

Corpus Iuris Regionis

Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
IQUIQUE - CHILE



Nº 12 - Año 12





UNIVERSIDAD ARTURO PRAT

CHILE

Corpus Iuris Regionis.

Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
IQUIQUE – CHILE

REPRESENTANTE LEGAL

Gustavo SOTO BRINGAS

Rector Universidad Arturo Prat

CONSEJO CIENTÍFICO

Sergio CARRASCO DELGADO (Universidad de Concepción); Carlos DEL RÍO FERRETTI (Universidad Católica del Norte, Coquimbo); Jorge TAPIA VALDÉS (Universidad Andrés Bello); Eric Eduardo PALMA GONZÁLEZ (Universidad de Chile); José Luis DIEZ SCHWERTER (Universidad de Concepción); Ximena FUENTES TORRIJO (Universidad Adolfo Ibáñez); Francisco CABELLERO HARRIET (Universidad del País Vasco); Jaime VIVANCO SEPÚLVEDA (Universidad Arturo Prat); Francisco ZÚÑIGA URBINA (Universidad de Chile y Universidad Diego Portales); Juan Carlos MANRÍQUEZ ROSALES (Universidad Andrés Bello); Jorge BERMÚDEZ SOTO (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso); Ricardo SANDOVAL LÓPEZ (Universidad de Concepción); Eduardo ALDUNATE LIZANA (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso); Yolanda DUTREY GUANTES (Universidad Rey Juan Carlos).

CONSEJO EDITOR

JUAN PABLO GODOY AGUILERA

Director

Universidad Arturo Prat

PAULINA URBINA VIRGILIO

Subdirectora

Universidad Arturo Prat

COORDINADOR

ARNALDO GUTIÉRREZ MORALES

Sede Victoria

Universidad Arturo Prat

AYUDANTE DE REDACCIÓN

Elio Segovia Olave

CORPUS IURIS REGIONIS
REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA
(Fundada en 1999 por el Prof. Dr. Jorge Tapia Valdés)

1.- LÍNEA EDITORIAL Y OBJETIVOS: Atendido el contexto físico, sociocultural, político y económico en que territorialmente está inserta, los objetivos fundamentales de *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, son: primero: contribuir a la discusión y análisis de problemas y cuestiones de interés actual del Derecho vigente chileno y extranjero, en sus diversas fuentes formales de expresión, desde la óptica Regional, Provincial y Local; segundo: Sin desconocer la pertenencia de este Derecho, de contenido y territorio específicos, al Derecho de general vigencia y aplicación, también se plantea examinar y debatir los aspectos de mayor relevancia de este último; y tercero: contribuir al conocimiento del Derecho desde la perspectiva filosófica, histórica, sociológica, antropológica y demás ciencias humanas.

2.- ADMINISTRACIÓN: La Revista está al cuidado científico de la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique (Chile).

3.- COLABORACIONES: Los colaboradores y autores deben ceñirse estrictamente a las Normas de Redacción e Instrucciones Generales para los Autores que se incluyen en cada volumen. Los trabajos serán revisados y aprobados a través de un Sistema de Arbitraje de pares, de doble anonimato (ciego), nacionales o extranjeros, que al efecto recurra el Consejo Editor de la Revista. Los resultados del arbitraje serán comunicados anónimamente a los autores. Luego de esta evaluación y subsanados por el autor las observaciones del arbitraje, si es el caso, dicho Consejo decidirá de su publicación.

4.- CORRESPONDENCIA: La correspondencia académica (no comercial) para envío de trabajos, comentarios de jurisprudencia y fallos, recensiones o reseñas, libros, canje y otros semejantes debe ser remitida al Consejo Editor de la Revista, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Av. A. Prat N° 2120, Iquique, Chile. Fono-Fax: (57) 394757, Correo electrónico; hugo.vilches.fuentes@gmail.com

5.- PERIODICIDAD: La Revista se publica anualmente en forma regular, sin perjuicio de la edición de Números especiales adicionales.

ISSN: 0717-9529 (Versión impresa)

<http://www.unap.cl/prontusunap/site/artic/20110201/pags/20110201105508.html>
(Versión electrónica, en construcción)

DATOS BÁSICOS
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
ESCUELA DE DERECHO
IQUIQUE, CHILE

Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

11 (2011), 300 pp., 17 x 24 cm.

1. Derecho Regional y Local; Ciencias del Derecho, la Integración y Derecho comparado.- 2. Ciencias humanas.- 3. Historia del derecho y del pensamiento jurídico.- 4. Ciencias jurídico-políticas.-

NORMAS DE REDACCIÓN E INSTRUCCIONES GENERALES PARA LOS AUTORES

Los colaboradores y autores deben ceñirse a las normas de redacción e instrucciones generales que se describen a continuación. En caso contrario, el Consejo Editor dispondrá que el trabajo, que se admita a trámite de publicación, sea reconducido a tales normas, lo que implica riesgos de errores, que los autores pueden evitar si previamente se adaptan a ellas.

1. Los trabajos se enviarán por correo electrónico en formato Word para Windows, sin espacios entre párrafo y párrafo (o sea después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía garamond, tamaño 10 para el texto, y 8 para la citas, notas o apostillas, sea de autores, sea de fuentes, se hará siempre en nota a pie de página, numeradas consecutivamente. Cada trabajo deberá ir acompañado de un Resumen (antepuesto al texto del trabajo o artículo), uno en castellano y de un Abstract en inglés, de no más de 15 líneas cada uno y agregar al menos cuatro palabras clave.
2. Las colaboraciones deben contener en su texto el título completo del artículo, tanto en idioma castellano como en inglés, el nombre del autor, sus grados académicos, su filiación institucional en su caso y cualquier otro dato relevante identificatorio y su correo electrónico.
3. El envío de un trabajo original supone un compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Los trabajos cuyos contenidos ya han sido publicados, o que están siendo sometidos a otros árbitros editoriales, deben adjuntar una carta en que se informa al Consejo Editor al respecto.
4. Se tenderá a dividir los artículos en secciones numeradas con romanos, con rúbrica centrada en mayúsculas y separada arriba y debajo de un renglón del cuerpo del discurso. Este podrá ser nuevamente subdividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de punto [1.], en lo posible no rubricados. De estarlo se debe usar en ese caso letras cursivas. Se recomienda no subdividir excesivamente. Los títulos y subtítulos deben ser claros y concisos. En parte alguna del escrito debe usarse negritas ni subrayado.
5. Para destacar una palabra, palabras u oración del trabajo o de las citas al pie o referencias bibliográficas no se deben usar las cursivas, ni las negritas, ni las comillas, sino en caracteres expandido¹.
6. Las citas textuales deben ir siempre con comillas al comienzo y a su término. Asimismo no se deben usar letras cursivas en este caso, solo comillas. El término de la cita debe concluir con las comillas, luego la llamada de la nota al pie y cerrar con un punto; todo junto, esto es, sin espacio entre los caracteres.

EN RELACIÓN CON LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7. La cita de tratados, manuales, ensayos, monografías se hará de conforme al siguiente esquema que a modo ejemplar se indica:

¹ El espacio entre caracteres expandido se obtiene: insertar cursor en la palabra o selección del conjunto de palabras de que se trate: "formato/ fuente/ espacio entre caracteres/ espacio/ expandido".

- i) Libros: FALCÓN y TELLA, María José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas (Madrid, 1994), p. 62 (o pp. 66 ss.). El o los apellidos del autor irá en VERSALES², mayúsculas y minúsculas. Su o sus nombres de pila con letra normal. El título de la obra en *cursiva* o *itálica*.
- ii) Traducciones: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1960, trad. cast. Barcelona, 2001), p. 214.
- iii) Artículos de Revistas: CEA EGAÑA, José Luis, *Lecciones y desafíos de la democracia constitucional chilena*, en *Corpus Iuris Regionis. Revista jurídica Regional y Subregional Andina I* (Iquique, 1999), pp. 35-47. (o bien p. 40 ss.). Tanto el nombre del artículo como el nombre de la Revista irá en *cursiva*.
- iv) Capítulos en libros editados y artículos en obras colectivas: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX*, en W. AA., KREBS, Ricardo (coord.), *La Revolución francesa y Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1990), pp. 225 - 245. “VV.AA”, o “AA.VV”, significa que se trata de una obra colectiva.
- v) Cuando se trate de citar obras precedentemente citadas, se deberá proceder conforme con el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 3), p. 44. Esta forma de citar significa que ahora se invoca la página 44 de una obra de CLAVERO, cuyo título el lector puede encontrar en la nota 3 del trabajo. Pero si en la nota 3 se hubiera citado más de una obra de CLAVERO, entonces se seguirá el siguiente modelo: CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution...*, cit. (n. 3), p. 44. De este modo se evita el sistema de colocar simplemente “op. cit.” u “ob. cit.”, sin más, que no suele orientar al lector en la búsqueda de la obra que se está citando.
- vi) Documentos en formato electrónico, un ejemplo: SALINAS ARANEDA, Carlos, *Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile*, Rev. estud. hist- juríd. [on line], no. 26 [citado 20 de junio 2004], p. 491-528. Disponible en World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600016&lng=es&nrm=iso&tlng=es Pueden existir otras modalidades de citar en formato electrónico, sin dejar de señalar los datos fundamentales que orienten la búsqueda del lector, como son la fecha de la consulta y la dirección electrónica completa.

² Las letras VERSALES se obtienen: insertar cursor en la palabra o selección del conjunto de palabras de que se trate: ‘formato/ fuente/ activación de Versales’ en ‘efectos’/ aceptar. Si se desea disponer del ‘Abe Versales’ en la barra de herramientas se puede arrastrar a ella, que se encuentra en “herramientas/ personalizar/ comandos/ formato en categorías”.

CORPUS IURIS REGIONIS.
REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA
(Founded in 1999 by Prof. Jorge Tapia Valdés, PhD)

1.- EDITORIAL LINE AND OBJECTIVES: Considering the physical, socio-cultural, political and economical context of the territory in which it is situated, the main objectives of Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina, are: first: contribute with the analysis and discussion of matters which are of interest to the current Chilean and foreign Law. This through diverse formal sources of expression and from the Local, Provincial and Regional viewpoint: second: examine and discuss the most relevant aspects of this Law without ignoring the appropriateness of it in terms of specific content and territory; and third: contribute to the knowledge of Law from the point of view of the Philosophy, History, Sociology, Anthropology, and other social sciences.

2. ADMINISTRATION: The journal is under care of the School of Law at Universidad Arturo Prat Iquique (Chile).

3. COLLABORATIONS: Collaborators, writers and authors should strictly follow the Writing Norms and General Guidelines for Writers included in each issue. The manuscripts will be revised, checked and approved by a system of Peer Review composed by national and international referees, which might appeal to the Editing Council of the journal if it is the case. The results of the reviewing will be anonymously announced to the authors. After this evaluation and once the author has worked on the observations made during the reviewing, if it applies, the council will decide on its publication.

4. CORRESPONDENCE: All the academic (non-commercial) correspondence sending manuscripts, comments on jurisprudence and decisions, recensions or reviews, books, exchanges and other works of similar nature should be addressed to the journal Council, Concejo Editor de la Revista, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat, Av. A. Prat N° 2120, Iquique, Chile. Fono-Fax (57) 394757, email; hugo.vilches.fuentes@gmail.com

5. PUBLICATION FREQUENCY: the journal is published on regular basis every year, without detriment to additional special issues.

ISSN: 0717-9529 (Printed version)

http://www.unap.cl/prontus_unap/site/artic/20110201/pags/20110201105508.html;
(Electronic version, construction)

BASIC INFORMATION
UNIVERSIDAD ARTURO PRAT
ESCUELA DE DERECHO
IQUIQUE - CHILE

Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina

11 (2011), 300 pp., 17 x 24 cm.

1. Local and Regional Law; Sciences of Law; Integration and Comparative Law.- 2. Human Sciences.- 3. History of Law and Law Thinking.- 4. Political-legal Sciences.-

WRITING NORMS AND GENERAL GUIDANCE FOR WRITERS

Collaborators and authors should follow the writing norms and general guidance described as follows. Otherwise, the editing council will determine that the manuscript, which has been accepted for further publication, be redirected to follow such norms. This implies risks of encountering errors that writers could avoid by following such norms.

1. Manuscripts should be submitted on a CD or via email, typed on word format for Windows, font Garamond, size 10 for texts and 8 for quotes, non-interlinear paragraphs. Notes or comments from either authors or sources should always be placed as footnotes consecutively numbered. Each manuscript should include a summary (before the text or article) in Spanish and an Abstract in English of no more than 15 lines each. There should be, at least, 4 keywords.
2. Submissions should include the complete title of the article, both in English and Spanish; the name of the author; academic degrees; institutional affiliation, if it applies, and any other relevant identifying detail and an email address.
3. Sending an original manuscript presupposes commitment on the part of the author so the manuscript has not been simultaneously sent to reviewing to other publishers. Those manuscripts, whose contents have been already published, or are being reviewed by another publisher, must include a statement informing the Editing Council about that situation.
4. The articles will be divided in sections numbered with Roman numbers and centred signing, capital letter and separated from the body of the text. This can be subdivided in paragraphs signalled with Arabic numbers followed by a dot [1.], not signed. In the case that it is signed, it must be in italics. An excessive subdivision is not recommended. Titles and subtitles should be clear and concise, neither in bold nor underlined.
5. To highlight a word, words or phrases in the text body, quotes, footnotes or bibliographic references expanded¹ text should be used and italics or bold or quotation marks should be avoided.
6. Quotes should always be between quotation marks. Italics should not be used. The quote should end by using quotation marks, then the signal for the footnotes and a dot; no spacing between characters.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

7. Agreements, manuals, essays and monographs should follow this guidance; see examples below as reference:
 - i) Books: FALCÓN Y TELLA, María José, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas (Madrid, 1994), p. 62 (o pp. 66 ss.) The author's name or surnames should be written in Versailles², capital and small letters. The author's first name or names should have normal font. The title of the writing should be in *italics*.

¹ Expanded spacing between characters is obtained by positioning the cursor on the selected word or group of words: "format/font/character spacing/spacing/expanded".

² VERSAILLES id obtained by positioning the cursor on the selected word or group of words: "format/font/activate 'Versailles' on 'effects'/accept. If you wish to display 'Versailles Abc' on the toolbar it can be dragged to it from "tools/personalize/commands/format in categories".

- ii) Translations: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1960, trad. cast. Barcelona, 2001), p. 214.
- iii) Journal articles: CEA EGAÑA, José Luis, *Lecciones y desafíos de la democracia constitucional chilena*, en *Corpus Iuris Regiones. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina I* (Iquique, 1999), pp. 35-47. (or p. 40 ss.) Both the title of the article and the name of the Journal should be in *italics*.
- iv) Chapters in edited books and articles in collective works: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX*, en VV. AA., KREBS, Ricardo (coord.), *La Revolución francesa y Chile*, Editorial Universitaria (Santiago, 1990), pp. 225-245. “VV.AA”, or “AA.VV” means it is a collective work.
- v) When quoting writings previously quoted, the following model should be followed: CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 3), p. 44. This shows that it is making reference to page 44 from a CLAVERO’s work, whose title can be found on note 3 of the writing. However, if in note 3 more than one CLAVERO’s work has been quoted, the following should be followed: CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution...*, cit (n. 3), p. 44. This way, simply writing “op. cit.” or “ob. Cit.” is avoided, since it does not guide the reader to findg the quoted work.
- vi) Electronic documents, example: SALINAS ARANEDA, Carlos, *Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código civil de Chile*, Rev. estud. hist.-juríd. [on line], no. 26 [citado 20 de junio 2005], p. 491-528. Available in World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600016&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- vii) There may be other ways of quoting in electronic format, without leaving aside the main details of the information which guide the reader’s search, such as date of search and complete electronic address.

12-2012

Corpus Iuris Regionis

REVISTA JURÍDICA REGIONAL Y SUBREGIONAL ANDINA

ISSN 0717-9529

I. ESTUDIOS

DERECHO INFORMÁTICO

La publicidad engañosa en la red: valoraciones desde el ordenamiento jurídico europeo y español 19

David LÓPEZ JIMÉNEZ

Nuevos retos jurídicos planteados por las relaciones de consumo online 43

Juan M. VELÁZQUEZ GARDETA

DERECHO ADMINISTRATIVO

Público y privado. En la potestad sancionadora 65

Hans MUNDACA HASMUSSEN

DERECHO CIVIL

El sentido de las palabras en las reglas de interpretación de la ley del Código Civil chileno y su aplicación por la jurisprudencia 81

Gonzalo Fernando RAMÍREZ ÁGUILA

SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Pluralismo jurídico, derecho alternativo y la irrupción de nuevos sujetos jurídicos 97

Iker BARBERO

II. SECCIÓN HOMENAJE A NUESTROS ANTIGUOS DIRECTORES

Poder de seguridad y Estado de derecho. Acerca de la función militar de garantía del orden institucional 135

Jorge TAPIA VALDÉS

La idea de validez del derecho en Carlos Santiago Nino 149

Hugo VILCHES FUENTES

III. RECENSIONES

Elio SEGOVIA OLAVE: *Gaceta Jurídica, Edición Especial, Análisis doctrinario y jurisprudencial del Caso La Polar, Abeledo Perrot (Santiago, 2011), 90 páginas* 169

I. ESTUDIOS

DERECHO INFORMÁTICO

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA RED: VALORACIONES DESDE EL
 ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO Y ESPAÑOL

*MISLEADING ADVERTISING ON THE WEB: REVIEWS FROM THE EUROPEAN
 AND SPANISH LAWS*

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ*

Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla –España– y
 Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos –España–
 Profesor Investigador Universidad Autónoma de Chile
 dlopezjimenes@gmail.com

RESUMEN

La importancia de la publicidad, en la actualidad, es muy significativa. Aunque la misma puede ser objeto de difusión en numerosos canales, existe uno que, por sus caracteres inherentes, despunta frente a los demás. Nos referimos a Internet. La promoción interactiva debe ser veraz, legal, honesta y leal. Ahora bien, existen supuestos en los que la publicidad no cumple tales caracteres. En tales casos, podrá reputarse engañosa. Esta última modalidad promocional induce o puede inducir a error, modificando el comportamiento económico del consumidor. Podemos discernir tres grandes bloques de publicidad digital: sitios Web que pueden considerarse engañosos en su totalidad; *banner*, parcial o com-

ABSTRACT

Nowadays, the importance of advertising is very significant. Although it can be broadcasted through many channels, there is one that, by its inherent character, stands out from the others. We refer to Internet. But the interactive promotion must be truthful, legal, honest and loyal. However, there are situations in which the advertising does not comply these characters. In such cases, it may be considered as misleading. This last advertising modality induces or can induce to mistakes, changing the consumer's economic behavior. We can discern three main groups of digital advertising: websites that can be considered entirely misleading, banners which are partially or completely fraudulent, and finally hidden advertising –which is a figure that

*Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España) con nota media de sobresaliente. Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) con sobresaliente cum laude por unanimidad del Tribunal. También es Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España) con idéntica calificación. Es Premio Extraordinario de Doctorado. Ha realizado, con beca completa, postgrados universitarios en distintas universidades de España. Ha efectuado varias estancias de investigación en diferentes países europeos. Es autor de varias monografías, algunas de ellas publicadas por la prestigiosa editorial Thomson Reuters, así como más de 125 publicaciones en revistas científicas, nacionales e internacionales, 9 capítulos de libros, 15 reseñas y 20 comentarios relativos a legislación internacional, comunitaria y nacional. Parte integrante de comités científicos y consejos editoriales, además de revisor de revistas nacionales y extranjeras. Miembro de proyectos de investigación, ponente de Máster y conferenciante en numerosos congresos nacionales e internacionales. También ha sido director de varias tesis de máster y doctorado. En la actualidad, es profesor investigador, a tiempo completo, en la Universidad Autónoma de Chile (Chile). Correo electrónico: dlopezjimenes@gmail.com;

pletamente, fraudulentos; y, finalmente, la publicidad encubierta –figura que debe distinguirse de la publicidad subliminal–.

PALABRAS CLAVE: competencia leal, Condiciones contractuales, Engañosa, Integración, Internet, Publicidad.

has to be distinguished from the subliminal advertising–.

KEY WORDS: fair competition, contract terms, misleading, integration, Internet, advertising.

INTRODUCCIÓN

Se han formulado numerosas definiciones en relación a la publicidad. Sin ceñirnos a un concepto estrictamente legal, del que, dicho sea de paso, posteriormente nos ocuparemos, podemos manifestar que tal fenómeno puede básicamente definirse como un proceso que se sirve de los medios de comunicación masiva con la finalidad de dar a conocer un bien y/o servicio con diversos objetivos. Así, entre otros, cabe referirse al hecho de atraer la atención, aumentar el deseo y/o la voluntad de la persona a la que se dirige, para que la misma contrate el producto anunciado. Uno de los caracteres más relevantes de la misma estriba en que el mensaje que transmita sea cierto. *A contrario sensu*, no debe incurrir en acciones u omisiones que puedan determinar que pueda ser reputada engañosa. Este último vocablo –engañar– se deriva del latín *ingannare* que podría traducirse como burlar. En consecuencia, podríamos determinar que se trata de dar apariencia de verdad al anuncio que, en cierta medida, persigue una finalidad perversa.

En la actualidad, la fuerza vinculante de la publicidad no constituye una mera sanción civil por publicidad engañosa, sino que es consecuencia del principio de la buena fe, que, como es sabido, es un principio general del Derecho de contratos. Aplicado al supuesto concreto de la publicidad interactiva, tal previsión supone que el contenido de la publicidad será exigible si la normativa del Estado de destino reconoce tal extremo, a pesar de que el Estado donde tenga su origen el anunciante no se reconozca la integración publicitaria del contrato.

Para cumplir las funciones que le son inherentes, la publicidad debe disfrutar de un alto nivel de confianza por parte del consumidor y/o usuario con carácter general. A tal fin, es necesario que la misma sea fundamentalmente veraz, legal, honesta y leal. La mala publicidad –que no cumpla todos o alguno de los mencionados caracteres–, aunque represente una porción minúscula, respecto al conjunto total, irá socavando la confianza del consumidor y toda publicidad acabará, de una u otra manera, sufriendo las desfavorables consecuencias. Por ello, en beneficio de toda la sociedad, para que no acontezca este último extremo, es preciso que la publicidad, en general, esté regulada. Existen dos opciones, que no son excluyentes, sino complementarias, a saber: la regulación normativa –o heterorregulación– y la autorregulación –o disciplina de la propia industria–.

En el presente artículo estudiaremos, en primer término, el fenómeno de la publicidad, con carácter general, si bien veremos las particularidades que prevalecen en el caso de la promoción efectuada en la Red. A pesar de la profunda crisis económica imperante, sobre todo en el escenario europeo, constituye un fenómeno que, frente a otros medios, no cesa de crecer. En segundo término, desde la perspectiva europea y española, nos centraremos

en el examen de la publicidad engañosa o fraudulenta. Además de analizar su delimitación conceptual, nos ocuparemos de las diversas modalidades que, sobre el particular, existen.

II. RELEVANCIA DEL FENÓMENO COMERCIAL EN EL ESCENARIO VIRTUAL

La publicidad en Internet, a pesar de la profunda crisis económica imperante, está protagonizando un crecimiento muy significativo¹. Asimismo, Internet es uno de los medios más consumidos en la actualidad –lo que, naturalmente, es extensible a la publicidad–. El desarrollo de este último, como nuevo medio de difusión masiva de contenidos, se erige como una realidad incontestable, con todos los visos de seguir experimentando un incremento exponencial en los próximos años.

1. Delimitación positiva y negativa

La publicidad es un instrumento competitivo², de los más significativos de la sociedad contemporánea³, que los operadores económicos utilizan en el tráfico para promover la contratación sobre los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado⁴. Es un claro ejemplo de información asimétrica⁵. También ha de repararse en que la publicidad no solo expone los caracteres de los productos y/o servicios, sino que va más allá. En efecto, se configura como un medio que transmite, inculca y exalta determinados valores y pautas de conducta estimados como la base común de la conciencia colectiva⁶.

Tal actividad no solo es información⁷ –ni siquiera hoy tiene el máximo protagonismo–, sino que prima la persuasión. A través de esta última, el fenómeno publicitario presenta connotaciones de agresividad, dado que, en la actualidad, la competencia económica de los empresarios se realiza a través de la publicidad⁸. La finalidad persuasiva, propia del denominado modo publicitario, como modalidad formal típica de los mensajes publicitarios, menoscaba la objetividad, que es característica de la información, aunque el predominio de una u otra dimensión dependen de la expresión publicitaria concreta. En esta línea,

¹ La inversión publicitaria en medios digitales se ha situado en segunda posición en el primer semestre de 2012, con un 18,3% del total, a cierta distancia de la televisión (43%), pero por delante de los diarios (15,6%), la radio (8,3%), las revistas (7,1%), exterior (6,7%), los dominicales (1,1 %) y el cine (0,3%).

² ROMERO GIMÉNEZ, Manuel, “Publicidad engañosa”. En *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 1995), p. 163 y sigs.

³ ALPA, Guido, *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino (Bologna, 1986), p. 123.

⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107 (Madrid, 1968), p. 14; DE LA CUESTA RUTE, José María, *Lecciones de Derecho de la Publicidad*, Publicaciones de la Universidad Complutense (Madrid, 1985), pp. 32 y sigs.

⁵ La exigencia de que la información sea veraz permite reprimir las expresiones publicitarias que incluyen alegaciones falsas, suponiendo, de este modo, un abuso de la asimetría en la información entre anunciante y receptor del mensaje comercial. Sobre este particular, MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU)”. En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Consejo General del Notariado (Madrid, 1988), p. 680.

⁶ TATO PLAZA, Anxo, “La explotación publicitaria de los sentimientos y el derecho de la competencia desleal: el caso “Benetton”, *Derecho de los Negocios*, núm. 44 (Madrid, 1994), pp. 13-17.

⁷ La parcela informativa de la publicidad, aunque sea mínima, debe reconocerse.

⁸ BEATER, Axel, “Zum Verhältnis von europäischen und nationalen Wettbewerbsrecht (Überlegungen am beispiel des schutzes vor irreführender werbung und des verbraucherbegriffs)”, *GRUR Int.*, (Alemania, 2000), pp. 965 y 966; SPANG, Kurt, *Persuasión. Fundamentos de retórica*, Eunsa (Pamplona, 2005), pp. 167 y 168.

cierto sector de la doctrina apunta que, frente a los mensajes puramente informativos, la comunicación publicitaria actual va unida a una intensa actividad creativa⁹.

La remisión de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos debe reputarse publicidad. Es visible, por consiguiente, el desplazamiento del término “publicidad” por el de “comunicación comercial”, pero dotando a este de un significado muy próximo al tradicional de publicidad¹⁰. Podría, en este sentido, considerarse que el recurso al término “comunicación comercial” obedece al deseo del legislador de ensanchar el concepto de referencia, propiciando, de esta manera, la regulación y el control de nuevos fenómenos promocionales que podían encontrar en el nuevo escenario de la publicidad interactiva un ámbito de desarrollo particularmente favorable. En todo caso, aunque el término publicidad se menciona en el apartado 2.i) del anexo de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante LSSI-CE), el que se define es el de comunicación comercial¹¹ –del mismo modo que en la Directiva europea de comercio electrónico–.

En este sentido, de acuerdo con el anexo f) de la LSSI-CE, podemos definir comunicación comercial electrónica como “toda forma de comunicación¹² dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional¹³. A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”¹⁴. Como puede deducirse, la citada norma contempla una acepción positiva y otra negativa de comunicación comercial.

En cuanto a la primera –de carácter positivo–, cabe señalar que incide en la labor de promoción que el anunciante opera, respecto a ciertos productos o servicios, en el ejercicio de su actividad comercial virtual, lo que supone una comunicación entre el anunciante y el receptor de la publicidad –destinatario que podrá ser individual o colectivo, dado que la definición no exige que el mensaje necesariamente se dirige a una pluralidad de personas–.

⁹ BASSAT, Luis, *El libro rojo de la publicidad*, Planeta (Barcelona, 2003), p. 50.

¹⁰ BODEWIG, Theo (2000) “Electronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb”, *GRUR Int.*, (Alemania, 2000), p. 476, considera que se trata de una aportación de dudosa eficacia.

¹¹ Dicho concepto de comunicación comercial es objeto de reiteración, en lo sustancial, en el art. 2.a) de la Propuesta de Reglamento Europeo, de 4 de octubre de 2001, relativo a las promociones de ventas en el mercado interior.

¹² El recurso a la expresión “toda forma de comunicación” constituye un claro acierto. En efecto, las nuevas técnicas de comunicación –que, en el espacio digital, avanzan a un ritmo imparable– dan lugar a nuevos formatos publicitarios.

¹³ Debe advertirse que el concepto de comunicación comercial presente en la normativa mencionada coincide, de manera sustancial, con el art. 2 de la Directiva europea 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, así como con la definición ofrecida al respecto por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

¹⁴ La primera norma española que delimitó este tipo de publicidad presentaba carácter autonómico. Se trata del art. 1.3.e) de la Ley española 5/1997, de 8 de julio, por la que se regula la publicidad dinámica en las islas Baleares, que la definió como aquella actividad consistente en “el envío de mensajes publicitarios mediante comunicación telefónica, por fax o a través del llamado correo electrónico”.

Ha de advertirse que tales actuaciones deben respetar no solo las previsiones establecidas en la LSSI-CE, sino también las normas imperantes en materia publicitaria y comercial¹⁵. Interesa poner de manifiesto que el precepto que analizamos, trae causa del art. 2.f) de la Directiva comunitaria de comercio electrónico que, a su vez, coincide, de manera sustancial, con la operada por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

Se trata de una delimitación enormemente amplia, dado que incluye toda modalidad de publicidad virtual con independencia del formato del mensaje comercial –audiovisual, gráfico y/o sonoro–. De igual modo, en la definición que analizamos, tendrían cabida tanto las actividades publicitarias electrónicas de carácter colectivo –cual, por ejemplo, es el *banner*– como las actividades de *marketing* directo¹⁶ –como un correo electrónico–. En todo caso, la finalidad del mensaje debe ser la promoción de bienes y/o servicios o la imagen de la empresa –esta última constituye la denominada publicidad corporativa–. Tal presupuesto determinará que excluyamos del carácter de comunicación comercial al menos tres modalidades de mensajes. En primer lugar, los mensajes difundidos en Internet con una finalidad puramente informativa. En segundo lugar, la publicidad institucional¹⁷ cuya finalidad sea el fomento de ciertas conductas solidarias –piénsese, por ejemplo, en la donación de órganos–. Y, en tercer y último término, la propaganda política o religiosa que persiga la adhesión de la población a una determinada creencia política o religiosa.

Muy relacionada con la peculiar finalidad de la publicidad en Internet, a la que hemos hecho referencia, se encuentra la exigencia de que la misma se desarrolle en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Tal previsión representa una cuestión significativa, ya que, como es sabido, tanto en el mundo físico como en el virtual, pueden realizarse campañas comerciales que no tengan como finalidad fomentar el consumo de bienes y/o servicios, dado que, a título de ejemplo, pueden promover la moderación en el consumo o ciertos fines de carácter social general.

Ahora bien, a pesar de la amplitud de la definición que estudiamos, existen, además de la restricción negativa –a la que seguidamente nos referiremos–, ciertas limitaciones, pues es preceptivo que los mensajes comerciales sean realizados en beneficio de una empresa,

¹⁵ Cabe, entre otras muchas, destacar la Ley española 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; Ley española 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias –especialmente significativa, a nuestros efectos, resulta el art. 19.1.–; y, por último, Ley española 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

¹⁶ El *marketing* directo representa una de las actividades de comunicación de la empresa que mayor crecimiento ha protagonizado en los últimos años.

¹⁷ Algunas normas, dada la enorme amplitud del concepto de publicidad, facilitan la aplicación de su articulado a esta modalidad publicitaria. Así, por ejemplo, el art. 2.f) del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de mayo de 1989, y el art. 3.c) de la Ley española 25/1994, de 12 de julio, que incorpora la Directiva de Televisión sin Fronteras. Por otro lado, debemos señalar que la publicidad institucional está regulada por la Ley española 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, que establece el marco normativo en el que deben desarrollarse las campañas institucionales promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal. También debemos mencionar la Ley española 7/2003, de 20 de marzo, de Publicidad Institucional de la Comunidad Valenciana; Ley española 16/2003, de 24 de marzo, de Publicidad Institucional de Aragón; Ley española 6/2006, de 20 de junio, de Comunicación y Publicidad Institucionales de Asturias; y la Ley española 18/2000, de 29 de diciembre, de Publicidad Institucional de Cataluña.

organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. A efectos de la normativa que examinamos, únicamente estos últimos podrán ser reputados anunciantes. Este extremo determina que los mensajes de compraventa entre particulares difundidos en la Red no estén sometidos a la LSSI-CE, sino al Código civil español –Cc–.

Respecto a la acepción de carácter negativo, debe indicarse que alude a aquella actividad en el entorno telemático que, aunque tiene por finalidad tanto la promoción de productos y/o servicios como la potenciación de la propia imagen de la empresa, no merece la consideración de publicidad porque no se realiza en el contexto de una comunicación entre el anunciante y el público destinatario. En este sentido, no deberían, a título de ejemplo, ser reputadas como comunicación comercial los sitios *Web* en los que se recojan comunicaciones comerciales sobre una determinada empresa, sus productos y/o servicios, siempre y cuando la información tenga su origen en un tercero. La normativa legal imperante, como vimos, demanda que dicha información se haya elaborado de manera independiente de la empresa. Tal exigencia parece razonable, pues, en caso contrario, estaríamos ante un supuesto de publicidad encubierta y, por tanto, ilícita. Esta modalidad acontecería cuando el mensaje publicitario no se presentase como tal, sino con un carácter informativo.

En todo caso, la norma que comentamos excluye de la consideración de comunicaciones comerciales electrónicas los nombres de dominio. Estos últimos son direcciones que nos permiten acceder al sitio *Web* de una determinada empresa, organización o persona, desempeñan la función de identificación de la empresa en la Red, así como de los bienes y/o servicios de la misma. Dado que los nombres de dominio, *a priori*, no promocionan la contratación de los productos ofertados por una empresa, no pueden ser considerados comunicación comercial. Ahora bien, cabe referirse a dos situaciones cuya exclusión del concepto de comunicación comercial podría resultar discutible. Por un lado, la presencia del nombre de dominio en un determinado sitio *Web* contribuye, qué duda cabe, a la promoción de la imagen de la empresa titular del mismo. Tal hipervínculo puede destinarse a información sobre la empresa, pero también a la difusión de comunicaciones comerciales. De esta manera, el nombre de dominio serviría de enlace hacia un espacio puramente publicitario de la Red. Y, por otro, en el patrocinio electrónico, se incluye, en un determinado sitio *Web*, el nombre de dominio de una empresa, ajena a esa página, a cambio de una contraprestación económica o de otra índole. En todo caso, el legislador ha optado por excluir los nombres de dominio del concepto de comunicación comercial, aunque determinados supuestos podrían encajar en este último. La razón de tal exclusión probablemente obedece a que la función publicitaria no es propia e inherente a los nombres de dominio, sino que es de carácter indirecto y ocasional.

2. Caracteres

La publicidad en Internet presenta numerosas ventajas¹⁸ frente a la difusión de publicidad en los medios de comunicación físicos o de carácter tradicional. Así, desde una perspectiva económica, cabe referirse a que se trata de una publicidad más barata. No obstante, pueden existir supuestos en los que, por razones culturales o de otra índole, resulte aconsejable un tratamiento diferenciado de los mensajes publicitarios electrónicos, dependiendo del país receptor de los mismos. En otros términos, los anunciantes pueden

¹⁸ A este respecto, la Exposición de Motivos de la LSSI-CE, alude a diversas ventajas cual la mejora de la eficiencia de las empresas, el aumento de las posibilidades de elección de los usuarios y, qué duda cabe, la aparición de nuevas fuentes de empleo.

verse obligados a desarrollar diversos sitios *Web*, según el país destinatario, para adaptar los contenidos a las peculiaridades nacionales o, en su caso, regionales¹⁹.

Además, puede ser sensiblemente más eficaz que la difundida en otros canales. Una de las ventajas que Internet presenta, a diferencia de otros medios tradicionales, es, en base a los mecanismos susceptibles de monitorización del comportamiento del potencial consumidor y/o usuario, la posibilidad de lograr el perfil del destinatario de la publicidad en el que se tendrán en consideración sus preferencias. De esta manera, podríamos manifestar, sin incurrir en exageración alguna, que estamos ante el paradigma del denominado *marketing* directo, dado que la publicidad virtual suele caracterizarse por una elevada personalización, ostente una alta capacidad de entretenimiento, esté mejor dirigida y sea más eficaz. En numerosos supuestos, además, la publicidad, por la prestación favorable del consentimiento, será menos intrusiva que la difundida en otros medios, sin perjuicio de que, desde hace años, está proliferando llamado el *spam*.

En línea con las consideraciones recientemente realizadas, debe precisarse que, como es sabido, Internet permite establecer una comunicación interactiva con el potencial consumidor y/o usuario, recogiendo numerosos datos a tiempo real, lo que, a su vez, posibilita que se ofrezca un servicio personalizado. En este sentido, debe advertirse una diferencia observable entre la publicidad que analizamos y la realizada en otros medios como la prensa, la radio y la televisión. Esta última, como es conocido, se caracteriza por apoyarse en un diálogo mecanizado, caracterizado por el hecho de que las comunicaciones informativas y persuasivas de la empresa sobre la que versen no se dirigen a un determinado consumidor y/o usuario, sino que lo hacen a una gran masa indeterminada de consumidores potenciales. Dicho en otros términos, el papel del consumidor en los medios de carácter tradicional es fundamentalmente pasivo, ya que no interactúa con el empresario y solo visiona las comunicaciones comerciales que le dirigen las empresas. Como ya señalamos, en la publicidad *on-line* el consumidor realiza una labor activa.

Una última ventaja en la que debe incidirse es el extraordinario crecimiento que, a nivel mundial, están experimentando los usuarios de Internet. Así, en octubre de 2010, se estimaba que la Red de redes contaba con una cifra muy cercana a los 2.000 millones de usuarios en todo el mundo, multiplicando, de forma exponencial, las cifras en diez años –en el año 2000 había 381 millones de internautas–. Por lo que se refiere a España, cabe poner de relieve que cuenta con una tasa media de penetración del 62,6%, llegando, en el momento actual, a los 29 millones de usuarios. En definitiva, podemos afirmar que, a fecha de hoy, no existe ningún otro medio de comunicación que esté experimentando un crecimiento tan significativo.

3. La imparable proyección de futuro en el plano mundial

Una de las manifestaciones más significativas que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación han supuesto, a nivel empresarial, se observa en la publicidad virtual. Para que esta última sea más eficaz y eficiente, se han puesto en práctica novedosas técnicas (caracterizadas básicamente por su bajo coste, rapidez y capacidad de llegar a un alto número de usuarios) que tienen como finalidad captar la atención integral de los receptores. Puede,

¹⁹ Nos encontramos ante una manifestación de la denominada “glocalización” –pensar globalmente, actuar localmente–. Constituye una especie de variante más compleja de la globalización, porque aúna los términos “globalización” y “localización”.

a tal efecto, afirmarse que el sistema de promoción tradicional ha perdido valor en beneficio del virtual. Todo ello resulta más patente en el caso de los menores de edad. Tal colectivo ha sido denominado como nativo virtual por la singular soltura y destreza con la que, desde el origen, se mueven con tales tecnologías.

Toda empresa que, en la actualidad, pretenda perdurar en el mercado competitivo global debe incorporar las nuevas tecnologías en su actividad cotidiana, para estar permanentemente adecuada a las tendencias de venta, a través de los nuevos medios tecnológicos, y poder diseñar estrategias de *marketing* electrónico. La necesidad de las empresas de mantener los clientes y de estrechar relaciones con los mismos –*marketing* relacional²⁰– determina que aquellas busquen formas de llegar directamente al consumidor individual, personalizando la oferta, constituyendo, de esta manera, novedosos tipos de venta que permiten que las empresas establezcan relaciones continuadas y directas con el mismo, esté donde esté.

En línea con cuanto venimos poniendo de manifiesto, cabe indicar que uno de los aspectos más interesantes que los contratos celebrados con consumidores presentan es, precisamente, el relativo a su período precontractual, es decir, todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes, antes de que otorgue el consentimiento, para la perfección del contrato. En este instante, es relativamente habitual que el consumidor y/o usuario tenga conocimiento de las características esenciales del bien y/o servicio que pueden interesarle, del que, dicho sea de paso, puede estar informado en virtud de la publicidad recibida –tanto a través de canales tradicionales como virtuales–.

A finales del siglo XX, algunos autores²¹ determinaron que la publicidad en Internet, cuyo origen se sitúa a principios de los años noventa, constituía una transformación radical del paradigma de *marketing*, que evolucionó desde un modelo predominantemente unidimensional a otro totalmente interactivo, con relaciones uno a uno personalizadas, que progresivamente está alcanzando más protagonismo. Los efectos, como veremos, no dejan indiferente al destinatario.

La publicidad difundida en Internet, según ponen de manifiesto las estadísticas operadas en los últimos años, constituye una actividad en auge. A pesar de la fuerte crisis económica, que desde hace unos años padecemos, la inversión publicitaria en Internet no ha dejado de crecer, siendo, asimismo, las previsiones de futuro, al respecto, muy optimistas.

La inversión real estimada en medios convencionales alcanzó los 5.621,3 millones de euros durante el año 2009, cifra que supone un decrecimiento del 20,9% respecto a la registrada en el año anterior. Por segundo año consecutivo, todos los medios presentan caídas en la cifra de negocio, con la única excepción de Internet. Este último ha tenido un aumento interanual de 7,2%, llegando a alcanzar un volumen de inversión publicitaria de 654,1 millones de euros frente a los 610,0 millones del año 2008. El porcentaje que Internet supone sobre el total de la inversión en el año 2009 es del 11,6%. Como anticipamos, diversos estudios operados por entidades de renombre en la materia –Arcemedia, Mediascope y PWC– prevén un incremento significativo de la publicidad en Internet para los próximos años. En

²⁰ El *marketing* relacional (que constituye una interacción entre el *marketing* tradicional y las relaciones públicas) se fundamenta en lograr la fidelización del cliente. Todo ello en virtud del conocimiento de la persona, tratando a cada cliente como único, pretendiendo, en cualquier caso, que este se perciba, en el plano práctico, como tal. Tal extremo determina que las empresas se vean obligadas a obtener la mayor cantidad posible de información de carácter personal.

²¹ PEPPERS, DON y ROGERS, Martha, *The One to One Manager*, Doubleday (New York, 1999), p. 22.

este último sentido, entre los instrumentos que contribuirán al importante crecimiento de la publicidad interactiva, ocuparán un destacado lugar los *Smartphones*.

III. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA O FRAUDULENTA DIFUNDIDA EN LA RED

1. Concepto

Uno de los principios generales más relevantes del Derecho de la Publicidad es el denominado principio de veracidad, cuya finalidad es eliminar el error del público respecto al contenido de los mensajes publicitarios²². En otras palabras, prohíbe la publicidad engañosa o falaz. Se encuentra presente, sobre todo, en los arts. 3 de la Ley española General de Publicidad (LGP), así como en los 5 y 7 de la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) –tras la modificación de la Ley española 29/2009, de 30 de diciembre–. Desde su primera decisión²³ sobre la Directiva europea 84/450, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –TJCE– puso de manifiesto que el concepto de publicidad engañosa es de carácter autónomo, cuya interpretación última corresponde al mismo, quedando, por consiguiente, los tribunales estatales obligados a interpretar la legislación nacional según el significado a esa categoría en el Derecho comunitario.

Tiene como elemento principal de su regulación la inducción a error –bien por acción bien por omisión– de los destinatarios. La inducción a error se verifica a través de la interpretación por el público de los consumidores, sobre todo en virtud de la figura del consumidor medio que, a tenor de la sentencia europea del TJCE²⁴, de 16 de julio de 1998 (Asunto C-210/96 “Gut Springenheide”²⁵), es toda persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz. Esa noción se diferencia de la que ha imperado tradicionalmente en la legislación alemana de competencia desleal que tomaba como referencia un consumidor irreflexivo y susceptible de engaño con cierta facilidad. Tal criterio contrastaba, dicho sea de paso, con el que instauraban la mayoría de los Estados miembros del espacio comunitario, que proporcionaban un nivel de protección menor, ya que tomaban como referencia un consumidor medio y escéptico.

El criterio que finalmente acoge el TJCE, así como determinada normativa comunitaria, en cierta medida, coincide con el presente en la práctica de la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos que, desde la *Policy Statement on Deception*, de 1983, considera que la valoración del carácter engañoso de los actos y prácticas debe acometerse desde el prisma del consumidor razonable o medio y cuando van dirigidos a un determinado grupo de la audiencia desde la perspectiva de un miembro razonable del grupo.

²² El pasado 8 de junio de 2011 se aprobó en la sesión plenaria del Senado español una iniciativa del Partido Popular, por la que se insta al Gobierno español a promover medidas que garanticen la veracidad en la información publicitaria, tal y como recoge la Directiva del Parlamento Europeo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Cabe destacar que la senadora del Grupo Parlamentario socialista español, Maestre Martín de Almagro, hizo, en el curso de los debates, una referencia a los sistemas de autorregulación, calificándolos como mecanismos útiles, eficaces y necesarios que complementan los instrumentos legales, citando, como paradigmático ejemplo, el acuerdo firmado en el año 2007 para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria del Instituto Nacional de Consumo y Autocontrol.

²³ STJCE (europea) de 16 de enero de 1992, *Nissan*, asunto C-373/90.

²⁴ La noción de consumidor medio, empleada por el TJCE, ha tenido una gran acogida en la jurisprudencia española.

²⁵ También se recomienda la lectura de la STJCE de 13 de enero de 2000, *Estée Lauder*, asunto C-220/98.

Con el recurso, por parte de la Directiva europea de prácticas comerciales desleales y de la LCD, a tal configuración –la figura del consumidor medio– puede advertirse que las posibilidades de engaño o de inducción a error se reducen, dado que no puede ser fácilmente engañado. Si extrapolamos tal parámetro valorativo a la publicidad difundida en la Red, ha de considerarse que el consumidor que recurre a Internet tiene, como regla general, un nivel superior a la media²⁶. De hecho, en ciertas modalidades publicitarias, como los grupos de noticias o los foros, los usuarios son, si cabe, más cualificados. Por consiguiente, teniendo en cuenta tales premisas, para valorar si una comunicación comercial difundida en la Red podría considerarse engañosa, habría que suponer que el consumidor medio de Internet, dada sus cualidades, tiene una cultura y formación superior a la media, por lo que presenta una mayor capacidad para interpretar y asimilar los mensajes que visiona.

Ahora bien, para reforzar la protección de determinados grupos de personas especialmente vulnerables, en los que concurren bajos niveles de información y de atención, más necesitados de tutela jurídica, la Directiva comunitaria de prácticas comerciales desleales –así como el art. 4.3 de la LCD– añadió una nueva categoría de consumidor medio, cual es el consumidor medio del grupo. De este modo, se pretende rebajar el nivel general del consumidor medio, situándolo en un punto medio más adecuado al grupo de personas afectadas, con un resultado final de que, en estos casos, las posibilidades de engaño serán sensiblemente mayores²⁷. Esta última decisión adoptada en la norma permite prescindir del conjunto del público destinatario de una determinada práctica y enjuiciarla, según sus efectos, sobre un grupo específico de consumidores, siempre que estos presenten una especial vulnerabilidad, sean claramente identificables y el efecto de la práctica sobre este grupo resulte previsible para el comerciante²⁸. Tal previsión supondrá para el empresario la carga de adoptar las medidas oportunas y razonables que sean necesarias para evitar que sus prácticas comerciales dirigidas a un público en general –que no puedan ser reputadas engañosas bajo tal prisma– puedan afectar a un determinado grupo de consumidores a los que, de acuerdo con su especial vulnerabilidad o credulidad, pueda inducir a error²⁹.

²⁶ Las sentencias del TJE sobre *Google* –asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, sentencia de 23 de marzo de 2010– y *BergSpreche* –asunto C-278/08, sentencia de 25 de marzo de 2010–, definen la noción de “usuario de Internet normalmente informado y razonablemente atento” como el consumidor de Internet estándar.

²⁷ No obstante, se muestra crítico con esta decisión RUIZ PERIS, Juan Ignacio, “La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal”. En RUIZ PERIS, Juan Ignacio (Dir.), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), p. 59. Tal autor determina que la escasa técnica legislativa de la Directiva y de la Ley de Competencia Desleal implica el consentimiento de que se limiten las posibilidades de protección del grupo que se pretende defender en mayor medida. Es decir, al cambiar el estándar de consumidor medio por el de miembro medio de un grupo de consumidores especialmente vulnerables se protege, en mayor medida, a estos. Ahora bien, al establecer que la distorsión sea previsible para el empresario o profesional autor del comportamiento –lo que, en cierta forma, equivaldría a una suerte de dolo eventual–, se reduciría sustancialmente la protección.

²⁸ TATO PLAZA, ANXO; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley (Madrid, 2010), p. 113.

²⁹ Así, por ejemplo, en el caso de los menores de edad, dada la especial credulidad de los mismos, el anunciante deberá describir, con claridad y fidelidad, las características y prestaciones de los bienes y/o servicios. Con carácter adicional, para no distorsionar los verdaderos extremos del producto anunciado, habrá de ofrecer información complementaria.

Antes de analizar, de manera somera, algunos de los comportamientos engañosos que se suscitan en Internet³⁰, cabe incidir en que los mismos no deben ser confundidos con las simples exageraciones publicitarias. Estas últimas son aquellas alegaciones comerciales, de carácter altisonante, que el público normalmente no toma en serio. En este caso, no se podrá hablar de inducción a error, ya que son considerados supuestos de *dolus bonus*³¹. A este respecto, la LCD impide calificar tales exageraciones –siempre que sean percibidas como tal por los consumidores– como prácticas desleales, ya que, dado que el público consumidor conoce su verdadero alcance, no puede tener incidencia relevante en el comportamiento económico de los mismos. Del mismo modo, y, en cierto sentido, relacionado con cuanto comentamos, se manifiesta la posibilidad de considerar lícito una cierta cuota o nivel de engaño, debiendo delimitarse, ante un supuesto concreto, la frontera del “engaño tolerable”³².

Junto a las exageraciones publicitarias se encuentran los que podrían denominarse “juicios estimativos”. Los mismos podrían concebirse como aquellas alegaciones publicitarias que, en la Red, expresan simples valoraciones personales, sin fundamentación objetiva alguna, relativas a determinados bienes y/o servicios. Uno de sus caracteres más reseñables es que los mismos esencialmente giran en torno a puntos plenamente opinables, respecto a los cuales no existen parámetros objetivos, en base a los que determinar su exactitud o inexactitud, como, a título de ejemplo, sería el caso de la apariencia externa de un cierto producto y/o servicio. Debemos incidir en el hecho de que los juicios estimativos, realizados en relación a bienes y/o servicios difundidos en la Red, no podrán dar lugar a un supuesto de publicidad engañosa. La razón de tal aseveración obedece a que el mismo no será concebido como el público de los consumidores, como la alegación de un hecho objetivo y/o verificable, sino como la expresión de una mera opinión que será vista como tal.

2. Modalidades

A continuación, nos referiremos a algunas de las prácticas más frecuentes de publicidad engañosa en la Red que hemos estimado pertinente clasificar en tres bloques. En primer término, analizaremos los sitios *Web* engañosos en su totalidad, analizando dos prácticas que, recientemente, están generalizándose, cuales son el *phishing* y el *pharming*. Posteriormente, nos ocuparemos de las diversas modalidades de *banner* engañosos, para, finalmente, detenernos en el examen de la publicidad encubierta –que ha de distinguirse de la publicidad subliminal–.

³⁰ Un grupo de casos, respecto a los que puede afirmarse su carácter engañoso, que no analizaremos, en profundidad, pero al que cabe referirse, es el de las ofertas vacías en la Red. Podemos afirmar que nos encontramos ante las mismas cuando en la publicidad virtual se promociona un bien y/o servicio que no está en el mercado o se difunde electrónicamente una determinada oferta a la que los consumidores y/o usuarios no pueden acceder. En estos supuestos, el riesgo de inducción a error es obvio. De hecho, se generan expectativas razonables en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, de poder acceder en el mercado a dicho bien y/o servicio ofertado en la Red. De esta manera, dado que dichos productos no están, en absoluto, disponibles en el mercado, las expectativas generadas por la publicidad virtual podrían verse sensiblemente afectadas.

³¹ En cuanto a la jurisprudencia española que existe sobre la exageración publicitaria, cabe mencionar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo Español –STS–, de 24 de febrero de 1997, y la Sentencia de la Audiencia Provincial –SAP–, de Madrid, de 14 de diciembre de 2001.

³² De hecho, podríamos manifestar que en cualquier mensaje promocional siempre hay cierto engaño, pues su finalidad es inducir la demanda de un producto y/o servicio.

2.1. Sitios Web engañosos en su totalidad: entre la infracción civil y el ilícito penal

Una práctica ilícita que está teniendo lugar en la Red es la creación fraudulenta de sitios *Web* corporativos o de *banner* –presentes, en ocasiones, en las redes sociales– o enlaces electrónicos –que resultan accesibles a través de correos electrónicos no solicitados³³– que emulan o enlazan con las páginas bien de bancos y/o cajas de ahorros, bien de empresas que ofertan bienes y/o servicios que, por las condiciones ventajosas, pueden ser especialmente atractivos para el consumidor y/o usuario. Lejos de ser un fenómeno aislado, la realidad pone de manifiesto un aumento alarmante de tales prácticas ilícitas³⁴. De hecho, debe llamarse la atención que España está entre los primeros países del mundo donde están ubicados los servidores que alojan las direcciones electrónicas fraudulentas. Aunque constituyen técnicas ilícitas muy similares y, en cierta medida, relacionadas, hemos de advertir que las mismas deben diferenciarse de las que analizaremos en el apartado siguiente. En este último, nos referiremos a los *banner* engañosos, que bien omiten algún dato relevante para el consumidor y/o usuario, bien contradicen la información de la página *Web* con la que enlazan.

Entre las prácticas engañosas cabe, entre otras, referirse al *phishing* y al *pharming* que, en puridad, es una variante del primero. Ambas persiguen conseguir, de manera fraudulenta, las claves personales de uso preceptivo en la banca electrónica³⁵.

El *phishing* es la suplantación de determinados sitios de Internet. Se trata de correos electrónicos engañosos, así como sitios *Web* fraudulentos que, con diversos argumentos³⁶,

³³ Tales supuestos han sido objeto de valoración por parte del Jurado de Autocontrol –organismo de control ejemplar en el seno de los sistemas de autorregulación que existen en España–. Así, la Resolución, de 27 de mayo de 2004, en la que la Asociación de Usuarios de la Comunicación presentó una reclamación frente a un correo electrónico que, en principio, se consideraba enviado por Banesto. Posteriormente, se puso de relieve que estábamos ante un intento fraudulento de conocer las claves bancarias de sus destinatarios.

³⁴ Existen numerosas resoluciones que versan sobre tales prácticas. Así, entre otras, las SAP de Burgos de 14 de diciembre de 2007 (JUR 2008/82074); Auto de la Audiencia Provincial –AAP– de Guipúzcoa de 17 de junio de 2008 (JUR 2009/17663); AAP de Guipúzcoa de 23 de junio de 2008 (JUR 2009/17222); Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana de 25 de junio de 2008 (AC 2008/1621); AAP de Madrid de 24 de julio de 2008 (JUR 2009/82572); Sentencia de la Audiencia Nacional de España –SAN– de 18 de febrero de 2009 (JUR 2009/109414); SAP de Valladolid de 10 de marzo de 2009 (JUR 2009/141860); SAP de Madrid de 7 de julio de 2009 (JUR 2009/363847); SAP de Madrid de 8 de septiembre de 2009 (JUR 2009/429381); AAP de Madrid de 29 de septiembre de 2009 (JUR 2010/11289); SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2009 (ARP 2010/160); AAP de las Palmas de 22 de diciembre de 2009 (JUR 2010/170431); AAP de Barcelona de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010/166196); SAP de Valladolid de 10 de marzo de 2010 (AC 2010/368); AAP de Madrid de 10 de mayo de 2010 (JUR 2010/252644); AAP de Madrid de 19 de abril de 2010 (JUR 2010/233349); SAP de Valladolid de 21 de junio de 2010 (ARP 2010/766); SAP de Madrid de 29 de julio de 2010 (ARP 2010/1105); y Auto del Tribunal Supremo –ATS– de 28 de septiembre de 2010 (JUR 2010/348003).

³⁵ La banca electrónica se desarrolla en el marco del comercio electrónico. Se trata de un comercio electrónico directo, en lo esencial, puesto que las entidades de crédito prestan sus servicios directamente a través de la Red: asumen obligaciones dinerarias, realizan pagos y cobros que pueden liquidarse electrónicamente, mediante la compensación de saldos con clientes de otras entidades de crédito. Para ello, utilizan redes cerradas para asumir compromisos en firme frente a terceros en forma de garantías, créditos documentarios o transferencias –sistemas SWIFT–, en un volumen de negocio que alcanza cantidades astronómicas. Pero también comercializan, de forma creciente, servicios bancarios en abierto, a través de Internet, tanto con consumidores, como con otro tipo de clientes.

³⁶ Normalmente, los correos electrónicos fraudulentos justifican la petición de las claves electrónicas en motivos de seguridad, mantenimiento, mejora en el servicio y confirmación de identidad. Asimismo, suelen incentivar la introducción de las claves de sus destinatarios con mensajes que indican que, de no efectuarse, la cuenta del titular será suspendida.

aparentan proceder de instituciones de cierta confianza para su destinatario –bancos, cajas de ahorros, etc.–, si bien, en realidad, no es así, dado que su única finalidad es conseguir las claves personales del usuario con las que poder apropiarse de su dinero³⁷. En los últimos tiempos, en vista de la incesante proliferación de tales prácticas fraudulentas, numerosas entidades de crédito, que han padecido tales ataques, están advirtiendo a sus clientes de la necesidad de identificar este tipo de acciones. Este proceder ha sido elogiado por el Banco de España pudiendo, por consiguiente, colegir que representan buenas prácticas bancarias indicativas, en todo caso, de una conducta diligente del banco.

El *pharming* –modalidad también conocida como “*phishing* sin cebo”– constituye una técnica más peligrosa, si cabe, que la anterior. Se fundamenta en la manipulación de las direcciones *Domain Name Server* –habitualmente conocidas como DNS– que teclea el usuario para acceder al sitio *Web*. De esta manera, las páginas que el usuario visitará no serán las verdaderas, aunque, en apariencia, sí serán muy similares. La finalidad será la misma que en el *phishing*. Para entender, con más claridad, en qué consiste esta práctica engañosa conviene indicar cómo funciona la manipulación de las DNS. A este último respecto, cabe precisar que, cuando se teclea una determinada dirección electrónica, en el navegador, para poder acceder a la misma, debe convertirse a la dirección IP³⁸ real de la página que se pretende visitar. Normalmente, el navegador no puede realizar esta conversión, por lo que se precisa de un servidor DNS para que la efectúe³⁹. Como recordamos, el *pharming* dirige su ataque sobre los servidores DNS, modificando la correspondencia numérica a todos los usuarios que pretendan acceder a los mismos. De esta manera, cuando, en el navegador, se teclee la dirección de la entidad financiera, en virtud del *pharming*, el DNS le otorgará otra dirección numérica diversa a la real, direccionando al usuario a un sitio *Web* aparentemente igual al original, si bien, en todo caso, presentará carácter fraudulento⁴⁰.

³⁷ Se trata de una técnica que se sirve de la ingeniería social, por lo que su éxito está limitado. Esta última consiste en la manipulación de las personas para que realicen actos que, en otras circunstancias, no efectuarían. En el caso que sometemos a examen: claves personales necesarias para el uso de la banca electrónica.

³⁸ La dirección IP se encuentra constituida por números y no por letras. Su formato es del tipo: 000.000.000.000. Está formada por cuatro cifras decimales –de 0 a 255– separadas por puntos. Ahora bien, dado que tales secuencias de números resultan difíciles de recordar, el usuario introduce una dirección integrada por letras y, en su caso, números.

³⁹ Así, cuando, por ejemplo, se teclea la dirección electrónica de una determinada entidad financiera, se envía el nombre tecleado a un servidor DNS. Este último dispone de un registro que administra tales nombres, otorgándoles la secuencia numérica, para, de este modo, conducir al usuario al sitio *Web* deseado.

⁴⁰ Existen diversas modalidades de *pharming*. Hay una particularmente efectiva que es la que se realiza a nivel local, es decir, individualmente o en cada equipo. Para ello, únicamente debe modificarse un archivo denominado “HOSTS”, que incluye todo ordenador que funcione bajo el sistema operativo *Windows* y, además, haga uso del navegador *Internet Explorer*. El mencionado fichero actúa de manera que no resulta necesario acceder al servidor DNS para visionar el sitio *Web* deseado, ya que almacena una tabla con las direcciones de servidores e IP que más utiliza el usuario. Tal fichero se puede modificar remotamente o a través de virus. Los ataques mediante virus, como los troyanos, se difunden a través de códigos, como *JavaScript* o *VisualScript*, *ActiveX*, *HTML*, *PHP*, entre otros, desde páginas *Web*, programas de intercambio, mensajería instantánea, correos electrónicos y otros medios que modifican la configuración del ordenador de la víctima para captar la información –como las operaciones bancarias en línea–, residiendo, de forma oculta, en las computadoras que logran “infectar” y activándose cuando el usuario visita determinados sitios *Web* de bancos, capturando las claves de acceso e incluso las pantallas para conocer el estado de las cuentas corrientes.

Sin perjuicio de la normativa civil⁴¹ que sanciona la publicidad ilícita –así, entre otras, la LGP, la LCD y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General española para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU)–, la misma también es objeto de represión a través de las leyes penales. En este último sentido, determinadas actuaciones cometidas en la Red podrían ser castigadas a través del delito de publicidad engañosa –art. 282 del Código Penal español (CP)– que podrá concurrir junto con otros tipos penales como el delito estafa –art. 248. 2 y 3 del CP–. Naturalmente, ha de valorarse la posibilidad de que se impongan sanciones administrativas⁴².

2.2. Banners engañosos en red

A) Concepto y amplitud del fenómeno: en torno a la diversidad de espacios digitales

La promoción comercial que acontece en Internet, que es uno de los pilares del comercio electrónico, puede tener lugar a través de distintas técnicas publicitarias, que representan un elemento importante de información al consumidor. Mucho se ha avanzado desde el que se considera el primer mensaje comercial difundido en la Red –data de 1994 en el sitio Web Hotwired.com–. En aquel momento, los anuncios eran marcadamente estáticos, si bien, hoy día, incluyen sonido, audio, vídeo u otros efectos no menos significativos.

Por lo que se refiere a las actuaciones publicitarias que en el mundo digital pueden concurrir, cabe referirse, entre otras, a las páginas *Web* en las que, como regla general, se difunde la imagen de una determinada empresa y/o organización, así como ciertos productos y/o servicios. Ahora bien, dentro de los formatos publicitarios, ocupan un destacado lugar los *banners*⁴³ –sin perjuicio de que existen otros–. Estos últimos, que en castellano podrían traducirse como banderolas, constituyen una imagen gráfica que incluye texto cuya pulsación activará un enlace que conducirá al usuario al sitio *Web* del anunciante. Se trata de una figura que básicamente se crean con imágenes –que pueden adoptar el formato GIF y JPEG– o con animaciones ideadas a partir de animaciones como *Flash*, *Java* o *Adobe*.

En una inmensa mayoría de casos, la figura que analizamos busca atraer tráfico hacia el sitio *Web* del anunciante que abona una cantidad pecuniaria por su inclusión. Por ello, en numerosos supuestos, adoptan diseños llamativos y fuertemente vanguardistas. Su objetivo, como puede deducirse de cuanto hemos adelantado, pasa por comunicar el mensaje que incluyen al mayor número posible de eventuales destinatarios.

⁴¹ Cuando la publicidad tenga transcendencia contractual, su carácter fraudulento podrá conducir a la celebración de un contrato viciado por parte del consumidor. Según su relevancia, el consumidor podrá entablar una acción de cumplimiento demandando las prestaciones y/o condiciones presentes en la publicidad. Asimismo, podrá dar lugar a la resolución del contrato cuando se trate de un incumplimiento de carácter grave, junto a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que se hubiesen causado por la falta de cumplimiento. De igual modo, si la publicidad hubiera dado al inicio de tratos preliminares sin llegar a la conclusión del contrato, el perjudicado podría ejercitar una acción por responsabilidad contractual o *culpa in contrahendo* que permitirá que el consumidor pueda demandar los gastos ocasionados por la no celebración del contrato. Por otro lado, la Ley española General de Publicidad permite que se ejerciten las acciones de cesación o rectificación para salvaguardar el principio de veracidad de los consumidores ante una información distorsionada o inexacta.

⁴² A este respecto, deben tenerse en consideración los arts. 48 a 52 del TRLGDCU.

⁴³ Los *banners* representan la publicidad exterior de la aldea global. Además de comunicar un mensaje, posibilitan el acceso directo del usuario a ulterior información sobre el producto o la empresa promocionada.

Cualquier sitio presente en la *Web* resulta susceptible de incluir este tipo de figuras, aunque, en un elevado porcentaje de supuestos, serán los contenidos con mayor interés para ciertos colectivos o con grandes volúmenes de tráfico.

B) Regulación legal

Uno de los formatos publicitarios más empleados en Internet es, precisamente, el *banner*. En el mismo puede incluirse información bien sobre el sitio *Web* con el que enlaza bien sobre los productos y/o servicios ofertados en aquel. Cabe la posibilidad de que, por un lado, el sitio *Web* contenga informaciones que contradigan las presentes en el *banner*—actos de engaño— y, por otro, que silencie datos fundamentales, cuya omisión pueda inducir a error a los destinatarios —engaño por omisión—. Estaríamos ante supuestos de publicidad engañosa⁴⁴ y, por tanto, ilícita. La ilicitud vendría determinada por su calificación de publicidad engañosa tanto por la información proporcionada como por la omisión de datos significativos. En tales hipótesis, el usuario, al visionar el *banner*, puede verse impulsado a hacer *clic* en el mismo, accediendo al sitio *Web* con el que enlace, viendo, de este modo, defraudadas sus expectativas.

Respecto a los actos de engaño en los que pueden incurrir los *banner*, hemos de tener en cuenta el art. 5.1 de la LCD que apunta que se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios⁴⁵, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico⁴⁶.

Antes de ocuparnos del análisis de esta última norma, cabe hacer un inciso de interés en la cuestión que comentamos. Nos referimos a que, como consecuencia del alcance global de Internet, los mensajes comerciales difundidos en la Red pueden ser vistos por individuos de múltiples Estados. Aunque, a nivel europeo, resulta aplicable el principio de control en origen, complementado con el fenómeno de la autorregulación, lo cierto es que, según el país comunitario, pueden darse interpretaciones diversas a ciertos mensajes. En otras palabras, determinadas aseveraciones, acerca de un bien y/o servicio, según la interpretación que se efectúe, podrían reputarse engañosas en un país, pero no en otro/s. A este respecto, debe advertirse que esta deficiente y equívoca comprensión del mensaje puede obedecer a que el mismo esté redactado en un idioma diverso al habitual del consumidor que, en ese momento, lo visiona. Si bien tal afirmación es relativamente frecuente en Internet, no parece demasiado racional exigir por ley que los anunciantes tuvieran que cuidar estas eventuales dificultades interpretativas por dos razones. Por un lado, en virtud del principio del control en origen, las empresas que difunden en la Red mensajes comerciales únicamente están obligadas a controlar que el contenido de la comunicación publicitaria resulte veraz y no determine equívocos en el país de origen. Por otro lado, exigir a un anunciante la necesidad de valorar todas las

⁴⁴ La calificación de un mensaje como engañoso demanda una delicada tarea interpretativa. Así, debe indagarse cuál es el significado preciso que el público atribuye al mensaje o práctica comercial y, posteriormente, verificar si este mensaje, como ha sido identificado por sus destinatarios, se corresponde con la realidad.

⁴⁵ Repárese que la Directiva europea de prácticas comerciales desleales se refiere a la inducción a error a los consumidores. Sin embargo, dado que la LCD opta por una tipificación única de los actos de engaño, alude a los destinatarios y, por consiguiente, no solo a los consumidores.

⁴⁶ Dicha influencia en el comportamiento económico de los consumidores genera, de manera indirecta, una lesión en los intereses de los competidores cuyos productos no son elegidos por sus destinatarios, como consecuencia del engaño, con la distorsión de las más elementales reglas de juego concurrencial en el mercado, en cuanto escenario económico en el que estos sujetos se desenvuelven.

posibles interpretaciones de un determinado mensaje en Internet, sería una obligación de muy difícil e, incluso, imposible cumplimiento. Por tanto, salvo que se opte por limitar el acceso de los sitios *Web*, en base a la dirección de IP, a los usuarios de un determinado Estado, deben incentivarse dos medidas. En primer lugar, el anunciante debe extremar su diligencia en la confección del mensaje, evitando recurrir a expresiones que puedan resultar equívocas en ciertos lugares. Para ello, podría resultar conveniente abrir sitios *Web* específicamente adaptados para las regiones en las que podrá visualizarse. Y, en segundo término, el propio usuario de Internet, debe interpretar con extrema cautela los mensajes de la Red.

Volviendo al examen del precepto, como es sabido, la información falsa es aquella que no se corresponde con la realidad. En este sentido, los medios técnicos a los que se recurre en la Red no deben emplearse para crear falsas impresiones en los usuarios. Por su parte, la información veraz, susceptible de inducir a error, es aquella que, aunque pueda ser exacta en un plano abstracto por corresponderse con la realidad, puede generar una incorrecta interpretación de la misma. Asimismo, para determinar la susceptibilidad del mensaje para inducir a error o generar falsas expectativas deberá descartarse, en primer lugar, los criterios de carácter gramatical y/o literal⁴⁷ y, en segundo lugar, la intencionalidad del anunciante. Dicho en otras palabras, únicamente deberá atenderse a la interpretación que del anuncio efectúe el círculo de destinatarios –consumidor medio–.

Un supuesto que resulta susceptible de inducir a error a los consumidores –y, por tanto, debe reputarse engañoso– es aquel en el que el anunciante destaque una determinada característica de los bienes y/o servicios que oferte en Internet, presentándola, implícita o explícitamente, como singular, cuando, en realidad, se trata de un rasgo común del género de mercancías al que el bien y/o servicio en cuestión pertenece. A este respecto, podría llegar a pensarse, por el público destinatario, de forma inadecuada –induciendo, de esta manera, a error–, que dicha característica no está presente, como regla general, entre los productos pertenecientes al mismo género. Este tipo de mensajes tradicionalmente se han englobado bajo la denominación de “alegación de lo obvio”⁴⁸.

⁴⁷ Sobre este particular, la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, de 30 de septiembre de 2010 –órgano de control modélico en el ámbito de la autorregulación promocional en España–, caso Jazz Telecom, S.A.U. vs. Vodafone España, S.A. “Con Vodafone, tu casa es más casa”. Se trata de una reclamación presentada por Jazz Telecom, S.A.U. contra una publicidad de la que es responsable Vodafone España, S.A. La publicidad objeto de controversia en Internet proviene de www.vodafone.es en la que consta el siguiente *banner*: “Vodafone ADSL. 4,90 €/mes para siempre con tu Tarifa Plana de Voz móvil. Descúbrelo”. Dicho *banner* redirige al usuario a otra pantalla en la que consta el siguiente *banner*: “Con Vodafone ADSL tu casa es más casa. Llévate Vodafone ADSL por 4,90 €/mes para siempre con tu Tarifa Plana de Voz”. En el margen inferior izquierdo aparece la siguiente indicación: “Tarifa Plana en ADSL + Llamadas a fijos + Llamadas a móviles. Contrátalo ahora”. El Jurado consideró que la expresión “Vodafone ADSL 4,90 €/mes para siempre con tu tarifa plana de voz móvil” infringía la norma 14 del código de conducta así como el artículo 3.1 del Código ético de Confianza Online –que son dos manifestaciones de la autorregulación acontecidas en España–, en la medida en que era susceptible de generar falsas expectativas entre el público de los consumidores. El Jurado se pronunció en el sentido de que si lo que se pretendía transmitir era el mensaje según el cual la aplicación del precio promocionado quedaba condicionado a la contratación (previa o simultánea) de una tarifa plana de voz, el anunciante debería haber optado por una expresión publicitaria que transmitiera este mensaje de forma más inequívoca y sin posibles ambigüedades.

⁴⁸ Debe, asimismo, advertirse que ciertos códigos de conducta publicitarios tipifican, de forma expresa, esta manera. En este sentido, el art. 26 del Código de conducta publicitaria de Autocontrol de la publicidad dispone que “nadie puede sugerir, en su publicidad, que su producto o servicio posee características particulares cuando estas sean comunes entre los productos o servicios similares”. Tal norma fue objeto de invocación en diversas resoluciones

Respecto a la expresión “comportamiento económico”, debe interpretarse en sentido amplio. De esta manera, el mismo no incluiría tan solo la fase de adopción de la decisión de compra, sino también la etapa previa de búsqueda de la información necesaria para adoptar la decisión, así como la postura respecto al ejercicio y cumplimiento de los derechos emanados del contrato una vez que este se ha perfeccionado. Tal consideración goza de cierto refrendo legal, sobre todo si se valoran el elenco de prácticas que se reputan engañosas en el anexo de la LCD, ya que se incluyen algunas que influyen en el proceso de formación de preferencias del consumidor cuya actitud para determinar una compra resulta dudosa. De tal razonamiento puede inferirse que repercute en el comportamiento económico del consumidor la publicidad que incide en el proceso de búsqueda de información, determinando que, en virtud de engaños, el consumidor y/o usuario acceda al sitio *Web* al que el *banner* se remite.

En cuanto a la figura del engaño por omisión, que, además, debe reputarse desleal, es objeto de regulación en el art. 7.1 de la LCD –con carácter precedente lo era en el art. 4.2 de la LGP– que preceptúa que “se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto”. Del precepto que acabamos de reproducir, junto a las omisiones en sentido estricto⁴⁹, pueden distinguirse cuatro casos diferentes de engaño por omisión.

En primer lugar, concurre omisión de información cuando esta se oculta, extremo que podrá acontecer cuando se incluye de forma que sea imperceptible para un consumidor medio.

del Jurado de Autocontrol. Así, entre otras, las siguientes: resolución, de 23 de febrero de 2000, caso Simón Life “sin cafeína”; resolución de 14 de diciembre de 2006, caso “Panrico S.L.U. vs. Bimbo S.A.U. Hidratos de Carbono Graduales”; resolución, de 31 de agosto de 2009, caso “Lo Mónaco Hogar, S.L. vs. Centros comerciales Carrefour, S.A. “Pikolín viscolátex”.

⁴⁹ Resulta, a este respecto, interesante la STJCE de 12 de mayo de 2011, correspondiente a la cuestión prejudicial planteada por el *Marknadsdomstolen* (Suecia) (Asunto C-122/10). Este presentó dicha cuestión en el marco de un litigio entre el *Konsumentombudsmannen* (defensor del consumidor) y *Ving Sverige AB*, una agencia de viajes combinados, venta de billetes de aviación y reservas de hotel. El Tribunal comunitario determina que las prácticas comerciales incluidas en el artículo 7, apartado 4, de la Directiva europea 2005/29 requieren una apreciación casuística. Es por ello que puede bastar con indicar determinadas características del producto si el comerciante remite a su sitio en Internet, siempre que este contenga información esencial. Y, añade, que la mera indicación de un precio de partida en una invitación a comprar no puede considerarse *per se* constitutiva de una omisión engañosa, siempre que ambos extremos permitan al consumidor tomar una decisión con conocimiento de causa, cuestión que corresponde examinar al órgano jurisdiccional remitente, además debe tomarse en consideración si el comerciante ha adoptado medidas para que las informaciones estén a disposición del consumidor.

En segundo lugar, existe omisión de información⁵⁰ cuando, aunque se incluye de manera visible, resulta ininteligible o ambigua⁵¹ para el consumidor medio –así, por ejemplo, se emplean excesivos tecnicismos, abreviaturas de uso no común, términos generalmente desconocidos, etc.–. En otros términos, se facilita al destinatario la información exigible, pero de manera tan confusa y desordenada que es difícilmente comprensible.

En tercer término, existe omisión engañosa cuando la información se suministra en un momento que no es el adecuado –puede, en suma, ser reputada inoportuna–. Este último supuesto persigue sancionar los casos en los que, siendo cierta y suficiente la información suministrada, no puede, en modo alguno, ser reputada como tal, ya que, en el período de la recepción, el destinatario no está en condiciones de asimilarla.

Finalmente, también existirá omisión engañosa cuando se silencie el propósito comercial de la práctica, si no es evidente por el contexto. Debe advertirse, en todo caso, que esta última modalidad representa una actitud engañosa que ha proliferado extraordinariamente en Internet. De hecho, una de las fórmulas más efectivas para promover la contratación de bienes y/o servicios reside en que el potencial destinatario de la comunicación comercial electrónica no perciba la finalidad publicitaria, ya que se concibe como información desinteresada y objetiva –se trata de la publicidad encubierta y subliminal de la que nos ocuparemos en el subapartado siguiente–.

Asimismo, debe considerarse que la LCD limita su ámbito de aplicación a las omisiones engañosas –cuyas modalidades hemos visto–, entendiendo por estas aquellas omisiones de información sustancial que sean susceptibles de desencadenar falsas expectativas entre el público de los consumidores o una impresión falsa o incorrecta sobre los correspondientes productos y/o servicios.

A este último respecto, interesa reseñar que, en 2007, la Dirección de Consumo y Seguridad Industrial del Gobierno Vasco –España– sancionó a tres compañías aéreas –*Ryanair*, *Lufthansa* y *Air Lingus*– por publicitar de forma engañosa en la Red los precios de sus billetes. La sanción que se impuso a *Ryanair* ascendió a 12.000 euros, mientras que en las otras dos compañías fue de 6.000. El Gobierno Vasco adoptó tal decisión después de verificar que, aunque tales compañías habían sido expedientadas recientemente por anunciar billetes de avión cuyo precio no se correspondía con el coste final de los mismos, no habían

⁵⁰ Repárese, en cualquier caso, en que no nos encontraremos ante tal supuesto cuando las empresas automovilísticas, que efectúen ciertos anuncios en la Red, no incluyan datos sobre las emisiones (a diferencia de lo que acontece en otros medios en los que sí sería preceptivo). En efecto, el Real Decreto español 837/2002, de 2 de agosto, por el que se regula la información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos que se pongan a la venta o se ofrezcan en arrendamiento financiero en territorio español, dispone que los impresos de promoción deberán incluir los datos del consumo oficial de combustible y de las emisiones específicas oficiales de CO₂ de los vehículos a que se refieran y que esta información deberá, como mínimo, ser de fácil lectura y al menos tan visible como la información principal que se recoge en los impresos de promoción y ser fácilmente comprensible. La norma precisa que se entiende por “impresos de promoción”: los manuales técnicos, los folletos, los anuncios en periódicos, las revistas, la prensa especializada y los carteles. Del citado Real Decreto, se desprende que la obligación de dejar claro las emisiones de un vehículo en su publicidad no resultan aplicables a Internet.

⁵¹ El uso de expresiones publicitarias ambiguas puede, qué duda cabe, inducir a error a sus destinatarios. Cuando una expresión presenta varios significados y en alguno de ellos la expresión publicitaria no es veraz, el anuncio podrá ser reputado engañoso. En efecto, existe el riesgo de que el consumidor y/o usuario interprete el mensaje en un sentido que no se corresponda con la realidad.

corregido la situación o únicamente lo habían hecho de manera parcial. El Gobierno Vasco –Comunidad Autónoma de España– consideró que anunciar una tarifa de los billetes en la Red que no se correspondía con el precio real que finalmente debía abonarse inducía a error a los consumidores y usuarios, por lo que, en consecuencia, debía de sancionarse como infracción grave.

Añade el art. 7.2 de la LCD que “para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado”. En efecto, la capacidad de una omisión para inducir a error a los consumidores dependerá de las circunstancias que concurren en el mismo⁵². A tal fin, habrá que valorar, en primer término, la importancia de la información que se omite –deberá ser de carácter sustancial o necesario⁵³–. Asimismo, considerando que prácticamente todos los medios imponen limitaciones espacio-temporales, solo resulta lícito cercenar la información cuando existan justificaciones de tiempo y/o espacio –así, por ejemplo, televisión, radio y prensa escrita–, pero no cuando se trate de Internet, folletos y otros medios. En estos últimos, en los que no existen necesidades de efectuar sacrificios especiales de tiempo y/o espacio, la omisión no estaría justificada, por lo que, de concurrir los demás presupuestos necesarios, podría ser reputada desleal.

Ciertos *banner* que, con relativa habitualidad, pueden resultar engañosos en la Red son aquellos que aluden a concursos y/o juegos promocionales⁵⁴. Dado que el legislador es consciente del enorme atractivo que estas prácticas pueden llegar a despertar en el receptor, que puede bajar la guardia, establece ciertas cautelas. Así, de acuerdo con el art. 20 de la LSSI-CE, en primer lugar, deberán ser fácilmente identificables como tales –y, por tanto, ser susceptibles de ser distinguidos de contenidos informativos–, y, en segundo lugar, habrá de asegurarse que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca. Para evitar que el usuario pueda incurrir

⁵² Así, por ejemplo, entendemos que la omisión podría dar lugar a error cuando existiera un vínculo comercial permanente y estable entre las partes y, sin advertirse, tuviera lugar un cambio relevante respecto a la situación inmediatamente anterior. El consumidor y/o usuario puede considerar que las condiciones del producto y/o servicio continúan igual que en el pasado, pues puede no habersele comunicado ni tener elementos de juicio para ello, por lo que la omisión de datos relevantes, que son aquellos que motivan la decisión de compra, podrá considerarse, como decimos, un acto de engaño.

⁵³ Para que nos encontremos ante una omisión engañosa, será necesario que se omitan datos sobre extremos tan relevantes que determinen que el consumidor tenga una imagen distorsionada de la realidad.

⁵⁴ Es el supuesto que se planteó en la resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 20 de abril de 2010, caso Particular *vs.* Interactive 3G S.L. “MYBYP.NET”. En la misma se resolvió la reclamación presentada por un particular contra una publicidad difundida a través de Internet –en concreto en un *banner* lateral de la red social de *Facebook*– de la que es responsable Interactive 3G, S.L. El anuncio incluye la frase “Consigue el nuevo *iPhone 3GS*. ¡Solo tienes que elegir el color!”. Mediante un *link*, se accede al sitio web, www.mybip.net, en el que se inserta la imagen de un *iPhone 3GS*, y, junto a él, la alegación “Juega, suscríbete y podrás ganar un *iPhone 3GS*”, en letras destacadas, más la información “*iPhone 3GS*. 3 Megapíxeles”. El anuncio, por su específica configuración, establece una clara, directa e inequívoca vinculación entre la participación en el sorteo y la suscripción de los servicios promocionados (“juega, suscríbete, y podrás ganar un *iPhone 3GS*”), por lo que un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz comprenderá sin dificultad que la participación en el sorteo del terminal promocionado está supeditada a la contratación de un servicio de suscripción de pago –durante al menos 30 días–, cuya definitiva activación conlleva, en cualquier caso, la previa aceptación de los términos y condiciones que están indicados en la publicidad.

en error sobre las verdaderas condiciones de tales servicios de entretenimiento –que, en ocasiones, pueden resultar, por su coste, especialmente gravosos– es recomendable que el prestador de servicios, antes de participar en el concurso o juego, pusiera a disposición del usuario las condiciones para que, de este modo, pudiera tomar la decisión oportuna. En este último sentido, como adelantamos, el art. 20 de la LSSI-CE únicamente exige que las condiciones de acceso y participación resulten fácilmente accesibles.

Existe, asimismo, un supuesto que sería susceptible de ser reputado *banner* engañoso por omisión. Nos referimos a los *banner* que ofrecen a los usuarios la posibilidad de acceder a sitios *Web* de contenido (erótico) para adultos, descarga de melodías para móviles, servicios de juego *on-line*, etc. En el caso de que se cliquee sobre los mismos se instala un *dialer* que conecta al usuario a un número de tarificación adicional⁵⁵. Los marcadores telefónicos suelen descargarse mediante un fichero ejecutable –extensión “.exe”– o incluso a través de un control *ActiveX*. Las particularidades del servicio –y, por consiguiente, los altos costes que representaban– son completamente omitidas al usuario. En cualquier caso, debe matizarse que nos encontramos ante una técnica, en gran medida, superada gracias a la progresiva sustitución de las conexiones telefónicas a través de *modem* por las de cable.

2.3. Publicidad encubierta en sitios *Web*

A) Concepto y delimitación conceptual: la necesaria diferenciación de la publicidad subliminal.

Estamos ante un supuesto de publicidad encubierta en un determinado sitio *Web* cuando los mensajes comerciales de una empresa se presentan bajo la apariencia de una información objetiva –por lo que no son identificables como tales– a cargo de un tercero independiente. Se presenta como información lo que, en realidad, es publicidad. En puridad, podría afirmarse que no se trata de un supuesto engañoso como tal, porque el contenido del mensaje publicitario no lo es, sino que lo es la forma mediante la que se difunde la publicidad –un mensaje publicitario se presenta como un mensaje informativo–, por lo que los destinatarios de la misma pueden llegar a ser más vulnerables⁵⁶. En efecto, atribuirán al mensaje comercial un nivel de credibilidad y de objetividad diferente al que le otorgarían si conocieran su verdadera finalidad. De esta manera, el consumidor y/o usuario podría dar al contenido del mensaje el mismo valor que a las informaciones no publicitarias que se

⁵⁵ En cuanto a la utilización de números de teléfono de tarificación adicional, este medio de pago tiene su regulación en el art. 10.3 de la LSSI-CE. El procedimiento consiste en que el usuario se descarga un determinado programa que debe ejecutarse cada vez que se vaya a acceder al servicio y durante el lapso que dure el acceso al mismo. El programa que comentamos se encarga de establecer una conexión a Internet, en virtud de un número de teléfono de tarificación adicional, produciéndose, con ello, el cargo adicional. La LSSI-CE dispone que la descarga de programas que sirvan para estos fines debe efectuarse previo consentimiento informado y expreso del usuario. En este sentido, el empresario debe, como mínimo, prestar la siguiente información: “las características del servicio que se va a proporcionar; las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará; el procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin; y el procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional”.

⁵⁶ Nos encontramos ante una materia extraordinariamente relacionada con el principio de autenticidad. Con la implantación del mismo, precisamente, se pretende evitar el error del público sobre la configuración externa con la que se revisten las expresiones publicitarias. Está, en todo caso, muy vinculado con el principio de veracidad que lucha contra el engaño.

difundan en el medio de que se trate, por lo que se estaría distorsionando la información que podría servir de base al consumidor y/o usuario para adoptar su decisión de compra⁵⁷.

Debe distinguirse la publicidad encubierta de la publicidad subliminal. En virtud de esta última, según preceptúa el art. 4 de la LGP, a través del empleo de técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, se actúa sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida⁵⁸. Nos encontramos ante una práctica que suele emplearse en aquellas comunicaciones que, aunque no son necesariamente publicitarias, recurren a medios audiovisuales en virtud de los que resulta más fácil influir en los estímulos de los sujetos que la reciben, sin que sean conscientes de ello, anulándose, en cierta medida, la libertad de decisión del consumidor. Cabe insistir en que tanto la publicidad encubierta como la subliminal son extraordinariamente difíciles de probar. Aun así, por lo que a la publicidad subliminal respecta, pueden existir supuestos susceptibles de ser considerados como tal. En este sentido, en Internet resulta frecuente que algunos sitios *Web*, a fin de llevar a cabo el ejercicio publicitario, permitan, de manera automática, el uso de determinados programas informáticos. Tal práctica debe considerarse como una técnica empleada por los sujetos anunciantes que tiene por finalidad influir en las decisiones, actitudes e incluso actuaciones de los usuarios sin que los mismos sean conscientes. En tales supuestos, según tal opinión, se estaría utilizando el subconsciente de los usuarios de tales sitios *Web*, para que adopten una determinada decisión, sin que posean una información de carácter suficiente –dado que el mensaje promocional no se percibe de manera consciente–.

B) Regulación legal

En este último sentido, debe advertirse que para que la publicidad encubierta pueda ser reputada desleal, además de pasar desapercibida para el receptor, ha de ser susceptible de inducir a error del mismo.

En la LCD que, como es sabido, transpone al ordenamiento español la Directiva europea de prácticas comerciales desleales, la publicidad encubierta puede ser calificada tanto como un acto de engaño como un acto de engaño por omisión. El engaño sobre la naturaleza y el valor del mensaje procede de la combinación de dos presupuestos. Por un lado, la forma de presentación del mensaje –acción engañosa– y, por otro, la ausencia de indicación de la finalidad comercial de aquel –omisión engañosa–.

Para precisamente poner de relieve que un determinado mensaje presenta carácter comercial y, de este modo, evitar que pueda ser considerado información por el receptor, en lugar de publicidad, deberían fomentarse, a través de la autorregulación, ciertas prácticas

⁵⁷ Como pone de relieve la Resolución de 11 de febrero de 2010 del Jurado de la Publicidad, caso Boehringer Ingelheim, S.A. vs. Labos. Almirall, S.A. “Eklira”, para que la información, aparentemente informativa, pueda encajar dentro del ámbito de la publicidad encubierta, sería preciso que se pudiesen detectar indicios que permitiesen afirmar que con la publicación del artículo se perseguía una finalidad promocional.

⁵⁸ Aunque parezca obvio, ha de repararse en que la mera posibilidad de que el mensaje se perciba, de manera consciente, a través de los sentidos, excluye su calificación como publicidad subliminal.

dirigidas a tal fin⁵⁹. A tenor del art. 20.1 de la LSSI-CE⁶⁰, que dispone que las comunicaciones comerciales electrónicas deberán ser identificables, parece recomendable que los códigos de conducta previeran en su articulado la necesidad de que cuando, en espacios informativos, se incluyeran mensajes comerciales, los mismos fueran fácilmente identificables a través de técnicas ópticas y/o acústicas. Asimismo, parece oportuno establecer mecanismos que permitan deslindar ambos⁶¹.

En la publicidad encubierta, el visitante del mencionado sitio *Web*—que frecuentemente podrá tratarse de periódicos digitales—, no es consciente de que está recibiendo un mensaje publicitario, creyendo, de manera errónea, que constituye información neutral a cargo de un tercero⁶². Cabe incidir en que tales mensajes se difundirán a cambio de una contraprestación económica⁶³ que habrá de entenderse en un sentido amplio. Así, dentro de tal concepto, deberían tener cabida no solo las hipótesis en las que el tercero percibe una remuneración dineraria, por la difusión del mensaje, sino aquellas otras en las que el tercero recibe cualquier otra modalidad de contrapartida no dineraria —como, por ejemplo, sería el caso de los elementos técnicos necesarios para el mantenimiento del sitio *Web* de que se trate—. Asimismo, también podría apreciarse la existencia de contraprestación económica cuando existieran vínculos, jurídicos o económicos, entre el tercero independiente y la empresa anunciante. En cualquier caso, debe tomarse conciencia de que la existencia de contraprestación económica

⁵⁹Repárese en que los sistemas de autorregulación ideados en materia publicitaria en España han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta interesante cuestión. Así, el Jurado de la Publicidad se ha ocupado sobre esta modalidad, entre otras, en la resolución de 9 de febrero de 2005, caso Pfizer *vs.* Lilly “Cialis”. Se trataba de un mensaje publicitario que, vulnerando el principio de autenticidad, se presentaba bajo la apariencia de una noticia periodística.

⁶⁰Tal precepto, al exigir la identificabilidad de la publicidad, no impone un nuevo deber para este nuevo medio de difusión de la publicidad, cual es Internet, ya que reitera la prohibición de la publicidad encubierta.

⁶¹De hecho, la resolución del Jurado de la Publicidad, de 17 de diciembre de 1996, caso FACUA-CECU *vs.* Merck Farma y Química, S.A. “Biomanán, Especial Fibra”, se posicionó a favor del carácter inequívocamente publicitario del material analizado por la mención de los términos “publiinformación” o “publirreportaje” que, empleados en el contexto adecuado, diluían la impresión de noticia real. *A contrario sensu*, si en la difusión del publirreportaje no se hubiera producido su identificación, por no haberse adoptado las medidas suficientes, estaríamos ante publicidad encubierta.

⁶²A este tipo de publicidad en el Derecho italiano se le denomina “publicidad redaccional”, ya que el mensaje publicitario exteriormente se presenta como un artículo o una noticia que aparentemente procede de la iniciativa de un determinado periodista.

⁶³En cualquier caso, debe precisarse que la falta de remuneración no puede excluir el carácter intencional de una publicidad encubierta. La STJUE de 9 de junio de 2011, trae causa en una cuestión prejudicial planteada por el *Symvoulio tis Epikrateias* (Consejo de Estado de Grecia), que tenía por objeto la interpretación del art. 1 de la Directiva 89/552 relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y había sido planteada en el marco de un litigio contra un canal de televisión que presentó un tratamiento dental estético durante una emisión en 2003. Pues bien, en su sentencia, el TJUE ha señalado que del apartado d) del artículo 1 de la Directiva europea 89/552 del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por el artículo 1, letra c), de la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se desprende que la publicidad encubierta es aquella que se hace de manera intencionada, por parte de un organismo de radiodifusión televisiva, con un propósito publicitario. No obstante, señala el Tribunal, esta disposición no puede ser objeto de una interpretación estricta, según la cual tal presentación únicamente puede considerarse intencionada si se hace a cambio de una remuneración o de un pago similar. Así, concluye señalando que el citado artículo debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta.

únicamente podrá ser acreditada en contadas ocasiones. Por ello, en la práctica, se admite que un mensaje publicitario encubierto pueda ser acreditado a través de indicios como, entre otros, la especial alabanza de determinados productos y/o servicios, la ausencia de referencia alguna a productos competidores y las descalificaciones a productos alternativos.

Existe una modalidad de publicidad encubierta que, por sus particularidades, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva europea 2005/29, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales⁶⁴ –transpuesta por la Ley española 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y/o usuarios–. Nos referimos a la difusión de comentarios elogiosos o perniciosos –que pueden resultar no veraces– efectuados por consumidores para consumidores, sobre determinados bienes, servicios y/o empresas, en redes sociales, foros y *blogs* que, en ciertas ocasiones, difícilmente se distinguen de una simple opinión⁶⁵. Estos últimos pueden englobarse en la denominada *Web 2.0*.

En efecto, la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales únicamente sería aplicable a la publicidad virtual difundida en el marco de las relaciones entre empresas –declaradas como tales o que se hacen pasar por consumidores⁶⁶– y consumidores, excluyendo, como hemos anticipado, las relaciones entre consumidores. Aunque, insistimos, por un lado, sea difícil, en muchos supuestos, distinguir la publicidad de un comentario, resultado de una experiencia personal, y, por otro, el anonimato de los intercambios dificulte los controles, esta forma de publicidad engañosa es susceptible de afectar tanto a los consumidores como a las empresas. Además, dicho sea de paso, el desarrollo de sitios *Web* de subastas en Internet ha dado lugar a una nueva forma de publicidad entre consumidores que no está cubierta por la Directiva europea sobre prácticas comerciales desleales.

Para proceder frente a esas actuaciones sería deseable, en virtud de la autorregulación, fomentar, en tales escenarios, observadores y/o moderadores con formación suficiente sobre, entre otros extremos, los riesgos que la publicidad encubierta puede suponer, a efectos de distorsión, en el comportamiento del potencial consumidor y/o usuario⁶⁷. En todo caso, habría que buscar un equilibrio, lo cual no parece sencillo, entre la protección del consumidor en Internet y la libertad de expresión.

⁶⁴ Interesa reseñar que la persecución de las conductas atentatorias contra los intereses de los consumidores, que disciplina la norma comunitaria que examinamos, se efectuó mucho antes en los Estados Unidos.

⁶⁵ No obstante, el comentario interesado de un *blogger* a favor de un producto puede ser considerado publicidad, especialmente si el fabricante tiene el control del mensaje y este induce a los lectores a la adquisición de dicho producto.

⁶⁶ En este sentido, dispone el art. 27.5 de la LCD que “se consideran desleales por engañosas las prácticas que afirmen de forma fraudulenta o creen la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario”. A nuestros efectos, resulta especialmente significativa la segunda conducta. En tal supuesto, el empresario oculta su verdadera naturaleza, haciendo creer al consumidor y/o usuario que, no siendo cierto, ostenta su misma condición. En la actualidad, están proliferando los casos en que ciertos operadores de empresas financian, directa o indirectamente, acciones, para favorecer la difusión de mensajes o comentarios realizados de forma electrónica, sobre los productos y servicios que parezcan emanar de los propios consumidores.

⁶⁷ Nos encontramos ante un extremo sobre el que, en el espacio norteamericano, en diciembre de 2009, se pronunció la *Federal Trade Commission*. A tal efecto, elaboró una suerte de guía, que lleva por rúbrica *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*, en la que aborda, con profusión, el asunto que examinamos.

Por otro lado, también, a través de las campañas educativas derivadas de la autorregulación –que realizan una loable labor en ese sentido–, deberían acometerse operaciones de información que precisamente advirtieran a los consumidores y/o usuarios de la proliferación de estas prácticas encubiertas de publicidad. Una modalidad de publicidad encubierta que ha alcanzado mayor auge, en los últimos tiempos, se denomina emplazamiento de producto –o *product placement*–. Esta última consiste en la colocación, con finalidad promocional, de productos, con la marca visible, y claramente perceptible, durante la emisión de determinadas películas, series o programas, que, naturalmente, pueden emitirse a través de Internet. No en vano, cada vez más, numerosas emisiones se efectúan, de manera exclusiva o complementaria, en virtud de la Red. El llamado *product placement* interactivo precisamente surge de la fusión de la técnica del *product placement* con la interactividad propia de Internet. Consiste en la creación de contenidos por los propios consumidores, mediante la inclusión de enlaces de publicidad, en los vídeos que suben a Internet, a cambio de una compensación económica. Ofrece la ventaja de que permite acceder directamente a los sitios Web en el que se comercializa el producto emplazado. Aunque el art. 10 de la Directiva europea sobre servicios de comunicación audiovisual califica el emplazamiento de producto como publicidad encubierta, en su art. 3, permite que los Estados miembros autoricen tal modalidad publicitaria.

En cualquier caso, las acciones puestas en práctica, por el legislador y/o por los sistemas de autorregulación, frente a estos comportamientos realizados en la Red, ostentan una gran relevancia, en términos de saneamiento del mercado y de refuerzo de la confianza de los consumidores, ya que pueden constituir un medio, a disposición de algunos prestadores de servicios, para sesgar las reglas de la competencia, a través de una sobrevaloración artificial y gratuita de su propia empresa, o incluso, qué duda cabe, denigrar deslealmente a un competidor.

NUEVOS RETOS JURÍDICOS PLANTEADOS POR LAS RELACIONES DE CONSUMO *ONLINE*

NEW LEGAL CHALLENGES ON THE ONLINE CONSUMER RELATIONS

JUAN M. VELÁZQUEZ GARDETA*

Resumen

La protección al consumidor *online* plantea algunas características y retos propios que han sido afrontados de una manera más específica por la jurisprudencia norteamericana. Las soluciones allí utilizadas son de gran relevancia y pueden ser exportables a otros sistemas jurídicos, teniendo en cuenta el número de contratos de consumo que se celebran con empresas y consumidores residentes en aquel país y lo avanzado del debate sobre la cuestión en las instancias judiciales de aquel país. Sin olvidar tampoco algunas decisiones relevantes provenientes de otras latitudes como Canadá y la Unión Europea que sirven de contraste de otros modelos de Derecho comparado. En todas ellas los temas fundamentales se centran en el papel de la autonomía de la voluntad de las partes y sus consecuencias en cuestiones concretas como la elección de tribunal o de árbitro, la determinación de la jurisdicción competente y del derecho aplicable y la definición del carácter de consumidor activo o pasivo. En otro nivel de análisis sobrevuela el debate de qué tipo de normativa –fuente estatal o privada, *soft law* o *hard law*– es la más idónea para regular las relaciones que se verifican por Internet y, más en concreto, las relaciones de consumo en atención al debate entre libertad y garantías de la parte más débil siempre presente en estos casos.

Palabras clave: Protección del consumidor, autorregulación, autonomía de la voluntad, jurisprudencia norteamericana.

Abstract

Online consumer protection specific challenges have been deeply studied by United States courts. Their solutions should be taken as a reference due to the large number of online consumer relations that takes place in that country. In all these decisions –as well as in others coming from Canada and EU courts– the most important subjects treated are the role of the parties in choice of law, tribunal and arbitration; the consequences of defining a consumer as passive or active and the option between soft law or hard law in order to regulate consumer relation offering always strong protection to the weakest part of the relation.

Key words: Consumer protection - self regulation - autonomy of the will - American jurisprudence.

* Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). juanvelazquez@ehu.es

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Doble desafío

El objetivo que se propone tras el enunciado elegido como título consiste en establecer y analizar algunos de los principales temas –derivados de las relaciones jurídicas que tienen lugar en Internet– que suscitan debate doctrinal y jurisprudencial, más en concreto de algunos tipos de contratos.

El efecto estimulante de la internacionalidad de las relaciones jurídicas que ha supuesto Internet es indudable, especialmente en el ámbito del comercio internacional. La tendencia además apunta en sentido ascendente, tanto a nivel global como en el ámbito geográfico americano. En una población mundial actual de algo más 6.930 millones de habitantes, existen alrededor de 2.095 millones de usuarios, lo que supone un índice de penetración del 30,22% y un incremento (periodo 2000-2011) del 480, 4%¹. En lo que al comercio internacional se refiere, se prevé que las ventas alcancen los 235.400 millones de dólares en 2009; 267.800 millones en 2010; 301.000 millones en 2011 y 334.700 millones en 2012, y se estima un incremento de las ventas de las tiendas *online* del 14% frente a un 2,6% de las tradicionales².

Este éxito de Internet como vehículo de comunicación, de intercambio y de relaciones jurídicas plantea un reto al derecho como ciencia encargada de regular las conductas humanas por las particularidades técnicas de ese medio y la velocidad en que se modifican. En este sentido, la técnica va por delante de la norma y obliga a un esfuerzo de creación al legislador, y de adaptación de la ya existente, al intérprete y al operador jurídico, ya que, además de surgir algunas nuevas categorías de relaciones jurídicas, se produce una duplicidad de muchas de las ya existentes en el ámbito *offline* que pasan a tener lugar ahora en un escenario *online*. Este cambio de forma puede acarrear consecuencias en el fondo de la relación. Así, por ejemplo, en el caso de los contratos, la emisión del consentimiento a través de cláusulas del tipo *clickwrap agreement* y la dificultad de comprensión de los compromisos contractuales, dada la necesidad de avanzar por enlaces (*links*) a otras páginas *web* a las que se remite el contrato, pueden evidenciar una situación de indefensión en la parte contratante más débil que hay que evitar.

Esta reflexión nos sitúa ante el primero de los desafíos o disyuntivas objeto de este trabajo: autorregulación *versus* normativa estatal. Es decir, al margen de que resulte indiscutible que la regulación de las relaciones contractuales *online* (y cualquier otra que se verifique por ese medio) requiere de una normativa material específica –mejor si es de carácter uniforme– que establezca conceptos autónomos útiles, el debate se centraría entre los partidarios de una *lex eletronical/lex informatical/cyberlex,...* generada por los propios usuarios y aplicable exclusivamente por órganos ad hoc encargados de resolución de controversias (sistema de arbitraje *online* fundamentalmente) y los que consideran que la normativa de fuente estatal vigente y la jurisdicción ordinaria deben afrontar este reto. Dentro de las normas de origen público, las normas de DIPr tienen un protagonismo especial, dado el frecuente carácter internacional de las relaciones contractuales *online*.

¹ Véase <http://internetworldstats.com/stats.htm> (consultado en julio de 2011).

² Véase U.S. E-commerce Forecast: 2008 to 2012, Forrester Research: <http://www.forrester.com> (consultado en noviembre de 2011).

El segundo tema o desafío a plantear afecta exclusivamente a las relaciones contractuales. La autonomía de la voluntad o la capacidad de las partes de determinar el contenido de su compromiso pierden gran parte de su significado original cuando existe un desequilibrio en la capacidad negociadora de alguna de ellas. El caso más paradigmático quizás sea el de los contratos de consumo (también las relaciones B2B cuando intervienen una gran empresa y otra de pequeña dimensión) donde la práctica de los contratos de adhesión constituye la regla general. Este hecho hay que relacionarlo con las frecuentes prácticas abusivas y de las fórmulas de aceptación *online* (aspecto formal más arriba mencionado) que no garantizan la comprensión de los consumidores y que, en consecuencia, hace imprescindible una normativa protectora y garantista que limite la –teórica– libertad de las partes en aras de una igualdad real.

1.2. Temas excluidos y justificación

El título propuesto implica algunas exclusiones derivadas de su enunciado y otras requieren de alguna precisión extra. En primer lugar, el objeto de estudio serán las relaciones contractuales *online*, dejando al margen del análisis un conjunto de relaciones genéricamente denominadas extracontractuales y que representan un gran foco de controversia en el ámbito de Internet (fraude a usuarios sin mediar contrato –*phising, scam,...*– ; casos de violación de la intimidad con derivaciones solo molestas como el *spam* u otras más graves como el fraude; violaciones de derechos de propiedad industrial en sentido amplio; los atentados al honor y a otros derechos fundamentales; las cuestiones relativas a la protección de la infancia; o las relaciones contractuales que pueden derivar en infracciones penales, al menos para determinados ordenamientos jurídicos –*Yahoo v. La ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*³–).

Dentro de las relaciones contractuales, nos decantaremos en este trabajo por aquellas en las que el desequilibrio entre las partes se produce con carácter general, como es el caso de los contratos de consumo. La justificación vendría dada en el dato de que en este terreno es donde afloran algunas cuestiones conflictivas con especial intensidad, como el necesario ajuste –vía normativa– del libre juego de la autonomía de la voluntad y donde también el desequilibrio, dentro del ámbito territorial americano, entre Canadá y EE.UU., por un lado, y el resto de Estados americanos, por otro, se hace más evidente.

América, por su parte, ofrece como territorio objeto de análisis, por lo que al uso de Internet se refiere, algunas particularidades que, sin duda, condicionarán las respectivas normativas estatales y, también, encontrarán su reflejo en el juego de intereses de las negociaciones inherentes a cualquier intento de unificación de normativa internacional. Hay que tener en cuenta que a pesar del crecimiento en el uso de Internet experimentado en América Latina en los últimos nueve años (1039%), respecto a los Estados Unidos (156,9%), en términos absolutos, todos los usuarios de Centroamérica, el Caribe y América del Sur (225 millones) aún no alcanzan al número de usuarios de los EE.UU. (245 millones)⁴. Por no hablar del acceso a la banda ancha (a través de ADSL y que resulta fundamental para acceder a ciertos servicios como los sistemas de resolución de controversias *online* –ODR– entre otros) del que disponen en EE.UU. más de 69 millones de usuarios⁵, seguido a gran

³ *Yahoo, Inc. v. La ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, et al.* [145 F. Supp. 2d 1168, Case No. C-00-21275JF (N.D.Ca., September 24, 2001)].

⁴ Véase <http://internetworldstats.com/stats.htm> (consultado en julio de 2011).

⁵ Véase <http://www.internetworldstats.com/am/us.htm> (consulta en julio de 2011).

distancia de Brasil (10,098 millones)⁶ y de México (3,7 millones)⁷, los otros dos únicos países americanos que figuran entre los veinte países del mundo con más usuarios⁸. Si ya nos ceñimos al estricto campo del comercio electrónico protagonizado por consumidores, las diferencias cuantitativas de EE.UU. con los países de otro entorno geográfico, como la UE, resultan también evidentes⁹.

Una consecuencia derivada en buena medida de estos datos son las propuestas presentadas a la CIDIP VII en materia de protección del consumidor, respectivamente por Brasil, Canadá y EE.UU. donde se materializan los diferentes intereses en presencia que responden a las consiguientes situaciones de hecho y a los intereses económicos imperantes en cada uno de dichos Estados¹⁰.

Expresado en otros términos, el continente americano, al margen de otras diferencias de distinto orden entre sus Estados del norte y del sur, es un escenario donde el concepto brecha digital (*digital divide*) queda representado en toda su extensión.

No son solo estas las razones –que por sí solas ya lo justificarían– del recurso a la jurisprudencia de los EE.UU. para nutrirnos de ejemplos recientes donde queden evidenciados los desafíos de la contratación electrónica, ya que parecería lógico que un país con 245 millones de usuarios de Internet generara una actividad jurisdiccional acorde con esa cifra. Además, ante los tribunales de los EE.UU. se han planteado reclamaciones sobre supuestos de hecho aún ignorados en otras latitudes (*Bragg v. Linden*¹¹); elaboraciones jurisprudenciales innovadoras –fundamentalmente– en torno al tema de la autonomía de la voluntad (validez formal de las fórmulas de emisión del consentimiento; validez sustancial de determinadas cláusulas de adhesión; tensión entre arbitraje y jurisdicción ordinaria o los criterios –*sliding scale test*– para determinar el carácter activo o pasivo de un sitio *web* establecido en la conocida decisión *Zippo v. Zippo*¹²) que suponen un avance incontestable en la materia; o el planteamiento de controversias derivadas de determinados sectores especialmente sensibles y que aún lo serán más en el futuro (juego *online*). Sin olvidar tampoco que en ese país han surgido desarrollos normativos de fuente privada que explican cómo la tendencia a la autorregulación es algo más que una opción de futuro (eBay y pujanza de las ODR en general), de la misma manera que se está dando un progresivo margen de actuación por vía de oficio de determinadas instituciones públicas (Federal Trade Commission), no solo para el ámbito interno, sino también para actuar fuera de sus fronteras, en la persecución de las conductas fraudulentas.

⁶ <http://www.internetworldstats.com/sa/br.htm> (consulta en julio 2011).

⁷ Véase <http://www.internetworldstats.com/dsl.htm> (consultado en octubre de 2009, y no ofrece nuevos datos en 2011.)

⁸ Sin olvidar la importancia que el acceso a la banda ancha tiene para el desarrollo igualitario de la población mundial tal en relación a la consecución de los objetivos del milenio proclamados por las NN.UU., véase Informe de la Comisión de la banda ancha para el desarrollo digital elaborado en el seno de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones y de la UNESCO, http://www.broadbandcommission.org/report1/report1_hr.pdf (versión en inglés) y [http://www.broadbandcommission.org/report1/report_1_sdocx\(295214\)](http://www.broadbandcommission.org/report1/report_1_sdocx(295214)) (versión en español).

⁹ SMITH, B.L. (2000): *The third Industrial Revolution: Law and Policy for the Internet, Recueil des Cours*, vol. 282, pp. 231-464.

¹⁰ Véase <http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/dip.asp>. Todas ellas analizadas en profundidad en VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., La protección al consumidor online en el Derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de las propuestas presentadas para la CIDIP VII, CEDEP (Asunción, 2009).

¹¹ *Bragg v. Linden Research Inc.*, nº CA, 06-04925 (E.D. Penn. May 30, 2007).

¹² *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (E.D. Penn. Jan.16, 1997).

Todas estas razones –citadas sin ánimo de exhaustividad– contribuyen al incuestionable valor como ejemplo y al carácter pionero de que algunas decisiones de tribunales de aquel país sean idóneas para ilustrar cualquier teoría que sobre las relaciones contractuales *online* se quiera construir.

II. AUTORREGULACIÓN *VERSUS* SISTEMAS JURÍDICOS NACIONALES

II. 1. Planteamiento previo del tema

El tema a debate aquí es si Internet, como medio donde se verifican una serie de relaciones con relevancia jurídica, presenta unas particularidades tales que hacen ineficaces a las normas de fuente pública reguladoras de la contratación internacional en vigor en este momento. Desde esta posición inicial, existe una fuerte corriente doctrinal defensora de la regulación de las relaciones *online* por una especie de nueva *lex mercatoria* denominada *lex informatica*, *lex electronica*, *cyberlaw* –o bajo cualquier otra denominación– que supondría que los operadores en la Red actúen según códigos de conducta creados por ellos mismos y resuelvan ante órganos *ad hoc* las controversias allí generadas. Habría que matizar previamente que la idea de un derecho supranacional para Internet –incluyendo las relaciones contractuales– incluiría, hoy en día, tanto a la costumbre generada por los operadores, como la línea marcada por los sucesivos laudos arbitrales y sentencias judiciales por un lado, y las normas modelo y guías legislativas impulsadas por organismos internacionales, por otro¹³.

A propósito de este tema subyace una interpretación filosófica de lo que es y debe ser Internet. Las tesis ciberlibertarias brotaron y calaron especialmente en los medios académicos de los Estados Unidos donde la radical oposición a la regulación estatal de Internet entroncó con el arraigo del principio de libertad individual en todo el ordenamiento de aquel país¹⁴. Dichas posiciones extremas conviven, en aquel país, también con defensores de la regulación estatal¹⁵.

Es indudable, también, que están presentes en el debate los intereses de los grandes proveedores de bienes y servicios que han generado, en algunos casos, sistemas jurídicos propios (el caso de eBay quizás sea el más paradigmático¹⁶) con una normativa específica y adaptada a sus relaciones contractuales y unos sistemas de resolución de controversias que comienza ante órganos de la propia empresa y puede llegar hasta una instancia arbitral *online* donde –justo es decirlo– cuentan con ventajas frente a otras empresas más pequeñas o frente a consumidores. En este sentido, es sin duda interesante destacar el concepto de *repeat player*¹⁷ que encierra la idea de la ventaja de la que goza la empresa que acude siempre a un mismo órgano arbitral frente a quien –“obligado” por un contrato de adhesión redactado por ella– solo lo hace esporádicamente.

¹³ POLANSKI, P.P., *Customary Law on the Internet*, Editorial TMC Asser Press (La Haya, 2007), pp. 347-360.

¹⁴ BARLOW, John P., *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (consultado en octubre de 2009).

¹⁵ JOHNSON, D / POST D.G., *Law and Borders –the Rise of Law in Cyberspace*, *Stanford Law Review*, 47, (Stanford, 1996), pp. 1367-1402.

¹⁶ SCHULTZ, T., *eBay: un système juridique en formation?*, *Revue du droit des technologies et de l'information*, 22 (Bruselas, 2005), pp. 27-51.

¹⁷ GALANTER, M., *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, en AA. VV., COTTERRELL, R. (dir.), *Law and Society*, Dartmouth (Aldershot, 1994), pp. 165-230.

Desde un punto de vista jurídico, a nadie se le oculta que, dado el factor potenciador de la internacionalidad que es Internet, el DIPr tiene que jugar un papel crucial en la regulación de las relaciones contractuales *online*. Sin olvidar que las normas materiales –a ser posible de carácter uniforme– deberán dotar al operador jurídico de conceptos autónomos en esta materia. En este sentido, la definición en términos jurídicos de las relaciones jurídicas *online* pasa a ser una cuestión primordial (aceptación, oferta, lugar de celebración, domicilio de las partes, consumidor, etc.).

A este respecto, existen autores que en el ámbito concreto del comercio electrónico niegan cualquier espacio de protagonismo a la regulación estatal¹⁸ y otros propugnan una convivencia –de diferentes proporciones– entre las normas de DIPr y las de procedencia privada¹⁹. También, hay quien propone un replanteamiento conceptual y de producción normativa del DIPr²⁰, y dentro de estas posturas eclécticas se oyen también voces a favor de una corregulación o una autorregulación tutelada²¹.

II. 2. ¿Son válidas aún las soluciones clásicas propuestas en los sistemas jurídicos estatales

Cabría a continuación determinar si, desde un enfoque de necesidad, las relaciones jurídicas *online* precisan realmente de una regulación propia o las clásicas soluciones de DIPr –y de derecho material nacional o uniforme– son adecuadas.

Por un lado, si nos centramos en una materia sensible dentro de las relaciones contractuales *online* como son las relaciones de consumo, podemos determinar que no parece que la adaptación de la normativa diseñada para los contratos *offline* ofrezca ninguna dificultad, siendo además perfectamente operativa. Muestra de ello serían algunos ejemplos extraídos del derecho comparado como es el caso del Reglamento (CE) 44/2001 (art. 15) y el Reglamento (CE) 593/ 2008 Roma I (art. 6), Restatement Second (s. 187 y 188), *UCITA* (s. 109) o el Código civil de Quebec (art. 3117).

Además nos encontramos con que existen, en casi la totalidad de los Estados, normas materiales protectoras del consumidor.

Teniendo en cuenta lo anterior y dada la diferenciación entre sitios web activos y pasivos –y correlativamente consumidores pasivos–, heredera de la jurisprudencia norteamericana e implantada en muchas legislaciones que supone que los primeros verán sus contratos sometidos a los tribunales de cualquier lugar del mundo donde tenga su residencia el consumidor que queda, además, bajo las normas protectoras del Estado de su nacionalidad, algunos autores se decantan por una normativa de origen privado.

Así, dichos autores ponen énfasis en la característica de la ubicuidad, presente en las relaciones *online*, en virtud de la cual un proveedor que ofrece un bien en la Red se encuentra con que su relación contractual queda regulada por la normativa protectora del

¹⁸ BURNSTEIN, M.R., *Conflicts in the Net: Choice of Law in Transnacional Cyberspace*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29 (Nashville, 1996), pp. 75-116.

¹⁹ GOTTEMBERG, J., *Internet et la protection du consommateur dans la résolution des litiges contractuels*, *Revue du droit de l'Union Européenne*, vol. 3 (Paris, 2002), pp. 513-552.

²⁰ GAUTRAIS, V. / LEFEBVRE, G. / BENYKHELF, K., *Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica*, *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal* 5 (Paris, 1997), pp. 547-583.

²¹ APARICIO VAQUERO, J.P., *Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos*, en AA. VV., MORO ALMARAZ, M.J. (dir.) y APARICIO, J.P. / BATUECAS, A. (coord.), *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Cóllex (Madrid, 2004), pp. 471-510.

Estado de residencia del consumidor, que mediante un simple clic ha aceptado dicha oferta, sin olvidar que cualquier controversia podrá ser sometida a los tribunales de dicho Estado. Por esa razón defienden una *lex informatica* (códigos de conducta de usuarios de Internet) y su aplicación por ciberjueces o entidades alternativas a las jurisdicciones nacionales²², aunque son conscientes de que este código de conducta de usuarios de Internet esté aún por elaborar.

Por otra parte, también hay una nutrida representación doctrinal que defiende a las normas estatales, y más en concreto las de DIPr, como válidas por diferentes motivos para regular, tras la pertinente adaptación en su caso, las relaciones contractuales *online*²³.

II. 3. Cuatro ejemplos que demuestran la necesidad aún de normativa de origen públicoestatal con carácter general

Nos situaremos en este trabajo en el bando de quienes defienden la necesaria adaptación de las normativa pública vigente, completada con la imprescindible normativa material uniforme que nutre de los conceptos autónomos necesarios en función de las nuevas modalidades de contratación *online* que fueran apareciendo.

Aportaremos, en apoyo de este argumento, algunos ejemplos donde la necesidad de regulación estatal, en aras de una mayor protección del consumidor/usuario, se hace necesaria.

II.3.1. El caso de eBay

Tomamos como ejemplo el caso de la empresa eBay por tener una vocación transnacional indudable y por haber generado un conjunto de códigos de conducta muy elaborado, así como un sistema propio de resolución de controversias que permite incluso la resolución ante órganos de la propia empresa. No obstante –afortunadamente, añadiríamos–, la posibilidad de llevar el asunto a la justicia ordinaria y con aplicación de normas de fuente pública no desaparece como podemos apreciar en numerosos ejemplos.

Una de las cuestiones que esta empresa de subastas y otras similares tratan de dejar en una zona de sombras, es la de su responsabilidad en casos de incumplimiento contractual. Es decir, si en la relación contractual de compraventa de un bien entre dos usuarios de la plataforma de subastas se salda con la reclamación por incumplimiento de uno de ellos, el reclamante se encuentra con que dentro del contrato de adhesión que ha firmado existe una cláusula exoneradora de responsabilidad por incumplimiento en beneficio de la empresa sustentadora de la plataforma. Máxime cuando uno de los reclamos de dichas plataformas de intercambios es la garantía total de cumplimiento de las transacciones que tienen lugar en su seno. No hay más que leer las definiciones que eBay da de sí misma tanto en el caso de ebay.de (Alemania) como ebay.com (Estados Unidos). En el primer caso se define la relación entre el licitante y el vendedor con la empresa como un contrato de uso de su página *web* (Es kommt ein Vertrag ubre die Nutzung der Webseite “Ebay.de” zustande auf der sie selbständig Waren und/oder Dienstleistungen anbieten und/oder erwerben können) y en el segundo no se llega a ofrecer una clara definición, dejando el papel de eBay en un ámbito (*venue*) para comprar

²² JAYME, E., *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, *Recueil des Cours* 282 (La Haya, 2000), pp. 9-40.

²³ KESSEDJAN, C., *Rapport de synthèse*, en AA. VV., BOELE WOELKI, K. / KESSEDJAN, C. (eds.), *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies? / Quel tribunal decide? Quel droit s'applique?*, Kluwer (La Haya, 1998), pp. 143-154.

y vender objetos mediante puja (Our site acts as the venue for sellers to list items and buyers to bid on items).

En este sentido resulta interesante destacar dos sentencias de los tribunales norteamericanos. En primer lugar, en *Gentry v. eBay*²⁴, el tribunal de apelación de California rechaza la responsabilidad de eBay por objetos falsos vendidos en su plataforma de subastas. La demanda de los consumidores se basaba en la falta de certificados de autenticidad suministradas por eBay sobre los objetos allí comprados (en concreto unos autógrafos de deportistas célebres supuestamente auténticos y que resultaron ser falsos) y en el reclamo utilizado por eBay garantizando la autenticidad de los productos que allí se venden. El tribunal estableció que eBay quedaba exonerada de toda responsabilidad en base a la sección 230 (No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider) de la Communications Decency Act (CDA).

En un sentido distinto, el tribunal de instancia en la más reciente, *M. Mazur v. eBay*²⁵, establece que si bien la sec. 230 de la CDA permite no considerar responsable a la empresa intermediaria del deber de conocer las irregularidades en la puja (*shill bidding*), no por ello eBay queda exonerada *a priori* de su responsabilidad por proclamar, garantizando así, la limpieza de las pujas.

En otra jurisdicción nacional destacaríamos, en la misma línea que esta última, la decisión de los jueces australianos, en *Evagora v. eBay*²⁶, que establece que ninguna cláusula tipo exoneradora de responsabilidad como las que incluye eBay en sus condiciones generales de contratación, puede obviar las manifestaciones que dicha empresa realiza sobre la seguridad de las transacciones que se desarrollan en su página *web*.

Parece, por tanto, que queda demostrado que la actuación de los tribunales de justicia y la aplicación de normativa de fuente estatal se revela como necesaria en este ámbito donde existe ya un presumible sistema autorregulado y emanado por los propios operadores, en este caso por la empresa eBay.

II.3.2. El caso del juego online

Los Estados suelen ser reacios a liberalizar este sector, en parte, por ser muy sensible a los intentos de fraude y, en parte, porque reporta pingües beneficios a la Administración pública, especialmente cuando se regula en forma de monopolio. En este último sentido, baste con citar la última decisión del TJCE de 8 de septiembre de 2009 en el asunto C-42/07 Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd. contra Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia²⁷, donde, de acuerdo a la jurisprudencia anterior de este tribunal, se establece la inclusión de estas actividades en la libre prestación de servicios comunitaria pero dicha afirmación se considera compatible con las eventuales restricciones por exigencias de protección de los consumidores y el orden social. En la decisión se dejan muy claros los motivos que llevan a la necesidad de establecer restricciones y a la imprescindible

²⁴ Lars Gentry, *et al. v. eBay, Inc.* 99 Cal. App. 4th 816, Super Ct. No. GIC746980 (Cal. Cr. App., June 26, 2002).

²⁵ Michelle Mazur *v. eBay Inc., Hot Jewelry Auctions.com d/b/a Jewelry Overstock Auctions and Paramount Auctions, et al.* 2008 WL 618988, N° C07-03967 MHP (N.D. Ca., March 4, 2008).

²⁶ *Evagora c. eBay Australia & New Zealand Pty Ltd.*, [2001] VCAT 49.

²⁷ Rec. 2009.

tutela estatal sin un gran margen a la autorregulación (cdos 69, 70 y 71, en concreto este último. Además, no se puede excluir la posibilidad de que un operador que patrocina ciertas competiciones deportivas sobre las que acepta apuestas, así como ciertos equipos participantes en estas competiciones, goce de una situación que le permita influir directa o indirectamente en el resultado de estas con el fin de aumentar sus beneficios).

Una muestra de la necesidad de la intervención de las jurisdicciones nacionales y de la aplicación de normativa estatal viene reflejado en el asunto *Uebler v. Boss Media AB*²⁸, donde un fraude no discutido por la demandada en sus alegaciones plantea la dificultad de considerar responsable del mismo a la empresa matriz de nacionalidad sueca (Boss Media) por los compromisos incumplidos de su filial en EE.UU. (Web Dollar). El tribunal consideró suficiente para admitir a trámite la demanda que la empresa sueca demandada tuviera un agente en el estado de su jurisdicción y que dicha empresa licenciataria o delegada actuara en lugar de la empresa matriz, pudiendo esta entrar a operar en ese mercado directamente si su delegada no cubriera sus funciones, fundamentándose en que dicho mercado es vital para los intereses de la empresa matriz.

Son solo algunos ejemplos sobre la complejidad del sector y el consiguiente riesgo de dejarlo en manos de la iniciativa privada.

II.3.3. El fraude en Internet

Sobre la magnitud del volumen del fraude por incumplimiento contractual que existe en Internet puede ser ilustrativa la labor de la FTC de los EE.UU. que persigue más allá de sus fronteras a los defraudadores y en cuyo protagonismo tienen depositadas muchas esperanzas las autoridades de ese país. En este sentido no hay más que leer el Proyecto de Ley Modelo de Restitución Gubernamental presentado por EE.UU. a la CIDIP VII²⁹ y que gira en torno a la idea de que cada Estado Miembro designe una autoridad competente que solicite restitución en procesos civiles, penales, inicie acciones colectivas, mantenga relaciones de cooperación transfronteriza con otras autoridades similares o solicite el reconocimiento de sentencias civiles extranjeras.

La labor de la FTC se centra en la persecución del fraude transfronterizo y una idea del volumen del mismo lo aporta el último informe (abril de 2009) sobre las reclamaciones presentadas a lo largo de 2009³⁰.

Aunque las prerrogativas con las que el gobierno de los EE.UU. no encuentran parangón en otros Estados, y menos en la misma área del mundo, parece que la actividad estatal de control y persecución del fraude *online*, tenga una fuente contractual o extracontractual, parece aún más que necesaria.

Algunos ejemplos de la necesidad de instituciones de estas características que persigan el fraude y proporcionen alguna garantía a las relaciones contractuales *online*—principalmente las de consumo— serían las decisiones judiciales establecidas en los asuntos United States

²⁸ 03 civ. 4790 (E.D.N.Y., June 5, 2006).

²⁹ <http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP21008E-C.pdf> (consultada en octubre de 2009).

³⁰ Véase los informes de años sucesivos en <http://www.ftc.gov/sentinel/reports.shtml> (consultado en octubre de 2009).

v. Cyberheat³¹, FTC v. Seismic Entertainment³², FTC v. Verita International³³ y FTC v. Accusearch, Abika.com and J. Patel³⁴ donde, partiendo de una relación contractual entre la demandada y los usuarios, se produce una conducta dañosa (*spam*, virus informáticos, facturas desmesuradas de teléfono, venta de datos personales a terceras empresas) directamente por la empresa proveedora de un servicio (teléfono, Internet, páginas *web* de contenido erótico) o por colaboradores o empresas delegadas de la primera. La FTC de oficio o a instancia de parte persigue dichas conductas y obtiene la correspondiente condena en los tribunales ordinarios.

No parece que en estas circunstancias sea lo más conveniente dejar todo en manos de la autorregulación por los proveedores sin una tutela por parte de los poderes públicos, sea a la manera que la ejerce la FTC u otra distinta.

II.3.4. La labor innovadora de la jurisprudencia

Otro argumento a favor del papel de la jurisdicción ordinaria es que se están dando algunos litigios cuyo supuesto de hecho difícilmente encontraría acomodo en los códigos de conducta elaborados por los operadores que actúan en Internet. Se trata de la protección de derechos concretos en ámbitos muy específicos como las plataformas de realidad virtual donde destaca la sentencia Bragg v. Linden³⁵ (por ser la primera en que ante un tribunal se plantea una demanda real por los derechos de propiedad industrial sobre creaciones generadas en un espacio de realidad virtual como Second Life. No existe una normativa de origen privada específica para estos supuestos de las plataformas de realidad virtual y cuando un usuario –en el momento en que es expulsado– reclama los derechos allí generados tal y como la compañía prometía a los usuarios, se encuentra con la única protección de los tribunales estatales³⁶.

Son solo cuatro ejemplos donde no hay aún autorregulación, y en los casos en que existe, no ofrece garantías de igualar el desequilibrio entre proveedores y consumidores.

Por último –aportaremos ejemplos jurisprudenciales en el siguiente apartado–, existen determinadas ventajas de carácter procesal –pero con una indudable vertiente sustancial– que benefician a los consumidores y usuarios de Internet en las legislaciones estatales. Nos referimos, por ejemplo, a los procesos de menor cuantía y a las acciones colectivas que no podrán llevarse a cabo ante órganos de resolución alternativos y que no se encuentran recogidos fuera de las normativas estatales de protección del consumidor.

³¹ CV-05-457-TUC-DCB (D. Az., Mar. 2, 2007).

³² 2004 U.S. Dist. Lexis 227788 (D.N.H., October 21, 2004).

³³ 2000 U.S. Dist. Lexis 17946 (S.D.N.Y. December 14, 2000).

³⁴ 06-CV-105-D (D. Wy. Sept. 28, 2007).

³⁵ N° CA, 06-04925 (E.D. Penn. May 30, 2007).

³⁶ VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., *Protección real de derechos de propiedad intelectual en las plataformas virtuales (sobre algunas recientes decisiones jurisprudenciales que afectan a Second Life)*, DeCITA (derecho del comercio internacional. Temas y actualidades) 10 (Asunción, 2009), pp. 223-240.

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS ONLINE

III. 1. Soluciones en el derecho comparado

El papel de las partes para dotar de contenido a los contratos que se verifican por Internet y, en concreto, aquellos en los que participan consumidores, plantea algunas cuestiones dignas de análisis.

Nosotros plantaremos la cuestión por lo que se refiere a la elección por las partes del derecho aplicable al contrato y del tribunal (o instancia de resolución alternativa) ante quien deban dirimirse las eventuales controversias derivadas del mismo.

La autonomía de la voluntad opera de manera ordinaria –salvo por algunas excepciones– en materia contractual y, también, como regla general le son aplicadas limitaciones en función del desequilibrio entre las partes y la ausencia de verdadero poder negocial de una de ellas. Uno de los casos más evidentes –además de los contratos de trabajo– es el caso de los contratos de consumo tal y como queda establecido en numerosas normativas nacionales que contienen limitaciones a la libre elección por las partes del derecho aplicable al contrato y del tribunal competente. Estas limitaciones pueden ser de diferente nivel, tal y como podemos comprobar en los ejemplos que el derecho comparado nos ofrece³⁷. Por lo general, la limitación en el ámbito del derecho aplicable viene como consecuencia de admitir la ley elegida en el contrato, salvo que prive al consumidor de la protección que le otorguen las normas imperativas del Estado de su domicilio siempre y cuando el consumidor tenga la consideración de activo. Esta protección se complementa con la aplicación de la ley del Estado de residencia del consumidor en defecto de elección [art. 6 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)³⁸ y Código civil de Québec, art. 3117]. Otras normas hacen énfasis en una combinación entre respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y de ciertas normas –consideradas fundamentales (*fundamental policy*)– del Estado que presente una conexión real con el supuesto (*material interest*) y también ponen bajo sospecha a los contratos de adhesión (Restatement 2nd Conflict of Laws, s. 187). Por último, una posición realmente innovadora es aquella que incorpora el Proyecto sobre ley aplicable a los contratos internacionales de consumo presentado por la delegación de Brasil a la CIDIP VII³⁹. Allí (art. 6), se propone la aplicación, en todo caso, de la ley más favorable al consumidor por encima de la establecida en el contrato para los casos de consumidores que reciben la oferta en el estado de su domicilio.

En lo que a las normas de elección de tribunal se refiere, los diferentes sistemas optan por no permitir aquellos acuerdos de elección de foro que priven al consumidor de acudir como demandante o como demandado ante los tribunales del Estado de su domicilio, salvo que sean posteriores al nacimiento del litigio [art. 15-17 del Reglamento (CE) 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁰].

³⁷ TANG Zheng, *Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts*, *Journal of Private International Law* 3.1 (Oxford, 2007), pp. 113-136.

³⁸ DO n° L 177, de 4 de julio de 2008.

³⁹ http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_08/CP21250S07.doc (consultado en octubre de 2009).

⁴⁰ DO 1012 de 16 de enero de 2001 y sucesivas modificaciones y correcciones de errores.

III.2 ¿Son tan diferentes los consumidores *online* que impidan una adaptación de la regulación vigente para los consumidores *offline*?

Lo que procede a continuación es determinar si las mismas limitaciones son aplicables a los supuestos de contratos de consumo *online*. De entrada, cabría preguntarse si los consumidores *online* y *offline* presentan diferencias notables, a los efectos al menos de otorgar un nivel de protección menor a los primeros respecto a los segundos. Por un lado, existe la tendencia a considerar al consumidor *online* como un consumidor bien informado y sobre quien, en todo caso, recae la obligación de estarlo. Es cierto que puede fundamentarse esta creencia en las propias dinámicas de la Red donde los usuarios acceden a más información y pueden transmitirla rápidamente a otros (foros, etc.), generando corrientes de opinión en un tiempo relativamente rápido. Pero no es más cierto que dicho conocimiento y capacidad de comparar los productos y servicios con un mínimo esfuerzo no tiene por qué alcanzar a conocimientos jurídicos ni otorgar una capacidad de negociación contractual que queda, por definición, excluida de la práctica de los contratos de adhesión. En todo caso, no todos los consumidores dedican el mismo tiempo a informarse, ni poseen las mismas destrezas ni las mismas condiciones de acceso a la Red.

Tampoco otros argumentos, como el carácter fortuito o accidental de los puntos de conexión de los relaciones contractuales *online*, la dificultad para diferenciar al consumidor activo o pasivo o el hecho de que un consumidor *online* pueda –ocasionalmente– convertirse en proveedor no parece que condicionen una rebaja en el umbral de protección de los consumidores que actúan en la Red.

Sobre la diferencia entre consumidor activo y pasivo y la misma aplicada a los sitios *web*, es relevante para muchas regulaciones y puede que existan dificultades en cuanto a determinar el lugar desde donde ha celebrado el contrato el consumidor. En este sentido, resulta muy útil la presunción establecida en el Proyecto de la delegación de Brasil –arriba citado– que considera, en el caso de contratos de consumo a distancia, como domicilio real el informado por el consumidor al proveedor a la conclusión del contrato (art. 4.2). Establece además que dicho lugar sea considerado como lugar de celebración (art. 3.2). Otra medida, prevista por la Comisión y el Consejo de la CE⁴¹, supone considerar solo contratos de consumidores a aquellos en los que el consumidor contrata efectivamente en la propia página *web* del proveedor que ha consultado desde su domicilio. Estableciendo de esta manera diferencias con aquellos sitios *web* que dirigen la oferta al consumidor pero que le obligan a cerrar el contrato por otros medios (correo electrónico, teléfono, etc.). Este criterio ha sido superado en el propio ámbito de la UE tras la sentencia dictada en los asuntos Pammer y Hotel Alpenhof⁴².

⁴¹ Declaración del Consejo y de la Comisión en interpretación del art. 15 del Reglamento 44/2001. No ha sido publicada pero puede consultarse, entre otros, en AA. VV., *Legislación básica de Derecho internacional privado*, Tecnos (Madrid, 2009), 19ª ed., p. 127.

⁴² Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2010, dictada para dos asuntos acumulados (C-585/08 y C-144/09), Rec. 2010. Aquí se cita una serie de indicios –con carácter no exhaustivo– que pueden constituir indicios de que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor, correspondiendo al juez nacional la verificación de dichos indicios: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con

La jurisprudencia norteamericana hace énfasis, a su vez, en la distinción entre sitio *web* activo y pasivo en base a un índice de interactividad (*sliding scale test*), establecido a efectos de determinar la competencia judicial para las relaciones por Internet, en la citada *Zippo v. Zippo*⁴³. Allí se diferencian los casos en que hay posibilidad de formalizar el intercambio en el propio sitio *web* de los que dicho sitio es algo más que una oferta de información. Esta diferencia lleva a considerar competentes a los tribunales del domicilio del usuario/consumidor (*personal jurisdiction*) en el primer caso y no en el segundo. Esta teoría se mantiene firme en las decisiones de muchos tribunales a pesar de haber sido cuestionada recientemente en *Howard v. Missouri Bone*⁴⁴, aunque dicha decisión tampoco se aleja demasiado de las premisas fundamentales del test de interactividad propuesto en *Zippo v. Zippo*. Ha habido discrepancias también de la teoría propuesta en *Zippo v. Zippo* en una serie de asuntos recientes a propósito de subastas *online* verificadas, en concreto, a través de la plataforma eBay. Así, por citar las más recientes, nos referiremos a *Sayeedi v. Walser*⁴⁵, *Dudnikov v. Chalk & Vermilion*⁴⁶, *Boschetto v. Hansing*⁴⁷ y *Attaway v. Omega*⁴⁸. No obstante, no es tanto el método propuesto para determinar el nivel de interactividad de un sitio *web* y, en consecuencia, la posibilidad de establecer como competente el tribunal del domicilio del demandado lo cuestionado, sino su idoneidad para aplicarse a las relaciones triangulares que se desarrollan en una plataforma de subastas *online* (en concreto en *Sayeedi v. Walser* se dice: Under the Zippo sliding scale test, proper exercise of personal jurisdiction in a claim involving Internet contact is directly proportional to the commercial interactivity of the website over which the contact is made. However, this mode of analysis makes little sense in the eBay context since eBay, and not the user, controls the interactivity and marketing efforts of the website).

Por tanto, tampoco esta distinción tan relevante supone una diferencia tan decisiva entre consumidores *online* y *offline* como dispensar a los primeros de una protección menor que a los segundos.

III. 3. Aspectos formales y sustanciales de los contratos de consume online

Los contratos *online*, en general, presentan, en primer lugar, unas peculiaridades reseñables en cuanto a la celebración. Por un lado, por la forma de emisión del consentimiento para la aceptación de las condiciones del contrato y, por otro, en cuanto a la información sobre las condiciones del contrato y su expresión en el sitio *web*.

indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas *web* en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en el que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros.

⁴³ Cit. (nº 13).

⁴⁴ *Howard v. Missouri Bone and Join Center, Inc.*, 2007 WL 1217855 (Ill. App. 5th Dist. April 24, 2007).

⁴⁵ *Masood H. Sayeedi v. Timothy D. Walser*, Civil Court of the City of New York, Richmond County 2007 N.Y. Misc. LEXIS 497 (February 27, 2007).

⁴⁶ *K. Dudnikov, and M. Meadors v. Chalk & Vermilion Fine Arts, Inc.*, a Delaware corporation, and Sevenarts, Ltd., a British Corporation, District Court of the District of Colorado (D.C. Nº. 05-cv-02505-WDM-MEH).

⁴⁷ *P. Boschetto v. J.D. Hansing et al.*, District Court of the Northern District of California, nº CV-06-01390-VRW.

⁴⁸ *R. Attaway and M. Attaway v. Llexcyiss Omega and D. Dale York*, Court of Appeals of Indiana, nº 11A01-0712-CV-608.

Todo ello sin olvidar que la regla general son los contratos de adhesión donde no existe ninguna posibilidad de negociación para el consumidor. Esta circunstancia no tendría un carácter negativo –y se entendería dentro de la necesaria dinámica de funcionamiento del comercio internacional– si no viniera acompañado de un intento de enmascarar, en algunos casos, cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor. Esta maniobra viene, en gran medida, facilitada por las condiciones en las que el consumidor emite su aceptación en los contratos de consumo *online*.

III.3.1. Problemas formales derivados de las particularidades de la aceptación contractual *online*

Las cláusulas *clickwrap* (véase una definición en Specht *v.* Netscape⁴⁹) y *browserwrap agreements*⁵⁰ responden a una mecánica de funcionamiento muy extendida y que en ocasiones no ofrece las suficientes garantías para una aceptación consciente de todos los compromisos contractuales.

En un principio no plantea problemas la admisión de estas fórmulas de manifestación del consentimiento a obligarse en un contrato, a pesar de no estar previstas expresamente en la mayoría de los sistemas. En este sentido, y referido concretamente a la sumisión a arbitraje, la Recomendación de *UNCITRAL*, de 7 de julio de 2006⁵¹, establece los criterios de interpretación del art. II.2 del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 2008, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Dicho precepto establece la obligación de que las partes suscriban un acuerdo por escrito de sometimiento a arbitraje para la resolución de sus diferencias (contrato o compromiso firmado por las partes o contenido en un canje de notas o telegramas). La Recomendación de *UNCITRAL* establece que dicho artículo se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.

Una cuestión bien distinta supone determinar si estas fórmulas de aceptación, en algunos casos concretos, no son lo suficientemente claras para presumir que el contratante/ consumidor/usuario ha aceptado voluntariamente o que lo ha hecho sin conocimiento (por error o mala fe del proveedor) la totalidad de los términos a los que se estaba obligando.

Pasamos a continuación a exponer algunos ejemplos recientes de decisiones jurisprudenciales (EE.UU. y Canadá) motivadas –entre otros argumentos– por alegaciones de consumidores sobre la dificultad de acceder a la totalidad de las cláusulas contractuales, a la falta de necesidad de leer los compromisos previamente a la aceptación o a la remisión a otras páginas *web* de parte de los compromisos contractuales.

Destacamos –por la abundancia de temas relativos a la contratación *online* que allí se discutieron– la decisión de la Cour Suprême de Canadá en *Dell c. Union des consommateurs*⁵². Contradiendo las decisiones dictadas en instancia y apelación, el tribunal no consideró relevante que a la cláusula de elección de árbitro (con sede en Estados Unidos), incluida en el contrato de adhesión que la empresa Dell presenta a sus compradores, se

⁴⁹ Specht *v.* Netscape Communications Corp., 2001 WL 755396 S.D.N.Y.

⁵⁰ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *Las condiciones de uso de los sitios web y los browse-wrap agreements*, *DeCITA* (derecho del comercio internacional. Temas y actualidades) 5/6 (Asunción, 2006), pp. 43-73, en concreto pp. 49-50.

⁵¹ Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones, A/61/17.

⁵² *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin*, de 13 de julio de 2007 (2007 CSC 349).

accediera a través de un enlace externo (*hyperlink*) que conduce a la página *web* de la instancia arbitral designada como competente en el contrato. Además, a diferencia de los tribunales de instancia, tampoco se dio importancia a que dicha cláusula estuviera redactada en caracteres más pequeños que el resto del contrato y situada en la parte baja de la página, todo ello con el propósito admitido de no distraer la atención del usuario del tema principal, la compra del producto, en definitiva. Por estas y otras razones el tribunal considera obligatoria para las partes la cláusula de sometimiento a arbitraje y no permite que los demandantes acudan a los tribunales canadienses, contradiciendo los criterios mantenidos por los tribunales en instancia y apelación⁵³.

En *De John v. The .TV Corporation*⁵⁴, el tribunal, ante el argumento de la demanda de nulidad contractual por motivos de ambigüedad en las cláusulas, establece una posición muy seguida con posterioridad (These claims fail because DeJohn had an opportunity to review the terms of the Register.com Agreement by clicking on the hyperlink Register.com provided. The fact that DeJohn claims that he did not read the contract is irrelevant because absent fraud (not alleged here) failure to read a contract is not a get out of jail free card).

Manteniendo una posición similar, encontramos las decisiones relativas a otros asuntos. En *B.G. Forrest v. Verizon Communications Inc.*⁵⁵, el tribunal estableció que el consumidor demandante estaba siendo informado de manera suficiente del acuerdo de elección de foro a pesar que la cláusula correspondiente iba incluida en un espacio donde la lectura global era imposible, no quedando otra opción que leerla parcialmente con ayuda del cursor (*scroll box*). Sin olvidar que el tribunal designado competente en el contrato tenía su sede en el Estado del proveedor. En *Net2Phone, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles*⁵⁶, por su parte, se considera como una práctica habitual en los contratos por Internet la circunstancia de que los términos del contrato –como la cláusula de elección de foro– solo sea accesible vía *hyperlink* y considera justa (*no unfair*), antes de entrar en otros argumentos de fondo, esta forma de informar al consumidor del tribunal competente. Por su parte, la opinión del tribunal, vertida en el asunto *D. Hubbert v. Dell*⁵⁷, resulta reveladora en materia de letra pequeña de los contratos *online* (Although there is not conspicuousness requirement, the hyperlink's contrasting blue type makes it conspicuous. Common sense dictates that because the plaintiffs were purchasing computers online, they were not novices when using computers. A person using a computer quickly learns that more information is available by clicking on a blue hyperlink).

En un sentido contrario encontramos dos sentencias. En primer lugar la dictada en *Specht v. Netscape Communications Corp.*⁵⁸, donde el tribunal consideró que los consumidores no podían quedar obligados por la cláusula de sumisión a arbitraje, ya que esta

⁵³ No obstante, los criterios aplicados en esta decisión han sido superados por la reciente sentencia dictada por la Cour Suprême de Canadá en el asunto *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, (2011SCC 15). Aunque esta determinante sentencia afecta más al tema de fondo como es el respeto a las cláusulas de elección de árbitro más que a las cuestiones formales.

⁵⁴ Sentencia del Northern District of Illinois de 16 de enero de 2003 [245 F. Supp. 2d 913 (C.D. Ill. 2003)].

⁵⁵ 805 A. 2d. 1007 (Dist. of Columbia Court of Appeals, Aug. 29, 2002).

⁵⁶ 108 Cal. App. 4th. 583 (Cal. Cr. App., June 9, 2003).

⁵⁷ 359 Ill. App. 3d 976, 835 N.E. 2d 113 (Ill. App. 5 Dist., Aug. 12, 2005).

⁵⁸ Visto inicialmente por el juez de distrito de Nueva York (2001 WL 755396 S.D.N.Y.), cuyo criterio fue corroborado en apelación en octubre de 2002 [306 F. 3d 17, 26 n. 11 (2d Cir. 2002)].

no les fue adecuadamente notificada. La razón estribaba en que para descargarse el programa no necesitaban dar su consentimiento expreso a cláusula alguna (*browsewrap agreement*), sin embargo, el proveedor lo consideraba emitido por el simple hecho de descargárselo tal y como quedaba expresado al final de la página *web*, adonde no era necesario llegar para descargar el programa que, además, era gratuito.

En *M. Defontes and N. Long v. Dell Computers Corp. et al.*⁵⁹, se estableció que la cláusula de sometimiento a arbitraje estaba situada de manera intencionada en la parte baja de la página *web* de la empresa proveedora (lugar desde donde había que realizar los pedidos) y que dicho emplazamiento no era el más idóneo para que los consumidores estuvieran perfectamente informados de las condiciones bajo las que estaban contratando.

Por último, una sentencia no publicada –*M. Cohn v. Truebeginnings*⁶⁰– cuyo supuesto, de hecho, además de por ser poco frecuente y, en cambio, ser admitida la demanda por el tribunal⁶¹, destaca por tratar de manera diferente a los consumidores *online* respecto a los consumidores *offline*, suponiéndoles un nivel de información mayor y exigiéndoles una superior capacidad de diligencia en la aceptación de las cláusulas contractuales de designación de ley y de tribunal competente.

Como colofón a estas decisiones –no precisamente unívocas– sobre la información que reciben los consumidores *online* y las circunstancias formales en que las reciban, valga mencionar la muy extendida opinión de que la gran mayoría de los consumidores (*online* y *offline*) tienden a no leer las cláusulas de los contratos⁶².

III.3.2. La inaplicación de la cláusula de sometimiento a un concreto tribunal o árbitro en función del criterio del beneficio para el consumidor

Dentro de un contexto de absoluta implantación de cláusulas de adhesión (especialmente en casos de selección de tribunal y árbitro), existe una jurisprudencia contradictoria sobre esta cuestión. Por un lado, encontramos sentencias que permiten que el consumidor plantee la demanda ante un foro que le sea más favorable (porque le supone un litigio más barato y cómodo en términos de desplazamiento, etc.; porque la legislación de ese estado tiene una regulación concreta en materia de procesos de pequeña cuantía o de acciones colectivas o por otros beneficios similares). Por otro, hay decisiones que, a pesar de valorar los beneficios para el consumidor demandante de litigar en un concreto foro, imponen el respeto de la cláusula contractual.

En el primer grupo encontramos un numeroso grupo de sentencias. Así, en *Dix v. ICT*⁶³, el tribunal permite a los consumidores demandantes interponer la demanda ante los tribunales de su estado (Washington), a pesar de la cláusula contractual de sometimiento a los tribunales del estado del proveedor (Virginia) porque la legislación de este último no permite

⁵⁹ De 29 de enero de 2004, 2004 WL 253560 (R.I. Super. CT. 2004).

⁶⁰ Tribunal de Apelación de California. B190423 (Los Angeles County Super. Ct. N° BC344082).

⁶¹ El demandante consideraba que la empresa de contactos *online* discriminaba a los hombres frente a las mujeres por ofrecer a las segundas contratos gratis de larga duración mientras que a los primeros solo les gratificaba con una o dos semanas gratuitas de suscripción al servicio.

⁶² HILLMAN, R.A., *On-line Consumer Standard-Form Contracting Practices: A Survey and Discussions of Legal Implications*, *Cornell Law School-Legal Studies Research Paper Series*, Paper 29 (2005), <http://lsr.nellco.org/cornell/lrsp/papers/29>.

⁶³ *S. Dix and J. Smith v. ICT Group, Inc. and America Online Inc.*, n° 77101-4, 2007 WL 2003407 (Wsh. July, 2007).

las acciones colectivas. Dado que las reclamaciones de cada uno de los consumidores eran por un montante pequeño, obligarles a respetar la cláusula de elección de tribunal hubiera supuesto desprotección y, en consecuencia, conculcar una política fundamental (*public policy*) del estado sancionada en la correspondiente norma (Consumer Protection Act). Con parecidos argumentos se manifestó el tribunal en *American Online v. Pasiaka*⁶⁴. Son similares también los pronunciamientos judiciales en *Aral v. Earthlink*⁶⁵ y *C. Comb v. Paypal*⁶⁶, aunque en ambos lo que el tribunal permite es eludir la cláusula de sometimiento a arbitraje a favor de acudir a la justicia ordinaria porque la primera opción supone la renuncia implícita al ejercicio de acciones colectivas (*class actions*). En la primera se aporta un razonamiento interesante para no aplicar la ley del estado de Georgia, según se recogía en el contrato, y cuya aplicación hubiera traído como consecuencia el sometimiento obligatorio a arbitraje y la renuncia a toda acción colectiva. El tribunal encuentra contactos objetivos suficientes para aplicar esa cláusula de elección de ley aplicable, pero considera que California tiene un mayor interés material que Georgia en el asunto, y por ellos establece la aplicación de la ley de ese estado que prima la posibilidad de interponer acciones colectivas en este tipo de procesos frente a cualquier otra consideración.

De la misma manera, favoreciendo el acceso de los consumidores –en atención al pequeño monto de sus reclamaciones– a los tribunales del estado de su domicilio al margen de otros compromisos establecidos en el contrato, destacan *Williams v. America Online*⁶⁷, *Licitra v. Gateway*⁶⁸ y *Scarcella v. America Online*⁶⁹. En esta última, además, se pone de relieve como elemento donde se prima los intereses de los consumidores frente a lo establecido en el contrato, la circunstancia del límite –más o menos alto– de la legislación de cada estado para acceder a los tribunales de menor cuantía (Small Claims Court).

Por el contrario, manifestando opinión divergente, tenemos las ya citadas *Dell c. Union des consommateurs*, *Net2phone v. The Superior Court of Los Angeles County* y *D. Hubbert v. Dell*, y también –dando prioridad al acuerdo contractual frente a la posibilidad de acción colectiva– encontramos a *Caspi v. Microsoft*⁷⁰ y *Groff v. America Online*⁷¹.

III.3.3. La inaplicación de determinadas cláusulas contractuales de adhesión por su carácter injusto para el consumidor (*procedurally and substantively unconscionable*)

Los tribunales norteamericanos han resuelto la polémica de las cláusulas abusivas a través de la aplicación de los criterios de desproporcionalidad o injusticia por razón del desequilibrio de las partes y de la unilateralidad de las obligaciones que de ellas se derivan. Siempre partiendo de la base de que se trata de cláusulas de adhesión, es decir, con ausencia de negociación real entre las partes (*take or leave it basis*).

Esta fórmula que podría ser una buena solución para equilibrar la posición de los consumidores encuentra su principal defecto en que descansa en criterios jurisprudenciales

⁶⁴ N° 1D03-2290, 2004 Fla. App. Lexis 764 (Jan. 29, 2004).

⁶⁵ 2005 WL 3164648 (Cal. Ct. App. 2d Dist., Div., 4 Nov. 29, 2005).

⁶⁶ 218 F. Supp. 2D 1165 (N.D. Cal. Aug. 10, 2007).

⁶⁷ 2001 WL 135825 (Mass. Super., February 8, 2001).

⁶⁸ 734 N.Y. S. 2d 389 (Civil Court of the city of New York, Richmond County, October 18, 2001).

⁶⁹ N° 570315/05, 2005 WL 3542868 (N.Y. App.Term., Dec. 28, 2005).

⁷⁰ 732 A. 2d 528 (N.J. App. Div., July 2, 1999).

⁷¹ 1998 WL 307001 (R.I. Superior Ct., May 27).

con el consiguiente resultado de sentencias que descansan en criterios muy diferentes. Así, encontramos decisiones que rechazan una determinada cláusula de adhesión de sometimiento a tribunal, árbitro o ley aplicable por considerarla injusta para el consumidor, como en las citadas *C. Comb v. Paypal*, *Aral v. Earthlink*, *Bragg v. Linden*, *Defontes v. Dell*, *Mazur v. eBay* o en otras como *Oestreicher v. Alienware*⁷². En dichas sentencias se establece que la renuncia (*waiver*) –que los consumidores realizan en los respectivos contratos electrónicos de adhesión– al ejercicio de acciones colectivas o a procesos de menor cuantía o al foro de su domicilio les sitúa en una situación de desequilibrio insoportable. Por seleccionar solo una, recogemos el pronunciamiento del tribunal en *Aral v. Earthlink*: Although Aral did not allege fraud, the gravamen of the complaint is that numerous consumers were cheated out of small sums of money through deliberate behaviour. Accepting these allegations as true, as we must at this stage of the proceedings, the class action waiver must be deemed unconscionable under California law.

Es cierto que dichos posicionamientos se producen como consecuencia del intento de determinados consumidores de interponer la demanda ante un foro que les resulta más favorable, ante la consiguiente oposición del proveedor que redactó el contrato. Dicho de otra manera, no son ni una regla general ni fruto de una actuación de oficio de los órganos judiciales. Buena prueba de ello son las sentencias contrarias a esta línea como las ya citadas *Dell c. Union des consommateurs* y *D. Hubbert v. Dell*. En la primera se considera admisible la renuncia a las acciones colectivas (malgré son importante portée sociale, n'est qu'un véhicule procédural dont l'emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels), incluso si está realizada en adhesión a un contrato estándar (Cela ne signifie que l'adhérent ne peut pas consentir véritablement au contrat et être lié par chacune de ses clauses, même si certaines d'entre elles pourraient être nulles ou sans effet par l'application de quelque autre disposition de la loi).

En cualquier caso se trata de una solución demasiado arbitraria al difícil reto de compensar el ejercicio de falsa autonomía de la voluntad en los contratos de consumo online.

IV. CONCLUSION

Los dos retos –aquí expuestos– que la práctica de la contratación *online* lanza al derecho alcanzan un punto de encuentro, incluso hasta poder ser considerados parte de un mismo problema. La regla general del uso por los proveedores de contratos de adhesión con cláusulas de elección de tribunal o árbitro y derecho aplicable en ellos incluidas, además de una serie de normas de conducta materiales allí recogidas, parecen ser la base de una futura regulación privada del derecho de la contratación *online*. Dependerá de los Estados y de la eficacia de los mecanismos de cooperación que pongan en marcha que las restricciones a la libertad de contratación en pos de una necesaria protección de la parte más débil se implementen.

Otra cuestión derivada de la anterior, no analizada en el trabajo, sería la de la técnica de reglamentación elegida para regular la contratación internacional *online*. Parece que la normativa estatal en vigor requiere de una adaptación a las posibilidades de Internet y que una regulación convencional de DIPr sería muy recomendable. Las dudas se plantean en torno a si resulta más útil una regulación de tipo convencional o algún mecanismo de *soft law*

⁷² 2007 WL 2302490 (N.D. Cal. Aug. 10, 2007).

(guía legislativa, ley modelo, etc.) sería la idónea. Es indudable que la segunda posibilidad puede ser más factible en términos de sumar acuerdos estatales, pero la primera, sin duda, puede suponer un mayor nivel de compromiso y, por tanto, también, de protección.

Es cierto que no todas las propuestas de regulación alternativa son descartables. Los códigos de conducta y la experiencia de los operadores del comercio *online* deben de ser utilizados, de la misma manera que los mecanismos de resolución alternativos de controversias (*ADR* y *ODR*) serán, sin duda, un cauce eficaz siempre que se deje abierta la vía de acceso a los tribunales o que se haga efectiva una verdadera autonomía de la voluntad en la elección contractual. En esta última cuestión reside la clave del equilibrio entre operatividad comercial y justicia para los sectores más débiles.

DERECHO ADMINISTRATIVO

PÚBLICO Y PRIVADO EN LA POTESTAD SANCIONADORA

HANS MUNDACA ASSMUSSEN*
Universidad Arturo Prat

RESUMEN

En este artículo se analiza la legitimidad de la denominada potestad sancionadora de la administración ejercida por entes privados, ello se entiende posible por la proyección de esta potestad en el campo privado fundada en la técnica de autoadministración, por ello, de manera previa se revisan los requisitos de constitucionalidad y de ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, como también la naturaleza de las sanciones.

Palabras clave: Derecho público, Derecho privado, sanción administrativa, Potestad Sancionadora, constitucionalidad, principio de legalidad

INTRODUCCIÓN

Uno de los tópicos más complejos en el desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo lo podemos encontrar en las llamadas “sanciones administrativas”. Su origen mismo es objeto de fuertes objeciones al representar una contradicción con el régimen de *droit administratif*. Ello se dice al haberse negado la Administración a entregar la facultad de sancionar a los particulares, de la cual había sido titular el monarca del antiguo régimen¹.

Dicha reticencia ha conducido que en la actualidad nos enfrentemos con un sinnúmero de infracciones cuyo conocimiento y fallo corresponde a la propia Administración del Estado –concepto este último entendido en los términos del artículo 1º de la ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado–, además, en otros tantos casos la propia facultad de dar cumplimiento a lo resuelto recae en ella misma, tal como sucede con las infracciones en materia tributaria.

La existencia de esta potestad sancionadora ha generado una serie de problemas que deben ser superados en la búsqueda de una dogmática que satisfaga los actuales requerimientos

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Arturo Prat. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo por la misma universidad.

¹ Al efecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. (2002). *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II (Civitas, Madrid), pág. 164, también e incluyendo un estudio comparado europeo: Mattes, Heinz (1979). *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, traducción de José María Rodríguez Devesa. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

que se le imponen al Derecho administrativo, y que básicamente se traducen en el juego entre la eficacia en el cumplimiento de la función administrativa, por un lado, y de la garantía de los ciudadanos por el otro. Por de pronto su propia constitucionalidad ha sido objeto de críticas², y de la mano con ello se encuentra el problema de su naturaleza jurídica, respecto de la cual si bien en el último tiempo existiría un consenso aparente por el que se les atribuye un carácter penal, las razones que tradicionalmente se entregan para ello no son del todo convincentes al sustentarse en fórmulas interpretativas complejas de entender y explicar, razón suficiente, por la que, a nuestro entender, urge revisar los fundamentos de esa interpretación y explorar nuevos caminos que permitan una mejor sistematización de esta materia.

Pero aún más, contribuye a enturbiar el escenario el observar una serie de órganos que si bien no se insertan en la Administración, son titulares de “potestades” sancionadoras –tal como acontece con las juntas de vecinos, y las juntas de vigilancia, entre otros–, y que en su funcionamiento cotidiano se encuentran regulados por el Derecho privado antes que el público.

Pues bien, ese es el objeto de las páginas que siguen. Poder determinar la naturaleza de los poderes sancionadores de que son titulares estas entidades y si existen relaciones con la potestad sancionadora de la Administración; y de ser así, cuál es el título que las conecta. Estimamos que el problema planteado resulta contener crecientes grados de complejidad si lo que se busca es entender el sistema sancionatorio del Derecho administrativo, generando con ello un compromiso en el desarrollo del sistema interno de esta disciplina. De manera que el abordar el estudio de estas figuras “punitivas” no es un simple ejercicio intelectual, por el contrario, nos entregará una mirada, en lo posible un tanto sistematizada, acerca del llamado Derecho administrativo sancionador en nuestro medio.

En tal sentido, nuestro análisis partirá con una mirada global respecto de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, mirada que nos permitirá graficar la problemática planteada en torno a estas organizaciones que se encuentra fuera de la Administración y donde la base de su creación se encuentra la espontaneidad o voluntad de sus integrantes a diferencia de lo que acontece con las personas jurídicas de Derecho público. Posteriormente, abordaremos las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora, con lo que se podrá determinar los requisitos o condiciones generales que se deben cumplir para estimar que la potestad sancionadora se adecúa a la Constitución, y en definitiva pueda hablarse sin ningún tipo de resquemor de ella, lo que unido a un breve análisis de su naturaleza jurídica permitirá contextualizarla en un orden normativo específico que marcará, además, las normas supletorias que han de operar en su regulación. Con posterioridad, enfrentaremos la existencia de estos poderes en órganos privados. Para tal efecto, luego de un análisis acerca de su conformación dogmática se procede a estudiar la recepción de esta problemática a la luz de la jurisprudencia nacional y comparada, especialmente repasaremos en un sentido crítico el caso del Derecho español y las soluciones más recientes que la dogmática ha entregado.

² Al efecto, SOTO KLOSS, E. *El Derecho Administrativo Penal*, en Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Año VII, N 45, abril 1980, pp. 95-103, también ARÓSTICA MALDONADO, I. *Algunos problemas de Derecho Administrativo Penal*, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N. 182, Año LV, Julio-Diciembre 1987; y también del mismo autor: *Un lustro de sanciones administrativas, (1988-1992)*, en Revista de Derecho Público, N 50, 1990. Universidad de Chile.

CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Para enfrentar el objeto de análisis que nos hemos propuesto, creemos conveniente esbozar algunos criterios de contenido normativo que permitan configurar la dualidad Derecho público-Derecho privado en lo general; y en particular en el ámbito del Derecho administrativo chileno.³

En este orden de ideas, estimamos que el punto de partida de cualquier distinción entre el Derecho público y el Derecho privado se encuentra en la configuración del principio de legalidad o juridicidad. Dicho principio se traduce: “por un lado, en una exigencia de juridificación de lo organizativo, lo que se expresa en una sujeción de –siguiendo las categorías de Richter– su creación y, particularmente, su establecimiento y puesta en marcha a una estricta reserva legal”⁴. La base normativa de esta noción se encuentra principalmente en los artículos 7º inciso segundo y 62 inciso cuarto de la Constitución Política de la República⁵.

Por lo demás, el principio de juridicidad se encuentra establecido para los órganos del Estado –según el propio tenor del artículo 7º de la Constitución–, con lo cual determina el conjunto de organismos personificados o no a los cuales se extiende la aplicación del mismo enunciado, y que se haya concretizado a su vez en el artículo 2º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, con lo cual es posible perfilar los contornos generales del Derecho público en Chile al menos en su aspecto orgánico.

La noción del principio de juridicidad es de tal importancia, que para algunos autores se trata de la regla de oro del Derecho público chileno⁶, y su concreción técnica se adscribe dentro de la doctrina de la vinculación positiva, la que exige una habilitación legal formal previa para la actuación, “precisamente en garantía de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos y de seguridad jurídica, el Derecho público se ha ido perfeccionando con la afirmación del principio previa norma, cuyas exigencias marcan no pequeña distancia con lo que acontece en el mundo del Derecho privado”⁷, y la cual se puede graficar en que solo es posible realizar aquello que expresamente se encuentra autorizado.

Creemos que interpretar la dualidad enunciada de esta forma permite configurarla de manera más concreta, flexible y adecuada a la realidad de nuestro medio. Más concreta, en cuanto la noción de juridicidad se encuentra lo suficientemente perfilada en el plano histórico y dogmático con una sólida concreción normativa desde la Constitución Política de

³ Una exposición de los criterios para diferenciar entre Derecho público y Derecho privado a nivel general y en la esfera del Derecho comparado, los podemos encontrar en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, I. (1986). *Introducción al Derecho Administrativo* (Tecnos, Madrid).

⁴ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2003). “*La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno; un análisis jurisprudencial*”; AA. VV. “*La Constitucionalización del Derecho Chileno*”, Editorial Jurídica de Chile.

⁵ En general, sobre el principio de legalidad-juridicidad se puede consultar, en nuestro medio, Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1996; Enrique SILVA CIMA, *Derecho Administrativo Chileno y comparado, Introducción y fuentes*, Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Jorge REYES RIVEROS, *El principio de Juridicidad y la Modernidad*, en Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, del mismo autor, *Invaldación de los Actos Administrativos*, Editorial LexisNexis.

⁶ Así, SOTO KLOSS, E. (1996), *Derecho Administrativo. bases fundamentales*, tomo II (Ed. Jurídica, Santiago).

⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, I. (n. 3, p. 31)

1833; más flexible, toda vez que permite explicar una serie de modulaciones en cuya virtud la Administración del Estado utiliza en su funcionamiento normas que, desde la óptica del sujeto destinatario de ellas, se encuentran insertas en el Derecho privado⁸, precisamente por que habrá una norma de Derecho público que permitirá su aplicación en este otro ámbito jurídico. En fin, también la estimamos más adecuada a nuestra realidad desde que su uso exige una interpretación atendiendo las normas en sí y no el Código en el cual se haya inserta.

En resumen, creemos que el principio de juridicidad es base de la distinción entre Derecho público y Derecho privado. En efecto, sobre dicho fundamento es posible apreciar que existen organismos que se rigen conforme él, en los cuales en poco o en nada cabe la autonomía de la voluntad de sus integrantes. Por el contrario, tanto los fines del órgano se encuentran predeterminados en la ley, como también los medios por los cuales de ellos se han de obtener. Por el contrario, aquellos órganos o personas en los cuales la base de su actuación se encuentra determinada por la autonomía de la voluntad tanto en la determinación de sus fines y como en los medios por los cuales alcanzarlos caen en el campo del Derecho privado.

La aseveración anterior no obsta a la existencia de órganos que pueden formar parte de la Administración del Estado, y que no obstante ello se rijan por el Derecho privado, puesto que en dichos casos existe una norma de naturaleza pública que los autoriza para regirse por normas sistematizadas tradicionalmente en el Derecho privado⁹. Así será posible distinguir sustancialmente ambas esferas de lo normativo, lo que nos servirá de base para el tratamiento posterior de la materia que analizamos en este trabajo.

BASES CONSTITUCIONALES DE LA POTESTAD SANCIONADORA

Como observa Soto Kloss¹⁰, sancionar es juzgar, y esa facultad corresponde exclusivamente a los tribunales señalados en la ley; y en ley formal, agregaríamos nosotros. Para dicho autor esta circunstancia es un dato inobjetable dentro de nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1833, reiterado tanto en la del 25 como en la del 80. De esta manera, solo los tribunales que ha señalado la ley son los llamados a conocer, juzgar y hacer ejecutar lo resuelto.

Lo esencial de esta visión se encuentra en que solo los tribunales que integran el poder judicial son los llamados a conocer y sancionar estas conductas, particularmente, en concepto de dicho autor, con lo preceptuado en la parte segunda del inciso primero del actual artículo 76 de la Constitución¹¹. De esta forma, si al presidente se le encuentra vedado intervenir en estos asuntos, con mayor razón se le encuentre prohibido a los funcionarios integrantes de la

⁸ Con ello es posible enfrentar la llamada huida del Derecho administrativo; sobre tal “huida” se puede consultar: ARIÑO ORTIZ, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico* (Ara Editores, Lima), y GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S. (1998). *El Derecho Administrativo Privado* (Motecorvo, Madrid).

⁹ Se podría cuestionar esta visión sobre la base de la regla alemana de la *drittwirkung*, pero ella es ajena a nuestro medio. Al efecto, es posible consultar el trabajo del profesor Eduardo Aldunate Lizana sobre el efecto horizontal de los derechos fundamentales en obra colectiva citada en N. 2 de este trabajo, cuyas conclusiones suscribimos.

¹⁰ SOTO KLOSS, E. (N. 2 p. 96).

¹¹ El cual establece a la letra: “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

Administración o a órganos de esta tomar parte en ellos en la forma descrita por la referida norma.

En nuestro concepto, compartiendo la esencia de lo expresado por el profesor Soto Kloss, creemos que la constitucionalidad de esta potestad se encuentra circunscrita a la tipificación legal formal para su conocimiento a órganos que ejercen jurisdicción¹², y ellos no solo son los que forman parte del Poder Judicial, sino que es posible admitirlo en varios otros, por ejemplo, el juicio de cuentas que se lleva ante la Contraloría General de la República, o el mismo juicio político donde el Senado actúa como jurado. Ambos son casos donde se ejerce jurisdicción por parte de órganos ajenos al Poder Judicial. En consecuencia, lo central de la constitucionalidad de la potestad en estudio se encuentra que ella sea atribuida por ley formal a un órgano que ejerza jurisdicción acorde a un justo y racional procedimiento e investigación.

Refuerza la idea anterior el propio principio de legalidad del obrar de los órganos del Estado, a que se refiere el artículo 7º de la Constitución, en cuanto exige para la validez de la actuación que sea tomada, adoptada, acorde a la “forma”, al procedimiento, a la manera que se encuentra prescrita, y ello precisamente es a través del debido proceso¹³.

En ese mismo sentido, no debe ser obstáculo para aceptar la existencia de esta potestad el que no haya un pronunciamiento expreso en el texto constitucional como acontece en España y Portugal por ejemplo. Antes bien, debemos entender junto con Moderne que: “ante ausencia de toda disposición clara corresponde al juez constitucional decir, sobre todo con ocasión del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, si el poder de sanción eventualmente acordado a la administración tiene su lugar dentro del orden jurídico nacional”¹⁴.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de esta potestad en el fallo Rol N. 244 sobre la ley de caza, en su considerando décimo señala que: “es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como un modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”¹⁵. Es decir, reconoce la potestad

¹² En rigor en nuestro sistema, hasta donde divisamos, no se encuentra en discusión que la infracción administrativa debe encontrarse determinada por ley, como sucede en otros sistemas al efecto, el profesor Franck Moderne entrega varios casos tanto en los Estados Unidos como en el Derecho europeo. MODERNE, F. (1994). *Represión Administrativa y Protección de las Libertades ante el Juez Constitucional. Las Lecciones del Derecho Comparado*. En Revista de Derecho Administrativo, N. 17, septiembre-diciembre (Depalma, Buenos Aires) pp. 361 a 377. Además, se puede consultar: BERMÚDEZ SOTO, J. (1998) *Elementos para definir las sanciones administrativas*, en Revista Chilena de Derecho, número especial.

¹³ Al efecto, se puede consultar: ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (2003). *Los Principios Generales del Derecho*. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno (U. Católica, Santiago), pp. 171 y siguientes.

¹⁴ Moderne, F. (N. 14, p. 366).

¹⁵ Citado por VERGARA BLANCO, A. (2004). *Derecho Eléctrico* (Ed. Jurídica, Santiago), pp. 317-327, y del mismo autor: *Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, Año 11, Nº 2, 2004, pp. 137-147.

sancionadora de la Administración, la que debe ser ejercida con la exigencia de una ley previa y cierta¹⁶.

En resumen, reconocido por el juez constitucional la existencia de este sistema sancionador en Chile para su validez específica, se requiere, por un lado, que las conductas prohibidas se establezcan por medio de la ley formal, además, ese tipo de norma deberá ser el que conceda jurisdicción a órganos de la Administración para conocer y sancionar dichas infracciones, para que, finalmente, el procedimiento o forma que se siga se apegue a los estándares de un debido proceso.

NATURALEZA DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Enfrentar el problema de la naturaleza de las sanciones administrativas es el problema de entender el sentido de lo ilícito como contrario a lo que se manda o prohíbe. Y, por ende, supone escudriñar en torno a la posibilidad que posee el Estado, en su visión sociológica, de poder determinar cuáles son las conductas debidas o no. En el actual modelo entendemos que ello debe hacerse conforme a la ley formal¹⁷ y respetando los parámetros entregados por la Constitución Política de la República.

Este reconocimiento trae aparejado la posibilidad que se establezcan ciertos correctivos o sanciones para el evento que se produzcan infracciones a dichos mandatos¹⁸, los que en la era de la internacionalización pueden encontrarse recogidos en una norma interna, o bien en una norma externa cuya vigencia y validez se presente acorde a la propia Constitución.

De esta forma resulta esencial en el proceso de elaboración de un concepto sobre la materia, entender que solo resulta sancionable aquello que se encuentra prohibido expresamente, lo que siempre constituirá un archipiélago en un verdadero océano, donde cada una de las islas que lo conforman son las materias prohibidas.

La selección de estas islas es un proceso que se orienta en dos sentidos diversos. Por un lado, la existencia de cierta ponderación de valores estimados dignos de dicha protección acorde a su naturaleza intrínseca, y necesarios para el funcionamiento social. Y por otra, esa misma ponderación genera una escala donde unos prevalecen sobre otros, y donde la sanción –al menos teóricamente– debe ser proporcionada y acorde a la escala de bienes

¹⁶ Como observa Rodríguez Collao: “nos parece inconcebible que la Administración pueda ejercer adecuadamente sus funciones, sin estar dotada al mismo tiempo de un cierto poder de coacción que alcance incluso a la posibilidad de castigar ciertas conductas que entorpezcan su actuación. Por otra parte, la necesidad de que dichas sanciones se apliquen en forma oportuna y por un ente que posea la competencia técnica imprescindible para entender y ponderar la infracción, nos parecen razones más que suficientes para justificar el hecho de que esas sanciones sean aplicadas por la propia autoridad administrativa.”. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1987), Bases para Distinguir entre Infracciones Criminales y Administrativas, en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N. 11, pp.117-161.

¹⁷ Aquella que se encuentra definida en el artículo 63 N° 20 de la Constitución, acorde a la idea de primacía constitucional, atento a lo que señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución, de manera que el concepto de ley en nuestro sistema es: “Toda norma de carácter general que establezca las bases esenciales de un ordenamiento”.

¹⁸ Superaría la finalidad de este trabajo entrar a la discusión de la metafísica del poder de castigar, pero respecto de ella se pueden consultar: Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Bosch, Madrid), del mismo, *La expansión del Derecho penal* (Civitas, Madrid); de Enrique BACIGALUPO, su *Estado de Derecho y Derecho penal* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago), y desde una óptica funcionalista, Claus ROXIN, *Derecho penal, parte general* (Civitas, Madrid), y Gunter JAKOBS, *Derecho penal, parte general* (Civitas, Madrid); en lo personal nos avenimos con la opinión del primer grupo de autores.

ponderados; de donde se sigue que ciertas conductas tendrán un mayor castigo que otras, pero siempre manteniendo una idéntica naturaleza. Aquellas que resulten ser menos graves, recibirán un tratamiento y sanción suavizada y limitada. Siendo ello la única forma en que se evite la esquizofrenia del sistema y se configure como garante de la seguridad jurídica de los ciudadanos¹⁹.

Con lo dicho es posible entender que nos encontramos ante un único poder que permite sancionar, el cual es conocido como *ius puniendi*, y el que puede actuar en toda la órbita del ordenamiento jurídico y por lo mismo con diversas manifestaciones, pero con un mismo contenido. Con ello nos alejamos de las tesis²⁰ que distinguen al menos dos categorías de lo sancionable. Por una parte –sostienen– la existencia de un deber de fidelidad respecto de patrones ético-morales, representados por el delito, y por la otra, acciones que contienen una inmoralidad insignificante, constitutivas de meras infracciones al orden. De lo que se concluye que solo aquello que atenta contra la primera obligación de fidelidad puede ser entendida de la órbita o esfera penal. La segunda, en cambio, tendría una forma de regulación y sanción peculiar construida de manera independiente y que correspondería a la sanción administrativa.

Esta posición nos parece en toda su extensión nominalista, por cuanto no logra fundamentar la diferente naturaleza de la obligación de fidelidad, sino que recurriendo a los elementos de magnitud de la protección de los patrones ético-morales que se consideran. Lo que precisamente da cuenta de una conclusión contraria a la que sustenta por sus defensores; en efecto, si utilizan un mecanismo relacional, los deberes ético-moralmente señalados, se parte de la base que ellos poseen la misma identidad solo que una ponderación los lleva a formar una escala, con lo cual se sigue que el problema no es de cualidad o naturaleza de la sanción, sino que de cantidad, extensión o *quantum* de ella, con lo que se llega a la conclusión que ambos tipos de “infidelidades” poseen la misma naturaleza.

1. La idéntica naturaleza de las penas “penales” y las sanciones “administrativas”

Un panorama como el descrito en lo precedente es plenamente aplicable al caso chileno, donde es posible observar que la naturaleza de la sanción administrativa es intrínsecamente penal, y, por ende, debe ajustarse a la naturaleza planteada para las infracciones penales. Con esta argumentación creemos reforzar la posición mayoritaria de la doctrina nacional que aprecia que el problema de la naturaleza de las sanciones administrativas se resuelve en sede penal, pero con una interpretación –a decir de Vergara Blanco– *in extremis* del artículo 20 del Código Penal²¹ sin la necesidad de recurrir a ella²²

¹⁹ En este punto conviene tener en cuenta que no podría configurarse como bien jurídico protegido una mera descripción general a fines generales del funcionamiento de la Administración como una referencia genérica a la “colectividad” –como lo ejemplifica Alcalde Rodríguez–. Un postulado de esa naturaleza debe ser puesto bajo sospecha, sobre todo que es muy semejante a la idea de atentado al sano sentimiento del pueblo alemán que usara el Código Penal del Reich nazi. En efecto, usar esta herramienta sancionadora bajo ese prisma porque produce una confusión entre los conceptos de bien jurídico protegido y cometido estatal asimilándolos, llegaría a transformar la infracción administrativa en una cuestión formal sin contenido, asimilable en muchos aspectos a los delitos de peligro abstracto. Sobre este punto se puede consultar ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (N. 13 p. 225.).

²⁰ Tal es caso de Goldschmit y Eric Wolf, citado por Mattes, H. (N. 1, p. 231).

²¹ VERGARA BLANCO, A. (N. 15).

²² Esta es, por lo demás, la tesis y argumentación que desde hace años sostiene el profesor Enrique CURY sobre la materia. Al efecto, se puede consultar *Algunas Reflexiones sobre la Relación entre Penas Penales y Administrativas* en

Pero más aún, adscribiendo la naturaleza de las sanciones administrativas a la sede penal, la hermenéutica de dicho precepto legal deja de tener el carácter extremo y asume la plenitud de su contenido con toda naturalidad al entender que la expresión “reputa” que utiliza se vincula a un tratamiento diferenciado de los efectos de la sanción, y no que ella en su naturaleza sea distinta. Más aún la propia decisión de un tratamiento diferenciado dice relación con la misma entidad de la infracción y no con su naturaleza, con lo que la infracción administrativa será de baja relevancia para esa matriz²³.

Además, la interpretación de dicho artículo nos ofrece el marco sancionador en el cual actúa la sanción administrativa. En efecto, debemos tener en cuenta, por un lado, que le resulta aplicable el marco de penas general contemplado en los artículos 25 y siguientes del Código Penal el cual establece la escala general de penas colocando máximos y mínimos a la pena de multa, los cuales serán los mismos límites para la multa en la infracción administrativa. Por otro lado, y conforme la misma escala penal, es posible sostener que como la ley no ha contemplado una pena privativa de libertad dentro de esa escala para las infracciones de esta entidad, que no superan las cuatro Unidades Tributarias, es posible sostener que tampoco resultan aplicables penas privativas o restrictivas de libertad en esta órbita infraccional por cuanto el sistema se lo entrega a sanciones de mayor entidad, con lo que las sanciones administrativas solo podrán abarcar aquellas penas que tengan carácter pecuniarias o bien privativas de otros derechos.

Ahora bien, en el plano instrumental de su naturaleza²⁴, o sea en lo relativo al procedimiento de aplicación de las sanciones, consideramos que es posible encontrar que existen disposiciones del Código Procesal Penal aplicables a la materia, por de pronto la presunción de inocencia tiene un reconocimiento expreso en el artículo 4º del Código Procesal Penal, o la cautela de garantías a la que alude el artículo 10 del mismo Código, haciendo por esa vía aplicables todas las garantías a las que aluden los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales²⁵, en fin, el artículo 5º que impone un deber de interpretación restringida a los preceptos que implican una restricción de los derechos de las personas.

Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, año VII, Nº 45, abril 1980, pp. 86 a 94, y también en su Derecho Penal, parte general, 2004, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

²³ Refuerza esta idea el proceso de decriminalización de conductas donde se establece una sanción menor o más benigna. Al efecto, se puede consultar *Expansión del Derecho penal*, capítulo “La Administrativización del Derecho Penal”, pp. 121 a 141, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; nota 17. No obstante ello, a nivel de jurisprudencia el tema tuvo una evolución más lenta. En realidad, es posible observar que los fallos de finales del s. XIX y principios del XX estimaron que existe una diferencia sustantiva entre uno y otro tipo de sanción, al efecto, se ha resuelto que: “toda sanción pecuniaria que no tenga por finalidad castigar un delito sino una infracción de la ley tributaria o administrativa, no está sujeta al Código Penal. Las leyes imponen también multas civiles”; así, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 marzo 1898. G.1898. t. I, Nº 161, p. 64; también se pueden consultar: Corte Suprema; 15 de abril 1914. R. t. XII, sec. 1ª, p. 226 G. 1914, 1º sem. N. 25, p. 52; Corte Suprema, 13 de mayo 1916. R. t. XIII, sec. 1ª, p. 423. En contrario, Corte de Talca, 23 de junio 1933. R. XXXI, sec. 1ª, p. 305. Esta última tesis es aquella que estimamos se ha asentado en nuestro medio, según veremos más adelante, particularmente por el trabajo desplegado por el Tribunal Constitucional.

²⁴ Estimamos que el Derecho procesal penal es Derecho penal, en cuanto se trata de la forma o manera por la que se hace efectivo el castigo y por tanto se encuentra dentro de su misma matriz, con lo que el desarrollo de esta disciplina le correspondería más bien a los penalistas que a los procesalistas.

²⁵ Creemos que no existe ningún inconveniente en utilizar la expresión derechos fundamentales en un sentido y contenido normativo, desde que es usada en el artículo 93, inciso tercero, parte final de la Constitución Política de la República.

Así tampoco resulta plausible, acorde a esta matriz, la aplicación de apremios personales –como el arresto– para el cumplimiento de la sanción misma. Puesto que la restricción de libertad con el carácter de preventivo no opera en el evento que la sanción a aplicar sea de carácter pecuniario o privativa de otros derechos, acorde al artículo 141 del Código Procesal Penal que expresamente estima improcedente la prisión preventiva en los supuestos contenidos en la letra a) de dicha norma.

Finalmente, y conforme lo que se viene señalando, es posible estimar que en torno a la sanción administrativa se aplican de manera supletoria las normas y garantías propias del Derecho penal y del proceso penal²⁶.

De esta manera, adscribiendo el problema de la naturaleza de las sanciones administrativas a la matriz disciplinar del Derecho penal, creemos superar los principales problemas que giran en torno a ellas, determinamos el ámbito de normas y principios que le son aplicables de manera supletoria, y el marco sancionador que le resulta aplicable como también sus restricciones, haciendo que ellas sean reconocidas dentro del sistema externo y aprehensibles por el sistema interno.

2. Presupuestos de la aplicación de las sanciones administrativas

Al referirnos a los presupuestos de la aplicación de las sanciones administrativas, estamos haciendo referencia a un conjunto de aspectos previos que se deben verificar para estimar que la determinación y aplicación de una sanción se ajusta a derecho. La idea que sean presupuestos implica que esos elementos sí o sí deben presentarse en el caso concreto, y la ausencia de alguno de ellos acarrea que la sanción aplicada se deslegitime frente al ordenamiento jurídico y por lo mismo que no pueda producir los efectos naturales y propios de ella.

Los presupuestos a los que nos referimos son los siguientes: a) existencia de una infracción administrativa; b) que la sanción se encuentre establecida de manera previa a la infracción en el ordenamiento jurídico; c) que el sujeto infractor sea culpable; d) la tramitación de un procedimiento sancionador previo que reúna las características del debido proceso, es decir, con posibilidad de ser escuchado, de rendir prueba de descargo y que la resolución que pone término al procedimiento sea fundada.

Dichos presupuestos han sido recogidos por la jurisprudencia judicial en nuestro país. En efecto, al respecto el Tribunal Constitucional en fallo Rol N. 244 de 1996 ha resuelto que: “Los principios inspiradores del orden penal se aplican al Derecho administrativo sancionador por ser manifestación del *ius puniendi*”²⁷. Así también, en fallo de la Corte Suprema sobre protección, de 29 de enero de 1991, reconoce la irretroactividad de la ley que establece sanciones en Derecho administrativo²⁸.

²⁶ Sobre el particular se puede consultar VERGARA BLANCO, A. (Nota N. 16).

²⁷ El referido criterio se mantiene en el fallo Rol N. 437.

²⁸ Corte Suprema. Apelación de protección “Compañía Telefónica con Ministro de Transportes y Telecomunicaciones y Subsecretario de Telecomunicaciones.

LA POTESTAD SANCIONADORA EN ENTES PRIVADOS

Teniendo claridad acerca de las bases constitucionales de la potestad sancionadora y de su naturaleza, es posible entender que una nota común en ella es su titularidad, la cual siempre recae en un órgano de la Administración del Estado²⁹.

No obstante ello, es posible observar la existencia de ciertos órganos, entes o personas jurídicas que siendo titulares de cierta potestad o poder sancionador no se rigen por el Derecho público, sino que específicamente por el Derecho privado, y no nos referimos a la figura típica de la sociedad estatal, o del ente que formalmente asume el Derecho privado, que en concepto de Santiago González-Varas Ibáñez corresponde al Derecho administrativo privado y cuya característica esencial se encuentra en el uso del principio de elección desarrollado por la dogmática alemana³⁰. A diferencia de ello, nos referimos a la existencia de órganos integrados por particulares, los cuales tienen la capacidad de sancionar a sus representantes o integrantes en el cumplimiento de su propia función, tal como acontece con las juntas de vigilancia de la ley de copropiedad inmobiliaria, o las juntas de vecinos, o los colegios profesionales.

El problema podría ser planteado de la siguiente forma: el sistema interno nos indica la existencia de entes con posibilidad de sancionar a los particulares y que no integran la Administración del Estado. Así las cosas, urge determinar la naturaleza de dichos entes como de las sanciones que aplican, puesto que con ello será posible establecer su propia matriz y la regulación supletoria sustantiva y adjetiva en el conocimiento de las infracciones que surjan en dicho ámbito.

1. Las corporaciones sectoriales de base privada

La visión tradicional del Derecho administrativo nos indica que cada vez que actúa la Administración lo hace acorde a un estatuto regido por el principio de juridicidad, el cual tiene además un conjunto de prerrogativas para dicha entidad de contenido exorbitante, lo que se contradice con lo anterior en cuanto son particulares los que realizarían la función. Enfrentando la problemática, la doctrina se ha referido a estos órganos como corporaciones sectoriales de base privada. Y por ello resulta necesario previo a cualquier análisis ulterior desentrañar el concepto y función de estos organismos.

Tradicionalmente, las corporaciones han sido distinguidas entre aquellas que se rigen por el Derecho público, donde su origen y actividad se rige por el principio de legalidad; y la de Derecho privado, que en su origen y funcionamiento prima la voluntad o espontaneidad de sus integrantes y se configuran en el sistema interno como tipos. Ahora bien, existe una serie de organizaciones que se han creado a objeto de poder cumplir con finalidades que importan básicamente a sus asociados, como es el caso de los colegios profesionales, las juntas de vecinos, juntas de vigilancia de condominios, y en cuanto tal es observable su raíz privatista.

Pero sucede que junto a ello, y como señala García de Enterría y Tomás Ramón Fernández³¹, se le atribuyen por el ordenamiento o por delegación expresa funciones que

²⁹ De hecho, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández las define como un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal (Nota N. 1, p. 145).

³⁰ En lo medular esta noción implica el uso del Derecho privado por parte de la persona jurídica, pero acorde a los principios generales del Derecho administrativo, es decir, se trata de una regulación que se encuentra dentro de un estanco de Derecho público, y se le ha denominado privatización formal del Derecho administrativo. Así, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (N. 10 p. 103).

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (N. 1, p. 397).

normalmente no le son propias, con lo que usan la técnica de la llamada “autoadministración”, por la que se le otorgan facultades en el orden administrativo a ejercer sobre sus propios miembros, aunque en esencia este tipo de organizaciones no postula dichos aspectos.

Luego, la naturaleza de estas organizaciones no es pública en un sentido estricto, pero tampoco se encuentra ajena al principio de legalidad y, por ende, al Derecho público, en cuanto el propio ordenamiento jurídico le atribuye poderes que se fundamentan en el principio de juridicidad y no en la espontaneidad de sus integrantes. Al efecto, podemos citar el caso del artículo 19 N. 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República que entrega el poder a los colegios profesionales de conocer de reclamaciones por infracciones éticas en que hubieren incurrido sus asociados, y llegado el caso de poder sancionarlas.

En definitiva, creemos que nos hallamos ante un órgano que posee un doble carácter, que se encuentra presente en el Derecho público y en el Derecho privado, en los cuales se da cuenta de un origen y actuaciones generalmente regidas por el Derecho privado, en los concerniente a sus bienes, sus fondos y en la generalidad de sus actuaciones caen en dicha esfera. No obstante, pueden contar con actuaciones regidas por el de Derecho público, como en el caso en que aplican sanciones.

El reconocimiento de esta situación de duplicidad público-privado hace necesario determinar el título de atribución que le permita actuar de tal forma, cuestión que veremos a continuación.

2. Título de atribución en la actuación de estas corporaciones

Para aproximarnos a la determinación del título de atribución de actuación de las corporaciones de base privada, cabe tener en cuenta que las soluciones de esta cuestión han sido variadas. Así el Derecho francés, como observa Soriano, “acude al pragmático método del “haz de índices”, acumulando datos y criterios que permitan asegurar cuando una actividad recae en uno u otro sector”³², lo que es determinado en definitiva por la jurisprudencia. Según el mismo autor, el escenario en España tendió a resolverse sobre la premisa de atribuirles personalidad jurídica de Derecho público, es decir, en resolver el problema de la atribución expresamente por medio de una ley.

Estimamos que la solución española no es satisfactoria, puesto que cualquier discusión en torno a las instituciones jurídicas quedaría irremediadamente sometido a un criterio legalista y que en un caso extremo nos llevaría a negar la existencia de principios en el Derecho, puesto que todo se reconduciría precisamente a la ley confundiendo la *lex* con el *ius*, donde este último sería absorbido por la primera.

En una óptica diferente, Fernández ha enfrentado la cuestión como una alternativa organizativa a la gestión meramente burocrática, diferenciando las funciones administrativas de estos órganos de base privada de las que le son propias acorde a su naturaleza. Para este autor, los actos de estos entes no son desde un inicio actos administrativos, sino que lo serían *secundum quid*, solo en el ámbito de la delegación, la que sería la línea de división entre uno y otro tipo de actividades. En ese orden de ideas, Soriano trae a colación una sentencia del

³² SORIANO GARCÍA, José Eugenio. (1993). *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo* (Publicaciones del Real Colegio de España, Madrid), p. 206.

Tribunal Constitucional español, de 5 de agosto de 1983, la cual nos permitimos citar en parte por su carácter esclarecedor en torno a lo que se viene señalando:

“En consecuencia puede afirmarse que, aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados propios de los miembros que las integran, tales corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas, y en ese sentido la constitución de sus órganos así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas, han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución Española”.

En dicho orden de ideas podemos estimar que estos entes privados desarrollan una doble función, por un lado las propias que se refieren a sus fines privados, caso en el que no forman parte de la Administración, y su régimen es el propio del Derecho privado, como si celebran un contrato o si en cuanto tal interponen alguna acción. Pero en un segundo aspecto desarrollan actividades propias de la Administración cuando acorde a sus fines atienden una función de carácter pública y en dicho evento formarán parte de la Administración del Estado, y en tal sentido emiten actos administrativos pero solo a dicho ámbito específicamente delegado; como cuando aplican sanciones a sus integrantes por vulnerar algún deber jurídico cuyo cumplimiento mira ese interés colectivo.

Como han observado García de Enterría y Fernández³³, este sistema de “autoadministración” resguarda de mejor manera la libertad individual, frente a uno de carácter esencialmente burocrático que sería su alternativa.

Con todo lo dicho creemos propio decir que en estas corporaciones de base privada nos hallamos ante una proyección de las funciones propias de la Administración para facilitar el cumplimiento de funciones que bajo otras circunstancias habría que reconocerles como propia. Esta proyección se produce bajo la figura de la delegación y en cuanto tal se trata del mismo poder o potestad sancionadora de la Administración, y por lo mismo posee la misma naturaleza con lo que presentan una identidad con las infracciones penales, y a su respecto se deberán aplicar los mismos principios, mismos límites e idénticas normas supletorias.

Al efecto, cabe consignar que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que los organismos previstos en los estatutos de una corporación de Derecho privado pueden establecer normas administrativas sancionatorias, y que los entes fijados para conocer y resolver la presunta infracción no poseen el carácter de comisión especial. Finalmente, indicó que la decisión que adopte el organismo debe ajustarse en todo a lo preceptuado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República³⁴.

CONCLUSIONES

1. Estimamos que la distinción entre Derecho público y privado se estructura sobre la base de la vigencia y contenido del principio de legalidad, con lo que todo aquello que se encuentre regido por él será necesariamente propio del ámbito público. Por el contrario, todo lo que no se encuentre regido en dicho principio, sino que por autonomía de la

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (N. 1, p. 398).

³⁴ Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia, con fecha 12 de diciembre de 1985, desestimando un recurso de apelación interpuesto por el recurrente de protección. Causa “Lindebaum Abramovich Marcos con Comité Olímpico de Chile.

voluntad o espontaneidad de los particulares es propio del ámbito del Derecho privado. Sin perjuicio de reconocer casos en los cuales los entes públicos actúan con facultades de los particulares, o bien entes privados actúan con facultades propias de la Administración del Estado, ejemplos del primer caso son las sociedades estatales y del segundo las corporaciones de base privada cuando ejercen facultades sancionadoras propias de la Administración.

2. La potestad sancionatoria de la Administración del Estado debe reunir ciertos presupuestos, a saber: su atribución debe realizarse mediante ley formal específica, y su ejercicio implica que el órgano se encuentra investido de jurisdicción y en tal sentido debe actuar acorde a las normas del debido proceso.
3. La naturaleza jurídica de estas sanciones es de naturaleza penal y desde la óptica de la disciplina jurídica se debe recurrir a los mismos principios que informan la determinación y aplicación de las sanciones penales, y que distinguir entre una u otra es solo una cuestión de gravedad de la falta, por lo mismo se llega a la conclusión que para que proceda atribuir algún tipo de sanción se requiere la existencia previa de una infracción a mandatos o prohibiciones contenidos en la norma.
4. La misma naturaleza explica las limitaciones al ejercicio de la potestad sancionadora tanto en cuanto a la entidad como en lo relativo a garantías específicas que se han de considerar como la presunción de inocencia o la interpretación restrictiva de preceptos limitantes de otros derechos, además genera la aplicación inmediata de todo el plexo de garantías contenidas en el ámbito internacional a esta materia reforzando la posición del ciudadano ante la Administración en esta materia.
5. En nada altera el análisis anterior el que existen organismos de carácter privado, a los cuales se les atribuye potestad algún grado de atribuciones para el cumplimiento de ciertas funciones administrativas, por lo que se les conoce como corporaciones sectoriales de base privada. Entre dichas facultades atribuidas se encuentra la potestad sancionadora.
6. Este tipo de organización representa una ruptura de la interpretación tradicional de la distinción entre Derecho público y privado, y por ello pueden ser calificadas de un complejo mixto al confluir lo público y lo privado en su funcionamiento. Son esencialmente entes privados, pero se estiman integrantes de la Administración en los casos en que actúan con esas prerrogativas. Además, el título de atribución para un proceder de esta naturaleza se encuentra en normas expresas del ordenamiento o por medio de la técnica de la delegación, la cual deberá hacerse mediante ley formal expresa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA ROMERO, Miguel (1996), *Compendio de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003), *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el Derecho Público y Privado*, Universidad Católica de Chile.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1987), *Algunos Problemas de Derecho Administrativo Penal*, en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), N. 182, Año LV, julio-diciembre.
- (1991) *Un Lustró de Sanciones Administrativas (1988-1992)*, en *revista de Derecho Público* (U. de Chile), N. 50, pp. 173-195.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998), *Elementos para definir las Sanciones Administrativas*, en *Revista Chilena de Derecho* (Universidad Católica de Chile), Número especial, pp. 323 a 334.

- CURY, Enrique (1980), Algunas Reflexiones sobre la Relación entre Penas Penales y Administrativas, en Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho (Universidad Católica de Chile), N. 45, pp. 86-94.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2003), "La progresiva Constitucionalización del Poder Público Administrativo Chileno; un análisis jurisprudencial. En Universidad Austral. La Constitucionalización del Derecho Chileno, Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ TOMÁS, Ramón (2002), Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Primer tomo undécima edición, Segundo tomo octava edición, Madrid, España.
- GONZÁLEZ, VARAS-IBAÑEZ, Santiago (1996), Derecho Administrativo Privado, Editorial Montecorvo, Madrid, España.
- HEINZ, MATTES (1979), Problemas de Derecho Penal Administrativo, traducción de José María Rodríguez Devesa, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Ignacio (1986), Introducción al Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, España.
- MODERNE, Frank (1994), Represión Administrativa y Protección de las Libertades ante el Juez Constitucional: Las Lecciones del Derecho Comparado, en Revista de Derecho Administrativo, Año 6, Septiembre-Diciembre, N. 17, Depalma, Buenos Aires, Argentina, pp. 361-377.
- PEMÁN GAVÍN, Ignacio (1999), Dificultades para una delimitación Sustantiva del Concepto de Sanción. Pautas para un replanteamiento de cuestión, en Revista Aragonesa de Administración Pública, N.14, junio, pp. 131 a 202.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (1987), Bases para Distinguir entre Infracciones Criminales y Administrativas, en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N.11, pp.117-161.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio (1993), Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo, Publicaciones del Real Colegio de España, Madrid, España.
- SOTO KLOSS, E. (1980), El Derecho Penal Administrativo. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración, en Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile), N. 45, 1980, pp. 95-103.
- (1996); Derecho Administrativo. Bases fundamentales, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2004), Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador, en Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte-Sede Coquimbo), Año 11-N. 2, pp. 137-147.

DERECHO CIVIL

EL SENTIDO DE LAS PALABRAS EN LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO Y SU APLICACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA*

GONZALO FERNANDO RAMÍREZ ÁGUILA**
 Universidad Arturo Prat

RESUMEN

Toda ley es captada por nuestros sentidos a través de lo que sus palabras expresan. El objeto de este trabajo es indagar cómo el codificador civil chileno ha querido que el intérprete, llámese legislador o juez, entienda a las palabras de la ley, lo que nos llevará a confrontar cómo estos intérpretes realmente aplican el sentido del artículo 20 del Código Civil, para lo cual se revisará especialmente la forma en cómo aplica esta disposición la Corte Suprema, Tribunal Constitucional y la Contraloría General de República.

Palabras clave: Interpretación, hermenéutica legal, Código Civil, palabras, significado

ABSTRACT

All law is captured by our senses through what their words express. The purpose of this paper is to investigate how the Chilean civil encoder, wanted an interpreter, call legislator or judge, understand the words of the law, which will take us to confront how these performers actually apply the meaning of Article 20 of the Code Civil, for which we will review in particular the way in applying this provision the Supreme Court, Constitutional Court and the Comptroller General of the Republic

Key words: Interpretation, Legal Hermeneutics, Civil Code, words, meaning

A) INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es ofrecer un panorama general sobre el sentido que debe darse a las palabras, en el contexto de las reglas de interpretación que presenta el párrafo 4 del Libro Preliminar del Código Civil chileno, y de qué forma ha sido recepcionada en nuestra jurisprudencia, no solo de la Corte Suprema, sino que también del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República.

* Trabajo originalmente presentado por el autor para asignatura Argumentación Jurídica, impartida por el profesor Dr. Alejandro Guzmán Brito dentro del marco del programa de Doctorado en Derecho que sigue en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, en julio de 2012.

** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Arturo Prat y Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Arturo Prat.

Las últimas investigaciones que ofrece nuestra doctrina sobre los alcances de las normas de interpretación de la ley, contenidas en el Código Civil chileno, han permitido ofrecer una nueva visión sobre cómo debe interpretarse, tomando como ejes principales, el sentido de la ley –contenido en los artículos 19 inciso 1 y 21 del Código Civil–, el tenor literal –artículos 19 inciso 1, 20 y 21 del Código de Bello– y su espíritu –artículo 19 incisos 2 y 24 del mismo cuerpo legal–.

Por su parte, los artículos 19 inciso 1, 20 y 21 del Código Civil establecen las reglas básicas que el intérprete debe seguir respecto del sentido que debe atribuírsele al tenor literal de las palabras, distinguiendo al menos tres formas: a) su sentido natural y obvio, según su uso general; b) el sentido que el propio legislador le asigne a ciertas palabras; y c) el sentido técnico que puedan tener ciertas palabras conforme a determinadas ciencias o artes.

Creemos que esta nueva forma de entender las reglas de interpretación de la ley que entrega el párrafo 4° del Libro Preliminar del Código Civil chileno, al ser contrastadas con la forma que nuestra jurisprudencia ha entendido el sentido de las palabras, puede generar ciertas inconsistencias que pretendemos exponer. Efectivamente, por mucho tiempo se entendió casi en forma irrestricta, y como una especie de dogma, que el sentido que deben tener las palabras es aquel que le atribuye el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

Por ello que, en una primera parte, ofreceremos un panorama general sobre la interpretación de la ley, apuntando a las posiciones clásicas sobre la materia y al reestudio que se ha hecho de las mismas, que ha permitido expandir el horizonte interpretativo.

Luego, daremos algunas breves notas sobre las ‘palabras’ y las dificultades que estas ofrecen en el contexto de la interpretación.

Finalmente, analizaremos jurisprudencia emanada de la Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Contraloría General de la República que nos permitan constatar cuál ha sido el criterio adoptado para poder atribuir un sentido a las palabras de la ley, y así contrastarlo con lo dispuesto en las reglas sobre interpretación de las leyes contenidas en el Código Civil.

Finalizaremos con nuestras conclusiones.

B) PANORAMA GENERAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN NUESTRA DOCTRINA

La labor interpretativa ha sido desde antaño una de las actividades humanas complejas de realizar. Interpretar se vincula directamente con los significados, pero no solo el de las palabras o textos, sino que en general de todo lo que nos rodea, tales como símbolos, signos, costumbre, etc., incluso el silencio, al cual en múltiples oportunidades solemos atribuirle un significado.

Cotidianamente realizamos una actividad interpretativa de lo que nos rodea, pero en el mundo jurídico adquiere relevancia cuando la realiza el legislador o el juez, quienes están encargados de crear la ley y el otro de aplicarla, para lo cual necesariamente se realizan actos de interpretación. Dejamos en claro sí, que un mismo objeto puede admitir varias interpretaciones, pero que estas no pueden ser arbitrarias o ajenas totalmente al objeto interpretado, de suerte que no se admite “cualquier” interpretación¹.

¹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. “*Introducción al Derecho*” (Santiago 2011). Reimpresión de la segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, p. 536.

El Derecho, por su parte también admite interpretación, toda vez que este es una realidad normativa, un conjunto de normas que regulan una situación fáctica determinada, por lo que interpretar el Derecho implicará siempre atribuirle sentido a las normas de carácter jurídico. Más aún, es posible también incluir en la interpretación del Derecho otras formas, como lo serían los principios generales, que están inmersos en todo el ordenamiento jurídico, es decir, la labor interpretativa del Derecho no solo abarca a las leyes, sino que al ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, hablar de interpretación del Derecho implica una noción más amplia que la sola interpretación de la ley.

De antaño, la doctrina se pregunta si el sentido o significado que se le atribuyen al objeto interpretado, es aquel que el intérprete busca encontrar y atribuir, para lo cual capta por los sentidos lo que el objeto es, o si lo que realmente ocurre es qué intérprete le asigna un significado al objeto interpretado². La anterior distinción no es baladí, si lo que se busca en los textos es interpretar acciones expresadas y que conforme a lo antes expuesto, pueden o no coincidir en su significado, es decir, puede que una palabra coincida o no con el significado atribuido.

Las relaciones entre ley y lenguaje son de suma importancia para determinar el alcance que tendrá el acto interpretativo. Los enunciados normativos forman parte del texto de la ley y son, por tanto, el objeto del acto interpretativo, el que da lugar a una norma que es el resultado de la interpretación³.

Squella Narducci señala que las palabras son *símbolos* y no *signos*. Estos últimos tienen una relación de causalidad con los objetos que representan, por lo que un estornudo puede ser signo de un resfrío. Sin embargo, los símbolos tienen una relación *convencional* con los objetos que representan, es decir, el ser humano es quien le atribuye un significado a un objeto determinado. De esta forma, al ser símbolos, las palabras no tienen una sola significación que pueda ser considerada como única.

Don Andrés Bello no está ajeno a esta problemática de las palabras y para ello estableció en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil normas precisas sobre el sentido que debe atribuírsele a las palabras, las cuales pueden tener significados ambiguos o vagos.

En este sentido, la doctrina se ha esmerado en enseñar en forma sistemática y ordenada las diferentes normas sobre interpretación que contemplan los distintos ordenamientos jurídicos; Chile no ha sido la excepción y la literatura jurídica nacional ha abordado la hermenéutica legal de variadas formas.

Así, podemos observar que la interpretación está sujeta a reglas, las cuales están contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, artículos 19 al 24, las cuales si bien no son las únicas normas que establecen reglas de interpretación, son, en lo medular, las más relevantes.

Siguiendo al profesor Guzmán Brito⁴, creemos que la norma más relevante de interpretación es el artículo 23 segunda parte del Código Civil, según la cual "...*La extensión*

² *Ibidem*, p. 533.

³ NINO, Carlos. "Introducción al análisis del derecho" (Buenos Aires 1980). Editorial Astrea. El autor expone que los legisladores utilizan un lenguaje natural, como el castellano, hablado por sus súbditos, ya que generalmente están interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz, lo cual obviamente no conseguirán si emplearan un idioma extranjero o un lenguaje privado.

⁴ GUZMÁN BRITO, Alejandro. "Las reglas del 'Código Civil' de Chile sobre interpretación de las leyes" (Santiago 2011) segunda edición, Editorial AbeledoPerrot, p. 69. El autor señala que "...tal cláusula dice, después de haberse

que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes".

Andrés Bello, si bien tomó esta regla de interpretación de Vattel, quien a su vez la obtuvo de Wolf⁵, quiso entregar una norma que orientara el proceso de interpretación, y que esta no quedara al solo arbitrio del intérprete, lo que por cierto habría generado una anarquía en la hermenéutica jurídica. De esta forma, Bello establece "reglas de interpretación", las cuales sirven precisamente para unificar el proceso de interpretación.

Así, el artículo 23 segunda parte del Código Civil considera al genuino sentido de la ley como un elemento determinante de la extensión del tenor literal de la ley, vinculando tanto el sentido como el tenor literal. Según Guzmán Brito⁶, podría entonces reconocer dos posibilidades: a) que el sentido del tenor literal de la ley sea más restringido que el sentido de la ley, lo que implicará que el intérprete amplíe el tenor literal hasta hacerlo coincidir con el sentido de la ley; b) que el sentido del tenor literal sea más amplio que el sentido de la ley, en cuyo caso el intérprete deberá restringir el sentido del tenor literal. Reconoce una tercera forma, en donde el sentido del tenor literal de la ley coincide con el sentido de la ley.

De esta forma el artículo 19 inciso 1 del Código Civil cobra real importancia cuando se la compara con el mentado artículo 23 segunda parte del Código Civil. El artículo 19 inciso 1, no quiere decir que la interpretación está de más y que deba aplicarse la escuela de la exégesis, como muchos sugieren, o que deba dejarse de lado cada vez que el sentido de una ley sea claro, esto es, cada vez que el sentido coincida con el texto de la ley. Solo con la interpretación se logrará el sentido de la ley.

Es por ello que resulta importante determinar si el sentido de la ley es o no el mismo del sentido literal de las palabras, por lo que adquiere suma relevancia determinar cuál es el sentido que debemos atribuirle a las palabras de la ley.

C) BREVES NOTAS SOBRE LAS PALABRAS

Previo a analizar las reglas que entrega nuestro Código Civil sobre el sentido que debe atribuírsele a las palabras, quisiéramos exponer algunos breves aspectos sobre las palabras que serán objeto de la interpretación y que nos ayudarán a comprender la importancia de efectuar una adecuada interpretación.

Las ideas que surgen en la mente humana para que puedan ser entendidas, comprendidas e interpretadas, necesitan exteriorizarse, y para ello el lenguaje es su mejor aliado, por lo que cada palabra conlleva, en sí, una idea. A modo de ejemplo, si uno pregunta el precio de alguna cosa, solo nos indicarán la expresión monetaria de la misma, pero en ella va envuelta toda la cadena productiva necesaria para que ese valor que nos entregan pueda ser tal.

Es por ello que las palabras cumplen una función de hacer referencia a cosas, ideas, sentimientos, etc., pero en ellas no se agotan cada uno de estos elementos, muy por el contrario, normalmente las palabras son insuficientes para expresar, completamente una idea.

afirmado la preeminencia del genuino sentido, que este no se encuentra de cualquier manera, sino de acuerdo con ciertas '*reglas de interpretación*' que identifica como '*precedentes*'".

⁵ *Ibidem*, p. 70.

⁶ *Ibidem*, p. 114.

A ello, le debemos agregar que muchas de ellas son ambiguas, o vagas en su significación⁷. Es más, hay ciertas palabras que en sí mismas son más ambiguas que otras, como "riesgo razonable" o "mediano plazo", "joven", etc., puesto que ellas no entregan mayores parámetros para establecer su contenido, es decir, no es clara su definición⁸.

Alf Ross⁹ afirma que las palabras tienen un significado que es vago y el campo de referencia es indefinido; y agrega que la gran mayoría de las palabras son ambiguas. Por vaguedad, entenderemos que estas tienen un solo significado, pero este es impreciso o indeterminado. El autor entiende que todas las palabras son vagas, y a pesar de que hay algunas que en su aplicación resultan indiscutibles, hay otras muchas situaciones en donde es dudosa su aplicación¹⁰.

Por su parte, y por ambiguo, Ross señala que no todas las palabras adolecen de ella, sino que solo aquellas palabras que tienen más de un significado, lo que por cierto es bastante común; solo basta dar revisión al Diccionario de la Real Academia Española para cada una de las palabras que conceptualiza.

De esta forma podemos constatar que el significado que se le atribuye a las palabras, con los años es variable, adosándosele una "historia de vida" que hace que muchas de ellas muten o se les agregue contenido.

Con todo, será necesario que a las palabras le atribuyamos un significado o una "definición". Squella Narducci¹¹ ofrece una serie de formas o tipo de definición, desde el punto de vista del método y que permiten establecer ciertos criterios respecto del uso de las palabras: a) definiciones que establecen el significado de una palabra enunciando las propiedades definitorias de la expresión que se pretende definir, como "el hombre es un animal racional"; b) definiciones que para establecer el significado de una palabra mencionan algunos miembros de la denotación de esta, como "son profesionales los abogados, médicos, etc."; c) definiciones ostensivas que son aquellas que procuran definir una palabra pronunciándola y señalando al mismo tiempo algún objeto denotado por ello, como cuando a un niño se le indica a un "caballo" y se le dice que ese es su nombre; d) definiciones contextuales, que serían aquellas por las cuales se comunica el significado de la palabra, incluyéndose en un contexto característico, de modo que su contexto identifica el objeto, como cuando se dice que interpusieron protección a favor de tal persona.

El intérprete, en consecuencia, tiene frente sí un texto, ya sea de una ley, de un contrato, etc., y su función será atribuirle un significado a dichas palabras, para lo cual, según veremos, existen ciertas reglas que ha dado nuestro Código Civil.

Con todo, y como parte del formalismo metodológico, existe la expresión *in claris non fit interpretario*, esto es, que solo los textos oscuros deberán ser interpretados, la que se encontraría en el artículo 19 del Código Civil. Sin embargo, esta idea ha sido fuertemente

⁷ En este sentido CATENACCI, Imerio J. "Introducción al derecho" (2006) Edit. Astrea, p. 24.

⁸ CARRIÓ, Genaro R. "Notas sobre Derecho y Lenguaje" (Buenos Aires 1994) Cuarta edición. Edit. Abeledo Perrot, p. 35. El autor expresa que "...el uso puede estar, a este respecto totalmente 'abierto'. Es decir, no decidido o, en otros términos, dispuesto a admitir extensiones o restricciones".

⁹ ROSS, Alf. "Sobre el derecho y la justicia" (Buenos Aires 1994). Editorial Eudeba, Quinta edición, p. 111.

¹⁰ En este sentido, QUINTERO FUENTES, David. "El fundamento semántico en la interpretación de la ley. Una mirada realista a las reglas del Código Civil" (Santiago 2011), en Estudios de Derecho Civil, Jornadas Naciones de Derecho Civil 2005-2009, Editorial AbeledoPerrot, Primera edición, pp. 295-296.

¹¹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. "Introducción al Derecho" ob. cit. (n. 1) p. 548.

criticada, desde que según hemos podido observar, la interpretación es imprescindible y cotidiana, pues precisamente para saber si un texto es o no oscuro, deberemos interpretar. Es más, y si siguiéramos a Ross, no existe un significado claro de las palabras, por lo que siempre, y en todo caso, habrá que interpretarlas.

D) EL SIGNIFICADO QUE DEBE ATRIBUIRSE A LAS PALABRAS EN LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

El párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil chileno establece ciertas reglas de interpretación de la ley, las que deben ser tomadas en consideración por el intérprete. Especialmente, se preocupa de señalar cuál es el significado que debe atribuírsele a las palabras, considerando que los significados no son uniformes.

Luego del artículo 19 del Código Civil, que establece la relación entre el sentido del tenor literal, con el sentido de la ley, los artículos 20 y 21 establecen las normas relativas a cómo el intérprete debe entender las palabras de la ley¹².

Siguiendo a Guzmán Brito, diremos que nuestro Código Civil al establecer las reglas sobre el sentido de las palabras, determina tres hipótesis de asignación de significado a las palabras: a) según su sentido natural y obvio; b) según el sentido dado por el legislador; c) según el sentido técnico de toda ciencia o arte.

a) Sentido natural y obvio de las palabras, según el uso general de las mismas palabras

Del artículo 20 primera parte del Código Civil, "*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras*", disposición de la cual podemos extraer importantes consecuencias en relación al sentido que debe atribuírsele a cada palabra.

En primer término cuando la norma habla del "sentido natural", se está refiriendo al sentido propio que tiene cada palabra, siempre que no sea alguno que el propio legislador haya atribuido, al cual se le dará el significado por él dicho. Para el profesor Guzmán Brito, este sentido equivale al *sensus naturalis* de los medievales, el que se encuentra en oposición con al sentido civil que o dado por la ley que pueda tener¹³.

¹²Nuestra doctrina ha variado en cuanto a si estamos frente a una regla general, del artículo 20 del Código Civil y dos excepciones, artículos 20 segunda parte y artículo 21, o si estamos frente a tres reglas de interpretación diferentes. En el primer sentido, encontramos a SQUELLA NARDUCCI, Agustín. "*Introducción al Derecho*" ob. cit. (n.1) p. 584; y en el segundo, GUZMÁN BRITO, Alejandro. "*Las reglas del 'Código Civil' de Chile sobre interpretación de las leyes*", ob. cit. (n.4) p. 137.

¹³GUZMÁN BRITO, Alejandro. ob. cit. (n.4) p. 137. El autor expresa que los medievales habían distinguido en las palabras un *sensus proprius* y otro *improprius*, y que dentro del primero habían incluido al proveniente de una definición legal. En la tradición posterior, al sentido propio de los términos conferido por mandato legal, se le llamó *sensus civilis*, y *naturalis* al original (el *sens naturel* de Domat, por ejemplo). El sentido propio de un término viene dado, primeramente, por la determinación de la ley –pues, en efecto, el *Corpus iuris civilis* a veces dice directamente que tal es el sentido propio de un cierto término–; o por su definición –porque también el *Corpus* suele definir palabras–; o, finalmente, por la etimología del vocablo, que era, a falta de academias y diccionarios, el medio con que los medievales intentaban llegar al significado de un término, si él no estaba determinado legalmente. También reconocieron la posibilidad de que los términos adquieran sentido propio por obra del "inventor", es decir, del descubridor que impone nombres a las cosas y los técnica.

Por otra parte, Cood y Fabres sostienen que si una palabra tiene significados diversos en los ámbitos corrientes y culto, ha de preferirse el primero como sentido natural y obvio¹⁴. Sin embargo, Alfonso junto a otros autores entregan en forma casi absoluta al Diccionario de la Real Academia Española el sentido de las palabras¹⁵.

Determinar el significado de una palabra exclusivamente conforme lo hace el Diccionario de la Real Academia Española, creemos no agota el problema del sentido natural de las mismas. Será, por cierto, un buen punto de partida, pero no puede significar que se termine la labor del intérprete. Es más, el propio Diccionario entrega respecto de una palabra varios significados, por lo que necesariamente quien interpreta deberá elegir cuál de ellas es el más acertado, para lo cual deberá utilizar las otras reglas que entrega la misma disposición, es decir, que sea "obvio" y que sea "según el uso general de las palabras"¹⁶.

De esta forma, creemos que los tribunales de justicia al entender el sentido natural y obvio de las palabras solo como aquello que designa el Diccionario de la Real Academia Española, yerran, puesto que las reglas que entregan los artículos 20 y 21 no incorporan el recurso al Diccionario para determinar el sentido natural y obvio, puesto que este, en más de alguna oportunidad, no consigna el sentido natural y obvio que según el uso de una palabra se le asigna.

Luego, cuando se habla de "obvio", está recalcando lo antes dicho, en cuanto las palabras tienen un sentido al cual debe excluirse el legal o técnico. En palabras de Guzmán Brito, se refiere al sentido que ostensible y abiertamente ha sido empleado por la ley.

Con la expresión que "...según el uso general de las mismas palabras..." se buscaba acercar el entendimiento de la ley al común del hablar. Al respecto, Guzmán Brito señala que los medievales acudían, a falta de academias y diccionarios, a la etimología; y con razón.

b) Según el sentido atribuido por el legislador

La segunda parte del artículo 20 del Código Civil señala que "...pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal."

La norma se refiere a los casos en donde es el propio legislador quien le atribuye un significado determinado a una palabra. Este *significado legal*, claramente no tiene una aplicación general, puesto que el legislador lo entrega para el contexto de una ley determinada. Esta solución que ofrece la ley es aplicable incluso para aquellos casos en donde el legislador ha dado un uso impropio a una palabra, caso en el cual habrá que estarse al uso del legislador por sobre el natural y obvio.

De esta forma, una adecuada lectura del artículo 20 del Código Civil implicaría que cuando una palabra de la ley tenga un significado natural y obvio, y además un significado legal, el intérprete deberá preferir el significado legal por sobre el natural y obvio. Ahora

¹⁴ COOD, Enrique y FABRES Clemente. "Explicaciones de Código Civil" (Santiago 1882) Imprenta Cervantes, p. 110.

¹⁵ ALFONSO, Paulino. "De la interpretación de la ley." (Santiago 1915), en Revista Forense Chilena, tomo 8. Imprenta Cervantes, p. 18. En el mismo sentido CLARO SOLAR, Luis. "Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado" (Santiago 1979). Tomo I, Segunda Edición. Editorial Jurídica, p. 122; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. "Tratado de Derecho Civil: partes preliminar y general" (Santiago 1998) Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, p. 186.

¹⁶ En este sentido, DUCCI CLARO, Carlos. "Interpretación jurídica" (Santiago 1995) Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, p. 91.

bien, si la palabra de la ley ofrece varios significados naturales, pero solo uno determinado por el uso general que se le atribuye a esa palabra, se estará a este. Finalmente, si tiene varios sentidos naturales y varios usos generalmente utilizados, se atenderá al obvio, esto es, según la intención del legislador y a la razón de la ley.

Guzmán Brito¹⁷ indica que la ley nada ha dicho respecto de los términos raros, poco usuales u ocultos, pero agrega que no existe obstáculo a que pueda ser interpretado a la luz del uso general. Con todo, no por ser raras o poco usadas no tienen un sentido natural, el cual deberá ser indagado por el intérprete. En este punto nuestra jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto a que debe recurrirse al Diccionario de la Real Academia de la Lengua para interpretar, gozando de mucha autoridad esta forma de interpretación.

c) Según el sentido técnico de toda ciencia o arte

El artículo 21 del Código Civil señala que “*Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso*”.

La disposición se refiere al sentido propio que tienen ciertas palabras que son utilizadas en una disciplina o arte determinado. Pero la disposición no es tajante, puesto que a pesar de ser utilizadas en un determinado sentido por una ciencia o arte, es perfectamente posible que la palabra haya sido tomada en un sentido diverso. Es decir, una vez más la norma reconoce que el legislador puede haber utilizado una palabra en un sentido impropio, esta vez, a una ciencia o arte.

E) LA JURISPRUDENCIA CHILENA Y EL SENTIDO DE LAS PALABRAS

El objeto final del presente trabajo, junto con exponer cómo nuestro Código Civil determina el sentido que debe atribuírsele a las palabras de la ley, en el proceso de interpretación de la misma, es constatar cómo nuestra jurisprudencia, no solo de la Corte Suprema sino que también del Tribunal Constitucional o de la Contraloría General de la República, resuelven atribuirle sentido a dichas palabras y si para ello se utilizan las reglas de interpretación que entrega el párrafo 4 del Título Preliminar del Código Civil.

Constatamos, con un grado de decepción, que los tribunales se limitan a utilizar fórmulas cuasi sacramentales en sus fallos, elevando a un rango legal el significado que el Diccionario de la Real Academia Española ofrece de los términos, relegando a un segundo plano las reglas de interpretación que Andrés Bello consignó en el Código Civil, y que constituyen normas obligatorias para atribuir un sentido a las palabras de la ley.

Sin embargo, reiteramos que el recurso al Diccionario de la Real Academia Española no es un medio idóneo para determinar el sentido de las palabras, pero tampoco se puede acabar la labor interpretativa ahí¹⁸.

¹⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro, ob. cit (n. 4) p. 137.

¹⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, segunda parte, sección primera, p. 101. Véase en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas* (t. I, 2ª edición, p. 77, segunda columna). En este sentido encontramos a ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. “*Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*.” (Santiago – 1998) T. I. p. 186. En esta obra se constata que hasta poco nuestros tribunales eran muy tímidos en la interpretación jurídica; esclavos del tenor literal, poco acogedores a las nuevas concepciones del Derecho, e irresolutos para sincronizar las realidades del presente.

Ya el profesor Ducci Claro¹⁹, en su obra sobre la interpretación jurídica, señalaba que durante mucho tiempo nuestros tribunales de justicia señalaron en forma reiterada que el uso general de las palabras era el que entregada el Diccionario de la Real Academia de la Lengua o Diccionario de la Lengua Castellana. Al efecto, cita variada jurisprudencia, en donde se adoptaba este criterio.

En forma optimista y acertada, el autor indicaba que era una forma incorrecta de atribuir un significado a las palabras, puesto que el mentado Diccionario tarda mucho tiempo en introducir los cambios del lenguaje, ofreciendo, como ejemplo, el concepto de "manzana" que se le atribuye al fruto o a un conjunto aislado de casas, en circunstancias que en el lenguaje ordinario, a manzana se le atribuye un significado de un terreno circunscrito por calles, edificado o no, sin necesidad de que sea cuadrado, ni siquiera un paralelogramo y cualquiera sea la longitud de sus lados.

Para estos efectos, menciona un fallo del año 1963 de la Corte Suprema que examina el significado de "malhechor", respecto del cual señala que en la sentencia se resolvió que "...el significado que el vocablo tiene ante el común de la gente es el correspondiente a 'criminal', al que comete un hecho punible, al que delinque. El Diccionario de la Real Academia Española dice que 'malhechor' es el que comete un delito, y especialmente aquel que lo ejecuta por hábito. Ahora cabe preguntar ¿en qué sentido tomó el legislador el vocablo? Evidentemente, le dio el primer significado, por las razones que pasan a expresarse: a) Por el sentido que comúnmente se le da entre nosotros al vocablo..."²⁰.

Con estos cambios se aprecia que los jueces no pueden solamente atribuir significado a las palabras conforme al Diccionario de la Real Academia Española, sino que deben ceñirse más estrictamente al que generalmente es usado para dicha palabra, para así lograr hacer coincidir el sentido de la letra de la ley, con el sentido de la ley.

Quizás uno de los ejemplos más claros respecto de esta evolución lo sea la reinterpretación que la Corte Suprema ha hecho del artículo 1556 del Código Civil, al introducir el daño moral en materia contractual. Al respecto, quisiéramos ejemplificar lo antes dicho con la sentencia del 11 de abril del 2011, en donde al dictar una sentencia de reemplazo, nuestro máximo tribunal da cuenta de esta nueva forma de interpretar dicho artículo y expresa en su considerando decimotercero "Que, en cuanto a la procedencia del daño moral en sede contractual, esta Corte ha sustentado reiteradamente la doctrina de su pertinencia en los fallos de 20 de octubre de 1994 y 16 de junio de 1997, publicadas en la Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo 91, sección primera, página 100 y Tomo 94, sección tercera, página 94, pero, en especial en las sentencias de esta Primera Sala Civil de la Corte Suprema de fecha cinco de noviembre de dos mil uno, tres de septiembre de dos mil dos, veintiocho de noviembre de dos mil seis, once de abril, tres de julio, veintiocho de agosto y veinticuatro de septiembre de dos mil siete, recaídas en los ingresos rol N° 1089-09, N° 1.368-00, N° 4.035-01, N° 320-05, N° 3.291-05, N° 3901-05, N° 3750-05 y 4.103-05, entre otros, que representan una línea jurisprudencial de los ministros que las suscriben. Los fundamentos expresados para sostener la procedencia del daño moral en tales fallos,

¹⁹ DUCCI CLARO, Carlos. "Interpretación jurídica". (Santiago 1995) Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, p. 116.

²⁰ R.D.J. t. 60, s. 4, p. 214.

se pueden resumir en las siguientes argumentaciones, según se ha dejado consignado en el considerando trigésimo primero del último de aquellos”:

Al efecto, la Corte Suprema expresa y reconoce el cambio en la forma de interpretar la ley, al señalar que “1.- Aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil. El marco restrictivo que imperaba en las indemnizaciones en el ámbito contractual y que nacía de la aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil, tuvo su principal sostenedor y defensor en el profesor Arturo Alessandri, cuyo criterio sobre la improcedencia del daño moral en materia contractual, se mantuvo casi inalterable en las sentencias de los tribunales de justicia hasta años recientes. En el ámbito contractual se consideró que la indemnización por daños extrapatrimoniales no era posible y aceptable y ello porque se entendía que el texto del artículo 1556 se refería únicamente a daños patrimoniales, o perjuicios pecuniarios, lo que no es así, pues no existe referencia a tal restricción o calificación en el texto del artículo”. Claramente nuestro máximo tribunal mutó de un criterio literalista de interpretación del artículo 1556 el cual solo consigna como daños indemnizables al daño emergente y al lucro cesante, a uno en donde, en aplicación de las reglas de interpretación, da cabida al daño moral en materia de responsabilidad contractual.

Para refrendar esta postura, la Corte Suprema expresa que “...las nuevas doctrinas sobre el resarcimiento del daño moral, derivado del incumplimiento de contratos, entiende que el concepto de “daño emergente”, que emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil, comprende no solamente el daño pecuniario sino también el extrapatrimonial o moral. Esta interpretación que no sólo es posible, sino que plenamente aceptable en su texto actual del mencionado artículo, primero porque la voz “daño” que emplea la disposición y que no se encuentra definida en la ley, corresponde, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a todo “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”, es decir, a toda privación de bienes materiales, inmateriales o morales y, porque, como antes quedó consignado, lo preceptuado en el citado artículo no excluye la consideración de otros perjuicios que no sean sólo los materiales.”

En otro fallo, esta vez de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, del 22 de julio del 2008, Rol 3642-2008, en el considerando octavo se lee “Que, por otra parte, debe indicarse que las expresiones “sin causa justificada” utilizadas por el artículo 160 N° 3 del Código del Trabajo, no han sido definidas legalmente, en consecuencia, lógico resulta acudir al sentido natural y obvio de esas palabras, al uso natural de las mismas y, en tal contexto, ellas se orientan a la existencia de una razón o motivo suficiente que determina que la ausencia del dependiente a sus labores resulte del todo aceptable, convenciendo plenamente sobre la necesidad que originó la falta respectiva. No puede desconocerse que si así no fuera, el trabajador es despedido sin derecho a indemnización alguna, por ello, es indispensable la suficiente fundamentación”²¹.

Sin embargo, de la lectura de diversos fallos de nuestro máximo tribunal, podemos concluir que la labor interpretativa que pretende indagar en el real sentido natural y obvio de las palabras, es bastante particular y acotado. En la gran mayoría de los casos encontramos,

²¹ Otros ejemplos en donde la Corte Suprema ha aplicado un concepto fuera del que pueden encontrar en el Diccionario de la Real Academia Española, son los fallos del 16.03.1999, Rol 1039-1997; 13.10.1997, rol 4307-1996.

casi como opinión mayoritaria, el que para determinar el sentido natural y obvio de una palabra de la ley, se recurre al Diccionario de la Real Academia Española.

A modo de ejemplo citaremos el fallo de la Corte Suprema del 19 de octubre del 2000, según el cual en su considerando tercero expresa que "...el vocablo 'malhechor' tiene ante el común de la gente un concepto similar a la palabra 'criminal', que quiere decir 'el que comete un hecho punible, el que delinque'. Que aplicando la norma de interpretación del art. 20 del Código Civil, el término 'malhechor', según el sentido natural y obvio que le asigna el Diccionario de la Real Academia Española, es "el que comete un delito y especialmente aquel que lo ejecuta por hábito".

Parece ser esta una forma casi sacramental en los fallos de la Corte Suprema, cuando entiende que el sentido natural y obvio de las palabras es el que entrega el Diccionario de la Real Academia Española.

Como ilustrativo de lo anterior, leemos otro fallo de la Corte Suprema del 20.10.2005 Rol 680-2005 en donde resolviendo una exención tributaria de hospedaje señala que "...los servicios prestados a extranjeros –sin domicilio o residencia en Chile– por empresas hoteleras, de acuerdo con el tenor de la norma, no pueden ser otros que aquellos que ordinariamente se suministran en un hotel; término que el Diccionario de la Real Academia Española define como 'establecimiento de hostelería capaz de alojar con comodidad a huéspedes o viajeros', además, se entiende por hostelería 'el conjunto de servicios que proporcionan alojamiento y comida a los huéspedes y viajeros mediante compensación económica'²².

Esta forma de entender el sentido literal de las palabras de ley, hoy en día no es exclusivo de la Corte Suprema, sino que se ha extendido a otras magistraturas, como lo es el Tribunal Constitucional, el que, en variados fallos, ha utilizado esta fórmula.

A modo de demostración de lo anterior, citaremos el fallo dictado por el Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 1482-2009, del 5 de octubre del 2010, el cual, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de diversas normas del Código Procesal Penal, entre ellas la del artículo 186 del mismo cuerpo legal, que se refiere al control judicial anterior a la formalización de la investigación, respecto de la cual finalmente se pronuncia en forma exclusiva. El requerimiento, en términos generales, se funda en que la disposición aludida impide que la víctima de un delito del derecho a pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de la investigación y la privaría igualmente del derecho a instar a que el mismo juez fije un plazo al fiscal para que, en definitiva, la formalice. El artículo 186 del Código Procesal Penal solo otorga al imputado, y no al ofendido o víctima del delito, el derecho a pedir que se le fije al Ministerio Público un plazo para formalizar.

Al efecto, el Tribunal Constitucional estimó relevante analizar la siguiente frase del artículo 186 del Código Procesal Penal: "...que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente...". El considerando *decimocuarto* se expresa que "...para dilucidar el conflicto constitucional planteado es necesario atender, en primer término, al significado de la palabra 'afectada' que se contiene en la frase impugnada del artículo 186 del Código Procesal Penal". Para ello, el tribunal trajo a colación la frase que a estas alturas

²² Otros ejemplos, en este sentido, Corte Suprema 07.05.2001, Rol 1430-2000 N° LegalPublishing 18590; 04.12.2000, Rol 1230-2000, LegalPublishing N° 17755; 27.11.2000, Rol 3354-2000 LegalPublishing N° 17579; 28.12.2009, Rol 6073-2009 LegalPublishing N° 43000.

hemos dicho para parecer sacramental y que expresa: "En tal sentido, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica que "afectada" significa "aquejada, molestada" y "afectar" importa, a su vez, "menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente".

Posteriormente, en el mismo considerando, hace referencia al artículo 20 del Código Civil, y luego expone: "En el caso del artículo 186 del Código Procesal Penal, que se analiza, resulta evidente que el legislador no ha definido, en forma precisa, la noción de "afectada", por lo que resulta pertinente recurrir al sentido que esta tiene en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, donde está concebida en una perspectiva amplia, asociada al menoscabo o perjuicio que una persona pueda experimentar producto de un acto u de una omisión".

En virtud de esta interpretación, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento, atribuyéndole a la palabra "afectado" el sentido que el Diccionario de la Real Academia Española señala, obviando a nuestro juicio el uso que generalmente puede dársele a ese vocablo.

Finalmente, hemos querido también citar algún fallo de la Contraloría General de la República, quien en sede administrativa, también utiliza como método para atribuir sentido a las palabras, el que el Diccionario tantas veces reseñado señala.

El Dictamen N° 12108 de la Contraloría General de la República, del 16 de marzo del 2006, es un claro ejemplo de cómo se utiliza este criterio. Al efecto, se solicitó a dicho órgano que se pronunciara respecto de una infracción en que habría incurrido el Ministerio de Obras Públicas a las normas de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, al no someter la obra denominada "Proyecto Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78, Av. Grecia" al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Se adujo que la obra mencionada constituye una "autopista" y debió ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental consagrado en los artículos 10°, letra e), de la ley precitada, y 3°, letra e), del Decreto N° 95, de 2001, de la Secretaría General de la Presidencia, preceptos que debieron primar por sobre aquella normativa que se encontraba vigente a la época en que se realizó la licitación de la obra.

Para resolver el conflicto, se tuvo que atribuir un sentido a la palabra "autopista". El referido dictamen expresa que "...la obra concesionada 'Sistema Américo Vespucio Sur, Ruta 78, Av. Grecia' se adjudicó mediante el decreto del Ministerio de Obras Públicas N° 1.209, de 2001, a cuyo respecto corresponde dilucidar si debía o no ingresar al mencionado Sistema de Evaluación Ambiental, dada, como se ha dicho, la falta de una definición de 'autopistas' en la legislación ambiental vigente a la fecha de adjudicación. En tales circunstancias, necesariamente debía estarse a las reglas de interpretación de las leyes contenidas en el Código Civil, en particular a la señalada en el artículo 20 de ese cuerpo normativo, en cuanto expresa que 'las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras', y sólo se les dará su significado legal –conforme a la misma disposición–, cuando 'el legislador las haya definido expresamente para cierta materia'".

De esta forma, entonces, la Contraloría General de la República señaló que "...con lo expuesto, procedía considerar el concepto de "autopista" que entrega el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, a la que define como 'carretera con calzadas separadas para los dos sentidos de la circulación, cada una de ellas con dos o más carriles, sin cruces a nivel', el cual resultaba plenamente aplicable a la aludida obra, especialmente al no diferenciar el carácter urbano o rural de la misma. En el contexto anotado, la obra sobre la cual versa la consulta reúne precisamente las características de autopista en los términos del referido

diccionario, y por ende debió sujetarse a las exigencias de la normativa ambiental y someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”.

F) CONCLUSIÓN

Interpretar es un acto que realizamos día a día y que tiene una importancia relevante para muchas materias, entre las cuales encontramos la jurídica, en donde legislador y jueces dan vida y aplican la ley. Sin embargo, las palabras en las que se expresa la ley, en muchas oportunidades no reflejan adecuadamente lo que el legislador quiso expresar, lo que genera un problema al juez que interpreta.

Las palabras en sí son generalmente vagas y ambiguas, por lo que siempre será necesario interpretar. Es más, para saber si son o no vagas, tendremos que interpretar.

Es por ello que nuestro Código Civil entrega reglas precisas de cómo debe ser interpretada la ley, y especialmente de cómo debe atribuirse el sentido a las palabras, distinguiendo al efecto tres situaciones diferentes, a saber: a) el sentido natural y obvio de las palabras conforme a su uso general; b) el sentido que la propia ley le atribuye a una palabra; y c) el sentido que una determinada ciencia o arte le asigna. De ellas podemos descartar que el recurso al Diccionario de la Real Academia Española, sea uno legal o único.

Sin embargo, y a pesar de estas claras reglas de interpretación, la Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Contraloría General de la República utilizan precisamente como un medio casi con estilo de dogma, el recurso al Diccionario, cuestión que si bien puede facilitarnos el punto de partida, no debemos olvidar que no está contemplado como regla en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil.

Con todo, y a pesar de esta generalizada forma de atribuir sentido a las palabras, existen importantes excepciones que han introducido importantes cambios doctrinarios, como lo es la aceptación del daño moral en materia contractual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *“Tratado de Derecho Civil: partes preliminar y general”* (Santiago 1998) Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile.
- ALFONSO, Paulino. *“De la interpretación de la ley.”* (Santiago 1915) en Revista Forense Chilena, tomo 8. Imprenta Cervantes.
- CARRÍO, Genaro R. *“Notas sobre Derecho y Lenguaje”*. (Buenos Aires 1994) Cuarta edición. Edit. AbeledoPerrot.
- CATENACCI, Imerio J. *“Introducción al derecho”* (2006) Edit. Astrea.
- CLARO SOLAR, Luis *“Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado”* (Santiago 1979). Tomo I, Segunda Edición. Editorial Jurídica.
- COOD, Enrique y FABRES, Clemente. *“Explicaciones de Código Civil”* (Santiago 1882) Imprenta Cervantes.
- DUCCI CLARO, Carlos *“Interpretación jurídica”* (Santiago 1995) Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *“Las reglas del ‘Código Civil’ de Chile sobre interpretación de las leyes”* (Santiago 2011) Segunda Edición, Editorial AbeledoPerrot.
- NINO, Carlos. *“Introducción al análisis del derecho”* (Buenos Aires 1980). Editorial Astrea.
- QUINTERO FUENTES, David. *“El fundamento semántico en la interpretación de la ley. Una mirada realista a las reglas del Código Civil”* (Santiago 2011), en Estudios de Derecho Civil, Jornadas Naciones de Derecho Civil 2005-2009, Editorial AbeledoPerrot, Primera Edición.
- ROSS, Alf. *“Sobre el derecho y la justicia”*. (Buenos Aires 1994). Editorial Eudeba, Quinta Edición.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *“Introducción al Derecho”* (Santiago 2011). Reimpresión de la Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile.

SOCIOLOGÍA JURÍDICA

PLURALISMO JURÍDICO, DERECHO ALTERNATIVO Y LA IRRUPCIÓN DE NUEVOS SUJETOS JURÍDICOS

IKER BARBERO*
 Open University

RESUMEN

Esta obra busca ofrecer una lente distinta desde la cual mirar al Derecho más allá del dogmatismo hegemónico. La corriente sociojurídica del pluralismo jurídico ha proporcionado los elementos necesarios para encuadrar las prácticas y discursos jurídicos desarrollados por los colectivos sociales en los que podía denominarse en sentido amplio la producción alternativa del Derecho. Dicho con otras palabras, se trata de investigar cómo sujetos, jurídicos o no, buscan a través de la interpretación del Derecho oficial y/o creación autónoma de un Derecho propio, la consecución de una nueva regulación jurídica basada en principios como la Igualdad o la Justicia.

Palabras clave: Monismo jurídico, pluralismo jurídico, Derecho alternativo, nuevos sujetos jurídicos

INTRODUCCIÓN

¿Son solamente unos pocos los legitimados por el Derecho para la elaboración de normas o existen otros focos de producción normativa? ¿Es posible que entre tanto pensamiento monocromático podamos encontrar una diversidad de tonos que desmitifiquen la idea de la legitimación única? ¿Pueden algunos colores (el rojo, el negro, el verde, el lila, el arco iris...), excluidos de la palestra o de los líquidos reveladores fotográficos reavivarse a través de una iluminación alternativa? La bombilla sociojurídica escogida para responder a estos interrogantes es la del pluralismo jurídico, y más concretamente la del *Derecho alternativo*, entendido este en sentido genérico como el conjunto de prácticas jurídicas llevadas a cabo por sujetos diversos como jueces, abogados, movimientos sociales, activistas, individuos anónimos, que pueden situarse dentro, fuera o contraviniendo el ordenamiento jurídico, y cuyo objetivo es la creación de una nueva realidad más justa e igualitaria. Evidentemente, no es una definición esencialista, sino que, como se verá, ha de ser concretada tanto teórica como

* Doctor por la Universidad País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea e International Master in Sociology of Law por el International Institute of Sociology of Law. En la actualidad es contratado doctor por Ikerbasque, the Foundation for Science y Visiting Scholar en el Centre for Citizenship, Identities and Governance (CCIG) de la Open University (Inglaterra).

prácticamente, e incluso matizada a través de las principales críticas que sobre esta perspectiva se han vertido.

Con este fin, en una primera parte de este artículo se presentarán unas referencias a la identificación entre Estado y Derecho, también denominada monismo o estatalismo jurídico, con el objetivo de mostrar el punto de partida de una teoría históricamente crítica con esa identificación: el pluralismo jurídico. Evidentemente, el pluralismo jurídico, dentro de su pequeña parcela en los estudios sociales y jurídicos, ha experimentado una evolución y ramificación interna precisamente porque, entre otras cosas, es el estudio de la diversidad jurídica. Esto será expuesto en una segunda parte, y en la tercera y cuarta parte se hará referencia a un fenómeno muy concreto del pluralismo jurídico, el Derecho alternativo y sus expresiones teórico-prácticas, que nos aporte la lente con las que enfocar la imagen de estudio de caso.

1.- EL PLURALISMO JURÍDICO CON CRÍTICA AL PARADIGMA MONISTA DEL DERECHO

1.1- *La hegemonía del Derecho del Estado o el triunfo del monismo jurídico*

La preeminencia hegemónica del paradigma jurídico y político fundamentado en la centralidad del Estado, también denominado monismo jurídico, constituye, hoy en día, un hecho irrefutable. La profundidad con la que este modelo ha penetrado en la forma de percibir qué es el Derecho ha consolidado el pensamiento liberal del poder soberano como única fuente posible de creación jurídica¹.

La obra de tres autores, Hobbes, Locke y Kelsen, ha sido fundamental para articular el monismo jurídico cultural (Ariza y Bonilla 2007:23), a lo que habría que añadir la visión de Weber sobre la consolidación del modelo de Estado moderno occidental. A través de cuatro rudimentarios trazos se intentará delimitar la idea del monismo jurídico como perspectiva históricamente hegemónica.

Primeramente, cuando Hobbes, en su *Leviatán*², y Locke, en su *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*³, aclamaban la necesidad de concentrar los poderes en una sola institución

¹ Como señalan Ariza y Bonilla, el monismo jurídico, “en contraste con el fraccionamiento y desintegración políticas del antiguo régimen, presenta la unidad política del Estado-Nación que se reúne en torno a un único sistema jurídico; frente a la existencia de comunidades culturales y políticas pequeñas y débiles, comunes en el antiguo régimen, ofrece como alternativa la creación y consolidación de una sola comunidad política fuerte que gira en torno a la cultura de la nación; frente a normas jurídicas destinadas a distintos estamentos o grupos sociales que varían según los caprichos de los señores feudales, ofrece normas jurídicas con pretensiones de universalidad y atemporalidad” (2007:23). Sobre la multiplicidad de órdenes jurídicos en épocas premodernas, Grossi hace un interesante análisis sobre el pluralismo jurídico en el Medievo, donde el Derecho oficial coexistía con el “Derecho vulgar”, extraestatal, es decir, aquellas instituciones producidas de la “libre extracción del gran aljibe de la vida cotidiana” (1996:71)

² Para Hobbes, el centralizar la producción de leyes en la figura del soberano aparta a los individuos del peligro de normas caóticas que suponía el estado de naturaleza, “corresponde a la soberanía todo el poder de prescribir las leyes por cuya mediación cualquier hombre puede saber de qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede hacer sin ser molestado por ninguno de los demás súbditos” (1980:167).

³ Locke por su parte, frente al estado de naturaleza en que la libertad egoísta es fruto de las múltiples interpretaciones de la Ley natural, la nueva sociedad política, y en concreto el Poder Legislativo surge con el fin de establecer un único poder creador de Derecho, el Estado, detentador del monopolio de la fuerza y capaz de juzgar la transgresión de la ley civil. “134. (...) El poder legislativo no solo es el sumo poder de la comunidad política,

(un monarca absoluto o una sociedad política entre iguales) para escapar del desorden y caos instaurado en el estado de naturaleza estaban sentando las bases ideológicas para la fusión entre poder y Derecho que, a través de la centralización de la fuerza, acabaría con la multiplicidad de ordenamientos intermedios característica de la Edad Media.

Asimismo, la conveniencia de un sistema basado en la libertad individual, la seguridad jurídica, la igualdad formal, y además, favorable de la propiedad privada, hizo que el monismo jurídico encontrara en el capitalismo de los siglos XVIII y XIX, un aliado estratégico en la difusión de la estructura jurídica lógico-formal. Weber observó detenidamente el proceso de centralización jurídica como elemento fundamental para el desarrollo, no solo del “espíritu” o ideario capitalista, sino también, la materialización del Estado burgués⁴.

Dicho con otras palabras, para la existencia de una comunidad humana que en determinado territorio reclama para sí el monopolio de la coacción física legítima; la materialización de un Derecho laico, producto de la generalización y la racionalización burguesa; la creación de una fuerza militar permanente y dirigida por la autoridad central; la organización de un cuerpo administrativo racional, centralizado, basado en reglamentos y normas explícitas; y por fin, la monopolización de los medios de dominación administrativa y el establecimiento de un sistema permanente de impuestos (Weber 1984). El monopolio del Estado moderno en todas estas funciones está legitimado racionalmente a través de la dominación legal, es decir a través de la imposición de su Derecho.

Por otra parte, el formalismo dogmático de la Escuela de Viena, encabezada por Hans Kelsen y sus *Teoría pura del Derecho* y *Teoría general del Estado*, supuso la culminación del proceso de centralización del orden jurídico en el Estado. El Derecho es el Estado y el Estado es el Derecho⁵.

Precisamente, la imposibilidad de un dualismo Estado-Derecho engendró lo que se ha denominado Derecho positivo para referirse al único Derecho válido, por su comunión

sino que permanece sagrado e inalterable en las manos en que lo pusiera la comunidad. Ni puede ningún edicto de otra autoridad cualquiera, en forma alguna imaginable, sea cual fuere el poder que lo sustentare, alcanzar fuerza y obligatoriedad de ley sin la sanción del poder legislativo que el público ha escogido y nombrado; (...) así, pues, toda la obediencia, que por los más solemnes vínculos se vea el hombre obligado a rendir, viene a dar a la postre en este sumo poder, y es dirigida por las leyes que él promulga”. (...) “143. Al poder legislativo incumbe dirigir el empleo de la fuerza de la república para la preservación de ella y de sus miembros” (1998:140).

⁴ Como dice Weber, la concepción del Derecho como un “ordenamiento legítimo cuya validez está garantizada desde el exterior mediante la posibilidad de una coerción física o psíquica por parte de la acción, dirigida a obtener la observación o castigar la infracción, de un aparato de hombres expresamente dispuestos a tal fin” (1984:72), fue la precondition necesaria para el surgimiento del Estado moderno occidental.

⁵ A diferencia de Weber que distingue entre Derecho privado y Derecho público, Kelsen considera que la existencia de ambos únicamente está justificada desde el momento en que detrás de los actos jurídicos que se desprenden en ambos supuestos se encuentra la mano del Derecho estatal: “La distinción entre Derecho público y privado tiende así a oponer el Derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico. (...) La diferencia decisiva entre el Derecho público y el Derecho privado radica en la oposición de dos modelos de formación del derecho; resulta de ello que los “actos públicos” del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de Derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata de cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato” (1979:181-182).

con un sistema formal de producción jurídica definido en la norma fundamental, y eficaz, garantizado por la sanción jurídica que proporciona el monopolio coercitivo del Estado⁶.

En definitiva, la unión del Derecho y del Estado a partir del monopolio coercitivo de la aplicación en manos de los poderes estatales ha consolidado la idea del centralismo jurídico. No obstante, la hegemonía de estas teorías monistas del Derecho y del Estado no ha impedido la teorización e investigación empírica del Derecho como realidad social dinámica, independiente o paralela del Estado.

1.2.- Más allá del Derecho del Estado: el pluralismo jurídico

La naturaleza dogmática-monista del Derecho ha servido de base argumentativa para que, desde distintas disciplinas jurídicas, se elabore una batería de críticas que cuestionan este modelo tanto por su visión uniformizadora de ordenación política de la sociedad como por su construcción mitificada del Derecho. El pluralismo jurídico es una de las principales perspectivas de crítica a la idea de un único Derecho. La concepción de que el Derecho se encuentra también fuera de los márgenes de producción y control del Estado se ha convertido en caballo de batalla tanto de pensadores y académicos provenientes de la Filosofía del Derecho, la Sociología o la Antropología jurídica, haciendo del monismo jurídico un adversario común.

Aunque el estudio de la coexistencia de diversos órdenes jurídicos como hecho social se remonta al mundo clásico, se ha consolidado la opinión de que el principal trabajo relevante en plantear de manera crítica que el Derecho oficial no es el único presente en la sociedad, es el de Eugen Ehrlich, y posteriormente por Georges Gurvitch, abriéndose así, hasta nuestros días, una línea de contestación al monismo jurídico.

La pugna entre monismo y pluralismo jurídico se plasma de una manera clara en el cruce de argumentos que intercambiaron Kelsen y Ehrlich. A partir del texto de Kelsen, *Una fundamentación de la sociología jurídica*, en el cual arremete duramente contra la principales tesis de Ehrlich de la obra *Fundamentación de la sociología del Derecho*, comienza un turno de “crítica y réplica”. En estos textos, ambos autores debaten, entre otros asuntos, sobre el lugar que deben ocupar la sociología jurídica y la jurisprudencia normativa, en cuanto al método de análisis de los hechos y del Derecho, la posibilidad de normas obligatorias en el seno de grupos sociales más allá de la existencia de normas estatales, etc. Una de las principales críticas que Kelsen imputa a Ehrlich es la indeterminación de los términos jurídicos que emplea en sus investigaciones. Ante esto, el segundo responde sentando las bases de una disciplina emergente como era la Sociología jurídica,

“solo quiero añadir una observación que no va más allá de una rectificación efectiva: no he escrito un libro terminológico, como podría suponer un lector que por casualidad hubiera leído el final de la crítica de Kelsen; yo me ocupo de la terminología, por lo general, solo en cuanto es necesario para hacerme científicamente inteligible. El objeto de la Sociología del Derecho no es la terminología sino la relación del Derecho con la Sociedad. En mi libro me ocupo de cómo el Derecho surge del seno de la sociedad, de

⁶ Kelsen, en *Teoría pura del Derecho*, al hablar de la “Identidad del derecho y del Estado”, dice que “una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico solo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que ese orden organiza la coacción social y debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no pueden estar constituida por órdenes diferentes” (1991:189).

cómo se condensa en proposiciones jurídicas la jurisprudencia y la legislación, y del modo en que repercute en la sociedad” (Ehrlich 2005:121).

Para Ehrlich, muy contrariamente a lo que afirmaba Kelsen, el Derecho debía ser concebido como un producto espontáneo que emerge de la sociedad, fenómeno al que llama “Derecho vivo”⁷. Precisamente, la tesis principal de Ehrlich es que, además de esas normas estatales, la sociedad está constituida por distintos grupos organizados (entidades religiosas, partidos políticos, sindicatos, familias...), los cuales generan en su interior su propia ordenación jurídica, permaneciendo, total o parcialmente, autónomos respecto al Estado.

“En nuestro tiempo, como en cualquier época, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma” (Ehrlich en Treves 1988:86).

Frente a una concepción estatalista del Derecho, Ehrlich afirma que el verdadero Derecho lo constituyen las regulaciones elementales, libres de dogmas, doctrinas y normas de decisión, y la interrelación entre ellas, que suceden en la vida cotidiana, dando lugar a instituciones como la propiedad, los contratos, las instituciones sucesorias o los matrimonios. La eficacia de estos Derechos tiene su origen en las sanciones informales (la expulsión de la asociación o la desconfianza comercial) cuya capacidad de coerción puede resultar mayor que las sanciones convencionales del Estado.

Sin duda, para llegar a esta idea Ehrlich estaba muy influenciado por el entorno social en el que se crió, la multicultural región de Bucovina⁸. La convivencia de diversos grupos étnicos bajo el orden jurídico austríaco situó delante de sus propios ojos el campo sobre el que inspirar sus estudios de pluralismo jurídico y Derecho vivo⁹.

Además, la posibilidad de haya un Derecho vivo, para este autor trascendía los límites de lo oficial, de lo convencional, de lo legal¹⁰. Grupos que eran apartados de la vida jurídica

⁷En contraposición al Derecho vivo, Ehrlich refiere a otras dos categorías normativas, el “Derecho de los jueces” y el “Derecho del Estado”. El primero esta compuesto por el conjunto de normas que son producidas y empleadas en los tribunales para dirimir los conflictos que se suscitan, y está estrechamente vinculado al Derecho del Estado. El segundo, el Derecho estatal, refiere a las normas (de decisión y de intervención) emanadas exclusivamente de las instituciones oficiales y cuya eficacia depende directamente de la coercibilidad del aparato del Estado. Las normas de decisión son normas indirectas mediante las cuales el Estado prescribe a los tribunales y otros órganos estatales cómo deben resolver los asuntos que les competen; mientras que las normas de intervención hacen referencia a la obligación de los órganos estatales de actuar necesariamente en determinadas situaciones.

⁸Bukowina o Buchenland, en alemán, fue una región que durante los últimos cinco siglos ha pertenecido al Imperio Turco otomano, al Imperio Austro-húngaro, a Rumania y a la URSS (Ucrania).

⁹Como él mismo escribió, “en el ducado de Bucovina viven (...) actualmente nueve etnias: armenios, alemanes, judíos, rumanos, rusos, rutenos, eslovacos, húngaros y gitanos. Un jurista de la tendencia tradicional afirmaría sin duda alguna que todos esos pueblos tienen un único Derecho, y en concreto siempre el mismo, el Derecho austríaco que tiene vigencia en el conjunto de Austria. Sin embargo, una rápida ojeada le podría convencer de que en cada una de estas etnias se observan, en las diferentes relaciones jurídicas, distintas reglas. El originario principio de la personalidad del Derecho sigue teniendo vigencia real, y solo ha sido sustituido hace tiempo en el papel por el principio de territorialidad” (Ehrlich en Robles Morchón 2002:18).

¹⁰En referencia expresa a este autor, Treves dice que Ehrlich se interesa no solo por el Derecho empleado por los tribunales y los órganos dotados de autoridad, sino también y especialmente por el Derecho vivo, “no formulado en proposiciones jurídicas, pero que regula toda la vida social: el derecho vivo se estudia y se conoce utilizando fuentes diversas: en primer lugar, los modernos documentos jurídicos (sentencias judiciales, documentos negociales), en segundo lugar, la observación directa de la vida social, de los cambios, de las costumbres, de los usos de todos los grupos, no solo de los reconocidos jurídicamente, sino también de los ignorados u olvidados por el Derecho e incluso de los proscritos por él” (Ehrlich en Treves 1988:87).

pública devenían así sujetos con capacidad normativa. Resulta interesante esta innovadora visión de pluralismo jurídico de Ehrlich, quien a pesar de no manifestar un marcado carácter político o ideológico, sí dejó pretendidamente abierta la posibilidad de que futuros investigadores de la realidad sociojurídica prestaran atención a grupos obviados o eliminados de la producción del Derecho.

Precisamente, siguiendo el camino que había abierto Ehrlich, pero desde una perspectiva ideológico-política más comprometida, Georges Gurvitch desarrolló una teoría del pluralismo jurídico con un carácter marcadamente antiestadista, antiformalista y social. Decía este autor que “el Estado no es otra cosa que un pequeño lago profundo en el inmenso mar del Derecho que lo circunda por todas partes” (Gurvitch en Treves 1988:118)¹¹.

Mostrando interés hacia las ideas de Proudhon, Saint Simon, Durkheim, o el mismo Ehrlich, y en férrea oposición a lo propugnado por Kelsen o Weber, y en algunos aspectos como la estatalidad del Derecho, también por Marx, Gurvitch razona que la legislación producida por el Estado no constituye la principal fuente de producción jurídica, pudiendo encontrarse una amplia diversidad de grupos sociales capaces de autorregularse internamente de manera independiente a las estructuras jurídicas oficiales. Como ha dicho Wolkmer de este autor, la concepción de pluralismo jurídico que emplea Gurvitch “es fruto metodológico de un empirismo radical”, producido por los datos inmediatos y por la movilidad intensa de la experiencia jurídica (2006:174).

La propuesta principal de Gurvitch, la idea del Derecho social, es sustancialmente la expresión formal del poder de los grupos sociales para autorregular sus propios intereses e incorporar sus propias tradiciones culturales, un contexto de contacto interpersonal e intergrupar, en el que el Estado es uno más¹².

De esta manera, el Derecho intergrupar y las bases jurídicas sobre las que se sustentan los valores democráticos del pluralismo se encuentran en confrontación con las premisas del liberalismo y del individualismo contractualista de un único Derecho que se impone en todas las relaciones de los individuos¹³.

En definitiva, el pensamiento de Gurvitch, como señala Monereo,

¹¹ Según Gurvitch, “cada sociedad está compuesta de una multiplicidad de agrupaciones particulares y cada grupo particular –cada unidad colectiva real– está compuesta de una multiplicidad de formas de sociabilidad; de manera de estar ligado en el todo y por el todo. (...) Los tipos de estos diferentes grupos son claramente distintos de las formas de sociabilidad que los componen; por ejemplo, en el interior de un grupo social tal como el Estado, el sindicato o el Club, se pueden observar en diferentes grados de intensidad y de actualidad las relaciones interindividuales de acercamiento” (...) y estos grupos se combinan siempre a una multiplicidad de especies de derecho ligadas a la pluralidad de formas de sociabilidad” (2001:25-26).

¹² Decía Gurvitch, “el término Derecho Social es habitualmente entendido como la regulación jurídica vinculada a la política social del Estado (...) dedicado a la solución de la “cuestión social”. Entonces, el Derecho social simplemente se refiere a las leyes (estatutos) emanadas del Estado para proteger al débil removiendo ciertos elementos de la sociedad y para organizar la intervención del Estado en la esfera económica. Consideramos tal interpretación del concepto de Derecho Social como errónea desde el punto de vista teórico, así como peligrosa para la democracia desde un punto de vista práctico. Esta concepción está equivocada, creemos, porque no toma en consideración el primordial fenómeno de pluralismo jurídico (jural pluralism) en la vida real del Derecho (...). Cada grupo y cada colectividad posee la capacidad de engendrar su propio orden jurídico autónomo, que regula la vida interna de los grupos” (Gurvitch 1946:64).

¹³ A este respecto Gurvitch dice que “la democracia es el Derecho social organizado... la fórmula del socialismo es pues idéntica a la fórmula de la democracia, es por tanto, la soberanía del Derecho social. Democracia y socialismo, en su verdadera acepción, no tienen necesidad de ser conciliados: representan una misma cosa. El socialismo es el

“está presidido por el intento de construir una nueva sociedad civil desde nuevas bases constitutivas, vertebrándola internamente para conseguir que todos los individuos participen activamente en la elaboración permanente del proyecto de sociedad democrática. En esa aspiración a refundar una nueva sociedad civil activa (ciudadanía activa) y en la defensa del pluralismo en todas sus más variadas dimensiones reside uno de los elementos explicativos del persistente interés contemporáneo por el pensamiento de Gurvitch” (2001: LX).

A partir de estas dos visiones, la de Erhlich y la de Gurvitch, se ha pretendido mostrar cómo el estudio del pluralismo jurídico supuso tanto la confrontación a un modelo de concepción de la realidad jurídica basado en el monopolio jurídico estatal y en la connivencia del Estado con el modelo de desarrollo social y político del liberalismo-capitalismo de los siglos XVIII y XIX. En la primera mitad del siglo XX, las tesis de Ehrlich, Gurvitch, y posteriormente otros aportaron la luz al desarrollo de una realidad jurídicamente plural.

2.- PLURALISMO JURÍDICO CLÁSICO, EL NUEVO PLURALISMO JURÍDICO Y LOS NUEVOS CONTEXTOS GLOBALES

Evidentemente, el estudio de múltiples órdenes jurídicos en un mismo contexto ha evolucionado, experimentando un especial dinamismo en el siglo XX. Dentro del estudio del pluralismo jurídico, Sally Engle Merry estableció una distinción temporal a partir del objeto y perspectiva de análisis: el pluralismo jurídico clásico y el nuevo pluralismo jurídico. Mientras que la visión clásica se centraba en los contextos coloniales y en las influencias mutuas que ejercían los Derecho europeos y los Derechos nativos, el nuevo pluralismo jurídico, ampliaba su ámbito de estudio y trasladaba el interés concretamente a los espacios de intersección de los múltiples órdenes jurídicos. La evolución de esa intersección se ha visto acelerada en los últimos años de manera que ya no son dos órdenes normativos los que se influyen en un mismo territorio, ni siquiera diversos órdenes que colisionan en un plano, sino que los mismos planos donde la intersección sucede se multiplican, trascendiendo las barreras tradicionales del Derecho, dando incluso lugar a órdenes jurídico-normativos deslocalizados, desterritorializados o transnacionalizados.

2.1.- *Pluralismo jurídico clásico*

Los contextos coloniales fueron los primeros espacios de África y Oceanía en donde se comenzaron a realizar investigaciones empíricas, básicamente desde la antropología, dando lugar a las teorías del pluralismo jurídico clásico (Griffiths 2002). La expansión colonial de los países europeos tuvo como consecuencia inmediata el trasplante de sistemas jurídicos centralizados en las metrópolis, lo que dio lugar a la coexistencia fáctica de los ordenamientos nativos u originarios, frecuentemente no escritos, y los nuevos Derechos codificados importados de Europa.

A menudo, se reconocía la eficacia o vigencia de las normas locales en calidad de “Derecho consuetudinario” o “usos y costumbres”, siempre y cuando tales normas no contraviniesen los principios y valores elementales del Derecho colonizador. La razón principal de tal reconocimiento, como dice Griffiths, respondía a que el Derecho colonizador

aspecto económico de la democracia y la democracia no podrá aplicar su verdadera esencia y sus múltiples fuerzas potenciales mientras permanezca escalava del individualismo” (Gurvitch en Treves 1988:119).

resultaba inapropiado para gobernar el ámbito privado, en especial las relativas al Derecho de Familia, donde resultaba más eficaz el Derecho local o consuetudinario del grupo en concreto (2002:291). Esta concepción de reconocimiento del Derecho nativo como herramienta de establecimiento del orden ha sido objeto de crítica desde el momento en que la calificación del Derecho indígena como secundario, y no originario, tanto en la posición en el sistema de fuentes, como en lo que refiere a su validez como Derecho “auténtico” (Yrigoyen 1999).

La posición dominante de regímenes jurídicos occidentales en contextos coloniales podría responder a tres lecturas diferentes pero complementarias. La primera consistiría en facilitar el gobierno de las nuevas instituciones políticas y jurisdiccionales que se crearon en las colonias. La segunda, un nuevo Derecho, tal vez *ad hoc*, permitiría controlar o someter a las comunidades nativas con el objetivo de establecer criterios de diferenciación entre colonizadores y colonizados. Finalmente, el nuevo Derecho abriría las puertas al comercio (explotación) de los recursos naturales y humanos, innegable justificación del propósito de colonización (Merry 2005:91).

Dos han sido los principales objetos de estudio del pluralismo jurídico clásico. Por un lado aquellas investigaciones, las cuales buscan establecer cuáles son los elementos característicos de los Derechos nativos, también denominados “primitivos”. En este sentido encontramos las investigaciones de Malinowsky sobre los Derechos salvajes (1969), o de Pospisil (1971), el cual pretende establecer una Teoría del Derecho de aplicación transcultural. Por otro, se encuentran los estudios en los que el objeto de análisis no son los Derechos en sí, sino más bien las relaciones dialécticas, conflictuales o no, entre los Derechos colonizadores y los Derechos nativos. Evidentemente, en la mayoría de los casos, el Derecho nativo no permanecía hermético a las regulaciones coloniales, de manera que se incorporaban figuras propias del Derecho europeo (Merry 2005:90).

John Griffiths, en su disertación “Four law of interpretation in circumstances of legal pluralism: first steps toward a splanatory theory” (1995), propone un modelo de análisis de interacción a través de tipos ideales de relación entre los distintos sistemas legales. Los principales métodos de “supervivencia” o vigencia social son la captación y el mantenimiento de influencia jurídica en la resolución de conflictos y prestación de servicios. Dicho de una manera sencilla, el objetivo del pluralismo jurídico clásico se concentra en estudiar cómo dos entidades diferenciadas y competitivas coexisten en un mismo espacio, así como los efectos que surte dicho proceso en sus respectivos procesos.

En definitiva comparto con Ariza y Bonilla (2007:47) que los aportes fundamentales de las teorías del pluralismo jurídico clásico han sido, por un lado, el análisis de las relaciones dialécticas de influencia y/o resistencia entre sistemas normativos radicalmente diferentes; y por otro, la reinterpretación del concepto de Derecho consuetudinario como mecanismo de relegación o subordinación para el sometimiento del Derecho nativo originario al nuevo Derecho colonizador. Sin embargo, la percepción de que la presencia de diversos órdenes normativos coexistía simultáneamente, no parecía ser algo exclusivo de las exóticas sociedades coloniales y postcoloniales. Las sociedades modernas y urbanizadas también parecían ser el escenario de la interrelación jurídica, abriéndose así una nueva etapa de análisis.

2.2.- El nuevo pluralismo jurídico

Los años 70 suponen un punto de inflexión en las teorías del pluralismo jurídico. Lo que en principio era una peculiaridad individual de los contextos colonizados, experimenta

un proceso de diversificación dando lugar a la idea de que es posible encontrar fenómenos de pluralismo jurídico en todo tipo de sociedades. Además, con una sociedad cada vez más compleja, donde las relaciones legales, económicas o políticas se reproducen en cuanto a velocidad e intensidad, los sistemas jurídicos que regulan una situación emergen a múltiples escalas o “geografías”. En este sentido, se produce un cambio tanto en el objeto de estudio, como en la manera de aproximarse a él.

El término “campos sociales semiautónomos”, introducido por Sally Falk Moore (1973), supone un elemento imprescindible para comprender la transición entre ambos períodos. Esta autora explica su concepto a través de dos ejemplos específicos: la industria de confección de vestidos en Nueva York y los *Chagga* de Tanzania. A pesar de las evidentes especificidades de cada uno, lo que les caracteriza es que ambos campos son capaces de generar una regulación propia capaz de resistir o amoldarse a otras regulaciones con las que se relaciona. La conclusión a la que llega es que un campo social semiautónomo es aquel que tiene la capacidad de crear Derecho y cuenta con los medios para exigir su cumplimiento, pero al mismo tiempo, al encontrarse vinculado a una matriz social más amplia, es posible que reciba, voluntariamente o no, la influencia externa que induzca a la modificación de comportamientos.

No obstante, a pesar de su indudable aportación, Moore recibe las críticas de Griffiths, para quien, “a pesar de aportar una herramienta descriptiva apropiada para localizar el pluralismo jurídico dentro de la estructura social”, si de lo que se pretende es constituirse en una base adecuada para una teoría descriptiva del pluralismo jurídico, se debería complementar con una noción definitoria de lo “jurídico” (Griffiths 2007:212).

Lo innovador de esta teoría, además de la aportación conceptual, es que la peculiaridad de semiautonomía de los campos sociales es posible hallarla tanto en sociedades tribales como en sociedades complejas. Se abre así la vía a observar la interdependencia de los órdenes o sistemas jurídico-normativos en contextos de sociedades modernas.

La posibilidad de hallar espacios de producción normativa distintas al Estado, como ya había dicho Ehrlich, constituye un elemento definitorio de prácticamente toda sociedad. Así, los estudios sobre la pluralidad de sistemas normativos en contextos de países industrializados comienzan a analizar las distintas normativas, códigos internos o sistemas de resolución de conflictos empleados por grupos étnicos, comunidades religiosas, asociaciones mercantiles, o incluso organizaciones criminales (Santos 1977, Merry 1979, Galanter 1981 o Facchi 1994).

Sin embargo, la nueva concepción acerca del pluralismo jurídico va más allá de la mera observación de cada sistema como hecho aislado, como si de un compartimento estanco se tratara. La idea, ahora, es que los distintos sistemas reciben influencias o injerencias externas modificando en múltiples sentidos su composición. Incluso se cambia el punto desde el que mirar el fenómeno. El individuo o el grupo pasan a ser el punto de recepción de múltiples focos de emanación de normas. Ya no son los campos sociales o redes lo realmente importante, sino que son las personas el punto de convergencia de las distintas regulaciones que incluye cada red social. El individuo (o incluso un colectivo), en su cotidianeidad, ve su comportamiento regido por órdenes regulatorios (legales o no) que emanan de las redes sociales a las que pertenece.

Para Santos, en la búsqueda de “un nuevo sentido común” (1995), los espacios paradigmáticos de producción de Derecho (y de poder social) se podrían clasificar en seis: el ámbito doméstico, la fábrica, el mercado, el entorno comunitario, el Estado y el sistema

mundial. Cada uno de ellos, con un volumen de influencia desigual, constituye espacios, estructuralmente autónomos pero con un variable grado de vinculación con los otros por medio de lo que el autor denomina *constelaciones de legalidad*, es decir, “diferentes formas de Derecho combinadas en distintas maneras dependiendo del ámbito concreto para el cual sirven de regulación” (ídem 1995:429). Lo que hace significativas a estas constelaciones es la porosidad jurídica con que operan en conjunción con otros espacios estructurales mencionados, generando así unas dinámicas jurídicas reticulares que trascienden los límites marcados por cada espacio, es decir, la interlegalidad:

“La cartografía simbólica del Derecho refuerza mi concepción de la pluralidad jurídica; no el pluralismo jurídico de la antropología tradicional, en el cual los diferentes ordenamientos jurídicos son considerados entidades separadas que coexisten en el mismo espacio político, sino antes bien la idea de diferentes espacios legales superimpuestos, interpenetrándose y mezclándose en nuestra mente tanto como en nuestras acciones, sea con ocasión de saltos cualitativos o de radicales crisis en la trayectoria de nuestras vidas; o bien en la insignificante rutina de nuestra ineventual vida cotidiana. Vivimos en una época de juridicidad permeable, en la cual múltiples redes de ordenamientos jurídicos nos fuerzan a realizar constantes transiciones y a extralimitarnos. Nuestra vida jurídica está constituida por la intersección de diferentes órdenes legales, es decir, por la interlegalidad. Interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico, y el concepto clave para una concepción postmoderna del Derecho” (ídem: 473).

En una línea similar pero a modo de aspiración, MacDonald propone, metafóricamente, el *federalismo caleidoscópico* (2005). Este concepto representa el constante flujo en que se ven inmersas las instituciones procesos e instituciones jurídicas, incluidas, especialmente, la maneras en que los ciudadanos conciben quiénes son y cómo se organizan a través de la interacción con otros seres humanos. El sujeto jurídico negocia su identidad en cada espacio de interacción –la sociedad, la comunidad, el lugar de trabajo, la familia, el Estado– con los muchos (cientos, millares de) otros sujetos jurídicos que también están negociando su identidad.

La complejidad social hace que constantemente las relaciones sociales y jurídicas se estén renegociando, y esto es debido a la proliferación de fuentes de influjos jurídicos que lejos de estabilizarse, en la última parte de siglo XX y comienzos del XXI es acelerándose.

2.3.- La incidencia de los procesos de globalización en el pluralismo jurídico

La principal causa, aunque no la única, del incremento actual del fenómeno de interlegalidad, es la transnacionalización del Derecho producto de los procesos de globalización. La eliminación del espacio y del tiempo de la que hablaba David Harvey (1989), también incide de manera indudable y contundente en la transnacionalización de las normas. Esta complejidad desarrollada en el ámbito jurídico, político y social supraestatal hace que la clásica relación kelseniana “Derecho estatal-Derecho internacional” no sirva para capturar los nuevos procesos de relevancia jurídica. El surgimiento de organizaciones internacionales y entes supranacionales, con mayor o menor sujeción a Estados soberanos, está configurando una amalgama de normas con apenas localización territorial tradicional, sino que se producen, desarrollan y aplican en un espacio que trasciende las fronteras de los Estados nacionales.

No obstante, conviene hacer una precisión preliminar respecto esta nueva realidad jurídica. No todo sistema normativo producido en o para instancias supranacionales es Derecho transnacional. La producción jurídica, dependiendo de factores como el origen y quién lo produce, los objetivos que persiguen las normas y el impacto con la que se aplica, da lugar, adquiere, o debería diferentes calificativos, siguiendo la distinción de F. Benda-Beckmann y K. Benda-Beckmann: *Derecho transnacional, Derecho transnacionalizado y Derecho global* (2007)¹⁴. Estos grupos de normas que trascienden las fronteras políticas, pero sobre todo jurídicas, revelan un nuevo espacio que transfigura el Estado en el ejercicio de su tradicional función monopolística de producción jurídico-normativa, introduciendo en el debate tanto nuevos productores normativos así como nuevos espacios de producción y aplicación, no necesariamente idénticos.

En definitiva, como concretaremos más adelante, nos encontramos ante un Derecho que abandona *de facto* su condición de unicidad, y ello se debe a que los focos de producción normativa son múltiples y con posiciones de efectividad desiguales. En este sentido, los Estados pueden actuar como actores dominantes y su Derecho aplicarse como hegemónico. Pero, con mayor frecuencia, el Derecho estatal deviene un orden más (un campo social más) en un conjunto policéntrico de emanación normativa. Al mismo tiempo, la noción de geografía del Derecho evoluciona trascendiendo los límites territoriales marcados por el Estado Nación hacia espacios supranacionales (transnacionales), con una adquisición de relevancia también del espacio subnacional (local). Este es el punto realmente interesante para el *nuevo pluralismo jurídico*: la posibilidad de que un individuo o un colectivo se rija por diversos sistemas de normas que provienen de campos sociales y escalas distintas. La norma que regula una situación puede venir impuesta por medio de sistemas coercitivos, pero también, la interlegalidad puede permitir la elección de la “norma más favorable”, provenga del Derecho estatal o no, llegándose incluso a la construcción de un sistema alternativo por el cual regirse.

3.- PLURALISMO JURÍDICO Y PERSPECTIVAS TEÓRICAS Y PRÁCTICAS ALTERNATIVAS

3.1.- Contextualización del movimiento del Derecho alternativo

Las causas de surgimiento de la situación de pluralidad jurídica pueden ser múltiples. Sin embargo, a efectos de este texto nos interesa destacar dos autores cuyas aportaciones son explicativas del surgimiento de las prácticas jurídicas alternativas.

¹⁴ El primero refiere a aquellas normas que regulan las relaciones de organizaciones, mercantiles principalmente, que operan a nivel supranacional. Es producido por las propias organizaciones para gobernar los distintos ámbitos de aplicación. El paradigma del Derecho transnacional es la *Lex Mercatoria*. El segundo modelo, el Derecho transnacionalizado refiere a aquel tipo de normas que si bien nacieron para ser aplicadas en un lugar determinado, su “trasplante” (Chiba 2002): se produce por encima de fronteras de Estados o en un territorio supranacional. Los ejemplos más característicos son los Derechos coloniales, pero también, desde una perspectiva de nuevo pluralismo jurídico, se puede considerar Derecho transnacionalizado a los derechos humanos universales (Merry), las normativas de desarrollo de la OMC o el Banco Mundial a los países del Sur y su incidencia económica o medioambiental (Pérez 2004) o las normativas de comunidades religiosas (Shah 2005). Finalmente, el Derecho global es aquel que ha sido ideado para regular las relaciones e interconexiones a nivel supranacional mundial, pero con incidencia también a nivel nacional o subnacional.

Por un lado, en un artículo denominado “Le Pluralism Juridique. Essai de synthèse” (1972), Jean Jacques Vanderlinden considera que el origen del pluralismo jurídico está tanto en el carácter injusto de la unicidad del Derecho, como en su carácter ineficaz. Para este autor, el carácter injusto se basa en la incapacidad de la unicidad del Derecho de, por un lado, tener en cuenta las inferioridades en la que se encuentran ciertos grupos, y por otro, percibir la relatividad en la idea de justicia. En este sentido, podría decirse que en ocasiones, y como veremos, el pluralismo jurídico puede surgir como consecuencia de esa necesidad de equidad y justicia.

Por otra parte, el autor brasileño Joaquim Façao afirma que la causa directa del pluralismo jurídico debe ser encontrada en la propia crisis de legitimidad política. Este autor llega a tal conclusión a través de las investigaciones sobre la sociedad brasileña en los años 70 y 80. Al contrario de lo que puedan creer ciertas corrientes del pluralismo, Façao entiende que la aparición de situaciones paralegales, paralelas o *extra legem*, incentivadas, aceptadas o no por el propio Derecho oficial, está en correlación directa con la variable de la legitimidad del régimen político. De esta manera, la pretensión de exclusividad de la legalidad oficial y su eficacia real “para absorber o neutralizar las manifestaciones normativas no estatales” en contingencia creciente está condicionada por el grado de legitimidad de la estructura de poder (autoritario o democrático)¹⁵.

Dentro del amplio fenómeno del pluralismo jurídico al que nos hemos referido, existen una serie de prácticas jurídicas, denominadas en sentido genérico, *alternativas*, que suceden dentro y fuera del campo jurídico estatal y que tienen por objetivo lograr un mayor acceso a la justicia, generar conciencia y organización popular, en definitiva, cuestionar, transformar, los fundamentos jurídicos y sociales dominantes. Oliveira ofrece una explicación muy ilustrativa de la relación entre pluralismo jurídico y Derecho alternativo:

“De manera simplificada podríamos decir que entre los dos conceptos (pluralismo jurídico y Derecho alternativo) existe una relación análoga, la misma que hay entre género y especie. El pluralismo jurídico sería un fenómeno más vasto, que contiene varias modalidades, de las cuales el Derecho alternativo sería una” (Oliveira 2003:201).

Se trata al mismo tiempo de un ataque a la concepción formalista del Derecho a la concepción tradicional de neutralidad de la ley. El Derecho no es un mecanismo aséptico de regulación social, sino que tanto sus formas (monopolio estatal de producción, procedimientos legislativos y jurisdiccionales) como sus componentes ideológicos que subyacen bajo las normas pueden constituir elementos empleados en la dominación y control social.

Captando elementos originarios de la cultura jurídica crítica europea sobre la que haremos algunas obligadas referencias, el contexto geográfico en el que adquiere una gran relevancia es América Latina, con especial incidencia en Brasil. La situación política, económica, social y jurídica “periférica” la convierte en escenario forzosamente adecuado.

¹⁵ Dentro de esta hipótesis, se configura que “la crisis de legitimidad del régimen aumenta la probabilidad de una baja eficacia de la legitimidad estatal, lo que a su vez abre espacios para el surgimiento de manifestaciones normativas no estatales, siendo notorio que tales manifestaciones no son necesariamente contra el régimen. Pueden serlo y pueden no serlo. (...) En otras palabras, parece claro que la pluralidad de órdenes jurídicos es fruto de la búsqueda de una nueva legitimidad” (Façao en Wolkmer 2006:196).

Como señalan García y Rodríguez en su trabajo sobre estudios jurídicos críticos en América Latina, la realidad del continente viene marcada desde los años 70 por la debilidad política, la ineficacia y autoritarismo jurídico (2003:38). El poder económico se ha tornado hegemónico, instaurando la informalidad en las relaciones sociales y, en especial, en las laborales. La eficacia del mercado se produce en aquellos espacios localizados al margen de un marco legal estatal, dominado este por el clientelismo y la corrupción. La consecuencia paralela a esta situación es la imposición de un ordenamiento jurídico restrictivo, pseudomarcial, donde los canales de planteamiento de demandas populares se ven limitados a una democracia representativa deslegitimada y desarraigada.

Coincidiendo con la fuerte crisis de la izquierda latinoamericana tradicional, estas perspectivas teórico-prácticas, susceptible de ser incluidas bajo la denominación de Derecho alternativo¹⁶, están claramente influenciadas, entre otras, por ideologías comprometidas con el cambio social, las teorías críticas de la Escuela de Frankfurt o la Teología de la Liberación. Este movimiento surge como crítica feroz a la concepción formalista y dogmática del Derecho que concibe el ordenamiento jurídico como un mero mecanismo aséptico de regulación social. Dicho de otra manera,

“se considera que son los valores, las necesidades y el concepto de justicia los mejores elementos con los que hay que contar a la hora de interpretar una norma jurídica. (...)

La idea de justicia se relaciona con las demandas de reconocimiento y satisfacción de las necesidades expresadas por la mayoría de los ciudadanos sometidos a la pobreza y la marginación. Y junto a esto, es lo social, lo popular, la fuente que marca el camino de la hermenéutica jurídica” (Herrera y Sánchez 1993:91).

El colectivo lo componen principalmente profesores y estudiantes de Derecho, abogados activistas próximos a los recién surgidos movimientos sociales (los habitantes de los barrios marginados –*favelas*–, o campesinos sin tierras) y determinados jueces que comparten una visión crítica del Derecho oficial por considerarlo garante del orden social y económico injusto y explotador.

“Todos compartían más o menos una visión crítica respecto del Derecho oficial, es decir, lo concebían como el garante de un orden social y económico injusto y explotador. La perspectiva crítica se muestra comprometida con el proyecto de construir una sociedad libre, justa e igualitaria, en una sola palabra, aunque este término figure cada vez menos, socialista” (ídem 2003:200).

En sus inicios, los trabajos, inspirados en el movimiento Crítica del Derecho francés, eran básicamente teóricos reflexionando sobre la capacidad de las clases dominadas de generar un nuevo Derecho.

“Unos y otros, aunque con algunas diferencias importantes, adoptan una perspectiva materialista y consideran el Derecho como la cristalización, en cada etapa histórica, de los intereses de las clases dominantes, contra los que las clases dominadas, a través de

¹⁶ La expresión Derecho alternativo surge por primera vez en un libro publicado en 1984 por el jurista crítico Carlos Artur Paulon, *Direito Alternativo do Trabalho*, esta obra contiene la siguiente cita al principio: “Aquí están compilados algunos trabajos que tienen en común la perspectiva de investigación crítica de la ley laboral brasileña (...) Es mi deseo que la publicación sirva para abogados, jueces y estudiantes. No como lecciones de Derecho, sino como una alternativa de uso de este Derecho aunque tan distante de la verdad democrática” (Paulon 1984:13).

sus luchas, van cristalizando valores y principios propios, que algún día constituirán el nuevo Derecho” (Oliveira 2003:202).

La irrupción a mediados de los 80 del trabajo de Santos sobre *El Derecho de los Oprimidos en Pasárgada*, basado en el trabajo de campo realizado diez años atrás en una *favela* de Río de Janeiro, y sobre el que volveremos, supuso la demostración empírica de que los grupos dominados eran en efecto capaces de producir un nuevo Derecho.

A partir de los noventa, este movimiento vio su auge reflejado en numerosas series editoriales, proyectos docentes y de eventos sobre Derecho alternativo como pudieron ser los Encuentros Internacionales de Derecho Alternativo de Florianópolis, en el sur de Brasil. Cuentan Herrera y Sánchez, al hablar del “origen público del movimiento”, cómo el 24 de octubre de 1990, una noticia en prensa con el titular “Jueces gauchos colocan el Derecho encima de la Ley”, removía el mundo jurídico brasileño. Un grupo de unos cuarenta magistrados del Estado de Río Grande do Sul estaban conformando un grupo denominado *Direito Alternativo* que venía a cuestionar en sus sentencias, la fuerza de la ley estatal¹⁷.

Lo que se podrían denominar “prácticas jurídicas alternativas”, han sido calificadas, en sentido genérico, como Derecho alternativo para referirse a

“aquella actuación comprometida con la búsqueda de la vida y de la dignidad para todos, y que ambiciona la emancipación popular con la apertura de espacios democráticos, tornándose instrumento de defensa/liberación contra la dominación impuesta” (Carvalho 1992:89).

Sin embargo, la diversidad interna dentro de este concepto obliga a establecer cierta diferenciación de cara a relacionarlas con el pluralismo jurídico. Estas acciones jurídicas alternativas pueden ser clasificadas, siguiendo, de nuevo, a Carvalho (1997), a partir del actor que las desarrolla y su relación con Derecho oficial, en *positivismo de combate, uso alternativo del Derecho* y *Derecho alternativo en sentido estricto*.

La *positividad combativa o positivismo jurídico de combate* refiere a las actividades de abogados militantes, organizados o no, en servicios legales comprometidos con la defensa de las demandas y las luchas populares. A través de la instrumentalización legal o extralegal del Derecho oficial, el objetivo de tales actividades es hacer efectivas las disposiciones normativas de carácter democrático y social, ya reconocidas en el ordenamiento jurídico, pero inaplicadas.

“Se trata de una autentica guerrilla, tanto en el campo jurídico como en la propia sociedad, para aquellas conquistas democráticas que ya fueron positivizadas tengan efectiva concretización, ante el creciente incumplimiento de las normas que representan victorias populares (...). La efectivización de la norma en el momento posterior a su promulgación depende de la correlación de fuerzas entre diversos segmentos de la sociedad. Aquí, además de la actividad del operador jurídico, es muchas veces necesaria la movilización popular. (...) Y cuando esto ocurre, el jurista debe actuar en el límite de lo positivizado (evidentemente no como dogma) como forma de politizar la interpretación” (Carvalho 1997:134-135).

Es en esta corriente donde surgen los servicios legales alternativos (SLA). A este respecto, Burgos resume una serie de características relevantes en la descripción de este

¹⁷ “La polémica suscitada fue el hecho que dio opción a que otros profesionales del Derecho con similares inquietudes alternativistas, decidieran ponerse de acuerdo para aglutinarse, junto a magistrados gauchos, y así formar y coordinar un frente común con el que defender sus posiciones” (Herrera y Rubio 1993:87).

movimiento (1996). A diferencia de las tradicionales asesorías legales, las que prestan servicios a compañías mercantiles y clientes individuales, los SLA desarrollan sus actividades a favor del interés colectivo sin establecer relaciones jerárquicas entre abogados y defendidos. Así mismo, su postura de oposición a un sistema jurídico monopolizado por las élites políticas y económicas les lleva a concebir necesariamente el conflicto no en términos exclusivamente jurídicos, sino también políticos y económicos. La politización del conflicto jurídico es el estadio previo a acudir a las instancias jurisdiccionales e institucionales donde las relaciones de poder son desiguales. El abogado necesita del apoyo popular para lograr sus metas¹⁸.

La instrumentalización del Derecho, como señala Burgos, se produce en tres niveles:

1. La efectivización de preceptos legales o constitucionales positivizados favorables a los sectores desfavorecidos pero no desarrollados en la práctica;
2. La interpretación de las normas a favor de los sectores marginados; y
3. “La ubicación y uso de las lagunas y contradicciones del sistema jurídico” (ídem: 59).

El *Uso Alternativo del Derecho* originariamente proviene de las actuaciones de jueces progresistas italianos, franceses y españoles en los años 70¹⁹, los cuales, mediante la utilización de sus facultades adjudicativas, producían fallos favorables a las clases desfavorecidas, acordes al Derecho oficial. Si el Derecho postula la igualdad formal ante la ley, estos magistrados aseguran la igualdad material a través de sus fallos. De una manera similar al positivismo de combate, el “uso alternativo del Derecho” consistiría en la interpretación cualificada favorable de las disposiciones jurídicas así como de la utilización de las lagunas para la defensa de las causas populares. El juez encuentra no solo criterios de legalidad, sino también criterios de legitimidad a partir de normas jurídicas y principios generales que en un contexto de democracia social deben primar sobre el resto del ordenamiento.

El *Derecho alternativo stricto sensu* o paralelo, insurgente o “*achado na rua*” (hallado en la calle) surge de las actividades jurídicas no oficiales de los colectivos populares en su camino hacia la emancipación social. Como dice Daniel Rech, se trata de

“el nuevo Derecho creado por los oprimidos de acuerdo con sus intereses y necesidades, inserto o no en las leyes vigentes, y rescatado a través de la formalización para que sea reconocido como un Derecho vigente” (1990:5)²⁰.

¹⁸ Resultan muy ilustrativas las palabras de Osvaldo de Alencar Rocha, un abogado agrarista brasileño: “Como abogado de los trabajadores rurales de Araguaia-Tocatins, entre otras regiones de Brasil, tuve que usar continuamente los instrumentos legales del Estado opresor, procurando retirar de ellos el derecho de mis clientes oprimidos. (...) Es un proceso de mucha paciencia: sin embargo los resultados pueden ser seguros, proporción directa de la organización política y social de la comunidad que defendemos. (...) El objetivo propuesto es discutir la posibilidad de una alianza entre el jurista comprometido con la realidad que lo circunda, con la lucha liberadora de los trabajadores, con la clase oprimida en suma, sin las cadenas o las ataduras de una ciencia jurídica dogmática y paralizada, para encontrar que este Derecho nuevo sea instrumento efectivo de reflexión y fermento para una auténtica transformación social” (1990:34-36).

¹⁹ En Italia, la idea de concebir el Derecho como instrumento para la eliminación de las desigualdades estructurales la promovió la corriente “Magistratura Democrática”. Un momento clave fue el encuentro que tuvo lugar en Catania en mayo de 1972. Los textos recogidos en esa reunión fueron posteriormente publicados en los dos volúmenes editados por Pietro Barcellona, y bajo el título *L'uso alternativo del diritto* (Laterza 1973). En España, por su parte, fueron los sectores más progresistas de la magistratura, agrupados en torno a “Jueces para la Democracia”, quienes impulsaron una concepción alternativa a la magistratura heredada del régimen franquista. Tal vez, la obra más reseñable sea *Sobre el uso alternativo del derecho* (1978) de López Calera, Saavedra López y Andrés Ibáñez.

²⁰ Ver también el texto de Miguel Pressburguer (1990) con el mismo título en este mismo número.

Al tratarse de la producción normativa popular, alejada de la creación jurídica oficial, supone la manifestación más próxima de las prácticas jurídicas alternativas al pluralismo jurídico estricto. Mientras que los anteriores, a pesar de su oposición a la concepción centralista del Derecho, las herramientas de las que se servían eran las disposiciones legales, su interpretación y las lagunas en su defecto, este, por el contrario, implica la creación de formas y discursos no basados en el Derecho positivo, sino destinados a la creación de nuevas categorías jurídicas destinadas a la transformación social.

Para ilustrar algunos de las ideas presentadas, a continuación, vamos a resumir dos de los múltiples ejemplos, y que son fruto de la investigación empírica de Santos, sobre la creación de un nuevo Derecho por sujetos excluidos socialmente. El primer caso hace referencia a la legalidad alternativa comunitaria mientras que la segunda se centra en el empleo del Derecho oficial de manera conjunta al Derecho alternativo como mecanismos de defensa frente a los que los sujetos consideraron una injusticia.

3.2.- Dos estudios empíricos sobre pluralismo jurídico y Derecho alternativo

3.2.1.- El Derecho de los Oprimidos en Pasárgada

Primeramente es necesario hacer referencia a la pionera investigación que realizó Santos en los 70 sobre el pluralismo jurídico y la proliferación de barrios marginales en los grandes centros urbanos fruto del proceso de reproducción social desigual del capitalismo periférico.

Concretamente se centra en las ocupaciones de tierras estatales y privadas de los alrededores de la ciudad de Río de Janeiro. Estas ocupaciones implicaban la violación de disposiciones legales sobre construcción de edificios en zonas urbanas. La situación prolongada de desatención y marginalización por parte del Estado, junto a las amenazas especulativas de desahucio, los habitantes optan por organizarse para el desarrollo interno de la comunidad. Además de los servicios básicos, se pone énfasis en garantizar la seguridad y el orden en las relaciones sociales como símbolo de fortaleza frente al acoso persistente del aparato estatal.

Así, en la década de los 60, principalmente, ante el incremento de la presión y los episodios de violencia, las asociaciones de moradores toman el protagonismo en la defensa de los intereses de las comunidades. Con el tiempo, estas asociaciones ven incrementadas sus funciones resaltando la de mediación en la resolución de conflictos entre vecinos. El *Derecho de Pasárgada*²¹ o *Derecho del Asfalto*, como lo denominan los habitantes de los tugurios, se convierte de esta manera en un Derecho formal y materialmente paralelo, en una estrategia de adaptación y supervivencia en una sociedad hostil (Santos 1977:9).

Los principales litigios versan en torno a instituciones relacionadas con la tierra: propiedad, compraventa, arrendamiento u otros derechos reales. Evidentemente, al tratarse de una ocupación ilegal, los títulos, contratos, resoluciones y otras figuras “jurídicas” son nulas ante el Derecho brasileño. El Derecho producido no nace con la pretensión de regular la vida social externa ni cuestiona los criterios de legalidad prevalecientes en el conjunto de la sociedad (ídem 1977:89). Aun así, regulan las relaciones y transacciones internas de la comunidad, adquiriendo mayor vigencia y validez interna que el Derecho oficial.

²¹ El nombre que Santos da a la *favela* objeto de estudio, Pasárgada, procede de un poema del poeta brasileño Manuel Bandeira, en alusión a la antigua ciudad persa.

Mediante el análisis de los discursos y retóricas jurídicas, Santos observa el funcionamiento, los roles de los actores intervinientes, las formas de resolución y las correspondientes medidas coercitivas, etc. La relación dialéctica entre el Derecho de Pasárgada y el Derecho oficial, como prototipo de Derecho de los Estados capitalistas, pone de manifiesto que, a pesar de que ambos sistemas comparten la misma ideología legal, los usos a los que están dirigidos son diferentes.

El Derecho de Pasárgada, como ya se ha adelantado, surge con el objetivo de regular las relaciones sociales de un colectivo de clase trabajadora oprimida, como se refiere Santos, por el sistema capitalista. Es por ello que las características del propio Derecho son una respuesta a las necesidades de la comunidad. Se trata de un Derecho no profesionalizado: por un lado permite que sea accesible a personas con escasa instrucción básica, y nula en técnica jurídica; por otro, elimina los obstáculos de burocracia y control del conocimiento y poder, elementos característicos de una sociedad capitalista y socialmente desigual. Es un Derecho accesible tanto económicamente, al evitarse los costos del litigio, como en lo que refiere a la cercanía geográfica y lingüística (por la evitación de terminología técnica). La participación es otro de los elementos característicos ya que la comunidad puede involucrarse de manera activa en el proceso, bajo la dirección del presidente de la asociación. Finalmente, es un Derecho consensual. El proceso asume la forma de mediación. A diferencia del sistema adjudicatario, característico del sistema jurídico capitalista, el resultado nunca suma cero. No hay vencedores y vencidos.

3.2.2.- Las luchas urbanas en Recife

Mientras que el caso anterior se centra en la legalidad interna de los asentamientos y la resolución de conflictos entre individuos, el estudio de las luchas en la ciudad también brasileña de Recife, es fruto de una investigación desarrollada 10 años después que “El Derecho de Pasárgada (con los correspondientes cambios histórico-políticos). Este estudio se ocupa del uso de las múltiples legalidades, incluida la estatal, para la defensa de su derecho a la vivienda por parte de los moradores. Concretamente profundiza en los conflictos que aun teniendo componentes dimensiones individuales, fueron colectivizados a medida que la lucha evolucionaba.

Para ilustrar las luchas en Recife, Santos emplea tres estudios de caso distintos acontecidos a finales de los 70, y que observan las relaciones entre el Derecho, el Estado y las ocupaciones de tierras urbanas, tanto privadas como públicas, y los correspondientes procesos de resolución. A pesar de un núcleo común, se trata de casos diferenciados entre sí, formal y materialmente, en relación al comienzo, desarrollo y finalización del conflicto. El autor busca identificar quiénes son los actores activos implicados y por qué, y cuáles son los mecanismos sociojurídicos que estos emplean en sus estrategias de supervivencia.

En el primer caso, la *Villa de los Niños*, el conflicto, consecuencia de la ocupación de un lote de tierras privadas, y con valor en el mercado, es corto y de resolución desfavorable para los ocupantes. Por un lado, porque los sumarisimos procesos son individualizados al resultar todos identificados a efectos judiciales, lo que atomiza la fuerza de resistencia. Asimismo, la ejecución de las sentencias tiene lugar durante el fin de semana y las posibilidades de resistir al desahucio y recabar apoyos externos son prácticamente nulas.

El segundo de los casos, es el relativo a un asentamiento (bautizado por los propios ocupantes como *Skylab*) sobre unas tierras pertenecientes a una empresa pública. A

diferencia del anterior, la imposibilidad del desahucio judicial viene marcado tanto por la rápida organización interna –a las pocas horas de la ocupación “el área había sido dividida en 300 lotes de tierra” (1992:382)–, la resistencia activa de los ocupantes, apoyo externo, principalmente la Iglesia, a través del Arzobispado de Recife, los medios de comunicación y políticos opositores. La defensa jurídica corre a cargo de la Comisión de Justicia y Paz, organización vinculada a la Iglesia. La estrategia empleada por los abogados de la Comisión consiste en la utilización del Derecho del Estado, en especial las garantías que recoge, así como la dilación de proceso favorable a las negociaciones. Al final, el resultado es un acuerdo aprobado por la Asamblea de ocupantes, el Estado y la empresa propietaria, según el cual el Estado otorga concesión por 5 años el uso de la tierra.

Finalmente, Santos presenta el caso de la *Villa Campesina*. De características similares al anterior en lo que refiere al origen de las tierras y los actores involucrados. La singularidad de este caso reside en la judicialización del conflicto. Lo que comenzó como un conflicto por la devolución de una propiedad privada a favor de los dueños, acabó con el reconocimiento del derecho a una vivienda digna.

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, la visión innovadora que aporta Santos es que las luchas tienden a ser cada vez más complejas y multiescalares en lo que refiere a su contenido legal. “No existe una única legalidad, sino una red de diferentes y, en ocasiones, conflictivas relaciones de legalidades” (ídem: 385). En los casos estudiados, la interlegalidad viene marcada por la confluencia de múltiples jurisdicciones provenientes de fuentes diferentes y con impactos desiguales. Una aproximación pluralista debe considerar la multiplicidad de actores, los cuales actúan mediante la combinación de recursos y dinámicas jurídicamente complejas (lo que incluye prácticas ilegales y/o alegales). De acuerdo con Santos, la clasificación de determinadas acciones en términos de legalidad-ilegalidad-alegalidad distorsiona la realidad construida socialmente por los actores. Las prácticas sociales son consideradas constelaciones en las que coexisten elementos legales e ilegales en distintas proporciones dependiendo de las circunstancias. Con todo, la dialéctica legal-ilegal, según el autor, no es algo exclusivo de las clases oprimidas pues también se encuentra en las acciones llevadas a cabo por otros actores dominantes como los terratenientes o el Estado.

Al mismo tiempo, desde una perspectiva metodológica, únicamente una conceptualización abierta del Derecho desembocaría en un análisis acertado de la complejidad sociojurídica como la que se cita. Así, y siguiendo la enumeración proporcionada por el autor, en el conflicto de las luchas urbanas de Recife convergen en:

- la *legalidad informal local*, representada principalmente por los mecanismos de autorregulación de los ocupantes como colectividad;
- la *legalidad estatal* se manifiesta tanto en las prácticas de defensa jurídica desarrolladas por los abogados de la Comisión, en las denuncias presentadas por los dueños de las tierras, así como las normas jurídicas que fundamentan los órdenes de desahucio y las sentencias jurisdiccionales;
- la *legalidad transnacional* de los derechos humanos sirve, por un lado, para involucrar a la Iglesia y la opinión pública, y por otro, como argumento jurídico ante los tribunales;
- la *legalidad natural* como valores universales que deben ser garantizados y reconocidos a todos los seres humanos por el simple hecho de existir.
- la *legalidad insurgente o revolucionaria*, manifestada en las acciones de resistencia llevadas a cabo por los ocupantes frente a las ejecuciones de expulsión;

- y la *legalidad "aterrorizante"* impuesta desde arriba" mediante las prácticas "mafiosas" y engañosas desarrolladas por los terratenientes.

Las luchas urbanas de Recife, tomadas como conjunto genérico, se desarrollaron, según el autor, en tres fases:

La primera se basa en *las políticas de hechos consumados*, es decir, "defender el statu quo, sea este legal o ilegal. La consolidación de los barrios antiguos o la conservación de las ocupaciones recientes, una vez desencadenado el conflicto, es uno de los recursos defensivos más importantes de que disponen los moradores" (1991:110).

En esta fase se trata de intervenir con el objetivo de lograr producir tiempo, tanto político como social, a favor de los resistentes, por ejemplo, aprovechando la inoperatividad temporal de la burocracia durante el descanso semanal.

La segunda fase refiere a la *colectivización o reconstrucción social del conflicto y la creación de un poder político con base a él*. Lo reseñable de esta es transformar el conflicto jurídico (sobre la titularidad de un terreno), y entre individuales, en un conflicto social y político entre colectividades antagónicas (la distribución de condiciones mínimas de supervivencia). Este fin se logra por medio de lo que Santos denomina *retórica interlegal*, que consiste en emplear un discurso legal basado en la confrontación de Derechos, dirigido a la redistribución de las legalidades e ilegalidades del conflicto a favor de los ocupantes. La expansión simbólica del conflicto se produce mediante la concepción de sujeto jurídico y político colectivo, la socialización como injusticia de asuntos que inicialmente resultarían privados e individuales, la legitimación de la demandas a través de la invocación de fuentes supranacionales e informales. Por eso, como Santos dice, "la individualización jurídica de los conflictos sociales es uno de los procesos a través de los cuales el Estado desorganiza las clases populares" (ídem: 112).

Al mismo tiempo, fueron mecanismos imprescindibles para la resocialización del conflicto la construcción de un imaginario mediático favorable, la movilización *downwards* de las capas sociales más bajas, buscando solidaridades ente colectivos sociales en situación similar, y la politización "*upwards*", es decir, la consecución de apoyos en escalas superiores tanto entre intelectuales y personajes de relevancia pública como en la administración y burocracia para sus actos favorezcan a los propósitos de la lucha.

La tercera fase es la denominada *Aprovechamiento del Derecho*. En otras palabras, la utilización alternativa del Derecho por los abogados, jueces y otros operadores legales.

"La lógica subyace a la defensa jurídica de los ocupantes/moradores es la de que sus acciones inclusive siendo ilegales, son por encima de todo acciones políticas que buscan denunciar un orden social injusto que niega a la aplastante mayoría de la población la garantía constitucional del derecho a la vivienda (1991:112).

Ello se logra a través de la producción y distribución favorable del tiempo judicial (mediante la informalización del proceso *Pasagardización*), la reindividualización de los conflictos colectivos y la politización del juicio.

Nos hemos acercado así a un contexto muy concreto, las *favelas* brasileñas, en las que el pluralismo jurídico y, en concreto, el Derecho alternativo encuentran, en boca de Santos, su plasmación empírica. No obstante, no es una aproximación a la realidad sociojurídica exenta de críticas.

La búsqueda de localizaciones donde se fraguara ese “nuevo Derecho” de la emancipación social tal vez ha llevado a algunos autores a desmitificar los resultados obtenidos, a reclamar un encuadre comparado más ajustado y a limitar su posterior teorización.

3.3.- Críticas al movimiento de Derecho alternativo

Una de las primeras discusiones relativas al Derecho alternativo gira precisamente en torno a su denominación. Algunos autores latinoamericanos se han referido como “uso alternativo del Derecho a la manera en que abogados militantes combaten el Derecho del Estado”, pudiendo confundirse con el movimiento de magistrados progresistas en Europa y Latinoamérica, principalmente Brasil. Germán Burgos excusa esta “confusión” reconociendo que en América Latina no ha existido una “solución de continuidad” (1996:57) entre lo que inicialmente era la acción jurisdiccional de jueces europeos comprometidos socialmente y su posterior derivación en la acción de defensa por parte de abogados y servicios legales.

Esta confusión lleva a Roberto Bergalli a escribir su texto sobre *Usos y riesgos de categorías conceptuales. ¿Conviene seguir empleando la expresión “uso alternativo del derecho?”*, se pregunta (1992). Para Bergalli, se hace un “uso extensivo”, aunque “absolutamente bien intencionado”, de la alocución *uso alternativo del Derecho*²². Para Bergalli, la interpretación y creación alternativa del Derecho por parte de clase judicial latinoamericana es un caso excepcional, es decir,

“no son rasgos que distingan a las clases judiciales de los países latinoamericanos (...) ya que las excepciones no hacen sino confirmar la regla de que jueces y magistrados que se apegan a la legalidad formal, no hacen más que prestar adhesión a los proyectos políticos hegemónicos” (ídem: 29).

Como escribe Burgos, para Bergalli no dejó de ser más que “un conjunto de tácticas de actuación frente a un válido Derecho injusto” antes que “una estrategia de fondo” (1992:7). Sin embargo, los propios comentarios de crítica manifestados por Bergalli son rebatidos por Burgos en la sección de “Comentarios” de la misma publicación, principalmente por su eurocentrismo y excesiva conceptualización de la idea de uso alternativo del Derecho²³.

²² Según Bergalli, “se realiza desde una perspectiva meramente práctica, pero sin abordar los aspectos metodológicos que ella propuso en los orígenes de su aplicación, en otro contexto cultural connotado por un marco sociopolítico muy diferente y en un cuadro constitucional radicalmente distinto al de los que demarcan las sociedades latinoamericanas en las cuales aquel empleo extensivo hoy se verifica. (...) No queda claro para mí qué se está entendiendo por servicios legales y, por tanto, cuáles son las participaciones de tales servicios en la visión crítica del derecho dentro de la cual ha de desarrollarse el uso alternativo del derecho (...) la incidencia de tal tipo de actuación se limita al fenómeno de aplicación del Derecho y solo parcialmente pues alude únicamente a la actividad desarrollada por abogados por lo que otra, tan esencial, como la de los jueces, parecería no ser tenida en cuenta” (ídem: 12-13).

²³ Para Burgos, la posición que asume Bergalli es poco menos que “eurocentrista cuando afirma que en América Latina el denominado UAD poco o nada se acerca a lo que para él es la real y verdadera versión del mismo. (...) El esfuerzo que presenta Bergalli, debe ser visto más como un aporte comparativo de lo que ha sido el UAD en latitudes diferentes antes que un juicio de verdad epistemológico respecto del UAD en América Latina. (...) Muchas prácticas que se denominan UAD dejan de ser la reproducción asistencial del Derecho vigente y la búsqueda de su real y hegemónica eficacia. Sin embargo, es cada vez mayor el número de grupos que reconocen los límites políticos de su trabajo desde el derecho formal y en consecuencia buscan salidas diferentes. (...) Poco a poco, lo que era el impermeable gremio judicial en América Latina, se suma a la tarea de pensar y desarrolla una judicatura alternativa, donde la crítica e injusta realidad política, económica y social de nuestros países, así como la situación de los sectores

Por su parte, otro grupo de críticas al Derecho alternativo han provenido de un grupo de autores que han mostrado su desencanto con la visión idealista de la teoría.

Oliveira, entre otros, ha reprochado el hecho de que la lectura sociológica, de influencia crítica, de los fenómenos de pluralismo jurídico en comunidades marginadas, presenten el nuevo Derecho como un potencial empíricamente anticapitalista y emancipatorio difícilmente demostrable empíricamente. El nuevo Derecho no es ni tan socialista ni tan emancipador como en ocasiones se presenta²⁴.

En una línea similar, Neves ha tildado el trabajo de Santos de tender hacia la “romantización”, en tres sentidos distintos:

“1) en relación directa con el bajo grado de “institucionalización” (diferenciación) de la función jurídica y con la disponibilidad limitada de medios de coacción, el Derecho no oficial de las favelas tendría un espacio retórico más amplio que el del Derecho estatal (...); 2) el primero sería un derecho “accesible”, “participativo” y “consensual” (...); 3) sería comparable al derecho de los soviets y al de otras experiencias revolucionarias, definidas como experiencias alternativas al derecho oficial burgués (...), y ofrecería un “gran potencial para el uso revolucionario” del Derecho –“juridicidad alternativa” (“alternative legality”) para las clases explotadas (...). En síntesis, se sostenía que en tales experiencias se desarrollaban procesos sociales de pluralismo jurídico como “alternativa” al legalismo (...)” (2003:275).

Además, idealizar el hecho de que existan grupos sociales que suponen diferentes códigos jurídicos no implica necesariamente una alternativa al defectuoso funcionamiento legalista del Derecho estatal. Según Neves, esas prácticas alternativas son más bien mecanismos “inestables y difusos de reacción a la ausencia de la legalidad. No se trata propiamente de la construcción de una identidad jurídica tópica enfrente de la insatisfacción con la rigidez de la reproducción consistente de la identidad del sistema legal, al cual se tendría acceso” (ídem: 275-276).

El ejemplo que usa para argumentar su crítica refiere concretamente a las asociaciones de *favelas* de las grandes ciudades latinoamericanas que han sido centro de atención privilegiado de las investigaciones sobre el Derecho alternativo, y que en su opinión, en cambio, es donde tienen lugar esas formas difusas e inestables de estrategias de supervivencia en el campo jurídico en las que en ocasiones la violencia de las bandas juega un papel relevante²⁵.

marginados son un importante factor en la interpretación de la ley. Al parecer, la noción de UAD, va más allá de una simple categoría conceptual. En la práctica esta se va construyendo día a día” (Burgos 1992:9).

²⁴ Para argumentar su discrepancia, este cita al propio Santos, quien se percató por sí mismo de la denominada “hipótesis de la contaminación”: “... las normas que rigen la propiedad en el derecho del asfalto pueden ser selectivamente incorporadas en el derecho de Pasárgada y aplicadas en la comunidad. De este modo no sorprende, por ejemplo, que el principio de la propiedad privada (y las consecuencias legales de allí derivadas) sea, en general, acatado en el derecho de Pasárgada del mismo modo que lo es en el derecho estatal brasileño (Santos en Oliveira 2003: 205).

²⁵ “Es verdad que tales estrategias contienen un “discurso ético social”. Pero, aunque les falten límites sistémicos rígidos para la utilización de medios discursivos, no me parece que de ahí se pueda inferir necesariamente que aquellas dispongan de un mayor espacio retórico. En primer lugar, se debe observar que los códigos económicos (tener) y políticos (poder) actúan directamente, esto es, sin las filtraciones de un discurso jurídico autónomo, sobre los mecanismos de solución de conflictos. (...) No se pueden desconocer las investigaciones empíricas en relación con el uso de la violencia: los “procedimientos retóricos” de las asociaciones de moradores están vinculados a los medios coactivos de los “gangs”; y el problema se complica en la medida en que la actividad ilegal de la policía se

Finalmente, la crítica de Neves hacia Santos concluye con la imposibilidad de hablar de pluralismo jurídico en el sentido posmoderno, ya que

“la pretendida racionalidad jurídica tópica de la posmodernidad, promotora de incertidumbre (de)constructiva, no se traslada a la miscelánea de campos sociales que se desarrolla entre nosotros. Los modelos de resolución o neutralización de conflictos, en un contexto de “marginalizaciones” y privilegios, producen, entonces, una extrema inseguridad destructiva, cuyo mantenimiento está vinculado, contradictoriamente, a la conservación de los privilegios y, en consecuencia, es perjudicial principalmente para los socialmente “deficientes”” (idem: 277).

Por otra parte, el criterio de legitimidad a partir de la mayor eficiencia y adecuación que se atribuye a las prácticas jurídicas plurales surgidas en las *favelas* “corre el riesgo de en lugar de promover el “verdadero Derecho” legitimar el Derecho de la injusticia” (Oliveira 2003:207) ya que en ocasiones ese Derecho justificaba tanto sanciones vejatorias contrarias a los mínimos garantistas universales como relaciones de naturaleza claramente capitalista, como es la consagración del derecho de propiedad²⁶.

La principal crítica que Brian Tamanaha hace a la visión del pluralismo jurídico como Derecho alternativo de Santos es la contradicción en la que este último incurre, por un lado, al utilizar explícitamente un concepto funcionalista y esencialista del Derecho, y al mismo tiempo, flexibilizar pretendidamente la categoría de Derecho para incluir ciertas prácticas consideradas alternativas, algo que acaba “juridificando el mundo social” (Tamanaha 2000:303). Santos, en opinión de Tamanaha, primero acota el concepto de Derecho, desde una perspectiva institucionalista y weberiana, como

“un cuerpo de procedimientos regularizados y estándares normativos, considerados justificables en cualquier grupo dado, que contribuye a la creación y prevención de disputas, y a su establecimiento a través de un discurso argumentativo, emparejado a la amenaza de la fuerza” (Santos en Tamanaha 2000:302).

Por tanto, Santos no ve inconveniente en incluir normas sociales, como la empleadas en la categoría de Derecho doméstico que describe como “muy informales, no escritas, tan profundamente intrincadas en las relaciones de familia que es difícilmente considerarlas como una dimensión autónoma” (Santos en Tamanaha 2000:304). Además de los problemas analíticos que esta confusión puede plantear, Tamanaha considera que también puede tener costes políticos en el sentido que, al incluir dentro de la categoría de Derecho, ciertas prácticas o patrones de comportamientos también incluye aquellos que son considerados como “malos”, y que, sin embargo, se omiten a la hora de “romantizar el Derecho no oficial” en su ataque al Derecho del Estado (Tamanaha 2000: 305).

mezcla con el juego de la violencia marginal (...). En síntesis, al contrario de la alternatividad pluralista al legalismo, se trata del intrincamiento entre la ausencia de legalidad y las “estrategias de supervivencia” en relación con el campo jurídico” (idem 2003:276).

²⁶ En este caso, el autor brasileño escoge el comentario de un antiguo abogado de la Comisión Justicia y Paz, Salvador Soler Lostao: “En el movimiento popular no parece haber un proyecto socialista o capitalista. Los movimientos populares, como un todo, tienen proyectos de corto plazo. En la mejora de la calidad de vida encuentran su denominador común”. De la misma forma, para él, las asociaciones de vecinos no parecen estar listas para ser transformadas en soviets: “Para los habitantes de tierras ocupadas irregularmente, la mayor de las victorias es la posesión de la tierra. Es sobre esta expectativa que los consejos de habitantes se afirman frente a la población de los barrios” (idem 2003:209).

No obstante, como el propio Tamanaha reconoce, Santos contemplaba esa crítica al decir que

“¿Por qué no? (...) Una concepción amplia del Derecho y la idea de una pluralidad de órdenes legales coexistiendo de muchas diferentes maneras en la sociedad contemporánea sirve a la necesidad analítica de una estrategia política y cultural dirigida a mostrar toda la gama de regulación social que posibilita el Derecho moderno (una vez reducido a Derecho estatal), así como el potencial emancipatorio del Derecho, una vez este sea reconceptualizado en términos postmodernos” (Santos en Tamanaha 2000:306).

La contradicción en la que incurre Santos, según Tamanaha, se podría salvar, como propone, concibiendo el Derecho desde una perspectiva convencional o no esencialista el Derecho como “aquello que la gente identifica y trata mediante sus prácticas sociales como Derecho” (Tamanaha 2000:313).

Por tanto, se podría concluir que la alternatividad, y en concreto en el sentido que lo plantea Santos, en cuanto a las formas, entendidas como el uso del Derecho y como ideología emancipadora frente al Derecho estatal, no es tan real ni tan relevante como se plantea. Es decir, la alternatividad estaría sobredimensionada o idealizada.

Siguiendo la ya clásica distinción de John Griffiths entre el pluralismo jurídico fuerte y débil, que la única modalidad de prácticas jurídicas alternativas enmarcable dentro de la corriente pluralista es la relativa al Derecho alternativo estricto. Las otras, al enmarcarse dentro del ámbito de influencia del Derecho estatal, quedarían excluidas o, como mucho, dentro de la categoría de pluralismo débil, por legitimar acciones jurídicas alternativas a partir del Derecho estatal. En este sentido, Oliveira aporta dos observaciones: el Derecho alternativo *stricto sensu* termina siendo un fenómeno residual frente a las otras manifestaciones cobijadas por la denominación genérica de Derecho alternativo, y la vocación del Derecho alternativo puro es convertirse en Derecho estatal.

Coincidiendo epistemológicamente con las críticas que Oliveira efectúa, deberíamos preguntarnos entonces si lo importante es considerar la relevancia cuantitativa y la voluntad de permanecer aislado del Derecho estatal, o si, por el contrario, el uso de prácticas jurídicas alternativas, basadas o no en el Derecho oficial, buscan la creación de un nuevo Derecho. Dicho con otras palabras, la perspectiva de pluralismo jurídico que corresponde al Derecho alternativo es relevante no como fin, sino como medio, y es en ese proceso temporal en el que se produce la interconexión de múltiples legalidades en las que surgen las opciones de crear un nuevo Derecho.

A pesar de las diversas críticas que recibieron los primeros trabajos, imprescindibles, sin duda, para el desarrollo de la perspectiva alternativista, como veremos, se han ido depurando las teorías hacia espacios y enfoques considerados incipientemente emancipadores.

4.- ANTONIO CARLOS WOLKMER Y EL NUEVO PARADIGMA DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

Antonio Carlos Wolkmer es uno de los máximos representantes de la teoría jurídica crítica latinoamericana contemporánea y un importante autor y analista del movimiento brasileño *Direito Alternativo*.

Wolkmer parte de una noción de pluralismo jurídico destinado a reconocer y legitimar normas producidas a través de canales formales, pero sobre todo, informales que tienen lugar en un mismo espacio jurídico, político y social, y que son fruto de las acciones y reivindicaciones de nuevos sujetos colectivos que sufren las carencias y necesidades a causa de la desigualdad estructural y exclusión jurídica características en sociedades del capitalismo (semi)periférico.

Se trata de una visión evidentemente no negadora ni minimizadora del Derecho estatal. Pese a la crisis de legitimidad que atraviesa la cultura jurídica occidental capitalista (2006:72), reconoce que aún existen elementos originarios del proyecto de modernidad ilustrada cuya utilidad es innegable para la elaboración de un nuevo paradigma jurídico. Precisamente por eso, hace hincapié en la necesidad de reconocer que el Derecho estatal, a pesar de su posición hegemónica, es simplemente una de las muchas formas jurídicas que se encuentran presentes en la sociedad.

La propuesta, en parte empírica, en parte teórica, de pluralismo jurídico de Wolkmer puede denominarse el “Nuevo Paradigma de Producción Normativa” y está compuesta de una *vertiente material* donde los nuevos sujetos colectivos reconstruyen la legalidad a través de la legitimidad que les atribuye la satisfacción de las necesidades humanas; y una *vertiente formal* que integra los mecanismos (formales e informales) que, tanto individual como colectivamente, son ejercitados en la elaboración de una racionalidad comprometida con la autonomía y la emancipación de la esencia humana.

4.1.- Los nuevos sujetos colectivos de juridicidad

Primeramente, es preciso señalar aquel sujeto de cuyas prácticas emergen centros normativos no convencionales. Wolkmer considera inapropiado el status de “sujeto privado” derivado de la tradición iluminista puesto que

“mediatiza tanto el estado de los agentes que ejercen la supremacía, el control y la manipulación de los medios de producción y distribución en la sociedad, así como la posición de la persona humana alienada, oprimida y exclusiva de las relaciones sociales dominantes” (2006:208).

De esta manera, los movimientos sociales, en cuanto sujetos colectivos activos y autónomos, son el punto de atención para este autor desde el momento que los considera portadores de los elementos, valores y objetivos requeridos para la producción de una nueva juridicidad emancipadora.

A diferencia de momentos anteriores, en que los principales actores colectivos eran básicamente partidos políticos y sindicatos que empleaban los canales establecidos por un Estado (y una burocracia) organizado según el modelo de desarrollo político capitalista, Wolkmer se interesa por una serie de prácticas asociativas y movimientos populares con un bajo nivel de “institucionalización”, que, desde los años 70, han ido tomando relevancia, y cuyos objetivos se presentaban articulados en torno a intereses referentes a condiciones básicas de vida como el trabajo o la vivienda.

Para Wolkmer, una lista relativamente detallada de estos “nuevos movimientos”, válida para Brasil y América Latina, es la elaborada por el Instituto Histórico Centroamericano de Managua (Nicaragua) y por la Conferencia de Puebla (México). Las nuevas identidades insurgentes las componen una constelación de múltiples subjetividades colectivas que agrupa:

a) Los campesinos sin tierra, los trabajadores agrícolas, los emigrantes rurales;

- b) Los obreros mal remunerados y explotados;
- c) Los subempleados y desempleados y los trabajadores eventuales;
- d) Los marginados de las concentraciones urbanas, suburbios y villas, carente de bienes materiales de subsistencia, sin agua, luz, vivienda y asistencia médica;
- e) Los niños pobres y menores abandonados;
- f) Los minorías étnicas discriminadas;
- g) Los poblaciones indígenas amenazadas y exterminadas;
- h) Las mujeres, los negros y los ancianos que sufren todo tipo de violencia y discriminación;
- i) Las múltiples organizaciones comunitarias, asociaciones voluntarias y movimientos sociales reivindicadores de necesidades y derechos.

Es por medio de estas “experiencias compartidas”, expresadas como elementos comunes condicionantes de la vida cotidiana, que los movimientos sociales se organizan colectivamente como manera de “contraponerse a todas las formas de alienación que tienden a transformar al ser humano de sujeto a objeto” (ídem: 121).

La emergencia de los movimientos sociales responde principalmente, según Wolkmer, a la crisis de legitimidad en el paradigma contemporáneo de la representación política (ídem: 128). La paulatina inadecuación de los canales formales clásicos de legitimidad para canalizar y responder a las demandas sociales convierte a los movimientos sociales en artífices de un estilo de política pluralista. Por medio de prácticas no institucionales sino basadas en valores y formulaciones jurídicas y políticas comunitarias tiene lugar la nueva “legitimidad”, e incluso a una nueva “legalidad”.

Por otra parte, desde el momento en que se constituyen en sujetos colectivos, a pesar de la inevitable injerencia de otros “campos”, los movimientos sociales cuentan con su propia autorregulación marcada por un pretendido perfil antitético al formalismo institucional. A pesar de las posibles ambigüedades y contradicciones internas, dice Wolkmer, este perfil se caracteriza por ser mínimamente institucionalizado, informal, flexible y no autoritario, sino descentralizado, derivado de la identidad autónoma y emancipadora (ídem: 131).

Al trascender tanto los procedimientos formalizados desarrollados por los mecanismos de representación delegada, como las estructuras jerárquico-institucionales internas, los movimientos sociales amplían el espacio de interacción pública definiendo, así, nuevas formas de juridicidad. La innovación de estas maneras alternativas de producción jurídica no reside necesariamente en el contenido de las demandas ni en las consecuencias jurídico-normativas en las que pueden derivar, sino que, para Wolkmer, la novedad está “en el que el modo de obtención de derechos ya no pasa por las vías tradicionales –legislativas y judiciales–, sino que proviene de un proceso de luchas y conquistas de las identidades colectivas para el reconocimiento por parte del Estado” (ídem: 149).

4.2.- Sistema de necesidades humanas fundamentales

El segundo elemento de la vertiente material es el relativo a lo que Wolkmer denomina el “sistema de necesidades”. Hace una distinción entre lo que podría considerarse necesidad en *sentido estricto*, es decir, la carencia, la privación de algo; o el *sentido amplio*, referido a “aquel sentimiento, intención o deseo consciente que incluye exigencias valorativas, motivando el comportamiento humano para la adquisición de bienes materiales e inmateriales considerados esenciales” (Wolkmer 2006:213). Ante tal polisemia, el autor se decanta por el sentido más amplio del concepto, el cual incluye las

necesidades existenciales o *de vida* (alimentación, salud, agua, seguridad, etc.), necesidades materiales o *de subsistencia* (trabajo, transporte, tierra, etc.) y las culturales (educación, derecho a la religión, a la diferencia cultural, etc.). Al tratarse de un catálogo abierto, Wolkmer, también recoge otras necesidades consideradas como difusas (la ecología o la protección en el consumo) o necesidades asociadas a colectivos sociales determinados como las mujeres, los ancianos, los indios o los negros (ídem: 150).

En este sentido, Wolkmer comparte la concepción marxista de las necesidades de Agnes Heller, quien consideró la relación de estas con la problemática de la vida cotidiana y con la creación histórico-social de los valores. Para Heller, las necesidades cotidianas son producto de la lógica modernidad-capitalismo, la cual conduce a una sociedad “insatisfecha”. Sin embargo, aunque lo que se ha denominado determinismo estructural pueda plantearse como hipótesis en sociedades periféricas como las latinoamericanas, es decir, fragmentadas a causa de las desigualdades sociales, no se puede, y no se deben omitir, dice el autor brasileño, “las variables culturales, políticas, étnicas, religiosas y psicológicas. (...) El conjunto de necesidades humanas fundamentales, sea como núcleo generador de nuevos colectivos, sea como fuerza motivadora de y condición de posibilidad de producción jurídica, tiene su génesis en un amplio espectro de causalidades cualitativas y cuantitativas, objetivas y subjetivas, materiales e inmateriales, reales e ilusorias” (ídem: 217).

4.3.- *El reordenamiento político del espacio público: democracia, descentralización y participación*

Centrándose ya en la vertiente de “efectividad formal”, tercer elemento de la propuesta de Wolkmer, es el referente a la ciudadanía en su perspectiva procedimental, es decir, la participación colectiva. Concretamente, los argumentos están dirigidos a la redefinición del espacio público, individual y colectivo, agrupados ambos en el concepto de comunidad. Esta es entendida como

“cierto conglomerado social con características singulares, intereses comunes e identidad propia, que, aunque insertos en un espectro de relaciones inundadas por consensos y disensos, se interrelacionan por un lastre geográfico espacial, por coexistencia ideológica y por carencias materiales” (ídem: 219).

Evidentemente, su propuesta está dotada de una percepción realista del contexto en el cual pretende ser aplicada. Por la manera en que se ha conformado el sistema en las sociedades periféricas latinoamericanas (privilegios y desigualdades, clientelismos...), la transformación no es viable a corto plazo, sino que demanda transformaciones complejas y profundas del espacio público. Esa nueva forma de hacer política, dice Wolkmer,

“nace con la participación democrática de los diversos sectores de la sociedad en la toma de decisiones y en la solución de los problemas por la descentralización de competencias, recursos y riquezas y por la creación de mecanismos de control sobre el Estado, garantizados por la real efectividad de un pluralismo político y jurídico, afirmado en nuevas bases de legitimación” (ídem: 223).

Al igual que su propuesta de pluralismo jurídico, no pretende la eliminación del Derecho del Estado, Wolkmer tampoco pretende que su crítica a la crisis de legitimidad de la democracia representativa y a la insuficiencia de las reglas formales implique una erradicación de las instituciones establecidas, sino más bien la complementación de estas con el desarrollo de prácticas y mecanismos de democracia comunitaria o de base en las distintas esferas públicas. En referencia al ámbito legislativo, Wolkmer propone la inclusión de prácticas relativas a la

democracia directa como las consultas ciudadanas, el veto popular o las audiencias públicas en proyectos futuros. Para la Administración, la ampliación de la participación vendría de la mano del derecho a una administración transparente y la participación de la ciudadanía en la gestión de los recursos públicos, como es el caso de los presupuestos participativos. Finalmente, para el ámbito de la Justicia, el acercamiento de este poder a la comunidad tendría lugar mediante la democratización del acceso a la justicia, la creación de tribunales de proximidad o la instauración de sistemas alternativos para la resolución de conflictos.

4.4.- La ética concreta de la alteridad

El cuarto elemento que propone Wolkmer para una nueva cultura del Derecho refiere a la formulación de un nuevo orden de valores éticos. La pérdida de la identidad cultural y la deshumanización de las relaciones sociopolíticas se presentan como una consecuencia directa de la difusión del individualismo característico de la modernidad industrial capitalista. Ello incide directamente en la integrabilidad de las concepciones del “yo” individual y del “nosotros” comunitario.

Wolkmer observa críticamente el “pragmatismo analítico” de MacIntyre, Putman o Rorty, sobre el que dice que corre el peligro de caer en “etnocentrismos” o “relativismo cultural”, especialmente el último autor. Entender la defensa de una ética específica, basada en tradiciones culturales como las liberales individualistas, dice Wolkmer, puede “no solo llevar a minimizar el papel de una ética racional universal, sino sobre todo, a desconsiderar las concepciones éticas liberadoras desarrolladas en las culturas políticas periféricas” (ídem: 229).

La aportación de Wolkmer al debate es la denominada “ética de la alteridad” considerada esta “expresión de valores emergentes (emancipación, autonomía, solidaridad y justicia), como una forma de destrucción de la dominación, o como instrumento pedagógico de la liberación” (ídem: 234).

Está ética comprende dos condiciones esenciales. Por un lado, se inspira en la “praxis concreta” y en la situación de sectores estructuralmente marginados. Y, por otro, en determinadas categorías teóricas y procesos de conocimiento cultural, teológico, socio-político latinoamericano, especialmente en la obra de Enrique Dussel²⁷.

4.5.- Racionalidad de carácter emancipatorio

Para Wolkmer, el proceso de racionalización que penetró en todos los niveles de la sociedad moderna, por un lado desencadenó el progreso material, técnico y científico de los sistemas de organización de la vida productiva, por otro, no logró evitar que las propias conquistas materiales afectaran profundamente a la libertad, la calidad de vida y la evolución de las condiciones cultural-espirituales del ser humano.

Tras hacer una reflexión crítica del concepto de racionalidad en Weber, Lukács, Adorno, Horkheimer y Habermas, Wolkmer concluye que

“los procesos de racionalización no nacen de los *a priori* fundamentales universales, sino de la contingencia directa de los intereses y necesidades de la pluralidad de

²⁷ La Ética de la liberación de Dussel, dice Wolkmer, propone la ruptura con el argumento ontológico de la “totalidad” universalista del pensamiento moderno para transformarla en una nueva totalidad realista que incluya la justicia y la emancipación de los sectores oprimidos. Al mismo tiempo, la categoría de “exterioridad” de la que habla Dussel, debe encaminarse a la ruptura de la “negación del ser del otro”.

acciones humanas en permanente proceso de interacción y participación” (ídem: 245).

El nuevo concepto de razón requiere, como dice este autor, del abandono de racionalizaciones metafísicas y técnico-formalistas equidistantes de la experiencia concreta y de la creciente pluralidad de formas de la vida cotidiana.

“Se trata de definir la racionalidad como expresión de identidad cultural en cuanto exigencia y afirmación de la libertad, de la emancipación y de la autodeterminación. Todo el esfuerzo para la autenticidad de una cultura periférica emancipadora incide en la elaboración de la “racionalidad emancipadora propia –distinta y diferente de los procesos alcanzados por el racionalismo colonizador de la modernidad occidental, fundada en una razón libre, cuya realidad no provenga de la razón, sino cuya razón derive de la realidad” (ídem: 245).

En definitiva, Wolkmer busca reconocer la presencia y el significado de los sujetos colectivos como auténticos portadores de una nueva cultura política-jurídica de base, prestando atención no solamente a su carácter reivindicativo, sino especialmente en su dimensión constructiva y de participación democrática. Semejante construcción se realiza a partir de la combinación de diversas prácticas localizadas en diversos espacios:

- *Prácticas alternativas*, a nivel de legislación y la jurisdicción, surgidas en el interior del propio orden jurídico-estatal oficial;
- *Prácticas pluralistas alternativas*, a nivel de la legislación y la jurisdicción, instituidas al margen de la juridicidad del Estado;
- y las reales implicaciones de la cultura jurídica informal, en lo que atañe a las nuevas formas de legitimidad, de realización de lo justamente ilegal, de los criterios de ética, de la naturaleza alternativa de la sanción y de la justicia informal, frente al cambio de los roles entre Estado y sociedad.

A través de estas prácticas, según Wolkmer, la acción y lucha de los nuevos sujetos, aunque predominantemente dirigidas hacia la justa satisfacción de las necesidades relativas a las condiciones materiales y a la calidad de vida, pueden abarcar otros requisitos colectivos diversificados (derechos de las minorías, derechos culturales...). Ese *locus* de prácticas cotidianas, habilitadas para transformar carencias y necesidades humanas en nuevos derechos, se convierte en la fuente legítima para producir formas de reglamentación consensuales autónomas.

5.- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS Y EL CONCEPTO DE LEGALIDAD COSMOPOLITA SUBALTERNA

La producción del Boaventura de Sousa Santos considerada relevante para esta exposición, además de la teoría más general sobre el pluralismo jurídico, la interlegalidad, especialmente representadas en los estudios de caso, de Pasárgada y de Recife (1995), es lo que denomina *Legalidad cosmopolita subalterna* (Santos 2002, 2009; Santos y Rodríguez 2007).

A partir del estudio de casos como los anteriores, Santos ha elaborado lo que denomina, una “Sociología de las emergencias”, es decir,

“interpretar de una manera expansiva la iniciativas, movimientos u organizaciones que se resisten a la globalización neoliberal y exclusión social y que les ofrecen alternativas. Los rasgos de las luchas se amplifican y elaboran de una manera que

hace visible y creíble el potencial que se halla implícito o escondido en las acciones contrahegemónicas concretas. La extensión simbólica realizada por la sociología de las emergencias se dirige a analizar las tendencias o posibilidades inscritas en una determinada práctica, experiencia o forma de conocimiento. Actúa al mismo tiempo sobre las posibilidades futuras en todo lo que existe. Este enfoque nos permite identificar cualidades y entidades emergentes en un momento y en un contexto en el que se pueden ser fácilmente rechazadas como si fueran insignificantes o, efectivamente, como si no estuvieran orientadas al pasado” (2009:574).

El proyecto de cosmopolitismo subalterno al que se refiere Santos, como él mismo reconoce, “es un proyecto cultural, político y social del que solo existen manifestaciones embrionarias” (idem: 573). Por eso mismo, la noción de legalidad cosmopolita subalterna, más que un concepto teórico genérico, hace referencia a una “perspectiva de aproximación” de los fundamentos epistemológicos e instrumentos analíticos de fenómenos-proyectos contrahegemónicos (sean anticolonialistas, movimientos sociales transnacionales o de defensa de los derechos humanos) que pretenden superar las jerarquías y las fronteras interestatales (Santos 1995, 2009; Santos y Rodríguez 2007). Dicho de otra manera,

“implica la identificación de grupos cuyas aspiraciones se deniegan o se vuelven invisibles por el uso hegemónico del concepto y que pueden ser utilizadas para un uso alternativo de este. Esta cuestión tiene una postura reconstructiva poscrítica” (2009:567).

La reflexión en torno al cosmopolitismo, Santos la plantea desde tres interrogantes: ¿Qué concepto de cosmopolitismo? ¿Vale cualquier cosmopolitismo? ¿Quién lo necesita? Para este autor, siguiendo a Mignolo o Appiah, el proyecto cosmopolita consiste en una convivencia planetaria basada en el encuentro de personas con el objetivo de celebrar sus diferencias y luchar por hacer realidad propósitos compartidos. Al tratarse de un proyecto cosmopolita subalterno, su énfasis en la inclusión social tiene un indudable carácter contestatario. Son las personas que mayores inclemencias sociales, políticas o jurídicas padecen las que se convierten en protagonistas necesarios de tales proyectos. Esta concepción, al mismo tiempo, implica un cambio de perspectiva de análisis y documentación de estas experiencias de resistencia con el objetivo primordial de afirmar su potencial para subvertir las instituciones e ideologías hegemónicas, y aprender de su capacidad para ofrecer alternativas frente a las últimas (Santos y Rodríguez 2007:18).

Desde una perspectiva más específicamente jurídica, la legalidad cosmopolita subalterna emplea, reivindica, una concepción del campo jurídico más adecuada para reconectar Derecho y política con el fin de generar instituciones jurídicas emergidas desde la base hacia arriba. La distinción entre Derecho y política resulta contraproducente, según esta propuesta, ya que el cambio jurídico de las asimetrías de poder entre actores hegemónicos y contrahegemónicos, únicamente puede obtenerse mediante la acción colectiva. Como dicen Santos y Rodríguez,

“frente a una visión despolitizada del Derecho que tiene el enfoque de la gobernanza, la legalidad cosmopolita subalterna contempla el Derecho y los derechos como elementos de lucha que deben politizarse antes de juridificarse” (2007:20).

Semejante tarea requiere, primeramente, la combinación de estrategias legales, ilegales y alegales mediante las cuales obtener los fines; segundo, busca la ampliación del canon jurídico, más allá de los derechos individuales y la idea de autonomía de la persona, sin duda

imprescindibles, hacia “concepciones solidarias de titularidad de los derecho, cimentadas en formas alternativas de conocimiento jurídico” (ídem:20); y finalmente, un contexto como el contemporáneo donde los límites espacio-temporales desafían las concepciones tradicionales, requiere operar simultáneamente a distintas escalas a través de los instrumentos jurídicos y políticos que cada una proporciona. La interlegalidad abre la vía a la exploración de nuevas estrategias y sinergias de prácticas jurídicas alternativas.

El estudio de casos, o “legalidades cosmopolitas en acción”, pueden ser clasificadas como

- “el Derecho en zonas de contacto”, para referirse a los campos sociales en los que a través de las luchas, mundos de vida normativos se encuentran y chocan entre sí, resultando inherentemente en una pluralidad jurídica;
- “el Derecho y redescubrimiento democrático del trabajo”, en relación a las luchas sindicales por la redignificación y democratización del trabajo;
- “el Derecho y la producción no capitalista” que se centra en la utilización del derecho para lograr formas solidarias de producción y distribución de bienes y servicios;
- “Derecho para los no ciudadanos”, donde la ciudadanía demoliberal ha sido estratificada en superciudadanos, ciudadanos con matices y no ciudadanos, y donde la legalidad cosmopolita abarca escalas globales (la movilización política por los derechos humanos internacionales), la búsqueda de estándares mínimos para una ciudadanía basada en la inclusión y la búsqueda de comunitarias o locales que resisten a fuerzas excluyentes externas;
- y finalmente, el Estado como novísimo movimiento social, fruto de la transformación de la esfera pública ejercida por las luchas multiescalares entre los diversos agentes privados, empresas, ONGs o movimientos sociales

Dado que el objetivo de la legalidad cosmopolita es la búsqueda de la emancipación social, Santos establece ocho condiciones para que el Derecho entendido como la legalidad cosmopolita sea emancipatorio:

1. Una cosa es utilizar una herramienta hegemónica en una determinada lucha política y otra es utilizarla de manera hegemónica:

Para Santos, el Derecho, y la política de derechos, no se reduce al Derecho estatal ni a los derechos individuales. No obstante, no por ello hay que rechazarlos de las prácticas jurídicas cosmopolitas.

“Se pueden utilizar si se integran en luchas más vastas que las retiren del molde hegemónico. Este molde es básicamente la idea de autonomía y la idea de que los derechos son, al mismo tiempo, medios y fines de la práctica social. (...) Son autónomos porque su validez no está sujeta a las condiciones de eficacia social y porque funcionan a través de conjuntos específicos de instituciones estatales establecidas para este propósito” (ídem: 575).

El uso de las leyes y los derechos, en este sentido, se conciben como preferentes al uso de cualquier otra herramienta social. Sin embargo, desde el momento en que tanto la producción del Derecho como la garantía de los derechos individuales son monopolios formales del Estado, el cosmopolitismo se opone desde dos afirmaciones: “es posible utilizar

estas herramientas hegemónicas para objetivos no hegemónicos; y existen concepciones no hegemónicas, alternativas, de tales herramientas” (2009:576).

2. El uso hegemónico de herramientas jurídicas hegemónicas reposa en la idea de integrarlas en movilizaciones políticas más amplias que puedan incluir tanto acciones legales como ilegales:

“Se trata de la integración del Derecho y de los derechos en movilizaciones políticas más amplias que permitan que las luchas se politicen antes de que sean legalizadas. Una vez que se recurre al Derecho y a los derechos, las movilizaciones políticas se deben intensificar, a fin de evitar la despolitización de la lucha que el Derecho y los derechos, abandonados a sí mismos, tienden a engendrar” (ídem: 576).

Como dice Santos, los momentos más intensos de la legalidad cosmopolita son los que comportan la acción directa como la desobediencia civil, las huelgas, las manifestaciones, los actos orientados a los medios de comunicación. Algunas de estas prácticas serán consideradas ilegales, mientras que otras se moverán en esferas que aún no han sido reguladas por el Derecho estatal.

3. Las formas de Derecho no hegemónico no favorecen o promueven necesariamente el cosmopolitismo subalterno:

La existencia de múltiples fuentes de Derecho no sancionadas por el Estado, fruto en parte de los intensos procesos de globalización, y localización, no son necesariamente contrahegemónicas, es decir, no combaten necesariamente la globalización neoliberal ni la exclusión social, sino que incluso la intensifican, como puede ser la *Lex Mercatoria*.

“El pluralismo jurídico juega un papel central en la legalidad cosmopolita, pero siempre ha de estar sometido a una especie de prueba de fuego (...). El examen consiste en evaluar si el pluralismo jurídico contribuye a reducir la desigualdad de las relaciones de poder, y por ello a reducir la exclusión social o a mejorar la calidad de la inclusión social, o si, por el contrario, fortalece los intercambios desiguales y reproduce la exclusión social. En el primer caso las legalidades no hegemónicas desde abajo forman parte de la pluralidad jurídica cosmopolita” (ídem: 577-578)

4. La legalidad cosmopolita es voraz en cuanto a las escalas de legalidad.

Santos parte de la idea ya mencionada de que el Derecho no es un mapa plano, de una única escala, proyección y simbología.

“Para la legalidad cosmopolita, las formas de movilización política y sus objetivos concretos decidirán qué escala privilegiar (local, nacional, global). El privilegio otorgado a una determinada escala no significa que las otras no sean movilizadas. Por el contrario, la legalidad cosmopolita tiende a combinar diferentes escalas de legalidad y a subvertirlas en sentido de que pretende alcanzar lo global en lo local y lo local en lo global. Es una legalidad transescalar” (ídem: 578)

5. La legalidad cosmopolita es una legalidad subalterna que tiene como objetivo la sociedad civil incivil y la sociedad civil extraña.

Santos recurre a los conceptos de “sociedad civil incivil”, como aquel círculo habitado por quienes padecen la exclusión social y la invisibilidad social en su forma más extrema, es decir, los que no pertenecen a la sociedad civil, puesto que no poseen ninguna expectativa estabilizada por carecer en la práctica de derechos; y la “sociedad civil extraña”, entendida esta como el círculo intermedio entre la sociedad civil incivil y los grupos sociales incluidos en el Estado ya que padecen una doble situación de inclusión, a través de determinados derechos civiles y políticos, y de exclusión, por su calidad baja-moderada y su escaso acceso a derechos de tercera generación como los sociales y económicos, y mucho menos a los culturales.

“Mientras lucha contra la exclusión, la legalidad cosmopolita es consciente por ello del peligro de confirmar y legitimar el contrato social liberal moderno y, por tanto, también de la exclusión sistemática que genera, como ocurre con la legalidad demoliberal y los privilegios selectivos que concede a determinados grupos de excluidos” (2009:578).

Para evitar esto, propone una reformulación de la conformación de la sociedad civil, es decir, reivindicar un nuevo contrato social radicalmente más inclusivo.

6. Como forma de legalidad subalterna, el cosmopolitismo somete los tres principios modernos de regulación (Estado, mercado y comunidad) a una hermenéutica de sospecha:

No solo el Estado es sospechoso de ser un poder dominante, sino que también el mercado y la comunidad pueden ser entendidos en clave de hegemonía. “El objetivo de la legalidad cosmopolita residen en capacitar a los mercados subalternos y a las comunidades subalternas”, ya que son “piedras fundamentales de las esferas públicas subalternas”, dice Santos (2009:579).

7. El vacío entre el exceso de sentido y el déficit de desempeño es inherente a una política de legalidad. La legalidad cosmopolita está preocupada por ese vacío.

Incluso si la legalidad cosmopolita cuando recurriera al Derecho lo hiciera en el contexto de una estrategia contrahegemónica, el hecho es que el vacío entre un exceso de sentido (la expansión simbólica por medio de promesas abstractas) y el déficit de desempeño (la estrechez de los logros concretos) puede acabar desacreditando las luchas cosmopolitas en su conjunto” (ídem: 579).

8. A pesar de las profundas diferencias entre legalidad demoliberal y legalidad cosmopolita, las relaciones entre ellas son dinámicas y complejas.

A diferencia de la legalidad demoliberal, que realiza un uso hegemónico del Derecho y los derechos con la intención de mantener el *statu quo* de un contrato social con diversos grados de incluidos y excluidos,

“las luchas cosmopolitas pueden combinar de forma ventajosa estrategias jurídicas cosmopolitas con estrategias demo-liberales, originando de esta manera híbridos político-jurídicos de diferentes tipos. (...) por ejemplo, el caso de los grupos cosmopolitas que luchan por los derechos civiles y políticos sin los cuales no pueden ni movilizarse ni organizarse” (ídem: 580-581).

III.- ¿HAY NUEVOS SUJETOS DE JURIDICIDAD?

En definitiva, la lucha por el reconocimiento de derechos se ha vinculado al uso alternativo del Derecho así como a la producción alternativa. Múltiples sujetos y grupos han sido fuente de juridicidad, ya sea en un sentido conservador, como progresista. Especialmente en Latinoamérica, pero también en muchos otros rincones del mundo (Santos y Rodríguez 2007), clases marginales se han constituido en colectividades autoorganizadas con el fin de adquirir capacidad normativa e intervenir-irrumper en procesos de decisión para transformar el ordenamiento jurídico y el entorno social.

Lo que se ha dicho anteriormente ha pretendido sentar un modo de percibir la emergencia de ciertos colectivos, no como meros agentes políticos, sino como sujetos con pretensiones de juridicidad. Como ha dicho Wolkmer,

“en la medida en que los movimientos sociales son encarados, sea como sujetos depositarios de una nueva ciudadanía apta para luchar y hacer valer sus derechos ya conquistados, sea como nueva fuente de legitimación de la producción jurídica, nada más natural que equipararlos a la categoría de nuevos sujetos colectivos de Derecho” (2006:211).

Por tanto, debemos preguntarnos si estaríamos ante la emergencia de nuevos sujetos colectivos, con propósitos subalternos o cosmopolitas. Seguramente haya muchos colectivos candidatos a esta categoría (mujeres, campesinos, indígenas, homosexuales...).

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- ARIZA, Libardo y BONILLA, Daniel, *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*, en TAMANAHA, Brian; ENGLE MERRY, Sally y GRIFFITHS, John, *Pluralismo Jurídico*, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Instituto Pensar (Bogotá, 2007), pp. 19-85.
- BENDA-BECKMANN, FRANZ y BENDA-BECKMANN, Keebet, *Transnationalisation of Law, Globalisation and Legal Pluralism: A Legal Anthropological Perspective*, en AA. VV., ANTONS, Christoph y GESSNER, Volkmar (eds.), *Globalisation and Resistance: Law Reform in Asia since the Crisis*, Oxford: Hart Publishing (2007), pp. 53-80.
- BENDA-BECKMANN, FRANZ; BENDA-BECKMANN, Keebet y GRIFFITHS, Anne (eds.), *Mobile people, mobile law: expanding legal relations in a contracting world*. Ashgate: Aldershot. (2005).
- BERGALLI, Roberto, *Usos y riesgos de categorías conceptuales. ¿Conviene seguir empleando la expresión “uso alternativo del derecho”?*, en *El otro derecho* 10, ILSA, (Bogotá, 1992), pp. 5-32.
- CARBONNIER, Jean, *Sociología jurídica*, Tecnos (Madrid, 1992).
- CARVALHO, Amilton Bueno de, *Magistratura e direito alternativo*, Editora Académica (São Paulo, 1992).
- CARVALHO, Amilton Bueno de, *Direito Alternativo: Uma Revisita Conceitual*, en *Justiça e Democracia*, 3 (1997), pp. 129-140.
- CHIBA, Masaji, *Legal cultures in human society*, Shinzansha (Tokyo, 2002).
- EHRlich, Eugen, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Marcial Pons (Madrid-Barcelona, 2005).
- FACCHI, Alessandra, *Pluralismo giuridico e società multi-etnica: Proposte per una definizione*, en *Sociologia del Diritto*, 21 (1), (1994) pp. 47-57.
- FACCHI, Alessandra, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Editori Laterza (Bari, 2001).
- GALANTER, Marc, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, en *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 19 (1981), pp. 17-21.
- GRIFFITHS, Anne, *Legal Pluralism*, en AA. VV., BANAKAR, Reza y TRAVERS, Max (eds.). *An Introduction to Law and Social Theory*, Hart Publishing (Oxford, 2002) pp. 289-310.

- GRIFFITHS, John, *Four laws of interaction in circumstances of legal pluralism: first steps toward a explanatory theory*, en AA. VV., ALLOTT, Anthony y MINCHIN, E. (eds.), *People's Law and State Law: The Bellagio papers* (1995), pp. 217.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons (Madrid, 1996).
- GURVITCH, Georges, *The Bill of Social Rights*, International University press (New York, 1964).
- GURVITCH, Georges, *Elementos de sociología jurídica*, Comares (Granada, 2001).
- HERRERA, Joaquín Flores y SÁNCHEZ, David, *Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica*, en *Jueces para la democracia*, 20(1993), pp. 87-93.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica (México, 1980).
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Editora Nacional (Madrid, 1979).
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, UEDEBA (Buenos Aires, 1991).
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, Alianza Editorial (Madrid, 1998).
- MACDONALD, Roderick A., *Kaleidoscopic Federalism*, en AA. VV., GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François y GÉLINAS, Fabien (coords.), *The Moods and States of Federalism: Governance, Identity, and Methodology-Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant-Éditions Yvon Blais (Brusselas-Cowansville, 2005), pp. 261.
- MALINOWSKY, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Ariel (Barcelona, 1969).
- MERRY, Sally Engle, *Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood*, en *Law & Society Review*, 13(4) (1979), pp. 891-925.
- MERRY, Sally Engle, *Human Rights and Global Legal Pluralism: Reciprocity and Disjuncture*, en AA. VV., BENDA-BECKMAN, FRANZ; BENDA-BECKMAN, Keebet y GRIFFITHS, Anne (eds.) *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, Ashgate (Aldershot, UK, 2005), pp. 215-232.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, *Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Gurvitch*, en GURVITCH, Georges, *Elementos de sociología jurídica*, Comares, pp. XV-CXLVI (Granada, 2001).
- MOORE, Sally Falk, *Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study*, en *Law and Society Review* 7(1973), pp. 719-46.
- NEVES, Marcelo, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica en América Latina*, en AA. VV., RODRÍGUEZ, César y GARCÍA, Mauricio (eds.) *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. En Clave de Sur*, ILSA (Bogotá, 1994), pp. 261-290.
- OLIVEIRA, Luciano, *Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil. Notas para un balance*, en GARCÍA, Mauricio y RODRÍGUEZ, César, *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (Bogotá, Colombia, 2003) pp. 199-221.
- POSPISIL, Leopold, *Kapauku Papuans and their Law*, Yale University publications in anthropology (New Haven, 1971).
- PRESSBURGUER, Migel, *Derecho Insurgente: el derecho de los oprimidos*, en *El Otro Derecho*, ILSA, 6, (1990), pp. 15-21.
- RECH, Daniel, *El Derecho insurgente. El Derecho de los oprimidos*, en *El otro Derecho*, 6 ILSA (Bogotá, 1990), pp. 3-5.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Estado, derecho y luchas sociales*, ILSA (Bogotá, 1991).
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality en Pasárgada*, en *Revista: Law & Society Review* (1977), pp. 2-126.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *El derecho en La Favela. Notas sobre la historia jurídico-social de Pasárgada*, en *Revista No hay derecho*, 6(1992), pp. 17-19.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge (New York – London, 1995).
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Universidad Nacional (Bogotá, 1998).
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, LexisNexis Butterworths (London, 2002).

- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta (Madrid, 2009).
- TAMANAH, Brian, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, en *Journal of Law and Society*, 27 (2) (2000), pp. 296-321.
- TREVES, Renato, *Sociología del Derecho: orígenes, investigaciones y problema*, Ariel Derecho (Barcelona, 1988).
- VANDERLINDEN, Jean Jacques, *Le Pluralism Juridique: Essai de Synthèse*, en AA. VV., GLISSEM, John (ed.) *Le Pluralisme Juridique*, Université Libre de Bruxelles (Bruxelas, 1972) pp. 19-56.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica (México, 1984).
- WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Editorial MAD (Sevilla, 2006).

II. SECCIÓN HOMENAJE A NUESTROS ANTIGUOS DIRECTORES

PODER DE SEGURIDAD Y ESTADO DE DERECHO.
 ACERCA DE LA FUNCIÓN MILITAR DE GARANTÍA DEL ORDEN
 INSTITUCIONAL*

JORGE TAPIA VALDÉS**
 Universidad Andrés Bello

RESUMEN

El autor trata en el presente trabajo acerca de la función de las Fuerzas Armadas como Poder de Seguridad dentro del contexto de una Democracia Protegida, y específicamente a propósito de la reforma constitucional del año 1989, que vino a limitar esta función en la manera que, conforme a un régimen democrático, ajusta la autonomía de las Fuerzas Armadas a los principios de legalidad y supremacía constitucional, y por ello es que busca resolver la duda de que si a pesar de haberse implementado esta reforma constitucional, aún pervive en la Carta Fundamental este poder, ello particularmente en la atribución de hacer presente los problemas graves que afecten la seguridad nacional que tiene el Consejo de Seguridad Nacional.

Palabras clave: Poder de Seguridad, Consejo de Seguridad Nacional, Constitución de 1980, Fuerzas Armadas, reforma constitucional, Estado de Derecho.

1. PODER DE SEGURIDAD Y DEMOCRACIA

El nombre y resonancias del llamado “Poder de Seguridad” ponen en evidencia que se trata de una institución que se aparta de la doctrina clásica sobre separación de las funciones del Estado. La real existencia de un Poder de Seguridad al interior de un sistema político definido como democrático, es un contrasentido. Para hablar en tal caso de democracia, habrá que hacerlo apellidándola. Esto es lo que han hecho los autores de la Constitución de 1980. En el importante Discurso de Chacarillas (9.7.1977) y en el oficio dirigido a la Comisión de Estudios Constitucionales, el 15 de noviembre del mismo año, el general A. Pinochet dejó establecido que el propósito del gobierno militar era establecer un “democracia protegida, autoritaria”, lo que solo podía entenderse en relación con la decisión de asignar en lo sucesivo

* Artículo publicado originalmente en el número 1 de esta revista.

** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile; Máster en Derecho por la Universidad de Yale, Estados Unidos; Doctor en Derecho de la Universidad Erasmus de Rotterdam, Holanda. Actualmente profesor de acciones constitucionales en la sede de Viña del Mar de la Universidad Andrés Bello. Dirigió la presente publicación desde su fundación hasta el año 2004.

a las Fuerzas Armadas y de Orden “el papel de contribuir a cautelar las bases esenciales de la institucionalidad y la de seguridad nacional en su amplia concepción moderna”. Esta función fue expresamente denominada como “Poder de Seguridad” en el oficio mencionado¹.

En el seno de la Comisión de Estudios Constitucionales, las ideas propuestas por el general A. Pinochet fueron especialmente definidas y desarrolladas por los miembros Jaime Guzmán, Raúl Bertelsen y Luz Bulnes. A juicio de Guzmán, puede ser insuficiente reservar la intervención de las Fuerzas Armadas solo para el caso en que el ordenamiento jurídico haya hecho crisis. A su juicio, debería buscarse una fórmula, a través del Consejo de Seguridad Nacional, para que las Fuerzas Armadas puedan intervenir de modo normal, regular y permanente dentro de la vida del país, para así prevenir más que enfrentar las crisis. Posteriormente, al establecerse ya de modo definitivo que las “Fuerzas Armadas son esenciales para la seguridad nacional y su garantía última”, se dijo expresamente que en ello estaba la clave del Poder de Seguridad. Este debería plasmarse en una fórmula constitucional que entregue a las Fuerzas Armadas la misión expresa de ser la garantía última del orden institucional de la República, de modo que cuando han fallado las demás garantías constitucionales para la defensa del ordenamiento constitucional, exista esta salvaguardia última que son las Fuerzas Armadas. Al parecer, previendo excesos, Guzmán opinó que la materia debía resolverse con mucha prudencia y cautela, evitando mezclar a las Fuerzas Armadas en política contingente. Por ello, prevaleció su opinión acerca de la conveniencia de resolver este punto y decidirlo al analizar las facultades del Consejo de Seguridad Nacional (en adelante CSN).

En consecuencia, “democracia protegida, o vigilada” es aquella en que existe, como función estatal distinta y separada, el Poder de Seguridad. Este, a su vez, siguiendo a sus principales preconizadores –Pinochet y Guzmán–, debe ser entendido como aquel que entrega a las Fuerzas Armadas dotadas de un alto grado de autonomía frente a los restantes Poderes del Estado, el papel de “garantizar la supervivencia del Estado, los principios básicos de la institucionalidad, y los grandes y permanentes objetivos de la Nación”².

El texto original de la Constitución de 1980 consagró en forma clara y amplia el Poder de Seguridad. Hizo esto principalmente a través del art. 90, inciso 2º, y del art. 96, letra b). La crítica obvia y general consistió en que dicha función militar se contradecía con las bases de la democracia y con los fundamentos del Estado de Derecho. En efecto, un Poder de Seguridad entregado a la discreción de Fuerzas Armadas autónomas configura la forma típica de “Estado Dual”, propio de las formas totalitarias de Estado y de algunas formas de autoritarismo³. Ello explica que el núcleo de la reforma constitucional pactada en 1989 entre el gobierno militar y las fuerzas de la oposición democrática, haya sido el conjunto de disposiciones que establecían dicho Poder de Seguridad, y más concretamente, los artículos 5º, 8º, 90, 94 y 96, letra b). A partir de dicha reforma, la autonomía de las Fuerzas Armadas ha sido enmarcada en la forma que es propia de un sistema democrático: ellas aparecen como supeditadas a la supremacía de la Constitución y al principio de legalidad; las bases institucionales resultan ser compatibles con los principios democráticos, y se ha puesto término a la posibilidad de que las Fuerzas Armadas se sientan autorizadas para oponerse directamente a, o vetar una decisión adoptada

¹ Véase VERDUGO, *et al.*, *op. cit.* en Bibliog., tomo 1, pp. 56 y 82.

² *Idem*, pp. 83.

³ Sobre el Estado Dual”, ver TAPIA VALDÉS, Jorge (1989), *op. cit.* En Bibliog., Chapter VI, especialmente pp. 431 a 455.

válida y legítimamente por otro Poder del Estado o autoridad. Esto habría podido acontecer al tenor de la antigua letra b) del art. 96, que otorgaba a un Consejo de Seguridad Nacional con predominio castrense la facultad de “representar ciertos actos de las autoridades”.

Sin embargo, subsisten justificadas dudas acerca de este efecto depurador de la reforma constitucional de 1989, debido a la subsistencia de la función de garantizar el orden institucional, que establece el inc. 2° del art. 90. Esta norma, que conforme al texto original debía interpretarse y aplicarse en relación con las funciones que inicialmente tenía el CSN, ha quedado sin ese referente al cambiar radicalmente el sentido y alcance que el art. 96, letra b) otorga a la función del CSN de hacer presente los problemas graves que afecten la seguridad nacional. Después de esa modificación, podría suponerse que la norma del art. 90 inc. 2° adquiere vida jurídica independiente y diferente. En concreto, podría estimarse que el Poder de Seguridad subsiste en la forma de una facultad excepcional y discrecional entregado a las Fuerzas Armadas al margen del CSN.

Despejar el problema planteado es el propósito de este trabajo. En su curso, procuraremos introducir claridad acerca de ciertos conceptos que adquieren importancia en ese contexto, para enfocar luego problemas como la naturaleza y contenido de la función; requisitos formales y sustantivos a que debe sujetarse su ejercicio, y el contenido concreto que puede adoptar la acción de garantía. Nuestra investigación y presentación es guiada por la tesis siguiente: después de la reforma constitucional de 1989 el ejercicio de la función cautelar del orden institucional que corresponde a las Fuerzas Armadas es definida y limitada por los principios de supremacía constitucional y de legalidad, es por tanto una función jurídicamente reglada y solo puede cumplirse en el seno del CSN, conforme los procedimientos que este ha establecido.

2. EL CONCEPTO DE ORDEN INSTITUCIONAL⁴

Tomando pie en la historia del establecimiento de la norma, puede definirse el “orden institucional” como la situación de funcionamiento normal y regular de las instituciones de la República producido dentro del marco de las bases de la institucionalidad.

Definido de este modo, el orden institucional, una manifestación del “orden constitucional”, se ubica en el plano del funcionamiento de las instituciones del y en el Estado. Esto lo diferencia de dos conceptos afines: orden público y orden interno, referidos principalmente a las acciones o interacciones de los ciudadanos o grupos “frente al Estado”, sus instituciones o leyes⁵. Esta diferencia se percibe mejor mirada desde el ángulo que proporcionan las correspondientes situaciones de crisis: una crisis del “orden público” es un ataque, de mayor o menor envergadura, contra el gobierno del Estado y sus órganos, y es

⁴ Aunque la noción de “Institución” en el capítulo I de la CPR tiene su antecedente doctrinario en las concepciones de los institucionalistas franceses y católico-romanos de las décadas de 1920 y 1930, en el texto del art. 90 es imposible no pensar en la vinculación del concepto de las teorías de S. Huntington acerca de la relación entre estabilidad política (en sentido conservador) y desarrollo institucional. Su conocida obra *Political Order in Changing Societies* (London, 1968), caracterizada por la permanente relativización que hace Huntington de los principios democráticos, fue obra obligada, de consulta y estudio, en las escuelas de servicios y academias superiores de las Fuerzas Armadas latinoamericanas de la década de 1970. Véase sobre la influencia de Huntington en los cultores de la doctrina de la seguridad nacional, nuestro *El terrorismo de Estado*, México 1980.

⁵ Sobre las acepciones de la expresión “orden público”, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 18 de enero de 1996.

abordada a través de los estados de excepción; una crisis del orden institucional es una ruptura de/o ataque a las bases o principios de la institucionalidad producida desde el interior del Estado y debe ser abordada a través de las propias instituciones estatales en sus relaciones recíprocas; aunque algunos, como Duvachaulle y Merino, parecen creer que este tipo de crisis encontraría también su solución a través de un excepcional estado de excepción: la función de garantía asignada a las Fuerzas Armadas.

Existe una clara y recíproca relación entre, de una parte, “orden institucional” y, de otra, “bases de la institucionalidad” y “seguridad nacional”. Expresado en forma simple, la seguridad nacional tiene como una de las variables en que se sustenta, el orden institucional, y este se asienta en las bases de la institucionalidad.

La única definición con valor jurídico sobre seguridad nacional proviene del reglamento del DFL N° 181, de 1960, según el cual, seguridad nacional es “toda acción encaminada a procurar la preservación del orden público, jurídico, institucional del país, de modo que asegure el libre ejercicio de la Soberanía de la Nación en el interior como en el exterior, con arreglo a las disposiciones establecidas en la Constitución Política del Estado, a las leyes de la República y a las normas del Derecho Internacional, según corresponda”⁶. Evitando entrar al problema de la definición, y del porqué de la indefinición legal, de seguridad nacional –tema que hemos abordado en un ensayo hace ya varios años–⁷, la única norma jurídica vigente al respecto deja en claro que ambos, orden público y orden institucional, son condiciones de la seguridad nacional. Por consiguiente, dentro de la lógica de la Constitución de 1980, las Fuerzas Armadas, en cuanto instituciones “esenciales para la seguridad nacional”, deben, por vía de consecuencia, tomar también a su cargo la función de garantizar “el orden institucional de la República” (art. 90, inc. 2°)⁸. Así lo expresa también el Libro de la Defensa Nacional, publicado en 1998⁹. Corresponde precisar el tipo de relación y condicionamiento recíproco que existe entre “orden institucional” y “Bases de la Institucionalidad”. El punto es de la mayor trascendencia, dado que, como ha quedado de manifiesto al exponer los antecedentes de la historia del establecimiento de estas normas, dicha relación determina a que sea el CSN el órgano dentro del cual las Fuerzas Armadas pueden, de modo normal y legítimo, manifestar sus aprensiones acerca de riesgo o amenazas graves para el orden institucional.

Las Bases de la Institucionalidad consisten, como sabemos, en el conjunto de valores y principios jurídico-políticos rectores de la organización y desarrollo de la sociedad y del Estado. En cuanto tales, son guía y marco de la acción monogenética y de gobierno y administración de todos los órganos del Estado así como el ejercicio de las libertades y derechos de los habitantes. Dichas Bases son no solo las contenidas en el capítulo I, sino también, como convincentemente lo ha demostrado Duvauchelle, las establecidas en su capítulo III de la Constitución. “En efecto, desde un punto de vista doctrinario, ambos capítulos conforman la parte dogmática de la Constitución y, en cuanto al articulado cabe señalar que el inciso 2° del artículo 5° hace referencia expresa a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza

⁶ Según transcripción en VERDUGO, *op. cit.*, p. 307, nota 1.

⁷ Nos referimos a “A Typology of national Security Pollees”, en *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 9. N° I, 1982.

⁸ Véase VERDUGO, *op. cit.*, pp. 293 a 295, en especial nota 9 p. 294.

⁹ Véase *op. cit.* en Bibliog.

humana como límite al ejercicio de la soberanía, y en la Carta Política, aquéllos reconocidos en su capítulo III¹⁰.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL ORDEN INSTITUCIONAL

Un esfuerzo taxonómico puede ayudar a la más precisa determinación de los propósitos y definición de las funciones y límites de la competencia entregada a las Fuerzas Armadas en esta materia.

En primer lugar, se trata de una función “conservadora”. En tal sentido, se compara a otras funciones e instituciones cuyo objetivo es contrapesar las tendencias al cambio que pueda desarrollar el sistema político, a fin de evitar que la oportunidad, naturaleza y profundidad del cambio pueda alterar las bases del mismo. Cabe recordar que este es el papel de los “senadores designados”; de la renovación parcial del Senado, del Tribunal Constitucional y del propio CSN. Entre todas, estas instituciones conforman una red que puede, en diferentes instancias, frenar cambios innecesarios e inoportunos. Por tanto, desvirtuaría la función usarla precisamente para provocar cambios en el sistema vigente. Esta característica se trasluce en el texto del inciso 2° del artículo 90, cuyo lenguaje perfila las funciones de las Fuerzas Armadas no tanto como la heroica defensa militar de la soberanía, territorio, independencia e integridad de la Patria, sino como órganos político-militares encargados de una fría, racional y planificada protección del sistema¹¹.

En segundo lugar, y en estrecha relación con la característica anterior, la garantía del orden institucional se ubica en el campo de la protección de la “seguridad interna” frente a “enemigos internos”, y es extraña a la defensa de la Patria frente a enemigos externos. Como lo expresa el “Libro de la Defensa Nacional” al abordar el tema de la relación entre Defensa y Desarrollo, “No debe perderse de vista que el desarrollo institucional incide directamente en la seguridad interior”.

En tercer lugar, se trata de una función política, que supone determinado grado y nivel de deliberación, y no una función militar propiamente tal, que suponga operativos de esa naturaleza. A este respecto, hay que destacar con fuerza la relación existente entre el ejercicio de la función de garantía del orden institucionales y la facultad que la letra b) del art. 96 entrega al Consejo de Seguridad Nacional. Como lo ha expresado claramente Guzmán, las Fuerzas Armadas, aplicando el nuevo concepto de Seguridad Nacional, “intervendrán en el Consejo de Seguridad Nacional con enfoque global y con criterio profesional y técnico que tendrá una profunda incidencia de carácter político”¹². La misma opinión expresa Duvauchelle, al describir la función asignada a los comandantes en jefe y director general

¹⁰ Véase DUVAUCHELLE, *op. cit.* en Bibliog., 75. Duvauchelle defiende esta posición para dar fundamentos a su opinión de que la derogación del artículo 8° original de la Constitución de 1980 –que establecía un sistema político de pluralismo limitado–, no ha alterado el hecho de que la prohibición constitucional de partidos o movimientos políticos que revisten ciertas características descritas en la norma suprema, continúa siendo una de las Bases de la Institucionalidad, aunque la norma haya sido colocada fuera del capítulo 1. Coincidimos con esta opinión, y le atribuimos toda su importancia lógico-jurídica: el total del capítulo III es parte de las bases de la institucionalidad.

¹¹ “Libro de la Defensa Nacional”, p. 77.

¹² Según cita de VERDUGO. *op. cit.*, p. 294, nota 8. Una bastante completa referencia de las sesiones de la Comisión de Estudios Constitucionales en que se abordó el tema de seguridad y Fuerzas Armadas se encuentra en VILCHES FUENTES, Hugo, *op. cit.* en Bibliog., p. 80. Ella es complementada por el recuerdo que da Verdugo en la

de Carabineros dentro del CSN, como “una tarea de carácter político, naturalmente no partidista”¹³.

La relación que existe entre función de garantía y CSN queda de manifiesto al analizar, primero, un antecedente histórico, y en seguida, uno lógico-jurídico. El primero: la Junta de Gobierno descartó la posibilidad de facultar al CSN para “vetar” actos o medidas adoptadas por el Presidente de la República, y también otra fórmula más conciliadora consistente solo en “representar y suspender” dichos actos. Más importante aún, descartó también la siguiente idea: “establecer que una vez que se hayan agotado todas las instancias que la Constitución prevé y subsistan aún conflictos básicos que lleven o puedan llevar al país al quiebre institucional, el CSN pueda adoptar medidas que permitan resolver la crisis”. En definitiva, la Junta de Gobierno solo aceptó la idea de facultar al CSN para “representar” a las autoridades de los actos o hechos que comprometieron gravemente la seguridad nacional o atentaren gravemente contra el orden institucional de la República¹⁴. Es evidente, como consta de estos antecedentes, que el sentido que se dio al verbo “representar” no fue el de vetar el acto de autoridad, sino solo el de hacer presente alguna inconveniencia grave o ilegalidad, en el mismo sentido que el art. 88 inc. 1º de la CPR aplica a la noción al describir las facultades de la Contraloría General de la República, aunque sin suspender formalmente los efectos del acto. Eso significa que en definitiva prevalecerá la voluntad del órgano respectivo, si a este le parece conveniente para el país. El segundo argumento a favor de la relación directa y condicionante entre garantía del orden institucional y la atribución de la letra b) del art. 96 puede expresarse así: repugnaría a la lógica que luego que los comandantes en jefe han expresado opinión y concurrido a una decisión en el seno del CSN respecto de hechos, actos o materias que atentan gravemente contra las bases de la institucionalidad, conserven aún la facultad de desconocer, ignorar o cambiar su opinión y adoptar un curso de acción distinto y “de facto”. Esto significaría lisa y llanamente colocar a los comandantes en jefe y al director general de Carabineros por sobre, incluso, del CSN.

En cuarto lugar, se trata de una atribución cuyo foco es la crítica del desempeño de las instituciones del Estado que, sea por acto propio sea por fallas de acción u omisión frente a amenazas de hecho a las Bases de la Institucionalidad, aparecen como responsables de una crisis del orden institucional. Hipótesis de situaciones de tal naturaleza podrían ser: 1) el rechazo por el Congreso del estado de sitio propuesto por el Presidente de la República; 2) la convocatoria a un plebiscito no autorizado por la Constitución; 3) un conflicto de poderes sin solución aparente en la Constitución; 4) un cambio indirecto o soslayamiento de ciertas bases de la institucionalidad (por desviación de poder o fraude a la ley) al dictarse leyes como de reforma agraria, nacionalizaciones o similares¹⁵; y 5) Situaciones de vacío de poder, producido porque uno o varios órganos desatienden o no ejercen sus funciones, como en el

nota 1 de la p. 290. Sin duda fue la Sesión 379, de 31 de mayo de 1978, la más importante y decisiva de aquellas en que se discutieron estos temas.

¹³ Véase DUVAUCHELLE, *op. cit.*, p. 87.

¹⁴ *Idem*, pp. 67 y 68.

¹⁵ El cambio de las bases de la institucionalidad realizado conforme a los requisitos formales y de procedimiento que la Constitución establece no podría ser invocado como causa de crisis institucional, dado que el establecimiento por la ley N° 18.825 de un quórum excepcionalmente alto para aprobar dicho tipo de reformas expresa el consenso alcanzado en 1989 entre la Junta de Gobierno y la oposición democrática de que esa es una alternativa que no puede negarse en una sociedad democrática.

caso de la negativa del Parlamento a dictar leyes, negativa o imposibilidad de los tribunales de hacer cumplir sus sentencias, o sobre pasatiempo general y pleno de la autoridad por graves disturbios del orden público¹⁶. En quinto y último lugar, es la garantía del orden institucional una atribución reglada. Esto es resultado no solo del hecho de que la existencia y subsistencia de la sociedad chilena como Estado democrático y de derecho es una base institucional fundamental –reiterativamente afirmado en los artículos 4°; 5°; 6°; 7°, N° 3; 39; 73 y 90, inc. 3°–, sino de la constancia dejada en las Actas de la Comisión de Estudios Constitucionales, citada frecuentemente con aprobación, sobre cierta opinión expresada por el prof. Alejandro Silva Bascuñán y otros miembros: las Fuerzas Armadas son una garantía para todos los poderes del Estado, ya que no obedecen a ninguno de ellos, sino al ordenamiento jurídico en general¹⁷. En concreto, esto significa que las Fuerzas Armadas están sometidas al Derecho, en el sentido y forma que establecen los artículos 6° y 7° de la CPE, dentro del contexto y marco sustantivos que resultan de las bases institucionales. Veremos a continuación los distintos aspectos del carácter reglado de la función de garantía del orden institucional asignada a las Fuerzas Armadas.

4. SUJECIÓN DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL ORDEN INSTITUCIONAL A LAS PROPIAS BASES INSTITUCIONALES

En primer lugar, es obvio que esta función, como todas las demás otorgadas a los órganos del Estado, se somete a los principios del Estado de Derecho, en particular a los de supremacía de la Constitución, legalidad, responsabilidad y control. Es importante a este respecto citar la opinión de Duvauchelle: “La misión de garantizar el orden institucional de la República significa, para las FF.AA., el velar por el normal funcionamiento de las instituciones del Estado, es decir, que en el país rija efectivamente un Estado de Derecho”¹⁸. El contenido dado a tal misión hace inaceptable toda forma de cumplirla que supusiere no solo quebrar el Estado de Derecho, sino colocar a las FF.AA. al margen y por sobre el Derecho.

Como consecuencia, la función no exime, a quienes la desempeñan, de las responsabilidades de tipo penal, administrativo y civil en que se puede incurrir por transgresión de la normativa constitucional y legal. Significa también que los actos respectivos pueden ser objeto de fiscalización por la Cámara de Diputados. Más importante aún: los generales y almirantes que ponen en ejercicio la facultad están sometidos a la posibilidad de un juicio político por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación¹⁹.

¹⁶ Ver, en este sentido, Guzmán, 94.

¹⁷ Véase DUVAUCHELLE, *op. cit.*, p. 52, y VERDUGO, *op. cit.*, p. 297, nota 15.

¹⁸ Duv. pag. 85. Esta afirmación podría perder su fuerza de convicción si resultare que Duvauchelle comparte el concepto de Estado de Derecho que manejan autores como Gonzalo Ibáñez Santa María y, basándose en este último, Bernardino Bravo (Véanse obras citadas en bibliografía). En ambos casos se confunde, por razones posiblemente ideológicas, el antiguo principio ético y político que ordena “obediencia a la ley”, con la moderna institución y sistema del Estado de Derecho, propia del pensamiento liberal democrático del siglo XIX. En realidad, el pensamiento neoconservador del que forman parte estos autores demuestra una visceral desconfianza respecto del Estado de Derecho. Véase nuestro “National Security”, *The Dual State and The Rule of the Exception. A Study on the Strategocratic Political System*, Chapter VI.

¹⁹ Duvauchelle rechaza la idea de que los comandantes en jefe y el director general de Carabineros estén sujetos a juicio político, tanto por la inamovilidad de que gozan conforme al art. 93 de la CPR, cuanto porque –y esta afirmación reviste inusitada gravedad– atribuye a la institución de los comandantes en jefe la misma categoría “supraconstitucional” que tiene el Tribunal Constitucional. Véase pp. 103, 104 y 111.

Recurriendo tanto al contexto constitucional como a la historia del establecimiento de las normas respectivas, puede concluirse que la función de garantizar el orden institucional se planteará generalmente por causales también propias de la declaración del estado de emergencia establecido en el N° 3 del art. 40 de la CPR. Otras hipótesis, como las que conducen al estado de asamblea o al estado de sitio caerán fuera de la órbita de la función que analizamos, sea por su propia naturaleza (guerra externa) o por el hecho de que intervenga en ella el Congreso (estado de sitio). Esta asimilación entre causales de la puesta en práctica de la función de garantía y causales de un estado de excepción supone considerar, aunque solo para los propósitos del análisis, como una suerte de “quinto estado de excepción” el ejercicio de dicha función de garantía. De ser así, cabe preguntarse si este quinto estado de excepción es o no reglado. Antes de responder, tengamos presente que la reforma constitucional de 1989 aceptó la interposición de recursos de amparo y de protección en contra de medidas adoptadas bajo estado excepción, incluso en el caso de estado de asamblea. Este hecho es de enorme importancia para comprender el grado en que dicha reforma reforzó los principios de supremacía de la Constitución y de legalidad, y con ello el Estado de Derecho en general. Esa sola circunstancia obliga a responder la pregunta recién planteada de manera negativa. De otro modo, habría que admitir que las Fuerzas Armadas serían depositarias de un poder supraconstitucional que ejercerían con la discrecionalidad que su alto grado de autonomía les permite. Tal principio barrenaría de modo absoluto no solo el Estado de Derecho, sino el conjunto de las Bases Institucionales. En este caso, como en otros, la busca de “absoluta seguridad” para el sistema entraría en contradicción con su propio objetivo y con la seguridad misma.

Con todo, al aplicar los principios generales sobre legalidad, responsabilidad y control a los actos derivados de la función de garantía del orden institucional, habrá que enfrentar obstáculos derivados de la naturaleza de la actividad de Inteligencia en que ellas necesariamente se basarán.

Nos referimos, en primer lugar, a la indefinición del concepto “seguridad nacional”, que puede así adquirir un carácter ad hoc en relación con el problema concreto que se enfrente. En segundo término, cabrá asumir que la labor de Inteligencia requiere de un grado de discrecionalidad y de secreto directamente vinculados a su eficacia. A este respecto será útil tener presente que “la discrecionalidad debe ejercerse dentro de los límites del Derecho, de la razonabilidad, de los principios técnicos que rigen la actividad policial y de inteligencia”²⁰.

Es imprescindible tener en cuenta que la existencia de una saludable situación de “orden institucional” en la República es resultado del respeto de todas las Bases Institucionales, aun de aquellas entre las cuales pudiere existir contradicción u oposición en algún momento, cual es el caso típico de los fundamentos de los estados de excepción. Razonabilidad, equilibrio y ecuanimidad en el juicio son indispensables en esta materia, mientras que la adopción de posiciones maniqueístas o fundamentalistas podrían resultar ser el detonante del real quiebre del orden institucional. Garantizar el orden institucional conlleva, por tanto, resguardar la existencia y funcionamiento normal de las instituciones legítimas, así como de la más amplia vigencia de las libertades y derechos asegurados a los habitantes del país.

²⁰ Véase Quintana Benavides, Augusto. “Informe nacional: control democrático de los organismos de seguridad interior de Chile”, en Fruhling, *op. cit.* en Bibliog., p. 71.

5. SUJECIÓN DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL ORDEN INSTITUCIONAL A LOS PRINCIPIOS ORGÁNICOS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Aquí encontrarnos otro importante aspecto del carácter reglado del ejercicio de la función de garantía. Aunque estos principios orgánicos no están expresamente incluidos entre las Bases de la Institucionalidad, cabe concluir que tienen una jerarquía similar, así no sea porque para su reforma se requiere el mismo alto quórum de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada cámara, según lo establecido por la reforma constitucional de 1989 al agregar un nuevo inciso segundo al art. 116 de la Carta Fundamental.

El ejercicio de la función de garantía por parte de las Fuerzas Armadas podría representar, a primera vista, una excepción de enorme envergadura respecto de los principios de obediencia y de no deliberación, al punto que pudiere alterar la naturaleza del sistema político y del régimen de gobierno. Tal excepción se producirá si pudiere concluirse que la función de garantía otorga a los comandantes en jefe y al director general de Carabineros la facultad de decidir por sí, de manera autónoma y al margen del CSN, cuándo, cómo y por qué se actuaría para garantizar un orden institucional presuntamente puesto en jaque²¹. Sin embargo, el texto actual de la Constitución de 1980 y el cambio producido en las relaciones entre sociedad civil, Estado y Fuerzas Armadas permite una sola interpretación dotada de legitimidad: la facultad exige respetar estos principios de obediencia y no deliberación, obligando a esos Altos Mandos a actuar solo en la forma que la legislación vigente y sus antecedentes permiten, y que pasaremos a explicar. Veamos primero lo relativo al deber de obediencia.

En el fondo, al tratar del principio de obediencia, se reforzó la autonomía interna “sin menoscabo de su obediencia al ordenamiento jurídico general”. Aun así, la vaguedad de la fórmula fue objeto de críticas en la Comisión, en la medida que podía entenderse “casi una consagración institucional de cualquier pronunciamiento de tipo militar”²². El contexto de la discusión del tema deja en claro que ese no fue el propósito de los miembros de la CENC, lo que sumado al hecho de que “obediencia a la institucionalidad” no es lo mismo que “obediencia al ordenamiento jurídico general”, sino una consecuencia de esto

²¹ Ver en este sentido el importante trabajo de Óscar Godoy, cit. en Biliog., pp. 286 a 290. Godoy, con acentos a veces sarcásticos, expone la posición de J. Guzmán en la materia, recordando que en su afán de establecer una guardia pretoriana de la república, equiparó en los debates la función de las Fuerzas Armadas de Chile con el rol del rey o de la Corona en las monarquías (p. 290). Godoy estima que la opinión de Guzmán y de otros de los miembros de la Comisión de Estudios de la Constitución fueron consagradas en el texto de 1980 y representaría una mutación radical del concepto de obediencia. Cita el pensamiento de Guzmán —manifestando en la crucial Sesión 379 de la CENC, de 31 de mayo de 1978—, en el sentido de que ahora las Fuerzas Armadas serán “obedientes al ordenamiento institucional”, agregando enseguida o, como expresa en otras ocasiones, “al ordenamiento jurídico general” (p. 288). La forma en que aborda este punto, Godoy indica que no ha dado toda su importancia a la terminología empleada y a su consagración en la Constitución de 1980 modificada en 1989. Factores que, mirados desde un punto de vista, podrían ser elementos secundarios, pasan a convertirse en extraordinariamente importantes cuando el análisis se desplaza al plano jurídico. De algún modo esto explica la diferencia de *approachs* entre Godoy y el suscrito respecto de unos mismos hechos y unos mismos textos. Este autor interpreta la Ley Suprema no solo a la luz de la historia de su establecimiento, sino conforme a su texto final y vigente, y procura interpretar la “voluntad de la ley” más que la “voluntad del autor”, particularmente en un caso como el que se analiza, caracterizado por compromisos y contradicciones que en última instancia conducen a un producto normativo que no expresa con fidelidad ninguna de las posiciones en pugna.

²² Carmona en Acta Sesión 379 CENC, 31, 5, 1978, cit. Godoy p. 289.

último, permite no compartir la opinión que Godoy tiene al respecto²³. Aun la opinión de Duvauchelle sirve para confirmar esto. Él entiende que las FF.AA. y Carabineros son esencialmente obedientes en cuanto están “subordinados al poder político en términos que les está vedado, sin comprometer el Estado de Derecho, condicionar las determinaciones de los órganos del poder”²⁴. Refuerza esta idea opinando, más adelante, que “el constituyente ha establecido la instancia del CSN..., con el objeto de hacer presentes aquellas situaciones que atenten gravemente en contra de las bases de la institucionalidad”, en un texto que establece una relación directa entre la función de garantes del Orden Institucional de la República y el problema del atentado contra las bases institucionales”²⁵.

El segundo principio que estaría en jaque es el de “no deliberación”. El principio jamás ha podido significar que está prohibido a las FF.AA. o sus miembros “pensar” sobre materias políticas y las políticas de la autoridad. Lo que está prohibido es que ellos, como cuerpo, “tomen partido” y objeten sobre esa base el acto político sujeto a análisis. Cualquiera sea la opinión de las Fuerzas Armadas, el deber de obediencia las obliga a acatar el acto de la autoridad legítima. Esta idea y el temor de los propios militares a la introducción de la deliberación en los cuarteles explicaría que haya sido rechazada una disposición que especificaba que “el deber de no deliberación cesa en materias propias”²⁶.

Sin embargo, dada la naturaleza política de la función de garante, el Texto Constitucional admite que hay un lugar y un nivel en que se produce deliberación. La historia y el Texto Constitucional permiten concluir que esa única instancia es el CSN, y por parte de los comandantes en jefe. El CSN fue definido por el propio Guzmán como “la instancia por medio de la cual las FF.AA. y Carabineros, a través de sus jefes máximos, participan en el quehacer nacional de un modo eficaz para desempeñar su rol de garantes de las bases de la institucionalidad, pero a la vez prudente para cuidar que la naturaleza profesional castrense de tales instituciones, lo mismo que su carácter disciplinado y obediente al orden jurídico, sean celosamente preservados”²⁷.

6. CAUSAS Y OBJETIVO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA

1. Dado que la función se cumple a través del CSN, para ponerla en ejercicio se requiere la existencia de “hechos, actos o materias” que importen un atentado grave en contra de las bases de la institucionalidad.

No se requiere que exista infracción del Orden Institucional: bastará un juicio –lo que supone deliberación– que conduzca a la opinión de que determinado hecho, acto o materia “puede” dañar o pone en peligro las bases de la institucionalidad. Mientras los sustantivos “hechos” y “actos” son de interpretación fácil y casi obvia, no pasa lo mismo con el vocablo “materia”. La palabra parece aludir a situaciones en que un tema, punto o sujeto de preocupación y estudio por un órgano del Estado, como la discusión legislativa

²³ Véase GODOY, *op. cit.*, p. 297.

²⁴ Véase DUVAUCHELLE, *op. cit.*, p. 87.

²⁵ *Idem* Duv. 87. No carece de importancia que, muy recientemente, el diario *El Mercurio* haya editorializado la misma tesis, es decir, sosteniendo que existe una relación directa entre atentado a las bases de la institucionalidad y la función de Garantía del Orden Institucional (ed. de 21-4-1999, p. A3).

²⁶ Véase VERDUGO, *op. cit.*, p. 299, nota 17.

²⁷ GUZMÁN, Jaime, “Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Político*, vol. 1985, p. 63, según cita de Godoy, *op. cit.*, p. 295.

de determinado proyecto de ley o la venta de capitales extranjeros de empresas estratégicas, representaría en sí una amenaza a una o más bases institucionales.

2. Debe tratarse de actos o hechos imputables a los órganos y agentes del Estado. La reforma de 1989 cambió, en esta parte, el alcance de la disposición original, sino que más bien la amplió: el Presidente de la República, el Congreso y Tribunal Constitucional son los órganos ante los cuales el CSN hace un requerimiento, pero no necesariamente los autores o protagonistas del acto criticado. Dentro de esta amplitud, la función de garantía podría ponerse en acción incluso a raíz de hechos o actos ocurridos al interior de los cuarteles, comisarías o prefecturas.

Sin embargo, no deberían caer en la órbita de esta función los hechos o circunstancias que el constituyente ha definido como causales de uno o más de los estados de excepción. Esto es obvio en casos de guerra externa o catástrofe natural, pero menos claro en las circunstancias propias de estado de sitio o estado de emergencia. Una respuesta lógico-jurídica adecuada sería que dichos estados son, en su caso, la primera y natural fase de defensa del orden institucional; pero que si fueren insuficientes o ineficaces para poner remedio a la situación, se podría ejercitar la función de garantía a través del CSN, aunque solo en el sentido de revisar y adecuar la estrategia y operaciones llevadas a cabo dentro del marco del estado de excepción.

3. Los hechos o actos deben ser de naturaleza tal que pueda verosímelmente suponerse que ponen en peligro el orden institucional. El test de la verosimilitud consiste, por lógica, en la clara percepción y descripción del hecho, acto o materia como “atentado grave” en contra de las Bases de la Institucionalidad. En el esquema mental del constituyente, según acreditan párrafos reiteradamente citados, los comandantes en jefe y el general director de Carabineros estarían obligados a “hacer presente” esta circunstancia, primero, en el seno del CSN, y luego, a través de este, al Presidente de la República, el Congreso Nacional o el Tribunal Constitucional²⁸.

7. ¿CÓMO SE EJERCE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL ORDEN INSTITUCIONAL?

1. Como ya fue explicado, el acto de “hacer presente” cierta opinión respecto a algún hecho, acto o materia frente a determinados órganos del poder del Estado significa única y exclusivamente “poner en conocimiento” tal circunstancia. Aunque la opinión pueda estar acompañada de sugerencias respecto a las políticas que podrían adoptarse para poner remedio al problema de que se trate, jamás podría consistir en un acto de autoridad, si lo impugnado fuere tal tipo de actos.

2. La Constitución exige que sea el conjunto de los comandantes en jefe y director general de Carabineros los que, simultánea y coincidentemente, hacen presente su opinión por atentados graves a las bases institucionales, que importan un peligro de quiebre del orden institucional. De otro modo se daría pie al surgimiento de una diferencia de opinión y de acción entre las distintas ramas que podría causar un “quiebre militar” más grave que el

²⁸ Esta interpretación está definitivamente avalada por la, en esta materia, importante opinión de Duvauchelle, dada su condición de principal autor de la versión escrita de las opiniones de la Junta de Gobierno frente a esta parte de las reformas constitucionales de 1989, contenidas en un oficio de su redacción que dicha Junta “hizo suyas íntegramente”. DUVAUCHELLE, *op. cit.*, p. 73, nota 31.

quiebre o peligro de quiebre institucional que se procura remediar. En conclusión, se requerirá siempre unanimidad de las cuatro máximas autoridades militares y de Orden.

3. La acción se materializa mediante acuerdo del CSN dirigido a uno de los tres órganos del Estado que menciona la Constitución en la letra b) del art. 96. El destinatario dependerá de cuál resulte ser el órgano dentro de cuya competencia normal cae el acto u omisión constitutivo de la amenaza a las bases y el orden constitucional.

4. En caso que la opinión se haga presente frente al Tribunal Constitucional, cabe pensar en dos hipótesis. En primer lugar, podría tratarse de una decisión de este Tribunal, distinta de la esperada por los comandantes en jefe y general director de Carabineros y que fuere analizada y considerada como siendo el real punto de partida de un problema para el orden institucional. La mera posibilidad de hechos de esta naturaleza pone de manifiesto la magnitud de la facultad otorgada a las Fuerzas Armadas en esta materia. Colocar frente a frente estas y el Tribunal Constitucional significaría simplemente que las Fuerzas Armadas serían el más alto tribunal constitucional de la República, una conclusión cuya intrínseca perversidad jurídica y política la hace rechazable en todos los planos. Una segunda hipótesis, bastante más plausible, consiste en que los comandantes en jefe y el general director de Carabineros piden a través del CSN que el Tribunal Constitucional tenga presentes, al ejercer sus facultades o decidir sobre una materia, los hechos denunciados en cuanto significaren un grave peligro para el orden institucional. De algún modo esta es una petición que coloca en los hombros del Tribunal Constitucional la solución de una crisis. Duvauchelle estima perfectamente procedente esta posibilidad. A su juicio, que reproduce los razonamientos de la Junta de Gobierno al aprobar la reforma de 1989, “todo acto, hecho o materia que implique una infracción grave a las prescripciones del Capítulo 1 de la Constitución... constituye, también, motivo suficiente para que el Consejo de Seguridad Nacional pueda acudir al Tribunal Constitucional, a fin de que este determine las responsabilidades que correspondan, conforme sus atribuciones”²⁹. La preocupación principal de Duvauchelle al abordar el tema es la prohibición constitucional de partidos o movimientos políticos con ciertas características (art. 19, N° 15 CPE); pero tanto la forma en que expresa su opinión cuanto la aplicación de principios generales del Derecho fuerzan a concluir que el recurso al Tribunal Constitucional puede producirse en otro tipo de casos. Tal podría ser el de un presidente electo o de un ministro de Estado, miembros de un partido que fuere tachado de inconstitucional.

8. CONCLUSIONES

La función de garantes del orden institucional que el art. 90, inc. 2° entrega a las Fuerzas Armadas, jurídica y filosóficamente considerada, es una función reglada y sujeta, formal y sustantivamente, al Estado de Derecho. Ella no consiste en una “constitucionalización o institucionalización” del golpe de Estado o pronunciamiento militar. Luego de la reforma constitucional de 1989, predomina definitivamente en el constituyente una tendencia ya presente en la discusión del texto original de la Constitución de 1980, y que se concreta en negar la existencia de un “Poder de Seguridad”, como cuarto gran poder y función dentro del Estado, equiparable y aun superior a los demás órganos. La inherente naturaleza supraconstitucional que tal “Poder de Seguridad” adquiriría ha motivado su rechazo. Por

²⁹ Véase DUVAUCHELLE, *op. cit.*, p. 79.

tanto, el ejercicio de la función de garante debe cumplir siempre dos requisitos: primero, enmarcarse estrictamente en la constitucionalidad formal y de fondo, y segundo, por vía de consecuencia, jamás consistir en el uso o amenaza de la fuerza.

En otras palabras, los custodios están custodiados.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAVO LIRA, Bernardino, *Ejército y Estado de Derechos en Chile (Siglos XVI al XX)*, en *Estudios Públicos*, 61, verano 1996.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Regulación democrática de la seguridad pública*, en AA. VV. *Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al prof. Alejandro Silva Bascuñán*. Santiago, 1964.
- DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, Mario, *Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: su regulación constitucional y orgánica constitucional*. Santiago, 1994.
- FRUHLING E, Hugo (ed.), *Control democrático en el mantenimiento de la seguridad interior*. Santiago, 1998.
- GODOY ARCAYA, Óscar *¿Pueden las Fuerzas Armadas ser garantes de la democracia?*, en *Estudios Públicos*, 61, verano 1996.
- IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo, *El Estado de Derecho*. Santiago, 1978.
- GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, *Derecho Político. Apuntes de Clases* (Redactado por Gonzalo Rojas S. et al.). Santiago, 1996.
- MINISTERIO DE DEFENSA, *Libro de la Defensa Nacional de Chile*. Santiago, 1998.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, *National Security, the Dual state and the Rule of the Exception. A Study on the Strategocratic Political System*. Rotterdam, 1989.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, *Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad*, en AA. VV., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y CLAVERO ARÉVALO, Manuel (coord.), *El Derecho Público de Finales de Siglo. Una perspectiva iberoamericana*. Madrid, 1995.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario et al., *Derecho Constitucional*. Santiago, 1994.68.
- VILCHES FUENTES, Hugo, *El concepto de seguridad nacional en la Constitución política de 1980*, Memoria de Prueba. Escuela de Derecho A. Prat. Universidad Arturo Prat, Iquique, 1998.

LA IDEA DE VALIDEZ DEL DERECHO EN
 CARLOS SANTIAGO NINO*

THE IDEA OF VALIDITY OF LAW IN
CARLOS SANTIAGO NINO

HUGO VILCHES FUENTES**
 Universidad Arturo Prat

RESUMEN

Este trabajo es un breve estudio acerca de sus ideas para un concepto de la validez del Derecho del iusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino, extraídas de algunas de sus obras más representativas del tema en estudio, las que, según él, son partes de la concepción y reflexión y debate general acerca de la naturaleza del Derecho. Tratamos de desarrollar cuáles son los alcances de ese concepto de validez, tanto en el trabajo teórico como en el plano práctico, sin los cuales, la discusión, probablemente, no tendría, según él, gran importancia.

Palabras Clave: Naturaleza del derecho - Validez del derecho - Carlos Santiago Nino - Controversia iusnaturalista-positivista - Derecho - Derecho y moral.

ABSTRACT

This paper is a brief survey about their ideas for a concept of the validity of the Law of the Argentine legal philosopher Carlos Santiago Nino, drawn from some of his most representative works of this theme, which he claims are part of the design and general discussion and debate about the nature of law. We try to develop what the scope of the concept of validity in both theoretical work as well on a practical level, without which the discussion would probably not, he said, very important.

Key Words: Nature of law - Validity of Law - Carlos Santiago Nino - Controversy-positivistic natural law - law - law and morality.

INTRODUCCIÓN

Parece ser que la posibilidad de encontrar una rápida respuesta para un concepto definitivo acerca de la validez en el Derecho hay que abandonarla de momento. Ost¹ piensa que, del mundo del Derecho, la cuestión de la validez es “la más debatida y la más compleja y, sin duda, la más fascinante”, toda vez que toca su aspecto más relevante y decisivo que responde, o intenta responder, cuál es el fundamento del Derecho.

* Artículo originalmente publicado en el número 10 de esta revista.

** El autor es Profesor de Historia del Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad Arturo Prat de Iquique; Magíster en Ciencia Jurídica y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hugo.vilches.fuentes@gmail.com. Ejerció como director de la presente revista entre los años 2005 y 2011.

¹ OST, François, en prólogo a FALCÓN Y TELLA, María José, *El concepto y fundamento de la validez del derecho*, Editorial Civitas S.A., (Madrid S.A., 1994), p. 15.

A través de la indagación y reflexión acerca de la validez del Derecho se pretende acceder a la verdad de su naturaleza, a determinar qué es el Derecho, de dónde proviene, cuál es su causa primera.

Desde la Antigüedad, filósofos y juristas se han ocupado de establecer, con cierta precisión, los alcances de este tópico y sus soluciones². No ha sido posible ser conclusivos. Más aún, no hay acuerdo en ello, en el sentido que haya un resultado unitario o, mejor dicho, único. La historiografía iusfilosófica señala que, conforme al estado actual del pensamiento jurídico, pugnan fundamental, aunque no exclusivamente, tres visiones: el iusnaturalismo por un lado, el positivismo jurídico por el otro, y una tercera, pragmática o “realista”, que se ha venido sistematizando en las últimas décadas, aun cuando de esta es posible sostener –a mi juicio– que tiene una larga existencia.

La cualidad mágica y estimulante a que se refiere Ost ya había sido resaltada por Welzel, ante su asombro por la experiencia histórica nazi, cuyos horrores propinaron un severo revés al positivismo jurídico y, por lógica consecuencia, su idea de validez y fundamento del Derecho³ fue drásticamente cuestionada. Tanto juristas como jueces modificaron sus ideas y, de posturas positivistas, volvieron a valorar el iusnaturalismo. Radbruch⁴, quien había sostenido inicialmente una posición positivista, señaló con posterioridad que “la ciencia jurídica tiene que recordar nuevamente la milenaria verdad de que existe un Derecho superior a la ley, natural, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, aun cuando aparezca revestido de formas legales”.

Sin embargo, Radbruch nos deja insinuada una nueva polémica, la intraiusnaturalista, por así llamarla, desde el momento que el iusnaturalismo tiene una tarea interna y propia que despejar⁵, para enfrentar conceptualmente la tradicional disputa. En efecto, formulamos esta tarea como pregunta de un problema teórico que debemos abordar: este Derecho superior, esta “milenaria verdad” ¿es natural, racional o divino?, ¿es cada una de estas, o todas a la vez, conjuntamente?

Este resurgimiento de la idea del Derecho natural coincide con la experiencia nacional socialista, como lo confirma también Welzel⁶ en otros artículos, desde el momento en que

² NINO, Carlos Santiago, *Derecho, Moral y política. Una revisión de la teoría general del contrato*, Ariel Derecho, Editorial Ariel S.A. (Barcelona, 1994), pp. 17 ss.

³ WELZEL, Hans, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* Herausgegeben von Werner Maihofer, Hermann Gentner Verlag, Bad Honbrüg von der Höhe, 1962, p. 322, citado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Distribuciones Fontanara, S.A., (México, 1993), p. 125.

⁴ RADBRUCH, Gustav, citado por WELZEL, Hans en la p. 323 de *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* citado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, cit. (n. 3), p. 125.

⁵ Nino señala que “... no todo el que se opone al positivismo es un iusnaturalista objetivista”. Agrega que “... no es posible rechazar algunas tesis positivistas aun cuando se mantengan posiciones escépticas o subjetivistas en materia ética. Pero aun aquellas posiciones objetivistas respecto de la moral, no necesariamente se adhieren a concepciones supraempíricas sobre los hechos morales. Son todavía menos los que apoyan sus juicios en visiones teleológicas sobre la naturaleza humana. Y ya es una clara minoría, aunque extremadamente influyente en el pasado, la que hace depender todo lo anterior de una teología particular”, en NINO, C.S., *Derecho, Moral...*, cit. (n. 2), p. 19. Estas incisivas ideas nos prueban que la polémica iusnaturalista-positivista no es tan relevante, a fin de cuentas, porque ella se traslada imperceptiblemente hacia la intraiusnaturalista, monopolizada hasta hoy por distintas versiones o sensibilidades históricamente dadas “de una teología en particular”, como dice Nino.

⁶ RADBRUCH, G., y otros en *Derecho injusto y Derecho nulo*. Traducción y Selección de textos de José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, Aguilar (Madrid, 1971), p. 73.

juristas, teólogos y filósofos comienzan a dirigir sus miradas hacia principios jurídicos suprapositivos.

Es este trabajo un breve estudio acerca de sus ideas para un concepto de la validez del Derecho del iusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino, las que, según él, son partes de la concepción general acerca de la naturaleza del Derecho. Tratamos de desarrollar cuáles son los alcances de ese concepto de validez, por la vía de analizar diversas obras en que trata, directa o indirectamente, este tópico.

UNA CUESTIÓN PREVIA: LA NOCIÓN DE VALIDEZ, EN GENERAL

En la revisión del pensamiento de Nino se advierte que lo más relevante, a su juicio, para adentrarse en el estudio del concepto de validez en general, y particularmente en el suyo propio, es saber qué es esta noción, a qué apunta. Significa que este aspecto es muy pertinente de desarrollar y explicar, aunque sea brevemente, atendida las concepciones de nuestro autor sobre el tema de este estudio.

Una primera aproximación permite establecer que las dificultades en el estudio de todo aspecto real o ideal tienen su punto de partida y emanan de los obstáculos del propio idioma. Es indudable, la lengua propia o ajena no siempre acude prontamente a darnos luz para aproximarnos al estudio filosófico o científico acerca de tal o cual aspecto, de modo que las confusiones se presentan desde el principio.

Diríamos que hay tres planos mínimos para comenzar a esclarecer, preliminarmente, esta cuestión. Uno, el término o palabra que utilicemos, ya existente en el léxico, para indagar de su raíz etimológica, ya por crear, conforme al tema en estudio; dos, la definición del mismo, y tres, su concepto. Definir, según el romanista D'Ors⁷, es "señalar límites", "fines", en latín, y todo "límite" implica exclusión. Lo "definitorio" sirve para excluir lo ajeno al concepto definido, y lo "definitivo", para excluir todo cambio. Con esto destacamos, entonces, que entre definición y concepto hay diferencias de suyo importantes. De aquí que D'Ors establezca que "el concepto es algo mental e interno, en tanto la definición es algo verbal y perceptible como exterior al concepto mismo. En realidad, el concepto es siempre un ente complejo, susceptible de una expresión comprensiva de elementos y aspectos varios. La definición, en cambio, no se refiere directamente al concepto, sino a la palabra que sirve para representarlo"⁸.

Esto indica que se puede definir lo significado por una palabra, pero que también se puede definir lo conceptualizado. Ahora, las dificultades aumentan porque todas las palabras o términos pueden ser entendidas unívoca, análoga o equívocamente, de manera que una palabra puede significar una cosa y solo eso; o bien puede definir cosas que son en parte igual y en parte distintas; o, por último, también pueden significar cosas totalmente opuestas, incluso contradictorias y sin relación alguna.

Más aún, las diversas expresiones y significados de las palabras se torna compleja también debido a que los distintos idiomas no tienen uniformidad de vocablos, y esto

⁷ D'ORS, Álvaro, *Claves conceptuales*, Verbo 345 346, mayo-junio-julio 1996, p. 505 ss., citado por VALLET DE GOYTISOLO, Juan, en *Las definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Aguirre Campano, (Madrid, 1998), p. 8.

⁸ *Ibíd.*, p. 8.

también sucede entre los autores, de modo que la univocidad, uniformidad o equívocidad resultante de la reflexión jurídica es más amplia y variada todavía.

Pues bien, etimológicamente la voz validez proviene del verbo valer⁹ que procede a su vez del latín *valere*, que significa ser fuerte, prevalecer, tener eficacia, tener un valor. También se derivaría del término latino *validus*, adjetivo que significa firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente.

La definición de validez y su concepto, más allá de la exactitud etimológica, entraña otro problema que impide no solo establecer con cierta nitidez sus límites o contornos, sino también establecer un concepto preciso, atendida la implicación en él de otros elementos que pueden parecer extraños o no pertenecientes al mismo.

En efecto, bajo una idea única de validez, con uno u otro adjetivo adosado a él, se alude a un problema que muchos autores tratan separadamente, a saber: legitimidad, validez y eficacia del Derecho¹⁰, lo cual es, obviamente, introducir categorías que hacen más impreciso el campo a que alude al término en comentario.

Nino nos señala que hay que distinguir la operación de definir una palabra con la de describir su realidad¹¹. Y esto es lo que sucede regularmente con la concepción del Derecho y consiguientemente con su idea de validez, la que, además, de su evidente carga emotiva, particularmente tratándose de determinada corriente de pensamiento, en general, está vinculada con los valores más caros de la especie humana, más allá de los límites estrechos de las épocas y lugares, culturas, el pensamiento y las creencias particulares.

1. LA VALIDEZ JURÍDICA: UNA AMBIGÜEDAD CONCEPTUAL

1.- Para estudiar el concepto de validez en nuestro autor, tenemos que remitirnos a la pregunta más elemental que debe abordar todo aquel que intente conocer y profundizar acerca de ese objeto del conocimiento que denominamos Derecho; a saber, ¿qué es el Derecho? Las dificultades que entraña la o las respuestas ante tal primigenia y elemental interrogante nos genera una grave complicación, puesto que no solo los legos, sino que –lo que es grave– también los juristas, según Nino, se desorientan y desconocen una concepción cabal cuando señala que “esta pregunta es, quizá, la que provoca mayor escozor entre los juristas”¹².

Ahora bien, para nuestro autor, el estudio del significado e idea de la validez del Derecho precisa, previamente, tener claridad acerca de la naturaleza de este. Dicho de otro modo, una concepción general de la naturaleza del Derecho es el presupuesto mínimo indispensable para abordar la idea de validez. Es decir, este aspecto forma parte de aquel, en una relación de género a especie.

La pregunta ¿qué es el Derecho? debe ser formulada con anterioridad a la que interroga acerca de su validez. Frente a esta interrogante, nuestro autor desarrolla un intento de respuesta en sus diversas obras de modo parcial y cruzadamente, sin embargo, se puede notar una línea coherente y un desarrollo más o menos lineal de su concepción del Derecho,

⁹ SIERRA BRAVO, Restituto, voz *validez* en “Diccionario de Ciencias Sociales”, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1978), p. 1142.

¹⁰ FALCÓN Y TELLA, cit. (n. 1), p. 30.

¹¹ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Colección Ariel Derecho, Editorial Ariel S.A., 4ª edición (Barcelona, 1991), pp. 13 ss.

¹² NINO, C. S., *Introducción...*, cit. (n. 11), pp. 11.

idea que, desprendemos, está fundada, más bien, en la vivencia y realidad práctica de este –diríamos su ser, o lo que es, y no del deber ser– y teniendo como referencia el estado actual de la reflexión filosófica del derecho occidental.

En su obra *La validez del Derecho* puede apreciarse la coherencia conceptual de su pensamiento, lo que también es desarrollado en sus otras obras y artículos, quedándonos clara la idea que nuestro autor ha trabajado sus ideas sin separarse de los aspectos que le interesan a la reflexión iusfilosófica, teniendo en consideración cuáles y cómo se expresan estas reflexiones en el último tiempo, desde Kelsen, Carrió, Ross, Dworkin, Hart y otros, explicadas en función de las preocupaciones del último tiempo histórico.

Está plenamente consciente que la discusión filosófica del Derecho en el siglo XX –y lo que a ella concierne directa e indirectamente– se ha centrado en la polémica iusnaturalista-positivista. Piensa que todos los autores irremediabilmente giran en torno a ella, de manera más cercana o distante, teniendo presente, como dato, la existencia de distintas tradiciones o vertientes jurídicas en el Derecho occidental: la anglosajona y la continental europea, y que las consecuencias de tal discusión son relevantes para acercarnos a la respuesta acerca de qué es el Derecho y sus fundamentos y con ello desprender de modo relativamente más fácil los dilemas de menor envergadura que de ella están sujetas.

2.- Para nuestro autor saber qué es el Derecho y determinar sus relaciones es un aspecto elemental, previo a toda comprensión de una idea y de un concepto de validez del Derecho. Piensa que la palabra Derecho es ambigua, pero no es cualquier ambigüedad, no es la mera sinonimia accidental, sino la peor de todas, la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí.

Para una concepción del Derecho, Nino cree que este “está basado en hechos básicos”¹³. Para él en toda comunidad surge una práctica social –Derecho– cuyos orígenes son diversos y que tienen un enfoque y significación diferente conforme a su ámbito de incumbencia. Tales “hechos básicos” nosotros los sintetizamos como se sigue:

- a.- tienen su origen en el legislador (detentadores del cuasi monopolio de la fuerza), quien formula juicios (proposiciones) acerca de cómo deben comportarse los individuos de esa comunidad,
- b.- la formulación de estos juicios es relevante para las razones morales de un grupo importante de gente –los jueces– que también tiene acceso a los órganos titulares de la fuerza –aparato coactivo– para formular tales juicios o proposiciones, acerca de lo que cierto individuo debe hacer en alguna ocasión particular,
- c.- los dichos juicios –ambos– son relevantes para las razones morales y las prudenciales del resto de los miembros de la comunidad acerca de la corrección o conveniencia de cierto acto u omisión,
- d.- también se emiten juicios –discurso valorativo de legos y teóricos– acerca de cómo deben ser los juicios, para adaptarse a ciertos ideales o principios de justicia,
- e.- sobre todo, se formulan juicios –discurso valorativo dogmático– acerca de cómo deberían ser los juicios del juez, dada y considerada la formulación del legislador, y
- f.- por último, se suelen formular juicios –discurso puramente descriptivo de otros teóricos– que apuntan a las conexiones causales que tiene el hecho de la formulación de todos los

¹³ NINO, C. S., *La validez del derecho*, Editorial Astrea (Buenos Aires, 1985), p. 2.

juicios anteriores (*a* a la *e*) con los demás hechos que acontecen en la realidad cultural (sociales, económicos, biológicos, etc.).

De este modo, esta “práctica social”¹⁴ –Derecho– consiste en la “formulación de juicios de diferentes clases”¹⁵ que se formulan en contextos diversos y en “tipos de discursos distintos”¹⁶ sujeto a objetivos precisos y con reglas propias enmarcadas en esos objetivos.

El problema que resulta, entonces, es que en casi todos y cada uno de los diversos discursos “se usa un concepto distinto de Derecho, sometido a condiciones de adecuación diferente”¹⁷.

La cuestión resulta, sin embargo, más compleja aún, toda vez que el concepto de Derecho resulta de una combinación de todas las proposiciones o juicios reunidos o de un grupo de ellos o, en fin, de dos al menos. Así el derecho puede hacer referencia a:

- a.- un conjunto de juicios que derivan de principios valorativos acerca del deber de observar lo establecido por ciertos órganos y de proposiciones y de juicios descriptivos acerca de la formulación de los juicios del legislador,
- b.- el conjunto de juicios del legislador y las proposiciones que son consecuencia de aquellos,
- c.- un conjunto de juicios valorativos determinados (sin considerar los juicios del legislador, del juez o del, que llamaremos nosotros, teórico social),
- d.- no un conjunto de juicios, sino de hechos: los actos del legislador y juez, en su función de tales.

Siendo ya complejo el asunto planteado de este manera, se introduce la apreciación que los conceptos de Derecho, recién indicados, son descriptivos y otros son normativos, con sus diversas especies, respectivamente.

Nuestro autor aclara que aun así las cosas, no significa que el Derecho sea un fenómeno multidimensional, esto es, integrado por elementos radicalmente diversos e irreconciliables, sino que lo diverso son los conceptos del Derecho. Dicho de otro modo, estos elementos se refieren a un aspecto de él, a una parcialidad y no hacen una referencia integral a la compleja realidad del fenómeno que llamamos Derecho, en consecuencia, ninguno de sus elementos constitutivos tiene la virtud de definir en toda su amplitud la realidad jurídica.

Una conclusión provisional a que arribamos es la que sigue. Nuestro autor parece partidario de crear un concepto holístico de Derecho (la expresión es nuestra), esto es, aquel que sea capaz de integrar los más amplios y diversos aspectos que le son propios, cercanos y aún lejanos. Nuestra impresión es que dicho concepto debiera ser más abarcador que la idea de la tridimensionalidad del Derecho, pretendiendo su superación, entendida esta como la experiencia humana, material y espiritual, en cuya constitución se comprende lo fáctico, axiológico y normativo del Derecho reunidos en un solo concepto, cuya reunión, empero, no es creación mental humana, de modo arbitrario, sino que es una constatación de la realidad concreta del Derecho.

Finalmente, se concluye, en esta parte, que la palabra Derecho, a pesar de ser usada para referirse al Derecho objetivo, es radicalmente ambigua, aun cuando sus diversos significados se entrelazan combinadamente.

¹⁴ NINO, C. S., *La validez...* cit. (n. 13), p. 2.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 3.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

3.- Revisemos ahora la idea de validez y su vinculación con el Derecho. Hemos señalado que hay diferentes juicios que establecen sus propios conceptos de Derecho. Pues bien, entre tales juicios o proposiciones se encuentran "...las que predicán validez de un orden jurídico o de una norma"¹⁸; validez cuya forma, dimensión y alcance variará precisamente conforme a la noción de Derecho de la cual nace.

Entonces, lo relevante de vincular el concepto de Derecho con la idea de validez se funda en el hecho que las diversos juicios acerca de la validez son radicalmente distintos según sea la noción de Derecho que se adopte, razón por la cual se llega a establecer que siendo ambigua la idea de Derecho, consecuentemente, es ambigua la idea de su validez.

Efectivamente, Nino piensa que el término validez, en el ámbito del Derecho, es de una extremada ambigüedad, tal como hemos señalado anteriormente. Más aún, dicha ambigüedad no solo se aplica para calificar una norma jurídica, sino también a la hora de considerar todo el orden jurídico, aunque no dice de todo orden jurídico, con lo cual parece que se refiere a todo.

Etimológicamente, "ambigüedad" significa "girar alrededor de la duda", entonces siendo impreciso e inasible el centro de la idea, todo lo que tienda a rodearla es más volátil y vaga aún. Lo que podríamos encontrar, señala Nino, son "focos de significado" en torno a los cuales puede encontrarse la expresión validez, esto es, equivalencias o asociaciones que con ella se vinculan, los cuales enumera sistemáticamente y que nosotros podemos resumir así:

- a.- el sistema normativo vale, en cuanto las disposiciones que la integran existen,
- b.- una norma (o sistema jurídico) es válida tanto en cuanto está revestida de una razón o fuerza moral que le otorga justificabilidad,
- c.- una norma jurídica es válida en cuanto otra norma así lo declara (se alude a la existencia de normas de diversa jerarquía), pero esto no puede ser infinito, puesto que habrá normas que no han sido establecidas por otras,
- d.- una norma jurídica es válida, a diferencia de la letra anterior, no cuando otra norma lo establece, sino cuando es establecida por una autoridad competente,
- e.- la norma jurídica es válida en cuanto pertenece a un sistema jurídico, y
- f.- una norma o sistema jurídico se estima válido queriendo decir que tiene vigencia (o eficacia), esto es, que son observados y aplicados.

Pero estos significados no son independientes uno de otro. En realidad, generalmente se presentan combinados, de modo que algunos de sus significados tienen razón de ser conjuntamente a uno o más de los otros. Esto es lo que determina precisamente la ambigüedad de la expresión en estudio, ya que la combinación distinta y desigual de sus diversos significados arroja conclusiones diversas. Así hay posiciones que combinan uno o más o todos los "focos de significado" para dar una idea de la validez del Derecho, con lo cual se toma dudoso e impreciso cuál es su auténtico alcance, particularmente si pasamos a comparar sus resultados.

De lo anterior puede desprenderse que las combinaciones del concepto de la validez de una norma jurídica pueden ser múltiples y disímiles, arrojando los siguientes resultados significantes:

¹⁸ NINO, C. S., *La validez...*, cit. (n. 13), p. 3.

- a.- equivalente a su existencia, no cuando tiene fuerza obligatoria moral, sino cuando pertenece a un orden jurídico que tenga vigencia. Una norma pertenece a un orden jurídico cuando su sanción está autorizada, o
- b.- equivalente a su existencia y existe como tal cuando pertenece a un orden jurídico, tenga o no tenga vigencia, o
- c.- equivalente a su existencia y que esta dependa solo de la vigencia de la norma, o
- d.- la que no tiene nada que ver con la existencia, sino que solo depende de que haya otra norma que declare su observancia obligatoria.

Esta multitud y disimilitud de combinaciones, al haberse materializado en el pensamiento de muchos autores, explicaría –según Nino– las graves confusiones en torno a este problema de la validez del Derecho.

2. LA VALIDEZ DEL DERECHO Y LA CONTROVERSIA IUSNATURALISTA-POSITIVISTA

Como hemos venido señalando, para nuestro autor, los significados del concepto de Derecho así como los de su validez están estrecha e inmediatamente vinculados a las consecuencias de la vieja polémica entre iusnaturalistas y positivistas, por la circunstancia que la emotividad está omnipresente en dichas definiciones y, por ende, relacionados con valores morales, en especial el de justicia. Esta polémica o pugna gira, entonces, alrededor de la relación entre el Derecho y la moral¹⁹.

Siempre se ha propugnado que la relación entre Derecho y moral debe expresarse, en definitiva, en el concepto de Derecho, su validez y fundamento, sea o no que las corrientes de pensamiento estén más o menos lejanas o cercanas de esta idea. Nadie, a estas alturas, está en condiciones de expresar que la polémica no tiene este origen, pero asimismo no todos están en el terreno teórico adecuado que les permita reconocerlo.

Pero el debate no es simple porque el problema no es tan solo sostener que el iusnaturalismo afirme la tesis que el Derecho está vinculado con la moral y el positivismo no lo está, por la sencilla razón que, para nuestro autor, ello no es efectivo. Por esto es que Nino se pregunta “¿cuál es, entonces, la tesis acerca de la relación entre Derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca?”²⁰.

Primero, la perspectiva iusnaturalista, sea esta: teológica, racionalista, historicista, o, la así llamada, de la naturaleza de las cosas, como las clasifica y denomina Nino²¹, puede resumirse que en ella confluyen conjuntamente las siguientes dos ideas. Una, la que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana, y dos, que no pueden considerarse jurídicas aquellas normas que contradigan tales principios morales.

Segundo, a la perspectiva positivista²², aparte de ser también esta una expresión ambigua, se le han atribuido, tanto por sus cultores como por sus detractores, disyuntivamente, las siguientes posiciones: Uno, escepticismo ético, en tanto no existen principios morales y de justicia universalmente válidos; dos, un positivismo ideológico, en tanto que, cualquiera

¹⁹ NINO, C. S., *Derecho, Moral...*, cit. (n. 2), pp. 17 ss.

²⁰ NINO, C. S., *Introducción...*, cit. (n. 11), p. 18.

²¹ *Ibíd.*, pp. 28 y 29.

²² NINO, C. S., *Introducción...*, cit. (n. 11), pp. 30. ss.

que sea el contenido de las normas del Derecho positivo, ellas tienen validez y fuerza obligatoria; tres, un formalismo jurídico, en tanto el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente de preceptos legislativos (emanados del órgano público creado al efecto); cuatro, un sistema metodológico conceptual, en tanto el Derecho no debe caracterizarse en términos valorativos, sino haciendo alusión a propiedades fácticas o a hechos observables empíricamente y por lo tanto desarrolla una tesis meramente conceptual.

Considerados los elementos explicados anteriormente, Nino cree²³ que la subsistencia de esta controversia a través del tiempo, que apunta al centro de la cuestión que pretendemos comprender y deducir en este trabajo, se debe a confusiones que la contaminan e impide saber qué tesis defienden los contrincantes. Más aún, Nino dice que estos no saben qué tesis defienden. Aparentemente, las cosas serían muy claras, a saber: que el positivismo sostiene la separación del Derecho y la moral, mientras que el iusnaturalismo cree que el Derecho y los principios y la moralidad se interpenetran.

Pero esta claridad sería aparente, pues estas tesis se entrecruzan y mezclan. Según Nino, uno de los fantasmas que ronda la discusión es la errónea e incomprensible contraposición objetivismo *versus* escepticismo ético, la que no es efectiva. Sin embargo, se siguen haciendo mutuas acusaciones y recriminaciones, como se indicó anteriormente, las que pueden resumirse en lo que sigue: "... los positivistas rechazan la interpenetración del derecho y la moral defendida por los iusnaturalistas porque objetan lo que entienden como una concepción metafísica y absolutista de la moral que se quiere mezclar con el derecho. Ellos creen que el iusnaturalismo implica aceptar unos extraños hechos morales que no se verifican empíricamente, y cuya detección supone adherirse a teorías fantasiosas sobre la naturaleza humana, generalmente de inspiración religiosa. Sospechan que detrás del iusnaturalismo se oculta un autoritarismo generalmente teocrático, que pretende reemplazar, en los hechos, la influencia que las autoridades democráticas deberían tener en los jueces por los consejos que les murmuren, al oído, juristas y filósofos, que, a su vez, muestran debilidad por mensajes emitidos desde el púlpito.

"Hay una imagen igualmente poco atractiva que los iusnaturalistas contraponen a la anterior, como descripción de la idea positivista de la moral: la imagen es la de positivistas que serían nihilistas en materia ética y a los que daría lo mismo un contenido u otro del sistema jurídico, con lo que terminan sacralizando –si esta imagen fuera real– al poder de turno, cualquiera que fuera su modo de formación y de ejercicio. Las consecuencias de esta posición serían nefastas, como se mostraría con su materialización en la actitud, por ejemplo, de los jueces argentinos que, cada vez que los militares usurpaban el poder en el pasado, terminaban reconociéndoles su capacidad de crear normas jurídicas vinculantes para jueces y súbditos"²⁴.

Ambas imágenes claramente son una caricatura, puesto que si bien algo comprenden y perciben las posiciones en conflicto, las deforman de un modo demasiado drástico.

En estas condiciones es que, Nino, luego hace una reflexión acerca de las ideas que acompañan a estas posiciones señalando que "Cualquiera que sea la viabilidad de las posiciones restantes, una vez que la caricatura ha sido reemplazada por un retrato relativamente realista, lo cierto es que el debate entre objetivistas y escepticos en materia moral no puede agotar lo que discuten positivistas y iusnaturalistas. Esto es así, no solo porque hay miembros de ambos

²³ NINO, C. S., *Derecho, Moral...*, cit. (n. 2), pp. 17 ss.

²⁴ *Ibid.*, pp. 18 y 19.

bandos que no se adscriben a la posición aparentemente correlativa sobre la naturaleza de la moral, sino porque la mayoría de los contendientes admiten que la cuestión objetivismo *versus* escepticismo ético es diferente de la que constituye el nudo de su controversia, por más que, según algunos de ellos, pueda establecerse alguna relación entre ambas²⁵.

Más aún, nuestro autor cree que tal controversia se encuentra, en la actualidad, totalmente disuelta²⁶. Piensa que gran parte de ella está compuesta del ánimo negativo frente a su contrincante que ha caracterizado a sus respectivos sostenedores en cuanto a negar “legitimidad a las empresas intelectuales”²⁷ que sostienen la posición contraria, descalificándose mutuamente, lo que es propia, pensamos, de resabios subsistentes de viejas querellas que en el pasado dividían el mundo de los pensadores, particularmente de la provocada por los iusfilósofos que se han opuesto a la idea de un Derecho natural teológico, orden cuya razón última descansa en la dogmática católico-escolástica, ya desde la perspectiva racionalista, o ya desde el ángulo materialista.

Como la ya antigua discusión de posiciones filosóficas sobre materias generales, como las indicadas y otras, es, a juicio de Nino, independiente del debate jurídico, la controversia entre positivistas y iusnaturalistas no tiene razón de ser, no tiene objeto específico y propio, sino que es parte de cuestiones más amplias y profundas cuyo alcance no debe tocar al Derecho, su validez y fundamento, más aún si consideramos que no todo positivista es escéptico en materia ética, ya que podría admitir que las cuestiones valorativas pueden resolverse por procedimientos objetivos y racionales y aún admitir que los juicios valorativos describen cierto tipo de hechos, y sin embargo, insistir en la conveniencia de contar con un concepto de Derecho definido y caracterizado conforme a elementos y situaciones provenientes de la experiencia.

Así, la eventual o supuesta objetividad de los juicios de valor acerca de las reglas o principios que deben ser reconocidos por el Estado, no disminuye la necesidad de contar con un esquema conceptual para hacer referencia a los estándares que son efectivamente reconocidos por el Estado, con entera independencia de la existencia de esos valores.

Como algunos que no comparten las ideas positivistas piensan que el Derecho –que es un fenómeno cuyas conductas están evidentemente mediatizadas por los valores– no puede ser descrito adecuadamente sin considerar tales valores, muchos de ellos, y tan serios como Dworkin, “no parecen abrazar sin reserva esa tesis”²⁸. Este parece aceptar que es posible una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios reconocidos efectivamente por el Estado, lo cual podría ser posible porque hay terrenos de nadie, o mejor dicho, de todos, por ejemplo en materia de justificaciones políticas en sus diversas áreas de expresión.

En todo caso, Dworkin tiene una noción del Derecho en parte normativa, en tanto incluye los estándares que derivan de la mejor teoría valorativa que justifican los mínimos exigibles institucionalmente reconocidos, y en parte descriptiva, en tanto incluye tales estándares institucionalmente reconocidos independientemente de su justificación. Con ello explica su admisión de que puede haber estándares injustos que sean Derecho y que no todo lo moralmente correcto es Derecho.

²⁵ NINO, C. S., *Derecho, Moral...*, cit. (n. 2), p. 20.

²⁶ NINO, C. S., *La validez...*, cit. (n. 13), pp. 170 ss.

²⁷ *Ibíd.*, p. 171.

²⁸ *Ibíd.*, p. 172.

Nuestro autor, entonces, desestima la importancia y trascendencia que puede tener esta polémica, amén que las posturas a su respecto se han suavizado en el último tiempo, esto es, se han matizado, concluyéndose que “no todos los positivistas niegan la posibilidad de una demostración racional e intersubjetiva de los juicios de valor acerca de las reglas y principios que el Estado debe reconocer, y si los antipositivistas serios no niegan la factibilidad y relevancia de una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios que, de hecho, son reconocidos por el Estado, la controversia entre ellos no versa sobre cuestiones de más profundidad filosófica que el mero reconocimiento de que hay varias alternativas legítimas para definir derecho”²⁹.

De esta manera, Nino pretende dar por superada la controversia señalando que no solo es posible y saludable, sino entera y absolutamente necesario contar con más de un concepto para definir el Derecho. Así, la validez y fundamento del Derecho viene dada por la teoría y la práctica. Parece que similar fenómeno ocurre, a esta ciencia jurídica, cuando preguntamos si ella es empírica o normativa, entonces pocos estarán en condiciones de señalar que es excluyentemente una de las dos y no las dos disyuntiva o copulativamente, por razones teóricas y prácticas, que, en ella, ineludiblemente van de la mano como se demuestra permanentemente.

Por lo mismo es que Nino nos señala cuál es la tesis que intenta defender, esto es, que habiendo razones importantes en favor de un concepto normativo como en favor de uno descriptivo del Derecho y sus consecuencias naturales en torno a su validez, reconoce la existencia de una pluralidad de conceptos de Derecho y las señaladas consecuencias, que lejos de empobrecerlo lo enriquecen dándole un contenido más amplio, pero sin establecer una jerarquía entre sus elementos de manera que ninguno de ellos parezca más importante que los otros.

3. LOS CONCEPTOS NORMATIVOS Y DESCRIPTIVOS DE VALIDEZ

Para acceder a un concepto de validez en Nino, es fundamental establecer una diferencia de suma importancia combinando de diversas maneras los distintos elementos que señalábamos anteriormente, ya sea que incluyamos o no la justificabilidad o fuerza obligatoria de la norma o del sistema como parte del concepto.

De este modo, para Nino, si la designación del concepto de validez incluye la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico de los que se predica validez, el concepto se convierte en una noción normativa. En este sentido, con la expresión validez, se quiere decir que si una norma o un sistema son válidos implica afirmar que deben ser observados y aplicados por todos, que provee razones para justificar una acción o decisión. Si la palabra validez se emplea con este significado, afirmar que una norma jurídica es válida, pero que no debe ser obedecida o aplicada, por ejemplo, por ser injusta, es contradictorio, porque aquí su validez está implicada y necesariamente con la idea de observación y aplicación.

Cuando se usa la expresión validez con este significado normativo –lo que se hace repetidamente y en muchos contextos– y se sostiene, además, que una regla solo es una norma jurídica si es válida, esto es si está justificada o tiene fuerza obligatoria, se está presuponiendo

²⁹ NINO, C. S., *La validez...*, cit. (n. 13), pp. 172, 173.

una definición no positivista de Derecho, es decir, se alude a una definición que alude no a las normas reconocidas por ciertos órganos, sino a las normas que deben ser reconocidas por ellos.

La relación requiere precisar en el plano de la realidad, entonces, qué elemento está en primer lugar en la cadena del ser o existir de la norma, cuestión que también toca el órgano que la reconoce o que la debe reconocer, ya que este tiene legitimidad para existir desde el momento que una norma así lo establece, acompañada de la debida justificación.

Por su parte, los otros significados de validez, que están asociados o con la vigencia de una norma o de un sistema, o con la pertenencia de una norma a un sistema, o con la circunstancia de que una norma ha sido permitida o declarada obligatoria por otra, son, en cambio, puramente descriptivos. La aplicabilidad y reconocimiento de estos distintos conceptos de validez depende solamente de verificaciones fácticas, es decir, adquieren fuerza y significación solo porque se fundan en datos que provienen de la realidad en que rige y adquiere aceptación y aplicación la norma jurídica.

De esta manera, como la idea de validez suele estar asociada con la existencia de una norma jurídica o de un sistema jurídico, la noción de existencia será también normativa o descriptiva según con qué concepto de validez se identifique. Nino, piensa que validez no puede ser concebida separada de la existencia de la norma o del conjunto de normas (el sistema jurídico), con lo cual se producen importantes consecuencias.

Si se identifica con el concepto normativo de validez, se dirá que una norma jurídica existe cuando debe hacerse lo que ella prescribe, con total independencia si ella tiene una existencia positiva. Por ello que sería, a juicio de Nino, este el mismo criterio de existencia que se emplea en relación a las normas o principios de una moral crítica; por ejemplo, cuando se dice que existe una norma moral que prohíbe mentir, no se quiere decir –salvo que hablemos de la moralidad social positiva– que esta norma está vigente o ha sido dictada por alguien, sino lo que ella dispone debe ser.

En cambio, si el concepto existencia se identifica con alguno de los conceptos descriptivos de validez, se dirá que una norma jurídica existe cuando, por ejemplo, ella está vigente, o cuando pertenece a un sistema jurídico, con independencia, ahora, si dicha norma tiene o no un contenido moral, lo cual no quiere decir que se excluya la posibilidad que se reconozca, porque si así fuera significaría que se está negando un posible fundamento en esa dirección, lo cual es inconveniente y sinsentido.

Nino, en su obra, intenta conciliar el positivismo y el iusnaturalismo, a pesar que ambos aspiran tener un concepto propio de Derecho, así como conclusiones originales y definitivas acerca de su validez y fundamento. Pero no es un tipo de conciliación en cuanto los contrincantes en disputa deban ceder una parte de sus pretensiones, sino que reconoce como explicables estas diferencias en tanto no atañe directamente el Derecho en sí. Reconoce que la validez del Derecho en ambas concepciones tienen un sustento en materias más generales de la filosofía, que escapan al ámbito propio y restringido del Derecho, lo que ha dado lugar a los malentendidos y a un diálogo de sordos entre sus sostenedores.

4. ELEMENTOS PARA UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO EN NINO

La respuesta que debe darse al dilema que presenta la relación entre el principio que da validez a las prescripciones positivas y los principios morales es el punto de partida para resolver el problema de la validez del Derecho.

- a.- Primero, cree nuestro autor³⁰ que entre ambas existe una cierta identidad en cuanto ambas comparten una serie de propiedades formales,
- b.- En segundo lugar piensa que no debe confundirse la objetividad de las prescripciones positivas con la objetividad del juicio que les da validez,
- c.- En tercer lugar, establece que, solo en un sentido muy restringido de moral, habría una relación entre las materias que tratan los principios de esta índole y la que trata el principio de validez jurídica, sin dejar de reconocer por cierto que hay principios valorativos y morales, en un sentido amplio, acerca de cuál es el contenido admisible de las directivas formuladas por quien tiene el monopolio de la coacción estatal y de los límites apropiados del ejercicio de esa coacción, y
- d.- Finalmente, resultaría muy extraño que el razonamiento práctico de nuestro autor se haya desarrollado de tal modo que incluya razones justificatorias de carácter tan distinto que cuando están en conflicto no haya forma de decidir entre ellas: si fuera así, habría situaciones en que se sabría que el comportamiento es jurídicamente legítimo y moralmente ilegítimo, cuestión que no es planteada por nuestro autor.

Nino duda que ciertos pensadores nieguen que en algún caso la inmoralidad del contenido de una norma pueda contrarrestar su validez jurídica, de modo que los jueces deban desconocerla, por ejemplo en las leyes raciales nazis, con lo cual esa posición se reduce a asignar un peso muy grande al principio que da validez a las normas positivas y no supone que haya una brecha insalvable entre los restantes principios morales.

Nino cree que para esto hay una solución, o posibilidad de ello y es que se debe reconocer llanamente que el principio que estipula que deben ser obedecidas y aplicadas las prescripciones originadas en quienes tienen el cuasi monopolio de la fuerza es un principio moral. Si esto no se reconociera así, el sistema jurídico podría caer en la anarquía. Esto implica que este principio puede defenderse sobre la base de razones más básicas de esa índole –como las de seguridad y previsibilidad, que sugiere Carrió– y que debe integrarse en un mismo sistema con otros principios morales.

Esta integración supone que el principio que daría validez moral a las normas positivas por su origen puede sufrir limitaciones o excepciones sobre la base de principios morales que valoran las prescripciones de su contenido, lo cual implica reconocer un valor de la norma en cuanto lo que prescribe y no cómo se originó.

Nino ahonda en este tópico cuando hace una interesante y actual disertación cuando ataca todas las justificaciones espurias de los gobiernos de facto argentinos. Para él la discusión de la validez jurídica, ubicada en el plano teórico, puede tener incidencia o efectos prácticos negativos en la vida institucional de un país, de donde es necesario hacer una defensa de la democracia que, según él, presenta comparativamente una evidente superioridad moral. Sostiene que hay dos tipos de consideraciones para juzgar la legitimidad de las normas jurídicas: las que hacen a su contenido y las que hacen a su origen.

Nuestro autor cree que los juristas sinceros admiten que la validez del Derecho está dada por el contenido, como por el origen de la norma. La única diferencia puede estar en el grado de disvalor por el contenido que se exige para contrarrestar la validez de origen. Hay, entonces, una cuestión de grados.

³⁰ NINO, C. S., *La validez...*, cit. (n. 13), pp. 218 ss.

Sostiene que es posible que, aun admitiendo que la validez de origen sea de tipo moral, se le asigne un peso tan grande frente a la validez de contenido. Piensa que es infundado el temor de que si se reconoce que la aceptación de las normas jurídicas se apoya en razones morales, entonces se decidirá aplicar o no aplicar cada norma sobre la base de la adecuación valorativa de su contenido. Precisamente, las razones morales de seguridad en que se funda ese temor hace que no sea moralmente debido aceptar una norma moderadamente injusta cuando su origen es legítimo desde el punto de vista moral. Entonces, no ve contradicción en ambas perspectivas que asignan validez al Derecho si es que se hace una adecuada ponderación de cada una de ellas.

En esta parte nuestro autor aclara que, además de la disociación interna que existe o puede existir entre la legitimidad de origen y la de contenido, puede darse un conflicto entre razones jurídicas y razones morales, pero, en el caso que se comentaba, las razones jurídicas se refieren o aluden a las razones relativas al origen de una disposición.

De este modo es que la fuerza justificatoria de un enunciado tal, como por ejemplo el Derecho establece que el robo es sancionable, cuando es aplicado por el juez mediante una decisión frente a un caso concreto, lo hace no solo porque existe una disposición normativa que así se lo señale, por la autoridad llamada a hacerlo, sino porque proviene de un principio moral que confiere esa autoridad y da validez a sus prescripciones. Es este tipo de enunciados a los que nuestro autor ha denominado “de adhesión normativa”, con las que coinciden o ensamblan las normas jurídicas, constituyéndose en una especie de juicios morales.

Es decir, en el caso que se comenta se produce una perfecta armonía porque hay una coincidencia entre la fuerza obligatoria que emana de la norma en su carácter jurídico, con la justificación moral de la misma. “Pero como una subclase de un cierto género es legítimo distinguir estos enunciados, denominándolos jurídicos y contrastándolos con los demás juicios morales, que disponen directamente lo que debe hacerse, en lugar de hacerlo indirectamente al dar validez a las prescripciones de cierta autoridad.

“Si este tipo de juicio de adhesión normativa emplea en forma directa el concepto de Derecho –como el ejemplo que nosotros pusimos de que el Derecho establece que el robo es sancionable– es razonable suponer que es este concepto el que le da el enunciado de carácter normativo que lo habilita para poseer la fuerza justificatoria transmitida por el principio moral del cual deriva. Se trata entonces de un concepto normativo de Derecho –que identifica estándares con validez o fuerza obligatoria moral– como el que los iusnaturalistas propugnan”³¹.

Un juez o un jurista, en su tarea de reformular el orden jurídico, no necesitan emplear la expresión Derecho en la formulación de sus juicios de adhesión normativa. Puede emplear este término en la formulación de las premisas descriptivas de su razonamiento normativo aludiendo a las reglas efectivamente reconocidas y expresar, en cambio, los juicios de adhesión normativa que son conclusión de ese razonamiento por medio de otra expresión –como, simplemente, la de Derecho válido–. De este modo, un juez o un jurista pueden realizar su tarea normativa manteniéndose fieles a la actitud positivista de emplear un concepto descriptivo de Derecho, con lo cual se salva la aparente contradicción que habría entre ambas perspectivas.

³¹ NINO, C. S., *La validez...*, cit. (n. 13), p. 220.

Más aún, si el juez o el jurista deciden emplear un concepto normativo de Derecho no enfrentarán por ello ninguna desventaja, salvo, a veces, la de una formulación más engorrosa, ya que los enunciados que emplean un concepto son traducibles a enunciados que emplean el otro, esto es, el descriptivo.

No parece ser cierto, por ejemplo, que el empleo de un concepto normativo de Derecho impida la crítica de los jueces que no aplican el Derecho existente. Bajo este concepto, la expresión Derecho existente es traducible, aproximadamente por la mayoría de los órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, como lo que es Derecho, o sea lo que esa mayoría cree que son estándares que deben moralmente aplicar en sus decisiones. Aquí, como podemos ver, Nino ve una conciliación entre estas dos nociones y, por lo tanto, la explicación de la validez del Derecho a través de ambas. Esta descripción lo es de un hecho perfectamente objetivo y en su identificación no intervienen las apreciaciones éticas subjetivas del crítico de turno; tomando en cuenta tal descripción podemos, por supuesto, criticar al juez que se desvía de esa práctica mayoritaria, así como podemos criticar, si cabe, a la mayoría de los jueces por apartarse de las convicciones de la moral positiva. También podemos detectar las lagunas, contradicciones e imprevisiones en lo que los jueces consideran Derecho, o sea los estándares que ellos creen que deben aplicar, con lo cual mejoran las soluciones propuestas ante el caso concreto que deben resolver.

“Si la diferencia entre el positivismo y el iusnaturalismo se reduce meramente a la cuestión de si la expresión derecho debe usarse en una premisa descriptiva del razonamiento de jueces y juristas o en una conclusión normativa, esa diferencia se nos presenta lo suficientemente nimia –no obstante el lúcido intento de Carrió de mostrar lo contrario– como para ser zanjada mediante un armisticio ecuaníme que asigne a cada concepto de derecho un campo de aplicabilidad diferente”³².

Entonces, en Nino, las normas jurídicas pueden fundarse en premisas descriptivas o normativas, indistintamente, al momento de estudiarlas y aplicarlas otorgándoles su exacto valor y enfoque. De modo que sus diferencias no son tan relevantes, como para que sean incompatibles absolutamente, pudiéndose concluir que ambos conceptos son válidos y perfectamente aplicados en aspectos distintos dentro del mundo del Derecho.

CONCLUSIONES

Nuestra presentación del pensamiento de Nino en torno a la validez del Derecho tiene que necesariamente prestar atención a la idea del Derecho en primer lugar, esto es, a la pregunta de qué es esta realidad. Nuestro autor funda su concepción del Derecho en ciertos hechos básicos. Este surge en la práctica social y tiene su origen en diversas realidades, entre ellos la acción del legislador, del juez, la moral individual y la social, los valores e ideales como la justicia, la seguridad y otros, y por último todos en su natural vinculación directa o indirecta con lo que ocurre en la realidad social, económica, cultural, etc.

Ahora, el concepto de Derecho resulta ser la combinación de dichos hechos básicos o de uno de ellos, o todos a la vez, conforme a la particular idea o ángulo que cada cual tenga. Nino concluye que dada esta situación no es posible tener un único concepto, más aún cuando se introduce la idea de concepto normativo o descriptivo de Derecho, con sus

³² NINO, C. S., *La validez...*, cit. (n. 13), p. 220.

subespecies, todos perfectamente coherentes, aceptables y con una aplicabilidad diferente, según sea el ámbito al que correspondan.

Luego que la noción de Derecho está íntimamente vinculada a la idea de la validez del Derecho y siendo que el concepto de Derecho es ambiguo, lo será también, por consecuencia, la idea de validez, la que no solo se aplica para calificar una norma jurídica, sino todo el orden jurídico, refiriéndose también, pensamos, a todo orden jurídico.

Nuestro autor, entonces, piensa que, frente a este escenario, es posible encontrar distintos focos de significado con lo cual podríamos arribar a un concepto de validez, es decir, equivalencias o asociaciones con qué vincularla, como por ejemplo: la existencia de las normas, su fuerza moral, formar parte de una jerarquía de normas, o porque fue establecida por una autoridad competente, o porque pertenece a un sistema jurídico, o, finalmente, porque las normas son observadas y aplicadas.

Pero también estos focos pueden presentarse combinados, de modo asistemático e informe, con lo cual la idea de validez se presenta con un resultado probablemente incierto y problemático.

Más aún, el problema de establecer una idea más o menos precisa del concepto de validez del Derecho está vinculada, según Nino, a la secuela y resultados de la vieja polémica iusnaturalismo-positivismo, con lo cual, y atendido el estado actual de esta querrela y sus consecuencias, es que las cosas son aún más complejas. En apretada síntesis, no están de acuerdo los autores acerca del papel que le corresponde a la moral en su relación con el Derecho. Como tampoco su relación con la política, aunque este es un tema distinto, que escapa a este trabajo, pero que está también estrechamente vinculado con este intento de diseñar un concepto de validez, dada la estrecha relación de la política y el Derecho.

En efecto, las recriminaciones son mutuas entre los pensadores de ambas escuelas y las acusaciones cruzadas en torno a la moral. Mientras unos serían escépticos y nihilistas, los otros serían fantasiosos y partidarios de un autoritarismo teocrático. Nino, frente a ello, coloca orden y señala que ambas son caricaturas y que todo está rodeado de la más insólita falta de una correcta y mutua comprensión. Más aún, sostiene que esta controversia hoy está disuelta, ya que el debate jurídico está más acá de las grandes preocupaciones, ya que estas serían propias de la filosofía general y de sus grandes sistemas y que no corresponde, en esta parte, contaminar a aquel debate con estas otras cuestiones porque la entorpecen y le procuran elementos extraños a su real objeto de estudio.

De este modo es que habría legítimamente diversas alternativas para definir Derecho y su validez, lo cual, además, en concepto de Nino, es absolutamente necesario. La validez del Derecho y su fundamento, viene dado, así, por la teoría y la práctica. Ambas van de la mano, ya que separadas no tienen sentido de existir.

Nino desarrolla algunos elementos para resolver el problema de la validez del Derecho, intentando conciliar las posturas mutuamente polémicas de positivistas y iusnaturalistas. Señala que una respuesta al dilema que presenta la relación entre el principio que da validez a las prescripciones positivas y los principios morales es el punto de partida para resolver este problema. Nino piensa que ambas están relacionadas y comparten una identidad común en varios aspectos. Podrían existir normas positivas reñidas con los principios morales, que podrían no carecer de validez, pero los juristas y jueces sensatos saben que dicha norma podría ser sometida a examen y terminar con un cierto grado de desvalor.

Lo que persigue nuestro autor es llegar a conciliar posturas con la idea que un cuerpo normativo de derecho debe identificarse con estándares de validez o con lo que él llama fuerza obligatoria moral. De esta manera un juez, por ejemplo, o un jurista pueden realizar su tarea normativa, sin salirse de su convicción positivista de emplear un concepto descriptivo de Derecho.

Concluye, en fin, que es posible arribar a una justa deposición de las armas que asigne, a la premisa descriptiva y a la conclusión normativa de lo que es Derecho, un campo de aplicabilidad diferente, con lo cual deja subsistente ambas nociones porque abarcan áreas distintas como diversos ámbitos de aplicación en el amplio mundo del Derecho.

III. RECENSIONES

GACETA JURÍDICA, EDICIÓN ESPECIAL, ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DEL CASO LA POLAR, AbeledoPerrot (Santiago, 2011), 90 páginas.

La tradicional revista *Gaceta Jurídica*, con ocasión de un importante acontecimiento para el plano jurídico en diversas áreas, como judicial, económica y administrativa, entre otros, ha tenido el acierto de publicar esta edición especial, dedicada con exclusividad a este suceso. Esta divulgación consta de dos partes, una primera, que prosigue al comentario editorial, dedicada a escritos doctrinarios de destacados profesores chilenos, que sobre distintas materias se han referido a este caso; y una segunda sección dedicada a jurisprudencia de los tribunales chilenos, con sentencias de casos que en su fondo guardan relación con el que es objeto de los artículos doctrinarios.

Así, el primer artículo de la sección doctrinaria, es el del profesor de derecho penal de la Universidad de Chile, Dr. Jean Pierre Matus Acuña, titulado *Responsabilidades Penales en el Caso La Polar*, aquí el autor distingue tres relaciones distintas que pueden llevar a determinar responsabilidades penales: una entre los administradores de la empresa y sus clientes tenedores de tarjetas de créditos, a propósito del delito de abuso de firma en blanco, en virtud de las repactaciones unilaterales; otra con la Superintendencia de Valores y Seguros, como órgano fiscalizador de este tipo de empresas, que debe determinar la licitud de las operaciones que esta toma, sobre la base de los datos que a ellos deben suministrar; y una tercera con los participantes del mercado de valores, para quienes debía proporcionar información fidedigna acerca de sus estados y, por ende, del valor real de la compañía, información esencial para que estos pudiesen decidir libremente si invertían aquí; es en consideración de estas relaciones que el autor se pregunta si los directivos y ejecutivos tenían conocimiento acerca de estas operaciones, o si es que existía un conocimiento potencial de esta información por su parte, para imputarles responsabilidad criminal por estos hechos; finaliza preguntándose qué grado de responsabilidad se les podría formular a los evaluadores de riesgo que auditaban esta empresa.

El profesor de derecho civil de la Universidad de los Andes, Dr. Hernán Corral Talciani, en su artículo titulado *Caso La Polar: Repactaciones Irregulares y Reparación a los Consumidores*, explica por qué surge y en qué consiste el mecanismo de la “repactación automática”, por lo demás, la conveniencia que le significaba para la misma empresa, que así mantenía sus estados y con ello su valor y, por ende, el de sus acciones, también, la cierta ventaja que tenía para los deudores que se les aplicara sobre sus deudas, al hacerlos perder la calidad de moroso al generar una nueva deuda, lo que, sin embargo, los derivó en las denuncias hacia el Sernac, no solo por dejarlos obligados de una manera mucho más onerosa de cuando prestaron el consentimiento, sino derechamente por no haber concurrido con su consentimiento; además, el profesor se cuestiona que estas repactaciones se subsuman bajo el concepto de novación que entrega el Código Civil. Finalmente se pregunta cuál sería la solución para este caso, y se refiere a la reparación de la Ley 19.496, de tal manera que esta compense la deuda.

En *El Gobierno Corporativo de La Polar S.A.*, el profesor Óscar Torres Zagal se refiere a la poca eficacia que tuvo la “LSA”, incluso en su modernización, al encontrarse aparejada a los estándares exigidos por la OCDE, al quedar esta superada por los hechos, así se refiere a que los directivos no ejercieron su deber de vigilancia de los negocios sociales, además de la ineficaz calificación de los fiscalizadores externos y auditores que lo sobrevaloraron, obteniendo su aceptación por parte de la junta de accionistas, ya que se las presentaban como auditadas en regla, en ello se refiere al afecto judicial de la situación, en relación a las acciones penales contra los directivos por parte de las AFP, y de las acciones colectivas dirigidas por el Sernac, además de las posibles acciones indemnizatorias por parte de los accionistas minoritarios, las que al momento se encuentran pendientes, así el autor hace presente que nos encontramos bastante alejados de la noción decimonónica de sociedad anónima de George Ripert, en que esta es una expresión de democracia perfecta, y más cercanos a la concepción de más pesimista de esta, en la que la sociedad anónima es una forma de oligarquía del capital.

El ex director del Sernac, José Roa Ramírez, en su columna titulada “*La Polar y Modificaciones Unilaterales de los Contratos*”, señala que el consumidor se ve enfrentado a una serie de problemas en los distintos mercados a que accede, uno de ellos es la modificación unilateral de los contratos, problema que quedó de manifiesto a raíz del caso La Polar, pero que según como hace presente, esta práctica es más común de lo que se suele estimar, de tal manera que está presente en varios mercados, y que los proveedores ejercitan sobre la base de las cláusulas ya pactadas, y su aceptación al recibir un aviso de esta modificación; como lo fue precisamente en el caso La Polar, esto sería en virtud de un mandato que se otorgó para que la empresa determinare la deuda, sin embargo, el autor recuerda el carácter que tienen las normas de protección al consumidor, y es que son irrenunciables, lo que dejaría sin efecto cualquier cláusula de este tipo, de tal manera que las repactaciones unilaterales serían absolutamente nulas.

En “*Los Derechos de los Consumidores en el Caso La Polar*”, la profesora de la Universidad Diego Portales, Francisca Barrientos Camus, reflexiona sobre algunos temas, desde la perspectiva de la Ley de Protección al Consumidor. Así, se refiere a que las repactaciones unilaterales resultan ser una infracción al deber de información por parte del proveedor, además de ser un incumplimiento de los términos y condiciones de lo contratado, y una cláusula abusiva y un atetando contra la buena fe, entre otras infracciones que se han verificado en el caso, por último, hace presente que las soluciones ofrecidas por la empresa, pueden adolecer de más infracciones a esta ley.

Consiguientemente, aparece una sección de jurisprudencia judicial, la que encabeza una sentencia que viene a referirse acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad de gerentes y directores. En el mismo punto, tenemos una sentencia que indica la forma de la ejecución de las facultades del gerente general, luego un fallo que se refiere a quien radica la facultad de administración de la sociedad anónima, a continuación y en relación al uso de información privilegiada, el texto se refiere a una sentencia en que se falla que los directores de las sociedades anónimas deben informar a la SVS las operaciones en que tengan interés, y una sentencia que viene a precisar en qué situación se entendería uso de información privilegiada, finalmente, y en relación al derecho del consumidor, encontramos un fallo que señala que las cláusulas abusivas no producen efectos.

Es destacable que las opiniones y discusiones sobre la contingencia jurídica, queden plasmadas en obras colectivas como esta, que sobre un mismo tema contingente se encuentren

reunidas, puesto que así se logra facilitar su acceso para futuras investigaciones sobre el caso, y es en ese sentido que es valorable, y por ello necesario, que ante futuros casos de similar revuelo e impacto, no solo mediático, sino que también propiamente jurídico, se editen obras colectivas que reúnan las opiniones de los científicos del derecho de mayor vigencia, para con ello no solo nutrir estos debates, sino que también llegar a influir a los demás con sus opiniones, que de carácter científico debieren informar y educar a la opinión pública a la hora de juzgar estos hechos.

Es de esperar que para futuras ediciones de esta naturaleza se presenten trabajos más acabados, que pasen de ser solo columnas, de tal manera que se presenten con el rigor científico propio que poseen las publicaciones jurídicas contemporáneas.

Elio Segovia Olave.



COPYGRAPH
ediciones e impresiones