: por un lado la crisis de la filosofía general y también jurídica y, por otro, cada vez más una creciente importancia de la práctica inmediata en el proceso de positivización del derecho. Este proceso provoca que resulta cada vez más complicado construir una visión teórica conceptualmente coherente del derecho siguiendo la línea marcada por los pensadores modernos – desde unos sistemas filosóficos contruidos previamente hacia el derecho positivo.<sup>23</sup> La filosofía jurídica contemporánea se está desarrollando desde una dirección contraria – desde el derecho positivo hacia la configuración filosófica. Además una creciente juridificación de las relaciones sociales, y una menor efectividad de las regulaciones normativas provocan que resulte muy complicado presentar una visión del derecho que responda a los postulados propuestos por R. Dworkin: la coherencia y la integridad de la cultura jurídica.

Particularmente este proceso lo podemos apreciar analizando el funcionamiento de los sistemas jurídicos continentales en los que la generalidad y la abstracción de la regulación normativa demandan una determinada fundamentación que proviene de una configuración teórica conceptual anterior a la legislación. La construcción de este tipo de proyecto teórico resulta muy complicada en la sociedad contemporánea caracterizada por la pluralidad de las opiniones que, desde un punto de vista posmoderno, todas deben ser consideradas como igualmente válidas. Precisamente en las sociedades que se encuentran en el proceso de “transformación”, es decir, en las que nuevas instituciones jurídicas no aparecen como consecuencia de un proceso de desarrollo histórico, sino como unos “trasplantes jurídicos”, la autoridad del derecho se encuentra muy debilitada e incluso, en algunos ámbitos de regulación normativa, esta falta de autoridad puede ser considerada como una situación de anomia.<sup>24</sup>

Por estas razones y en este contexto, la práctica jurídica posmoderna puede resultar bastante significativa. La constatación de la ausencia de la seguridad y de la firmeza en la fundamentación del derecho no viene de mano del pensamiento posmoderno. Como he comentado anteriormente, estos rasgos ya estaban presente en la época moderna escondidos detrás de los grandes metanarraciones filosóficas. La posmodernidad solamente ha puesto en evidencia que las categorías del derecho natural, de la racionalidad jurídica, de la política del derecho no resultan suficientemente convincentes como argumentos para la cultura jurídica contemporánea.

---

<sup>23</sup> Sobre este tema del desarrollo histórico de la filosofía del derecho: M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Krakow, 2000.

<sup>24</sup> M. Zirk-Sadowski, *Postmodernistyczna jurysprudencja?* op cit. pp. 23.

Así el análisis del derecho se centra en las soluciones concretas de los casos jurídicos, en la fuerza vinculante de las decisiones jurídicas. Los pensadores posmodernos toman como referencia la figura del juez, del interpretador contrapuesto a la categoría del legislador, cuya discrecionalidad decisiva encuentra una nueva justificación. Según ellos, en el contexto de puesta en cuestión de las categorías universales, la fuente de la justicia se encuentra en los discursos locales. Podemos decir que no se trata de una persona jurídica, reconocida institucionalmente, sino de un ser humano con su experiencia “local” quien esta juzgando asuntos de otro ser humano. Encontramos una ilustración de esta situación en la paráfrasis de las palabras de C. Schmitt referidas a la democracia – la esencia de la función de juzgar se demuestra en el hecho de que todas las decisiones deben concernir solamente a aquellos que las están tomando.<sup>25</sup> La reflexión posmoderna no sugiere que tenemos que renunciar a la búsqueda de la verdad y de la justicia. Solamente, tal como ya he comentado, ponen en cuestión las “grandes narraciones” construidas por las elites e impuestas a todos los hombres como una herramienta de la violencia y de la dominación escondidas detrás de estos discursos. En este sentido J. Derrida explica que sus aportaciones no cuestionan ni el concepto de verdad ni de estabilidad interpretativa, ya que estas categorías existen y deberían permanecer, sino que analiza las estructuras sedimentadas que forman el elemento discursivo, la discursividad filosófica en la que pensamos. Al buscar el detalle tenemos que buscar la disseminación del sentido en los sentidos. En una situación definida pragmáticamente, la verdad se construye en función del contexto en el que se debe demostrar, justificar, funcionar, actuar, cumplir los criterios lingüísticos, determinados reglas sociales, éticas, político-institucionales etc.<sup>26</sup> Desde esta óptica la posmodernidad renuncia a las reglas universales y se centra en la situación concreta, en sus rasgos.

El rechazo de criterios universales y la concentración en los rasgos concretos del conflicto, siendo el hilo conductor del pensamiento posmoderno, plantea la pregunta sobre lo qué nos queda después de la puesta en cuestión de las grandes narraciones. No encontramos una respuesta clara y convincente, ya que distintos autores prevén diferentes soluciones. R. Rorty habla sobre democracia, sobre la gran conversación construida gracias al declive de la metafísica y S. Fish propone la “retórica”, una continúa discusión en la que ninguna constatación encuentra un argumento definitivo.<sup>27</sup>

Para finalizar esta presentación de la reflexión posmoderna acerca del derecho, podemos aportar algunas reflexiones de los autores contemporáneos acerca de los rasgos que debe representar la reflexión teórica filosófica dedicada a la elaboración de un determinado concepto de derecho para los tiempos posmodernos.<sup>28</sup> Según D.E. Litowitz esa teoría necesita ser interna, autónoma y positiva.<sup>29</sup> El punto de vista interno hace referencia a la realidad en la que actúan los actores – los juristas. La autonomía significa la apertura a otros universos de significados, lo que supone, que sea capaz de encontrar su legitimación en el contexto social, asumiendo su pluralidad, referida tanto al conocimiento como a las opiniones sociales. Debe también ser positiva ayudando a la práctica jurídica a encontrar criterios adecuados para la solución de sus problemas. Esta reflexión permite ayudar a elaborar un derecho ajustado a los tiempos posmodernos en función de cinco rasgos atribuidos al fenómeno jurídico: el individualismo, la institucionalidad, la defensa de la subjetividad, la deliberalidad y la aplicación del principio de la justificada cautela.

<sup>25</sup> C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*. SIW, Fundacja im. Stefana Batorego, Krakow-Warszawa, 2000, pp. 138.

<sup>26</sup> J. Derrida, *Limited Inc*, Northwestern University Press, Evanstone, 1989, t. III. La información proviene del: Ch. Norris, *Dekonstrukcja contra postmodernism: teoria krytyczna a zgroza nuklearna. Tworczość*, núm.kwiecien, 2007, pp.59.

<sup>27</sup> Indicaciones provienen del texto de M. Zirk-Sadowski, *Postmodernistyczna jurisprudencja?* op. cit. pp. 24.

<sup>28</sup> Sobre este tema: K. Wojcik, *El derecho para la convivencia democrática en el siglo XXI. Una propuesta desde la perspectiva posmoderna*. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Tomo 72, Fasc.4, 2016, pp. 1211-1230.

<sup>29</sup> D.E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*. Unniversity Press of Kansas, Kansas, 1997, capítulo 2.

El individualismo significa que el derecho debe configurarse como una herramienta que permite negociar las soluciones entre distintas partes de los conflictos, entre los actores autónomos, no subordinados unos a otros. Para este objetivo las aportaciones del modelo comunicativo resultarán muy útiles.

El carácter lingüístico del derecho demanda una configuración de una semántica de carácter institucional en la que el sentido de las formulaciones normativas adquiere su significado en función de la tradición cultural de su creación y de su aplicación e interpretación, unos aspectos aportados por la cultura jurídica profesional. Esta semántica creada institucionalmente se presenta como parte “integral” del derecho y existe como algo “real” en el contexto social.

La tradición liberal configura al individuo como un sujeto de derechos y deberes, responsable de sus actos. El individuo en los tiempos posmodernos se presenta como un consumidor, se constituye como un objeto del proceso de marketing, sobre todo en el ámbito político.<sup>30</sup> Esto supone que pierde una parte de su subjetividad, en el sentido de que el “emisor” del servicio político lo “libera” de la responsabilidad por las decisiones tomadas, ya que estas no dependen de su decisión racional sino de sus emociones. En este contexto queda claro que el derecho no puede eliminar la responsabilidad de uno si su decisión vulnera los intereses de otros. La libertad no tiene sentido cuando supone la falta de responsabilidad por la vida de otras personas.

El concepto de deliberación sirve para la solución de conflictos sociales gracias al carácter particular, local de la racionalidad interna del derecho. Demanda el cumplimiento adecuado del criterio de plena participación en los debates. El concepto de subjetividad jurídica está construido en base a la idea de una comunión estable de los intereses de los sujetos que participan cooperando en la comunidad. Para los pensadores posmodernos, que rechazan los criterios universales, resulta importante que los sujetos sociales pueden organizarse en función de unos intereses particulares, concretos. No resultan útiles, para este objetivo, unos conceptos y regulaciones jurídicas generales como las categorías de asociaciones, de sociedades o de partidos. Para la coordinación de la diversificación social sirven, de modo más adecuado, unos procedimientos que aseguran una participación efectiva de todos en la solución de los problemas sociales, por supuesto, siempre apreciando la especificidad de los asuntos particulares.

En la sociedad posindustrial el hombre “masificado”, en el sentido de J. Ortega-y Gasset, se caracteriza por el rasgo particular de posesión de unas visiones de la realidad muy dispersas, que van más allá del marco institucional de convivencia y de las necesidades de la división social del trabajo. La pluralidad de las visiones, falta de las referencias objetivas, universales provoca la inseguridad, divide la comunidad, dificulta la convivencia.<sup>31</sup> El derecho, el elemento de la unificación social, sufre continuos “atentados” de aquellos que quieren utilizar su fuerza coactiva para realizar sus propios intereses. Para que el derecho pueda cumplir su función de cohesión social, resulta operativo el recurso a su tradicional herramienta de solución de conflictos sociales – la exclusión de aquellos que pierden en la confrontación. Parece más adecuado aplicar el principio de justificada cautela que recomienda, partiendo de la situación de multitud de opiniones y de la diversificación de los criterios valorativos, que se busquen unas soluciones más respetuosas y menos agresivas hacia los perdedores. El derecho debe aportar unas soluciones que eviten mayores riesgos para la vida social, que puedan sosegar los conflictos, asegurar la convivencia.

---

<sup>30</sup> Z. Bauman; C. Bordoni, *Estado de crisis*. Paidós, Barcelona, 2016, pp. 139-189.

<sup>31</sup> Sobre estas tendencias: Z. Bauman, *La modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002 y también: Z. Bauman; L. Donskis, *Ceguera moral*, Paidós, Barcelona, 2015.

Al final, la filosofía posmoderna, y particularmente la reflexión posmoderna sobre el derecho, revelando tantos rasgos que caracterizan la sociedad contemporánea, deben ayudar a los hombres a construir una regulación jurídica que se ajuste a estas circunstancias para mantener la colaboración en el marco del sistema democrático.

## BIBLIOGRAFÍA

- Z. Bauman; C. Bordoni, *Estado de crisis*. Paidós, Barcelona, 2016
- Z. Bauman; L. Donskis, *Ceguera moral*, Paidós, Barcelona, 2015
- Z. Bauman, *La modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002
- T. Cave, Fictional Identities. En: H. Harris (ed.) *Identity*. Clarendon Press, Oxford, 1995
- J. Derrida, *Limited Inc*, Northwestern University Press, Evanstone, 1989
- C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Text of Law*. Routledge, London-New York, 1991
- M. Foucault, Kim jest autor. En *Szalenstwo i literatura. Powiedziane, napisane, wybor*. Wydawnictwo T. Komendant, Warszawa, 1999
- M. Foucault, *Nadzorowac i karac. Narodziny wiezienia*. Aletheia, Warszawa, 1998. Versión española: *Vigilar y castigar*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2012
- J. Habermas. *Teoria dzialania komunikacyjnego*. Polskie Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1999
- A. Kozak, *Granice prawniczej wladzy dyskrecjonalnej*. Wydawnictwo Kolonia Limited, Wroclaw, 2002
- L. Leszczynski (ed.) *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*. Wydawnictwo UMCS, Lublin, 1999
- D.E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*. Unniversity Press of Kansas, Kansas, 1997
- Ch. Norris, Dekonstrukcja contra postmodernism: teoria krytyczna a zgroza nuklearna. *Tworczość*, núm. kwiecień 2007
- R. Safransky, *Zlo. Dramat wolności*. Wydawnictwo Aletheia, Warszawa, 1999. Versión española: *El mal o el drama de la libertad*. Tusquets, Barcelona, 2002.
- C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*. SIW, Fundacja im. Stefana Batorego, Krakow-Warszawa, 2000
- R. C. Solomon, *A History of Western Philosophy: Continental Philosophy since 1750*. Oxford University Press, New York, 1988
- K. Stasiuk, *Krytyka kultury jako krytyka komunikacji*. Wydawnictwo Uniwersytetu Wroclawskiego, Wroclaw, 2003



A. Szachraj, Co to jest postmodernizm? En M.A. Potocka (ed.) *Postmodernizm. Teksty polskich autorow.* Wydawnictwo Inter Esse, Krakow, 2003

B. Wojciechowski, Dekonstrukcja miedzy prawem a sprawiedliwoscia. En L. Leszczynski (ed.) *Zmiany spoleczne a zmiany w prawie.* Wydawnictwo UMCS, Lublin, 1999,

K. Wojcik, El derecho para la convivencia democrática en el siglo XXI. Una propuesta desde la perspectiva posmoderna. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Tomo 72, Fasc.4, 2016

M. Zirk-Sadowski, Postmodernistyczna jurisprudencja? En M. Blachuta (ed.) *Z zagadnien teorii i filozofii prawa. Ponowoczesnosc.* Wydawnictwo Kolonia Limited, Wroclaw, 2007

M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Krakow, 2000

# EL DELITO DE TENENCIA, TRÁFICO Y DEPÓSITO DE ARMAS, MUNICIONES O EXPLOSIVOS

Luis Jiménez Romero  
Director General de la Escuela de Criminología de Cataluña  
Licenciado en Psicología y Diplomado Superior en Criminología e Investigación Privada

---

---

Fecha de recepción: 20 de septiembre  
Fecha de aceptación: 07 de noviembre

**RESUMEN:** Con la reciente entrada en vigor de las modificaciones del Código Penal se han producido una serie de variaciones en los artículos referentes al delito de tenencia ilícita de armas, que es necesario tener en cuenta a la hora de tener que realizar intervenciones policiales en estos supuestos.

**ABSTRACT:** With the recent modification of the Penal Code there have been a series of variations in the articles referring to the crime of illegal possession of weapons, which must be taken into account when having to carry out police interventions in these cases.

**PALABRAS CLAVE:** Armas, tenencia ilícita, depósito de armas, depósito de explosivos, municiones, armas químicas, armas biológicas.

**KEY WORDS:** Weapons, illegal possession, weapons deposit, deposit of explosives, ammunition, chemical weapons, biological weapons.

**SUMARIO:** Introducción. Antecedentes históricos. El bien jurídico protegido. Concepto de arma desde el punto de vista jurídico penal. Concepto técnico de arma. Definición de arma de fuego por la CIP. Desarrollo del articulado. Tenencia de armas prohibidas y modificadas. Tenencia de armas sin licencia. Agravaciones específicas. Atenuaciones. Fabricación, comercio y depósitos no autorizados. Depósito de armas de guerra. Tenencia o depósito de explosivos. Depósito de armas, municiones o explosivos.

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro del Título XXII (Delitos contra el orden público), se encuentra el Capítulo V (De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos). Está tratada en este Capítulo la tenencia ilícita de cualquier clase de armas:

- La de armas prohibidas y modificadas (art. 563).
- La de armas de fuego reglamentadas (art. 564).
- Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones (art. 566 y 567).
- La tenencia o depósito de sustancias explosivas, inflamables, incendiarias o Asfixiantes, o sus componentes (art. 568 y 569).

Las características de las armas, su clasificación, cualificación y demás circunstancias se recogen en distintas disposiciones legales, siendo las más importantes:

- Real Decreto 137/93 de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas (varias veces modificado y ampliado).
- Directiva 91/477/CEE del Consejo, de 18 junio 1991 sobre el control de la adquisición y tenencia de armas, publicada en Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 1991.
- Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos.
- Orden ministerial 81/93 de 29 de julio, por la que se aprueban las instrucciones para la aplicación del Reglamento de Armas en las Fuerzas Armadas.
- Orden DEF/1268/2003 de 9 de mayo, por la que se aprueban las instrucciones para la aplicación del Reglamento de Armas a los miembros de la fuerza de los Cuarteles Generales Militares Internacionales de la Organización del Tratado del Atlántico Norte ubicados en España.
- Real Decreto 165/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de homologación de productos de específica utilización en el ámbito de la defensa.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Este delito es de pro genie moderna. El primer Código Penal español (1822) en sus artículos 358 al 362 ya se refería a las armas (“*armas generalmente prohibidas por los reglamentos especiales de la materia*”), pero no se consideraba punible la tenencia en si misma, sino que era tenida en cuenta como circunstancia agravante del delito o imprudencia que hubiera ocasionado la prisión, arresto o detención de la persona.

La tenencia estrictamente considerada, aparece tardíamente, ya que no es hasta el Código Penal de 1870 donde se incluía como falta en su artículo 391, entre las infracciones menos relevantes

Pasa a la categoría de delito en el Código Penal de 1928. Durante la II República se endurece la legislación a este respecto (Ley de 22.11.34).

La Ley de Seguridad del Estado de 1941 supuso la base del delito tipificado actualmente, que se plasmó en el Código Penal de 1944.

## 3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en estos delitos consiste en la seguridad de la comunidad frente a los riesgos derivados de la libre circulación y tenencia de armas de fuego y explosivos. Seguridad que se ve lesionada con la realización de las conductas contenidas en la presente sección. Pero como quiera que la seguridad remite en definitiva a aquel estado de cosas que garantiza la indemnidad de bienes jurídicos elementales (vida, salud o libertad), pueden caracterizarse dichos delitos como de peligro abstracto para los referidos bienes individuales.

No todos los países opinan igual, y en algunos, la tenencia y tráfico de armas, constituye un “sagrado” derecho. El mejor ejemplo lo tenemos en Estados Unidos donde su misma Constitución reconoce estos derechos.

Dentro de este apartado del bien jurídico protegido, tenemos la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 30.06.93 a este respecto:

“El delito de tenencia ilícita de armas constituye una infracción de actividad o de mero riesgo o peligro general abstracto o comunitario, objetivo y de propia mano; hallándose la “ratio legis” o finalidad del precepto del artículo 254 del Código Penal (hoy 563 y 564), traslucimiento del bien jurídico atendiendo por la norma en la protección de la seguridad de la comunidad social, en la defensa de la sociedad y el orden público, ante el mal uso que eventualmente pudiera realizarse de las armas de fuego, degenerando el mismo en ataques violentos, en fatales atentados contra las personas dada la letal potencialidad que les caracteriza, lo que torna sumamente peligrosas y arriesgadas para una tenencia permisiva e indiscriminada. La conflictividad social, el incremento de la delincuencia, la generalizada extensión de la posesión de armas que los nuevos tiempos acarrearán, así vinieron a aconsejar la tipificación de este delito.”

En otras sentencias:

\* STS 09.02.94:

“El bien jurídico que estos delitos persiguen, es la seguridad de la ciudadanía, potenciada por la regulación restrictiva, impidiendo que se posean armas sin el correspondiente control de la autoridad por el peligro social que ello comporta.”

\* STS 14.04.05:

“El delito de tenencia ilícita de armas regulado en el art. 563 CP es una infracción de pura actividad, incluida dentro del título concerniente al orden público, como infracción formal de riesgo abstracto, general o comunitario. Se ha considerado que el tipo delictivo protege la seguridad, no solo la del Estado, sino la comunitaria, tratando de restringir el peligro que comportan las armas de fuego, sometiéndolas a un control administrativo y sancionando la tenencia de las mismas si se prescindía de tal control, y se ha caracterizado el tipo de tenencia ilícita de armas de delito de mera actividad o formal, en cuanto no exige la producción de lesión o daño, permanente en cuanto su consumación pervive mientras se mantiene la posesión sobre las ramas, y de peligro abstracto.”

#### 4. CONCEPTO DE ARMA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO-PENAL

En este punto tenemos que plantearnos la pregunta básica:

*¿Qué es un arma?*

##### *4.1. Concepto técnico de arma*

La palabra “arma” procede del latín “*arma armorum*” que de una manera sencilla es todo instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse (definición del DRAEL).

Por lo tanto un arma es una herramienta de agresión útil para la caza y la autodefensa, cuando se usa contra animales, y puede ser utilizada contra seres humanos en tareas de ataque, defensa y destrucción de fuerzas o instalaciones enemigas, o simplemente como una efectiva amenaza.

Un arma es por tanto un dispositivo que amplía la dirección y la magnitud de una fuerza.

Según otra interpretación, podrían definirse como los dispositivos más sencillos que utilizan ventajas mecánicas para multiplicar una fuerza.

En ataque, las armas pueden ser utilizadas como un instrumento de coacción, por contacto directo o mediante uso de proyectiles.

Estas herramientas, por tanto, van desde algo tan sencillo como un palo afilado a un complejo aglomerado de tecnologías, como un misil balístico intercontinental.

En sentido metafórico, cualquier cosa capaz de causar un daño puede ser entendido como arma.

Más recientemente, se han diseñado armas no letales, diseñadas para ser utilizadas por grupos paramilitares, fuerzas de seguridad o incluso tropas en combate, y cuyo objetivo es provocar daños suficientes para neutralizar a un adversario sin causarle la muerte y minimizando su impacto sobre el medio ambiente.

En la práctica, se entiende que *cualquier elemento capaz de dañar* podría ser considerado un arma, (aun cuando si ésta no fuera su principal función), dependiendo de las circunstancias y fines con que se las utilice.

Criterio similar es utilizado en la Ciencia del Derecho, donde el puño, pese a no ser su función inmediata la de dañar, puede llegar a ser considerado un arma (caso de los boxeadores o karatekas en los delitos contra las personas). Sin embargo, según el Derecho Penal vigente en muchos países, un objeto no puede ser considerado como arma si no fue creado con las funciones específicas de ataque o defensa. Por ejemplo, la jurisprudencia española establece reiteradamente que:

“En este sentido, para que un objeto pueda ser reputado jurídicamente como "arma", al momento de su fabricación debe haber tenido como finalidad primordial la de ser utilizado como "arma", ya sea de ataque o defensa.”

#### *4.2. Definición de arma de fuego por la C.I.P.*

La Comisión Internacional Permanente para la Prueba de Armas de Fuego (C.I.P.) haciendo referencia al Convenio para el reconocimiento recíproco de punzones de prueba de armas de fuego portátiles y al Reglamento de la C.I.P. hechos en Bruselas el 1 de junio de 1969, en la decisión nº 21 adoptada en su XXIV sesión plenaria señala la

##### ■ Definición de arma de fuego portátil:

Decisión tomada en aplicación del párrafo 1 del artículo 5 del Reglamento de la CIP, se considerarán armas de fuego portátiles cuya competencia incumba a la CIP (no le competen las de guerra, químicas, biológicas, etc. -sólo le competen las armas de fuego portátiles, ya sean largas o cortas-),

<p><b>Las armas y artefactos portátiles que puedan encender una carga fabricada con sustancias explosivas o pirotécnicas destinadas a disparar, propulsar, o poner en movimiento proyectiles, partículas gaseosas, líquidas o sólidas, o producir únicamente una detonación.</b></p>
--

Veamos ahora algunas sentencias interesantes:

\* STS 08.03.99:

“Para valorar un objeto como arma, se exige que se trate de un instrumento adecuado y apto para atacar o defenderse. Armas son las de fuego siempre que estén en perfecto estado de funcionamiento; por lo que no merecen tal consideración las verdaderas que no estén en condiciones de disparar, ni las simuladas o de imitación carentes de aptitud para hacer fuego. Ahora bien, aunque no puedan en tales casos utilizarse en la forma normal de disparo, pueden valorarse como objetos peligrosos si por sus materiales características físicas, que han de constar en el relato fáctico, permiten su utilización en forma de contundente con el consiguiente mayor desvalor de la acción que representa el incremento del riesgo potencial para la víctima, justificativo por la agravación de la pena.”



## 5. DESARROLLO DEL ARTICULADO

### 5.1. Tenencia de armas prohibidas y modificadas

#### **Art. 563:**

La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.

La separación entre armas prohibidas y armas reglamentadas que el legislador ha efectuado con respecto a la pena de su tenencia ilícita, no ha hecho más que reflejar la línea jurisprudencial que el Tribunal Supremo llevaba manteniendo en cuanto a la agravación de la pena de unas con respecto a otras (STS 23.02.93 ó 29.06.94 entre otras).

En este artículo 563 se describe un delito de peligro que se consuma con la simple tenencia, sin que exista un tipo negativo por la ausencia de justificación posible si se tiene un arma de uso prohibido o modificada. También es objeto de tenencia delictiva la de un arma que tenga modificadas sus características de fabricación, siendo indiferente que la modificación la haya realizado el tenedor o un tercero.

Los delitos de tenencia de armas se configuran como delitos permanentes, cuya consumación exige, como ha señalado la jurisprudencia, de un “corpus”, el arma, unida al “animus possidendi”, no es por tanto indispensable un “animus domini”. Basta con que la relación entre el arma y el sujeto activo del delito permita la disponibilidad de la misma; haga posible en definitiva, a voluntad del sujeto, su utilización conforme al destino o función objetiva que le es inherente: la defensa o el ataque.

\* STS 11.10.85:

“Consiste el delito de tenencia ilícita de armas, en llevar el arma consigo, tenerla en el domicilio o en un lugar recóndito o no, conocido por el infractor, siempre y cuando tenga la disponibilidad de la misma, es decir, esté en todo momento a su disposición o a la de él y otros, en cuyo supuesto se trata de una tenencia compartida o indistinta.”

\* STS 08.10.84:

“La posesión puede materializarse llevándolas consigo, teniéndolas ocultas o no, en el propio domicilio, o depositándolas o escondiéndolas en cualquier punto con tal de que se hallen a disposición del infractor.”

Por lo tanto se puede consumir el delito portando el arma o teniéndola en el domicilio o en cualquier otro sitio que esté siempre a disposición de su poseedor, sea o no propietario, pues basta que se acredite que la tenencia es ilícita.

Como consecuencia de lo anterior, quedan excluidas del concepto de tenencia aquellas conductas en las que, pese al contacto físico del autor con el “corpus”, no puede hablarse de objetiva disponibilidad del arma para la función que le es inherente.

\* STS 12.12.60, 13.03.69, 29.10.79, 26.11.82, 02.07.84, 25.01.85, 24.09.85 y 28.10.85:

“La tenencia, que por ir más allá del fugaz contacto físico con la cosa y corresponderse con un mínimo, aunque suficiente “animus possidendi”, no se compadece con hipótesis tales

como los supuestos de atención a efectos de contemplación o examen, de ocupación fugaz, momentánea y propia de un serviciario de la posesión ajena, como sucede en los casos de mero reparador o la de simple transmisor a terceros”

\* STS 09.10.86, 12.11.86, 22.06.90, 21.09.90, 18.03.91, y 04.07.94:

“No puede hacerse equivalente la tenencia ilícita de armas a la mera detentación accidental o por breves momentos. Se advierte, en el entorno de lo que debe ser una interpretación restrictiva, de la necesidad de llegar a la posesión estable o a un mínimo de permanencia en la detentación, en la idea de que la estabilidad posesoria definirá esta modalidad. La valoración ponderada de las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el evento, proporcionarán el juicio exacto.”

\* STS 09.06.94:

“La tenencia va más allá del mero contacto pasajero con la cosa y no requiere una perduración posesoria a través de cierto periodo temporal, bastando la posesión y disponibilidad del arma con plena autonomía y excluyéndose tan sólo los supuestos de uso en una acción instantánea o muy breve.”

\* STS 18.09.93:

“Se descarta la concurrencia de la figura delictiva en los supuestos en los que el contacto con el arma es meramente transitorio y fugaz, careciendo el autor de cualquier ánimo posesivo.”

\* STS 22.09.95:

“...no se compadece el delito con la simple detentación a efectos de contemplación o examen, ni tampoco con la ocupación momentánea por cuenta ajena que ejerce quien es servidor de la posesión de un tercero.”

Por lo tanto, la tenencia ha de ser para sí y no para otro, pues en este caso sería de aplicación el artículo 566 (comercializar).

La tenencia debe ser interpretada teniendo en cuenta la finalidad de la ley, o sea, la relación entre la persona y el arma que haga posible su empleo conforme a su destino.

No es un delito que pueda ser auxiliado por cómplices para su consumación; pero la tentativa, aunque técnicamente inadmisibles en razón de las características del injusto, en la práctica podría darse.

### **TENENCIA COMPARTIDA**

Pese a que doctrina y jurisprudencia han calificado dicho delito como de propia mano, por cuanto sólo podría cometerlo quien goza de la posesión del arma de forma exclusiva y excluyente, ello no es óbice a que el arma pueda pertenecer a diferentes personas, o incluso estar a disposición de varios con distinta utilización, supuesto en el que todas ellas responderían en concepto de tenencia compartida, siempre que, conocedores de su existencia, la tuvieran indistintamente a libre disposición de cualquiera, mediando pacto explícito o implícito.

\* STS 09.10.93:

“Es posible la tenencia compartida de armas por más de una persona, cuando son detentadas por varios que tienen su disponibilidad indistintamente”.

\* STS 14.05.93, 05.10.93 03.03.95 y 03.04.95:

“Son frecuentes los casos de coposesión compartida, de tenencia compartida, conjunta o sucesiva, de copartición en una palabra porque a través de ella se origina un goce y un disfrute plural en cuanto a los sujetos intervinientes, y en la que el arma no pertenece, no se utiliza o no está en situación de disponibilidad respecto de una sola persona sino de varias unidas anímicamente entre sí por una especie de tácita asociación aunque fuere meramente transitoria a modo de especie de “societas scaeleris” que lleva a todos los copartícipes al conocimiento de la ilicitud, a pesar de que antes o después el arma no pueda ser detentada, por imposibilidad física, más que por uno solo de los coautores.

Ha de decirse, no obstante, para completar el estudio del tipo penal, que no siempre el conocimiento de la posesión del arma por un tercero origina la disponibilidad y en consecuencia el delito. La tenencia compartida debe identificarse pues, con la idea de disponibilidad compartida.”

\* STS 28.01.00:

“La coautoría en el delito de tenencia ilícita de armas afecta no sólo al portador físico del arma de que se trate, es decir, a quien materialmente la tiene o posee de manera inmediata, sino a cuantos con posesión mediata mantienen la codisponibilidad sobre ella. La coautoría se fundamenta, pues, en una conjunta disponibilidad con posibilidad de su indistinta utilización por varios individuos de forma simultánea o sucesiva, independientemente de quien sea en cada momento el tenedor o usuario del arma, dentro de la respectiva distribución de papeles asignados en la “societas sceleris”.”

## **ERROR DE PROHIBICIÓN**

Por lo que se refiere al error de prohibición, éste ha llegado a ser admitido en alguna ocasión, tratándose básicamente de extranjeros cuya arma estaba legalizada y documentada en el país de origen, pero cuya tenencia en España era ilícita. Con todo, la admisión del error de prohibición resulta muy restrictiva en la jurisprudencia, al entender que, dado el general conocimiento de que las armas de fuego no pueden poseerse sin licencia, quien pretenda afirmar una creencia contraria a tal experiencia común habrá de probar su afirmación de modo suficiente. Algunas de estas sentencias del Tribunal Supremo han sido las de 30.06.93, 08.10.93 y 29.06.94.

## **ARMAS PROHIBIDAS**

Las armas prohibidas están definidas en el Reglamento de Armas (R.D. 137/93 de 29 de enero) en su artículo 4:

1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones:

a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo.

b) Las armas largas que contengan dispositivos especiales en su culata o mecanismos para alojar pistolas u otras armas.

c) Las pistolas y revólveres que lleven adaptado un culatín.

d) Las armas de fuego para alojar o alojadas en el interior de bastones u otros objetos.

e) Las armas de fuego simuladas bajo la apariencia de cualquier otro objeto.

f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 cm., de dos filos y puntiaguda.

g) Las armas de fuego, de aire u otro gas comprimido, reales o simuladas, combinadas con armas blancas.

h) Las defensas de alambre o plomo; los rompecabezas; las llaves de pugilato, con o sin púas; los tiragomas y cerbatanas perfeccionados; los Nunchacos y xiriquetes, así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas.

2. No se considerará prohibida la tenencia de las armas relacionadas en el presente artículo por los museos, coleccionistas u organismos a que se refiere el artículo 107, con los requisitos y condiciones determinados en él.

La amplitud del concepto normativo plantea algunas cuestiones de calado, de las que destacaremos las dos más importantes a nuestra opinión.

En primer lugar es obvio que el legislador no ha querido limitar la incriminación de la tenencia de armas prohibidas a las solas armas de fuego.

En segundo lugar la cláusula analógica “cualquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas”, es demasiado indeterminada y evapora las ventajas que ostenta la normativización del concepto, por lo que es de dudosa aplicación en el Derecho Penal.

Muy importante para este artículo fue la STC de 24.02.04 que establece:

“A tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe plenamente son, exclusivamente aquellas que cumplen los siguientes requisitos:

1º) En primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son).

2º) En segundo lugar que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de la prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los artículos 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una Orden Ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de la ley que rige en materia penal.

3º) En tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva.

4º) Y por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho Penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador.”

También es muy interesante la sentencia del Tribunal Supremo 28.09.95 a este respecto de las armas prohibidas:

“La tenencia de armas prohibidas se configura como un delito de peligro abstracto, una infracción de mero riesgo, de carácter eminentemente formal, en el que el bien jurídico protegido no es sólo la seguridad del Estado, sino también la seguridad general o comunitaria, para la que supone un grave riesgo y peligro que instrumentos aptos para herir, o incluso matar, se hallen en manos de particulares.

Para la existencia de este delito es preciso:

- A) La tenencia de un arma prohibida en perfecto estado de conservación y funcionamiento.
- B) Un ánimo de tenerla y poseerla a disposición, sin que sea preciso un propósito o finalidad determinada.”

//////

En esta misma línea tenemos la STS 30.03.09 que haciendo referencia a la anterior sentencia, la finaliza diciendo:

“Así se desprende de lo prevenido en el art. 4.1 e) del RD 1993 (Reglamento de Armas) que incluye en el catálogo de armas prohibidas “las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier objeto”, incluso si el juicio histórico hubiera llegado a recoger el carácter de coleccionista del acusado, la tenencia por un particular de un bolígrafo-pistola, esto es, de un arma de fuego prohibida, seguiría siendo delictiva.”

\* STS 23.02.93 y 29.06.94:

Una licencia de armas legal, jamás puede amparar la tenencia de un arma prohibida.

#### **ARMAS PROHIBIDAS A PARTICULARES**

Las armas prohibidas a particulares, en contraposición a funcionarios especialmente habilitados, están definidas en el Reglamento de Armas (R.D. 137/93 de 29 de enero) en su artículo 5:

##### **\* Art. 5:**

1. Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de:

- a) Las armas semiautomáticas de las categorías 2<sup>a</sup>.2 y 3<sup>a</sup>.2, cuya capacidad de carga sea superior a cinco cartuchos, incluido el alojado en la recámara, o cuya culata sea plegable o eliminable.
- b) Los esprays de defensa personal y todas aquellas armas que despidan gases o aerosoles, así como cualquier dispositivo que comprenda mecanismos capaces de proyectar sustancialmente estupefacientes, tóxicas o corrosivas.

De lo dispuesto en el presente apartado se exceptúan los esprays de defensa personal que, en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos, se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas que acrediten su mayoría de edad mediante la presentación del documento nacional de identidad, pasaporte, autorización o tarjeta de residencia.

- c) Las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares.
- d) Los silenciadores aplicables a armas de fuego.
- e) La cartuchería con balas perforantes, explosivas o incendiarias, así como los proyectiles correspondientes.

f) Las municiones para pistolas y revólveres con proyectiles “dum-dum” o de punta hueca, así como los propios proyectiles.

g) Las armas de fuego largas de cañones recortados.

2. Queda prohibida la tenencia, salvo en el propio domicilio como objeto de adorno o de coleccionismo, con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 107 de este Reglamento, de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego.

Se exceptúan de la prohibición aquellas cuyos modelos hayan sido aprobados previamente por la Dirección General de la Guardia Civil, con arreglo a la normativa dictada por el Ministerio del Interior.

3. Queda prohibido el uso por particulares de cuchillos, machetes y demás armas blancas que formen parte de armamentos debidamente aprobados por autoridades u organismos competentes. Su venta requerirá la presentación y anotación del documento acreditativo del cargo o condición de las personas con derecho al uso de dichos armamentos.

También se prohíbe la comercialización, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 cm., medidos desde el reborde o tope del mango hasta el extremo.

No se considerarán comprendidas en las prohibiciones anteriores, la fabricación y comercialización con intervención de la Guardia Civil en la forma prevenida en los artículos 12.2 y 106 de este Reglamento, la compraventa y la tenencia exclusivamente en el propio domicilio con fines de ornato y coleccionismo, de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 cm.

El Derecho Penal en un Estado social y democrático de derecho no puede castigar cualquier conducta, activa u omisiva, sino sólo aquella, socialmente nociva, que lesione o ponga en peligro las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos, esto es, que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos.

Por su parte, el principio de intervención mínima exige que el Derecho Penal haga su presencia en los conflictos sociales sólo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, porque de lo que se trata, en definitiva, es de conseguir un control razonable sobre la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos. Hay que evitar el impacto negativo e irreversible que sus instrumentos producen en los bienes fundamentales de la persona.

Como hemos visto anteriormente, el bien jurídico protegido por estos artículos es de naturaleza comunitaria y social, tratando de proteger la seguridad de la comunidad social y el orden público, evitando ataques violentos y fatales derivados del grado de peligrosidad del arma.

Importante fue la STS 21.12.98 en la que se dice textualmente:

“La tenencia fuera del domicilio de armas blancas de características no permitidas, incluidas como armas prohibidas en el RD 137/93 (Reglamento de armas), se sancionarán sólo administrativamente.”

\* STS 21.12.98:

“... es manifiesto que el sable de 70 cm. de hoja que portaba el acusado no entra dentro del catálogo de armas prohibidas, por más que su tenencia como arma sujeta a determinadas restricciones pueda ser sancionada administrativamente si se incurre en infracción de este



orden pero en ningún caso su posesión puede considerarse delictiva, al no pesar sobre ella una prohibición completa y absoluta.”

\* STS 22.01.01:

Lo mismo que la anterior, pero para un machete de 23 cm. de hoja.

\* STS 05.11.08:

Lo mismo que las anteriores, pero para una catana.

## **MODIFICACIÓN SUSTANCIAL**

Se entiende por “modificación sustancial” toda aquella operación o manipulación en un arma de fuego reglamentada que tiene por objeto alterar sus características de fabricación u origen de tal forma que aumente significativamente su capacidad lesiva y varíe la concepción del arma.

Por ejemplo, recortar los cañones o cañones y culata de una escopeta de caza o también el convertir un revólver de juguete o detonador en uno capaz de disparar munición metálica.

En todos los casos las armas modificadas sustancialmente han de reunir unas características que las impidan ser documentadas con las licencias o permisos de las armas reglamentadas.

\* STS 15.07.93:

“Es una modificación sustancial el caso de una escopeta de caza, a la que le han sido recortados la culata y los cañones, con lo que pierde su inicial aptitud para ser lícitamente poseída y se transforma en un arma con especial peligrosidad, cuya tenencia se convierte, por ello, en contraria a derecho, al reunir esa tendencia el peligro propio del tipo, cometiéndose el delito por la sola posesión del arma en tales condiciones.”

\* STS 04.02.94:

“Se entiende que un revólver de gas o detonador si se manipula o modifica de forma que resulte apto para disparar munición efectiva ha sufrido una modificación sustancial.”

## ***5.2. Tenencia de armas sin licencia***

### **Art. 564:**

1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada:

1º) Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas.

2º) Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas.

2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª) Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados.

2ª) Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español.

3ª) Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales.

Las armas de fuego a que se refiere este artículo son las reglamentadas en el Reglamento de Armas (R.D. 137/93 de 29 de enero), en su artículo 3.

Veamos cuales son:

### ***Clasificación de las armas reglamentadas***

#### **▣ Artículo 3:**

Se entenderá por “armas” y “armas de fuego” reglamentadas, cuya adquisición, tenencia y uso pueden ser autorizados o permitidos con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, los objetos que, teniendo en cuenta sus características, grado de peligrosidad y destino o utilización, se enumeran y clasifican en el presente artículo en las siguientes categorías:

#### **✦ 1ª categoría:**

Armas de fuego cortas: Comprende las pistolas y revólveres.

#### **✦ 2ª categoría:**

1. Armas de fuego largas para vigilancia y guardería:

Son las armas largas que reglamentariamente se determinen por Orden del Ministerio del Interior o mediante decisión adoptada a propuesta o de conformidad con el mismo, como específicas para desempeñar funciones de vigilancia y guardería.

2. Armas de fuego largas rayadas:

Se comprenden aquellas armas utilizables para caza mayor. También comprende los cañones estriados adaptables a escopetas de caza, con recámara para cartuchos metálicos, siempre que, en ambos supuestos, no estén clasificadas como armas de guerra.

#### **✦ 3ª categoría:**

1. Armas de fuego largas rayadas para tipo deportivo, de calibre 5'6 mm. (.22 americano), de percusión anular, bien sean de un disparo, bien de repetición o semiautomáticas.

2. Escopetas y demás armas de fuego largas de ánima lisa, o que tengan cañón con rayas para facilitar el plomeo, que los bancos de pruebas reconocidos hayan marcado con punzón de escopeta de caza, no incluidas entre las armas de guerra.

#### **✦ 4ª categoría:**

1. Carabinas y pistolas, de tiro semiautomático y de repetición; y revólveres de doble acción, accionadas por aire u otro gas comprimido no asimiladas a escopetas.

2. Carabinas y pistolas, de ánima lisa o rayada, y de un solo tiro, y revólveres de acción simple, accionadas por aire u otro gas comprimido no asimiladas a escopetas.

✦ **5ª categoría:**

1. Las armas blancas y en general las de hoja cortante o punzante no prohibidas.

2. Los cuchillos o machetes usados por unidades militares o que sean imitación de los mismos.

✦ **6ª categoría:**

1. Armas de fuego antiguas o históricas, sus reproducciones y asimiladas, conservadas en museos autorizados por el Ministerio de Defensa, si son dependientes de cualquiera de los tres Ejércitos, y por el Ministerio del Interior, en los restantes casos.

2. Las armas de fuego cuyo modelo o cuyo año de fabricación sean anteriores al 1 de enero de 1870, y las reproducciones o réplicas de las mismas, a menos que puedan disparar municiones destinadas a armas de guerra o a armas prohibidas.

La antigüedad será fijada por el Ministerio de Defensa, que aprobará los prototipos o copias de los originales, comunicándolo a la Dirección General de la Guardia Civil.

3. Las restantes armas de fuego que se conserven por su carácter histórico o artístico, dando cumplimiento a lo prevenido en los artículos 107 y 108 del presente Reglamento.

4. En general, las armas de avancarga.

✦ **7ª categoría:**

1. Armas de inyección anestésica capaces de lanzar proyectiles que faciliten la captura o control de animales, anestesiándolos a distancia durante algún tiempo.

2. Las ballestas.

3. Las armas para lanzar cabos.

4. Las armas de sistema «Flobert».

5. Los arcos, las armas para lanzar líneas de pesa y los fusiles de pesca submarina que sirvan para disparar flechas o arpones, eficaces para la pesca y para otros fines deportivos.

6. Los revólveres o pistolas detonadoras y las pistolas lanzabengalas.



No obstante que el artículo utiliza la forma plural, basta la tenencia de una sola arma para consumir el delito.

El concepto de arma de fuego, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha definido como:

“Instrumento apto para dañar o para defenderse, capaz de propulsar proyectiles mediante deflagración de la pólvora” (reiteradísimas sentencias, entre las más modernas destacamos las de 17.04.90, 23.02.93 y 14.05.93).

Recordamos que ya hemos dicho anteriormente que técnicamente, el concepto de arma de fuego ha sido definido por la CIP (Comisión Internacional Permanente) en resolución publicada en el BOE nº 164 de 10.07.99:

“Se considerarán armas de fuego portátiles cuya competencia incumba a la CIP, las armas y artefactos portátiles que puedan encender una carga fabricada con sustancias explosivas o pirotécnicas destinadas a disparar, propulsar o poner en movimiento proyectiles, partículas gaseosas, líquidas o sólidas, o producir únicamente una detonación.”

## LICENCIAS

Licencias, en sentido estricto, son las que autorizan la tenencia y utilización armas conforme al artículo 96 del Reglamento de Armas:

1. Nadie podrá llevar ni poseer armas de fuego en territorio español sin disponer de la correspondiente autorización expedida por los órganos administrativos a quienes este Reglamento atribuye tal competencia. Si se tratara de personas residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea distinto de España, la concesión de la autorización deberá ser comunicada a la autoridad competente de dicho Estado.

2. La tenencia del uso de armas de las categorías 1ª, 2ª y 3ª precisará de licencia de armas.

Las licencias que menciona el Reglamento de Armas son:

### 1ª) Licencia de armas A:

Documentará las armas de las categorías 1ª, 2ª y 3ª de propiedad privada del personal de los Cuerpos Específicos de los Ejércitos, de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Servicio de Vigilancia Aduanera.

### 2ª) Licencia de armas B:

Para armas de fuego cortas de particulares.

### 3ª) Licencia de armas C:

Para armas de dotación del personal de vigilancia y seguridad no comprendido en el apartado de la licencia A.

### 4ª) Licencia de armas D:

Para arma larga rayada para caza mayor.

### 5ª) Licencia de armas E:

1º) Para armas de fuego largas rayadas para tipo deportivo, de calibre 5'6 mm. (.22 americano), de percusión anular, bien sean de un disparo, bien de repetición o semiautomáticas (categoría 3ª.1).

2º) Para escopetas y demás armas de fuego largas de ánima lisa, o que tengan cañón con rayas para facilitar el plomeo, que los bancos de pruebas reconocidos hayan marcado con punzón de escopeta de caza, no incluidas entre las armas de guerra (categoría 3ª.2).

### 6ª) Licencia de armas F:

Documentará las armas de concurso de tiro deportivo de afiliados de federaciones deportivas que utilicen armas de fuego para la práctica de la correspondiente actividad deportiva.

\*\*\*\*\*

A pesar de licencia o autorizaciones especiales en su caso, la posesión de un arma de fuego precisa en todo caso de la correspondiente “Guía de Pertenencia”, la cual documenta el arma conforme a los artículos 88 y 89 del Reglamento de Armas, acreditando la propiedad de la misma mediante el DNI y los datos personales de su titular, así como la licencia correspondiente, y que contiene además una reseña completa del arma.

Estos dos documentos, guía y licencia, son los necesarios, pero hay otros, para casos especiales como son la autorización para la cesión temporal de armas, la guía de circulación o la guía especial de circulación, que no tienen carácter de necesarios (si lo tienen en su momento) y cuya falta dará lugar, en su caso, a la correspondiente sanción administrativa.

Aparte de los documentos mencionados anteriormente podemos citar también la tarjeta europea de armas de fuego, las diversas autorizaciones especiales y el libro registro del coleccionista.

La legalidad de la tenencia se sujeta pues al otorgamiento material de las licencias o permisos analizados, sin que tenga relevancia penal no portar el documento correspondiente cuando es exigible.

La licencia obtenida mediante cohecho, o en connivencia con la autoridad correspondiente o los organismos homologados para acreditar el correspondiente informe de aptitud, sin reunir el sujeto los requisitos establecidos reglamentariamente, por ser nula de pleno derecho, se aplicaría el tipo penal de tenencia ilícita de armas, respondiendo los terceros por cooperación necesaria en el delito éste.

\* STS 28.09.50:

“Comete delito quien, aún teniendo derecho a la concesión del permiso en atención a cargos, servicios o destinos desempeñados, no ha obtenido previamente la autorización requerida.”

\* STS 29.06.94:

“Es constitutiva de delito la detentación de un mayor número de armas de las que ampara la licencia correspondiente, o la posesión de armas diversas de aquellas a que las licencias y guías autorizan, aún cuando sean de similares características.”

Igualmente se incurre en responsabilidad penal cuando se sigue detentando el arma una vez caducada la licencia o guía, salvo que solicitada nueva concesión, se haya autorizado temporalmente su uso por un máximo de 3 meses (art. 103 R.A.).

\* STS 10.03.00, 21.12.02, 07.07.03 y 13.04.04:

“El tipo objetivo del art. 564 CP requiere, además de la tenencia de armas de fuego reglamentadas, que la tenencia sea ilícita, esto es, que el tenedor carezca de las licencias o permisos necesarios. La posesión de un arma de fuego precisa de la correspondiente guía de pertenencia, la cual documenta el arma, acreditando la propiedad de la misma mediante el DNI y datos personales de su titular, así como los de la licencia correspondiente, y que contiene además una reseña completa del arma. Cometería delito quien, aun teniendo derecho a la concesión del permiso, no hubiere obtenido previamente la autorización requerida; igualmente quien sigue detentando el arma una vez caducada la licencia o guía, salvo que solicitada nueva concesión, se hubiere autorizado temporalmente su uso. También sería delictiva la detención de un mayor número de armas que las que ampara la licencia

correspondiente, o la posesión de armas diversas de aquellas a las que las licencias y guías autorizan, aun cuando sean de similares características, pese a que algún sector doctrinal entienda que quien dispone de licencia de armas podría tener otras similares no amparadas por la misma. Sin embargo, no se trata de inculpar o no conductas más o menos peligrosas, puesto que toda licencia de armas, lícita o no, lo es, sino de excluir de la inculparación a las conductas que pese a serlo entran en la esfera del riesgo permitido, en cuanto el mismo está sujeto al control de la Administración.”

## **FUNCIONAMIENTO DEL ARMA**

La eficacia o funcionamiento del arma constituye un presupuesto objetivo del delito examinado; en él se vivifica la necesaria ofensividad de una conducta que, pese a resultar de peligro abstracto, no puede considerarse puramente formal.

A este respecto el Tribunal Supremo ha emitido una prolífica jurisprudencia, entre las que podemos destacar dos sentencias:

\* STS 17.01.85:

“Se exige que las armas u objetos a ellas asimilables han de estar en perfecto estado de funcionamiento, de tal forma que cuando se acredite su falta de aptitud, la acción es atípica.”

\* STS 29.05.93:

“Para la existencia del tipo penal es necesario que el arma tenga una evidente idoneidad para el disparo, de tal manera que el peligro abstracto o general pueda verse concretado en cualquier momento mediante el uso eficaz y potencialmente peligroso del arma.”

Para estimar la eficacia o funcionamiento del arma deberá acreditarse su aptitud para disparar (STS 22.01.88, 18.06.88, 19.05.89, 20.12.89, 18.09.91, 25.01.93 y 31.03.93 entre muchas otras).

Con todo, determinar la idoneidad o funcionamiento del arma puede resultar complicado en algunos casos, según se parta de un concepto absoluto o relativo, abstracto o concreto, de dicho requisito. En efecto, en algunos pronunciamientos se ha sostenido que la aptitud para el disparo ha de apreciarse en forma abstracta y no como “posibilidad inmediata y actual” del arma, de manera que cuando la eventual dificultad o defecto fuere reparable, no implicando por ello su inutilidad definitiva, nada impediría la subsunción del tipo penal (STS 04.02.91).

En definitiva, que para estimar inútil un arma lo ha de ser en forma de no poder hacer fuego, ni de ponerse en condiciones de efectuarlo (STS 10.09.92).

La sentencia del Tribunal Supremo de 29.05.93, debido a su finura de matización en el criterio, es digna de mencionar:

“Cuando la deficiencia no puede ser rápida y momentáneamente eliminada, por exigir de conocimientos no presumibles en el reo, o de una actividad de difícil obtención, el arma será ineficaz, aunque la pieza sea perfectamente sustituible por otra, para llevar a efecto la reparación, se necesitan unos conocimientos mecánicos que no podemos presumir en el acusado a falta de una declaración expresa sobre este extremo.”

Se trata en suma de valorar la mayor o menor dificultad de las posibilidades fácticas de reparación a los efectos de emitir el correspondiente juicio de ineficacia.

Conforme a su naturaleza de elemento objetivo del tipo, la eficacia del arma habrá de ser probada por la acusación, bien directamente, bien a través de los correspondientes indicios,



no siendo posible presumirla.

La demostración de la idoneidad tiene que estar acreditada de manera fehaciente, inequívoca e incuestionable (STS 25.04.94 y 03.04.95). Esta última sentencia dice textualmente:

“Para la existencia del tipo penal es necesaria la evidente idoneidad para el disparo, de tal manera que el peligro abstracto o general pueda verse concretado en cualquier momento mediante el uso eficaz y potencialmente peligroso del arma.

La demostración de la idoneidad tiene que estar acreditada de forma fehaciente, inequívoca e incuestionable, de tal manera que si ese acreditamiento no existiera, puede obtenerse semejante conclusión a través de una prueba indirecta. No se trata de buscar el amparo, incorrecto, de la presunción “iuris tantum” sobre el funcionamiento normal de las armas en tanto no se demuestra lo contrario por parte del acusado, sino de acudir a datos indiciarios o circunstanciales, admitidos desde la perspectiva de la legalidad ordinaria o constitucional.”

En esta misma sentencia, no se consideró prueba indiciaria de funcionamiento, el haber encontrado al lado del arma cartuchos de su mismo calibre.

\* STS 10.06.88, 02.04.91, 18.02.99, 07.05.01 y 29.11.02:

“Requisito necesario del delito de tenencia de armas es que éstas se hallen en condiciones de funcionamiento, no apreciándose tal capacidad en aquellas que por su antigüedad, ausencia de piezas fundamentales o cualquier otra causa, carecen de aptitud para disparar proyectiles. El arma funciona si puede hacer fuego o ser puesta en condiciones de hacerlo, y en su aptitud debe ponderarse más que en los mecanismos de carga, en los de percusión. La idoneidad del arma para el disparo permite que el peligro abstracto que comporta el arma se traduzca en peligro concreto y es elemento fáctico esencial que debe ser acreditado por la acusación. El carácter más o menos remoto del peligro que el arma suponga, por su antigüedad, deficiencias de mecanismos o ausencia de la munición adecuada en el mercado, debe ponderarse para concluir si la tenencia del arma sin permisos es o no ilícita. El tipo no requiere que el arma sea peligrosa de forma inmediata, pues el peligro de la acción, no está referido a la amenaza que el arma pueda significar para la vida o la integridad corporal de las personas, sino a la seguridad, es decir al control que debe ejercer la autoridad sobre las armas, sean inmediatamente utilizables o no. Por lo tanto pueden constituir objeto material del delito las armas que no han perdido su capacidad de ser utilizadas una vez reparadas.”

\* STS 13.04.04:

“En el supuesto enjuiciado (guardia civil condenado por allanamiento de morada, agresión sexual, atraco y tenencia ilícita de armas), el acusado no sólo carecía de la guía correspondiente a la pistola que le fue ocupada, sino que la licencia de que disponía no le autorizaba para la posesión de una segunda arma corta particular, es decir, al margen de las de dotación oficial.

Así pues, la ilegalidad era doble:

Por ausencia de la guía del arma poseída y por exceder del cupo de ellas autorizado por la licencia.

Por otra parte, y pese a que la pistola intervenida tenía la aguja percutora trabada a causa del óxido, tras desbloquearla y lubricarla, se realiza una prueba para comprobar que hace fuego con normalidad, por lo que se considera un arma útil a los efectos del art. 564 CP.”

\* STS 16.02.07:

Absuelven a un individuo del delito de tenencia ilícita de armas por no tener munición adecuada para ese arma. Tenía una pistola, pero no tenía munición.

\* STS 20.02.07:

La documentación del arma debe ser acreditada por la defensa.

### *5.3. Agravaciones específicas*

Aunque se trate de armas reglamentadas, la ley prevé una agravación de la pena con prisión de dos a tres años para los casos de tenencia de armas cortas, y de prisión de uno a dos años si se trata de armas largas, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en los tres incisos del apartado 2. Si concurrieran dos o más de estas circunstancias, no se multiplica la criminalidad porque es una norma penal de conductas alternativas.

El artículo 2 del Reglamento de Armas nos define perfectamente “arma corta” y “arma larga”:

#### ▣ **Art. 2:**

“A los efectos del presente Reglamento, en relación con las armas de fuego y con la munición para armas de fuego, se entenderá por:

...//...12 “Arma de fuego corta”: El arma de fuego cuyo cañón no exceda de 30 cm. o cuya longitud total no exceda de 60 cm.

13. “Arma de fuego larga”: Cualquier arma de fuego que no sea un arma de fuego corta”.

El fundamento de la agravación es obvio:

□ **Las armas que carezcan de marcas de fábrica o de número o los tengan alterados o borrados**, porque tales circunstancias evitan toda posible identificación del arma si con ella se cometiere un delito. La inexistencia, alteración o borrado de las marcas y números puede ser en cualquiera de las tres versiones total o parcial, pues en ambos casos se imposibilita la identidad del arma (STS 31.05.88 y 05.06.92).

□ **Si el arma ha sido introducida ilegalmente en territorio español**, aunque fuera española y luego de exportada se la introduce ilegalmente, porque las autoridades carecen de la posibilidad de ejercer un control.

\* STS 12.05.93:

“El propósito del legislador no es otro que el de agravar la responsabilidad criminal en estos delitos por acumularse al peligro que para la seguridad pública ocasiona la existencia de armas de fuego incontroladas, que constituye el bien jurídico protegido en esta infracción penal, una violación de las barreras del Estado que impiden u obstaculizan el tránsito de objetos de su exportación o importación.”

\* STS 08.10.93:

“No es óbice a la existencia del delito de tenencia ilícita de armas la legal autorización en el país de procedencia, si no se ha provisto el sujeto de la oportuna licencia de uso y guía de

pertenencia en nuestro país.”

**Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales**, por la misma razón que las que carecen de número identificatorio.

Se entiende por transformación aquella operación mecánica que no transforma sustancialmente la categoría del arma. Por ejemplo transformar una pistola del calibre 9 mm. corto en una del 9 mm. Pb o sustituir el tambor de un revólver para permitir cartuchos de potencia superior.

Esta transformación se refiere aquí, como a todas las armas de que trata este artículo, a las que son reglamentadas de fuego.

#### *5.4. Atenuaciones*

#### **Art. 565:**

Los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

La atenuación es una facultad discrecional del Tribunal, por lo que no es revisable en casación. La falta de intención es una justificación muy endeble porque si alguien tiene un arma de fuego con cañones recortados cómo podrá explicar y convencer que la tiene sin la intención de cometer delitos con ella. O hay excusa de coleccionista, en cuyo caso la actitud del agente es otra, o será difícil que un Juez pueda razonablemente admitir tan frágil argumentación.

Se ha rechazado esta atenuación:

- Cuando constaba la existencia de unas amenazas previas proferidas por el detentador del arma (STS 30.06.93).
- Cuando pese a la inexistencia de antecedentes, la tenencia tenía como finalidad la realización de un acto de venta ilegal (STS 13.10.93).
- Cuando constaba la existencia de abundante munición (STS 17.10.94 y 19.10.94).
- En armas prohibidas (STS 06.11.98).

### *5.5. Fabricación, comercio y depósitos no autorizados*

#### **Art. 566:**

1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados:

1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo, con la pena de prisión de cinco a diez años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.

2.º Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación.

3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o municiones en racimo.

2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o minas antipersonas o municiones en racimo, o inicien preparativos militares para su empleo o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

Este artículo en su apartado 1.- tipifica las conductas de fabricar, comercializar o establecer depósitos de armas o municiones y son las propias del delito de depósito, tal y como se describe en el artículo 567.1.

La realización de más de una de estas conductas no multiplica la criminalidad. Cualquiera de estas tres acciones delictivas se realizará con armas o municiones no autorizadas legalmente o por la autoridad competente, dice la ley. Pero está claro que la autoridad competente no puede autorizar lo que las leyes no permiten; se necesita pues, norma permisiva y autorización pertinente. Se trata pues de una norma en blanco por estar sujeta al requisito de su autorización administrativa.

La Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, hecha en París el 13 de enero de 1993 y ratificada por España el 22.07.94 (BOE de 13.12.96), impone en su artículo I, un conjunto de obligaciones positivas y negativas a los Estados partes y establece en su artículo VII entre las medidas a aplicar por dichos estados, la necesidad de promulgar la leyes penales que sean precisas en orden a hacer efectiva la prohibición de las actividades vedadas por la Convención.

El Código Penal español contiene en sus artículos 566 y 567 expresas referencias a las armas químicas y biológicas, penando de forma concreta la fabricación, comercialización, tráfico y establecimiento de depósitos de dichas armas.

Poniendo en relación las actividades prohibidas dimanantes de la Convención y las

conductas tipificadas como delito en los referidos artículos del Código Penal, que patente la insuficiencia de la cobertura por éstos de los supuestos contemplados en la Convención, por lo que se hace preciso, al objeto de cumplir con las exigencias derivadas de la ratificación de la convención, incorporar al Código Penal la totalidad de las conductas prohibidas en la misma, lo que se llevó a efecto mediante la presente ampliación de los artículos 566 y 567, en la que se incorporó este nuevo apartado 2.º del artículo 566, para recoger el tipo específico relativo al desarrollo de armas químicas, actividad que comprende la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminados a la creación de una nueva arma química o biológica o a la modificación de una preexistente, el empleo de las mismas y la iniciación de preparativos militares para la utilización de dichas armas.

\* STS 26.09.05:

“Son elementos integrantes del tipo de depósito de armas de fuego del artículo 566 1.2 CP, todos ellos concurrentes en el caso de autos:

A) El establecimiento de un depósito de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas.

B) El que el número de esas armas alcance las 5 unidades o que la munición, por su cantidad o clase, a juicio del Tribunal, constituya un verdadero “depósito” según el art. 567.3 y 4.

C) La ausencia de autorización legal o de la autoridad competente, para ello.

Y en este caso existe una posesión compartida por todos los acusados, de hasta 9 verdaderas y efectivas armas de fuego, de diferentes características, así como un total de más de 700 unidades de munición, también de distintos calibres y usos, amén de un número considerable de otras armas, éstas no de fuego, como escopetas y pistolas de aire comprimido, machetes, “puños americanos”, arco con flechas, defensas policiales, esprays de defensa personal, catanas, navajas, un hacha, un bastón-estoque, etc. Lo que integra sin lugar a dudas el ilícito de referencia.”

## **SI SE TRATA DE ARMAS O MUNICIONES DE GUERRA**

Se entiende por “armas de guerra”, conforme al artículo 6 del Reglamento de Armas:

1. Se consideran armas de guerra, quedando en consecuencia prohibidos su adquisición, tenencia y uso por particulares:

a) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20mm.

b) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre inferior a 20 mm., cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra.

c) Armas de fuego automáticas.

d) Las municiones para las armas indicadas en los apartados a) y b).

e) Los conjuntos, subconjuntos y piezas fundamentales de las armas y municiones indicadas en los apartados a) a d), así como, en su caso, sus sistemas entrenadores o subcalibres.

f) Bombas de aviación, misiles cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y piezas fundamentales.

g) Las no incluidas en los apartados anteriores y que se consideren como de

guerra por el Ministerio de Defensa.

2. Corresponde al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa e Interior, determinar las armas comprendidas en este artículo que pueden ser utilizadas como dotación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Se debe complementar esta legislación con:

Ⓐ Orden ministerial 81/93 de 29 de julio, por la que se aprueban las instrucciones para la aplicación del Reglamento de Armas en las Fuerzas Armadas.

Ⓐ Real Decreto de 3 marzo de 1995, por el que se aprueba el Reglamento de

Homologación de la Defensa.

En el anexo 4 de la Orden ministerial 81/93, se definen los calibres de guerra a efectos de lo dispuesto en el artículo 6b del Reglamento de Armas de la siguiente manera:

a) Armas de fuego de calibre igual o superior a 12'7 mm., que utilicen munición con vaina de ranura en el culote y no de pestaña o reborde en el mismo lugar.

b) Armas de fuego que utilicen la siguiente munición:

- ⊗ Calibre 5'45 x 39'5 mm.
- ⊗ Calibre 5'56 x 45 mm. (o su equivalente .223")
- ⊗ Calibre 7'62 x 39 mm.
- ⊗ Calibre 7'62 x 51 mm NATO

Sin embargo se especifica que no se considerarán armas de guerra, aquellas armas de repetición que utilicen munición del tipo .308 Winchester de bala expansiva o munición 7'62 x 39 de igual tipo de bala para caza mayor.

Este último párrafo reviste una especial importancia por las repercusiones legales que supone su correcta interpretación y aplicación.

En el apartado c) del artículo 6 del Reglamento de Armas, hemos visto que todas las armas automáticas se consideran de guerra, por lo tanto es básico definir que es un arma automática.

La definición de arma automática está perfectamente clara en el artículo 2 del vigente Reglamento de Armas, pero a efectos técnicos podemos decir que se considera que un arma es automática, si una vez alimentada la recámara y después de disparado el primer cartucho, expulsa la vaina vacía, saca el cartucho siguiente del depósito o cargador, lo introduce en la recámara y lo dispara aprovechando los gases de la pólvora para realizar estas operaciones, todo esto sin solución de continuidad mientras se tenga oprimida la cola del disparador.

Si para que funcione cada vez el ciclo completo hace falta el disparador, será entonces un arma semiautomática.

El apartado 1º del artículo 566 del Código Penal establece una escala de punibilidad si cualquiera de las tres conductas se realizan con armas o municiones de guerra o armas químicas, estableciendo dos escalas punitivas: una para promotores y organizadores y otra



para el simple cooperador, que no será necesario porque en tal caso se lo debe considerar como autor conforme al artículo 28 b) del Código Penal, por lo cual, ha de ser un cómplice.

## **ARMAS QUÍMICAS Y BIOLÓGICAS**

Armas químicas y biológicas son las determinadas como tales en los Tratados y Convenios Internacionales de los que España sea parte.

Entre los más importantes destacan:

- ☛ Protocolo de Ginebra de 17.06.25, relativo a la prohibición de uso en tiempo de guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares o medios bacteriológicos.
- ☛ Convención de Ginebra de 10.04.72 por la que se prohíben las armas bacteriológicas.
- ☛ Convención sobre “prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados”, hecha en Ginebra el 10.10.80 y ratificada por España el 03.12.93.
- ☛ Real Decreto 824/93 de 28 de mayo, por el que se aprueba el “Reglamento del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Material de Doble Uso” (BOE nº 3 de 04.01.94) -tiene más de 200 páginas-.

Entre los compuestos químicos más famosos destacan:

- ☛ Alquil (más conocido por gas sarín o somán)
- ☛ N-Ndialquil (tabún o alquil)
- ☛ Fosfonotiolatos de O-alkilo y de S-2-dialquilo-aminoetil y sus sales  
alquiladas y protonadas (gas VX).
- ☛ Mostazas y azufres (como el gas mostaza, sesquimostaza, 1-2-bis etano, 1-3.bis-n-propano o las mostazas nitrogenadas [HN1, HN2 y HN3]).

Las armas biológicas se encuentran contempladas en el punto 1 del artículo 160 del Código Penal:

1.- La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de 3 a 7 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de 7 a 10 años.

## **MINAS ANTIPERSONAS o MUNICIONES EN RACIMO**

Este tipo de armas fue añadido en la modificación de la LO 5/2010 de 22 de junio (BOE 23.06.10).

Esta modificación es acorde a la Ley 33/98 de 5 de octubre de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar.

En su artículo 1 se define claramente este tipo de arma:

Por *mina antipersonal* se entiende toda mina concebida para que explote por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona, y que incapacite, hiera o mate a una o más personas. Las minas diseñadas para detonar por la presencia, la proximidad o el contacto de un vehículo y no de

una persona, que estén provistas de un dispositivo antimanipulación, no son consideradas minas antipersonal por estar así constituidas.

Por *mina* se entiende todo artefacto explosivo diseñado para ser colocado debajo, sobre o cerca de la superficie del terreno u otra superficie cualquiera y concebido para explosionar por la presencia, la proximidad o el contacto de una persona o vehículo.

Por *dispositivo antimanipulación* se entiende un dispositivo destinado a proteger una mina y que forma parte de ella, que está conectado, fijado, o colocado bajo la mina, y que se activa cuando se intenta manipularla o activada intencionadamente de alguna otra manera.

En cuanto a las municiones en racimo es acorde a la entrada en vigor el pasado 1 de agosto del 2010 de la “Convención sobre municiones en racimo”. Esta Convención prohíbe emplear, almacenar, producir y transferir municiones en racimo.

En su artículo 2 define perfectamente este tipo de munición:

“Por “munición en racimo” se entiende una munición convencional que ha sido diseñada para dispersar o liberar submuniciones explosivas, cada una de ellas de un peso inferior a 20 Kg., y que incluye estas submuniciones explosivas.

Por “submunición explosiva” se entiende una munición convencional que, para desarrollar su función, es dispersada o liberada por una munición en racimo y está diseñada para funcionar mediante la detonación de una carga explosiva antes del impacto, de manera simultánea al impacto o con posterioridad al mismo.

## **SI SE TRATA DE ARMAS DE FUEGO REGLAMENTADAS O MUNICIONES PARA LAS MISMAS**

Sobre el concepto de armas reglamentadas, nos remitimos al comentario efectuado en el artículo 564.

En este apartado 2º se establecen también dos escalas punitivas para las personas que actúan en las mismas condiciones que prevé el apartado 1º, pero refiriéndose las conductas a las armas de fuego reglamentadas y sus municiones.

## **TRÁFICO DE ARMAS O MUNICIONES DE GUERRA O DE DEFENSA, O DE ARMAS QUÍMICAS O BIOLÓGICAS O MINAS ANTIPERSONAS O MUNICIONES EN RACIMO**

En este apartado 3º de 566.1 se hace referencia al delito específico de tráfico de armas o municiones, mientras que en los apartados 1ºy 2º, al delito de depósito.

Es un caso concreto de aplicación del “Reglamento del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Material de Doble Uso” (RD 824/93 BOE nº 3 de 04.01.94).

## **SUJETO ACTIVO DEL DELITO**

Pese a la redacción en plural del sujeto activo del delito (“Los que...”) no impide que sea una única persona la que organice o constituya el delito, no se trataría de la primera ocasión en la que el Código Penal habla en plural sin excluir la autoría singular.

\* STS 27.05.55, 03.04.81, 12.11.86 y 21.04.94:

“El delito de depósito de armas y municiones no es una figura que exija una pluralidad de

sujetos activos, razón por la que ha de rechazarse la idea de la participación impropia o necesaria. Una persona puede cometerlo, tal ha sido dicho, y en ese caso será autor único.”

\* STS 30.01.93:

“Se estima la existencia de este delito cuando el inculpado no renuncia voluntariamente a su tenencia, sino que en su desposesión trae causa directa de una acción policial.

Basta para entender que existe el requisito del dolo si el agente comisario tiene conciencia de la posesión del arma y de la carencia de lo que las normas reglamentarias exigen para hacer lícita tal posesión.”

En esta sentencia en concreto se determinó que la posesión del arma por un tiempo de 8 horas fue suficiente para cometer el delito.

### **PROMOTOR, ORGANIZADOR Y COOPERADOR**

Con todo, sigue distinguiendo el legislador entre promotor y organizador por un lado y cooperador por otro, de dichas conductas a efectos de penalidad.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 21.04.94:

“Si los primeros son quienes dan vida con su iniciativa y consignas a la reunión finalista de las armas, los segundos, en cambio, son sólo los que tienen una voluntad adyacente, de mera cooperación a lo que otros han ideado y proporcionado.”

### ***5.6. Depósito de armas de guerra***

#### **Art. 567:**

1. Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas o de minas antipersonas o de municiones en racimo la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la enajenación.

2. Se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional. Se consideran armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas, minas antipersonas o municiones en racimo las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

Se entiende por desarrollo de armas químicas, biológicas, nucleares o radiológicas, minas antipersonas o municiones en racimo cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química, biológica, nuclear o radiológica, o mina antipersona o munición en racimo o la modificación de una preexistente.

3. Se considera depósito de armas de fuego reglamentadas la fabricación, comercialización o reunión de cinco o más de dichas armas, aun cuando se hallen en piezas desmontadas.

4. Respecto de las municiones, los Jueces y Tribunales, teniendo en cuenta la cantidad y clase de las mismas, declararán si constituyen depósito a los efectos de este capítulo.

La definición legal del delito de depósito de armas incluye la conducta de fabricarlas y comercializarlas, en la inteligencia de que el fabricante es tenedor y eventual traficante. El delito se comete aunque las piezas se hallen desmontadas, que por lo demás es el modo corriente de comercialización.

Para las municiones se otorga al organismo jurisdiccional la facultad de determinar lo que constituye depósito, en una clara demostración de una regulación inconstitucional del tipo del injusto en razón de su incompleta regulación.

En cambio, la determinación de la cualidad de armas de guerra y de armas químicas debe ser obtenida de las disposiciones pertinentes relativas a la defensa nacional y a los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por España, según el R.D. 824/93.

El concepto de depósito es amplio, puesto que la sola fabricación, comercialización o depósito de cualquiera de dichas armas, es constitutivo de dicho delito. En consecuencia, bastará con poseer una sola, con independencia de su modelo y clase, y aun cuando se halle en piezas separadas, para entender colmado tipo. Tratándose de armas de fuego reglamentadas, se sigue exigiendo la reunión de 5 o más de dichas armas, de cualquier clase y aunque se hallen en piezas desmontadas.

La jurisprudencia ha sostenido que “el depósito reclama conceptualmente de una mayor permanencia en el tiempo que la exigida para la mera tenencia ilícita de armas. Permanencia que se muestra como contraria a lo transitorio y a lo esporádico, aspecto éste más cercano a la tenencia ilícita, más en el caso de la tenencia de una sola de ellas.” (STS 09.10.86, 12.11.86, 22.06.90 y 21.09.90).

STS 09.10.86, 12.11.86, 22.06.90, 21.09.90, 18.03.91, y 04.07.94:

“No puede hacerse equivalente la tenencia ilícita de armas a la mera detentación accidental o por breves momentos. Se advierte, en el entorno de lo que debe ser una interpretación restrictiva, de la necesidad de llegar a la posesión estable o a un mínimo de permanencia en la detentación, en la idea de que la estabilidad posesoria definirá esta modalidad, o la de depósito si existe una prolongación en el tiempo. La valoración ponderada de las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el evento, proporcionarán el juicio exacto.”

En cuanto al punto 4 de este artículo 567 deja a criterio del juzgador, atendida la cantidad y clase de las municiones, el determinar si constituye o no depósito a los efectos de este capítulo.

Ha de advertirse, no obstante, que conforme al artículo 6 del Reglamento de Armas, constituyen también “armas de guerra” las municiones de armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 mm., así como las de armas de fuego o sistemas de armas de fuego inferior a 20 mm., cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra.

\* STS 16.11.07:

La posibilidad de un depósito de armas constituido por una sola persona ha sido expresamente admitida por la jurisprudencia de esta Sala.



Se han considerado depósitos de armas de guerra:

\* STS 21.04.94, 12.11.97 y 11.02.02:

Un lanzagranadas con varias granadas (alguno estaba ya montado).

\* STS 29.01.96:

2 subfusiles, 3 pistolas y numerosos cartuchos, cargadores y munición diversa.

\* STS 28.01.97:

Un solo fusil de asalto (ametrallador).

\* STS 16.02.01:

Una granada de mortero de 60 mm., tres proyectiles de cañón de 20 mm., una pistola automática (ametralladora) y dos granadas de mano.

\* STS 27.04.04:

Un fusil de asalto Cetme modelo C-2.

### *5.7. Tenencia o depósito de explosivos*

#### **Art. 568:**

La tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte, o suministro de cualquier forma, no autorizado por las Leyes o la autoridad competente, serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años, si se trata de sus promotores y organizadores, y con la pena de prisión de tres a cinco años para los que hayan cooperado a su formación.

Este artículo se refiere a los delitos de tenencia y depósito, pero con exclusiva referencia a sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, que tienen tratamiento independiente del que reciben las armas en los artículos 563 (para la tenencia), 567 y 568 (para el depósito). Otras conductas delictivas son las de fabricar, traficar, transportar o de cualquier manera suministrar tales sustancias o aparatos sin la debida autorización legal y administrativa, con dos escalas: una para promotores y organizadores y otra para los simples cooperadores en calidad de cómplices.

El concepto de tenencia y el depósito de esta clase de objetos, es el que respectivamente definen los artículos 563 y 567.

Observemos que el legislador no exige “con fines delictivos” como en el anterior Código Penal, sino que su mera tenencia, sea cual sea el fin, es delictiva.

A pesar de esto, la convergencia con los artículos 348 y 359 del Código Penal, hace que este artículo 568, siga reservado para el espíritu del concepto de armas, y no para otros fines que son los que desprenden los artículos anteriores.

Veamos su tipificación:

**\* Art. 348 CP:**

1. Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años. Las mismas penas se impondrán a quien, de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono.

2. Los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos que puedan causar estragos que, contraviniendo la normativa en materia de explosivos, hayan facilitado su efectiva pérdida o sustracción serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a doce años.

3. En los supuestos recogidos en los apartados anteriores, cuando de los hechos fuera responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que, acreditado el perjuicio producido, su importe fuera mayor, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho perjuicio.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando se trate de los directores, administradores o encargados de la sociedad, empresa, organización o explotación.

4. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años los responsables de las fábricas, talleres, medios de transporte, depósitos y demás establecimientos relativos a explosivos que puedan causar estragos, cuando incurran en alguna o algunas de las siguientes conductas:

a) Obstaculizar la actividad inspectora de la Administración en materia de seguridad de explosivos.

b) Falsear u ocultar a la Administración información relevante sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad obligatorias relativas a explosivos.

c) Desobedecer las órdenes expresas de la Administración encaminadas a subsanar las anomalías graves detectadas en materia de seguridad de explosivos.

**\* Art. 359 CP:**

El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o



productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años.

El esquema de las penas de estos tres tipos nos hará entender esta filosofía:

	<u>Prisión</u>	<u>Multa</u>	<u>Inhabilitación especial</u>
* Art. 348	De 6 meses a 3 años	De 12 a 24 meses	De 6 a 12 años
* Art. 359	De 6 meses a 3 años	De 6 a 12 meses	De 6 meses a 2 años
* Art. 568			
⇒ Promotores y organizadores		De 4 a 8 años	
⇒ Cooperadores		De 3 a 5 años	

En cuanto a qué es un explosivo se encuentra definido en el artículo 10 del Reglamento de Explosivos (R.D. 230/1998):

*“Materias explosivas: materias sólidas o líquidas (o mezcla de materias) que por reacción química pueden emitir gases a temperatura, presión y velocidad tales que pueden originar efectos físicos que afecten a su entorno.”*

Por sustancias inflamables ha de entenderse, no sólo las susceptibles de prender y arder, sino las que lo hagan con especial facilidad.

Sustancias asfixiantes son aquellas cuyo efecto nocivo se produce con la inhalación o respiración de las mismas, con exclusión de las que constituyan armas químicas, específicamente reguladas en el artículo 566.

\* STC 14.02.02 y STS 04.04.03:

Tener cócteles Molotov almacenados en casa es un delito.

### ***5.8. Depósito de armas, municiones o explosivos***

#### **Art. 569:**

Los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo, determinarán la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución.

La consecuencia lógica de la realización de las conductas delictivas que integran el delito de depósito de armas, municiones o explosivos, que son el fabricar, comercializar o tenerlas, produce la consecuencia accesoria prevista en el artículo. 129.

También tiene concordancia con los artículos 515 y 520 del vigente Código Penal.

**Art. 570:**

1. En los casos previstos en este capítulo se podrá imponer la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta.

2. Igualmente, si el delincuente estuviera autorizado para fabricar o traficar con alguna o algunas de las sustancias, armas y municiones mencionadas en el mismo, sufrirá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para el ejercicio de su industria o comercio por tiempo de 12 a 20 años.

Esta específica previsión pretende, como es obvio, no sujetar la pena de inhabilitación a la duración que derivaría de aplicarse como pena accesoria.

La redacción del artículo es, por lo menos, pintoresca, si se tiene en cuenta lo del “delincuente autorizado” para fabricar o traficar, al que le corresponde la pena pertinente al delito que haya cometido más la de inhabilitación especial, sin aclarar que su conducta sea ilícita y en que consiste la ilicitud. Es de suponer que habrá fabricado armas distintas a las autorizadas, o en cantidad superior, y otro tanto en lo referente al tráfico. Se tratará siempre de un abuso o exceso en el ejercicio del derecho a la fabricación y libre comercio, en vista del contenido de la inhabilitación especial con el que debe ser reprimida su ilícita actividad.

# EL PLURALISMO JURÍDICO Y LOS DERECHOS A LA PACHAMAMA

**Alcides Antúnez Sánchez**

Licenciado en Ciencias Penales. Licenciado en Derecho. Magíster en Asesoría Jurídica. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional. Departamento de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma.

**Eduardo Díaz Ocampo**

Licenciado en Ciencias de la Educación. Licenciado en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Doctor en Jurisprudencia. Magíster en Desarrollo Curricular. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo

Fecha de recepción: 4 de septiembre

Fecha de aceptación: 22 de noviembre

**RESUMEN:** Desde las últimas décadas del siglo XX el pluralismo jurídico, ha cobrado relevancia por su incidencia en el escenario social. Desde la Filosofía del Derecho y la Sociología, aunque con orientaciones y posturas diversas entre sí, se ocupan en la definición de nuevos constructos teóricos, requeridos para abordar la esencia del pluralismo jurídico en el contexto actual, reevaluándolo y brindándole nuevas vertientes de análisis. El Estado ecuatoriano garantiza a los pueblos indígenas la conservación y el desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia y organización social, constituye una expresión de la interculturalidad. Esto ha tenido una incidencia positiva en la protección constitucional a la naturaleza y su desarrollo normativo a partir de los textos constitucionales. El ensayo tiene como objetivo demostrar el reconocimiento constitucional que se le ha dado a la naturaleza en la nación ecuatoriana, lo que le ha permitido ser sujeto de derechos como novedad jurídica en construcción y evolución en el siglo XXI, así como de su desarrollo normativo dentro del Derecho positivo y en las políticas públicas. Para ello fueron utilizados los métodos histórico jurídico, el de análisis síntesis, e inducción deducción.

**ABSTRACT:** From last decades of the century XX the juridical pluralism, you have collected relevance for his incidence at the social scene. From the Philosophy of the right and the Sociology, although with orientations and various views among themselves, they take care of in the definition new theoretic, requisite constructs to approach the essence of the juridical pluralism in the present-day context, reevaluándolo and offering him new springs of analysis. The Ecuadorian State guarantees the conservation and the development of his traditional forms of cohabitation and social organization to the indigenous towns, constitute an interculturalidad's expression. This has had a positive incidence in the constitutional protection to nature and his normative development as from the constitutional texts. The essay has like objective to demonstrate the constitutional recognition that they have devoted themselves to him the nature at the Ecuadorian nation, that has allowed being fastened of rights like juridical new thing under construction and evolution, as well as his normative development within the positive right and in the public policies. The historic juridical methods, the one belonging to analysis were used for it synthesis, and induction deduction.

**PALABRAS CLAVE:** pluralismo jurídico, derechos de la naturaleza, buen vivir, adya yala.

**KEY WORDS:** juridical pluralism, rights of nature, good living, Adya-Yala.

**SUMARIO:** Exordio. El pluralismo jurídico. Principales criterios doctrinales. El pluralismo jurídico en clave constitucional ambiental. El pluralismo jurídico en Ecuador. Los derechos otorgados a la Pachamama en clave constitucional ambiental. A manera de conclusiones

## EXORDIO

En el neo constitucionalismo latinoamericano, la nación del Ecuador se ubica en la lista histórica de países pioneros en el ejercicio del constitucionalismo ambiental, precia de haber planteado la inédita problemática entre los nuevos principios constitucionales ambientales y aquellos principios tradicionales del Derecho Constitucional; al haber incorporado a la Carta Política, como sujeto de derecho en sí mismo a la “Naturaleza”, así como los derechos que, como sujeto, le son propios. Para ello, se reconocen nuevas instituciones jurídicas dentro del pluralismo jurídico que dan protección a la naturaleza, dentro de la cultura e idiosincrasia ecuatoriana, en relación con las comunidades indígenas como parte del acervo cultural. Como hecho jurídico novedoso, al ser una visión ajena a la tradición jurídica occidental, no solo dentro del ordenamiento jurídico de esta nación, sino al contexto de América Latina, es que se le precia como una novedosa institución jurídica.

Los retos intelectuales referentes a la teoría política que plantean los nuevos retos del texto constitucional son paradigmáticos; por ello es un hecho que, en la materia jurídica ambiental son mayores. La inclusión de una serie de principios procedentes del Derecho consuetudinario de los pueblos originarios como nuevos valores del Estado, se presupone que la sociedad deberá aceptarlos y reconocer su vinculación jurídica, pero para su logro deberá incrementarse la cultura jurídica a los ciudadanos y a los operadores del Derecho, pues es un constructo novedoso y en desarrollo dentro del pluralismo jurídico. Lo cual llevará y obligará a su desarrollo en el ordenamiento jurídico dentro del Derecho ecuatoriano, con una orientación dirigida hacia la sistematización normativa interna e internacional del Derecho Ambiental, a la creación de los correspondientes órganos de tutela ambiental, y a la definición de los procedimientos que hagan posible y faciliten la exigibilidad del respeto a tales derechos en el cuerpo jurídico que lo regule, como paradigma de la Administración Pública.

Son estos elementos los que se tienen en cuenta, toda vez que el medio ambiente no está desligado de la economía, como parte del nuevo esquema de desarrollo que se reconoce en esta carta Magna. Por un lado, sirve de respuesta a una serie de demandas elevadas por la sociedad, y por otro, hace frente a una limitación de un desarrollo tecnológico incontrolable, donde deben observarse los principios que aporta el Derecho Ambiental como son el de precaución y prevención, entre los de mayor pertinencia, entre otros. De aquí la necesidad de implementar de manera adecuada las herramientas de gestión y el control administrativo ambiental por parte de los servidores públicos. Está claro que, la constitucionalización de los derechos a la naturaleza, se ha convertido en una necesidad de legitimidad de los Estados y de los modelos políticos y económicos que se establecen. Empero, hay que señalar que fue el Derecho Internacional quien primero se preocupó por esta problemática a escala global.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Para profundizar consúltense DE ALMEIDA AMOY, Raúl, “*Protección del Derecho del Medio Ambiente en el derecho interno e internacional*”, Editorial Método, Brasil, 2012, pp.13-58; JUSTE RUIZ, José, “*La evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente*”, España, 2009, pp.467-474; DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Vicente, “*El Derecho Internacional del Medio Ambiente en la Convención Americana de Derechos Humanos*”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen XIII, México, 2013, pp.7-49.

## EL PLURALISMO JURÍDICO. PRINCIPALES CRITERIOS DOCTRINALES

La reflexión sobre el pluralismo jurídico constituye uno de los debates más importantes de la ciencia jurídica contemporánea de hoy. De una parte, están los teóricos que consideran al Derecho estatal como la única propuesta regulativa de la modernidad. Se basan en esa teoría positivista tradicional, que expone las leyes como la principal fuente de Derecho. De otra parte, se encuentran los que consideran al Derecho estatal como una fuente más de regulación sobre los conflictos sociales. La aceptación de que pueden existir diversos órdenes o sistemas jurídicos en un mismo territorio y para los mismos ciudadanos, conlleva a una imagen del fenómeno jurídico distinto a la tradicional; implica que el monismo jurídico se ha roto y que la juridicidad ha estallado, dando lugar a múltiples normatividades. Hecho que genera una imagen distinta del poder. Las categorías e instituciones jurídicas ideadas desde la concepción monista del Derecho, sobre la base del postulado Estado-Nación-Soberanía, como expresión de cultura unidireccional no están concebida para explicar la vida empírica de sistemas normativos distintos al estatal, erigiéndose a partir de una cultura diferente. Sin embargo, las nociones de monismo, dualismo y pluralismo jurídico son propias del desarrollo de la filosofía jurídica del siglo XX. El movimiento del Derecho Libre contribuyó a consolidar en el siglo XX el paradigma del pluralismo jurídico, aportando sus principales fundamentos teóricos. Para los autores del referido movimiento, el pluralismo jurídico se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del Derecho, que dichos autores propugnaron. Este paradigma implica la idea de que, junto al Derecho estatal, existen otros “derechos” u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquel, unas veces armónicamente y otras veces en conflicto, pero que, en cualquier caso, viven “con independencia del Derecho estatal.

El pluralismo jurídico, concebido como la coexistencia de diversos órdenes jurídicos en un espacio geopolítico, cobró auge a finales del siglo XIX y primera mitad del XX, como una reacción ante el positivismo que emprendió la reducción del Derecho en el marco del proyecto moderno; pero no es hasta la década del 60' del siglo pasado que se convirtió en un tema de discusión central en la Antropología y la Sociología del Derecho. En la construcción de presupuestos de igualdad para generar diálogos interculturales, se justiprecia los que en definitiva signan la comunicación entre culturas, incluso al interior de cada una de estas en el escenario donde se desarrollan. Es la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistemas y no de pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas.

El pluralismo jurídico, se define como la coexistencia de más de un sistema jurídico, superpuestos en el mismo espacio geopolítico, en un mismo plano de igualdad, de respeto y de coordinación que presenten un carácter socialmente vinculante, eficaces en el territorio donde rigen por la existencia de una pluralidad de entes creadores, productores y de solución de los conflictos que se susciten en cada territorio. En la Antropología, desde 1978, los estudios sobre la discusión sobre las características de la oposición entre pluralismo y monismo jurídico, basadas en la codificación de la ley estatal han sido constantes. Por otro lado, la crisis del Estado de Derecho y la aparición en los años 90' del pasado siglo sobre la discusión jurídica de bienes básicos (agua, tierra, recursos...) ha reavivado la polémica sobre el pluralismo jurídico.<sup>2</sup>

Por ello, reconstruir los orígenes del pluralismo jurídico es un tema complejo, sin embargo, los autores paradigmáticos que lo han abordado como EHRlich, ROMANO, CARBONNIER, ARNAUD y BOBBIO, permiten entender el nacimiento desde una visión pluralista del Derecho en sus estudios jurídicos. Lo que pone de manifiesto el carácter polisémico del pluralismo jurídico. La idea que se defiende, reside en la incapacidad de la ciencia jurídica tradicional para explicar los fenómenos jurídicos contemporáneos, pues considera que la realidad rebasa sus marcos explicativos, de ahí que el pluralismo jurídico, -siguiendo la

---

<sup>2</sup>Véanse para profundizar CASANOVAS, Pompeu, *Dimensiones del Pluralismo jurídico*, IX Congreso de Antropología, Barcelona, 2002; CHIBA, Masaji, *Una definizione operativa di cultura giuridica nella prospettiva occidentale e non occidentale*, en Sociologia del Diritto, número 3, 1999, Italia, pp.73-88; GRIFFITHS, John, *¿What is legal pluralism?*, in Journal of Legal Pluralism, number 24, 1986, pp.1-55.

terminología de KUHN· aparezca como una “anomalía” que pretende constituirse en un nuevo “paradigma” que desafía la limitación de la teorías jurídicas tradicionales.<sup>3</sup>

Los autores del movimiento del Derecho Libre contribuyeron a consolidar en el siglo XX el paradigma del pluralismo jurídico, aportando sus principales fundamentos teóricos. Para los autores del referido movimiento, el pluralismo jurídico se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del Derecho, que dichos autores propugnaron. Este paradigma implica la idea de que, junto al Derecho estatal, existen otros “derechos” u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquel, unas veces armónicamente y otras veces en conflicto, pero que, en cualquier caso, viven “con independencia del Derecho estatal”.<sup>4</sup>

El primero de estos autores en hablar de un Derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos fue EHRLICH, refiere que el punto central del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia. Lo sitúa en la sociedad misma, puesto que el Derecho es un orden interno de las relaciones sociales, como las familias, las corporaciones, etc.<sup>5</sup> Se reseña por el mismo, que el carácter arbitrario y fictivo de la unidad del orden jurídico. Existe un Derecho viviente que puede ser conocido utilizando diferentes fuentes, particularmente la observación directa de la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos, no solamente de aquellos reconocidos jurídicamente sino también de los grupos ignorados o despreciados por el Derecho e incluso condenados por el Derecho. Su naturaleza jurídica, es un orden interno de relaciones sociales, o mejor, una organización de grupos sociales, es decir, un conjunto de reglas que determinan la posición y la función de los individuos miembros del grupo y más particularmente la condición de dominación o de subordinación de éstos y las tareas asignadas en el seno del grupo.

En esta misma línea de ideas, ROMANO señala que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la crisis de la hegemonía del Estado moderno, formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica. Pero la vida social, más imperiosa y fuerte que el Derecho estatal, ha edificado, paralelamente y en ocasiones en oposición al Estado, una serie de órdenes parciales, en el seno de los cuales, sus relaciones pueden extenderse en condiciones más convenientes. Se trata de sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse prácticamente una eficacia completa. El Derecho estatal, en la medida que desconoce e ignora estos sistemas, termina por sufrir también un cierto grado de ineficacia.<sup>6</sup>

Por consiguiente, la existencia de diversos órdenes jurídicos nos remite a la sociedad medieval, donde la descentralización territorial y la diversidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes; con el conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, y dictámenes reales en el Derecho Canónico y en el Derecho Romano.<sup>7</sup> En esta diversidad de órdenes jurídicos, se constata que fue causada por la debilidad, o apenas existencia de un Estado, capaz de producir una normatividad coercitiva.

<sup>3</sup>Para comprender la emergencia de unos paradigmas a partir de la crisis de otros, véase el planteamiento formulado por KUHN, para quién un paradigma es “...realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica” ... KUHN, Thomas, “La estructura de las revoluciones científicas”, traducción de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, p.13.

<sup>4</sup>ARNAUD, André Jean y FARIÑAS DULCE, Mara José, “Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico”, en BOE, 2ª edición, Madrid, 2006, p. 90.

<sup>5</sup>Consúltese para profundizar EHRLICH, Eugène, “La norme juridique est une règle sociale parmi d'autres” (extrait de Ehrlich, Eugène, Grundlegung der Soziologie der Rechts, Munich et Leipzig, 1913, pp.31-33), del libro colectivo, GRZEGORCZYK, Christophe, MICHAUT, Françoise et TROPER, Michel, *Le positivisme juridique*, Editore LGDJ, París, 1993, pp.103-105; EHRLICH, Eugène, *La sociologia del diritto*, Revista internazionale di filosofia del diritto, Italia, 1992, pp.102-107.

<sup>6</sup>Cfr. ROMANO, Santi, *L'ordenamento giuridico*, pp.13-27.

<sup>7</sup>Confróntese para profundizar CUENA BOY, Francisco, “Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana”, Universidad de Cantabria, España, 1998; DI PIETRO, Alfredo, “La prudente tarea de interpretación en el Derecho Romano”, en Anuario de Filosofía jurídica y social, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989; VENTURA SILVA, Sabino, “Derecho Romano”, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 1996.



La naturaleza del referido fenómeno jurídico, sufrió radical transformación con el surgimiento y consolidación de los Estados centralizados.

Se comprueba como desde las últimas décadas del siglo XX el pluralismo jurídico, ha cobrado relevancia por su incidencia en el escenario social. Algunos autores vinculados a la tradición de la Filosofía del Derecho y a la Sociología, aunque con orientaciones y posturas diversas entre sí, se ocupan en la definición de nuevos constructos teóricos, requeridos para abordar la esencia del pluralismo jurídico en el contexto actual, reevaluándolo y brindándole nuevas vertientes de análisis<sup>8</sup>.

En América Latina, reconocido o no, constituye una realidad social objetiva, fundada sobre la idea genérica de la coexistencia de más de un sistema jurídico en un espacio geopolítico, polemiza con la concepción Monista del Derecho, propio de un modelo agotado. Se aprecia su reconocimiento jurídico de forma expresa y tácita en Ecuador dentro de su texto constitucional como referente en la región de América Latina para las naciones que aún no lo han realizado en sus ordenamientos jurídicos. Son estos elementos, los que permitirán demostrar cómo ha sido reconocida dentro del texto constitucional como sujeto a la naturaleza en Ecuador, por su importancia para proteger la biodiversidad en la región Amazónica como pulmón del globo terráqueo.

## EL PLURALISMO JURÍDICO EN CLAVE CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Ya se reseñaba que la premisa central del pluralismo jurídico, es que el Estado no es la única fuente de normas y prácticas legales, sino que coexiste con muchos otros espacios donde se generan normas y se ejerce control social. En un paneo de la geopolítica en América Latina permite conocer como desde la ancestralidad, los pueblos originarios ya ponderaban a la naturaleza, ejemplo de ello es cuando los Incas imponían severas penas a las personas que dañaran a las aves productoras de guano, establecían cuotas de uso de agua a los agricultores. Los Mayas, por su parte, imponían ciclos de uso y descanso de la tierra, respetaban lo que ésta producía y rogaban perdón por el daño causado. Sin embargo, siguiendo la cronología histórico política de estos procesos en Latinoamérica, la Constitución de México de 1917, tiene el mérito de ser la precursora de promover constitucionalmente el tema ambiental, dirigida a la protección de la propiedad privada en esta nación.<sup>9</sup>

Por consiguiente, este legado de los pueblos originarios, en la nación ecuatoriana está presente en el artículo 1: “El Ecuador es un Estado(...) constitucional de derechos y de justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico(...)”. A tenor de que como Estado es firmante del Convenio 169 de la OIT de 1989, de la Declaración de Principios de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de, y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, entre otros instrumentos internacionales. Permite ponderar el giro que se ha dado al constitucionalismo en Latinoamérica y en especial al Ecuador.

Al Estado ecuatoriano reconocer y proteger la existencia de los pueblos y comunidades indígenas como pueblos originarios, les garantiza los derechos consagrados en la Constitución de 2008, reconociéndoles y respetándoles el derecho tradicional de dichos pueblos, lo que es de suma importancia para la protección ambiental, toda vez que las

<sup>8</sup>Consúltense para profundizar LEVY-BRUHL, Henry, “*Sociología del Derecho*”, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1964, pp.14-15; VANDERLINDEN, Jacques, “*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ/Story-Scientia, Paris, 1988, pp.300-303; VANDERLINDEN, Jacques, “*État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique. Sociologie ET sociétés*”, volumen 18, número 1, Paris, 1986, pp.11-32; DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “*O discurso e o poder*”, Porto Alegre, 1988, pp. 64-78; ARNAUD, Andre, “*Legal culture and everyday life*”, Edition Oñati Proceedings, 1989, pp.129-136; CHIBA, Masaji, “*Legal pluralism in Sri Lankan society. Toward a general theory*”, Tokai University, Japan, pp.1-19; POSPISIL, Leopold and GRIFFITHS, John, “*¿What is legal pluralism?*” in *Journal of Legal Pluralism*, number 24, United State of American, 1986, p.15.

<sup>9</sup>Véanse para profundizar REY SANTOS, Orlando, “*El desarrollo del constitucionalismo ambiental en Latinoamérica*”, PNUMA-ONU, 2008, pp.23-38; CAFFERATTA, Néstor, “*Constitucionalismo e Institucionalidad Ambiental en Latinoamérica. La democracia participativa en las decisiones ambientales*”, Editorial Ine-Semarnat, México, 2004, p.23.

circunstancias en que se presenta la relación de estos grupos con el medio ambiente están llenos de tradiciones, valores ancestrales y espiritualidad; cosa diferente a la relación que guardan los miembros del resto de la sociedad. Se valora que para poder desarrollar y aplicar el pluralismo jurídico en materia ambiental hay que partir prácticamente desde el origen mismo, para generar los derechos ambientales efectivos para todos los habitantes de una sociedad determinada, que sean respetadas las diferentes cosmovisiones representadas en el *sumak kwasay*, para esto hay que partir del concepto del derecho humano al medio ambiente, que permita el desarrollo de cuerpos jurídicos ambientales en el ordenamiento jurídico con la óptica de los pueblos originarios, ello es una novedad en desarrollo.<sup>10</sup>

## EL PLURALISMO JURÍDICO EN ECUADOR. LOS DERECHOS OTORGADOS A LA PACHAMAMA EN CLAVE CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

El hecho jurídico, de que la Constitución de 2008, precia de ser uno de los textos constitucionales de mayor extensión en el continente de Latinoamérica, y como carta política reconoció instituciones y derechos de su antecesora en 1998, al presentar un desarrollo más detallado, en particular en la protección a la naturaleza, como línea central del ensayo jurídico. Al ser la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sus disposiciones son de directa e inmediata aplicación. Su valor jurídico, es prevalecer sobre cualquier otra disposición normativa dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.<sup>11</sup> Esta Constitución de 2008, de las 20 que le antecedieron en este tracto socio jurídico, aporta cambios fundamentales en la vida de los ecuatorianos y a la institucionalidad estatal con un nuevo modelo de desarrollo, con divergencias entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, con inclusión de un sistema económico solidario y del buen vivir (*sumak kawsay*), es todo un reto en construcción. Toma como base la planificación y la incorporación de la transparencia y la participación social, como instrumentos de gestión de la economía, del desarrollo de la justicia constitucional y de las garantías, con la materialidad de los derechos y la transformación de la institucionalidad. Ello permitirá mejorar los mecanismos de democracia directa y de inclusión de la participación social como equilibrio y ejercicio de nuevas formas de representación, con la revolución ciudadana.<sup>12</sup>

Ahora, el mérito de acuñar el tema del constitucionalismo ambiental Latinoamérica, es de BRAÑES BALLESTEROS, lo establece para: ... *“designar al conjunto de ideas jurídicas que comenzaron a aparecer, a partir de 1992 del siglo pasado, en las constituciones políticas de América Latina, en consonancia con el espacio que comenzaban a ocupar, en todo el mundo, las ideas sobre la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible...”*<sup>13</sup> En su postura lo aborda como un fenómeno político-jurídico nuevo. Lo enmarca: ... *“se trata de lo que hemos llamado un ‘enverdecimiento’ (greening) de las constituciones políticas de la región, que paulatinamente se han ido ocupando más y más de establecer las bases para el desarrollo de una legislación ambiental moderna. A este “enverdecimiento” de nuestras constituciones no han sido ajenas, por cierto, las dos grandes Conferencias de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (de 1972 y 1992)”*.<sup>14</sup>

De manera, que se aprecia cómo se incide en que de los veinte países que componen América Latina, la influencia que permeo para que renovarían instituciones dentro de los textos constitucionales, y por ende, también, a cambios en sus constituciones. Se aprecia

<sup>10</sup>BERRAONDO LÓPEZ, Miguel, *“Los derechos medio ambientales de los pueblos indígenas: la situación en la región amazónica”*, Editorial Abya-Yala, Quito, 2000.

<sup>11</sup>Constitución de la República del Ecuador 2008, Decreto legislativo, Registro Oficial No. 449, de fecha 20 de octubre de 2008.

<sup>12</sup>Véanse para profundizar RODRÍGUEZ SALAZAR, Adriana, Tesis Doctoral: *Teoría y práctica del buen vivir: orígenes, debates conceptuales y conflictos sociales. el caso de Ecuador*, Universidad del País Vasco, España (2016); CARPIO BENALCAZAR, Patricio, *“El buen vivir más allá del desarrollo, La nueva perspectiva constitucional en el Ecuador. El buen vivir, una vía para el desarrollo”*, Editorial Adya-Yala, Quito, 2009, p.125.

<sup>13</sup>BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, *“Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental”*, PNUMA-ONU, 1ª edición, México, 2001, pp.9-114.

<sup>14</sup>BRAÑES, Raúl, *“Manual de Derecho Ambiental mexicano”*, p.99

que entre 1972 y 1999, en 16 de estos países se dieron nuevas constituciones políticas que procuraron incorporar las demandas de la sociedad latinoamericana, lo que ahora se le conoce como “movimientos sociales”. Ello dio lugar a que se incorporarán importantes disposiciones como “principios”, referidas a la protección del medio ambiente y la promoción de un modelo de desarrollo sostenible, lo que al final vino a crear la etapa de “enverdecimiento” de las constituciones.

Por consiguiente, el 80% de estos pueblos indígenas son agropecuarios y rurales en la región Andina, y estos tienen una alta dependencia de los recursos naturales. El resto han desarrollado sistemas y redes de comercio, sistemas de emigración temporal, nacional y global, y artesanías de importancia para la actividad comercial. Por ello, en este texto constitucional, se elimina la clasificación de derechos por generaciones, siendo todos los derechos reconocidos de forma inmediata.

De esta forma, la exigibilidad de los derechos es garantizada en la vía judicial. ÁVILA SANTAMARÍA<sup>15</sup>, pondera sobre el contenido de los derechos colectivos, que las principales creaciones tienen que ver con la inclusión de nuevos derechos colectivos, como el derecho a no ser objeto de racismo ni discriminación (artículos 57.2, 57.3), a mantener sus sistemas jurídicos propios (artículo 57.10), a constituir y mantener sus propias organizaciones (artículo 57.15), a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectar a esos pueblos o colectivos (artículo 57.17), el derecho a la limitación de actividades militares en sus territorios (artículo 57.20), a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, a tener sus propios medios (artículo 57.21), y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (artículo 57, inciso final). Este autor estudiado, valora en sus estudios que la Constitución de Montecristi, que la misma tiene influencias marcadas del sistema continental europeo de la postguerra y hasta del sistema constitucional norteamericano. La primera, la idea de control de la constitucionalidad y la del Tribunal Constitucional; la segunda, el control difuso de constitucionalidad. Tiene algunas novedades que son propias de la región latinoamericana y otras que son propias de los movimientos y luchas sociales de los ecuatorianos y de los andinos, como son la *pachamama*, el *sumak kawsay*, la plurinacionalidad, la democracia comunitaria, la justicia indígena, y la interculturalidad, como instituciones novedosas y algunas en construcción.

Por ello, para abordar el tema de los derechos reconocidos a la naturaleza en el texto constitucional ecuatoriano como sujeto, necesita de un estudio desde el comienzo del pensamiento filosófico; donde encontramos que ya SÓCRATES, en el año 339 antes de Cristo, indica que, movido por su deseo de conocer las causas de todos los fenómenos, emprendió el estudio sobre las opiniones acerca de la naturaleza de los filósofos anteriores a su tiempo: ANAXÁGORAS, EMPÉDOCLES, y ANAXÍMENES, con quienes discrepaba, ya que ellos explicaban la naturaleza a través de fenómenos y acciones, mientras que él pensaba en la esencia de las cosas y la finalidad de las mismas, pues así se podía comprender por qué sucede algo, por qué es conveniente que sucedan y qué relación tienen con el fundamento divino de todo. Así las cosas, SÓCRATES, plantea la relación de los problemas (filosóficos) de la Naturaleza con las ciencias que, por ese entonces, es fácil de imaginar, tenían muy poco desarrollo.

En este orden, se pondera que fue en Roma, donde aparecen los primeros vestigios del derecho ambiental, puesto que en esta época se crearon normas expresas en cuanto a la propiedad y una vez promulgadas las XII Tablas se le otorgó al “pater familia” la propiedad de la tierra. También se prohibieron la circulación de carruajes dentro de los barrios para evitar el ruido, la que se ha llegado a considerar como la primera norma ambiental conocida. En este cuerpo jurídico de las XII Tablas (490 AC), se disponían medidas de sanidad ambiental al prohibir la incineración de cadáveres cerca de centros poblados.<sup>16</sup>

<sup>15</sup>Véanse para profundizar ÁVILA SANTAMARINA, Ramiro, “*Los derechos y sus garantías*”, Editorial CEDEC, Quito, 2012, p.78; ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “*Ecuador. Estado constitucional de derechos y justicia. Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el Derecho comparado*”, Serie Justicia y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, número 3, Quito, 2008, pp.19-38; ÁVILA SANTAMARINA, Ramiro, “*El neoconstitucionalismo transformador el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*”, 1ª edición, Editorial Abya-Yala, Quito, 2011, pp.83-121.

<sup>16</sup>La Ley de las XII Tablas (lex duodecim tabularum o duodecim tabularum leges) o Ley de igualdad romana fue un texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano.

Platón, hace unos 2,300 años, recomendaba la necesidad de reforestar las colinas de Ática (Grecia), a fin de regular las aguas y evitar la erosión y señalaba cómo dichas colinas ya se veían como esqueletos blancos. En el Código de Hammurabi se establecía, entre otras cosas, que “si un señor, sin el consentimiento del propietario de un huerto ha cortado un árbol en el huerto de otro señor pesará para indemnizarle media mina de plata.”<sup>17</sup>

La Biblia establece un orden lógico (y verificable en términos generales por la ciencia), en que la creación fue concluida. En un principio era la oscuridad y el Todopoderoso exclamó “fiat lux” “hágase la luz”, luego creo la tierra y las aguas, las plantas, luego vinieron los animales y solo al final llegó el ser humano. Se puede apreciar, el concepto jurídico de contaminación nace en el año 533 en el Digesto, y es confirmado por la Constitución Tanta de 533, en la cual se dispone que hay una violación a las buenas costumbres cuando alguien ensucia las aguas o cañerías contaminándolas (contaminaverit) con cieno, lodo o estiércol.

ARISTÓTELES, también expone varios conceptos sobre la naturaleza. En su obra, refiere a las cosas que son por naturaleza y a las otras que son por otras causas: ... *“Por naturaleza, los animales y sus partes, las plantas y los cuerpos simples como la tierra, el fuego, el aire y el agua pues decimos que éstas y otras cosas semejantes son por naturaleza. Todas estas cosas parecen diferenciarse de las que no están constituidas por naturaleza, porque cada una de ellas tiene en sí misma un principio de movimiento y de reposo, sea con respecto al lugar o al aumento o a la disminución o a la alteración. Por el contrario, una cama, una prenda de vestir o cualquier otra cosa de género semejante, en cuanto que las significamos en cada caso por su nombre y en tanto que son productos del arte, no tienen en sí mismas ninguna tendencia natural al cambio; pero en cuanto que, accidentalmente, están hechas de piedra o de tierra o de una mezcla de ellas, y sólo bajo este respecto, la tienen. Porque la naturaleza es un principio y causa del movimiento o del reposo en la cosa a la que pertenece primariamente y por sí misma, no por accidente”*...

DE AQUINO (1225-1274) sostiene que la naturaleza es el fruto de un plan divino a través de los modos de ser y obrar. Para este autor estudiado, la naturaleza es el principio dinámico intrínseco que determina el comportamiento ordenado de los seres naturales y en definitiva es una creación de Dios. COPÉRNICO (1473-1543) considera a la Tierra no como un elemento inmóvil, situado en el centro del universo, sino como un planeta que gira alrededor del Sol, situación que causó una gran conmoción en ese entonces. FRANCIS BACON (1561-1626) busca una nueva ciencia que sirva para dominar la Naturaleza, sustituye las formas que pretendían expresar la naturaleza de las cosas por leyes. Bacon abandona el método de la deducción y se centra en la inducción, con la idea de que hay que *“partir de la observación para remontarse hasta las leyes mediante una inducción metódica”*.

DESCARTES (1596-1650), KEPLER (1571-1630) y GALILEO (1564-1642) contribuyen al estudio de la Naturaleza, estos autores estudiados introdujeron, en su orden, el enfoque matemático, la formulación de las nuevas leyes referidas a las trayectorias elípticas de los planetas, y la afirmación de que ... *“el objetivo de la ciencia es formular leyes científicas, que expresan relaciones constantes entre los fenómenos y se refieren a las dimensiones cuantitativas (las «afecciones», tales como el lugar, el movimiento, la figura, la magnitud, etc.); en cambio, la filosofía busca explicaciones últimas basadas en las dimensiones cualitativas. Por lo que, la ciencia renuncia al conocimiento de las esencias y al estudio del significado profundo de las cosas”*...

En este sentido, los aportes de NEWTON (1642-1727) quien formuló las tres leyes fundamentales del movimiento y, la más importante, la ley de la gravedad. Lo anterior cambia con KANT (1724-1804), que considera validos los conceptos de la Física de NEWTON, al señalar, que los conceptos científicos y por lo tanto los conceptos sobre la Naturaleza, pertenecen al sujeto y dependen entonces a la manera individual de representarlos.

La posición de la filosofía, qué se esforzó tenazmente para explicar el mundo partiendo del mundo mismo, HOLBACH (1723-1789) en su obra *"Sistema de la Naturaleza"* alertaba: ... *"El hombre ha sido la obra de la naturaleza, no existe más que en ella y es regido por sus leyes... Para un ser creado por la naturaleza y sometido a ella, nada existe fuera del conjunto o todo, del que forma parte, y que recibe toda especie de influencias..."* En esta misma línea de ideas analizadas, HEGEL (1770-1831) publica en 1817, *"La Enciclopedia de*

---

También recibió el nombre de Ley decenviral. Por su contenido se dice que pertenece más al Derecho privado que al Derecho público

<sup>17</sup>Código de Hammurabi, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.



*las Ciencias Filosóficas* e indica: ...“*En la naturaleza, tanto como en el espíritu, lo que encontramos es la idea; pero en la naturaleza la idea reviste la forma de una existencia exterior, mientras que en el espíritu es la idea que existe en sí y para sí...*”

Ahora, que acontece desde la ciencia del Derecho el análisis de los derechos reconocidos a la naturaleza en el texto constitucional ecuatoriano como sujeto; se parte de su definición a partir de que es el orden o a las órdenes que integran el contenido de códigos, leyes, reglamentos o costumbres, como preceptos obligatorios reguladores o supletorios establecidos por el poder público o por pueblo mismo a través de la práctica general reiterada o de la tradición usual. Esto configura el Derecho objetivo. El Derecho, al ser el reflejo del desarrollo de la sociedad, inicia desde la actividad del comercio y la formación de pequeñas asociaciones, hasta los tratados de cooperación internacional y la misma globalización. Él no ha generado el desarrollo, pero si ha facilitado el mismo, al contribuir a la prevención y resolución de conflictos en muchas de las relaciones de los seres humanos. Las fuentes del Derecho constituyen el principio, fundamento u origen de las normas jurídicas, y en especial del Derecho positivo en determinada nación y época. Las fuentes del Derecho constituyen las costumbres, las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, en el caso el Derecho consuetudinario.

Ahora bien, la relación del hombre con la naturaleza, en el siglo XXI no es adecuada, el mundo vive una crisis ambiental que se traduce en el deterioro de la calidad del aire, de los suelos y del agua, que afectan directamente a la biodiversidad y por lo tanto a la vida de los habitantes de este planeta. La civilización humana se enfrenta hoy a una crisis global y compleja que tiene al mundo de alguna manera desorientado y alerta, el tema es más profundo de lo que parece, estamos frente a una crisis ecológica y humanitaria. En una obligada mirada histórica a la dimensión social del medio ambiente, se parte de un término que se considera está vinculado con lo ambiental y lo social, y que de alguna manera introduce desde una posición general al tema en cuestión, sería la supracuestión o el supratema: el bienestar humano. Probablemente, la preocupación más general de los hombres es por su bienestar. Al margen de su contenido relativo o temporal y de su dudosa dualidad objetivo-subjetiva, el bienestar se limita hoy para algunos grupos poblacionales a la satisfacción de las necesidades más elementales de subsistencia, mientras para otros representa la satisfacción de las necesidades y aspiraciones más elevadas de autorrealización.

No es secreto que, la región de América Latina, es la porción más húmeda del planeta, aloja la mayor masa forestal y encierra la mayor diversidad biológica de la tierra. En ella habitan más de 400 grupos étnicos de los pobladores originarios, distribuidos en el vasto continente, con un alto crecimiento demográfico. La explotación indiscriminada de los recursos naturales sin analizar, ni tener en cuenta sus consecuencias negativas, han causado un alarmante deterioro ecológico al planeta tierra, ejemplo de ello ha sido la deforestación, acontecida por las transnacionales madereras y la extracción de hidrocarburos, por solo reseñar dos ejemplos de agresión a la madre tierra.

En Ecuador, se aprecia que los problemas ambientales están vinculados al aire que se consume, tienen que ver con la contaminación proveniente del uso de vehículos en las ciudades de mayores dimensiones geográficas y poblacional en relación a los derechos urbanísticos, como son Quito, Guayaquil y Cuenca, junto con la utilización de combustibles minerales para la producción de energía térmica. Los suelos son afectados por el avance de la frontera agrícola por una parte y por la desertificación por otra, por los contaminantes que provienen de las aguas de riego, de la industria y de los desechos domésticos.

Hay otros inconvenientes que afectan al medio ambiente como son: la pérdida de la masa de bosques tropicales y páramos; la extinción progresiva de la flora y fauna autóctona; el calentamiento de la atmósfera; la erosión y la deforestación; la creciente contaminación del agua, el aire y el suelo; el tráfico de especies silvestres; la invasión de parques y reservas naturales; y los problemas energéticos; el deterioro de las condiciones ambientales urbanas; y los riesgos, desastres y emergencias naturales y ambientales. Por ende, lo que sucede en el Ecuador no es un problema aislado. Con más o menos variaciones los mismos problemas se presentan en todas las regiones del planeta, que de no resolverse podríamos dejar de existir en el planeta.

Siguiendo esta línea de análisis de los problemas ambientales, los derechos reconocidos a la naturaleza como sujeto, han sido el resultado de las luchas que los diferentes pueblos, principalmente de los indígenas originarios, emprendido en los últimos tiempos en la nación

del Ecuador. Después de los largos años que sucedieron a la conquista española y del dominio de las clases oligárquicas locales ante el deterioro de las condiciones ambientales, dieron lugar a que se formaron movimientos sociales que empiezan a presentarse en un escenario en donde nunca habían estado como actores sociales.

En los años 90' del siglo XX, ligado a los 500 años de la llegada de Colón a América, se inició el movimiento indígena como sujeto político, liderado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) creada en 1986, este se manifestó mediante la toma simbólica de la iglesia de Santo Domingo, en Quito. En esta ocasión, los líderes de los pueblos indígenas enviaron al Presidente de la República, su petición en relación a: el derecho de los indígenas a la tierra; la crítica al modelo agroexportador; el no pago a la deuda externa; la desigualdad en el trato a los sectores productivos y a las comunidades indígenas, y la preocupación por la contaminación causada por la explotación del petróleo en la Amazonía ecuatoriana por empresas transnacionales.<sup>18</sup>

Los movimientos sociales de los indígenas ecuatorianos, consiguen en este momento una serie de reconocimientos como: la declaración del país como un Estado plurinacional, la legalización de sus territorios a favor de los pueblos indígenas, la solución de algunos litigios en materia de aguas, el reconocimiento de la medicina tradicional y recursos para la educación bilingüe. Estas primeras reacciones indígenas no solamente consiguieron lo que reclamaron como derechos, sino que, haciendo acto de presencia en la política nacional, tuvieron el reconocimiento expreso y tácito en la carta Magna. Desde entonces, los indígenas ecuatorianos eran reconocidos como nacionalidades dentro de la nación ecuatoriana.<sup>19</sup> Demuestra que la lucha de los indígenas por el agua, por su cultura, por sus costumbres, en contra de la explotación indiscriminada de los recursos naturales, se ha convertido en la razón de ser de ellos; los cambios que se han ido sucediendo en estos tiempos son, sin lugar a dudas, han sido el producto de esa semilla, la que sigue en desarrollo.

Por consiguiente, en el análisis de como se ha protegido la pacha mama en las Cartas Magnas de la República de Ecuador, se aprecia que desde la Constitución de 1979, reformada en 1983, se le ha dado tratamiento, el artículo 19: ...“el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”..., como derecho que el Estado garantiza, “sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona”. El artículo se completaba estableciendo: ... “Es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La Ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente...”

La Constitución de 84', introduce: ...“el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y la obligación del Estado a tutelar la preservación de la naturaleza”... Ya en la Constitución del 98', se reconoce el principio de precaución y el derecho a que cualquier persona interponga acciones por la protección del medio ambiente. También en este cuerpo jurídico se declaró al desarrollo sustentable como objetivo permanente de la economía nacional, conociéndose como desarrollo sostenible, en sus articulados 23.6, 86, 87, 88, 89, 90, 91. Se justiprecia que estos textos jurídicos constituyeron el germen de los derechos concedidos a la naturaleza en la Constitución de 2008, la que le sustituye en este tracto analizado. Ello se aprecia con el tránsito del constitucionalismo neoliberal al constitucionalismo post moderno; por ende, se transita desde la concepción antropocentrista a la biocentrista.<sup>20</sup> Como paradoja, mientras que en el mundo la

<sup>18</sup>Véanse SALVADOR LARA, Jorge, “Breve historia contemporánea del Ecuador”, Editorial Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 2010; AYALA MORA, Enrique, “Resumen de Historia del Ecuador”, 3ra edición actualizada, Editorial Corporación Nacional, Quito, 2008, p.19.

<sup>19</sup>El artículo 1: “El Ecuador es un Estado(...) constitucional de derechos y de justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico(...).” Pone al Estado como garante de los derechos constitucionales a través de la preeminencia del análisis jurídico de los conflictos individuales y sociales; materializa la pluralidad como una puesta en igualdad de condiciones a los diversos sistemas jurídicos existentes en una sociedad plurinacional, se está inmerso en un proceso de construcción institucional, donde el sector judicial evoluciona hacia un modelo democrático, técnico y participativo. Constitución de 2008, Decreto legislativo, Registro Oficial 449, de fecha 20 de octubre de 2008.

<sup>20</sup>Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998; véanse para profundizar JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia, “El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores”,



naturaleza fue considerada como objeto, la nación ecuatoriana la reconocía como sujeto de derechos, todo un paradigma en materia constitucional ambiental dentro de la Ciencia del Derecho.

Las pretensiones en este texto supremo fueron dirigidas hacia: la naturaleza tendría el derecho fundamental a la existencia, a mantener sus ciclos evolutivos; a la naturaleza se le debería reconocer los derechos de la reparación integral, más allá de aquellos que afectan a una comunidad y persona, cuando esta haya sido degradada, o el de las restricciones a actividades, tecnologías o políticas cuando se amenace la integridad del ecosistema. La naturaleza debería tener la titularidad, esto es, la condición de ser sujeto de derechos propios. La naturaleza debería tener la tutela, que consiste en una institución jurídica creada para el ejercicio de los derechos de quienes no pueden exigirlos por sí mismos, como por ejemplo la tutela de que poseen los niños o las personas que no pueden comunicar sus demandas. Con la articulación por un movimiento de afectados por la industria petrolera en los países amazónicos, señalan como los derechos de la naturaleza los siguientes: La naturaleza tiene el derecho a tener derechos propios. Tiene derecho a existir y perdurar, a florecer en el tiempo, a mantener sus ciclos vitales y evolutivos. A la naturaleza, no se le pueden mezquinar sus derechos.

Tiene el derecho a tener guardianes: Los pueblos indígenas son y han sido los custodios de la naturaleza. Han conservado y enriquecido la biodiversidad. Conservan un conocimiento profundo sobre los rituales sagrados de la vida. Tiene el derecho a tener defensores. Quienes defienden a la naturaleza de las agresiones de las empresas o de los Estados, no son criminales que afectan la propiedad o el desarrollo, son defensores de derechos fundamentales cuyo papel debe ser reconocido y estimulado, nunca reprimido.

Tiene el derecho a la reparación: Más allá de la sustitución o limpieza de aquellas condiciones que afectan a las comunidades humanas. La naturaleza debe ser reparada, debe recuperarse su estructura y lograr que los ecosistemas puedan funcionar y mantener las condiciones de vida de todas las especies. Todos los miembros de la comunidad de la tierra deben ser protegidos. Incluyendo todos los humanos, todos tienen derecho al sustento, a la protección, al respeto.

Por lo que se justiprecia, que la protección a la naturaleza en el Derecho Ambiental ecuatoriano, tiene un desarrollo en el Derecho sustantivo a partir del pasado siglo XX, esto puede ser constatado en su ordenamiento jurídico. Ahora bien, es un hecho que este desarrollo ha sido continuado después del reconocimiento expreso y tácito de los derechos indígenas y del pluralismo jurídico, el que ha tenido un desarrollo dentro de las políticas públicas en esta nación a través de la Estrategia Ambiental para el Desarrollo Sustentable (2000), y en la Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad (2002). Se puede apreciar, en la contextualización de estas políticas públicas, con la creación de áreas protegidas en los parques nacionales Yasuní, Sumaco y Galápagos, los que son parte del manejo de paisajes con categorías de Reservas de la Biosfera, y los proyectos de corredores ecológicos y manejo de la conservación de ecosistemas comunes en Ecuador, en relación al texto constitucional.

Empero, que recoge en sí el *sumak kawsay* dentro de la Pachamama como novedad jurídica, en su traducción literal desde el kichwa significa buena vida o bien vivir. Este concepto proviene y se sintoniza con las culturas indígenas andinas de América del Sur y es acogido por el Ecuador como el Buen Vivir. Plantea una cosmovisión de armonía de las comunidades humanas con la naturaleza, en la cual el ser humano es parte de una comunidad de personas que, a su vez, es un elemento constituyente de la misma Pachamama, o madre tierra. El *sumak kawsay* representa una alternativa en tanto replantea las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, nos propone un nuevo horizonte de vida y una alternativa frente a la noción monocultural de la actual civilización occidental. Los pueblos indígenas entienden la naturaleza, con una perspectiva holística,

---

Editorial Dykinson, Madrid, 1991, p.372; LOPERENA ROTA, Demetrio, “*Los principios del Derecho Ambiental*”, Editorial Civitas, España, 1998, p. 87; MARTÍN MATEO, Ramón, “*Tratado de Derecho Ambiental*”, 2<sup>da</sup> edición, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1998; ESTEVE PARDO, José, “*Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica*”, Revista Jurídica de Catalunya, número 3, España, 2003, pp.689-700; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, “*Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental*”, Boletín Económico ICE, número 2824, España, 2004; CAFERRATA, Néstor, “*Teoría de los principios del Derecho Ambiental*”, Revista Abeledo Perrot, Argentina, 2009.

como un ente vivo que lo engloba todo, incluidos los seres humanos. La naturaleza es la vida y la vida está en todos los elementos de la naturaleza.

El *sumak kawsay* de los kichwas que habitan el Ecuador, implica una estrecha relación con la tierra, con las chacras donde florece la vida y el alimento, con el cuidado y la crianza de los animales, con la fiesta en el trabajo colectivo, en la minga. Está asociado a la vida en comunidad; la vida dulce o vida bonita de los pueblos andinos nos propone un mundo austero y diverso, en equilibrio con la naturaleza y con el mundo espiritual. Representa una alternativa en tanto replantea las relaciones entre los seres humanos y la naturaleza, nos coloca ante la encrucijada de establecer un nuevo contrato social, que recupere unas relaciones éticas entre los seres humanos. El vivir bien nos plantea un nuevo horizonte de vida, que no puede asumirse desde una noción monocultural. Esta entraña rupturas importantes, de una parte, porque nos propone la necesidad de provocar profundas transformaciones en las relaciones sociales, pero también en las relaciones con la naturaleza. El Buen vivir o vivir bonito podría contribuir a la articulación de las alternativas que se construyen desde las experiencias de mujeres, indígenas, negros, campesinos y campesinas y, ambientalistas, pero también desde las que se construyen desde los movimientos urbanos y de jóvenes, desde los trabajadores y las trabajadoras, desde los movimientos por la diversidad. De manera que se pueda superar la fragmentación y la sectorización de las propuestas.<sup>21</sup>

En el caso del Ecuador, el buen vivir forma parte de una larga búsqueda de alternativas de vida fraguadas al calor de las luchas populares, particularmente indígenas, desde mucho antes que Rafael Correa accediera a la presidencia. Sus contenidos apuntan a transformaciones de fondo en la sociedad, la economía, la política y la relación con la naturaleza. Se articularon con agendas de otros movimientos, en un heterogéneo conglomerado con fuerzas sobre todo urbanas, hasta cristalizarse en el proceso constituyente de 2008. Esta idea es presentada como los “derechos del buen vivir”, dentro de los cuales se incluye una amplia variedad de derechos (como a la alimentación, a un ambiente sano, al agua, a la comunicación, a la educación, a la vivienda, a la salud, a la energía, etc.)

Se precia que la ruptura que presentan estas constituciones, a partir de la lectura de sus disposiciones regulatorias, se puede decir que los textos del Ecuador y Bolivia aparecen como los abanderados de una nueva figura denominada eco constitucionalismo. En el Ecuador, en torno a los derechos de la naturaleza recogidos en la Constitución del año 2008, ya se citaba que son una novedad jurídica dentro de la cosmovisión indígena del buen vivir. Siendo la Constitución, ley jerárquica de más alto rango jurídico, sus disposiciones son de cumplimiento obligatorio y de acción inmediata en la parte que corresponde al “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”. Ecuador con esta Constitución, por su novedad y singular tratamiento al aspecto ambiental, ha pasado a ser uno de los países que han asumido este reto.

Lo que permite ponderar, que en el plano jurídico los Derechos de la Naturaleza, fueron aprobados en la Asamblea Constituyente y ratificados por la mayoría del pueblo ecuatoriano, mediante el mecanismo de la consulta popular.<sup>22</sup> Estos derechos fueron reconocidos, regulados y desarrollados de la manera siguiente:

---

<sup>21</sup>Para profundizar consúltese SCHAVELZON, Salvador, “*Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*”, Editorial Adya-Yala, Quito, 2015; MACAS, Luis, “*El Sumak Kawsay. Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*”. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador, Editorial Ciudad, Quito, 2011, pp. 47-60; MELO, Mario, “*Los derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana*”. Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora, Editorial Abya-Yala, Quito, 2009, pp.53-59; VEGA, Fernando, “*El buen vivir sumak kawsay en la constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador*”, en Revista de Ciencias Sociales OBETS, número 1, España, 2014.

<sup>22</sup>Constitución del Ecuador de 2008, Registro Oficial No. 449, de fecha 20 de octubre de 2008; Consúltese a ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*La Pachamama y el humano*”, Editorial Madres de la Plaza de Mayo, 1<sup>ra</sup> edición, Buenos Aires, 2011, p.76; VILLAVELLA ARMENGOL, Carlos, “*El derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma*”. Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.51-76.

En el artículo 1, señala: Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

El artículo 3, refiere: Son deberes primordiales del Estado: 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.

El artículo 10, “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

Por consiguiente, es un hecho que la Constitución de 2008, rompe con la concepción clásica de priorizar unos derechos sobre otros al reconocerlos como interdependientes y de igual jerarquía, elementos que pueden ser constatados en su desarrollo (artículo 11, numeral 6). Por lo que, los derechos al buen vivir ocupan un mismo plano que otros conjuntos de derechos, entre los cuales están los derechos de personas y grupos de atención prioritaria, comunidades, pueblos y nacionalidades, participación, libertad, de la naturaleza, y protección; y a su vez, este conjunto tiene un correlato en una sección dedicada a las responsabilidades.

El artículo 14, “reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*”.

El artículo 15, señala: El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.

Por otro lado, en el artículo 27, se dispone que: La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.

En el artículo 57, reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas,

animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

Artículo 66, Se reconoce y garantizará a las personas:

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la Naturaleza.

Este reconocimiento expreso y tácito se reguló en el artículo 71, dispone que: “La naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Además, toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Una segunda parte de este artículo establece que el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”.

El artículo 72, refiere que: ...“La naturaleza, tiene derecho a la restauración y que esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”...

El artículo 73, dice: “El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Dice además que se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional”.

El artículo 74, determina que: “Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Dice además que los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”.

En el artículo 83, Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.

El artículo 261, dispone que, El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre:

7. Las áreas naturales protegidas y los recursos naturales.

8. El manejo de desastres naturales.

11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

Dentro del artículo 267, se establece que: Los gobiernos parroquiales rurales ejercerán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las adicionales que determine la ley:

4. Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias, la preservación de la biodiversidad y la protección del ambiente.

Y en el artículo 274, se establece que: Los gobiernos autónomos descentralizados en cuyo territorio se exploten o industrialicen recursos naturales no renovables tendrán derecho a participar de las rentas que perciba el Estado por esta actividad, de acuerdo con la ley. Pero, lograr alcanzar el buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza” (artículo 275). Los derechos están íntimamente vinculados a las estrategias de desarrollo, y estas deben atender una planificación participativa en áreas como el trabajo y de las soberanías alimentaria, económica y energética. En paralelo, el régimen del buen vivir incluye las cuestiones de inclusión y equidad (por ejemplo, educación, salud, vivienda, cultura, etc.) y biodiversidad y recursos naturales. El buen vivir es un concepto todavía en construcción, aunque existe un consenso que representa un quiebre con las ideas convencionales del desarrollo. Ese propósito aparece claramente en la

Constitución de Montecristi y, en ese sentido, se incluyen diversas vinculaciones con la temática ambiental. Se indica que el régimen de desarrollo debe servir al buen vivir y, entre sus objetivos, se lee “recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable” (artículo 276), y garantizar el acceso y de calidad al agua, aire y suelo, y los beneficios de los recursos naturales. Estos propósitos generan obligaciones tanto para el Estado, como para las personas y las colectividades (artículos 277 y 278). Se le adjudica una importancia relevante a la planificación estatal (artículos 275 y 277), aunque bajo un marco participativo y descentralizado (artículo 279). Componentes de este tipo dejan al buen vivir dentro del campo del desarrollo sostenible.

Ya en el artículo 278, Para la consecución del buen vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas, les corresponde:

2. Producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental.

El artículo 281, dispone que: La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado:

1. Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria.

2. Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos.

3. Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria.

4. Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.

5. Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores y productoras, facilitándoles la adquisición de medios de producción.

6. Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso, la conservación e intercambio libre de semillas.

7. Precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable.

8. Asegurar el desarrollo de la investigación científica y de la innovación tecnológica apropiada para garantizar la soberanía alimentaria.

9. Regular bajo normas de bioseguridad el uso y desarrollo de biotecnología, así como su experimentación, uso y comercialización.

10. Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como la de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos.

11. Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.

12. Dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación. Los alimentos recibidos de ayuda internacional no deberán afectar la salud ni el futuro de la producción de alimentos producidos localmente.

13. Prevenir y proteger a la población del consumo de alimentos contaminados o que pongan en riesgo su salud o que la ciencia tenga incertidumbre sobre sus efectos.

14. Adquirir alimentos y materias primas para programas sociales y alimenticios, prioritariamente a redes asociativas de pequeños productores y productoras.

En el artículo 282, El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra. Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes. El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental.

En el artículo 283, se dispone que: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la Naturaleza; y tiene por objetivo garantizar



la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.”

El artículo 306, establece: “El Estado promoverá las exportaciones ambientalmente responsables, con preferencia de aquellas que generen mayor empleo y valor agregado, y en particular las exportaciones de los pequeños y medianos productores y del sector artesanal. El Estado propiciará las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza.”

El artículo 313, establece que: “El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”

En el artículo 317, se regula que: “Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la Naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.”

El artículo 318, dispone que: El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la Naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias. El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios. El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.

En el artículo 319, se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas. El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentaré la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.

El artículo 376, para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con la ley. Se prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.

En el artículo 385, el sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la Naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad:

1. Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos.
2. Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales.
3. Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir.

El artículo 387, será responsabilidad del Estado:

4. Garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales.



Por otro lado, en el artículo 389, el Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Otra de las novedades que se aprecian, está vinculada con la Responsabilidad objetiva, se percibe en el artículo 396, “el Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”.

En el artículo 391, se dispone que: el Estado generará y aplicará políticas demográficas que contribuyan a un desarrollo territorial e intergeneracional equilibrado y garanticen la protección del ambiente y la seguridad de la población, en el marco del respeto a la autodeterminación de las personas y a la diversidad.

En el artículo 395, La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.

3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.

4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la Naturaleza.

Ya en el artículo 396, se establece que: “el Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas. La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente. Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.”

El artículo 397, regula: “en caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a”:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño

ambiental materia de litigio. La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.

2. Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.

3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.

4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.

5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.

Lo cual también guarda relación con lo que se dispone en cuanto a la gestión del riesgo, regulada en el artículo 389, “el Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad”.

En el artículo 398, se establece que: toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

El artículo 399, establece que: el ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la Naturaleza.

En el artículo 400, el Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país.

El artículo 403, dispone que: el Estado no se comprometerá en convenios o acuerdos de cooperación que incluyan cláusulas que menoscaben la conservación y el manejo sustentable de la biodiversidad, la salud humana y los derechos colectivos y de la Naturaleza.

El artículo 404, refiere que: el patrimonio natural del Ecuador único e invaluable comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor desde el punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exige su protección, conservación, recuperación y promoción. Su gestión se sujetará a los principios y garantías consagrados en la Constitución y se llevará a cabo de acuerdo al ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, de acuerdo con la ley.

El artículo 405, señala que: el sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El sistema se integrará por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado, y su rectoría y regulación será ejercida por el Estado. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión. Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley.

En el artículo 406, el Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados; entre

otros, los páramos, humedales, bosques nublados, bosques tropicales secos y húmedos y manglares, ecosistemas marinos y marinos-costeros.

En el artículo 407, se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

El artículo 408, regula que: son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.

En el artículo 409, regula: es de interés público y prioridad nacional la conservación del suelo, en especial su capa fértil. Se establecerá un marco normativo para su protección y uso sustentable que prevenga su degradación, en particular la provocada por la contaminación, la desertificación y la erosión. En áreas afectadas por procesos de degradación y desertificación, el Estado desarrollará y estimulará proyectos de forestación, reforestación y revegetación que eviten el monocultivo y utilicen, de manera preferente, especies nativas y adaptadas a la zona.

El artículo 410, establece: el Estado brindará a los agricultores y a las comunidades rurales apoyo para la conservación y restauración de los suelos, así como para el desarrollo de prácticas agrícolas que los protejan y promuevan la soberanía alimentaria.

En el artículo 411, el Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

En el artículo 412, se regula: la autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico.

El artículo 413, dispone: el Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua.

El artículo 414, establece: el Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.

El artículo 416, dispone: las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

13. Impulsa la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biosfera.

Todos estos artículos, a raíz del tratamiento de los derechos de la naturaleza reconocidos en la Constitución de 2008, han incidido en los ecuatorianos un cambio de su mentalidad, hay una mayor preocupación en proteger a los ríos, por el agua que se consume, por no agredir al espacio que les cobija, que no es otra cosa que la naturaleza, la Pachamama, heredada de los saberes de los pueblos originarios en esta nación, patrimonio de la humanidad.<sup>23</sup> Si no,

<sup>23</sup>Véanse para profundizar CANQUI, Elisa, “*El Vivir Bien, una propuesta de los pueblos indígenas a la discusión sobre el desarrollo*”, Revista de Ciencias Sociales OBETS, número 1, España, 2011, pp.19-

¿cómo se explica que leyes tan importantes como la Ley de aguas, la Ley minera sean aprobadas en la Asamblea Constituyente y se busque el camino de la consulta a las partes involucradas? ¿Cómo se entiende que exista por lo menos la iniciativa de dejar al petróleo en los yacimientos del Yasuní?, o ¿Por qué se piensa en regalías del petróleo, diferentes a las que siempre perduraron en nuestro país, favoreciendo solamente a las compañías multinacionales?

Estas interrogantes, se constatan como han tenido un desarrollo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dándose protección a la naturaleza desde la década de los 70' y los 80' del siglo pasado desde el texto supremo, con un actor fundamental, los pueblos indígenas ya con voz y voto en la Constituyente, en el siglo XXI, han sido regulados a través de los cuerpos jurídicos como: la Ley de Aguas, Ley No. 139 suplemento R.O. No. 862 del 28 de enero de 1992; la Ley No. 22.428 de Fomento a la Conservación de los Suelos; la Ley de Gestión Ambiental, Codificación. R. O. Suplemento No. 418 de 10-sep-2004; en la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental Codificación 20 R. O. Suplemento No. 418 de 10 de septiembre del 2004; en la Ley Forestal y de conservación de Áreas Naturales y Vida silvestre y, su Reglamento. Ley No. 74 suplemento viernes, 10 de septiembre del 2004. R.O. No 41 codificación no 2004-O17; en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, Ley 99-49, R.O.2, 25-1-2000; dentro del Texto Unificado de la Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, Decreto N° 3.516, Edición Especial No. 2 del R. O., 31 de marzo del 2003, Decreto Ejecutivo No. 1802 publicado en el R. O. No. 456 del 7 de junio de 1994, que contenía las Políticas Básicas Ambientales del Ecuador; en la Ley Orgánica de Salud, Decreto Supremo No. 188, R.O. 158, 8-II-71; en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento del R. O. No. 398, del 07 de agosto del 2008; en la Ley No. 4, Ley para la transformación económica del Ecuador, R. O. Suplemento No. 34, de 13 de marzo del 2000; en la Ley Orgánica de participación Ciudadana, Ley 0. R. O. Suplemento No. 175 de 20 de abril de 2010; en la Ley Orgánica de régimen especial de la provincia de Galápagos, R. O. Suplemento 520 de fecha 11 de junio de 2015.

Por lo que se precia, que la protección a la naturaleza en el Derecho Constitucional Ambiental ecuatoriano ocupa un papel protagónico por el Estado, tiene un desarrollo en el derecho sustantivo a partir del pasado siglo XX. Ahora bien, es un hecho que este desarrollo ha sido continuado después del reconocimiento expreso y tácito de los derechos indígenas en el pluralismo jurídico, ha tenido un desarrollo dentro de las políticas públicas en esta nación a través de la Estrategia Ambiental para el Desarrollo Sustentable (2000), y en la Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad (2002) en el texto constitucional del 2008.

Se puede apreciar, con la contextualización de políticas públicas en la creación de áreas protegidas en los parques nacionales Yasuní, Sumaco y Galápagos, como parte del manejo de paisajes con categorías de Reservas de la Biosfera, y los proyectos de corredores ecológicos y manejo de la conservación de ecosistemas comunes, como un aporte internacional a la protección de la naturaleza.

Ello permite ponderar que, mientras que el buen vivir ecuatoriano descansa sobre una amplia trama de derechos constitucionales, incluyendo los de la naturaleza como novedad. Estas decisiones deben ser analizadas con detenimiento, por estar presentes en todos los países (incluido Ecuador), en tanto corresponden a los deseos de profundizar una veta extractivista para poder financiar el Estado y promover el crecimiento económico. Los altos precios de las materias primas, desencadenan enormes presiones para expandir emprendimientos mineros, petroleros o los nuevos monocultivos de exportación.<sup>24</sup> Bajo el

---

33; NARVÁEZ, Iván y NARVÁEZ, María, “*Derecho Ambiental en clave neoconstitucional*” (Enfoque político), Editorial Flacso, Quito, 2012; QUIROLA SUÁREZ, Diana, “*Sumak Kaway. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza*”, Editorial Abya-Yala, Ecuador, 2009; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*”, Editorial Abya-Yala, Quito, 2011, pp.103-117; ANGULO AYOVÍ, Mauricio Fernando, “*La Naturaleza como sujeto de derechos mediante acción de protección en el Ecuador*”, Teoría y Práctica, Editorial Albazul, Quito, 2011, pp.14-15.

<sup>24</sup>Véanse para profundizar ACOSTA, Alberto, “*El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristí*”, Journal Policy Paper, number 9, Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS, 2010; ALTMANN, Philipp, “*El Sumak Kawsay en el discurso del movimiento indígena ecuatoriano*”, Revista Indiana, número 30, 2013, pp. 283-299; ÁVILA LARREA, Javier Alejandro, “*El enfoque del buen vivir como una visión colectiva*”, Revista de Ciencias Sociales OBETS,



neo extractivismo, la nación ecuatoriana, traza emprendimientos, estos se justifican en acciones que servirán para financiar al Estado, destinado a los programas sociales que luchan contra la pobreza a través del desarrollo de políticas públicas a través de la Revolución ciudadana. Empero, a pesar de esas buenas intenciones, es un estilo de desarrollo insostenible, de alto impacto social y ambiental, y que reproduce continuos conflictos con los ciudadanos, en este caso donde están asentadas poblaciones indígenas, ello ha traído conflictos jurídicos, los que han trascendido en su solución en la Corte Constitucional del Ecuador.<sup>25</sup>

Con la inclusión del *sumak kawsay* en la Constitución de 2008, gracias entre otros muchos factores a la acción política de la CONAIE y el Pachakutik, el movimiento indígena ecuatoriano ha tomado dicho concepto como estandarte de sus reivindicaciones políticas. La defensa del *sumak kawsay* aglutina reivindicaciones tradicionales del indigenismo ecuatoriano, tales como: el Estado Plurinacional, la autodeterminación, el uso y puesta en valor de las lenguas indígenas, al cuidado de la Pachamama, el respeto de las tradiciones y costumbres indígenas, y la organización comunitaria de la sociedad. En este sentido, colocar al *sumak kawsay* en el centro del debate político de las políticas públicas ecuatorianas, puede considerarse como un logro del indigenismo. El *sumak kawsay* tiene, tres concepciones diferentes en Ecuador. La primera de dichas concepciones es como variante del Socialismo del Siglo XXI, en lo que se ha venido en denominar “Socialismo del *sumak kawsay*”. La segunda de estas concepciones es como una “utopía por construir”, con un planteamiento ecléctico a modo de collage postmoderno al que contribuyen indigenistas, campesinos, socialistas, ecologistas, feministas, pacifistas, sindicalistas, teólogos de la liberación, etc. Y la tercera de estas concepciones, la genuina, es la que han difundido los intelectuales indigenistas ecuatorianos.<sup>26</sup>

Se valora, que lo que hace la Constitución ecuatoriana, en su carácter de cuerpo jurídico revolucionario, es reconocer la naturaleza como una entidad jurídica, para ello le reconoce derechos. Interpretación jurídica que en las comunidades ancestrales desde su cosmovisión puede no ser de recibo, para ellos sí es evidente que la naturaleza es otro ser viviente del cual hacen parte ellos desde los pueblos originarios. Este debate jurídico en torno a la naturaleza como sujeto de derechos y lo que ello implica, o bien de otra manera dicho, los derechos de la naturaleza a su protección, son verdaderos retos para los juristas del siglo XXI. Estos retos, más allá de las posturas y consideraciones filosóficas, políticas o ideológicas, plantean una serie de retos, su desarrollo, implementación y cumplimiento se podrá medir su efectividad en relación con la protección al medio ambiente y a la naturaleza en el desarrollo del Derecho positivo en el Ecuador. Al ser auténticas rupturas epistemológicas a las cuales se enfrentarán los estudiosos del Derecho Ambiental desde la academia, y quienes dentro de la Administración Pública se ocuparán de su control público y de su tutela ambiental.<sup>27</sup>

Pero por qué ocurrió, es que Ecuador es uno de los países con mayor biodiversidad por metro cuadrado, cuenta con alrededor de 2 306 especies amenazadas. Esto no solo es un

número 1, España, 2014, pp. 43-72; BRETÓN, Víctor; CORTEZ, David; GARCÍA, Fernando, “*En busca del Sumak Kawsay*”, Revista de Ciencias Sociales Iconos, número 48, Ecuador, 2014, pp. 9-24.

<sup>25</sup>PRIETO MÉNDEZ, Julio Marcelo, “*Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*”, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Editorial VyM Gráficas, Quito, 2013, pp.244-250; Consúltense la página web de la Corte Constitucional del Ecuador, en el sitio <http://www.corteconstitucional.gob.ec>, en relación con las sentencias vinculadas al derecho y protección a la tierra, la biodiversidad, recursos naturales: 173-12-SEP-CC CASO N.º 0785-10-EP,

<sup>26</sup>Véase para profundizar HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis, “*El Buen Vivir ecuatoriano en el contexto de la Economía Política del Desarrollo*”, en Rafael Domínguez y Sergio Tezanos, Desafíos de los Estudios del Desarrollo. Actas del I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo, REEDES y Universidad de Cantabria, Santander, 2012; CARPIO BENALCAZAR, Patricio, “*El buen vivir más allá del desarrollo, La nueva perspectiva constitucional en el Ecuador. El buen vivir, una vía para el desarrollo*”, Editorial Adya-Yala, Quito, 2009, p.125; DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “*Hablamos del socialismo del Buen Vivir*”, Revista Camino Socialista, número 9, 2010, pp.4-7; GUDYNAS, Eduardo, “*Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política*”, La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política, Editorial Abya-Yala, Quito, 2011.

<sup>27</sup>Consúltense ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “*La inspección ambiental. La evaluación de impacto ambiental. La autorización ambiental y la auditoría ambiental*, Revista Excelencia Administrativa, número 38, México; ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “*La gestión ambiental. Incidencia en el comercio*”, Revista Veredas Do Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentavel, número 26, Brasil, 2016.

atractivo turístico, es una de las más grandes responsabilidades tanto para el Estado como para los ciudadanos del país (deber-derecho). La Constitución reconociendo esa responsabilidad le otorgó derechos a la naturaleza, lo que se discurre que no es suficiente, si estos no se cumplen de manera general, tiene una lectura, en Ecuador no se están aplicando los principios de precaución y prevención de manera adecuada, en razón de que es uno de los países que, tiene mayor incidencia de afectaciones a la naturaleza en América del Sur.<sup>28</sup> Se considera, que la Conferencia Mundial de los Pueblos por el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra celebrada en el 2010, en Cochabamba, la que reunió a representantes de los pueblos, de los grupos indígenas, campesinos, movimientos sociales, científicos, académicos y delegaciones oficiales de aproximadamente 142 países donde se dijo: “*hoy, nuestra madre tierra está herida y el futuro de la humanidad está en peligro*”<sup>29</sup> La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, conocida como la Cumbre de Río + 20, de 2012, se insertó el tema de “Madre Tierra”, donde fue considerado que la región de América Latina es la parte del mundo, que alberga la mayor diversidad de especies y de ecosistemas, cuya pérdida comprometería el futuro de nuestro planeta.

Es un hecho jurídico que, la propuesta del reconocimiento de la justicia consuetudinaria con relación a la protección de la Madre Tierra es una demanda que pretende gozar de igual jerarquía que la justicia ordinaria en el Derecho Positivo y la construcción de un diálogo entre las distintas maneras de practicar la justicia en el Ecuador. En si es una propuesta revolucionaria. No debe dejar de significarse el valor jurídico de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que reconocen los derechos a colectividades, comenzando por el derecho a autodeterminación de los pueblos que consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, entre otros.

Acontecerían todos estos elementos hasta aquí abordados, los que permitirán a futuro continuar la profundización sobre el tema que aborda el ensayo, del estudio del objeto, principios, contenido, alcances y otros aspectos que sea regulados en una futura Ley Marco de la Madre Tierra, más allá de la cosmovisión y aplicación consecuente de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios y más allá del pluralismo jurídico. Que contribuya a establecer la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones, y el marco institucional estratégico que la implemente.<sup>30</sup>

Sirva el ensayo como motivación para que juristas continúen el desarrollo de cuerpos jurídicos que desarrollen los postulados constitucionales, acompañados de la formación ambiental a partir del conocimiento del Derecho indígena, desde la clave constitucional ambiental, es un nuevo constructo en desarrollo.

<sup>28</sup>Lista Roja de Especies Amenazadas de la UICN 2014. Resumen para América del Sur.

<sup>29</sup>Son admitidas varias definiciones para mejor entendimiento, que son lo mismo, o que significan lo mismo, como Madre Tierra, el Planeta Tierra, la Pachamama, y la Madre Naturaleza.

<sup>30</sup>Consúltese para profundizar ECHEVERRÍA, Julio, “*El Estado en la nueva Constitución. La nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derecho e instituciones*”, Editorial Corporación Nacional, Quito, 2009, p.14, PAZMIÑO FREIRE, Jorge, “*Prólogo en desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2008, p.11; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, “*Constitucionalismo en Ecuador*”, Editorial V&M Gráficas, Quito, 2012, pp.30-190; Grijalva, Agustín y Trujillo, Julio César, “*El fundamento constitucional de la nueva economía*”, Constitucionalismo en Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC, Quito, 2012, pp.35-48.



## A MANERA DE CONCLUSIONES

La nación del Ecuador, despierta y contagia al mundo de una gran esperanza por el buen vivir y los Derechos de la naturaleza como sujeto. El reto es pasar del pacto social en armonía con la naturaleza, hacia la transformación profunda que significa dar vida al *sumak kawsay* con el nuevo régimen de desarrollo social y solidario que sustente y garantice el pleno ejercicio de los derechos con justicia intergeneracional. El buen vivir, como se anota a lo largo de estas líneas en el ensayo jurídico, es un concepto en construcción.

En América Latina desde la década de los 70' se comienza a dar una mirada proteccionista desde los textos constitucionales a la Pacha mama, de los 20 países que componen la región, 16 lo han reconocido en su carta política, el desarrollo en los ordenamientos jurídicos se ha expresado en leyes ambientales, leyes de gestión ambiental, la creación de Tribunales agroambientales.

La Constitución ecuatoriana de 1998 y la de 2008, aportan importantes los avances en la armonización cultural y jurídica de las tensiones entre el eurocentrismo y la cosmovisión indígena. Aunque la auto declaración constitucional del Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural, implica conceptos en construcción, determinan la base sobre la cual, como consta en el preámbulo, se debe establecer una nueva convivencia en la diversidad para alcanzar el *sumak kawsay*. comulga con el “Socialismo del Siglo XXI” y el tema de los derechos ambientales con participación ciudadana es una de las novedades que trae como presentación esta carta Magna.

El pluralismo jurídico en la Constitución del 2008, conforma el campo jurídico ecuatoriano y está compuesto por la justicia ordinaria y la justicia indígena, y tiene a la justicia constitucional como instancia de cierre del sistema jurídico-político. Tres elementos confluyen en la necesidad de tratar este tema para el Ecuador: un marco de discusión global que viene desde fines del siglo pasado sobre las categorías de protección para la conservación que pueden tener espacios naturales de propiedad u ocupados por pueblos indígenas; el crecimiento de los indígenas como sujetos políticos y el carácter de su inclusión en el Estado ecuatoriano; y la confirmación de que gran parte de los espacios naturales, bajo estatus de protección o sin ellos, son espacios usados y de propiedad indígena.

La naturaleza deja de ser un objeto para convertirse en sujeto de derechos. La nueva Constitución de Ecuador de 2008, es motivo de mucha atención internacional en tanto presenta dos innovaciones que impactan no solo a los juristas. Por un lado, se reconocen los derechos de la naturaleza y, por el otro, se defiende la idea de una alternativa al desarrollo como Buen Vivir, se han creado nuevos derechos hasta ahora desconocidos en el constitucionalismo tradicional. Esta perspectiva jurídica, permite encontrar muchas vinculaciones con el principio del desarrollo sostenible, como el mega principio del Derecho Ambiental.

El *sumak kawsay*, como forma de vida en armonía con la naturaleza y con otros seres humanos, es un concepto que representa la aspiración de muchos pueblos del Abya-Yala. La nación ecuatoriana es un referente a tener en cuenta, al ser un concepto jurídico en construcción, cuyo origen nace en el Derecho consuetudinario de los pueblos originarios en la región Andina. El reconocimiento de los derechos ambientales de los pueblos indígenas contribuirá a la adopción de cuerpos jurídicos plurales dentro del pluralismo jurídico.

## REFERENCIAS

- AA. VV. “*Sumak Kawsay Yuyay. Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*”, 1<sup>ra</sup> edición, Editorial Universidad de Huelva, España, 2014.
- ACOSTA, Alberto, “*Estado plurinacional puerta a una sociedad democrática*”, Editorial Abya-Yala, Quito, 2009.
- ACOSTA, Alberto, “*Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces*”. Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora, Editorial Abya-Yala, Quito, 2009, p.15
- ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza, “*La plurinacionalidad: un paradigma de transformación social*”, Plurinacionalidad. Democracia en diversidad, Editorial Abya-Yala, Quito, 2009.
- ACOSTA, Alberto, “*El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi*”, Policy Paper, number 9, Fundación Friedrich Ebert, ILDIS, 2010.
- ACOSTA, Alberto, “*El buen vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*”, Editorial Icaria, Barcelona, 2013.
- ACOSTA, Alberto, “*El Buen Vivir como alternativa al desarrollo. Algunas reflexiones económicas y no tan económicas*”, Revista Política y Sociedad, número 52, México, 2015, pp. 299-330.
- ACOSTA, Alberto, “*Extractivismo y derechos de la naturaleza*”. Justicia indígena, Plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador, Editorial Abya-Yala, Quito, 2015, p.157.
- ALTMANN, Philipp, “*El Sumak Kawsay en el discurso del movimiento indígena ecuatoriano*”, Revista Indiana, número 30, España, 2013, pp. 283-299.
- ALBÓ, Xavier, “*Suma qamaña = convivir bien. ¿Cómo medirlo? “Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?*”, Editorial Plural, La Paz, 2011, pp.133-144.
- AMORES TERAN, Orlando, “*Derecho Ecológico Ecuatoriano*”, Editorial Corporación Nacional, Quito, 1991.
- ÁVILA LARREA, Javier, “*El enfoque del buen vivir como una visión colectiva*”, Revista de Ciencias Sociales OBETS, número 1, España, 2014, pp.43-72.
- ÁVILA SANTAMARINA, Ramiro, “*Los derechos y sus garantías*”, Editorial CEDEC, Quito, 2012, p.78.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “*Ecuador. Estado constitucional de derechos y justicia. Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el Derecho comparado*”, Serie Justicia y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, número 3, Quito, 2008, pp.19-38.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Tesis Doctoral: *La utopía en el constitucionalismo Andino*, Universidad del País Vasco, España (2016).
- ARNAUD, Andre Jean y FARIÑAS DULCE, Mara José, “*Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*”, en BOE, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, 2006, p. 90.
- ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert, “*El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales*”, Revista Insurgencia, número1, Brasilia, 2015, p.169.
- AYALA MORA, Enrique, “*Resumen de historia del Ecuador*”, 3<sup>ra</sup> edición actualizada, Editorial Corporación Nacional, Quito, 2008, p.19.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “*La inspección ambiental. La evaluación de impacto ambiental. La autorización ambiental y la auditoría ambiental*”, Revista de Derecho, UNED, número 18, España, 2016, pp.1-40.
- ANTUNEZ SANCHEZ, Alcides, “*La gestión ambiental. Incidencia en el comercio*”, Revista Veredas Do Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentavel, número 26, Brasil, 2016, pp.1-30.
- BALTAZAR, Rosa Cecilia, “*Derechos ancestrales justicia en contextos plurinacionales*”, 1<sup>ra</sup> edición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- BRETÓN, Víctor, CORTEZ, David, GARCÍA, Fernando, “*En busca del sumak kawsay*”, Revista de Ciencias Sociales Iconos, número 48, Ecuador, 2014, pp. 9-24. BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, “*Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*”, PNUMA-ONU, México, 2000, p.33.
- BRAÑES BALLESTEROS, Raúl, “*Informe del Derecho Ambiental en Latinoamérica, análisis histórico-doctrinal y jurídico desde el Derecho Ambiental*”, PNUMA-ONU, 1<sup>ra</sup> edición, México, 2001, pp.9-114.
- BOBBIO, Norberto, “*Teoría do ordenamento jurídico*”, 6<sup>ta</sup> edición, Editorial UNB, Brasilia, 1995.

- BERRAONDO LÓPEZ, Miguel, “*Los derechos medio ambientales de los pueblos indígenas: la situación en la región amazónica*”, Editorial Abya-Yala, Quito, 2000.
- CABEDO MAYOL, Vicente, “*Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*”, Editorial Icaria, Barcelona, 2012.
- CAFERRATA, Néstor, “*Teoría de los principios del Derecho Ambiental*”, Revista Abeledo Perrot, Argentina, 2009.
- CAFERRATA, Néstor, “*Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*”, PNUMA-ONU, 2013.
- CANQUI, Elisa, “*El Vivir Bien, una propuesta de los pueblos indígenas a la discusión sobre el desarrollo*”, Revista de Ciencias Sociales OBETS, número 1, España, 2011, pp.19-33.
- CASANOVAS, Pompeu, “*Dimensiones del Pluralismo jurídico*”, IX Congreso de Antropología, Barcelona, 2002.
- CARPIO BENALCÁZAR, Patricio, “*El buen vivir más allá del desarrollo, La nueva perspectiva constitucional en el Ecuador. El buen vivir, una vía para el desarrollo*”, Editorial Adya-Yala, Quito, 2009, p.125
- CORRAL, Fabián, “*Las paradojas de la Constitución ecuatoriana de 2008*”, La Constitución ciudadana, Editorial Taurus, Quito, 2009.
- CUENA BOY, Francisco, “*Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*”, Universidad de Cantabria, España, 1998
- CHIBA, Masaji, “*Legal pluralism in Sri Lankan society. Toward a general theory*”, Tokai University, Japan, pp.1-19.
- CHARLES MANZANO, Carlos, Tesis Doctoral: *Hacia la realización del derecho humano del medio ambiente adecuado*, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, (2014).
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “*Hablamos del socialismo del Buen Vivir*”, Revista Camino Socialista, número 9, 2010, pp.4-7.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “*La difícil construcción de la plurinacionalidad. Los nuevos retos de América Latina: Socialismo y Sumak Kawsay*”, Editorial Senplades, Ecuador, 2010, pp.149-154.
- DI PIETRO, Alfredo, “*La prudente tarea de interpretación en el Derecho Romano*”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- DITTO, José, “*Derecho Ambiental*”, Editorial Guayaquil, Ecuador, 1999.
- EHRlich, Eugène, “*La norme juridique est une règle sociale parmi d'autres*” (extrait de Ehrlich, Eugène, *Grundlegung der Soziologie der Rechts*, Munich et Leipzig, 1913, pp.31-33), del libro colectivo, GRZEGORCZYK, Christophe, MICHAUT, Françoise et TROPER, Michel, *Le positivisme juridique*, Editore LGDJ, París, 1993, pp.103-105.
- ECHEVERRÍA, Julio, “*El Estado en la nueva Constitución. La nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derecho e instituciones*”, Editorial Corporación Nacional, Quito, 2009, p.14.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “*Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica*”, Revista Ciencias Jurídicas, UNAM, México, 2010.
- GUDYNAS, Eduardo, “*Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política*”, La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política, Editorial Abya-Yala, Quito, 2011.
- GUDYNAS, Eduardo, “*Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi*”. Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la Sociedad Civil en Ecuador, Centro de Investigaciones Ciudad/Observatorio de la Cooperación al Desarrollo en Ecuador, Quito, 2011.
- GUDYNAS, Eduardo, “*La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*”, en Revista de Estudios Sociales, número 32, México, 2009, pp.34-47.
- GUDYNAS, Eduardo, “*El mandato Ecológico*”. Derechos de la Naturaleza y Políticas Ambientales en la Nueva Constitución, 1ª edición, Editoria Abya-Yala, Quito, 2009, pp.7-78.
- GURVITCH, Georges, “*Elementos de Sociología Jurídica*”, Editorial José Cajica Jr., México, 1948.
- GRIFFITHS, John, “*¿What is legal pluralism?*”, in Journal of Legal Pluralism, number 24, 1986, pp.1-55.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, “*Constitucionalismo en Ecuador*”, Editorial V&M Gráficas, Quito, 2012, pp.30-190.

- HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis, “*El Buen Vivir ecuatoriano en el contexto de la economía política del desarrollo*”, Desafíos de los Estudios del Desarrollo. Actas del I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo, REEDES y Universidad de Cantabria, Santander, 2012.
- SALVADOR LARA, Jorge, “*Breve historia contemporánea del Ecuador*”, Editorial Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 2010.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, “*Los Pueblos Indígenas y sus derechos*”, Oficinas de la Unesco, México, 2008, pp. 15-157.
- SCHAVELZON, Salvador, “*Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes*”, Editorial Adya-Yala, Quito, 2015.
- IBARRA, Hernán, “*Visión histórica política de la Constitución del 2008*”, Centro Andino de Acción Popular, Quito, 2010.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “*Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, pueblos indígenas y derechos humanos*”, Editorial Deusto, España, 2006.
- MACAS, Luis, “*El Sumak Kawsay. Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*”. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador, Editorial Ciudad, Quito, 2011, pp. 47-60.
- MELO, Mario, “*Los derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana*”. Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora, Editorial Abya-Yala, Quito, 2009.
- NARVÁEZ, Iván y NARVÁEZ, María, “*Derecho Ambiental en clave neoconstitucional*” (Enfoque político), Editorial Flacso, Quito, 2012, pp.11-513.
- NARVÁEZ, Iván, “*Derecho Ambiental y Temas de Sociología Ambiental*”, 1<sup>ra</sup> edición, Editorial Jurídica Cevallos, Quito, 2004.
- NARVÁEZ, Iván, “*Enfoque neoconstitucional: La dimensión ambiental en la Constitución de la República*”, Editorial Ecociencia, Quito, 2010.
- SIMBAÑA Floresmiro, “*El Sumak Kawsay como proyecto político*”, Revista R para un Debate Político Socialista, número 3, 2011.
- LARREA, Mario, “*Derecho Ambiental Ecuatoriano*”, Editorial Legales EDLE, 1<sup>ra</sup> Edición, Quito, 2008.
- LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl, “*Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2011, p.82.
- LORENZETTI, Ricardo, “*El paradigma ambiental*”, Ministerio de la Corte Suprema, Argentina, 2011.
- RODRÍGUEZ SALAZAR, Adriana, Tesis Doctoral: *Teoría y práctica del buen vivir: orígenes, debates conceptuales y conflictos sociales. el caso de Ecuador*, Universidad del País Vasco, España (2016)
- ROMANO, Santi, “*L’ordenamento giuridico*”, 2<sup>da</sup> edición, Editorial Sansoni, Florencia, 1951, pp.13-145.
- PAZMIÑO FREIRE, Jorge, “*Prólogo en desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2008, p.11.
- POSPISIL, Leopold and GRIFFITHS, John, “*¿What is legal pluralism?*”, Journal of Legal Pluralism, number 24, United State of American, 1986, p.15.
- PNUMA, “*El constitucionalismo en América Latina con la práctica democrática y la participación ciudadana*”, ONU, 2013.
- PRIETO MÉNDEZ, Julio Marcelo, “*Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*”, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Editorial VyM Gráficas, Quito, 2013, pp.244-250.
- TORTOSA, José María, “*Sumak kawsay, suma gamaña, buen vivir*”, Fundación Carolina, España, 2009.
- QUIROLA SUÁREZ, Diana, “*Sumak Kaway. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza*”, Editorial Abya-Yala, Ecuador, 2009, p.103.
- WALSH, Catherine, “*Interculturalidad, decolonialidad y el buen vivir*”. Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (De) Coloniales de nuestra época, Editorial Abya-Yala, 2009, pp.213-235.
- KUHN, Thomas, “*La estructura de las revoluciones científicas*”, traducción de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, p.13.

- WRAY ESPINOSA, Alberto, “*El Convenio 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y el régimen constitucional ecuatoriano*”, Ecuador, 1997.
- VEGA, Fernando, “*El buen vivir sumak kawsay en la constitución y en el PNBV 2013-2017 del Ecuador*”, en Revista de Ciencias Sociales OBETS, número 1, España, 2014.
- VILLAVELLA ARMENGOL, Carlos, “*El derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma*”. Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp.51-76.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “*Nuevo constitucionalismo latinoamericano*”, ¿un nuevo paradigma?, Editorial Grupo Mariel, México, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Naturaleza como persona. Gaia y Pachamama*”. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo, Editorial Vicepresidencia del Estado Plurinacional, La Paz, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*”, Editorial Abya-Yala, Quito, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*La Pachamama y el humano*”, Editorial Madres de la Plaza de Mayo, 1ª edición, Buenos Aires, 2011.

# DERECHOS HUMANOS, TRABAJO SOCIAL Y SINHOGARISMO. ENFOQUE PRÁCTICO DESDE UN MODELO PARTICIPATIVO- CREATIVO EN LA CIUDAD DE SEVILLA

Manuel Muñoz Bellerín

Profesor Asociado. Facultad de Ciencias Sociales. Departamento Trabajo Social.  
Director Académico Curso de Postgrado en Teatro Social e Intervención Socioeducativa. Universidad  
Pablo de Olavide. Sevilla

Fecha de recepción: 22 de septiembre

Fecha de aceptación: 21 de noviembre

**RESUMEN:** Para colectivos inscritos en fenómenos de exclusión como es el caso de las personas sin hogar, la abstracción de los derechos humanos resulta un hándicap que refuerza más el ostracismo. Siendo un fenómeno que está presente en las sociedades modernas, el sinhogarismo requiere de medidas que apoyen cambios en las actitudes y relaciones sociales, haciendo frente a la separación discriminatoria ente unos y otros. El trabajo social es una disciplina asentada en los principios de los derechos humanos. Tanto su trayectoria histórica, como la fundamentación ética y metodológica, le confieren un papel importante en la práctica de los derechos. Una práctica que transita por el establecimiento de modelos participativos que impliquen a las víctimas. El teatro ha sido un medio utilizado en el trabajo social desde sus inicios modernos. A partir de la experiencia con personas sin hogar, en el presente artículo se propone un ejemplo de acción social desde la metodología interdisciplinaria del teatro con el trabajo social. Una metodología que está encaminada a la recuperación identitaria de los sujetos en la apropiación de los derechos humanos como objeto material.

**ABSTRACT:** For groups enrolled in phenomena of exclusion such as the homeless, abstraction of human rights is a handicap that further strengthens ostracism. Being a phenomenon that is present in modern societies, homelessness requires measures to support changes in attitudes and social relations, facing separation being discriminatory each other. Social work is a discipline based on the principles of human rights. Both its history, such as ethics and methodological approach, give it an important role in the practice of rights. A practice that goes through the establishment of participatory models involving victims. The theater has been a means used in social work from its modern beginnings. From experience with the homeless, in this article an example of social action is proposed from the interdisciplinary methodology of theater with social work. A methodology that is aimed at the identity recovery of subjects in the appropriation of human rights as a material object.

**PALABRAS CLAVE:** Sinhogarismo, Trabajo Social, Derechos Humanos, Teatro.

**KEY WORDS:** Homelessness, Social Work, Human Rights, Theatre

**SUMARIO:** Introducción. Los derechos humanos como categoría del trabajo social. Objetivación y subjetividad del sinhogarismo como fenómeno de la exclusión: factores estructurales y humanos. La situación de las Personas sin Hogar en la Ciudad de Sevilla. Instrumentalización del teatro como herramienta de los derechos humanos desde el trabajo social. Caso Práctico con PSH en la ciudad de Sevilla. Ámbito Individual. Ámbito Grupal. Ámbito Comunitario. Conclusiones.



## 1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos han estado presente en el trabajo social moderno desde la aparición de la declaración universal en 1948. Antes, pioneras como Jane Addams fundamentaron la disciplina desde unos valores que han sido determinantes para su concepción actual. Valores como el sufragio universal, la justicia o la igualdad, fueron pilares con los que Addams forjaron esta construcción. Sin embargo, la materialización de estos derechos no es un asunto sencillo. Se hace necesario concretar qué espacios e instrumentos son los idóneos para llevar a cabo este proyecto. El *sinhogarismo* es un fenómeno contemporáneo que está presente en ciudades como Sevilla (España). Este contexto social y territorial nos servirá de caso práctico para analizar los derechos humanos como categoría dentro del trabajo social, así como los posibles niveles de aplicación.

En los apartados 2 y 3 de este artículo, trataremos de dar sentido teórico a la acción del trabajo social como agente que articula saberes, principios y métodos en el marco de los derechos humano. Para ello, nos basamos en la ya anunciada figura de Jane Addams. En este primer acercamiento epistemológico afrontaremos, en los capítulos 4 y 5, la categoría *sinhogar* como fenómeno de las ciencias sociales, así como las implicaciones que tiene en el terreno de las sociedades. Este último apartado ofrecerá un perfil hipotético con el que aproximarse cualitativamente a la realidad del *sinhogarismo* en la ciudad de Sevilla. Tanto este acercamiento, como muchos de los contenidos vertidos en los capítulos, parte de una posición crítica que no está exenta de discusión. Una discusión que toca de lleno el modelo de la acción social preponderante, y por tanto del trabajo social en su ámbito de actuación con personas sin hogar. Dicha disconformidad está basada en la experiencia práctica que llevamos a cabo como investigadores y agentes sociales con implicación en el trabajo social dirigido a grupos y sujetos que sufren el *sinhogarismo*. A tenor de las contradicciones existentes en dicho modelo, a continuación presentaremos una opción de modelo alternativo, entre otros muchos posibles. En el apartado 5 pasamos a describir las implicaciones metodológicas que tiene el teatro como herramienta del trabajo social y los niveles de aplicación en materia de derechos humanos. No se trata de presentar un modelo de caso práctico centrado en los resultados. Más bien, se trata de reflejar un proceso metodológico que se viene realizando desde 2007 en el que el teatro, como modelo de la acción social, está al servicio del conocimiento y el desarrollo de estrategias con sujetos en contextos donde se dan circunstancias que son adversas a la aplicación de los derechos humanos. Por ello, nos ajustaremos a una descripción donde aparecerán dinámicas que has sido útiles para tal propósito.

Finalmente, queremos precisar que el artículo tiene como objeto de estudio la situación de los derechos humanos en un contexto determinado como es el *sinhogarismo*, así como el papel que desempeña el trabajo social en el mismo. Para ello, se hace insoslayable evaluar la realidad inmediata donde se dirimen la cuestión de los derechos. Esta realidad estará acotada en la cotidianidad, donde acontecen las relaciones e interacciones entre los agentes en unos espacios determinados. Las relaciones como categoría de las ciencias sociales presenta muchas aristas que deben ser analizadas. Entre otras, existen diferentes niveles de relaciones, pro ejemplo: las que se establecen entre los trabajadores sociales y los sujetos de la intervención; las establecidas entre los sujetos entre si; y las que establecen estos con el resto de la sociedad. En los tres niveles, se pueden matizar aspectos concretos del intercambio producido entre los actores en ciernes. Sin embargo, de manera específica, en este artículo nos interesa resaltar un nexo común de estos tres niveles. A saber, la aplicabilidad de los derechos humanos en su concreción inmediata y que, en el caso del trabajo social, es de una incumbencia asentada en la propia disciplina.

## 2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO CATEGORÍA DEL TRABAJO SOCIAL

La influencia de Jane Addams en el desarrollo del trabajo social moderno tuvo una serie de repercusiones que siguen vigentes en el momento actual<sup>1</sup>. El compromiso de la autora norteamericana con los movimientos políticos que lucharon por el sufragio universal, la democratización de una sociedad plural, así como la defensa de los valores y derechos de una ciudadanía cada vez más diversa y compleja, fueron, entre otros, idearios que trascendieron su vida y su manera de concebir el trabajo social. En la figura de Addams, el trabajo social toma un sentido político desde la misma praxis, a partir de la confluencia de las ideas teóricas con el ejercicio de la disciplina. El contexto científico que compartió fue el interaccionismo, aspecto este crucial si analizamos el desarrollo práctico que llevó a cabo a través de los Settlement House donde las relaciones adquirirían un valor fundamental. La creación de los Hull House supuso una hipótesis de tal empresa llevada a la práctica. La creación de un espacio de este tipo permitió relaciones humanas desde un nivel de intercambios recíprocos entre los sujetos, y entre estos y las trabajadoras sociales. Valores como la emancipación, el respeto o el derecho a las identidades infirieron en una acción social con fundamentación participativa y democrática. Por otra parte, la instrumentalización de técnicas procedentes de las ciencias sociales con otras de ámbitos tan dispares (pero no distantes) como las artes supuso un hito que merece una atención especial. Por todo ello, el legado de Addams está arraigado a una concepción del trabajo social justificado en dichos valores. Es decir, sobre la base de la igualdad y la justicia social, en los derechos de los sujetos, grupos y comunidades a decidir sobre sus vidas, en definitiva, en la construcción de una sociedad democrática en el sentido ético y práctico. Estas fueron algunas de las aportaciones que Addams realizó al designio del trabajo social desde los principios de los derechos humanos.

Con posterioridad, y de manera progresiva, los derechos humanos fueron tomando espacio significativo en la disciplina. En la Asamblea General de la Federación Internacional de Trabajo Social celebrada en Montreal (FITS, 2000) se señaló la asociación de los derechos humanos como principios fundamentales. Después, en la Asamblea General de 2014 se propuso una definición que contemplaba las siguientes coordenadas: “El trabajo social es una profesión basada en la práctica y una disciplina académica que promueve el cambio y el desarrollo social, la cohesión social, y el fortalecimiento y la liberación de las personas. Los principios de la justicia social, los derechos humanos, la responsabilidad colectiva y el respeto a la diversidad son fundamentales para el trabajo social” (FITS, 2014). La reiterada distinción de los derechos humanos como categoría substancial exhorta a un detenido análisis acerca del alcance que tiene en el trabajo social. No obstante, en dicho análisis debe incluirse un estudio crítico acerca del alcance que los derechos humanos tiene en el contexto general de las sociedades. Sobre todo en aquellos espacios donde son vulnerables. Así mismo, en el ámbito internacional, el reconocimiento jurídico de los derechos humanos es una cuestión irrefutable. Es la materialización de estos derechos y su concreción lo que cabe analizar.

El trabajo social tiene en la práctica un aspecto añadido que le es connatural: organiza, orienta y valora principios, fundamentos, objetivos y métodos. En cuanto a la práctica, por lo general, la acción del trabajo social se realiza en aquellos contextos inmediatos donde acontecen los hechos. Se establece en una cotidianeidad cuya esfera cardinal son los acontecimiento, el aquí y ahora de un espacio- tiempo concreto. Por ejemplo, en un contexto específico, las relaciones que se establecen entre los sujetos, y de estos con los agentes sociales, supone un parámetro de significativa relevancia para la práctica de los derechos humanos. Es aquí donde el trabajo social desempeña un rol substancial en la valoración material de los derechos humanos, pues es en dicha cotidianeidad, es decir en la práctica

---

<sup>1</sup> Cabe citar el estudio de Maurandi al libro de Addams “Veinte años en Hull House” publicado en 2014, así como las aportaciones de Lima y Verde (2013) en el libro de la autora norteamericana “Hull House: el valor de un centro social”.

diaria y contextualizada, donde se hace factible verificar los niveles de aplicación existentes. Como apuntamos en la introducción, existen diferentes tipos de relaciones e interacciones que son posibles examinar en la práctica. El primero hace alusión a las relaciones que establecen los sujetos entre sí como miembros de un grupo determinado. El segundo, hace referencia a las relaciones de los sujetos pertenecientes a un grupo determinado con el resto de la sociedad. Y el tercero, en el modelo de relaciones que establece el trabajo social con los sujetos. En los tres casos, el trabajo social activa procesos desde el marco de las interacciones. Bien sea porque construye modelos socioeducativos dentro de cada contexto grupal, bien porque promueve interacciones entre estos y la sociedad, y viceversa. Pero, es en las prácticas sociales, es decir, en las “formas de organización y acción a favor o en contra de la situación de acceso a los bienes que se pretende” (Herrera, 2008, p.113) donde se crean las posibilidades de materialización de los derechos humanos. Estas formas de organización están basadas en los modelos de relaciones que se establezcan entre los profesionales y los protagonistas. En aquellos contextos donde hay evidencias de una carencia material de los derechos humanos, el trabajo social puede iniciar formas de organización y acción que ayuden a una opción de cambio.

En ciudades como Sevilla, uno de los ámbitos donde conflictúan derechos y sociedad es el *sinhogarismo*. El *sinhogarismo* como fenómeno social colige serias dudas acerca del destino de los derechos humanos desde una aplicación jurídica. Si nos atenemos al concepto de derechos sociales dentro de los derechos positivos (Alexy, 2007), como aquellos con los que los sujetos acceden a los bienes elementales necesarios hacia una vida digna, tenemos que advertir una enorme contradicción. En el plano de la cotidianidad, la realidad subsumida de esta controversia se refleja en “el sentimiento de exclusión que nace de no poder acceder a los bienes materiales” (Ricoeur, 2005, p.208) sufrido por muchas personas sin hogar. No tener las oportunidades para acceder a una vivienda o un empleo, son componentes que evidencian este sentimiento de exclusión. Los efectos van más allá de la obtención simbólica- jurídica de unos derechos: devienen en la realidad material que padecen muchas personas ante la enorme dificultad por conquistar una vida digna.

Para muchas personas sin hogar, la cronificación del *sinhogarismo* produce fantasmas que tienen una presencia subjetivizada pero efectiva. Los factores que provocan este problema conducen a sentimientos que permean la identidad de la víctima<sup>2</sup> de forma compleja pero eficaz. Ante la ausencia de una vida “normalizada” (no tener una vivienda, un empleo o una economía que asegure estabilidad, la desvinculación con los seres queridos, etc.) es factible que los sujetos caigan en una pérdida de la autoestima con consecuencias difíciles de cuantificar. El paso intermedio hacia la estigmatización (o desde esta, según los casos subjetivos de cada persona y experiencia) en procesos graves de deterioro de la identidad (Gofman, 2010) incluye la falta de la voluntad, así como la autoculpabilización, mecanismos estos donde el sujeto se siente incapaz o desacreditado para realizar o activar algún cambio. El panorama visible suele tener como horizonte un muro de contención hacia cualquier liberación posible.

Las referencias descritas no son ajenas a los derechos humanos, son consecuencia de su ausencia. Se hace necesario concretizar los efectos que producen en la vida de los sujetos la aplicación real o no de los derechos. El distanciamiento de estos en el panorama vital de los sujetos, deja en evidencia al sistema y su falla de responsabilidades. La implicación directa de las instituciones políticas y sociales es un tema que no puede quedar relegado. Se puede alegar que, en el transcurso de sus vidas, haya sujetos cuyas decisiones han repercutido en la caída en el *sinhogarismo*. Incluso, es frecuente añadir, que el sistema familiar (padres, conyugues, hermanos, hijos, etc.) son las auténticas víctimas de la situación. Lo que es insoslayable que quien se encuentra durmiendo en la calle o, en el mejor de los casos, en un

---

<sup>2</sup> En el *sinhogarismo*, la victimización es causada por un sistema (político, económico, social y cultural) que somete a ciudadanos y ciudadanas, contra su voluntad, a vivir en condiciones indignas. El término víctima aquí contempla una serie de efectos que son provocados por dicho sistema y que hacen mención a lo material (vivienda, empleo, subsistencia, etc.) como lo inmaterial (afectos, vínculos, etc.).

centro de acogida es el sujeto que padece este fenómeno. En muchos casos, el fracaso supone una condena existencial donde la autorresponsabilidad puede trocar en una culpabilización como única redención posible.

El trabajo social como institución que instrumentaliza dispositivos (principios, objetivos, técnicas, etc.) dirigidos a unos sujetos concretos y encaminados a un tipo de prácticas sociales determinadas también se ve implicado en este conflicto social. En el contexto del sinhogarismo, en el marco general de las relaciones que se dan entre los sujetos y la sociedad, hay elementos que producen estigma y exclusión. ¿Qué rol desempeña aquí el trabajo social?, ¿qué tipo de modelos, de prácticas sociales, etc., genera?. Las relaciones entre el trabajo social como agencia y el resto de los aparatos institucionales es un tema complejo. Sin embargo, se requiere una revisión y análisis críticos acerca de qué niveles de actuaciones se están llevando a cabo. Al igual que en otros ámbitos, en la cuestión de los derechos de los sujetos, el trabajo social tiene un dilema trascendental en su posicionamiento con los destinatarios, así como para la propia disciplina en su dimensión ética y política. Como argumentan algunos autores “la defensa de los valores de los sujetos afectados, a veces, entra en colisión con el contenido asignado al bienestar por parte de las propuestas políticas y ejecutado por los trabajadores sociales” (Cordero, Palacio y Fernández, 2006). Sin caer en el pragmatismo, el dilema aquí radica en la posición que toma el trabajo social en este tipo de contextos. Si tomamos en consideración aquellos principios y valores que rigen el trabajo social y que, precisamente, son complementarios con los derechos humanos, la cuestión se resuelve hacia una revisión dentro de los modelos de la acción social vigentes como medio de analizar el estado de la situación.

### 3. OBJETIVACIÓN Y SUBJETIVIDAD DEL SINHOGARISMO COMO FENÓMENO DE LA EXCLUSIÓN: FACTORES ESTRUCTURALES Y HUMANOS

Como categoría, el sinhogarismo no es reconocido hasta los años 80 del pasado siglo. Es un fenómeno inscrito en las sociedades urbanas y dentro de los contextos de exclusión socioeconómica que se produjeron en aquella época, en buena medida, producto de las políticas neoliberales (Doherty, 2005). Este fenómeno posee una vigencia tanto nacional como mundial. A nivel internacional, la Conferencia de Naciones Unidas Hábitat III “sobre vivienda y desarrollo urbano sostenible” desarrollada en Quito en octubre de 2016 incluyó el sinhogarismo como una de las prioridades de la nueva agenda urbana<sup>3</sup>. En la misma, se advierte que en el año 2030 alrededor de 3.000 millones de personas en el mundo tendrán problemas de acceder a una vivienda en las ciudades, es decir el 40% de la población mundial. Precisamente, las causas prioritarias del sinhogarismo están arraigadas en elementos estructurales como el empleo y la vivienda.

En el ámbito nacional, el gobierno aprobó en noviembre de 2015 la Estrategia Nacional Integral para Personas sin Hogar 2015-2020 en el que se establecen líneas de actuación para paliar un problema que se agravó con el boom causado por una economía especulativa y la posterior crisis inmobiliaria (Torres y Garzón, 2010) y que tuvo como consecuencia que numerosas personas y familias se vieran expulsadas de sus viviendas o no tuvieran un lugar donde vivir. Por otra parte, el desempleo fue apareciendo con la crisis de la citada década (años 80), cuando “el paro estructural, la fragilización de los vínculos sociales y de las formas tradicionales de solidaridad y valores de cohesión social, fueron los detonantes del *sinhogarismo* en su etiología actual” (Sánchez, 2012, p.308).

---

<sup>3</sup> La lucha contra el sinhogarismo, una prioridad en la Nueva Agenda Urbana de Naciones Unidas. Noticias y eventos. Innovación social con personas sin hogar. Fundación RAIS. Recuperado de [https://www.raisfundacion.org/es/informate/noticias\\_y\\_eventos](https://www.raisfundacion.org/es/informate/noticias_y_eventos) con fecha 31/10/16.

La mayoría de las soluciones ofertadas por las administraciones públicas están concentradas en ayudas de primera necesidad (alojamiento, prestaciones económicas, comida) que los sujetos pueden solicitar y que, en el caso de concesión, son de carácter eventual. Dentro de estas ayudas se encuentran los centros de acogida y albergues que cuentan con diferentes servicios, dependiendo de la tipología, funcionalidad, financiación, etc. Uno de los aspectos fundamentales de los centros de acogida está en su carácter residencial. Para los solicitantes, la estancia en estos centros es transitoria, según las circunstancias que cada persona presenta. La transitoriedad de este tipo de servicios no es compatible con una problemática que suele precisar de una intervención duradera en el tiempo y continua en el proceso. La multifactorialidad del sinhogarismo revierte en un conjunto de características que el sujeto arrastra y cuyo abordaje es complejo. A esto hay que añadir el aumento progresivo de personas que acuden solicitando ayuda en los servicios sociales o en los centros de acogida<sup>4</sup>. Estos elementos inciden en el paradigma de respuestas dadas por la acción social. Tanto la acumulación de casos, como su complejidad, impide que los profesionales cuenten con los elementos necesario para hacer una intervención integral. La presencia del trabajo social en este contexto se antoja delicada, cuanto menos ardua. El modelo asistencial impera ante una causalidad que viene determinada por las circunstancias políticas y económicas. Desde el marco de acción de los servicios sociales, el trabajo social se encuentra en un callejón sin salida donde suelen entrar en conflicto los criterios de un aparato, en ocasiones, anquilosado en componendas tales como la burocratización, planes que no se ajustan a las realidades concretas de cada territorio, medidas a corto plazo, etc. Desde el marco de acción del tercer sector, se intenta otros modelos de acción, pero las entidades suelen estar sujetas al componente económico (que, a su vez, viene dado por convocatorias ofertadas por las administraciones públicas). En cualquier caso, el trabajo social con personas sin hogar requiere de acciones integrales que contemplen los diferentes abordajes de un problema heterogéneo (orientación social y laboral, búsqueda de alternativas a la vivienda, mediación familiar y comunitaria, apoyo psicológico, etc.).

En lo referente a los estudios sobre sinhogarismo, han estado más centrados en los aspectos factoriales y estructurales que en el carácter humano de la cuestión (Bachiller, 2008). En este sentido, escasos son las investigaciones que han analizado el caso a partir de las experiencias vividas por los protagonistas<sup>5</sup>. En las historias de vida encontramos contenidos que pueden dar luz a muchos de las hipótesis que las ciencias sociales plantean. La realidad subjetivizada, donde concurren las circunstancias personales de cada sujeto, presenta un mapa particularizado del objeto de estudio que, siendo un producto de las estructuras, requiere de un análisis preciso. En esta cartografía, próxima a los acontecimientos y los sujetos, el trabajo social tiene una presencia activa en la reivindicación de los derechos. Ello no es incompatible con las relaciones ineludibles dentro de las estructuras de poder, donde se deciden líneas de actuación. Sin embargo, el campo de acción del trabajo social está en las evidencias de la cotidianeidad concreta, en aquellos múltiples detalles reflejados en actos, comunicaciones, relaciones, etc., allí donde se manifiestan los testimonios de una realidad objetivada a partir de un conjunto de subjetividades significativas.

La cartografía social de las personas que sufren el sinhogarismo tiene como escenario un drama dividido en varias escenas. Una de estas escenas posibles es la desafiliación, es decir, la desvinculación total o parcial con aquellas "estructuras dadoras de sentido" (Castel, 1997, p.349) y que están fijadas en el desarrollo socializante de los seres humanos: la familia, la comunidad, amistades, compañeros de trabajo, etc. El ingreso involuntario al sinhogarismo provoca un proceso inverso a la socialización. Si la desconexión con estas estructuras próximas ha sido total, la posterior de-socialización y la carencia de vínculos afectivos puede desembocar en soledad, miedos, falta de la voluntad. Por lo general, el

---

<sup>4</sup> Según el último informe del Instituto Nacional de Estadística que es de 2012, se calcula que en ese año había en España 23.000 personas sin hogar. Sin embargo ONG como Fundación RAIS o Cáritas Diocesana calculan que el número se aproxima a 40.000 personas y medio millón de familias que viven en infraviviendas.

<sup>5</sup> Una de las excepciones es el libro "Vidas al descubierto: historias de vida de los sin techo" de Tejero y Torradabella, que supone un referente en la materia.



sujeto tiene que re-socializarse en un nuevo contexto desconocido para él/ella, donde debe aprender nuevos códigos para sobrevivir. Regularmente, estos códigos están inscritos en la vida en la calle o en internados, espacios donde la competitividad por la obtención de los recursos suele estar presente. A esto se le une otra perspectiva desalentadora: ante la carencia de un hogar, solo queda deambular en busca de un techo, o algún lugar seguro donde descansar, ampararse del clima, de las fuerzas de seguridad o de las miradas de los viandantes. Por tanto, son personas que no tienen un espacio íntimo y personal donde recogerse (en el sentido afectivo e identitario), no disponen de un hogar donde construirse como ser humano (Pinilla, 2005). Sujetos deambulando de un lado a otro, de la calle a un centro de acogida o albergue<sup>6</sup>, de este a la calle o, con suerte, a algún piso tutelado o de alquiler, en una dinámica cerrada y, para muchos, sin salida. En este inframundo que es el *sinhogarismo*<sup>7</sup> viven (o malviven) seres humanos que adolecen de un mal que no es visible ante los ojos y los sentimientos del resto de la sociedad, ciudadanos que padecen un “sufrimiento inenarrable, donde cuerpo y mente se combinan de una manera que no es posible transmitir a partir de la lengua” (Bachiller, 2008, p.6).

En este tipo de situaciones, las identidades de los sujetos están fragmentadas. La fragmentación consiste en un rompimiento de aquellos soportes y dispositivos (familiares, sociales y culturales) que suelen consistir en objetos materiales y simbólicos que dan sentido vital al individuo y con los cuales se siente identificado. Bajo la nueva situación, dichos soportes desaparecen. La afectación de este “sentimiento de pérdida de un objeto amado” (Castillo del Pino, 2001, p.338) puede llevar a un desgaste de la voluntad necesaria para realizar acciones con las que afrontar un cambio positivo. La posibilidad de una toma de conciencia y reacción a través de cualquier actividad reivindicativa es un asunto que se advierte complicada. De ahí, la insistencia en la reactivación de espacios de participación que empoderen a estas personas en un proceso donde se hace necesario la implicación política y ética del trabajo social.

#### 4. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS SIN HOGAR EN LA CIUDAD DE SEVILLA

La situación descrita en el apartado anterior es mudable al contexto de una ciudad como Sevilla. Según el último informe actualizado, que fue realizado por la Asociación Pro Derechos Humanos en 2013, son alrededor de 2.500 personas las que viven en la calle o en centros de acogida. Al denominador común del desempleo y la falta de un techo y vivienda, el perfil humano y social de estas personas viene detallado en los diferentes informes estatales, en cuyo sumario existe una diversidad y multiplicidad de circunstancias: confluencia de personas inmigrantes y autóctonos, aumento de jóvenes, personas con problemas de adicciones, otros provenientes de rupturas familiares, ex presidiarios, personas con problemas de enfermedad mental o de salud crónica, etc., etc. Grosso modo, los recursos con los que cuentan las personas sin hogar en Sevilla son de diferentes índoles y servicios. A nivel público, los servicios sociales concentra la atención en el Centro de Orientación e Información Social (C.O.I.S.) del cual depende la Unidad Municipal de Intervención en Emergencias Sociales y Personas en situación de Exclusión Social y sin Hogar (UMIES). A su vez, esta Unidad comprende un Centro de Acogida y un Centro de

<sup>6</sup> La diferencia entre los albergues y los centros de acogida reside en que los albergues “son centros destinados a personas sin hogar o transeúntes en situación de necesidad para prestarles alimentación y alojamiento durante un período de tiempo determinado, con servicios de información y asesoramiento con el objetivo a su inserción social” y los Centros de Acogida son “centros residenciales destinados a acoger, como medida de urgencia y transitoria a individuos, familias o grupos en dificultad social. Desarrollan funciones de orientación y valoración, prestando los medios necesarios para normalizar la convivencia social” (FEANTSA, Informe Anual 2008. Estado Español, p.308).

<sup>7</sup> Hago uso literal de la Real Academia de Lengua Española que en una de sus acepciones define inframundo como el “conjunto de personas que viven de forma miserable con respecto a la sociedad a la que pertenecen”



Noche de Baja Exigencia. Aunque de titularidad municipal, el UMIES está gestionado por una empresa privada. Además de estos dispositivos, la ciudad dispone de un segundo Centro de Acogida, de titularidad privada. Otros recursos pertenecientes al tercer sector cuentan con diferentes cartas de servicios: comedores benéficos, servicios de higiene, centros de día, servicios de atención y orientación social, laboral, psicológica, etc.

La mayoría de estos servicios están ubicados en diferentes lugares de la ciudad, aunque en una zona geográfica delimitada en el centro de la ciudad. La desconcentración de los mismos está trazada siguiendo una distribución de los recursos según los diferentes servicios y espacios. Esta dispersión conduce a una dinámica en la cual los sujetos se ven impelidos a transitar de un espacio- servicio a otro dependiendo de las necesidades que tenga. Este territorio, circunscrito a un itinerario marcado por las necesidades, determina un tipo de relaciones donde la competencia por acceder a los bienes (comida, alojamiento, etc.) forma parte de la cotidianeidad. No suele haber cabida para otras relaciones desde la cooperación, la ayuda mutua. Los sujetos están abocados a encuentros que se producirán, inevitablemente, con hombres y mujeres en sus mismas circunstancias, con los mismo problemas. En esta serie de cosas, una de las consecuencias es que el sujeto no disponga de un espacio fijo, cómodo y apacible, donde poder establecerse consigo mismo o con los demás. Además, como ya se apuntó en el apartado anterior, una de las características de los espacios residenciales, tales como los centros de acogida, albergues o centros de baja exigencia, es la temporalidad. El demandante tiene un límite de permanencia, con lo cual, tarde o temprano se verá empujado, nuevamente, a tener que vagar por el itinerario indicado.

De esta manera, el núcleo de la intervención social está en una institucionalización cuyo eje central son las necesidades de los demandantes y los servicios que cada organismo pueda prestar. Sin a penas espacios para el tratamiento de otras áreas de desarrollo, difícilmente se podrá llevar a cabo una atención que contemple otros aspectos como la participación o el impulso de las capacidades de cada sujeto. Las iniciativas más proyectivas hacia otro tipo de modelos suelen venir del tercer sector<sup>8</sup>. Sin embargo, sin el apoyo de las administraciones públicas, tienen serias dificultades de salir adelante. En este estado de cosas, el trabajo social desempeña un importante rol como agente principal en la atención directa. Sin embargo, como ya se señaló, la figura del profesional suele estar determinada por las instituciones en las que desarrolla su trabajo. La generalidad es la centralidad en la atención y orientación inmediatas. Dado el acuciante número de casos y problemáticas que se encuentra, en muchas ocasiones, solo le queda lugar para este cometido. No abarca otro tipo de acciones donde sea factible la promoción de las capacidades, el acompañamiento hacia el empoderamiento o la creación de espacios de cohesión grupal. El panorama consiguiente es que el profesional suele estar en un status quo donde no es posible “la existencia de proyectos a través de los cuales las interacciones adquieran sentido” (Castel, 1997, p.350). Un sentido coherente con los principios y valores humanos.

La situación que aquí expongo difícilmente será admitida. Sobre todo por las propias instituciones. La ausencia de un análisis crítico es una de las cuestiones fundamentales que aún merman la capacidad de transformación. Temas como los derechos humanos suelen ser afrontados desde la abstracción, cuando no desde la pasividad. Empero, la violación de derechos resulta un asunto cotidiano, común, está ocurriendo en el contexto próximo de nuestras realidades. Que en la ciudad de Sevilla queden personas sin oportunidades reales al acceso a una vivienda digna es un ejemplo indudable. Pero, como ya señalaron otros autores (Herrera, 2008; Gallardo, 2009) los derechos se construyen, son realidades tangibles en la medida de los contextos y las acciones concretas. El trabajo social cuenta en

---

<sup>8</sup> Por ejemplo el modelo Housing First realizado por Fundación RAIS en el que se plantea el acceso a viviendas de manera permanente y que puede estar bajo la tutela de un equipo profesional. Este modelo fue creado en EE.UU. por Sam Tsemberis (2010) en los década de los 90 del siglo pasado y en la actualidad sigue siendo una fórmula que articula, desde el derecho a la vivienda, una alternativa más digna para las personas sin hogar. Entre otros, la autonomía de los individuos es uno de las características más reveladoras que presente el Housing First.

su haber con principios, una fundamentación epistemológica e histórica (como vimos en Addams) que le guía en esta adquisición de sentidos a través de las interacciones. Por ende, le es implícita una práctica donde estas están arraigadas a las realidades subjetivas. La ardua pero apasionante tarea del trabajo social está en la creación de espacios, acciones y proyectos, donde generar otros modelos sociales. Como anunciara otra prestigiosa trabajadora social “Si queremos avanzar en la defensa de la ética y la construcción de los derechos, tenemos que realizar prácticas realmente socioeducativas, arraigadas en la implicación mutua entre derechos sociales, educación y ciudadanía, impulsados por la búsqueda de justicia, libertad, equidad y autonomía” (Martinelli, 2011, p.11).

En el intento de seguir este cometido, a continuación, planteamos una propuesta de acción social desde la metodología del teatro. La misma parte de las experiencias como trabajadores sociales, pero, fundamentalmente, está consolidada en la participación de personas que han formado y forman parte de un proyecto donde confluyen técnicas, ideas, compromiso y, sobre todo, el intercambio cooperativo en la reivindicación socio-política y cultural de derechos de personas en contexto de exclusión.

## **5. INSTRUMENTALIZACIÓN DEL TEATRO COMO HERRAMIENTA DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE EL TRABAJO SOCIAL. CASO PRÁCTICO CON PSH EN LA CIUDAD DE SEVILLA**

La exposición de este caso práctico consiste en la sistematización resumida de un trabajo que llevamos realizando desde 2007. Empleamos aquí el plural pues los protagonistas de esta experiencia son los y las participantes de un proyecto que se denomina teatro de la inclusión. Teatro de la inclusión es, a su vez, un grupo de teatro amateur en el que han participado alrededor de 50 personas provenientes del fenómeno del sinhogarismo. Algunas de ellas aún permanecen como fundadores dentro de un colectivo que decidió (y decide aún) emplear el teatro como herramienta de desarrollo humano y reivindicación de los derechos. En este proceso tienen cabida dos componentes como son el trabajo social y el teatro como disciplinas complementarias. Esta asociación contempla, entre otras, diversas finalidades: fomentar las interacciones desde un ámbito positivo y de aprendizaje, generar espacios de comunicación y ayuda mutua, promover las capacidades y el empoderamiento desde la recuperación de las identidades, etc. La estructura metodológica que se reseña a continuación sigue los niveles de intervención del trabajo social como disciplina, abarcando los ámbitos individual, grupal y comunitario. En los mismos se señalan tanto técnicas de la intervención social como aquellas procedentes de la pedagogía y la producción teatral; todas ellas fueron seleccionadas en función a una coherencia metodológica con los objetivos planificados. Siguiendo este esquema, en cada ámbito especificamos algunas apreciaciones que hacen mención a la justificación, metodologías y potencialidades que tiene este modelo en el campo de los derechos humanos.

### **a. Ámbito Individual**

En el trabajo social, la inmersión en el mundo de los sujetos se puede llevar a cabo desde diferentes esferas. La individuación como principio es un rasgo que distingue a cada persona en función a unas características propias y particulares: experiencias y trayectorias vitales, antecedentes socio-familiares, la cultura de procedencia, etc. En el contexto del sinhogarismo, los estigmas, producidos por las sociedades a través de procesos socioculturales y políticos, adscriben a los sujetos en función a una serie de prejuicios y estereotipos que los distinguen del resto. Frente a este tipo de procesos, la centralidad en la diversidad humana altera la mirada y la interacción. Esto otorga un punto de inflexión en la toma de conciencia acerca de los derechos identitarios que cada individuo tiene y puede reivindicar. La materialización de los derechos humanos, es decir, la concreción de su

importancia en la vida de cada individuo y la asunción de estos como algo que debe ser exigible, pasa por una apropiación de los mismos. La tarea del trabajo social aquí es contribuir, desde los valores y conocimientos, a crear estrategias en este sentido o a reforzar aquellas que estén en marcha. Para ello, es ineludible la alianza con los protagonistas, aquellos que se encuentran en una situación de opresión, fuera del mercado laboral y del sistema de oportunidades, aquellos que no disponen de las capacidades para decidir sobre sus vidas (Young, 2000).

Cuando se dan las circunstancias idóneas, técnicas como la microhistoria de vida aportan conocimientos desde la polisemia comprendida en los diferentes planos que está compuesto cada ser humano. En los talleres de teatro realizados en centros de acogida, así como en el proyecto teatro de la inclusión, técnicas como la microhistoria de vida y la entrevista facilitaron el contacto a través de relaciones basadas en la confianza mutua. Cuando el sujeto deposita en el trabajador social sus experiencias a través de las narraciones, se produce, entre ambos, un cambio en la interacción. Este cambio puede quedarse en un mero desahogo, en una liberación de tensiones. Con esto ya sería suficiente; pero, también, permite visibilizar aquellos sucesos, acciones, etc. que pueden estar sujetos a la violación de derechos. En este espacio, el trabajo social asume el papel de reactivación de los derechos, a partir de una recomposición del pasado y del presente en el que tenga cabida otras lecturas.

El teatro facilita una comprensión a partir del cuerpo. En las entrevistas, se produjo una información, normalmente unívoca, del informante al investigador/ profesional; es cierto que hay una comunicación no verbal, pero fue la palabra el eje central de esta información. Por contra, técnicas como teatro imagen (Boal, 1984), improvisaciones (García, 2006) provocaron un tipo de comunicación donde la expresión se hizo integral, entre las palabras y los cuerpos. En la imagen 1 que se muestra al final de este apartado, se puede observar una persona que está en actitud de “impotencia”. Así es como el protagonista tituló su imagen, encarnando un sentimiento que expresaba la desesperación. Para el intérprete, la imagen fue representativa de una situación vivida, en la cual se sintió incomprendido por diferentes agentes (uno de ellos estaba encarnado en la figura del trabajo social, otros formaban parte de la familia, la sociedad, etc.). La sensación de impotencia correspondió aquí a la creencia de que nada es posible: “¿derechos?”, alegaba con cierta sorna el protagonista<sup>9</sup>. La abstracción de los derechos se resitúan a partir de una reconstrucción de las experiencias, es decir, en la recomposición de aquellos sucesos donde el sujeto no es el responsable de sus circunstancias, al menos no el único. Cuando la persona descompone y recompone aquellas circunstancias que le han provocado caer en el sinhogarismo, se produce una recuperación en áreas como la identidad, así como la credibilidad en categorías que fueron des-abstraídas para ser tomadas como propias.

---

<sup>9</sup> Notas del Diario de Campo

Imagen 1. “Desesperación”. Taller de Teatro en Centro de Acogida de Sevilla



### b. Ámbito Grupal

Una de las características del trabajo con grupos consiste en las relaciones que se establecen en el seno del mismo. En el caso de personas sin hogar, muchos pueden ver con recelos la propuesta de una dinámica grupal. Algunos, debido al descrédito que les supone cualquier iniciativa que proceda de las instituciones ; otros porque sienten desconfianza hacia el resto de compañeros dentro de un contexto que, como ya indicamos, suele ser hosco, donde no se estimulan relaciones cooperativas. En general, el panorama es poco propicio a la participación. Siendo un elemento vital en el desarrollo del trabajo social, la participación activa de los sujetos nos permite indagar y analizar, desde las propias voces de los protagonistas, qué sienten y piensan acerca de temas como los derechos humanos.

De nuevo, la experiencia resulto el pilar de un conocimiento cuyo contenido está en posesión de los protagonistas. En la realidad cotidiana de quienes padecen el fenómeno de la exclusión, como es el caso del sinhogarismo, la transgresión de los derechos están velados en una realidad cotidiana que no es visible sin la observancia idónea y atenta. Esta transgresión tiene lugar en los entresijos de las relaciones, en las interacciones, en las rutinas diarias, etc. Está presente en las normas, en los códigos de conductas establecidos en hábitos viciados, en estatus de poder no previstos en el servicio de atención, pero que se instituyen a través de relaciones donde unos dan y otros reciben, unos determinan y otros acatan. En un contexto social determinado, el carácter grupal permite una comunicación donde los contenidos tratados por diferentes sujetos pueden resultar análogos entre si. Y esto se comprueba en la técnica grupo de discusión (Ibáñez, 2003). En estos años de prácticas, el uso continuado de esta técnica, una vez superados los inconvenientes como los citados anteriormente (apatía, descrédito, no participación, etc.) y disponiendo de los medios disponibles adecuados (espacio, tiempo y habilidades en el uso metodológico), hizo surgir temas y contenidos donde resultaron comunes muchas de las experiencias cotidianas narradas. Cuando esto ocurre, se está dando lugar a un proyecto de colectivización en grupos de personas que tiene como hábito diario el individualismo y la competitividad. En los grupos de discusión se generaron debates a partir de la elección de temáticas que fueron del interés de los participantes. La centralidad del tema en función a unos intereses crea una participación que no es ajena al sujeto, forma parte de sus necesidades vitales y de comunicación. Otro aspecto importante: los temas seleccionados por los participantes giraron en torno a aspectos centrados en los problemas estructurales que generan la situación del sinhogarismo, así como en sus consecuencias. Temas como la discriminación, la falta de empleo y vivienda, la incomprensión por parte de la sociedad, el trato recibido en los centros de acogida, fueron recurrentes en un ámbito donde se suponía que estos

contendidos eran más preceptivos de la investigación social que del interés explícito de las personas sin hogar.

Progresivamente, cuando la confianza en el grupo dio paso a la confidencialidad, los participantes hicieron uso de las vivencias para explicar hechos relacionados con los temas. En las experiencias encontramos elementos relevantes para situar dónde y cómo se produjeron ciertos sucesos significativos. Durante las narraciones, se desencadenaron sucesos y anécdotas coincidentes entre diferentes participantes. Esto originó un discurso grupal donde fueron ellos y ellas quienes se apropiaron de los contenidos a partir de una producción de identificaciones. Por otra parte, no se puede obviar que las narraciones generadas a través del grupo de discusión forma parte de un producto creado por los auténticos protagonistas.

Las dimensiones didáctica, comunicacional, narrativa, convivencial- relacional, ensayística, etc. incluidas en el teatro como práctica cultural abrió un camino hacia la memoria y el análisis. En muchos casos, redescubrió las capacidades que tienen todos los seres humanos. Capacidades para recordar, a partir de lo vivido, aquellos acontecimientos que fueron relevantes y reveladores para el sujeto y el grupo. Capacidades creativas para ensayar otros modos relacionales con los cuales encontrar soluciones a unos conflictos que no suelen ser dirimidos en la esfera socio-política. Técnicas como la quiebra de la represión (Boal, 1984), etnodramas, improvisaciones (García, 2000), etc. permitieron que los sujetos llegasen a una comprensión más profunda de aquellos eventos importantes en sus biografías. La identificación de estos, supuso un refuerzo en la toma de conciencia de la apropiación de los derechos humanos como un camino aún por recorrer y conquistar. Al igual que en las técnicas individuales, los cuerpos fueron la vía de expresión, a través de los movimientos, de una gestualidad que marcó signos implícitos en una trama que, a veces, fue subjetiva, estando inscrita en la biografía de cada sujeto, pero, otras, formó parte de un testimonio coral.

En la imagen 2 vemos una improvisación realizada por tres actores en un taller de teatro llevado a cabo en un centro de acogida en Sevilla. Esta imagen fue el resultado de las discusiones obtenidas en el grupo durante una sesión previa. El tema elegido fue el “sufrimiento”. Después de cada discusión, el grupo pasaba a una fase de trabajo creativo en el que, como en esta ocasión se refleja, construyeron imágenes a partir de las opiniones y las experiencias subjetivas. En la valoración final, todos los participantes (tanto los que actuaron como los que observaron) coincidieron en que la escena representada mostraba “el desequilibrio, la falta de comunicación y de empatía”<sup>10</sup> provocada por la sociedad hacia ellos y ellas. Aspectos estos que reconocieron como elementos cotidianos de sus vidas.

---

<sup>10</sup> Notas del Diario de Campo

Imagen 2. “Sufrimiento”. Taller de Teatro en Centro de Acogida de Sevilla.



### c. Ámbito Comunitario

Si bien los ámbitos individual y grupal pueden ser complementarios, el comunitario supone un compendio metodológico de los dos anteriores. Al menos, en la propuesta de la apropiación material de los derechos humanos por parte de las víctimas. De nuevo, insisto en la interacción como un elemento constituyente en una sociedad civil como es el caso de Sevilla. En el caso de lo comunitario, esta interacción se produjo desde el encuentro. Encuentro que, por otra parte, no se lleva a cabo entre grupos sociales que están separados por componentes socioeconómicos y culturales. Como se señaló, el sinhogarismo demarca un territorio donde los sujetos se adscriben en función a sus necesidades y no desde las oportunidades. Esta separación promueve el desconocimiento que, a su vez, provoca la estigmatización. En este circuito cerrado, se precisa la creación de espacios que generen reconocimiento (Ricoeur, 2005). Pero, antes es necesario que las víctimas tengan la oportunidad para expresarse. En gran medida, las desigualdades también están conformadas en lo cultural porque unos tienen el derecho de contar su historia y otros no. En espacios de participación horizontal, como el que mostramos en este apartado, las narraciones se convirtieron en memoria cuyos relatos significaron la carencia de derechos en la práctica cotidiana. La narratividad como elemento primigenio de reconstitución de una verdad completada a partir de las historias de la otredad tiene en el trabajo social una función principal en la sensibilización de los derechos humanos.

En la tarea de empoderamiento y reconocimiento, el trabajo social dispone de estrategias para constituir espacios de encuentros entre unos y otros. En lo concreto, el teatro en su dimensión de producción artística vislumbra la oportunidad de un encuentro donde los sujetos adquieren un derecho político. Esto es, a partir de la representación como “la capacidad de algo o alguien de representar los rasgos comunes” (Sánchez, 2012, p.180). En la misma línea, la ética de la representación señala un rasgo que es de enorme importancia: el ejercicio de una representatividad, un representarse a sí mismo, sin la mediación del otro (más cualificado, más artista, más capacitado). Se trata de una reivindicación desde la individuación, desde una subjetividad colectivizada en el momento que se hace identitaria como representante del resto de sujetos que padecen la misma situación de violación, discriminación, desigualdad.

En la imagen 3, podemos observar a dos miembros pertenecientes al grupo de teatro de la inclusión interactuando con el público asistente a una representación. La obra estuvo basada en las experiencias de opresión y sometimiento que por medio de estructuras sociales y culturales los actores habían sentido en sus vidas como personas sin hogar. La



escena representaba un proceso donde el actor que está en el centro está atado por causas externas (estigmas producidos por la sociedad) e internas (pérdida de la identidad y auto-culpabilización). Sin embargo, como corolario de la escena, en un acto simbólico se pidió al público que ayudase a romper las cuerdas de la víctima. Mientras, el actor secundario recitaba la declaración de los derechos humanos, en una adaptación que hizo el grupo, y en la que se pidió la participación de todos (sociedad) para la materialización de los mismos. Una vez finalizada la representación, el grupo de actores invitaron a los espectadores a sentarse con ellos y ellas en el escenario con objeto de abrir un espacio de diálogo, un foro de discusión acerca de los contenidos tratados en la obra, así como otros aspectos relacionados con la estética, la metodología, etc. En estos foros se produjo un intercambio donde el público (parte de la sociedad) pudo desvelar esa otra verdad, contada a través de la fábula dramática y en la que el debate se materializó con ejemplos cotidianos relatados por los actores y actrices.

Imagen 3. Actuación en Sala TNT. Sevilla



## 6. CONCLUSIONES

En este artículo se ha tratado de elucidar la importancia que tiene la asociación del trabajo social y el teatro como un medio de ofrecer vías de análisis y desarrollo para el ámbito de la investigación y la praxis en el campo de la aplicación material de los derechos humanos. El teatro es un elemento inescindible de la cultura, forma parte de esta y, a su vez, puede llegar a ser el resultado creativo y colectivo de personas y grupos sociales, reflejando identidades ocultas e invisibilizados por un sistema que les aboca a la indefensión.

La tarea conjunta del trabajo social y el teatro hacia la materialización de los derechos humanos estriba en la apertura de espacios donde transcurra la participación. En los grupos, la participación ha permitido que los sujetos llegasen a una narración que discurrió en dos planos: en el nivel de la autoconciencia y en el plano de la socialización. En el primero, el sujeto realizaba, por propia disposición, una narración donde re-conceptualizaba su pasado y su presente. Lo llevo a cabo desde sus vivencias, análisis y decisiones, cobrando sentido la agencia, es decir, “la capacidad de acción del individuo” (Nussbaum, 2010, p.45). En el segundo plano, en el caso que decida transmitir su historia, el sujeto está narrando sus vivencias a esos otros que no han vivido (o viven) las mismas circunstancias vitales. En este caso, la socialización cobra un sentido inverso, es él/ella quien socializa a los otros

sobre aquellos aspectos de la vida que son causantes de sufrimiento, dolor, muerte, o en violación de derechos. Como tal, se convierte en aprendizaje. Y en empoderamiento, ya que recuperan protagonismo, a través de las capacidades creativas, en espacios culturales que son relevantes en lo social y lo político. Esto fue posible desde la metodología de la participación activa, donde se permitió conciliar técnicas y perspectivas interdisciplinarias, como es el caso del teatro y el trabajo social. Una metodología centrada en las experiencias como base de esos otros conocimientos que forman parte de los sujetos y que pueden conducir a una representatividad de colectivos en situación de exclusión. Representación y representatividad coadyuvan en un camino común hacia la materialización de los derechos humanos. En “Veinte años de Hull House”, Addams advirtió que “este esfuerzo por entender la vida a través de su representación dramática, de ver representada la participación de uno mismo, se hace difícil cuando uno entra en el campo del desarrollo social, pero no es imposible si un grupo del Settlement busca de forma constante nuevo material” (417). La cuestión es esta: la búsqueda de nuevo material con el que abrir nuevos procesos hacia cambios que son urgentes en la humanidad.

Por otra parte, la idea de la falta de sentido colectivo que tienen las persona sin hogar ha sido cuestionado en el transcurso del trabajo de campo. Entre otros factores, y a grosso modo, se argumenta que esta falta de sentido colectivo se debe al individualismo, la falta de vínculos y compromisos, la imprevisibilidad, etc. (Bachiller, 2008). Es indiscutible la presencia de estos factores, sin embargo son inherentes a una lógica que forma parte del sistema sociopolítico y cultural donde los estigmas son construcciones dentro de los espacios de inclusión- exclusión. La movilidad e imprevisibilidad permanente en la que se encuentran las personas sin hogar es una construcción externa, viene impuesta. La falta de vínculos positivos hacia la construcción de una identidad colectiva es consecuencia de la competencia existente entre los sujetos, en un medio de supervivencia que no es digno del ser humano. La pregunta es si hay espacio alternativos a una convivencia diferente a la imprevisibilidad o la competitividad. En la experiencia de estos años, cuando las condiciones han permitido tener cierta estabilidad con los participantes, se han generado modos de relaciones diferentes, posibilitando la construcción de una identidad colectiva en grupos de personas sin hogar. En muchas de las sesiones de grupos de discusión, fueron frecuentes las narraciones relatadas donde aparecieron hechos, sentimientos, opiniones que conformaron un discurso común respecto a temas tan reveladores como la discriminación, la exclusión o los derechos. Algunos participantes se identificaron con aquello relatado por el compañero inscribiéndose en una revalorización a partir de la identificación grupal, en el reconocimiento de vivencias que son similares.

El teatro refuerza al trabajo social en el paradigma del encuentro como estética. En este caso hago referencia a una estética de los valores. Esta propuesta estética reside en las experiencias de los sujetos y la importancia que tienen como productos de unas prácticas determinadas. Para el trabajo social, una parte importante de este producto, consiste en los tipos y niveles de interacciones que establece con los sujetos, así como los resultados obtenidos. En el caso del arte, son las obras (un cuadro, una actuación teatral, un film, etc.). Existe un espacio de conexión entre ambos que puede ser de utilidad para los derechos humanos: sería aquel donde se construyen proceso en la apropiación de los derechos humanos. A nivel individual permitiendo desarrollar los derechos civiles y políticos a través de una toma de conciencia de qué son los derechos humanos y como trascienden en la identidad de cada uno desde el valor de la dignidad. La participación en este estadio consiste en una recuperación del sujeto como persona que reclama sus derechos en calidad de ciudadano. Pero este atributo se consigue a través de una socialización que en el caso del sinhogarismo ha sido fragmentada. Técnicas como teatro imagen ha facilitado una revisión de un pasado cargado de culpas intimidatorias. Derechos como los sociales o culturales, inscritos en la segunda generación de los derechos humanos, se concretizan en un trabajo social con compromiso de empoderamiento con quienes han perdido la palabra como medio de expresión y reivindicación. Para muchas personas sin hogar, la urgencia de encontrar un techo, comida o los recursos básicos de subsistencia en el cotidiano resulta incompatible con la confluencia en espacios de construcción colectiva. La colectivización, como mecanismo de

reivindicación de derechos, se transcriben en técnicas participativas como el grupo de discusión e improvisaciones donde los sujetos re-significan experiencias. Para finalizar, el teatro como proceso y producto apunta hacia el encuentro social desde una participación basada en el intercambio. Por una parte porque representarse a sí mismos es sinónimo de empoderarse, sobre todo para quienes perdieron estatus de ciudadanos, sus capacidades de crear y expresarse. En segundo término, porque la representación es un medio de información de aquellas verdades ocultas, entre otras, las violaciones de derechos. En definitiva, el arte es un medio que puede ser útil para sensibilizar a las sociedades mayoritarias acerca de aquellos contextos de desigualdad, opresión y discriminación. Así mismos también puede ser útil como espacio mediador, convirtiéndose en una herramienta de reivindicación y denuncia de los colectivos y comunidades oprimidas. Con ello se logra un refuerzo de la sociedad civil y los valores de la democracia participativa y plural, adscritos en la tercera generación de los derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- J.ADDAMS, *Hull House: el valor de un centro social*. Ediciones Paraninfo, 1ª ed., Madrid, 2013
- J.ADDAMS, *Veinte años en Hull House. Estudio introductorio y comentarios de Remedios Maurandi Guiraldo*. Universidad de Murcia, Servicios de Publicaciones, 1ª ed., Murcia, 2014.
- R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2007
- S. BACHILLER, “Personas sin hogar, crisis y estigma. Cuando los esfuerzos por preservar la autoestima atentan contra la posibilidad de conformar una identidad colectiva”, Universidad Nacional de Misiones, Posadas. Recuperado de: <http://www.aacademica.org/000-080/485>, 2008.
- A. BOAL, *Teatro del oprimido*. Nueva Imagen, 1ª ed., México, 1980.
- R. CASTEL, *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Paidós, 1ª ed., Barcelona, 1997.
- C. CASTILLO DEL PINO, *Teoría de los sentimientos*, Tusquets, Barcelona, 2001.
- N. CORDERO, J.E. PALACIOS, M.I. FERNÁNDEZ, “Trabajo social y derechos humanos: razones para una convergencia” Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2002316.pdf>, 2006
- J. DOHERTY, El origen del sinhogarismo: perspectivas europeas, *Documentación Social*, nº 138, 2005, pp. 41-61.
- FEANTSA, INFORME EURIPEO, “El papel de la vivienda en el sinhogarismo. Alojamiento y exclusión residencial”, Bruselas, Tema anual 2008. Recuperado de [www.feantsa.org/spip.php?action=acceder\\_document](http://www.feantsa.org/spip.php?action=acceder_document)
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES SOCIALES (FITS o sus siglas en inglés, IFSW), “Definición de Trabajo Social” Asamblea General de Montreal (Canadá). Recuperado en [ifsw.org](http://ifsw.org), 2016.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES SOCIALES (FITS o sus siglas en inglés, IFSW), “Definición de Trabajo Social Aprobada por la Junta General de la FITS y la Asamblea General IASSW”. Recuperado de [ifsw.org](http://ifsw.org) en 19/10/16, 2014.
- H. GALLARDO, *Derechos humanos como movimiento social*. Ediciones desde abajo, 2ª ed., Bogotá, 2009.

- S. GARCÍA, *Teoría y práctica del teatro*. Editorial Teatro La Candelaria, 1º ed., Bogotá, 1994.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. “Estrategia nacional integral para personas sin hogar 2015-2020”, [www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/docs/ENIPSH.pdf](http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/docs/ENIPSH.pdf), 2015.
- E. GOFFMAN, *Estigma. La identidad deteriorada*. Editorial Amorrortu, 2ª ed., Buenos Aires, 2010.
- J. HERRERA, *La reinención de los derechos humanos*, Atrapasueños, 1ª ed., Sevilla, 2008.
- J. IBAÑEZ, *Más allá de la sociología. El grupo de discusión: Técnica y práctica*. Siglo XXI, 5ª ed., Madrid, 2003.
- M.L. MARTINELLI, “O Serviço social e a consolidação de direitos: desafios contemporâneos”, *Revista de Serviço social & saúde*, n.12, 2012.
- R. PINILLA, “Vivienda, casa, hogar: las contribuciones de la filosofía al problema del habitar”, *Documentación Social*, 138, 2005, pp. 13-39
- P. RICOEUR, *Caminos del Reconocimiento*. Editorial Trotta, 1ª ed., Madrid, 2005.
- J. TORRES, A. GARZÓN, *La crisis de las hipotecas basura. ¿Por qué se cayó todo y no se ha hundido nada?* Sequitur, 1ª ed., Madrid, 2010.
- S. TSEMBERIS, *Housing First. The pathways model to end Homelessness for people with mental health and substance use disorder*. Hazelden Publishing, Minnesota, 2010.
- M.R. SÁNCHEZ, “En los límites de la exclusión social: las personas sin hogar en España”, *OBETS Revista de Ciencias Sociales*, n.º2, 2012, pp. 307-324
- J.A. SÁNCHEZ, “Ética de la representación”, Recuperado en <https://aprendeonline.udea.co/revistas>. Pdf, 2012
- I. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*. Cátedra, 1ª ed., Valencia, 2000.

# BALNEARIO: LA DEFINICIÓN DE UNA TRADICIÓN MILENARIA EN ANDALUCÍA

Rosa Anaya-Aguilar

Departamento de Economía y Administración de Empresas (Área de Organización de Empresas)  
Universidad de Málaga.

Carmen Anaya-Aguilar

Librerías Prometeo y Proteo.

Manuel Bravo-Pérez

Departamento de Estomatología. Universidad de Granada.

Fecha de recepción: 16 de octubre

Fecha de aceptación: 27 de noviembre

**RESUMEN:** Definimos a los balnearios como los establecimientos que tienen como característica fundamental la de utilizar aguas minero medicinales declaradas de utilidad pública, con equipamientos e instalaciones y equipo médico para realizar los tratamientos derivados de esta especialidad.

Un balneario en Andalucía está sujeto a distintas competencias de Administraciones: de la Administración Autonómica dependerá la declaración de utilidad pública; de Sanidad porque muchos de ellos son considerado lugares sanitarios sujetos y siguen el protocolo de clínicas en cuanto a exigencias e inspecciones; de Turismo porque estos lugares están recogidos y definidos como de interés turístico y de la Administración Local depende su relación en cuanto a permisos de construcción, mantenimiento de vías públicas, agua potable y residuos urbanos.

Así, los expertos consultados en un estudio realizado entre 2009 y 2010 sobre balnearios de Andalucía apoyan la necesidad de una legislación específica sobre balnearios de Andalucía.

**ABSTRACT:** We define the health resorts as establishments that have as a fundamental characteristic the use of medicinal mineral waters declared of public utility, with facilities and medical equipment to perform the treatments derived from this specialty.

A health resort in Andalusia is subject to different legal competencies in relation to the Administration: the declaration of public utility will depend on the Autonomous Administration; also of the Ministry of Healthcare, because many of them are considered sanitary places and follow the protocol of clinics regarding requirements and inspections; of Tourism Ministry because these places are declared tourist interest, and the Local Administration depends on their relationship in terms of building permits, maintenance of public roads, drinking water and urban waste.

Thus, experts consulted in a study carried out between 2009 and 2010 on this type of establishments in Andalusia support the need for specific legislation on them in Andalusia.

**PALABRAS CLAVE:** Balneario, turismo de salud, aguas minero medicinales, espacios naturales, Andalucía.

**KEY WORDS:** Wellness, health tourism, medicinal mineral waters, natural areas, Andalusia.

**SUMARIO:** Introducción. Las investigaciones sobre turismo de balneario. Las estaciones termales: aspectos administrativos y legales. Conclusiones. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Dentro de la clasificación de turismo de salud que proponen Sánchez (2006) y Peón (2003) definimos a los balnearios como los establecimientos que tienen como característica fundamental la de utilizar aguas minero medicinales declaradas de utilidad pública, con equipamientos e instalaciones y equipo médico para realizar los tratamientos derivados de esta especialidad.

Para poder situarnos en el entramado administrativo en el que estas entidades se mueven apuntamos las siguientes notas aportadas por el presidente de la Asociación Andaluza de Estaciones Termales (2010).

El Texto Refundido de la Ley de Aguas 1/2001 regula que las aguas minerales y termales se regirán por su legislación específica o dado el caso por lo que establezca la Ley de Minas de 1973 y Reglamento General para el Régimen de la Minería de 1978.

La Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía remite también a la Ley de Minas.

Como la Dirección General de Minas fue transferida a las Comunidades Autónomas, las aguas minerales y termales son de su competencia y aunque algunas como Galicia, Cantabria y Extremadura ha desarrollado legislaciones sobre este tema, Andalucía aún no lo ha hecho, pero sí ha contemplado en la Ley 12/1999, del Turismo a los balnearios como establecimientos turísticos.

El 25 de abril de 1928 se aprobaba un Real Decreto sobre la explotación de aguas mineromedicinales que aún sigue estando vigente salvo aquellas partes opuestas a la Ley de Minas. Este RD, concretamente el 743, definían los perímetros de protección, la asistencia médica y los inspectores para balnearios.

Como hemos comentado los balnearios necesitan disponer de aguas declaradas minerales y medicinales y éstas necesitan para su aprovechamiento de la autorización otorgada por el Ministerio de Industria a propuesta de la Dirección General de Minas que necesita del Informe del Instituto Geológico y Minero que dé la condición de Mineral y además un informe vinculante del Ministerio de Sanidad. Estos expedientes informarán también al Ministerio de Obras Públicas y al Ministerio de Agricultura.

Resumiendo un balneario en Andalucía está sujeto a distintas competencias de Administraciones: de la Administración Autónoma dependerá la declaración de utilidad pública; de Sanidad porque muchos de ellos son considerado lugares sanitarios sujetos y siguen el protocolo de clínicas en cuanto a exigencias e inspecciones; de Turismo porque estos lugares están recogidos y definidos como de interés turístico y de la Administración Local depende su relación en cuanto a permisos de construcción, mantenimiento de vías públicas, agua potable y residuos urbanos.

Así, los expertos consultados en un estudio realizado entre 2009 y 2010 sobre balnearios de Andalucía (Anaya, 2011) apoyan la necesidad de una legislación específica sobre balnearios de Andalucía.



El afán de mejorar o buscar la salud es seguido por las personas desde la antigüedad, Plinio en su Historia Natural describe diversas tipologías de aguas termales y las clasifica según características geológicas y propiedades indicando también su distribución geográfica.

Según Cruz (2008) el Instituto Geológico y Minero de España tiene inventariados 75 manantiales pero el mapa de balnearios señala solo 13 ubicados en espacios naturales de gran belleza y que quedan detallados en la figura 1.



Figura 1: Balnearios de Andalucía: localización y entornos naturales.

Fuente: Elaboración propia.

1. *Balneario de Alhama de Granada (Entre Sierra Tejeda-Almijara-Alhama y depresión del Genil Hoya de Granada)*
2. *Balneario de Alicún de las Torres (Situado en Guadix en la depresión que separa Sierra Nevada y los Montes de Cazorla-Segura)*
3. *Balneario de Carratraca (Al Norte del Valle del Guadalhorce, en Sierra Blanquilla, cercano al Desfiladero del Chorro)*
4. *Balneario de Fuente Amarga de Chiclana (En Bahía de Cádiz)*
5. *Balneario de Graena (Parque Natural de la Sierra de Huétor)*
6. *Balneario de Fuente Amargosa de Tolox (Al pie de la Sierra de Tolox, en el Parque Natural de la Sierra de las Nieves)*
7. *Balneario de Sierra Alhamilla (Término de Tabernas, entre la Sierra de Filabres, Sierra Alhamilla al sur y a pocos Km de Cabo de Gata-Níjar)*
8. *Balneario de San Andrés (En el olivar jienense muy cerca del Parque Natural de la Sierra Mágina)*
9. *Balneario de San Nicolás (Alhama de Almería, en la Sierra de Gádor, entre el río Andarax y la Alpujarras de Almería en el Parque Nacional de Sierra Nevada)*
10. *Balneario de Lanjarón (En las Alpujarras de Granada, al Sur de Sierra Nevada)*
11. *Balneario de Marmolejo (En la ribera del Río Guadalquivir, Parque Natural de la Sierra de Andújar)*
12. *Balneario de Zújar (En Granada, río Negrantín)*
13. *Balneario de Villaharta (En Córdoba. Cerrado actualmente)*

Montaner (1998) define a los centros balnearios como actividad turística que se ejerce con oferta a sus clientes del uso de sus aguas minerales, con baños medicinales y otros tratamientos médicos o sanitarios y que además suelen incluir el hospedaje en un hotel o apartamento y cuyas instalaciones disponen de servicios como habitación, restauración, actividades de animación social, deportes o de recreo que acompañan al tratamiento de enfermedades físicas o psíquicas.

La Real Academia Española (2017) indica dos acepciones para balneario: perteneciente o relativo a los baños públicos, especialmente a los medicinales y edificio con baños medicinales y en el cual suele darse hospedaje.

Como en los últimos años ha habido un auge de centros que se han autodenominado “balnearios urbanos”, la Sociedad Internacional de Técnicas Hidrotermales (SITH) para homogeneizar conceptos ha decidido utilizar la terminología de mineral spa para hablar de balneario o centros que usan aguas minero medicinales diferenciándolos así de aquellos que solo disponen de agua del grifo según nos comenta el Mirones (2008) presidente de Balnearios de España.

Para seguir con las diferencias el colectivo balneario indica que estos centros tienen la asistencia médica desde el inicio de su explotación de lo que se deduce la seriedad en los tratamientos aunque voces críticas apuntan de que el que se mantenga esta diferencia responde simplemente a la reacción del corporativismo médico.

Para Cibeira (2006), desde el siglo XIX al XXI el concepto “balneario” no ha cambiado. Los centros balnearios modernos se especializan en atención integral de la persona con una concepción amplia hacia la mejora, recuperación, rehabilitación de distintas patologías utilizando el agua en todas sus especialidades que se pueden además completar con otras terapias, por ejemplo la quirúrgica tratando así de prevenir la enfermedad, aliviar los dolores físicos y cuidar, conservar y mejorar la salud.

Además de esta visión médica, los balnearios, en los últimos tiempos, están diferenciando su oferta hacia los tratamientos de belleza y puesta en forma, agregando a sus prestaciones tradicionales terapias basadas en el vino, chocolate o lodos que ejercen de factor atrayente de segmentos del mercado o turistas que buscan la parte más lúdica y relajante de estos lugares alejándose así del elemento curativo o médico del balneario. Esta nueva orientación hacia el ocio que parece hacer resurgir a un sector con muchos años de declive es a su vez en opinión autores como Sheldon y Dwyer (2010) muy sensible la gran crisis económica que desde hace años afecta a nuestro país.

Pero hablar de balneario es hacerlo de termalismo y con ello hablamos de movimiento de personas hacia las distintas estaciones termales, es decir de turistas en busca de salud, de relax, de descanso, o como decía Plinio «la esperanza de mejorar».

La Asociación Nacional de Estaciones Termales (2009) nos explica lo que es el termalismo y citamos sus palabras «la manera de mantener, alcanzar o recuperar la salud mediante cursas termales periódicas, preferiblemente bajo un programa de dieta sana y ejercicio, y durante las cuales se produce un cambio de régimen de vida habitual, buscando el alternar los periodos de actividad terapéutica con los reposos en un medio idóneo para ello como son los balnearios»

Al investigar para escribir este artículo hemos detectado otro fenómeno, interesante también pero que se queda fuera del alcance de este estudio y es lo que se denomina “turismo sanitario” o turismo hospitalario que sería aquel viaje que se hace hacia los lugares donde las personas encuentran servicios sanitarios gratis o más baratos que en su país de origen como por ejemplo turistas ingleses atendidos en los hospitales de la Costa del Sol o en los hospitales de la India.

A nivel europeo tenemos ciudades con gran tradición balnearia como por ejemplo Alemania, Francia, Austria, Hungría, etc., y tres pilares sostienen esta actividad en su contexto y son: formar parte de los tratamientos de la Seguridad Social, marco público en lo que respecta a la financiación de las curas de salud y tener como también pasa en España orientación médica (Instituto de Estudios Turísticos de España, 2009).

## **LAS INVESTIGACIONES SOBRE TURISMO DE BALNEARIO**

Vogeler (2004) opina que los balnearios son los antecedentes del turismo de salud actual y argumenta que ya en el siglo V a. de C. existían termas en las ciudades de Olimpia y Delos pero que cuando las termas se elevan a fenómeno sociológico es en Roma que habían heredado de los griegos su costumbre por los baños como centro de expansión y de reunión además de sus propiedades curativas. A lo largo de los siglos ha habido en el termalismo etapas de resurgimiento con otras de decadencia. En la Roma antigua, el termalismo destacaba, los romanos sentían que las fuentes termales curaban y a su alrededor se construían edificios y la sociedad configuraba a su alrededor el encuentro y el ocio.

Desde la antigüedad, en el imaginario de muchas culturas se relaciona, salud, agua y desplazamiento hacia las fuentes termales bien como forma de curar, bien como higiene o simplemente como desarrollo de las habilidades sociales. En España se han alternado etapas de resurgimiento como en el período árabe, Renacimiento, siglo XIX o nuestra época y otras de caída o incluso prohibición como fue la de Felipe II.

El investigar sobre balnearios ha sido frecuente en disciplinas como la historia, geografía o medicina sin embargo desde el punto de vista turístico los estudios son escasos y recientes; así podemos destacar a autores como Hernández, Carpio, Miranda, García, Quirós, Abellán, Palazón, San Pedro que han profundizado en temas de balnearios o incluso la tesis doctoral de López. Detallamos cronológicamente en la Tabla 1 todas estas aportaciones destacadas sobre balnearios

Tabla 1. Principales estudios sobre turismo termal

Autor	Año	Aportación
Limón Montero	1679	Recopila todos los datos posibles sobre manantiales y baños de España analizando sus aguas publicando “Espejo cristalino de las aguas de España”
Gómez de Bedoya y Paredes	1764 y 1765	Recopila datos de las fuentes minerales de España publicando “Historial Universal de las fuentes minerales de España”
Sociedad Española de Hidrología Médica	1877	Anales de la Sociedad Española de Hidrología Médica. Ideas higienistas induciendo un “termalismo medical”
Benzur;Kneipp	1897	Sobre la fuerza curativa de la naturaleza
Selye	1939 y 1950	Evidencias de respuesta orgánica que sitúa al organismo es un estado de mayor resistencia “bienestar”
Drexel; Dubarry; Nohara	1963, 1970 y 1972	Evidencia de la acción de los factores mineralizantes a través de la piel y las mucosas
Lecrenier; Leroy; Sultana	1977, 1968 y 1971	Efectos físicos de las aguas, trascendencia de la hidrocinesiterapia
Páez-Camino Carrillo	1985	En su estudio de las propiedades terapéuticas de Fuente Amarga concluye que la balneoterapia es una medicina basada en los elementos naturales.
Dienot; Theiller	1992	Salud como un principio organizador de la vida social
Majastre	1992	Relación entre montaña y salud como reclamo publicitario. Paso del termalismo “medical” a “termalismo turístico”
Armijo	1994	Señala desplazamiento de las indicaciones balnearias por el enorme avance de la terapéutica.
San José	1996	Abunda en la idea de que las curas termales constituyen terapias profundamente naturales
San Pedro	1998	Termalismo incluido en el turismo: termalismo de bienestar
Bel y Martínez, San José; Grande; Guía; Rus; San Martín	1994, 1992 1996 y 1999	La capacidad curativa de las aguas depende de su composición química
Vázquez-Illá;Grande; Pérez	2000	Estrategias competitivas, visión de conjunto de las estaciones termales y presente y futuro del termalismo español
Alber; Aranguez; Armijo; Avila; Baeza; Cerezuela; De la Rosa; Del Moral; López; Llanos; Martínez; Mosso; Olivers; Rodríguez; Sánchez.	2000	Panorama actual de las aguas minero-medicinales en España
Fernández	2001	Calidad en empresas balnearias
Milán	2004	Ocio y turismo de balneario
González	2004	Sobre régimen jurídico de los balnearios
Melgosa	2004	Termalismo y balnearios
Alén	2005	Sobre el programa de termalismo social
Ramos; Morell	2008	Valor y atractivo de los manantiales
Mirones	2008	Aspectos actuales sobre balnearios
Declaración de Cuntis	2008	Conclusiones del Simposio sobre los Balnearios y Centros de Salud del XXI
Instituto de Estudios turísticos de España	2009	Estudio sobre turismo de salud

Fuente: Elaboración propia

## **LAS ESTACIONES TERMALES: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS Y LEGALES**

A nivel legal y administrativo las estaciones termales en nuestro país abren sus espacios y desarrollan su trabajo dentro de una amplia normativa.

Esta complejidad a nivel jurídico es analizada por Blanquer (1999) que indica que los establecimientos termales gozan de especial singularidad frente a otros centros turísticos y es que deben iniciar para su puesta en funcionamiento varios procedimientos de tipo administrativo que son: que las aguas sean declaradas como minerales y medicinales, que sean autorizadas sus instalaciones por las Administraciones Sanitarias y Turísticas y adjudicada la concesión administrativa para poder aprovechar el uso de las aguas.

Según Donaire (2000), el control a nivel oficial de las aguas minerales se sigue desde el año 1604 y en 1928 coincidiendo con un período álgido de su utilización con fines médicos se publica un Real Decreto específico sobre ellas que se mantiene vigente hasta la publicación de la Ley de Minas de 1973 que derogó parte pero no todo.

En 2001 se publica el Texto Refundido de la Ley 29 de Aguas que en su ámbito de aplicación deja excluidas a las aguas minerales y termales indicando en el artículo 1.4 que éstas se registrarán por una ley específica y además debemos tener en cuenta que la competencia de estas aguas corresponde a las Comunidades Autónomas ya que en los Reales Decretos de Transferencia se traspasaron a éstas industria, energía y minas y ello incluía a las aguas minerales (Melgosa, 2000).

Así queda claro que son las Comunidades Autónomas las que deben legislar sobre este tipo de aguas pero hasta la fecha tan solo lo han hecho Cantabria, Castilla La Mancha, Extremadura y Galicia.

La jurisprudencia, distingue entre aguas minerales e industriales, aplicando a las industriales la Ley de Minas mientras que para las minerales mantiene el criterio de acceso determinado en el artículo 16 de la Ley de Aguas (Vid, 1980).

La Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo establece un marco comunitario de actuación en cuanto a política de aguas, constanding su carácter singular y especial que merece un trato jurídico específico: «el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal» (DOCE 327, 2000 p-1).

Ello explica la prioridad de los aspectos ecológicos y ambientales frente a los usos comerciales o industriales del agua. En definitiva, la Directiva considera como fundamental la faceta medio ambiental del agua a la que contempla como recurso escaso y frágil que debe ser regulado y gestionado de forma adecuada (Orriols, 2001).

Dice Orriols que los principios que inspiran la normativa europea es la realización de una política integrada del agua (incluidas las minerales y termales) comprendiendo a todo el ciclo hidrológico con un uso y explotación racional del recurso donde todas las Administraciones asuman sus responsabilidades. A nivel internacional los expertos coinciden en regular al turismo de salud o basado en las aguas en sus más amplias dimensiones (Hall, 2011; Hall y James, 2011).

En resumen según Melgosa (2001) en España las aguas minerales y termales aun siendo subterráneas reciben a nivel legal un tratamiento diferenciado y según el Observatorio del Termalismo (2017), las aguas envasadas están sujetas a: Real Decreto 1164-1991 sobre Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de aguas de bebida envasada; Real Decreto 781-1998, por el que se modifica el real decreto 1164-1991;

Real Decreto 1074/2002, por el que se regula el proceso de elaboración, circulación y comercio de aguas de bebida envasadas; Real Decreto 1744/2003, por el que se modifica el Real Decreto 1074/2002, octubre, por el que se regula el proceso de elaboración, circulación y comercio de aguas de bebida envasadas; Real Decreto 1798/2010, por el que se regula la explotación y comercialización de aguas minerales naturales y aguas de manantial envasadas para consumo humano y Real Decreto 1799/2010, por el que se regula el proceso de elaboración y comercialización de aguas preparadas envasadas para el consumo humano

## CONCLUSIONES

Resumiendo podemos concluir que el primer paso para poner en marcha un balneario es que sus aguas tenga la condición de minero medicinales o termales y de acuerdo con la legislación minera, nos encontramos ante un agua de este tipo cuando son «alumbradas natural o artificialmente que por sus características y cualidades sean declaradas de utilidad pública» y «aguas termales aquellas cuya temperatura de surgencia sea superior en cuatro grados centígrados a la media anual del lugar donde se alumbren» (González, 2005).

Para que se pueda hablar de balneario, es necesario garantizar que el agua va a mantener dichas condiciones.

La importancia que el turismo de salud tiene en estos momentos, tanto a nivel de bienestar personal como desde la perspectiva económica ha hecho que las autoridades pongan sus miras en el fomento de estos establecimientos, y Comunidades como Cantabria tratan de ordenar y favorecer su uso velando por un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y de los atributos del destino al que los usuarios acuden con lealtad tal y como distinto autores demuestran en sus estudios (Roget y Pawlowska, 2011; Ruiz, Molina y Martín, 2011).

No en vano, todos los sistemas de protección social estatal, autonómica y a veces local promocionan actividades de turismo termal, así el programa de termalismo social del IMSERSO ha sido y sigue siendo un dinamizador de esta actividad turística ampliando temporadas y fidelizando clientes (Alén, 2006) y en definitiva mimando a un turista cercano y respetuoso con el medio como apuntan los especialistas (Papatheodorou, Roselló y Xiao, 2010).

Por otro lado otros autores infieren la existencia de un sector específico con falta de organización sectorial (Padilla, Del Águila y Garrido, 2011) a cuyo desarrollo puede contribuir la investigación en muchas áreas y sobre todo en las de turismo (Crooks *et al* 2010; Fernando *et al* 2010; Hall, 2011).



## BIBLIOGRAFÍA

ME. ALÉN, “Comparación de escalas para la medición de la calidad percibida en establecimientos termales”. Revista Galega de Economía, núm.15, 2006, pp.1-19.

R. ANAYA-AGUILAR, Diagnóstico y tendencias del turismo de balnearios en Andalucía. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2011.

ASOCIACIÓN DE TERMALISMO DE ANDALUCÍA, “Legislación de Aguas Minerales. Ámbito Nacional” Observatorio Nacional del Termalismo y Desarrollo Rural, Alhama de Granada, 2017. [http://termalismodeandalucia.com/observatorio/legislacion\\_nacional.php](http://termalismodeandalucia.com/observatorio/legislacion_nacional.php). Acceso el 25 de noviembre del 2017.

D.BLANQUER, Derecho del turismo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

R. CIBERIA, “El impulso del turismo de interior. El balneario de Mondariz y la gestión del gobierno local” en VV. AA. Geografía y gestión del turismo. VIII Coloquio de Geografía del Turismo, Ocio y Recreación, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2003, pp.201-211.

VA. CROOKS et al., “What is known about the patient’s experience of medical tourism? A scoping review”. BCM Health Services Research, núm. 10, 2010, p. 266.

JJ. CRUZ, “Manantiales termales de Andalucía” en VV.AA. Manantiales de Andalucía, Agencia andaluza del agua. Consejería de Medio Ambiente. Junta de Andalucía, Sevilla, 2008, pp.293-308.

M.DONAIRE; J.ALMARZA, “Las aguas minerales en Andalucía”, en Panorama actual de las aguas minero medicinales en España. Instituto Geológico y Minero de España, Madrid, pp.271-282.

G. FERNANDO et al., “A risk for returned travellers: the post-antibiotic era”, The medical journal of Australia, núm. 193, 2010, p. 59.

J. GONZÁLEZ, “Notas sobre el régimen jurídico de los balnearios”, en VV.AA, 7º Congreso de Turismo Universidad Empresa. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CM. HALL, “Health and medical tourism: a kill or cure for global public health?” Tourism Review, núm. 66, 2011, pp.4-13.

CM. HALL, “Biosecurity tourism and mobility: institutional arrangements for managing tourism related biological invasions”. Journal of Policy Research in Tourism, Leisure and Events, núm. 13, 2011, p.3.

CM. HALL; M. JAMES, “Medical tourism: emergin biosecurity and nosocomial issues”. Tourism Review, núm. 66, 2011, pp.118-126.

DIRECTIVA 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. 327, 2000, pp.1-73. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82524> Acceso el 25 de noviembre del 2017.

INSTITUTO DE ESTUDIOS TURÍSTICOS DE ESPAÑA. Estudios de productos turísticos: Turismo de Salud, Editorial Turespaña, Madrid, 2009.

LEY 22/1973 de 21 de julio de Minas. Boletín Oficial del Estado, núm. 280, pp. 15056-15071. [http://termalismodeandalucia.com/observatorio/legislacion\\_nacional.php](http://termalismodeandalucia.com/observatorio/legislacion_nacional.php). Acceso el 25 de noviembre del 2017.

LEY 9/2010 de 30 de julio de Aguas de Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 155, pp.6-40 <http://www.juntadeandalucia.es/boja/2010/155/1> Acceso el 25 de noviembre del 2017.

FJ. MELGOSA, “Régimen jurídico-administrativo de las aguas Minero medicinales, termales y de los balnearios en Galicia”, en VV.AA Curso de inspección turística, Editorial Xunta de Galicia, 2001, pp.254- 295.

J. MONTANER; J. ANTICH; R. ARCARONS, Diccionario de Turismo, Editorial Síntesis, Madrid, 1998.

MA, ORRIOLS, “La legislación sobre el agua y su incidencia en el sector del termalismo”. Actas del primer encuentro de municipios de aguas minerales y termales de España. Caldes de Montbui, 2001

A. PADILLA, R. DEL ÁGUILA, A. GARRIDO, “El turismo de belleza y salud como segmento emergente: análisis de la oferta en la provincia de Málaga”. Estudios Turísticos, núm.187, 2011, pp.177-192.

A. PAPTHEODOROU, J. ROSELLÓ, H. XIAO. “Global Economic Crisis and Tourism: Consequences and Perspectives”. Journal of Travel Research, núm 49, 2010, pp. 39-45.

F. PEÓN, Turismo de Salud, termal o de balneario: el uso turístico del territorio catalán. Editorial IQS-URL, Barcelona, 2003.

FM. ROGE, E. PAWLOWSKAT, “Análisis de la satisfacción turística en Santiago de Compostela durante el año 2010 e implicaciones sobre la lealtad”. Estudios Turísticos, núm. 188, 2011, pp.113-129.

I. RUIZ, V. MOLINA, VM. MARTÍN, “El oleoturismo como atractivo turístico en el medio rural español”. Papers, núm. 49-50, 2011, pp.89-103.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. <http://dle.rae.es/?w=diccionario> Acceso el 14 de noviembre del 2017.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, Boletín Oficial del Estado, núm. 176, pp. 27791-26817. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-14276> Acceso el 25 de noviembre del 2017.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería, Boletín Oficial del Estado, núm. 295, pp.27847-27856. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-29905> Acceso el 25 de noviembre del 2017.

A. SÁNCHEZ, Turismo de salud: situación actual y perspectivas de futuro. Apuntes del master de organización y dirección turística - turismo de salud. Universidad de Vigo, Ourense, 2006.

JL.VID, Régimen jurídico de las aguas minero-medicinales, Editorial Montecorvo, Madrid, 1980.

C.VOGELER, E.HERNÁNDEZ, El mercado turístico, estructura, operaciones y proceso de producción, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

# “LAS RECLAMACIONES POR CLÁUSULAS SUELO Y OTRAS MUCHAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS ESCRITURAS DE HIPOTECA”

Dra. D<sup>a</sup>. Arantzazu Vicandi Martínez  
Profesora Doctora Encargada de Derecho civil  
Universidad de Deusto

---

---

ACHÓN BRUÑÉN, Maria José (2017). **Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca**. Dykinson. Madrid.

El libro que el lector tiene a su disposición es una magnífica obra que resalta la indiscutible necesidad de tratar los aspectos centrales de las cláusulas abusivas, y concretamente, de las cláusulas suelo.

La obra se inspira desde la casuística, por medio de una formulación a base de cuestiones prácticas a las que se les dan respuestas claras y concisas.

La obra se encuentra dividida en nueve capítulos, a lo largo de los cuales la autora va desggranando los diferentes aspectos a tratar en la materia.

En el primero de los capítulos se aborda la cláusula suelo, estudiándose desde diferentes perspectivas: cláusula suelo con consumidores y usuarios, cláusula suelo con afectado no consumidores o usuarios, supuestos en los que la figura del consumidor resulta conflictiva y la devolución de las cantidades indebidamente abonadas, tanto desde una perspectiva general como desde la casuística concreta de los afectados.

En el segundo capítulo la autora se centra en otro tipo de cláusulas, que también son susceptibles de considerarse abusivas o nulas. En este capítulo se analizan cuestiones tales como los intereses moratorios, el redondeo de los tipos de interés o el tipo de interés variable.

Los capítulos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, hacen referencia a otras cláusulas, que sin haber alcanzado la popularidad judicial de las figuras antedichas, también merecen un estudio exhaustivo como el que efectúa la autora.

Los dos últimos capítulos de la obra son el broche de oro final de todo el estudio efectuado, ya que en los mismos se analizan cuestiones netamente pragmáticas, como son los aspectos procesales del procedimiento hipotecario y la apreciación de oficio de cláusulas abusivas.

En conclusión, esta monografía es un estudio profuso de la cláusula suelo, otras cláusulas y los procedimientos derivados de las mismas, que resulta indispensable para cualquier profesional. Su enfoque práctico, su amplia variedad casuística y la disposición de los capítulos lo convierten en una herramienta útil para el jurista.

# “EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL SEGUIMIENTO DIRECTO DE PERSONAS”

Sara Muñoz González  
Doctoranda del Programa Interuniversitario de Criminología de la Universidad de Granada

---

MARTÍN MORALES, R. (2015) EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL SEGUIMIENTO DIRECTO DE PERSONAS. Comares. Madrid.

Aunque han pasado casi cuatro décadas desde la entrada en vigor de la Constitución, no había sido hasta ahora analizada por la doctrina ni por la jurisprudencia la medida restrictiva de derechos fundamentales que se estudia en esta monografía.

Se trata de una obra adaptada a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para el Fortalecimiento de las Garantías Procesales y la Regulación de las Medidas de Investigación Tecnológica; una contribución doctrinal importante para el estudio de tres de las diligencias de investigación principalmente conectadas al tema de los seguimientos personales: 1) la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, 2) la captación de imágenes en lugares o espacios públicos y 3) la grabación de conversaciones orales directas.

Ya en la introducción su autor deja claros los propósitos que persigue: a) clasificar los distintos tipos de seguimientos directos de personas, con aplicaciones tecnológicas o sin ellas, b) precisar sus límites constitucionales y c) proponer sus diferentes regímenes jurídicos.

Los seguimientos personales directos que se estudian en este completísimo trabajo no son únicamente los policiales, sino también otros de distinta naturaleza, proponiéndose para cada tipo de ellos el régimen jurídico correspondiente. Así, se va sucesivamente tratando dentro de los distintos epígrafes tanto el régimen jurídico general como el régimen singular de los seguimientos especiales. Se estudian concretamente, dentro de los llamados seguimientos especiales, los llevados a cabo por el empresario en el ejercicio de su facultad de supervisión de la actividad laboral, los seguimientos realizados por detectives privados,

los seguimientos practicados por agentes del Centro Nacional de Inteligencia, los seguimientos que hacen los profesionales de los medios de comunicación pública... Asimismo son estudiados en esta obra los seguimientos de personas sujetas a vigilancia mediante agente encubierto y los seguimientos de personas sometidas a libertad vigilada.

Buena parte de las conclusiones que se presentan en esta obra puede el lector encontrarlas sintetizadas en la conclusión número cinco. En ella se diseñan un conjunto de indicadores de constitucionalidad que son los que nos guían a la hora de medir la viabilidad constitucional de un seguimiento personal directo realizado por la policía en el marco de una investigación judicial: a) la previa existencia de una conducta ilícita y de unos indicios que señalen a la persona seguida (remisión a los apartados 3 y 5.2 del libro), b) la naturaleza de los espacios -públicos, privados o intermedios- por los que discurre el seguimiento en cuestión (remisión al apartado 4), c) la adecuada ponderación de la gravedad mínima que debe revestir la conducta ilícita que provoca el seguimiento (remisión al apdo. 5.1, principio de proporcionalidad en los fines), d) la proporcionada duración del seguimiento (remisión al apdo. 8, principio de proporcionalidad en el tiempo), e) la proporcionalidad en la utilización de las aplicaciones tecnológicas, más o menos intrusivas, que se utilicen (remisión al apdo. 7, principio de proporcionalidad de los medios), f) la existencia y la suficiencia de una base legal donde se establezcan las garantías específicas de cada tipo concreto de seguimiento (remisión al apdo. 5.3) y, por último, g) la preservación, en su caso, del principio de reserva judicial, que se estudia muy concienzudamente en el apdo. 6.

Como puede comprobarse, estamos ante una valiosísima monografía escrita por un especialista en derechos fundamentales, intervención policial y medidas restrictivas de derechos.

Los empresarios, en el ejercicio de sus facultades de control dirigidas a verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, pueden practicar seguimientos directos de sus trabajadores, siempre que éstos tengan lugar “en el ámbito donde los trabajadores desarrollen su actividad laboral y durante el tiempo en que el trabajador está a disposición del empresario para desempeñar las funciones concretas de su puesto de trabajo” (p. 55). Lo anterior no significa, no obstante, que puedan los empresarios en el curso o con ocasión de estos seguimientos “interceptar conversaciones de los trabajadores a través de medios electrónicos”, o “utilizar dispositivos o medios técnicos de seguimiento o localización” (*ibidem*). Cuestión distinta sería que esa actividad de control laboral fuese desarrollada a pleno conocimiento del trabajador, una vez que éste haya sido previamente informado tanto de la instalación como del alcance de tales dispositivos de localización, seguimiento y/o grabación.



En su condición de constitucionalista, el autor se adentra en el estudio de las categorías constitucionales involucradas en esta diligencia de investigación: el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), la libertad deambulatoria (art. 19 CE), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), etc., siempre partiendo de la idea de que, “cuando se practican seguimientos o vigilancias aleatorias o desproporcionadas, se retraen los comportamientos de la ciudadanía y se termina instalando en la sociedad la sospecha generalizada de que está siendo vigilada la democracia” (p. 13). Por otra parte, aunque la captación de imagen/sonido a través de las aplicaciones tecnológicas vinculadas a un seguimiento físico no se puede considerar propiamente una recogida de datos de carácter personal, el posterior uso indebido de esas imágenes y sonidos puede afectar al art. 18.4 CE.

Dentro de este apartado dedicado a las categorías constitucionales involucradas en el tema de los seguimientos personales se dedican sendos epígrafes a estudiar la relación existente entre el derecho a la intimidad y los seguimientos personales (p. 14) y entre éstos y el derecho a la presunción de inocencia (p. 15).

Muchas de las aportaciones más valiosas del trabajo que se recensiona se encuentran, sin duda alguna, en su apartado 3, rubricado “El titular del derecho y el problema de las terceras personas afectadas”, llegándose a la conclusión, muy bien fundamentada, de que, por ejemplo, “el seguimiento de un vehículo podrá ser acordado por el Juez a pesar de que dicho vehículo pueda ser utilizado en algún momento por terceros” y, al revés, “puede que sea necesario colocar dispositivos de seguimiento en el vehículo de un tercero si se piensa fundadamente que el investigado lo va a utilizar”.

Hacia la mitad del trabajo, se encuentra el lector con un epígrafe muy clarificador, donde se propone una clasificación acerca de la tipología de los espacios en se aplican medidas restrictivas de derechos fundamentales: 1) espacios domiciliarios, 2) espacios privados no domiciliarios, 3) espacios intermedios, de dos tipos 4) espacios públicos, diferenciando en este último caso entre espacios de uso público, como la vía pública, y espacios públicos patrimoniales, como pueden ser los pasillos de un Ayuntamiento o de una Universidad pública.

El apartado sexto del libro es uno de los de mayor complejidad técnica, pues está dedicado a la garantía de la reserva judicial y a los principales problemas que en la actualidad presenta esta garantía, especialmente en lo relacionado con las llamadas “cláusulas de urgencia”, esto es, aquellos supuestos introducidos por la L. O. 13/2015 donde la policía puede proceder por propia autoridad a restringir el derecho, recabando *a posteriori* la resolución judicial, posibilidad que, al menos aparentemente, parece torcer el principio hasta ahora indiscutible para este tipo de intervenciones restrictivas del carácter previo de la resolución judicial.

Como es sabido, no todas las medidas restrictivas de derechos necesitan para su adopción previa autorización judicial. El autor parte de tres supuestos diferentes: 1) medidas restrictivas que no requieren autorización judicial 2) medidas que exigen autorización judicial previa y 3) medidas que exigen autorización judicial previa, pero que en caso de urgencia puede ser ésta suplida por un control judicial *a posteriori*.

Se pregunta Martín Morales si para la realización de un seguimiento personal hace falta dicha autorización y para responder distingue en primer lugar entre seguimientos físicos y seguimientos tecnológicos. Nos encontramos en este punto, por la profundidad de los argumentos utilizados, ante una de las partes más brillantes del trabajo.

Ya en el apartado 7, se aborda el contenido constitucional de la injerencia, clasificando los distintos tipos de seguimientos personales: seguimientos físicos, seguimientos personales donde se utilizan aplicaciones tecnológicas y seguimientos especiales. Se establece en todos estos casos y de forma muy bien argumentada y clarificadora el régimen jurídico específico de cada tipo de seguimiento personal, no sólo en relación a la necesidad o no de autorización judicial, sino desde el punto de vista de los parámetros de constitucionalidad que se han de tener en cuenta.

Cuando el autor aborda el régimen específico de los seguimientos físicos se ocupa de señalar cómo para la correcta determinación del régimen jurídico imperante tendremos que distinguir entre los casos en que la policía sospecha de una o varias personas concretas como autoras de un delito cierto y los casos en que la policía se encuentra ante un delito cierto pero de autor desconocido.

Diferente es el régimen jurídico-constitucional de los seguimientos físicos donde se utilizan aplicaciones tecnológicas. Nótese que el autor sienta previamente la distinción entre seguimientos tecnológicos en sentido estricto (por ejemplo, una intervención informática o de las comunicaciones) y seguimientos físicos donde se utilizan aplicaciones tecnológicas, que es una hipótesis diferente.

Pues bien, dentro de este tipo de seguimientos físicos donde se utilizan aplicaciones tecnológicas, son estudiadas, como decíamos, tres de las medidas restrictivas que han sido reguladas por primera vez en nuestro ordenamiento por la L. O. 13/2015 y que son las que van a concurrir más frecuentemente con ocasión de la realización de seguimientos policiales. Nos referimos a la utilización de dispositivos y medios técnicos de localización y seguimiento, a la captación de imágenes en lugares o espacios públicos y a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

El último apartado del libro está dedicado al régimen jurídico singular de los seguimientos especiales a los que hacíamos al principio referencia, pero antes de llegar a él se aborda el problemático tema de la duración máxima que puede alcanzar un seguimiento personal directo, volviendo el autor a diferenciar a estos efectos entre la captación y grabación de conversaciones orales directas, la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización y la captación de imágenes en lugares o espacios públicos.

Los seguimientos físicos donde se emplean aplicaciones tecnológicas, ya sea para facilitarlos, ya para la obtención de fuentes de prueba, quedan sometidos –dice Martín Morales- a las normas de duración de cada medida de investigación tecnológica concreta, así como a las normas generales que establecen la duración máxima de las investigaciones judiciales.

Nos encontramos, en definitiva, ante una valiosa monografía en la que el autor va construyendo con paciencia y alta calidad científica el régimen jurídico aplicable a una medida restrictiva de derechos fundamentales que hasta el momento no había recibido el tratamiento no ya integral, sino tan siquiera mínimo, que este trabajo de investigación nos ofrece. La aprobación de la L. O. 13/2015, de 5 de octubre, vino propiciada por las insuficiencias de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que no daba más de sí. Pero, como dice Martín Morales, “sólo estamos a mitad de camino en que lo se refiere a la regulación de los seguimientos directos, en primer lugar porque se ha quedado sin regular el régimen jurídico de los seguimientos físicos en sí mismos considerados –sí lo hacía un antiguo anteproyecto- y en segundo lugar porque la policía judicial no es la única que investiga”. Un enfoque no integrado de la cuestión –concluye el autor- conduce con frecuencia, en la práctica, a resultados absurdos.

# **“EL FRAUDE DE INVERSORES (Especial consideración al tipo básico del artículo 282 bis CP y con actualización al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre)”**

Ángela Casals Fernández  
Profesora Colaboradora de Derecho Penal  
Universidad CEU San Pablo

---

El libro *El fraude de inversores (Especial consideración al tipo básico del artículo 282 bis CP y con actualización al Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre)*, publicado por la editorial Dykinson, presenta un completo y brillante análisis sobre el artículo 282 bis en su modalidad de fraude de inversores, con una exposición valorativa y crítica sobre los elementos del tipo en la doctrina española y extranjera, y con una reflexión personal en cada capítulo sobre los diversos problemas que confluyen en la estafa de inversiones.

El autor del mismo, el Profesor Doctor Ignacio LLEDÓ BENITO, escoge la denominación de “fraude de inversores” en lugar de “estafa de inversores”, para evitar el posible error de confundir este tipo de fraude con el delito de estafa genérica. Esto es así, toda vez que el fraude de inversores es específico para el ámbito del mercado de valores. Además, aplicando el principio de especialidad del artículo 8.1 del Código Penal desplazaría a la estafa genérica del artículo 248 del Código Penal, ya que no reúne el fraude de inversores del artículo 282 bis y por lo tanto, no es propiamente dicho una estafa como tal con todos los elementos esenciales del tipo. Por otro lado, el 282 bis se encuentra en los delitos contra el mercado y los consumidores, a diferencia de la estafa genérica que se incluye dentro de los delitos contra el patrimonio.

La obra se encuentra dividida en siete capítulos, a lo largo de los cuales el autor va desgranando cada uno de los aspectos a tratar sobre el fraude de inversores. El primer capítulo se inicia con la distinción entre delitos patrimoniales y socioeconómicos, así como la ubicación del artículo 282 bis en el Código Penal. Además de desarrollar los antecedentes legislativos, los diferentes Anteproyectos hasta llegar a la regulación actualmente dada. En el segundo capítulo se analizan los elementos del tipo básico, dividiendo el capítulo en dos

secciones: la primera referente al bien jurídico protegido; y la segunda un examen de la naturaleza jurídica del delito. En el tercer capítulo se hace un profundo estudio sobre los sujetos activos y pasivos del artículo 282 bis. Dando un pronunciado interés sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el sujeto activo del artículo 282 bis es una persona jurídica. En el cuarto capítulo reúne el estudio de la conducta típica y el objeto material haciendo una remisión a la Ley del Mercado de Valores. El quinto capítulo se refiere al elemento subjetivo del tipo: el propósito o finalidad del tipo, si es posible su comisión por dolo eventual o si sólo es posible que se cometa por dolo directo, excluyendo de esta manera la imprudencia. Se analiza, así mismo, si cabe la posibilidad del error de tipo sobre los elementos normativos y el error de prohibición. El sexto capítulo está dedicado a las formas especiales de aparición del delito: iter criminis; autoría y participación; y la posibilidad de que se den los concursos de delitos. El séptimo, y último, capítulo, estudia la penalidad del artículo 282 bis en su tipo básico (de uno a cuatro años de pena privativa de libertad), el tipo agravado (de dos años y seis meses a cuatro años de pena privativa de libertad), y el tipo hiperagravado por notoria gravedad (con pena privativa de libertad de un años a seis años), así como la pena de multa de seis a doce meses. En cuanto a su perseguibilidad destaca la necesaria denuncia de la persona agraviada salvo que afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas.

Finaliza el libro con unas brillantes conclusiones, que es aquí donde, desde mi particular punto de vista, radica la importancia de este libro, ya que aporta no sólo un estudio detallado del delito sino que busca las carencias en el actual Código Penal sobre la materia, sugiriendo, a modo de *lege ferenda*, inclusiones en el articulado tanto en la ampliación del objeto material, como de la conducta típica; así como la conversión en un delito común, pudiendo incluir a cualquier persona al estilo de la figura alemana o italiana, toda vez que en los mercados financieros son muchos sujetos los que participan y no debería limitarse a un círculo cerrado de personas. En cuanto a la penalidad, destacamos que aunque el autor no es partidario del aumento de la duración de las penas privativas de libertad en este tipo delictivo, si que considera adecuado el aumento de las multas a las personas jurídicas o físicas, así como el embargo de sus bienes obtenidos con la realización de este delitos y la máxima extensión de inhabilitación especial para operar en el mercado financiero, además de la imposibilidad de realizar actividades relacionadas con el delito cometido en este ámbito.

# **DIFERENTES PERSPECTIVAS DE INTERVENCIÓN CON PERSONAS MAYORES.**

## **Desde la visión de la práctica profesional**

**Dr. Valentín González Calvo**  
**Prof. Titular Universidad Pablo de Olavide**  
**Orientador Familiar. Tanatólogo. Arteterapeuta**

---

**NIETO-MORALES, C; CHICHARRO RODRÍGUEZ, P; CORDERO RAMOS, N. (2017). DIFERENTES PERSPECTIVAS DE INTERVENCIÓN CON PERSONAS MAYORES. Desde la visión de la práctica profesional. Madrid. Dykinson.**

Las personas mayores son las protagonistas de esta obra, y junto a ellas los profesionales e instituciones que se ocupan de su bienestar. La figura de los/as trabajadores/as sociales se hacen presente en toda la obra como profesionales preocupados e implicados en el bienestar del mayor. Uno de los valores del texto está en que los/as autores/as de cada capítulo son profesionales, que sin dejar de lado la reflexión teórica crítica y constructiva, están en contacto directo con la práctica.

El libro supone un recorrido detallado por áreas sustantivas al bienestar de la población mayor. Son constantes las referencias a las políticas públicas que se promueven entorno a este colectivo, y su articulación a través de la legislación que reglamenta los distintos servicios que están a disposición de las personas mayores. La cuestión residencial es una de las preocupaciones principales del texto, tanto si esta se lleva a cabo en alojamientos especializados, como si es en el mismo domicilio del mayor. De otra parte, se destaca otro tema que son los profesionales que intervienen con los mayores, la variedad de profesiones, las condiciones de trabajo, y la salud laboral, es un aporte del texto. La obra, no solo no se olvida, sino que le da protagonismo a la legislación en general, a la cuestión jurídica en situaciones especiales y a la ética de la intervención. Sin desmerecer en modo alguno la obra, se echa en falta algún aporte sobre la intervención con familias con personas mayores, aunque ésta (familia) aparece implícita en buena parte de los capítulos.

La obra está secuenciada en trece capítulos, en los mismos se apunta una mirada amplia hacia las personas mayores como sujetos de derechos y de respeto. Se pretende romper con el estereotipo del mayor como sujeto pasivo, y se apuntan propuestas hacia el envejecimiento activo y preventivo de situaciones de dependencia.



Como se apunta en varios capítulos, la pirámide invertida de edad será una realidad en el 2050, esta circunstancia hará que la legislación y los servicios se orienten de forma decidida ante este volumen poblacional de personas mayores. Los servicios de calidad y cercanos a los ciudadanos son una realidad mejorable. Los distintos capítulos versan sobre la intervención con mayores desde distintos escenarios, así los servicios sociales comunitarios que se apuntan en el capítulo 1, o el perfeccionamiento del servicio de ayuda a domicilio (cap. 4), o también fórmulas novedosas de alojamiento residencial como el *cohousing* (cap.9). Se destaca como muy relevante los aportes sobre la atención residencial desde el modelo centrado en la persona (cap. 2), donde se considera a la persona mayor como individuo poseedor de valores únicos, con una historia y personalidad propia, protagonista de su proceso, con dignidad y merecedor de respeto. En todos los dispositivos que son examinados en los distintos capítulos, se aprecia el valor del trato digno y respetuoso tanto en los casos de ingreso en residencia (cap. 8), como atención domiciliaria a la dependencia (cap. 3 y 4) o en los centros de estancia diurna (cap. 7).

Cada vez es más amplio el espectro de profesionales que trabajan con mayores, para que la atención sea de calidad, se hace *preciso cuidar al cuidador*. La sobre-exposición a la presión asistencial, a las exigentes condiciones de trabajo de las instituciones y empresas, más la exigencia en la atención que ciertos sectores de población mayor requiere (como por ejemplo la atención a mayores con Alzheimer en el cap. 11; o mayores con dependencia alcohólica en el cap. 6; el maltrato a personas mayores en el cap.10, ...hacen preciso llevar a cabo medidas de prevención del desgaste profesional, a la vez que acciones de formación continua para perfeccionamiento y especialización de la calidad de atención profesional.

El documento no pasa de largo por un aspecto relevante, como es el envejecimiento activo y saludable, y la participación social y la construcción de la ciudadanía de los mayores. Las experiencias relativa al teatro social que se muestran en el cap. 13, son una muestra de acciones creativas e innovadoras en pro del envejecimiento saludable. Así mismo, el relato relativo a la transición de los hogares del pensionista, a los centros de participación activa (cap. 8), dan muestra palpable del ajuste de los servicios a los cambios sociales, donde las personas mayores no son meros receptores de la atención asistencial, sino sujetos activos y participativos a través de centros donde la vida activa y el envejecimiento saludable es su filosofía de funcionamiento.

Resaltar en esta reseña los cuidados aportes en relación a la atención a personas mayores enfermas al final de la vida (cap.12). La ética del cuidado precisa del respeto a la autonomía personal y el derecho a la libertad de cada persona. La persona enferma terminal no deja de ser una persona portadora de valores y capacidad de decidir (aun estando mermada por la enfermedad). La especialización en este ámbito y la aplicación de los principios de buenas prácticas serán la razón el acompañamiento al final de la vida.

Finalmente destacar la transversalidad del trabajo social, en los distintos escenarios de actuación con el colectivo de personas mayores. Los/as trabajadores/as sociales se articulan histórica y actualmente en unos profesionales referenciales en la atención a las personas mayores, tanto cuando éste (mayor) se con plena autonomía en su domicilio, o en situación de dependencia, como cuando está ingresado en centros residenciales, o asiste a aquellos dispositivos que promueven la vida activa y el envejecimiento saludable.

# EL ERROR MÉDICO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA.

## LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA CAUSÍSTICA EN LA MEDICINA VOLUNTARIA

Blanca Ballester Casanella  
Profesora de Derecho Civil de la Universidad Politécnica de Cataluña

---

VICANDI MARTÍNEZ, A.(2017) *EL ERROR MÉDICO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA. LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA CASUÍSTICA EN LA MEDICINA VOLUNTARIA*. Colección Consumo y Daños a la Persona. Monografías Iure Licet. Dykinson. Madrid.

I.- La obra aborda en primer término un hecho relevante, cual es el progreso de la medicina, no sólo en lo que a los avances científicos y tecnológicos aplicables a la que misma se refiere, sino también en lo que a su propia concepción respecta. Al hilo de lo expresado, analiza la responsabilidad profesional, aclarando primero la diferencia entre la Medicina curativa y Medicina satisfactiva en base a la doctrina existente.

Al respecto señala, que la Medicina curativa atiende a un proceso patológico, de forma que la asistencia está vinculada al estado de salud de la persona y, por lo tanto, la intervención es necesaria. En cambio, la Medicina satisfactiva es voluntaria y, si bien las actuaciones encuadradas en el concepto son de diversa índole, con carácter general, la persona no presenta dolencias patológicas, y la intervención se lleva a cabo para alcanzar un resultado pactado.

El libro incide en la mencionada diferenciación sustancial entre ambas medicinas en su Capítulo II, habida cuenta de que afecta de manera directa a la obligación existente por parte del profesional. En principio, en la Medicina curativa, la falta de éxito no es sinónimo de resarcimiento o reparación de daños, dado que la obligación del profesional es de medios. Sin embargo, en la Medicina satisfactiva, al ser voluntaria y no necesaria, la naturaleza de la obligación podría considerarse de resultado.

Así pues, atendiendo a la naturaleza de la prestación, las obligaciones se diferencian entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Esta distinción ha pugnado por encontrar acomodo en la doctrina civilista y en la práctica jurisprudencial. Sin embargo, los

problemas teóricos y prácticos que plantea, y particularmente, su falta de regulación legal expresa, han hecho, como puede constatarse en el presente trabajo, que su aceptación haya sido muy desigual en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como bastante controvertida. La presente obra, asienta los fundamentos y presupuestos de este tipo de responsabilidad, algo imprescindible tras la situación de relativa inseguridad jurídica que genera la mencionada falta de regulación expresa.

El estudio se centra pues, en la naturaleza de la obligación que une al médico con el paciente, que se presenta siempre como el prototipo de obligación de medios, pero también por el resultado buscado, tanto por el profesional como por el enfermo.

Tal y como podemos evidenciar a lo largo de las páginas de la presente libro, a diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en general, es unánime en muchos de los aspectos que atañen al binomio Medicina curativa y Medicina satisfactiva, lo cierto es que la doctrina no lo es tanto.

Justamente por la existencia de estas discrepancias, este manual resulta ser muy ilustrativo, porque gracias al estudio pormenorizado de la doctrina y de los diferentes pronunciamientos judiciales, se consigue arrojar luz a dichos aspectos, y conocer más a fondo la doctrina jurisprudencial seguida por el Alto Tribunal.

II.- Una vez analizadas las cuestiones conceptuales más genéricas relativas a la Medicina satisfactiva, el trabajo también se centra en un estudio individualizado de sus tres vertientes: la cirugía estética, (Capítulo III), los tratamientos odontológicos estéticos (Capítulo IV) y la noción de *wrongful conception* (Capítulo V).

El deber de información se agrava en el campo de la Medicina satisfactiva, al exigirse que sea más amplia y exhaustiva que la de carácter curativo. Dicha cuestión ha sido reiterada en los pronunciamientos de los tribunales más recientes y es objeto de un interesante estudio durante todo el Capítulo III de la obra, en el que, como hemos apuntado, también se analiza con especial atención la cirugía estética como primera vertiente de la medicina satisfactiva.

Este tipo de medicina, presenta particularidades reseñables en materia de responsabilidad profesional médica, por esta razón, en el Capítulo III Vicandi Martínez, A., nos facilita una definición jurídica de lo que se entiende por cirugía estética y también un conocimiento del recorrido jurisprudencial del Tribunal Supremo (Salas Primera y Tercera), entre los años 2000 y 2016, en dicha materia.

Se tratan los principios que rigen la responsabilidad civil en el campo de la Medicina voluntaria, en contraposición a los que rigen en Medicina curativa, tanto en relación con la

obligación de medios, (con el concepto de la *lex artis*), como en relación a la responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva. Se abordan los nuevos conceptos de daño desproporcionado y la pérdida de oportunidad aplicable en Medicina voluntaria.

Por último, también en este concreto apartado, se valora el concepto de consentimiento informado en el campo de la Medicina voluntaria y su repercusión jurídica en el campo de la Medicina satisfactiva.

III.- En el Capítulo IV, la autora analiza las dos únicas resoluciones en las que se enjuicia un supuesto de Medicina satisfactiva, pero centrado en una terapia concreta, la odontología referida a la que tiene una naturaleza eminentemente embellecedora, y no la que trata afecciones buco-dentales.

La implantología es un de las áreas de la odontología que mayor evolución y avance técnico y científico ha experimentado en los últimos años, logrando la mejora en la salud y calidad de vida a la vez que sigue presente en estos tratamientos, la voluntariedad del acto por la mejora estética que con ellos se logra.

La naturaleza jurídica del contrato que liga a éstos profesionales, al desenvolverse sobre la voluntariedad de los tratamientos, y en consecuencia dentro del marco de las obligaciones que derivan de la medicina satisfactiva, aún siendo híbrida, se aproxima y se asocia más al arrendamiento de obra alejándose de la obligación medial de actividad.

El estudio que la autora aborda en este apartado, viene referido a la responsabilidad profesional que puede exigirse, por daños producidos en este tipo de intervenciones de Medicina voluntaria o satisfactiva que, en sus dos facetas de estética y preventiva, se caracterizan porque la persona o el interesado acude al médico, no para la curación de una patología, sino para mejorar su aspecto físico o estético, siendo en estos casos, plenamente voluntaria la asistencia sanitaria y absolutamente libre, la relación entre el facultativo y la persona que solicita su intervención, en tanto no resulta impuesta por un deterioro de salud que la convierta en necesaria.

IV.- En el último Capítulo (V) se examina la posibilidad, de indemnizar los perjuicios producidos en virtud de los polémicos supuestos de *wrongful conception* y *wrongful pregnancy*. Ambas figuras tienen su origen en una relación de hechos que comienza con un paciente, que decide someterse a una intervención para lograr su esterilización a pesar de la cual, acaba concibiendo un hijo no deseado.

Una vez estudiadas las diversas posiciones que sobre el particular existen en nuestra doctrina, de forma conjunta con la jurisprudencia atinente al tema, se afirma la posibilidad de reconocer una indemnización por perjuicios basada por un lado, en la culpa

que genera la mala praxis médica (esterilización mal efectuada); y por otro lado basada en la falta de información al paciente, que en consecuencia no le permitirá adoptar las medidas necesarias a fin de evitar un nuevo embarazo.

La doctrina tiene como hecho más que consolidado, que la obligación de los médicos es la de prestar al paciente los conocimientos que la ciencia brinde en ese momento. Por lo tanto, es su deber aportarle los medios adecuados, pero no tiene que garantizar los resultados positivos de una intervención, si la actuación sanitaria ajustada a la praxis médica, va acompañada de una información comprensible que incluye, la veraz advertencia de que la satisfacción estética o funcional buscada no está plenamente garantizada.

V.- El libro de Vicandi Martínez, A., objeto de esta recensión, constituye una contribución fundamental al debate jurídico sobre la responsabilidad en el supuesto de error médico producido en el ámbito de la cirugía estética. En cada uno de estos apartados, se ha efectuado un estudio doctrinal esencialmente definitorio, que nos ha permitido llevar a cabo un importante análisis jurisprudencial de un lapso superior a un quincenio de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre cada uno de estos conceptos.

En conclusión, esta clara y precisa elaboración dogmática de las bases para la imputación de responsabilidad analizada, proporciona al teórico y al práctico, un instrumento de indudable valor para interpretar una regulación, que como hemos tenido la oportunidad de constatar, cuanta con importantes deficiencias.



# LA INTERVENCIÓN CON FAMILIA.

## La incursión desde la perspectiva de la práctica profesional

Raquel Martín Cayetano  
Trabajadora Social

---

NIETO-MORALES, C; CORDERO RAMOS, N. (EDITORAS) (2017). *LA INTERVENCIÓN CON FAMILIA. La incursión desde la perspectiva de la práctica profesional*. Dykinson. Madrid.

Esta obra, dirigida por las profesoras Dra. Concepción Nieto Morales y la Dra. Nuria Cordero Ramos, ambas, adscritas a la Universidad Pablo de Olavide en el Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales, tiene como misión ofrecer una alternativa a los servicios jurídicos en la resolución de conflictos familiares, considerando como la mejor opción, la intervención de los Servicios Sociales, esta actitud es motivada por la protección de los derechos de la familia y de los menores, entendiendo que el entorno favorable para estos, donde deben ser cubiertas sus necesidades, es en el entorno familiar. En la obra se tratan las diferentes problemáticas que se dan en la sociedad actual dentro del seno de la familia, ofreciendo una visión progresista en materia social.

La presentación, desarrollada por Dña. Susana Hernando Ramos, Fiscal de Familia y Protección de Menores, hace un breve resumen de la problemática ante la que nos encontramos, y las diferentes temáticas tratadas en la Obra.

El primer artículo, *“Evolución de los grupos familiares y las Leyes de familia en España”* escrito por el Dr. Pablo Abascal, profesor de la Facultad de Derecho y especialista en derecho privado, refleja los tipos de familias a lo largo del transcurso histórico de la nación española y las materias en legislación vigentes en la época, haciendo una breve mención de los orígenes, comenzando por épocas remotas, en la que las fuentes de información son escasas, para a continuación dar paso de una manera minuciosa a otros espacios temporales, comenzando por la familia en España en el Siglo de Oro, y pasando por los diferentes contextos históricos, hasta llegar a la época actual, *“La España democrática”*.

El segundo artículo, realizado por Teresa Rama González, *“El programa de tratamiento familiar: un enfoque sistémico de la intervención con familias. Casos prácticos”*, cuenta con la experiencia profesional de la autora, este artículo va dedicado al Programa de atención a Familias con Menores o Programa de Tratamiento Familiar. Dicho programa es

contemplado de con una visión amplia, el artículo explica el resguardo legal del programa, donde se recogen todas sus directrices, objetivos, finalidades, para a continuación, hacer una descripción concisa sobre las diferentes actuaciones y forma de funcionamiento, así como los diferentes órganos que funcionan y se coordinan dentro de este. Entendiendo los motivos de actuaciones en referencia a situaciones de riesgo, maltrato y/o disfunción familiar, y desarrollando estas actuaciones de los diferentes procesos que se llevan a cabo dentro del Equipo de Tratamiento Familiar. Por último se da paso a dos casos prácticos, que hacen situar al lector en diferentes posiciones.

El tercer artículo, *“Aspectos psicosociales y juzgados de familia: problemática y sensibilidad operativa”* escrito por la pfra. Dra. Concepción Nieto-Morales, Purificación Fuentes Pérez y M<sup>a</sup> Dolores Uralde Gorgojo, nos adentra en la problemática tan actual en la que cada vez más menores se encuentran inmersos, el divorcio, dando lugar a nuevas organizaciones familiares, y un proceso de adaptación para el menor que será de diferentes índoles en función de diversos factores. La Justicia, actúa en estos casos, de manera que el menor pueda salvaguardar sus derechos, pero hay que tener en cuenta que en los casos en los que la mediación cabe, se van a reducir los costes personales en el menor, siendo esto favorable para su posterior desarrollo. En este artículo se hace referencia a los diferentes agentes que actúan en pro al menor dentro del sistema judicial, y los métodos que se utilizan en dicho sistema en materia de divorcios en familias con hijos a cargo.

M<sup>a</sup> Luisa Wic Galván, letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, en el capítulo *“Oposición a las medidas de protección de menores”*, plasma el amplio abanico de medidas de protección al menor, siendo estas variadas y tomadas por diferentes órganos, aquí podemos comprender como es el funcionamiento del órgano judicial en materia de menores, y como el sistema público adopta diferentes medidas para salvaguardar el derecho del menor en el Estado Español, como también los procedimientos vigentes y sus principios básicos, entre ellos el principio de interés del menor y sus procedimientos.

El quinto capítulo, *“La intervención familiar de un Centro de Acogida Inmediata”*, de la Trabajadora Social Antonia Pérez Varela, hace referencia a la profesión del trabajo social y sus funciones en un centro residencial de menores, para ello, la autora hace mención al contexto actual en el que nos encontramos, no olvidando el marco legislativo que ampara al menor en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Todo esto, para a continuación adentrarse a en las funciones del centro de acogida inmediata, así como el funcionamiento y las diferentes herramientas usadas por los técnicos del centro.

El sexto capítulo, redactado por Encarnación Sánchez Arenas, *“Intervención social con familia de menores en acogimiento residencial”*, hace referencia a la profesión del trabajo

social, y su importancia en el proceso con las familias en este contexto. La autora identifica diferentes modelos, dando estos lugar a diferentes tipos de intervenciones. Da importancia a la familia, en la intervención del menor, siendo fundamental promover el vínculo entre familia y menor, y para esto se vale del trabajo en red con otros órganos, pertenecientes a Servicios Sociales Comunitarios y Especializados, pasando por las fases metodológicas necesarias para el éxito de la intervención.

La abogada y asesora en la Mancomunidad de la Janda en Cádiz del Instituto de la Mujer, María del Rosario Torres Reviriego, en el séptimo artículo del libro, *“La violencia de género y la familia”*, pone de manifiesto la magnitud de este problema, tratando sus distintas formas en el capítulo, en primer lugar nombra la violencia de género en la relación de pareja, siendo la mujer, la que se encuentra en situación de riesgo y vulnerabilidad; en segundo lugar entiende a los menores como víctimas directas de este tipo de violencia, y en tercer y último lugar, hace referencia a los adolescentes, como víctimas o agresores de violencia de género, la autora dedica gran parte del artículo a este fenómeno, expresando la necesidad de evitar esta situación de violencia de género en los adolescentes, puesto que es una etapa crucial para el desarrollo de la identidad del ser humano.

El profesor Manuel Muñoz Bellerín, y la Dra. Nuria Cordero Ramos, adscritos al Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide, aportan el octavo capítulo, *“La mediación en el trabajo social. Una aproximación al conflicto familiar desde las narrativas de un grupo de personas sin hogar”*, en este trabajo se aproximan a la situación de la persona sin hogar, y entiende la importancia de trabajar las relaciones familiares desde la profesión del trabajo social. Aportan actuaciones de mediación para trabajar con este colectivo y la familia.

El noveno capítulo, escrito por Marta García Cañeque, Psicóloga General Sanitaria, se titula *“Terapia familiar en adicciones”*, entiende que el núcleo familiar tiene un papel importante en la adicción de una familiar, apostando no solo por el tratamiento del enfermo, sino que apuesta por el tratamiento de la familia. La autora expresa dentro del núcleo familiar pueden existir factores de riesgo para la persona adicta, y propone la intervención psicológica a la familia, y aporta técnicas para los familiares en los momentos de crisis, para abordarlas de forma individual o con el seguimiento de un profesional.

*El capítulo de “Ludopatía y familia: superar la adicción al juego de azar mediante programas de rehabilitación de enfoque integral”*, es el décimo artículo este libro, es escrito por María Josefa Vázquez Fernández, Doctora en Ciencias del Trabajo. En este artículo se entiende la ludopatía como una enfermedad, afectando a diferentes áreas de la vida del ludópata, y no solo al área económica. El juego puede ser una vía de escape de una persona

con problemas, pero cuando la persona que juega se habitúa a estas conductas patológica, genera más problemas personales y familiares, por lo que la familia también se convierte en víctima del problema.

En el undécimo capítulo, de la Trabajadora social del Centro de Internamiento de Menores infractores “La Jara”, María José Cuadrado Ortiz hace referencia a su labor profesional con menores y familia, en un centro interno de menores infractores, en primer lugar explica el marco institucional ante el que se encuentra, para finalmente hacer referencia a los distintos perfiles de menores infractores, y los distintos centros para estos colectivos que podemos encontrar. En este capítulo trata el factor multidimensional que existe en estos contextos, y de manera exclusiva habla del trabajador social en su labor con las familias, entendiendo estas como sistemas, por lo que las actuaciones irán enfocadas a las diferentes partes. La autora, explica los diferentes programas específicos de intervención con menores y familia.

El duodécimo capítulo, *“Los menores no acompañados en la inmigración africana. Pérdidas familiares y emocionales. Estudio de casos”*, de los que son autoras las Profesoras Concepción Nieto-Morales, María Josefa Vázquez Fernández y la abogada experta en extranjería Victoria Vidal Fernández, hace referencia a las trayectorias de vidas de los menores inmigrantes no acompañados en España MENAs, en este trabajo encontramos la normativa vigente que aborda la situación del Estado Español, y se hace referencia a la situación de estas personas como sus vivencias personales. Es importante saber que la etapa de adolescencia en la que se encuentran hace difícil la actuación con estos colectivos. En este artículo se hace referencia a vivencias personales de MENAs de diferentes nacionalidades.

El capítulo *“El acoso escolar y la implicación familiar. Estudio de casos”*, es el artículo decimotercero de este libro, escrito por la Dra. Concepción Nieto-Morales y el profesional en Criminología y profesional de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del estado Antonio Carrillo Izquierdo, en este tratan el acoso escolar con carácter multidireccional, entendiendo la educación del menor como un deber por parte de familia, colegios y en otros casos diferentes órganos del estado. El bullying debe ser tratado con la prevención y la intervención, ya que genera problemas sociales e incluso problemas de salud en el menor afectado.

Jesús Delgado Baena y María Elena Ruiz Gutiérrez en el decimocuarto capítulo del libro, *“Trabajo Social y convivencia educativa. La experiencia de la asociación CIMA en el Polígono Norte de Sevilla”*, ponen de manifiesto su experiencia práctica en la Asociación CIMA, que trata de erradicar la reproducción desigual de la sociedad en dos colegios de

Sevilla. Para lograr sus objetivos esta asociación trata tanto al alumnado como al contexto familiar, teniendo en cuenta el contexto de marginalidad ante el que se encuentran. CIMA trabaja en conjunto con otros servicios del estado, y atiende al menor tanto con terapia individual como con terapia grupal.

El decimoquinto capítulo de este libro, *“Reflexiones sobre la repercusión y efectos de la enfermedad de algún miembro de la familia sobre el resto de los miembros”*, escrito por Lourdes Nieto Cabrera y Concepción Nieto-Morales, reflejan como la enfermedad de un miembro de la familia, afecta a la familia en su totalidad, Este trabajo refleja la situación de la familia actual, siendo diferente a la familia tradicional y encontrándonos con diferentes estructuras en la familia, sin embargo, esta sigue siendo un gran apoyo para sus miembros, Por otra parte, la enfermedad de un familiar afecta en diferentes dimensiones a todo el núcleo familiar, y las formas de afrontar la situación pueden ser muy variadas.

El decimosexto trabajo del libro, *“La generación de cambios de segundo orden desde el trabajo social familiar en contextos no clínicos”* cuyos autores el profesor Valentín González Calvo, adscrito a la Universidad Pablo de Olavide y Johanna Zapata Posadas, profesora de la Universidad Pontificia Bolivariana en Medellín, Colombia, trata el cambio de la familia como un objetivo marcado por el profesional del trabajo social, el servicio y la familia, dentro del sistema terapéutico, aunque este cambio es deseado de diferente forma por estos perfiles. En el artículo, se hace referencia a la tipología de cambios, para a continuación hacer referencia a los contextos clínicos y no clínicos donde se da el cambio. Para finalmente, centrar la atención en los cambios no clínicos propiciados por el trabajador social en los diferentes contextos de actuación de los Servicios Sociales.

El último capítulo del libro, *“Trabajo social con Familias. Uruguay”* escrito por la Dra. Mónica de Martino Bermúdez y Cecilia Espasandín Cárdenas, adscritas a la Universidad de la República Uruguay, hace referencia a las actuaciones que el trabajador social realiza en el contexto familiar, ofreciendo a este profesional diferentes medidas prácticas, subjetivas y/o objetivas de la intervención con el colectivo. Por último, en este capítulo, se hace hincapié en la necesidad por parte del profesional de abordar en la medida de lo posible la necesidad, el encargo y el deseo de los diferentes agentes en la intervención social.