



UNIVERSIDAD DE PIURA
Facultad de Derecho

REVISTA DE DERECHO

Consejo de Redacción

Director:
Dr. Álvaro Zegarra Mulánovich

Editora ejecutiva:
Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda

REVISTA DE DERECHO
Vol. 23, Año 2022

© UNIVERSIDAD DE PIURA. 2022
Av. Ramón Mugica 131 - Urb. San Eduardo, Piura, Perú
Apartado postal 353. Fax: 51-73-284510

Editado por:
Universidad de Piura
Av. Ramón Mugica 131, Urb. San Eduardo, Piura, Perú

Director de la revista:
Álvaro Zegarra Mulánovich

Corrector de estilo y artista gráfico:
Luis Angel Martinez Ruíz

Revista de periodicidad anual
Revista indizada en el sistema Latindex

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)
ISSN: 2664-3669 (En línea)

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2000-4208

La Revista de Derecho es una publicación de periodicidad anual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Tiene como objetivo incentivar la investigación jurídica y ser punto de referencia para investigadores, abogados y estudiantes de derecho tanto nacionales como internacionales en todas las ramas del derecho.

Revista arbitrada por el sistema de pares externos y miembros del Comité Editorial.

La revista no se identifica necesariamente con las opiniones emitidas por los autores de los artículos.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de esta obra puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso expreso de los autores o de la Universidad de Piura.

Publicado en diciembre de 2022

Comité Editorial

Dr. Antonio Abruña Puyol (Universidad de Piura)
Dr. Jorge Basadre (Universidad de Piura) †
Dr. Luis Fernando Castillo Córdova (Universidad de Piura)
Dr. Krystian Complak (Universidad de Wrocław)
Dr. Faustino Córdón Moreno (Universidad de Alcalá de Henares)
Dr. Francisco Cuenca Boy (Universidad de Santander)
Dra. Rosario de la Fuente Hontañón (Universidad de Piura)
Dr. Manuel de la Puente (Universidad Católica) †
Dr. Ramón Durán Rivacoba (Universidad de Oviedo)
Dr. Percy García Cavero (Universidad de Piura)
Dr. Jorge Luis García-Pita Lastres (Universidad de La Coruña)
Dr. José Gonzáles López (Universidad de Piura)
Dr. Carlos Hakansson Nieto (Universidad de Piura)
Dr. José León Barandiarán Hart (Universidad de Lima) †
Dra. Carolina Loayza Tamayo (Universidad de Lima)
Dr. José Luis Martínez López-Muñiz (Universidad de Valladolid)
Dr. Manuel Martínez Neira (Universidad Carlos III)
Dr. Antonio Luis Martínez-Pujalte (Universidad Miguel Hernández de Alicante)
Dr. Juan Monroy Gálvez (Universidad de Lima)
Dra. Luz Pacheco Zerga (Universidad de Piura)
Dr. Rafael Pastor (Universidad de Piura)
Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela)
Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Universidad de Navarra)
Dr. Antonio V. Sempere Navarro (Universidad Rey Juan Carlos)
Dr. Pedro Serna Bermúdez (Universidad de La Coruña)
Dr. Jesús María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra)
Dr. Eugenio Simón Acosta (Universidad de Navarra)
Dr. Fernando Vidal Ramírez (Universidad de Lima)
Dr. Juan Zegarra Russo (Universidad de Piura) †

ÍNDICE GENERAL

HOMENAJE DOCTOR *HONORIS CAUSA*

ELOGIO

Víctor Baca Oneto.....	11
------------------------	----

EL INTERÉS GENERAL

José Luis Martínez López-Muñiz.....	15
-------------------------------------	----

DOCTRINA NACIONAL

¿ES LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA VERDADERA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA?: UN ANÁLISIS JURÍDICO

Guillermo Chang Chuyes.....	57
-----------------------------	----

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Cristian Javier Araujo Morales	77
--------------------------------------	----

¿ES CONVENIENTE QUE PERÚ SUSCRIBA LA CONVEMAR? ARGUMENTOS PARA UNA RESPUESTA POSITIVA

Víctor Domingo Herrada Guerrero.....	109
--------------------------------------	-----

APUNTES INTRODUCTORIOS SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Vicente Brayan Villalobos Villalobos.....	133
---	-----

DOCTRINA EXTRANJERA

EL TRATAMIENTO DE LA ACCIÓN RESARCITORIA COLECTIVA POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL EN ESPAÑA M. ^a Elisa Cuadros Garrido.....	165
LOS AJUSTES RAZONABLES COMO MEDIDA DE INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD José Antonio González Martínez.....	187
EQUIDAD, ARBITRAJE Y AMISTAD EN LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE ARISTÓTELES Eduardo Esteban Magoja.....	215

*HOMENAJE
DOCTOR HONORIS CAUSA*

Por:
Víctor Baca Oneto*

ELOGIO

EXCELENTÍSIMO VICE GRAN CANCELLER:

Profesor José Luis Martínez López-Muñiz nació en Valladolid, el día de Navidad de 1944. Su vocación y pasión por la justicia lo llevó a estudiar derecho en las Universidades de Valladolid y Navarra, licenciándose en 1966.

En 1971 obtuvo el grado de doctor en Derecho en la Universidad de Oviedo, en la cual inició su carrera docente. Luego de ser profesor ayudante en Oviedo y en Valladolid, ingresa en 1974 en el cuerpo de profesores adjuntos. Entre 1975 y 1983 ocupó una plaza en la Universidad de Oviedo, trasladándose luego a Valladolid, donde se convertiría en profesor titular de la Facultad de Derecho (1983-1988) y, posteriormente, en catedrático, hasta su jubilación al finalizar el 2015.

Actualmente, es profesor emérito en dicha casa de estudios, en la cual ocupó además diversos cargos, como director del Departamento de Derecho público y vicerrector de Ordenación Académica y Profesorado. Como profesor universitario, ha sabido compaginar su pasión por la docencia con la investigación y su constante vocación por la formación, académica y humana, de quienes hemos tenido el privilegio de gozar de su magisterio. Titular durante muchos años de una de las cátedras más importantes de España en derecho administrativo —ocupada antes de él por algunos de los profesores más importantes de la historia de la disciplina—, José Luis Martínez López-Muñiz ha

* Discurso pronunciado por el padrino doctor Víctor Baca Oneto, director del programa académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (campus Lima), el 30 agosto del 2019, en elogio del doctor José Luis Martínez López-Muñiz disponible en <https://doi.org/10.26441/HC-30082019-E567>.

Elogio

formado varias generaciones de discípulos, algunos de los cuales ya ostentan también la condición de catedráticos universitarios.

Autor de más de 200 trabajos científicos, ha dirigido veinte tesis doctorales. Entre otras responsabilidades, fue miembro de la Junta Organizadora de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, de la cual luego fue vocal de su Consejo Directivo, lo que pone de manifiesto el respeto que sienten por él profesores de todas las regiones y escuelas de España, quienes —más allá de las lógicas discrepancias conceptuales— le reconocen la condición de uno de los maestros más importantes y académicamente sólidos de su país. La reciente publicación de un libro homenaje con ocasión de su jubilación, en el cual pueden encontrarse más de ochenta trabajos de indudable calidad enviados por profesores de distintos lugares del mundo, da muestra de dicho respeto.

Sus intereses académicos lo han llevado a publicar investigaciones en casi todas las áreas fundamentales del derecho administrativo, del cual ha construido un cuerpo completo e integrado, erigido sobre la base de unas ideas sólidas y de gran coherencia interna. No obstante, sin desmerecer en modo alguno sus otros trabajos, cabe destacar su firme e indeclinable defensa del derecho de la educación, que se traduce no solamente en el derecho de las personas de recibir educación, sino de hacerlo de acuerdo con sus convicciones, lo cual a su vez tiene un correlato necesario en el derecho a constituir y conducir centros docentes.

Servidor incansable de la verdad, nunca ha dudado en asumir batallas para defender sus convicciones, incluso en contra de la corriente. Miembro del Consejo de Universidades Español, por designación del Congreso de los Diputados (entre 1994 y 2002) y luego miembro del Consejo de Coordinación Universitaria (entre 2002 y 2007), por designación del Senado, siempre defendió la autonomía de las Universidades y su vocación como centros dedicados al saber superior, a través de la investigación y enseñanza, alejados de las presiones políticas y económicas.

La llamada Tierra de Campos, en el corazón de Castilla, se caracteriza por sus horizontes sin fin, lo que nos lleva a pensar en un mundo inmenso, que se extiende más allá de nuestras miradas e incita a ser descubierto. En esos campos, cercanos a Medina de Rioseco, se forjó el carácter del profesor Martínez López-Muñiz, siempre cortés, quizá parco en palabras, pero generoso en acciones, afectuoso a la par que exigente. Español a carta cabal y europeísta convencido, aunque no acrítico, sus numerosos viajes y estancias de investigación le permitieron visitar distintos países de Europa, en los cuales también se le respeta y reconoce. En este sentido, su actuación en la institucionalización de los congresos hispano-portugueses e hispano-italianos de derecho administrativo es innegable. Además, sus vínculos con Hispanoamérica, no solamente familiares, lo han traído a nuestro continente en numerosas ocasiones, habiendo desarrollado una clara conciencia de todo lo que nos une y la importancia de ponerlo de manifiesto.

En este contexto, su relación con la Universidad de Piura es de larga data.

Maestro de dos de nuestros profesores ordinarios, actualmente dirige la tesis doctoral de una profesora más. Es profesor honorario de la Facultad de Derecho desde el 2010, condición que no ha sido meramente nominal, sino que ha sido constantemente ejercida, no solo por sus publicaciones en el Anuario de Derecho de la Facultad, sino por sus reiterados y constantes viajes a Perú, para participar en diferentes eventos como profesor y conferenciante. Actualmente, forma parte de la plana docente de la maestría en Derecho administrativo y regulación del mercado.

El cariño del profesor Martínez López-Muñiz no solo ha permitido que nuestros profesores se formen con él, sino que ha servido para que se cree un lazo muy estrecho entre todos sus discípulos y colegas, que han aprendido a querernos a través de sus ojos.

Excelentísimo vice gran canciller, he intentado exponer brevemente ante el claustro de nuestra universidad un resumen de los estudios y trabajos sobresalientes del eminentísimo profesor doctor José Luis Martínez López-

Muñiz. Por lo ya dicho, por su preclara vida, por la excelencia de sus trabajos, por su dedicación a nuestra Universidad, por la sabiduría alcanzada y por todos sus méritos, ruego a usted, vice gran canciller, le confiera el grado de doctor *honoris causa* en Derecho y que se lo incorpore como tal a nuestro claustro.

Por:
José Luis Martínez
López-Muñiz**

EL INTERÉS GENERAL*

Sumario

I. EL INTERÉS GENERAL EN ALGUNOS TEXTOS JURÍDICOS MÁS IMPORTANTES DEL PERÚ. II. EL INTERÉS GENERAL NO ES ALGO EXCLUSIVO DEL PODER PÚBLICO. III. COMPRENSIÓN DESVIADA DE LA NECESARIA DIFERENCIACIÓN COMO OPOSICIÓN TELEOLÓGICA. IV. ITINERARIO PERSONAL EN EL RECHAZO DE LA CONTRAPOSICIÓN TELEOLÓGICA. V. INTERÉS GENERAL Y BIEN COMÚN. VI. CONCEPTO DE INTERÉS GENERAL. VII. GRADACIÓN Y DIVERSIDAD EN EL INTERÉS GENERAL. VIII. EL INTERÉS GENERAL COMO SALVAGUARDA DE LAS LIBERTADES Y SATISECCIÓN CUMPLIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE TODOS EN SU DEBIDA CONJUNCIÓN.

Forma parte de la tradición que el nuevo doctor en estos actos corresponda con una disertación sobre algún tema del ámbito de su saber o conectado con él.

La misma realidad, ya vigorosa y aún más esperanzadora, de la Universidad de Piura alumbró enseguida en mi mente lo que podría ser el tema y el enfoque de la reflexión que finalmente hoy podría hacer con todos ustedes. La muy traída y llevada noción del *interés general*¹ sería el tema y el enfoque, el que de

* Texto base de la disertación pronunciada el 30 de agosto del 2019 en la Universidad de Piura en el acto de recepción del doctorado *honoris causa* otorgado por esta universidad a su autor.

** Profesor emérito de la Universidad de Valladolid. Catedrático jubilado de Derecho Administrativo. Profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

1 Particularmente abundante ha sido la atención de la doctrina en Francia, donde, además de otras obras que se citarán aquí, cabe recordar Linotte, Didier, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français* (tesis doctoral), Bordeaux 1975 ; Truchet, Didier,

inmediato me había sugerido la evidencia de la Universidad de Piura con el potente servicio al *interés general* que, en muchos aspectos, viene prestando en estas décadas.

I. EL INTERÉS GENERAL EN ALGUNOS TEXTOS JURÍDICOS MÁS IMPORTANTES DEL PERÚ

En verdad la Constitución peruana en vigor —como las anteriores de 1933 y 1979²— no alude en ningún momento a términos como “interés general” o “intereses generales”, aunque emplea otros en algunos de sus preceptos que pueden tener una significación más o menos similar, tales como “interés social” (artículo 28), “interés público” (artículos 97, 125 y 159) o el “alto interés público” (artículo 60), “interés nacional” (artículos 38, 63 y 118) —aunque haya aquí una referencia ya muy específica al ámbito concretamente nacional del interés general— o, en fin, el *bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación* (artículo 44).

Encontramos alguna mención literal del *interés general* en una ley tan relevante como el Código Civil peruano (artículo 15), aunque recurra más a hablar de *necesidad y utilidad pública* (artículo 925), de *interés social* (artículos 8, 27, 99, 185, 923 o 1355 y 1357) o de *interés público* (artículos 15 o 134) o de *la comunidad* (artículo 98).

De las leyes generales peruanas, quizás sea la Ley del Procedimiento Administrativo General la que más se refiera literalmente al interés o a los

Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, LGDJ, Paris 1977; Rangeon, François, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, Paris 1986; Merland, Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, LJDJ, Madrid 2004; Mathieu, Bertrand, Verpeaux, Michel (dirs.), *Intérêt général, norme constitutionnelle*, Dalloz, Paris 2007; Coq, Veronique, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, préface de Benoît Plessix, L'Harmattan, Paris, 2015.

2 Contenían alguna mención al interés general el artículo 141 de la Constitución de 1828 (tercera de las históricas del Perú) y los artículos 20 y 61 de la Constitución de 1867 (la octava).

intereses generales, comenzando por su artículo III, que asigna como finalidad de esta ley establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando —dice textualmente y bien podría interpretarse lo que es “interés general”, aunque no lo haya visto así la doctrina³— los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. Otros muchos de sus preceptos invocan el interés general: artículo IV —al acotar los principios de imparcialidad o de ejercicio legítimo del poder—, artículo VI —en materia de interpretación normativa—, artículos 33.2, 37.4, 115.2, 117, 194 o 198.7. Aunque no dejen de ser también numerosos aquellos de sus preceptos que se refieren, en cambio, al interés público (artículos IV, 3, 37.1, 113.3, 211, 212, 224.3, o 246), con un sentido que no será fácil diferenciar del dado a los términos de interés general en varias de estas referencias.

Tanto en el lenguaje corriente como en el del ordenamiento jurídico y en el empleado por los juristas en la doctrina⁴ o en la jurisprudencia, también en el Perú, no deja, pues, de aparecer el interés general. Como en otras partes, con todo, no es infrecuente que se utilicen muchas veces como equivalentes los términos de interés público⁵ o, como se desprende de lo dicho, otros que tendrían una significación similar, aunque hay que advertir que el interés público, amén de la ambigua connotación que ya puede implicar esta adjetivación como *público* —que podría dar por supuesta una supuestamente necesaria vinculación de todo interés general al Poder Público—, puede tener un sentido más restrictivo —seguramente preferible— que el interés general, aun sin excluir la importancia de este, que limitase su alcance a aquel interés

3 Cfr. Morón, J. C. (2001). *Comentarios Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica p. 23.

4 Véase., por ejemplo, Ochoa Cardich, C. (2003). Los principios generales del procedimiento administrativo. En Danós et al., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N.º 27444)*, 2.ª parte (pp. 55-56 y 80-81). Ara. Aunque habla de interés público; o Huapaya Tapia, R. (2011). *Administración Pública, derecho administrativo y regulación: estudios y cuestiones*. Ara, pp. 524-525.

5 Entre otros, consideran expresamente sinónimos al “interés público” y al “interés general”. Linotte, D., Mestre, A. y Romi, R. (1992). *Services publics et droit public économique*, I (2.ª ed.). Litec., p.51.

general que el ordenamiento explicita o implícitamente pone a cargo del Poder Público por no poder lograrse con la sola actuación de los particulares, aun bajo la pertinente regulación jurídica establecida por aquel⁶. Serán inevitables, sin embargo, algunas referencias aquí que, para respetar su expresión original, aluden al interés público con la dicha significación equivalente al interés *general*, aun con la apuntada ambigüedad.

II. EL INTERÉS GENERAL NO ES ALGO EXCLUSIVO DEL PODER PÚBLICO

Distorsiona la realidad y con muy negativos efectos toda pretensión de reducir el interés general a cuanto es propio de los Poderes Públicos o a lo que ellos realizan; carece de justificación desconocer o negar que los particulares y entidades sociales privadas, expresión de la libertad y responsabilidad de los ciudadanos, de su fecunda capacidad de iniciativa, contribuyen de muchas formas y de modo muy relevante al interés general, que sus actividades pueden ser, y son muy habitualmente, de interés general, aunque a la vez se ejerzan las más de las veces en ejercicio de sus libertades y, por ende, como algo enteramente propio y no por encargo, ni por concesión ni por delegación de los poderes públicos.

Nos acercamos con ello a cuestiones nucleares de la organización social y de su justa ordenación jurídica, así como de su disposición acorde con las exigencias propias de la dignidad de toda persona humana en su necesaria relación con cuantas otras componen las multiformes modalidades de la sociedad con la que

6 En línea con lo que propone, por ejemplo, Rivero, J. (1990). *Droit administratif* (13.ª ed.). Dalloz, p. 12 (hay una traducción española de esta obra al cuidado de Carlos Antonio Agurto González, Sonia Lidia Quequejana Mamani, Benigno Choque Cuenca, Olejnik, Santiago de Chile, 2019).

Ha tratado de clarificar, acertadamente, la relación conceptual entre el interés público y el interés general De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (2014). Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares, lección 7.ª. En T. de la Quadra-Salcedo, J. Vida Fernández, J. L. Peñaranda Ramos (eds.), *Instituciones básicas del derecho administrativo*. <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion7.pdf/view>.

todo individuo es solidario, aun con la intensidad y amplitud variables propias de esas distintas expresiones sociales.

El Estado de derecho, incluido el social y democrático, se basa en la diferenciación ontológica entre persona humana y Poder Público.

En la configuración de los Estados contemporáneos, bajo el constitucionalismo y lo que ha dado en llamarse “el Estado de derecho” (adjetivado hoy) —con buenas razones en muchos países también se le denomina “Estado social y democrático de derecho”—⁷ ha sido fundamental deslindar cuánto corresponde en la sociedad al ser humano, a la persona humana, de un lado, y al Poder Público, de otro.

La persona humana —única realidad sustancial en el entramado relacional, inmaterial, que llamamos “sociedad”— es centro y fin de todo el sistema social, político y jurídico, como ya supieron los juristas romanos en cuanto al derecho: *hominum causa omne ius constitutum est*, que ya había sentado al parecer Hermogeniano al doblar el siglo III y siglo IV (Blanch, 2008, pp. 1-2). En la *dignidad personal*, que proclama desde 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸ y se afirma en otros encomiables textos internacionales⁹

7 Artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949); artículo 1.1 de la Constitución española (1978); artículos 4 y 79 de la Constitución peruana (1979); artículos 3 y 43 de la Constitución Peruana (1993).

8 En el arranque de su preámbulo se afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Dice su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Su artículo 22 habla de la necesidad de *satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*. Por último, su artículo 23 vuelve a referirse a la *dignidad humana* a propósito del derecho al trabajo.

9 Destacan en el plano universal los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (preámbulo y artículo 10) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (preámbulo y artículo 13) de 1966; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (preámbulo), la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (preámbulo y artículos 23.1, 28.2, 37.c) o 39); y la Convención sobre los derechos de las

El interés general

y constitucionales¹⁰ actuales, se enraízan, sin duda, su libertad y todos sus derechos fundamentales¹¹.

Bien distinto y específico es, por otro lado, cuánto ha de tenerse como propio del ser y del actuar del Poder Público con que toda sociedad ha de configurarse en su imprescindible constitución como comunidad política, precisamente para garantizar lo mejor posible, en su seno y también frente a posibles agresiones externas a ella, el respeto de todas las personas humanas en su libertad y la efectiva satisfacción de sus derechos fundamentales, con el

personas con discapacidad del 2006 (preámbulo y artículos 1, 3.a), 8.a), 16.4, 24.1.a), 25.d)), Se encuentran referencias a la dignidad humana en los artículos 45.a) y b) del texto actual de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) —inicialmente adoptada en 1948— y más netamente en los artículos 11, 5.2 y 6.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, así como en el preámbulo y artículo 13.2 de su protocolo adicional “de San Salvador” de 1988.

En el ámbito del Consejo de Europa y de su Convención de Derechos Humanos, no ha habido una mención explícita hasta su protocolo 13, sobre la abolición de la pena de muerte, aunque aquella enfatiza su sumisión a cuanto se dispone en la DUDH de 1948. La importancia de la dignidad humana sí se explicita en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconocida como uno de los tratados constitutivos de esta por el Tratado de Lisboa del 2007, tanto en el preámbulo —incluso a título de fundamento de la Unión— como en su articulado, que comienza precisamente con un Título I sobre “dignidad” y un artículo 1 sobre “dignidad humana”, en el que se afirma que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

- 10 Destacan el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de 23 de mayo de 1949 de la República Federal de Alemania (Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt [La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público]); el artículo 1 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 (Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana [...] [Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana [...]]); el artículo 10.1 de la Constitución española de 1978 (La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes [...] son fundamento del orden político y de la paz social); el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993 (La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado); o el preámbulo y artículo 4 de la Constitución peruana de 1979.
- 11 Véase González Pérez, J. (2007). La dignidad de la persona y el derecho administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 7(29), 11-35; Prieto Álvarez, T. (2005). *La dignidad de la persona (núcleo de la moralidad y del orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas)*. Civitas, Thomson-Reuters; González Pérez, J. (2007). *La dignidad de la persona* (3.ª ed.). Civitas, Thomson-Reuters.

empleo incluso, en cuanto sea proporcionalmente necesario, de la coercibilidad con que, a tal efecto, ha de ser dotado. Es tarea del Poder Público esclarecer, promover y garantizar, en cuanto sea necesario, cuánto —por implicar exigible respeto de las libertades y debida satisfacción de los demás derechos fundamentales de todos cuantos integran la comunidad política— constituirá el conjunto de condiciones de paz, orden y bienestar que hagan posible a cada persona alcanzar sus legítimos fines de todo tipo en su inescindible doble dimensión individual y social.

III. COMPRENSIÓN DESVIADA DE LA NECESARIA DIFERENCIACIÓN COMO OPOSICIÓN TELEOLÓGICA

La radical diferenciación en la sociedad y ante el derecho entre la persona humana y el Poder Público —determinante para la correcta comprensión y articulación del Estado de derecho, y, desde luego, en su más reciente conformación como social y democrático— ha tendido a ser mal entendida y deformada por influencia de líneas de pensamiento filosófico social —a menudo contradictorias entre sí e incluso en aspectos de sus propias formulaciones— desarrolladas en algunas partes de Europa con especial vigor a partir de la Reforma Protestante¹² y del radical giro a la inmanencia en la filosofía de Descartes¹³.

12 Sobre la relevancia de la reforma protestante, luterana y calvinista en la configuración de Estado contemporáneo, con particular atención a las consecuencias del calvinismo, tanto presbiteriano como puritano y empirista, véase Álvarez Caperochipi, J. A. (2008). *Reforma protestante y Estado moderno* (2.^a ed.). Comares; Mateo Seco, L. F. (1980). *Ley y libertad según Lutero* (análisis de las consecuencias antinomistas de un planteamiento teológico. *Persona y Derecho*, 7, 159-228. Se refirieron sucintamente a ello De Castro y Bravo, F. (1955). *Derecho civil de España. Parte general*, I (3.^a ed.). Instituto de Estudios Políticos, pp. 13 y ss.; Duguít, L., entre otros de sus escritos (1924), *Soberanía y libertad* (lecciones dadas en la Universidad de Columbia, New York, de diciembre de 1920 a febrero de 1921), pp. 59-60 (hay una reedición de Comares, Granada 2013, a cargo de José Luis Monereo Pérez).

13 En perspectiva general, véase Maritain, J. (2008). *Tres reformadores: Lutero, Descartes, Rousseau*. (2.^a ed.). Encuentro.

Fueron tomando forma en los siglos XVII y XVIII otras teorías pactistas o contractualistas con teóricos del absolutismo como Tomas Hobbes¹⁴ —que transformaron y radicalizaron elementos ya presentes en el pensamiento medieval e incluso, en una u otra medida, en universitarios teólogos y juristas españoles del siglo XVI de amplia irradiación¹⁵—, que se impondrán también en un empirismo liberal británico como el de John Locke¹⁶ —tan influyente

14 Se ha escrito sintéticamente que el absolutismo doctrinal fue preparado por las opciones filosóficas de pensadores tan distintos como Maquiavelo o Lutero. Se expandió con otros autores como Bodino, Le Bret o Bossuet y recibió su formulación teórica más profunda con Hobbes.

Véase Nemo, P. (2002). *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*. PUF. 2002, p. 26. Este autor justifica por extenso estas afirmaciones en varios capítulos de este libro.

Le Bret (1558-1655) vivió la mitad de su vida ya en el siglo XVII. También en dicho siglo vivieron Bossuet (1627-1704), Richelieu (1585-1642), el Rey Sol, Luis XIV (que llegará hasta 1715) y Hobbes (1588-1679).

15 Cfr. Carpintero Benítez, F. (1977). *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca. Este autor cuenta con amplias referencias a otros autores de la época y destaca las posiciones secularizadoras e individualistas del jurista vallisoletano objeto principal de esta obra.

Menos radical se mostraría ya entre el siglo XVI y XVII Francisco Suárez (1548-1617) en *De Legibus* (Libro III, cap. II, 1. IEP, 1967) y su *Defensio fide* (vol. II, Libro III, cap. II, 11, IEP, 1970), que, aun manteniendo también un contractualismo, lo limita más netamente a la realidad del origen histórico de las distintas comunidades políticas soberanas.

Philippe Nemo, en su *Histoire des idées politiques...*, cit. *supra*, pp. 174-191, destaca la trascendencia de la llamada “Segunda Escolástica” y en particular de la *escuela de Salamanca* en la gestación histórica de lo que llama “la tradición democrática y liberal”; sin embargo, al referirse a las ocasionales menciones de estos autores del XVI y primeras décadas del XVII al “estado de naturaleza” en sentido teológico y a la necesidad del consentimiento del pueblo para la legitimidad del Poder Político (pp. 185-189), que ya había subrayado Santo Tomás de Aquino, puede detectarse, aun con alguna advertencia certera sobre su uso por Suárez (pp. 186-188) — con algo de confusión y mezcla imprecisa con el diverso sentido que estas nociones alcanzarán después—, en el iusnaturalismo racionalista (originado en ámbitos calvinistas —y la adversa reacción arminiana de la que participó Hugo Grocio (ob. cit., pp. 229 y ss.)— el luteranismo —en el caso de Pufendorf (ob. cit., pp. 499 y ss.)—, pero bajo una predominante influencia cartesiana), el empirismo lockeano o la ilustración enciclopedista —particularmente en torno a la idea del contrato social—.

16 Hobbes ya hizo descansar toda su construcción sobre la afirmación de un *estado de naturaleza* (“guerra de todos contra todos”) y un *contrato social* generador del “gran Leviathán”. Véase Nemo, Ph., ob. cit., pp. 139-154. Sin embargo, el pactismo o contractualismo como origen de la sociedad y del Estado llegó a ser lugar común.

en los orígenes de los Estados Unidos de América— o con el más continental iusnaturalismo racionalista de Grocio o Pufendorf¹⁷, determinadas corrientes democráticas revolucionarias y, en fin, relevantes representantes de la Ilustración, muy especialmente Rousseau —aun paradójicamente con su reacción sentimental antirracionalista— y, de otro modo, Kant o Fichte, que tendrían su continuidad dispersa y heterogénea en toda la corriente posterior hegeliana¹⁸ y en tantas otras como fueron proponiéndose a lo largo del siglo XIX y del XX, nutriendo varias de ellas lo que desembocaría en los grandes desastres de los totalitarismos del siglo XX, de los que quedan aún hoy algunos restos, no pocas reminiscencias y ambientes políticos sorprendentemente aún nostálgicos de tales barbaries, aunque, claro está, normalmente confiados en que “con ellos” no se repetirán los errores, aun partiendo de los mismos presupuestos.

El punto clave de todo eso ha sido entender la necesaria diferenciación entre persona humana y Poder Público o Estado en términos de oposición y confrontación radicales, en razón específicamente de lo que, en diversos modos y con variedad de justificaciones y matices, vendrían a considerarse sus fines contrapuestos: la persona humana, los fines individuales, el interés particular, egoísta incluso, en no pocas formulaciones; el Poder Público, el interés general, el interés colectivo, en el que, en las versiones más extremas —Rousseau—, quedarían absorbidos los derechos e intereses individuales, particulares, por

17 “La doctrina del derecho natural individualista opone violentamente el individuo al Estado; el derecho debe defender los derechos innatos del hombre, y toda desconfianza hacia el Estado parece justificada. El derecho civil privado se enfrenta con el derecho del Estado u orden político, y se le caracteriza como “libertad que cada uno tiene de conservarse en su Estado” (Spinoza (1632-1677), *Tractatus theologico-politicus*, capítulo 16...). Esta doctrina alcanzará, por medio de Kant y Fichte, un influjo extraordinario, que continua hasta nuestros días” (De Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, ob. cit., p. 83). Para una aproximación al modo en que el mismo Spinoza justifica el omnímodo poder del Estado en virtud de la doctrina del pacto, véase Morales, C. (1978). *Baruch Spinoza: tratado teológico-político*. Magisterio Español, pp. 214-216 y 219-220, 223, 238 y 240 y ss.

18 Una sucinta referencia a la concepción de Hegel sobre el Estado como “realidad efectiva de la idea ética”, que “en y por sí es la totalidad ética”, puede verse en Meilán Gil, J. L. (2009). Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, 10(40), 13 y ss., reproducido en su libro *Categorías jurídicas en el derecho administrativo*, Iustel. 2011, p. 179, nota 532.

decisión colectiva —*la voluntad general*—, con lo que incluso las minorías — inicialmente discrepantes— habrían de identificarse¹⁹. La socialización no sería sino un proceso de transvase de intereses individuales contrapuestos a intereses generales a cargo del Estado, siendo el único modo de pacificar la “guerra” entre aquellos, lo que explicaría el constante crecimiento relativo de los Poderes Públicos y de los intereses generales a su cargo y la reducción progresiva del ámbito de las libertades individuales, objeto siempre de sospecha de ejercicio egoísta y antisocial.

Seguro que estas consideraciones evocarán en los oyentes o lectores experiencias cotidianas de debates intelectuales, jurídicos, sociales y políticos en los que aparece de diversas maneras como trasfondo esta trascendental problemática. No son ficciones artificiosas. Son ideas que forman parte, también hoy, de tantas propuestas relevantes o subyacen a ellas y que afloran, a veces y de modo explícito o implícito, en expresiones constitucionales, legales,

19 Cuando se muestra empeño por aclarar que “el interés general no es el interés de la Comunidad, considerada como entidad distinta de los que la componen y superior a ellos, sino simplemente un conjunto de necesidades humanas” (Rivero, *Droit administratif*, ob. cit., p. 13), parece querer salir al paso de pretensiones como las que derivan del planteamiento de Rousseau, cuya construcción había sido ya fuertemente criticada por Duguit, L. (véase *Soberanía y libertad*, cit. *supra*, pp. 164, 167, 168) considerándole sin ambages “iniciador de todas las doctrinas de dictadura y de tiranía, desde las doctrinas jacobinas de 1793 hasta las doctrinas bolcheviques de 1920” (ob. cit., p. 214). Es la paradoja de cómo el individualismo puede llevar al totalitarismo estatal (*ibid.*), aunque es notable que precisamente la “finalidad antiautoritaria, contraria a la idea de poder” que movió a Duguit a construir su teoría del servicio público, no hizo sino “reforzarla” (Meilán Gil, J. L. (1997). El servicio público como categoría jurídica. *Cuadernos de Derecho Público*, 2, p. 82, con cita de E. Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, París, 1972). Jacques Maritain, en *Tres reformadores...*, ob. cit., p. 112, se refiere, por su parte, al mito del panteísmo político inherente a la tesis de la voluntad general de Rousseau, “*la voluntad propia del Yo común, engendrado por el sacrificio que cada uno ha hecho de sí mismo y de todos sus derechos en el altar de la ciudad.*”, fruto —dice el filósofo francés que participó, como se sabe, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos— de un “Cristianismo corrompido” (pp. 117 y ss.), que “consumó la inaudita operación iniciada por Lutero [...] y terminó de *naturizar* el evangelio” (p. 122). Sobre la relación de Rousseau con el despotismo, véase también Carpintero Benítez, F. (2007). La dimensión pública de las personas. En Á. Aparisi Miralles (ed.), *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*. Comares, pp. 66-68.

judiciales, doctrinales, de los medios de comunicación, y del diario discurrir de la vida cultural, económica, social y política.

En verdad, como escribió frente a Rousseau uno de los más ilustres maestros que han enseñado en esta Universidad de Piura, Vicente Rodríguez Casado —dejando indeleble huella de su consistente humanismo, sólidamente cristiano—: “Solo si el hombre es sociable por naturaleza, autoridad y libertad son términos complementarios; si no lo es, son contrapuestos” (Rodríguez, 1981, p. 161). Como dejara escrito D. Manuel Colmeiro en las primeras líneas de su memorable *Derecho administrativo español*, en 1850 —editado por Calleja, por cierto, a la vez en Madrid, Santiago y Lima—:

La sociedad no fue adquirida ni premeditada: el sistema de las convenciones o pactos, como origen y fundamento de la asociación civil, repugna a las leyes de la creación, porque supone contingente lo que en su esencia es necesario. La sociedad coexiste y coexistió siempre con el hombre, y es una condición inviolable de su triple naturaleza como ser físico, moral e intelectual a un tiempo. El hombre tiene horror al aislamiento, porque fuera de la sociedad no ve sino la nada, y su espíritu se agita dolorosamente en el vacío”. Y, en fin, “así como la sociedad nació con el hombre, así el poder apareció cuando la sociedad.

IV. ITINERARIO PERSONAL EN EL RECHAZO DE LA CONTRAPOSICIÓN TELEOLÓGICA

Personalmente hube de encarar toda esta gran cuestión desde hace muchos años, cuando, por exigencias del sistema que entonces imperaba aún en España para acceder a las cátedras universitarias y también por propia inquietud intelectual, emprendí la tarea de comprender y definir lo que sea en realidad el Poder Público, el derecho público y más en concreto el derecho administrativo. En las muchas lecturas que hube de hacer de quienes se habían ocupado de esto, particularmente en España y Francia, pero también en Italia, en Alemania y algunos otros países, afloraba constantemente la problemática nuclear a que aquí me estoy refiriendo, aunque no siempre los autores se muestren conscientes

El interés general

de ella. El interés general corresponde a lo público, al Estado, al Poder Público; los particulares, los sujetos privados, los ciudadanos, las entidades sociales van a “lo suyo”, a sus intereses individuales, particulares. El derecho público atiende al interés general y el privado a los intereses particulares y, por supuesto, se oponen.

Ya en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, en 1986, tratamos de mostrar los errores de este planteamiento y sus graves consecuencias en el orden social, jurídico y político. Hemos vuelto después sobre ello de diversas formas. A medida de que el tiempo ha pasado y hemos ido acumulando algún mayor conocimiento y experiencia —a la vista del devenir histórico-social de estas tres décadas— se ha incrementado nuestra convicción sobre la importancia de desmontar las falacias en que incurre todo ese planteamiento, tan arraigado, explícita o difusamente, en tantos países, para avanzar en la implantación y consolidación de Estados sociales y democráticos de derecho que lo sean efectivamente, en bien de la mayor plenitud vital posible de cuantas personas forman parte de las sociedad, sobre la base de la dignidad que les es inherente, fundamento de su libertad y de su responsabilidad social. No hace todavía muchos años pudimos detenernos así, destacadamente, en algunas reflexiones sobre “Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de derecho”²⁰ y más recientemente hemos ofrecido otras al X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, que acaban de ser publicadas, “Para evitar la degradación del Estado de derecho”²¹.

20 Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, del 23 de octubre de 2009. Publicado también como dos artículos sucesivos en la revista digital *Revista General de Derecho Administrativo* (2011). Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho, (26), 1-26; y (2011) El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos, (27), 1-46. Asimismo en dos partes en la *Revista Peruana de Derecho Público*, 21/2010, 13-56, y 22/2011, 15-47. Reproducido íntegramente también en la revista argentina *Derecho Administrativo (Revista de doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)* (2016), (105), 565-613.

21 *Revista Española de Derecho Administrativo*, 198 (2019).

Mucho se ha escrito, en efecto, sobre el interés general y desde enfoques y perspectivas heterogéneas. No es el momento de hacer un inventario. Ni siquiera será posible evocar sino alguna de las muchas posiciones y propuestas. Me resultará particularmente grato mencionar las que he ido detectando, con no poca satisfacción, como coincidentes o próximas a la que formularé. Para ajustarme a los caracteres de esta reflexión, con todo, me limitaré a algunas consideraciones conceptuales, con alguna escueta referencia a datos jurídico-positivos y doctrinales, y a los solos efectos principalmente de tratar de esclarecer el papel del interés general en la relación entre personas privadas o entidades sociales y los Poderes Públicos, el Estado en su sentido más amplio.

V. INTERÉS GENERAL Y BIEN COMÚN

Dejaré fuera la cuestión de si el lenguaje de los *intereses* no deja de arrastrar consigo una pesada carga distorsionante de utilitarismo subjetivista, que aconsejaría volver a un uso preferente del lenguaje clásico y más objetivamente ontológico de los *bienes*²², por más que a la postre también estos hayan de ser comprendidos y apreciados como tales, intelectualmente y con las demás dimensiones de su ser, por las mismas personas humanas, percibidos, vistos como lo que realmente les interesa, en suma. Seguramente hablar de *bien común* contiene evocaciones más realistas y objetivas —que invitan a atender a la verdad de las cosas— que hacerlo con relación al *interés general*. Pero cabe también una comprensión de este en términos objetivos, realistas, con los mismos significados del *bien común*, aunque, por sus mismas connotaciones semánticas, no deja, sin embargo, de tener la ventaja de alertar sobre la necesidad práctica de que lo que sea el bien, y en concreto el *bien común*, sea además aprehendido o reconocido como tal por las mismas personas humanas para las que habrá de ser, en efecto, útil —en concreto de *utilidad común o general*²³—. Estas eran,

22 Para una exposición de la contraposición, con amplia base bibliográfica, véase Deswarte, Marie-Pauline. (1988). Intérêt général, bien commun. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 5, pp. 1289-1313.

23 En la doctrina italiana, Giampaolo Rossi ha recordado los más notables diversos intentos definitorios de la noción jurídica de interés, de la doctrina alemana (von Ihering, principalmente) e italiana (Carnelutti, Gasparri, Jaeger, Donati o Rocco), encontrando en ellos

por cierto, las palabras empleadas —nada menos que en el primer tercio del siglo VII— por el gran san Isidoro de Sevilla cuando, hablando de la ley en sus *Etimologías*, diría que “no ha sido escrita para provecho particular de nadie, sino para utilidad común de los ciudadanos”, lo que, unos siglos más tarde, recordaría santo Tomás de Aquino para justificar que la ley ha de ordenarse siempre al *bien común*, de modo que cualquiera de sus preceptos “sobre actos particulares no tienen razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común”²⁴.

VI. CONCEPTO DE INTERÉS GENERAL

Con elevada autoridad se ha proclamado en los años sesenta del siglo XX como *bien común* “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a los grupos y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección”²⁵. Y ¿no será eso mismo el interés general? ¿Qué otra cosa podría significar realmente este?

una oscilación hacia una polaridad subjetiva (es interés lo que se advierte como tal por un sujeto) o hacia otra objetiva (el interés como algo independiente de que sea querido como tal) o simplemente como algo que determinan las normas. Y él propone como noción de interés, citando a Falzea y a Pugliatti, “la relación entre un sujeto y un bien” —que califica como “sustancial” y no meramente psicológicamente subjetiva—, a la vez que entiende por “necesidad” “la percepción subjetiva del interés que no es susceptible de ningún canon de evaluación” y “por eso no tiene valor jurídico” (*Introduzione al diritto amministrativo*, G. Giappichelli, Torino, 2000, pp. 61-64). Emilio Betti lo ha conceptualizado en el plano jurídico como “*esigenza di beni o valori da realizzare o da proteggere del mondo sociale*” [voz “*Interesse (Teoria generale)*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, UTET, 1965, p. 839]. En realidad, en efecto, el interés, en el sentido en que se emplea aquí —sin perjuicio de acepciones más específicas que pueden ser relevantes a unos u otros efectos legales— nos parece ser lo que tiene razón de bien, de fin bueno, de satisfacción de una necesidad, sea para cada individuo o entidad social (interés individual y particular), sea para una determinada agrupación de personas o conjunto social (interés general o común), lo que puede ser, en efecto, comprendido en perspectiva objetiva o subjetiva: aquí primaremos la consideración objetiva, aun sin desconocer la importancia de la subjetiva, como cuando nos referiremos a la diversidad de posibles modos de entender lo que sea el interés general o incluso el individual y particular.

24 Véase Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, II-II^o, qu. 90, artículo 2. <http://hjj.com.ar/sumat/index.html>.

25 Concilio Vaticano II, *Constitución Pastoral “Gaudium et Spes” sobre la Iglesia en el mundo*

Mas ciertamente, ¿qué o cuáles son esas condiciones sociales que hacen posible al ser humano el logro más pleno y fácil de su plenitud como individuo personal y en su integración en las distintas formaciones sociales que van desde el matrimonio y la familia a las diversas formas que adoptan las agrupaciones sociales voluntarias —privadas— u obligadas —públicas—^{26?}

Las dificultades de determinar con sentido unitario lo que sea en realidad el interés general y una buena parte de las discusiones sobre su alcance, derivan, en realidad, de esa relativa indeterminación, en efecto, de lo comprendido o requerido por él, al igual que de lo implicado en concreto por el *bien común*.

VII. GRADACIÓN Y DIVERSIDAD EN EL INTERÉS GENERAL

Algo que podremos convenir de inmediato es que no hay, evidentemente, un solo modo de entender en concreto lo que es *interés general* o *bien común*, universalmente válido para todo tiempo y lugar, por más que siempre hayan de responder al concepto general que queda dicho. Qué duda cabe que, de entrada, refiriéndonos a ese “conjunto de condiciones de la vida social”, que son propias del interés general —como del bien común—, podremos hablar de un *mayor o menor interés general* —lo mismo que de un mayor o menor *bien común*, no vamos a seguir haciendo esta equivalencia entre *interés general* y *bien común* que ya debe quedar subentendida en adelante con los matices que quedan indicados—, de modo que, ciertamente, tales o cuales condiciones

actual, n. 26. Hemos sustituido por la palabra “grupos” la traducción oficial por “asociaciones” de la palabra original en latín *coetus* (*coetibus*, dice en dativo plural el texto) que resulta reductora; la versión francesa traduce más apropiadamente por *groupes* y la inglesa por *social groups*; la italiana, por *gruppi*; la alemana, por *Gruppen*. La idea es de “conjuntos sociales”. El texto cita al Papa Juan XXIII, *Litt. Encycl. Mater et Magistra*: AAS 53 (1961), p. 417. Se hace eco de esta difundida definición en Deswarte, *Intérêt général, bien commun*, art. cit., p. 1297.

26 Es obvio que no todas las formas de agrupación humana (social) requieren su personificación, pero se encontrará una explicación del carácter voluntario u “obligatorio” que diferencia a las agrupaciones sociales privadas y públicas, en nuestro estudio del 2011: Fundamento y delimitación de las personas jurídicas públicas. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (3), 405-415.

El interés general

de la vida social hagan posible y sirvan, por tanto, a la posibilidad de que las personas humanas y los grupos en que se integran puedan lograr sus legítimos fines, pero no todas con el mismo grado de importancia, ni de efectividad ni de plenitud. Y, siendo posibles diversos grados de interés general, qué duda cabe de que se podrá hablar también de un interés general o de unos intereses generales superiores en todo o en parte a otros intereses también generales. Y no solo porque, como es obvio, el interés general de colectividades inferiores o menores habrá de integrarse en el de las superiores o más amplias y en el mismo nivel colectivo o social un interés general sectorial haya de integrarse también adecuadamente en un interés más general, sino porque incluso en ese mismo nivel social y tratándose del mismo tipo de interés general —sectorial o más general— sus condiciones determinantes podrán producirse con uno u otro grado de perfección o plenitud.

VIII. EL INTERÉS GENERAL COMO SALVAGUARDA DE LAS LIBERTADES Y SATISFACCIÓN CUMPLIDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE TODOS EN SU DEBIDA CONJUNCIÓN

Ahora bien, a la postre, ¿en qué consisten las “condiciones de la vida social que hacen posible a los grupos y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección”?

El mejor desarrollo y profundización contemporáneos de toda la doctrina de los derechos humanos, es decir, de las libertades y derechos fundamentales requeridos por la dignidad de la persona humana, a partir destacadamente de la terminación de los horrores de la II Guerra Mundial, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de todos los convenios, pactos y acuerdos internacionales que la han ido concretando y aplicando, así como por su reconocimiento progresivo en las Constituciones y por las diversas instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales, permite proponer hoy que —al menos por lo que toca al plano propiamente jurídico y, por tanto, también en el de la organización política o del Poder Público— las mencionadas condiciones sociales en que ha de traducirse o expresarse el interés general no son sino las requeridas para el respeto y satisfacción de los derechos humanos, de las

libertades y derechos fundamentales de cuantos forman parte de la sociedad. Hace años afirmamos con rotundidad que “la salvaguarda y efectividad de los derechos fundamentales” es “el componente esencial y en último extremo, directa o indirectamente, el único del interés general”²⁷.

Es significativo a este respecto lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido reconociendo como “razones de interés general” —algunas calificadas incluso de “imperiosas”— que pueden justificar, si se da la debida proporcionalidad, intervenciones y limitaciones de libertades y derechos: entre ellas “figuran las normas profesionales destinadas a proteger a los destinatarios del servicio²⁸, la protección de la propiedad intelectual²⁹, la de los trabajadores³⁰, la de los consumidores³¹, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional³², la valoración de las riquezas arqueológicas, históricas y artísticas y la mejor difusión posible de los conocimientos relativos al patrimonio artístico y cultural de un país”^{33, 34}, o una política cultural en el sector audiovisual restrictiva de algunas prácticas publicitarias para salvaguardar

27 Véase “Principios generales del derecho administrativo constitucionalizados en el derecho español” (2008). En AA. VV., *Los principios en el derecho administrativo iberoamericano* (Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Valladolid-Salamanca, septiembre 2008). Junta de Castilla y León, Netbiblo, Santa Cristina Oleiros, p. 398.

28 STJUE, del 18 de enero de 1979, *Van Wesemael*, asuntos acumulados 110/78 y 111/78, ap. 28.

29 STJUE, del 18 de marzo de 1980, *Coditel*, 62/79.

30 SSTJUE, del 17 de diciembre de 1981, *Webb*, 279/80, ap. 19; de 3 de febrero de 1982, *Seco/Evi*, asuntos acumulados 62/81 y 63/81, ap. 14; de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, ap. 18.

31 SSTJUE, del 4 de diciembre de 1986, *Comisión/Francia*, 220/83, ap. 20; *Comisión/Dinamarca*, 252/83, ap. 20; *Comisión/Alemania*, 205/84, ap. 30; y *Comisión/Irlanda*, 206/84, ap. 20; de 26 de febrero de 1991, *Comisión/Italia*, C-180/89, ap. 20, y *Comisión/Grecia*, C-198/89, ap. 21; y de 25 de julio de 1991. En la misma línea se situará la STJUE, del 25 de julio de 1991, *Gouda*, C-288/89, ap.27

32 STJUE, del 26 de febrero de 1991, *Comisión/Italia*, cit., ap. 20

33 SSTJUE, del 26 de febrero de 1991, *Comisión/Francia*, C-154/89, ap. 17, y *Comisión/Grecia*, cit., ap. 21.

34 Cfr. SSTJUE *Gouda*, C-288/89, cit., ap. 14 y *Comisión c. Países Bajos*, C-353/89, también de 25 de julio de 1991, ap.18.

el pluralismo en la libertad de expresión³⁵. Bien mirado —aunque la referencia no sea exhaustiva—, lo que se trata de proteger con esas “razones de interés general” son siempre derechos reconocidos como fundamentales en no pocos ordenamientos³⁶.

En la doctrina española, José Luis Meilán, primero³⁷, y Jaime Rodríguez-

35 SSTJUE *Gouda*, C-288/89, aps. 21 y ss. y *Comisión c. Países Bajos*, C-353/89, ap. 29 y ss.. Hay, desde luego, otras razones de interés general reconocidas como tales en la jurisprudencia comunitaria, aunque cabe advertir que ni el mantenimiento de la buena reputación del sector financiero internacional o la prevención del fraude aparecen mencionadas en ninguna de estas dos sentencias, contra lo dicho por algún autor (Renaudineau, G. (2010). *L'intérêt général*. En J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*. Dalloz, p. 311)

36 Así en la Constitución Española, artículos 36 (que obliga a la ley a regular las profesiones tituladas, sin duda para proteger diversos derechos fundamentales amparados por otros varios preceptos constitucionales: a la defensa y asistencia de letrado [artículo 24.2], a la educación [artículo 27], a la salud [artículo 43], a la vivienda [artículo 47], a los consumidores y usuarios [artículo 51], etc.), 33 (que protege el derecho a la propiedad privada, en relación con el 149.1.9ª, que se refiere expresamente a la *propiedad* intelectual), 28, 35, 37, 40 a 42 (derechos de los trabajadores), 51 (derechos de los consumidores y usuarios), 46 (derechos relativos a la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de España).

37 En *Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español*, art. cit., pp. 184 y 186, se ha hablado de los derechos fundamentales (pero limitándolos a estos efectos a los incluidos en el capítulo 2 del Título I de la Constitución, dejando fuera al común de los derechos prestacionales económicos y sociales) como “núcleo irreductible de los intereses generales”, o de que “*los derechos fundamentales forman parte de los intereses generales*, constituyen su “núcleo duro”, que los poderes públicos y, en concreto, la Administración, han de servir, no solo respetándolos, sometidos a ellos por ser derecho, sino como guía de su actuación para hacer que sea “reales y eficaces” [sic] en la expresión del artículo 9.2” de la Constitución Española, y de que el interés general es “definido primariamente por los derechos fundamentales”; pero la noción de interés general, a la vez, en su concepto, les excede, y puede tener otros contenidos, si bien en la p. 190 no deja de vincularlos a “los principios rectores de la política social y económica que, aunque no recogen derechos fundamentales, han de informar la actuación de la Administración”. En realidad —señalamos aquí— tales principios se traducen en una serie de derechos, que están determinados por el capítulo tercero del Título I, dedicado en su integridad a los *derechos fundamentales* en sentido amplio, entre los cuales habría que incluir, por tanto, a dichos derechos económicos y sociales.

Meilán insiste en las mismas ideas en las conclusiones del citado ensayo, p. 205 y, en su última obra, abundando en lo ya también expuesto en las pp. 192 y ss. del trabajo que acaba

Arana, después, más por extenso, siguiendo a su maestro³⁸, se han aproximado notablemente a la tesis que ahora sostenemos —que el profesor García de Enterría, ocasionalmente, con motivo de discutir la regulación legislativa de las medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa, acertó también a señalar en los años noventa como “algo meridianamente claro, que el principal interés público está en asegurar “la dignidad de la persona (y) los derechos inviolables que le son inherentes”—, como proclama, sin la menor ambigüedad, el artículo 10.1 de la Constitución”³⁹.

de citarse, dice, en términos análogos a otros autores, que “los intereses generales están vinculados al derecho” de modo que “el interés general ha de coincidir con lo que es conforme a derecho, y, por tanto, en último término, a la Constitución”, y vuelve a afirmar que “los intereses generales determinados por el legislador o a su amparo por el Gobierno no pueden, por ello, vulnerar el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, dado el valor constitucionalmente reconocido” (*Derecho administrativo revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, pp. 45-46). Los derechos fundamentales serían entonces un límite pero no el contenido mismo del interés general, sin tener en cuenta además, quizás, suficientemente en la expresión, que tales derechos fundamentales, aunque se proclamen e incluso acoten en su contenido esencial a nivel constitucional, no agotan su contenido y exigencias en lo determinado a nivel constitucional, sino que se concretan y proyectan y pormenorizan en múltiples exigencias jurídicas por la ley y el resto del ordenamiento (véase nuestro estudio “Cuestión de fondo y presupuestos procesales en el recurso especial de amparo”, *REDA*, 36 (1983), 39-78) y es a todo su contenido al que están positivamente —no solo negativamente— vinculadas las Administraciones públicas —incluso en ámbitos discrecionales o con margen de apreciación— y los Jueces que las controlan jurídicamente.

38 Véase el amplio y reiterado hincapié que ha hecho en que el concepto de interés general tiene “una inextricable conexión con los derechos fundamentales, con la misma dignidad del ser humano, pues en última instancia, el principal y primordial interés general de cualquier Estado que se defina como social y democrático de Derecho es la garantía, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona” (*Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar* (2012). Iustel, pp. 16-17). Lo repite en términos similares en varios otros lugares del libro citado, en el que incluso su apartado IV está dedicado a “El interés general como categoría central del derecho administrativo y los derechos fundamentales”. No deja claro, con todo, el alcance preciso que tengan, para la noción misma del interés general, las importantes conexiones que reconoce. Con similares ideas, junto con Enrique Rivero Ysern, ha publicado después *Con miras al interés general, derecho público global/INAP* (2014). Véase, en el ámbito colombiano, en conexión intelectual con Rodríguez-Arana y Enrique Rivero, López Peña, Eduardo Leandro, *Dilema del interés general en el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, que apunta, sin embargo, solo limitada y parcialmente a los derechos fundamentales.

39 Cfr. García de Enterría, E. (1991). La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la

El interés general

El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha llegado a afirmar, ya en sus primeros años, como ha recordado Meilán (2009, p. 185), en sentencia 93/1984, de 16 de octubre, que hay un “destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales”, aunque la afirmación entonces se quedó en eso y como algo *obiter dictum*. En este pronunciamiento se incluye la protección de los derechos fundamentales, como es bien lógico, en el interés general, pero evidentemente no se llega a reconducir este a aquella.

En Francia, sin duda en la senda de la tesis de Linotte (1975), se ha advertido también que “la prosecución del interés público [entendido como sinónimo del interés general] no debe ni puede hacerse contra los derechos y libertades de cada uno sino con vistas a su plena expansión”⁴⁰.

En cualquier caso, la identificación del interés general con el debido respeto de las libertades y la necesaria satisfacción de los demás derechos fundamentales, en su adecuada conjunción recíproca, puede permitir mantener la relevancia del concepto depurado de las connotaciones estatistas y arbitrarias que han podido nutrir lo que algunos han llamado críticamente “la ideología del interés general” como supuesto fundamento de unos Poderes Públicos y en particular de una Administración Pública de tonos autoritarios o despóticos, al servicio, en la interpretación marxista, de las clases dominantes⁴¹.

“apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de ejecutividad. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (70), pp. 255 y ss., reproducido en el libro de este autor *La batalla de las medidas cautelares* (1992). Civitas, pp. 189 y ss. (la cita en la p. 206), cuya 3.ª ed., Civitas-Thomson, Madrid, 2004, pp. 231 y ss. contiene la cita en p. 246.

- 40 Véase Linotte, Mestre, y Romi, *Services publics et droit public économique*, ob. cit., p. 51 (trad. mía).
- 41 Cfr. D’Argenio, I. (2007). La ideología estatal del interés general en el derecho administrativo. *Derecho Administrativo*, (59), pp. 67-111. La autora glosa y analiza las principales obras francesas sobre el tema y en particular la de Rangeon de 1986, cit. *supra*. Muy sucintamente, se refieren también a los planteamientos políticos marxistas que habrían tratado de desmitificar la ideología del interés general, Linotte, Mestre y Romi, *Services publics et droit public économique*, ob. cit., pp. 50-51.

Todo orden social y político basado en libertades y derechos no puede sino basarse a la vez e inseparablemente en los correspondientes deberes, sirviendo simultáneamente a la dimensión individual y social de toda persona humana.

Situar la clave en las libertades y derechos fundamentales no comporta aceptar el individualismo o situarse en un planteamiento centrado exclusivamente en la dimensión de lo exigible por cada persona para sí, ajeno, por tanto, a la dimensión social solidaria esencial a toda persona humana. Además de la afirmación contenida en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según la cual, *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*, ha de advertirse que el importante artículo 29 de esta misma Declaración Universal afirma con rotundidad, casi a modo de cierre:

[...] Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, ya que solo en ella puede desarrollar, libre y plenamente, su personalidad, y enseguida, al referirse a las limitaciones que sujetan a toda persona en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, dirá que serán las establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Es decir, y como es lógico, las libertades y derechos fundamentales de cada cual no pueden sino connotar a la vez, por sí mismos, en cuanto corresponden básicamente por igual a todos, deberes y obligaciones para con los demás, titulares a su vez de esos mismos derechos y libertades, y responsables igualmente de los dichos deberes y obligaciones. Toda persona, de uno u otro modo, con una u otra amplitud, ocupará siempre a la vez la posición activa de sujeto titular de libertades y derechos fundamentales inherentes a su dignidad personal, y la pasiva de sujeto gravado con deberes y obligaciones de respetar y posibilitar o satisfacer de manera efectiva las libertades y derechos fundamentales de otras personas. Es algo esencial al entrelazamiento interpersonal en que la sociedad consiste, y a la alteridad consustancial a toda realidad propiamente jurídica: no existen derechos, situaciones jurídicas activas de ningún tipo —de libertad o prestacionales—, sino con respecto a otras personas, sobre las que habrán de recaer los correspondientes

El interés general

deberes o situaciones jurídicas pasivas. Hablar de derechos connota siempre necesariamente hablar de deberes en la misma medida.

El interés general resulta y requiere, en gran medida, de actuaciones privadas, propias de las personas humanas, individualmente o agrupadas voluntariamente en multiplicidad de formas de colaboración y organización, que se llevan a cabo en ejercicio de sus libertades fundamentales y que normalmente tratan de satisfacer, incluso principalmente, sus legítimos fines e intereses particulares.

El interés general viene a estar constituido, decíamos, por el conjunto de condiciones sociales requeridas para que en verdad se respeten y puedan satisfacerse de modo efectivo los derechos humanos de cuantos forman parte de la sociedad, tanto sus libertades como sus derechos fundamentales prestacionales. Todo lo que contribuye a la efectividad de las diversas libertades públicas y de la posibilidad de adecuada satisfacción de las necesidades vitales, que son objeto inmediato o mediato de los derechos fundamentales prestacionales, es de interés general. El respeto habitual de unas personas por otras y por sus bienes, la puesta a disposición de otros de alimentos, medicamentos, vestido, restauración, alojamiento o vivienda, medios y servicios de transporte, servicios de asistencia sanitaria y de cuidados personales, energía en cualquiera de sus formas, educación y enseñanza, posibilidades de empleo o trabajo, asesoramientos técnicos, económicos, jurídicos o de cualquier otra rama del saber, o, en fin, servicios de información o comunicación, actividades culturales, religiosas y de culto, etc., o, desde luego, la constitución de nuevas familias sobre verdaderos matrimonios o la consistencia, vigor y unidad perdurable de las existentes; todo eso es de interés general, en uno u otro grado⁴², porque es con todo eso cómo pueden satisfacerse los diversos derechos

42 Ya lo observaba hace muchos años, en particular para toda actividad económica, porque “todos los productores rinden servicio al interés general”, el profesor Marcel Waline, quien añadía, con toda lógica, que no ya por eso todas esas actividades —citaba en concreto, a modo ejemplo, las panaderías— han de ser tenidas propiamente por servicios públicos, en cuanto actividades sobre las que la autoridad pública toma la iniciativa y, cuanto menos, se reserva un control superior, si es que no las gestiona ella misma (*Droit administratif* (7^ª éd.) (1957). Sirey, pp. 588 y 589), porque la iniciativa privada no las lleva a cabo de hecho o no puede llevarlas a cabo en condiciones satisfactorias y ha de satisfacerse el correspondiente interés general (como decía en la 6.^a ed. de la misma obra, de 1952, p. 308).

fundamentales mediata o inmediatamente, sentarse las bases que posibilitan un ejercicio efectivo de las libertades o bien contribuir a su debido respeto. Y bien evidente resulta que, de suyo, y de hecho en las sociedades desarrolladas actuales en una amplísima medida, todas esas conductas y actividades, que, hemos dicho, son de indudable interés general, incluso imprescindibles para el interés general, son llevadas a cabo por sujetos particulares, privados, por personas humanas, por sí mismas, individualmente, en colaboración voluntaria entre varias, o asociándose y formando organizaciones asimismo voluntarias que potencian sus posibilidades de eficaz actuación: son, en suma, actividades privadas, de iniciativa y realización privada, por más que tengan una relevancia social incuestionable y sean por eso de interés general. Son a la vez, cabalmente, ejercicio efectivo de unas u otras de las libertades fundamentales. No pocas de entre ellas son incluso exclusivamente propias de estas; por tanto, solo pueden llevarlas a cabo las personas individuales como tales, y, por tanto, privadas, particulares⁴³. Y, de entre las que nos les sean exclusivas, si unas u otras les fueran sustraídas a los sujetos privados —individuos y entidades sociales libres— se restringirían o impedirían esas libertades en la misma medida, lo que, de no estar proporcionadamente justificado en necesidades superiores del interés general, esto es en una salvaguarda de otras libertades o derechos fundamentales más relevantes o de más personas, que no fuera razonablemente posible alcanzar con medios menos restrictivos de esas libertades, se iría directamente contra el propio interés general porque lesionaría dichas libertades sin causa suficientemente justificada.

Ya se ve que no solo es que el interés general no sea algo propio y exclusiva del Estado, de los Poderes Públicos y de sus actuaciones o de lo que las requiera. En rigor no cabe separar al interés general del legítimo interés particular, individual o privado, que es buscado mediante actos o actividades que ponen a disposición de otras personas, determinadas o indeterminadas, bienes o servicios de toda índole que pueden satisfacer sus necesidades, objeto

43 Basta pensar en actuaciones tan exclusivas de las personas humanas individuales como las constitutivas de verdaderos matrimonios o generación en ellos de nueva prole; o tantas otras en que se ejercen las libertades de expresión o de creación y aplicación científica, técnica o artística, aunque pueda contratarse libremente su ejercicio en favor de otros sujetos privados o públicos que eventualmente asuman sus expresiones.

directo o indirecto de sus derechos fundamentales, o de los que se desprenden indirectamente beneficios —las llamadas “externalidades positivas”— para unas u otras personas del conjunto social y por tanto para la sociedad misma. Las actividades privadas o de iniciativa social libre, con alguna incidencia en terceros, efectuadas de conformidad con el orden jurídico —y más plenamente aún si además se conforman plenamente al orden moral no comprendido en el jurídico⁴⁴— son, de suyo, de interés general, contribuyen a él; en una u otra medida, son de un interés general de algún grado⁴⁵.

Ahora bien, puede afirmarse que solo puede satisfacerse el interés general cumplidamente en muchos aspectos mediante actividades privadas: aquellas

44 Hace años proponíamos un modo de entender la relación entre la moral y el derecho, recordando que, aunque todo el derecho queda abarcado de uno u otro modo por la Moral, no todas las exigencias morales son, deben ser o pueden ser también propiamente jurídicas (“Sobre la esencia del Derecho”, Libro Homenaje al Profesor Iglesias Cubría, II, Universidad de Oviedo, Oviedo 1994, pp. 561-565), por lo que la plenitud del bien común —del interés general— requiere aportaciones individuales, conductas y comportamientos que van más allá de lo que exige o puede exigir el Derecho, por más que el acomodo a este sea imprescindible para ese bien común y parte importante de él (ob. cit., p. 556). Señalábamos allí también la relevancia para el bien común de cuanto contribuye al progreso técnico, científico o artístico —del saber en general—, aunque ello no pueda asegurarse con el Derecho ni tampoco con la Moral, que, sin embargo, lo propician.

45 Lo subrayan con énfasis, aun advirtiendo con toda lógica sobre el grado variable de interés colectivo y general que tengan las diversas actividades humanas, Linotte, Mestre y Romi, *Services publics et droit public économique*, ob. cit., p. 52. Con acierto diría también Jean Rivoire que, si bien, “el motor normal de la acción de los particulares es la prosecución de una ventaja personal —beneficio material, éxito humano, o, en los más desinteresados, actuar por un ideal—, es frecuente que haya coincidencia entre el fin así perseguido y el bien de todos” (*Droit administratif*, cit., p.12). Es lástima, sin embargo, que, enseguida, no fuera enteramente consecuente con esta importante observación, al afirmar, arrastrado en parte por la visión imperante —o quizás constreñido por el propósito de definir el interés *público* más que el interés *general* en su sentido más amplio—, que el interés general —son los términos usados en ese momento por el ilustre jurista de la Sorbona— sería aquel “conjunto de necesidades humanas a las que el juego de las libertades no provee de forma adecuada y cuya satisfacción condiciona sin embargo el cumplimiento de los destinos individuales” (ob. cit., p.13). Si con ello ha querido volver a referirse solo al interés *público*, en el sentido ya recogido aquí en otra nota anterior, podría ser aceptable, pero, dicho del interés general, en su sentido más propio, es una afirmación reductora y en contradicción con lo afirmado en el texto citado de la página anterior del mismo libro.

que, pudiendo ser solo realizadas por sujetos particulares, redundan en el interés general, y todas las que, en fin, por ser expresión de derechos fundamentales de libertad, que forman parte del interés general mismo, en su justa integración con todos los demás del conjunto de quienes componen la sociedad, se satisfacen precisamente con su ejercicio y en tanto no son indebidamente condicionados o restringidos.

El error de oponer totalmente interés general e interés particular, vinculando el primero al Poder Público y el segundo a las personas humanas individuales y a sus agrupaciones sociales voluntarias

Hay que distinguir interés general e interés particular, aun que es falaz contraponer u oponer drásticamente interés general e interés privado como realidades necesariamente separadas y enfrentadas⁴⁶, máxime si el interés general se atribuye únicamente —en línea con Rousseau— a lo que proceda de, o se vincule a la llamada “voluntad general” o más generalmente a los Poderes Públicos, como si las personas humanas en su condición individual, en sí mismas y en sus organizaciones libres de cualquier índole, no pudieran atender sino sus intereses puramente particulares o privados, supuestamente ajenos por definición —en tal irreal planteamiento— a todo interés general⁴⁷.

46 En similar sentido, de la De la Quadra-Salcedo Fernández del Castill. Aproximación al interés general y su composición con los derechos e intereses de los particulares, ob. cit., p. 6. También en la doctrina francesa se ha afirmado que no debería definirse el interés público o general “en oposición al interés privado, pues el interés general es una suma de intereses privados, aun cuando les trascienda” (Linotte, Mestre, y Romi, *Services publics et droit public économique*, ob. cit., p. 51, trad. mía).

47 El concepto de “intereses generales” se ha vertebrado por Nieto esquemáticamente “en una tricotomía elemental: o son los mismos que los intereses particulares, o son distintos; y dentro de tal variedad aparecen dos subvariedades: o son distintos, pero dependientes de ellos, o son completamente independientes” (Nieto, A. (1991). La administración sirve con objetividad los intereses generales. En S. Martín-Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)*, III, p. 2199). El mismo autor habla así de intereses generales *inmanentes* o *trascendentes* a los particulares (en la misma ob. cit., pp. 2195 y 2198 y ss.) para las posiciones extremas, que se modulan en posiciones intermedias. La hipótesis de la trascendencia o independencia nos parece, desde luego, desacertada, pero también lo es la de la inmanencia si se entienden siempre coincidentes los intereses generales con todos los intereses particulares o que estos sean

A pesar de la evidencia de que “numerosas actividades privadas no están desprovistas de un vínculo con el interés general”, la más moderna doctrina francesa, que no deja de encontrarse aprisionada aún por las estructuras conceptuales que, con vigor —pero de espaldas a la importancia de los derechos fundamentales y sobre todo de los de libertad—, difundiera León Duguit y su “escuela del servicio público” desde principios del siglo XX⁴⁸, no deja de

asimismo siempre necesariamente generales, máxime si se atiende, como es habitual, a su comprensión subjetiva y más o menos coyuntural y no objetiva y plena y perdurable. Hay, en efecto, intereses particulares legítimos e ilegítimos, acordes al ordenamiento y al interés general, y contrarios a ambos o incompatibles con ellos.

- 48 El prof. José Luis Meilán recordaba hace unos años, escribiendo sobre “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2005, p. 529, nota 6 (y lo recogió también en “El servicio público como idea y como categoría jurídica”, en su libro *Categorías jurídicas...*, p. 228, nota 697), cómo, en la propia Francia, se ha reconocido con la máxima autoridad y toda razón que “hasta un periodo reciente la noción de derechos fundamentales era totalmente ignorada del conjunto de nuestros derechos positivos” (Jean Rivero, *Le conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, 2.ª ed. 1987, pp. 179-180). Duguit tachaba la doctrina de los derechos individuales de “metafísica” (*Soberanía y libertad*, cit., pp. 218 y ss.) y propugnaba una concepción que gustaba de llamar “solidarista”, tratando de distinguirla un poco de la socialista (ob. cit., pp. 219 y 249), y en ella “desaparece la idea de libertad-derecho para dejar lugar a la idea de libertad-deber, de libertad-función social” (ob. cit., p. 223). En su más difundida obra *Las transformaciones del Derecho público* (tr. al castellano en 1925 de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén e inserta como primera parte en *Las transformaciones del derecho* (1975). Heliesta), había calificado, sin embargo, a su concepción del Derecho —y especialmente del público— como “socialista” (pp. 167 y 168). El insigne decano de Burdeos se opuso al concepto incluso de los derechos subjetivos y lo sustituyó por el de situaciones jurídicas (*Traité de droit constitutionnel*, I, 3ª ed., Boccard, Paris, 1927, chapitre II, pp. 200-315), con cuantas implicaciones pueden suponerse. Sin perjuicio del acierto de algunas de sus ideas, el conjunto de la construcción de Duguit, que tan importante papel jugó en la Francia de entreguerras e incluso en las primeras medidas tras la II Guerra mundial —las nacionalizaciones de la inmediata postguerra y la pronto fallida IV República— y en no pocos países que por entonces y después —también cuando todo había ya cambiado— estuvieron bajo su influencia, tiene difícil, por no decir imposible acomodo en el Estado social de Derecho que se sustenta en el nuevo énfasis en los derechos fundamentales —los sociales y los de libertad— que se ha impulsado a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 a nivel internacional y en la evolución política de los Estados. Cuando aún se ha intentado en algún modo ese acomodo (Martín Rebollo, Luis, “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *Revista de Administración Pública*, 100-102, III, 1983, pp. 2471-2542), no ha dejado de reconocerse el “fascismo larvado” en sus planteamientos, que a veces se le ha achacado (p. 2498), y los “peligros” que ofrecen precisamente por no tener en cuenta suficientemente las libertades (p. 2540).

contraponer el interés general à haute teneur, propio de los *servicios públicos*, y las actividades privadas, que satisfacen el interés general pero de modo “mediato, si no accesorio” porque “su fin es, por regla general, la búsqueda del lucro”, para afirmar que aquel interés general en alto grado de determinadas actividades —que han de ser por ello *servicios públicos* propios del Estado—, viene a determinarlo, pura y simplemente, “una decisión de los Poderes Públicos” que tengan la competencia correspondiente. Y, claro, a partir de ese momento en el que tal o cual actividad pasa a considerarse “de *servicio público*” —de “alto” interés general, por tanto— los particulares ya no podrán llevarla a cabo sino por cuenta del Poder Público⁴⁹. Con el deslizamiento subsiguiente inevitable que acaba identificando interés general, a secas, con *servicio público* en ese sentido⁵⁰, al que los sujetos privados solo podrán contribuir, por tanto, como agentes, delegados, o colaboradores del Poder Público, gestores de algo que, en realidad, es público, porque lo suyo en realidad es el lucro y no el interés general. El *servicio público*, en su amplia comprensión francesa tras la huella de Duguit y Jèze, aun con sus reinterpretaciones⁵¹, es, en efecto, algo propio del Poder Público, como lo es el *interés general* que lo define teleológicamente, aunque su gestión pueda estar en manos privadas⁵².

La confluencia de tradiciones conceptuales propias de los seis Estados fundadores de las Comunidades Europeas, a pesar del claro predominio de Francia en la inicial concepción y redacción de sus tratados constitutivos de los años cincuenta, es lo que probablemente explica, en cambio, que el hoy Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, con expresión que procede del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957, hable de los servicios de interés económico general en su artículo 106 —y también en su artículo 14,

49 Cfr. Lachaume, J.-F. (1995). La notion de service public, Chapitre I del Titre VIII. *Les services publics*, de la obra de Moreau, Jacques, *Droit public*, 2 (Droit administratif), 3.ª ed., Economica, pp. 909-910.

50 Cfr. Lachaume, La notion de service public, ob. cit., pp. 915 o 906.

51 Aunque no dejan de usarse esos términos en acepciones más estrictas o más amplias, como puede comprobarse contrastando lo dicho por Lachaume, ob. cit. p. 907 y en la *Introduction* al Titre VIII del mismo libro, pp. 903-904.

52 Cfr. Lachaume, La notion de service public, ob. cit., pp. 915 y ss.

tras el Tratado de Amsterdam, de 1997 y las modificaciones introducidas en él por el de Lisboa de 2007, que añadió además un Protocolo N.º 26, sobre los servicios de interés general, incluidos los sociales o no económicos⁵³— y no de *servicios públicos*⁵⁴, y, además, sin connotación alguna que excluya que, de ordinario, puedan ser propios de sujetos, entidades o empresas propiamente privadas; es más lo que viene a decir el artículo 106.2 es, precisamente, que las empresas que se encarguen de su gestión *quedarán sometidas a las normas de los Tratados* (de la Unión, como todas las empresas económicas), *en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada* y a condición, en cualquier caso, de que *el desarrollo de los intercambios no resulte afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión*. Se parte de la presunción, por tanto, de que la *misión específica* de esos servicios, que parece referirse precisamente a lo que motiva o fundamenta o expresa su interés general —económico— podrá cumplirse sin necesidad de especialidades de

53 Aunque en realidad solo para *enfatizar la importancia* de todos estos servicios de interés general y recordar en su artículo 2 que *las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico*. Con una comprensión muy lata del significado de servicios, muy común en el ámbito francés —en parte sin distinguirlos de las *funciones públicas*, que implican ejercicio de potestades públicas— la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, COM (2007) 725 final, de 20-1-2007, que acompaña a la Comunicación “Un mercado único para la Europa del siglo XXI”, Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, incluye entre los servicios sociales, junto a otros, “la policía, la justicia y los regímenes obligatorios de la seguridad social” (ap.2.1).

54 Los términos de *servicio público* solo aparecen en el hoy artículo 93 TFUE, en materia de transportes, con relación *al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público*. Y la Comisión viene diciendo que “no obstante, fuera de este campo, el término a veces se utiliza [por algunos, no en las normas del Derecho de la UE] de manera ambigua: puede referirse a la oferta de un servicio al público en general y/o en interés del público, o puede utilizarse para la actividad de entidades de titularidad pública. Para evitar la ambigüedad, la presente Comunicación [y el Derecho de la UE] no utiliza este término, sino que emplea la terminología “servicio de interés general” y “servicios de interés económico general”” (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20-12-2011, un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, COM (2011) 900 final, Introducción).

régimen, ni, por lo mismo, en cuanto a la naturaleza privada o pública de las empresas, aunque, a la vez, se admite que puedan requerirse particularidades, quizás algunos de los *derechos especiales* o incluso *exclusivos*, a que se refiere el apartado 1 del mismo artículo 106, con la intervención del Poder Público que corresponda —incluida la posibilidad, ciertamente, de la reserva del servicio a su titularidad—, siempre que sean medidas proporcionadas, que excepcionen lo menos posible el régimen general de las libertades económicas y de la competencia garantizadas por la Unión, así como la existencia efectiva del mercado interior, la posibilidad de abierto intercambio de bienes y servicios en condiciones básicas de igualdad en el ámbito de la Unión. El interés general, en suma, no es algo necesariamente vinculado a los Poderes Públicos. En este planteamiento del derecho de la unión, aunque también puede estar justificado que, excepcionalmente, en el caso de algunos servicios económicos, esenciales desde luego, por su interés general, sí se produzca una asunción legítima y una reserva al Poder Público por parte de los Estados que lo estimen justificado, aunque para velar porque tal decisión se acomode al interés general superior de la Unión, el artículo 106.3 otorgue a la Comisión europea la competencia para verificarlo y controlarlo⁵⁵.

55 Con todo, la presión ideológica de ciertos sectores, sobre todo de Francia y otros países latinos, puede explicar algunas afirmaciones, cuanto menos ambiguas, que pueden encontrarse en pronunciamientos oficiales de la Comisión Europea en la materia, como cuando, después de incluir en “los servicios de interés general [...] una amplia gama de actividades, que va desde las grandes industrias de red como la energía, las telecomunicaciones, el transporte, la retransmisión audiovisual y los servicios postales, a la educación, el suministro de agua, la gestión de los residuos, la salud y los servicios sociales”, en tanto “esenciales para la vida cotidiana de los ciudadanos y las empresas, [...] reflejan el modelo de sociedad europeo [y] desempeñan un papel importante en cuanto a asegurar la cohesión social, económica y territorial de toda la Unión y son vitales para el desarrollo sostenible de la UE en términos de mayores niveles de empleo, inclusión social, crecimiento económico y calidad medioambiental”, ha afirmado que “aunque su alcance y organización varíen perceptiblemente según la historia y cultura de la intervención estatal, los servicios generales pueden definirse como los servicios, tanto económicos como no económicos, que los poderes públicos clasifican de interés general y someten a obligaciones específicas de servicio público. Ello significa que es esencialmente responsabilidad de los poderes públicos, al nivel que corresponda, decidir la naturaleza y el alcance de un servicio de interés general. Los poderes públicos pueden decidir ofrecer los servicios propiamente dichos o encomendarlos a otras entidades, que pueden ser públicas o privadas, y actuar por motivos lucrativos o por motivos no lucrativos” (Comunicación de la Comisión COM (2007) 725 final, cit., ap. 2).

En la más reciente doctrina alemana, Schmidt-Assmann, proclamando la importancia al respecto de la obra de 1970 de Peter Häberle *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*⁵⁶, y apoyándose en formulaciones que encuentra en el Código Urbanístico alemán, aun sin distinguir claramente entre lo que denomina intereses públicos e intereses generales, afirma que “la distinción entre intereses públicos y privados no se basa en el titular del interés” y —citando a Ehlers— que “es cierto que la Administración Pública es un titular cualificado de intereses públicos, pero no ostenta el monopolio de su

Si bien cabe interpretar que el que “puedan decidir” tal cosa no significa, por sí mismo, que deban decir siempre una de esas cosas, y que tampoco debería entenderse que sean siempre necesarias las mencionadas obligaciones de servicio público, podrían hacerse lecturas de las citadas afirmaciones, netamente estatistas, como las que pueden tenderse a hacer precisamente en los medios franceses, donde incluso lo ahí afirmado de los servicios de interés general se traduce como afirmado de los “servicios públicos”, con la consiguiente posible confusión y tergiversación (asi Renaudineau. *L'intérêt général*, ob. cit., p. 313).

- 56 Poco antes de revisar este texto para su publicación en esta *Revista de Derecho*, he tenido más amplia información, gracias a Miguel Azpitarte Sánchez, sobre la gestación, el contexto y la trascendencia de esta importante obra de Häberle, que fue su laboriosa memoria de habilitación en la Universidad alemana de Friburgo. El núm. 32 de julio-diciembre de 2019, de la *ReDCE (Revista de Derecho Constitucional Europeo)*, de la Universidad de Granada, se hace eco monográficamente del Coloquio del 13 de mayo de 2019 en Hamburgo con motivo del 85 aniversario de Peter Häberle —y de los 50 de su habilitación—, sobre “Das öffentliche Interesse —noch immer ein juristisches Problem”, y, junto a otros estudios, publica en lengua española —traducción de Miguel Azpitarte los dos primeros y de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez el tercero— la Ponencia principal de Lothar Michael, la réplica de Justus Vasel y un texto de Michael Stolleis, ilustrativos de la relevancia del debate doctrinal en Alemania sobre el interés público, el bien común y el interés general. Refiriéndose al año 1962, en el que apareció la primera edición de la tesis doctoral de Häberle sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales [de la que menciona una tr. esp. publicada en Lima, 1997, bajo el título de *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*], observa Michael significativamente que “su capítulo fundamental sobre “la combinación de intereses públicos y privados a través de los derechos fundamentales y su delimitación” mostró el camino hacia una teoría del interés público que culminaría con su habilitación de Friburgo en 1969” (ponencia cit., “El reto de comprender el interés público como problema jurídico”, p.5 de ed. digital), y, en otro momento, dirá que “la comprensión de Häberle de los derechos fundamentales, sobre la que aquí no podemos profundizar, rechaza que el interés público y los intereses privados se excluyan” (ob. cit., p. 14). Los tres autores citados señalan la equiparación de Häberle, por lo demás, entre “interés general” y “bien común”. Son posiciones que convergen con algunas de las más sustanciales a este trabajo, que me alegra anotar, aunque no deban presumirse necesariamente otras posibles coincidencias, cuya verificación, en su caso, habrá de quedar para otra ocasión.

formulación y realización. Los intereses públicos —dice literalmente— también pueden ser defendidos por entidades privadas, grupos de interés y particulares. Por lo tanto, de la existencia de un interés público —concluye certeramente— no cabe concluir necesariamente la presencia de un título competencial en favor de la Administración” (Schmidt-Assmann, 2003, p. 165). Y añade: “Los intereses públicos y privados se diferencian por su orientación: intereses públicos son aquellos que se encaminan directamente a procurar el interés general. No son idénticos al interés general, pero, en la medida en que se preocupan por la comunidad, tienen una tendencia a convertirse en el interés general”. Con lo que —precisa de inmediato— “no se está diciendo nada en contra del rango y legitimidad de la persecución de intereses privados. La Constitución parte precisamente de la colaboración entre intereses públicos y privados” y “un interés puede reunir al mismo tiempo las características de unos y de otros” (Schmidt-Assmann, 2003, p. 165-166). En fin, dirá también algo más adelante, “por bienestar general (bien común) hay que entender el interés común formado a partir de la conjunción de muchos intereses especiales, públicos y privados” (Schmidt-Assmann, 2003, p. 166).

Años antes, Hans Julius Wolff, consolidado maestro en las décadas cincuenta y sesenta del siglo XX, ya había advertido certeramente sobre la necesidad de no confundir “Estado social de derecho” con un “Estado del bienestar” entendido como “Estado-Providencia” que haya de ocuparse de todo, arrinconando todo riesgo y libertad de la vida de quienes forman la sociedad, “con el resultado de una inevitable uniformidad dictatorial en lugar de una variedad de vidas más autodeterminadas”⁵⁷.

Hace tiempo que el Tribunal Constitucional español llegó a decir, con acierto, aun de pasada y con un alcance limitado, en su sentencia 18/1984, de 7 de febrero, que “la configuración del Estado como social de Derecho, viene [...] a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés

57 Cfr. Wolff, ob. cit., p. 49.

El interés general

general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad” (FJ 3) ⁵⁸.

El Poder Público no monopoliza el interés general, pero es imprescindible en toda sociedad, sin la que no es posible la vida humana, para esclarecerlo, promoverlo y garantizarlo en la medida necesaria de modo imperativo y coercitivo

La apreciación de lo que sea de interés general y de lo que este requiera — para favorecer, satisfacer o garantizar del mejor modo en concreto las libertades y demás derechos fundamentales de todas las personas en su conjunción armónica dentro del conjunto social— es objeto ordinariamente, en muchos aspectos, de una diversidad más o menos amplia de opiniones y convicciones, y no escapa al distinto peso subjetivo que para cada cual tiene su propia experiencia y circunstancias. Es, a la postre, todo el problema clásico de determinar en cada tiempo y lugar lo que le corresponde a cada uno: el *ius suum*.

La necesidad de constituir en la sociedad quien lo esclarezca para todos de manera suficientemente indiscutible e imperativa, junto a la necesidad no menos evidente en toda sociedad de que asimismo se erija en ella quien, si es necesario, por medios coactivos, obligue a respetar a los demás, sus bienes y sus derechos y a cumplir los deberes con que hayan de satisfacerse estos, es la causa de la organización de la *πολις*, de la comunidad o colectividad política,

58 La sentencia, que hubo de encarar la determinación de la naturaleza de una Caja de Ahorros de fundación pública, contiene, sin embargo, otras afirmaciones poco afortunadas, como cuando dice que la actual acción mutua entre el Estado y la sociedad “difumina la dicotomía derecho público-privado”, lo que probablemente traiga causa de una aún reductiva y sesgada comprensión de la relación del interés general a la vez —pero de distinto modo— con los sujetos privados y con el Estado, resultado, sin duda, del peso de una tradición cultural jurídico-política contemporánea de la que no es fácil liberarse por entero. La misma mención específica que también se hace en esta sentencia, a “entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general” como si este cumplimiento de fines de interés general y de relevancia constitucional solo estuviese a su alcance, además, obviamente, del de las propias entidades públicas, pero no de modo más universal, en el ámbito de todas las personas individuales y de sus agrupaciones sociales libres, ya denota una aproximación aún muy recortada al tema.

con su Poder Público⁵⁹, algo naturalmente esencial, de un modo u otro, a toda sociedad humana, sin la que, por cierto —contra lo afirmado por las doctrinas del estado de naturaleza y del contrato social, particularmente en sus teorías más extremas—, no es posible ni la existencia ni la vida de persona humana real alguna.

El Poder Público no tiene la exclusiva del interés general⁶⁰, ya que también puede equivocarse en su determinación —en realidad siempre lo encarnan o ejercen personas humanas concretas, pocas o muchas—, pero ciertamente a este le compete esclarecer sus exigencias necesarias, regular y determinar cuáles de sus condiciones deben prevalecer sobre otras de ellas, cuál sea el alcance legítimo de los intereses particulares, por respetar o servir al interés general de modo suficiente o adecuado, y, por lo mismo, bajo qué condiciones deben respetarse y protegerse, o, en fin, promover, facilitar y, finalmente, desde luego, garantizar en cuanto sea necesario, incluso con el uso de medios directa o indirectamente coercitivos, cuanto sea considerado componente necesario del interés general. Por ello, le corresponde al Poder Público esclarecer y determinar el orden jurídico, en términos generales, o ante casos litigiosos concretos, promover y facilitar su pleno respeto y cumplimiento y, en fin, garantizarlo con medidas adecuadas, proporcionadas y eficaces.

59 Son principios básicos, ampliamente compartidos, pero, en gratitud a su magisterio, me permito remitir a lo dicho por Boquera Oliver, J. M.^a. (1991). *Derecho administrativo*, I (8.^a ed.). Civitas, pp. 82-83.

60 “En un Estado social y democrático no hay una asunción monopolística de los intereses generales” (Meilán Gil. *Derecho administrativo revisado*, ob. cit. p. 37; ya había insistido en esta idea antes, en *Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español*, art. cit., pp. 182-183 y 206). Con todo, Meilán se inclina por proponer que algunos entes, en atención a ese servicio que prestan a los intereses generales o “colectivos”, “que no son Administración” —y ciertamente no lo son cuando se asientan en una voluntad asociativa libre y, por ende, privada— “tampoco son exclusivamente privados” (*Derecho administrativo revisado*, cit., ibid.), como si la importancia de su servicio a los intereses generales lo impidiera, en lo que no deja de subyacer de nuevo ese substrato del pensamiento contemporáneo, especialmente en la cultura latina, que opone radicalmente lo público (interés general) a lo privado (intereses particulares), a pesar de la clara voluntad de este autor de rechazar este planteamiento.

Toda la ciudadanía y entidades sociales, afirmando sus libertades, han de contribuir, pues, en la mayor medida de lo posible, a la plenitud del interés general con sus actividades propias. Estas mismas actividades, en cuanto sientan condiciones imprescindibles para que los individuos y los grupos puedan satisfacer sus necesidades y alcanzar sus fines dignamente, son de interés general. Pero es necesario, en toda sociedad, a la vez, que el Poder Público vele por la recta ordenación del ejercicio de las libertades y derechos —y de los intereses particulares que puedan animar a sus titulares— al interés general, al bien común, a la mejor conjunción de los derechos e libertades de cuantos forman parte de la sociedad, en su más pleno respeto y satisfacción posibles. Con sus específicas potestades, el Poder Público debe clarificar esa ordenación en términos generales o abstractos mediante buenas leyes⁶¹, y también ante casos conflictivos

61 Siempre susceptibles de control de su acomodación a las exigencias constitucionales por un Tribunal Constitucional, en la tradición de control concentrado continental europea y de otras partes del mundo, o judicialmente del modo desconcentrado de que son modelo los Estados Unidos de América. Como se ha recordado oportunamente por autorizada doctrina, el Tribunal Constitucional español se ha considerado competente para enjuiciar la constitucionalidad de ciertas limitaciones legislativas a determinadas libertades por razones de un interés general valorado como superior (SSTC 76/1983, 67/1985, 89/1989, 132/1989, 139/1989, 113/1994, 179/1994, en materia de Corporaciones sectoriales de Derecho público con respecto a la libertad asociativa), o de la delimitación del interés general *nacional* en que se basa la reserva por el artículo 149.1 de la Constitución Española de algunas competencias al Estado, sin que puedan asumirse estatutariamente por las Comunidades Autónomas (STC 68/1984) (véase García de Enterría, E. (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *REDA*, (89), apartados IV y V, pp. 75 a 79).

Por lo demás, la afirmación de que “la representación parlamentaria incorpora a la Ley los intereses generales y confía su gestión a la Administración” (Montalvo Abiol, J. C. (2011). *Interés general y administración contemporánea. Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (14), p. 147 <http://universitas.idhbc.es/n14/14-08.pdf>) requeriría algunas precisiones, ya que, en efecto, la Ley y, por encima de ella, la Constitución (única que es, en rigor, expresión de la soberanía popular) determinan de manera general —y con la conocida subordinación de aquella a esta— los deberes de los Poderes públicos para con el interés general y el alcance de este a tales efectos, pero todas sus determinaciones son susceptibles de contraste valorativo con lo en verdad requerido por la dignidad de cuantas personas componen cada sociedad, más allá de la efectividad coercible del sistema jurídico; y, por otra parte, la garantía —más que la “gestión”— de los intereses generales que corresponda a los Poderes Públicos no se confía solo ni siempre a la Administración, sino también y en medida muy importante al Poder judicial y directamente en cuanto atañe al derecho privado y al derecho penal.

o litigiosos concretos, mediante Jueces prudentes e independientes, y debe llevar a cabo cuantas otras actuaciones de complemento normativo, preventivas, supervisoras, promotoras, sancionadoras o incluso de puesta a disposición y de gestión de bienes, razonablemente de uso común, o de prestaciones u otras actividades que se vean proporcionadamente necesarias para el mejor servicio posible del dicho interés general⁶², lo que no podrá dejar de incluir la exigencia de favorecer lo más posible la expansión efectiva de las libertades personales a su servicio, que es inherente al denominado principio de subsidiariedad en su dimensión más básica, conocida como “horizontal”, esencial, a nuestro juicio, a la noción misma del actual Estado social de derecho⁶³.

62 Con todas estas actuaciones, las Administraciones Públicas habrán de *servir*, en efecto, con *objetividad los intereses generales* (como dice el artículo 103.1 de la Constitución Española), que deben venir predeterminados en términos generales o abstractos por la Constitución, las leyes, los principios generales del Derecho y, en su caso, los propios reglamentos de la Administración. Corresponde al Poder Judicial poder verificar, en caso necesario, tal servicio con ese *sometimiento pleno a la Ley y al Derecho* (artículo 103.1 citado y 106.1 de la misma Constitución). En la medida en que el interés general que ha de servirse no resulte aun suficientemente determinado por el ordenamiento aplicable, podrá tener el carácter propio de todo concepto o término jurídico —o legal— indeterminado, cuya aplicación por la Administración está igualmente sujeta al pertinente control judicial, con la amplitud y limitaciones que a este siempre le corresponde, como *sometido* que está únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1 Constitución Española) y obligado por ella a respetar los legítimos márgenes de apreciación u opción reconocidos a la Administración en lo que no venga exigido indubitablemente por *la ley y el derecho*. Véase sobre esto en particular García de Enterría. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado, art. cit., pp. 69-87, donde, en polémica con Beltrán de Felipe, M. (*Discrecionalidad administrativa y Constitución* (1995). Tecnos), claramente relativizó y aclaró con acierto —aunque siguiera sosteniéndola, no sin alguna contradicción—, la tesis que había venido defendiendo sobre “la única solución justa”, que debería identificar el juez de lo contencioso-administrativo en el control de la aplicación por la Administración Pública de los conceptos jurídicos indeterminados empleados por el ordenamiento regulador de su actuación.

63 Véase nuestro “Nuevo sistema conceptual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3 (1999): *Privatización y liberalización de servicios*, ed. a cargo de Gaspar Ariño Ortiz, Universidad Autónoma de Madrid / Boletín Oficial del Estado, Madrid 1999, pp. 138-140, “El principio de subsidiariedad”, en Santamaría Pastor, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1275-1310, o “Para evitar la degradación del Estado de Derecho”, cit..

La tesis se encuentra también, al menos implícitamente, en una parte de la doctrina alemana que se ha ocupado del *Estado social de Derecho*: cfr. Karl Doehring, *Estado social, Estado de derecho y orden democrático* (tr. esp. del texto original de 1978, con prólogo de Bruno

Heck), en Abendroth, W., Forsthoff, E., y Doehring, K. (1986). *El Estado social*. CEC, pp. 129 y 157; antes, Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, Beck, München und Berlin, 1956, p. 12, e igualmente en la 5.ª ed., 1963 y la 6.ª, 1965, pp. 15. Meilán llegó a decir, en 1967, citando la p. 15 de la 5ª ed., que “Wolff considera [...] como nota esencial de un Estado social de Derecho” al principio de subsidiariedad (Meilán Gil, J.L., |, ENAP, Madrid, 1967, reproducido en su libro *Administración en perspectiva*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1996, pp. 57-58 y notas 39 y 109), y lo ha vuelto a escribir en su último libro (*Derecho administrativo revisado*, cit., p. 36), cuya lectura me produjo la admiración de encontrarme con la misma tesis que vengo sosteniendo, lo que me llevó a leer directamente a Wolff para comprobar que él no la formula expresamente en los términos en que lo interpreta Meilán, aunque ciertamente, en el lugar citado por Meilán, califica de modo muy sucinto al principio de subsidiariedad de principio jurídico integrante del “Estado de Derecho material”, concepto que, en su relación con la noción de “Estado social”, analiza en el & 11.II, b), 3 a 6 de la ob. cit. (pp. 47-49 de la 6.ª ed., 1965). Schmidt-Assmann ha afirmado por su parte, netamente, que “la dialéctica del principio del Estado social se materializa, desde la perspectiva organizativa-instrumental, a través de la idea de la *subsidiariedad*. La intervención del Estado social solo ha de producirse cuando la autorregulación de la sociedad no satisface las exigencias de la justicia social [y cita aquí un estudio de Isensee, inserto en el vol. 3, edición de 1988, de la gran obra colectiva dirigida por él mismo y Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HStR): “Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat”]. La subsidiariedad se encuentra suficientemente garantizada mediante la protección constitucional, en sede de derechos fundamentales, de la esfera de actuación del individuo, y la salvaguarda de la esfera competencial de las instituciones no públicas que operan en el ámbito de lo social. [...] La subsidiariedad no pone en cuestión la responsabilidad de los poderes públicos sobre los asuntos sociales, pero sí reparte dicha responsabilidad y la convierte en un sistema en el que, dentro de un marco general de responsabilidad pública, se equilibran las esferas de autoorganización con actuaciones propias de los poderes públicos de distinta intensidad” (*La teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 146).

En España se ha ocupado de la subsidiariedad, particularmente en el ámbito económico, Gaspar Ariño Ortiz (*Economía y Estado: crisis y reforma del sector público* (1993). Marcial Pons, pp. 67 y ss., y *Principios de Derecho público económico* (1999). Comares, pp. 110 y 113 y ss.), quien advierte que “nada más difícil que hacer real la subsidiariedad del Estado, si no hay ciudadanos dispuestos a asumir sus tareas y responsabilidades” (p. 67 de la primera de las obras citadas). Deber del Estado será garantizar los derechos y libertades que Ariño trata como sus condiciones, pero también obrar de modo que se favorezca su efectivo y responsable ejercicio.

En Argentina ha venido propugnando la conformación del Estado como “subsidiario” y la fundamentalidad del principio de subsidiariedad, Juan Carlos Cassagne. Véase su *Derecho administrativo*, I, 6.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 62 y ss. o 1ª ed. en Palesstra, Lima, 2010, pp. 91 y ss., y, más recientemente, la sucinta referencia que hace en *Los grandes principios del Derecho público (constitucional y administrativo)*, Reus, Madrid 2016, pp. 123.124.

El interés general es propio del Poder Público y de los sujetos privados, pero aquel tiene funciones específicas con respecto a él que le son exclusivas y carece de cualquiera de los legítimos intereses particulares de los sujetos privados

No es el interés general y el interés particular o privado lo que, en rigor, distingue, sin más, al Poder Público y a los ciudadanos o, más en general, a las personas humanas en su individualidad privada y a las agrupaciones voluntarias, privadas, que ellas forman. Al interés general se deben y contribuyen todos. Es cierto, sin embargo, que es distinta la vinculación del Poder Público y de los sujetos privados al interés general, porque lo que especifica a aquel, como acaba de decirse, no es, desde luego, ninguna supuesta titularidad exclusiva del interés general ni de su prosecución o consecución efectiva, pero sí su superior función de delimitarlo y esclarecerlo en general y en particular, y de velar de distintos modos por él, jerarquizando y graduando también los distintos niveles de interés general que normalmente deben reconocerse en la sociedad, y garantizándolo cumplidamente en la medida que se estime necesaria. Además, mientras que los sujetos privados sirven o contribuyen al interés general a la vez que persiguen y obtienen sus legítimos intereses y fines particulares —objeto de sus derechos y libertades en esa su faceta de servicio a lo individual o particular legítimo—, el Poder Público, en sus diversas manifestaciones propiamente tales o instrumentales, nunca puede pretender intereses propios —ni de sus representantes o agentes— que pudieran ser considerados de algún modo particulares o privados, sino solamente servir a aquella función o aquellas funciones que requiere el interés general y que lo justifican⁶⁴, por más que, a la postre, al proteger con ello libertades o contribuir a la satisfacción de derechos,

64 Es algo que forma parte de la más clásica teoría sobre el Poder público y de la doctrina común sobre el Estado de derecho. Se detenia en explicitarlo García-Trevijano Fos, J. A. (1974), *Tratado de derecho administrativo*, I, 3.ª ed., p. 415. Y Meilán ha dejado con acierto escrito que ni el titular del poder debe apropiarse del interés general, ni puede “desentenderse a favor del interés privado, abdicando ilegítimamente de su función” Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español, art. cit., p. 177), aunque parece evidente que se refiere ahí solamente al interés privado que sea contrario al general. Lo hemos señalado también en otras publicaciones, como nuestro estudio sobre Principios generales del derecho administrativo constitucionalizados en el derecho español, ob. cit., p. 397.

sirva a la vez, desde luego, a los legítimos intereses particulares que una y otros formalizan, encauzan y permiten.

Este es el sentido en que han de entenderse los principios normativos como el que el artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 formula afirmando que *la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*, lo que, por lo demás, podría predicarse igualmente de los demás Poderes Públicos. No pueden servir a intereses particulares no integrantes del interés general por el que hayan de velar, del modo y con el alcance que el ordenamiento jurídico determine⁶⁵. En una línea similar cabría interpretar, si ello es entendido adecuadamente, lo que el Consejo de Estado francés —cuya importancia en los orígenes de la configuración inicial y la denominación misma del moderno

65 Meilán se ha referido en varias ocasiones al papel protagonista importante que tuvo en la introducción del citado principio en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 (la última vez en *Derecho administrativo revisado*, cit., p.36), y, desde joven, situó en ese servicio a los *intereses colectivos* la caracterización funcional que debería tenerse por determinante del derecho administrativo y, hasta cierto punto, de la propia Administración Pública (*El proceso de la definición del derecho administrativo*, cit., en su reproducción de 1996, cit., pp. 53-60), pero sin especificar suficientemente *prima facie* lo que sea propio y específico de ese su servicio a los intereses generales, con el riesgo evidente de propiciar la idea de que tal servicio —en contradicción aparente con alguna otra de sus afirmaciones— corresponde, en todas sus manifestaciones posibles, solamente a “lo público” o a lo que participa de tal de alguna manera, excluyéndose por tanto de ello a “lo privado”. No se logra superar entonces el prejuicio de la oposición frontal entre lo público y lo privado, en razón de los intereses servidos. También Nieto ha recordado análogamente que “el fin de la Administración Pública no es otro que el conocimiento, cuidado y amparo de los intereses generales y colectivos”, aunque considera que “esta visión” habría ido “cediendo el paso a otra diametralmente distinta y mucho más amplia” porque “la Administración, sin abandonar el cuidado de los intereses generales y colectivos, extiende su acción a los intereses particulares [...]” (“La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, cit. p. 2224). Pero ¿es que alguna vez ha podido cuidar de los intereses generales sin incidir y aun proteger los particulares? Tampoco se incluye en estas referencias lo específico de la Administración Pública y aun de cualquier Poder público, más ampliamente. El mismo autor insiste en la apuntada contraposición de intereses generales y particulares en ob. cit., p. 2230, pero acaba diciendo algo no muy alejado de lo aquí sostenido, que “la Administración, considerando un interés general, puede intervenir en los intereses particulares haciendo aflorar todo lo que de general llevan consigo los intereses más irreductiblemente particulares en apariencia”; “es que nada hay absolutamente particular y de nada puede decirse que no afecte a algún interés general [...] La relación entre intereses particulares y generales salta aquí a la vista, reforzando las tesis tradicionales de los intereses generales inmanentes” (p. 2231).

Derecho Administrativo es bien conocida— ha afirmado con contundencia hace ahora veinte años, al dedicar a unas “Reflexiones sobre el interés general” todo un Informe especial conmemorativo del bicentenario de su creación por Napoleón: que “el interés general es la clave de bóveda del Derecho público francés”.

De ningún modo debe, por ello, entenderse —como hemos tratado de justificar— que no sea también importante el interés general para el derecho privado o que, en términos más amplios, las personas singulares, los ciudadanos, las diversas entidades sociales de todo tipo, aun persiguiendo sus legítimos intereses propios y en el ejercicio de sus derechos y libertades —lo que ya forma parte en sí mismo del interés general que ha de preservarse y favorecerse—, no sirvan al interés general o no puedan ocuparse de cuanto tenga tal carácter sino por encomienda, encargo o concesión del Poder Público. Tal comprensión de la relación entre las personas humanas y el interés general se demuestra contraria a la experiencia común y, como alejada de la realidad y secuela de desviados planteamientos ideológicos que ya han dejado ver no pocas veces sus trágicas consecuencias, altamente perjudicial para una buena ordenación social y política y el bienestar y progreso que solo con ella pueden lograrse.

De la recta inteligencia de lo que es e implica el interés general depende —seguramente en no pequeña medida— la posibilidad misma de lograr instalar y consolidar en las naciones, en las colectividades políticas, un auténtico régimen propio de lo que ha dado en llamarse un Estado social y democrático de derecho, con cuanto implica de respeto a la dignidad de todas las personas, de su libertad y de su responsabilidad social, como auténtico centro y fundamento del sistema social, y de conformación firme y estable de los necesarios Poderes Públicos a su servicio, bajo un justo orden jurídico anclado en el principio de subsidiariedad, y permeable a las directrices que, para su positivización y efectividad, deben proceder del pueblo, del conjunto de hombres libres que lo constituyen solidariamente, sobre la base de los imperativos y exigencias inherentes a la naturaleza del hombre, de la sociedad y del mundo, todo en que se enmarcan, sin duda procedentes de la suprema acción creadora y providente de Dios (del mismo Dios, el único Dios) que se ha revelado no solo en la misma naturaleza

El interés general

accesible a la común experiencia y razón humanas, sino, de otro modo más directo, en la grandiosa historia bíblica de la Antigua Alianza protagonizada por el pueblo de Israel, y de la nueva que, manifestada en Jesucristo, nos transmite la tradición de la Iglesia —y con particular plenitud la Católica Romana—.

DOCTRINA NACIONAL

Guillermo Chang Chuyes

Por:
Guillermo Chang
Chuyes*

¿ES LA RESPONSABILIDAD SOCIAL
UNIVERSITARIA VERDADERA
RESPONSABILIDAD SOCIAL
UNIVERSITARIA?: UN ANÁLISIS JURÍDICO.

Resumen

Este artículo analiza el régimen jurídico de la responsabilidad social universitaria en el ordenamiento jurídico peruano. En primer lugar, se ha detallado cómo la responsabilidad social se ha convertido en un fin de la universidad y se ha estudiado desde las teorías propias de la ciencia de la administración de empresas. Luego, se ha señalado que, en el caso de las ciencias jurídicas, corresponde con el principio de solidaridad. Finalmente, se ha analizado las leyes peruanas sobre esta materia.

Abstract

This article analyzes the law about university social responsibility in Peru. First, it has detailed how social responsibility has become a goal to the universities and why it has been studied by the business literature. Then, in the case of law, university social responsibility corresponds to the principle of solidarity. Finally, Peruvians laws about this issue has been analyzed.

Palabras clave: responsabilidad social universitaria, policía administrativa, servicio esencial, derecho, Perú

Keywords: university social responsibility, regulation, public utility, law, Peru

* Guillermo Chang Chuyes es máster en Estudios Jurídicos Avanzados con especialidad en Regulación del Mercado y Derecho de la Empresa por la Universidad de Valladolid (España). Es profesor ordinario auxiliar de Derecho Administrativo en la Universidad de Piura. Correo electrónico: guillermo.chang@udep.edu.pe / <https://orcid.org/0000-0002-6426-0421>.

Recibido: 15 de enero del 2022

Aceptado: 30 de enero del 2022

¿Es la Responsabilidad Social Universitaria verdadera Responsabilidad Social Universitaria?: Un análisis jurídico

Sumario

I. ¿CÓMO LA RESPONSABILIDAD SOCIAL SE CONVIRTIÓ EN UN FIN DE LA UNIVERSIDAD? II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL, EN EL DERECHO, SE CONDICE CON EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD. III. SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. 1. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA A NIVEL CONSTITUCIONAL. - 2. LA LEY N.º 30220, LEY UNIVERSITARIA. IV. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA. 1. EL EXCESO DE LA POSITIVACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA. - 2. ¿CÓMO SE CUMPLE EL MÍNIMO DE 2 % DE INVERSIÓN EN RESPONSABILIDAD SOCIAL? - 3. LO QUE NO ES RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. ¿CÓMO LA RESPONSABILIDAD SOCIAL SE CONVIRTIÓ EN UN FIN DE LA UNIVERSIDAD?

Los fines de la universidad han variado mucho en ocho siglos. Durante su etapa medieval, su fin se centró en los saberes superiores. Sin embargo, ello no hizo que se cerrara en sí misma. Estos saberes, teniendo en cuenta el desarrollo de la época, a su vez, eran la formación profesional que necesitaba una persona para acceder a alguna actividad remunerada en la sociedad de entonces (Latorre, 1946, p. 25). Además, tenía una gran relación con la sociedad de aquel tiempo, al participar en los grandes debates de la época. Así, por ejemplo, la Universidad de París se pronuncia en favor del rey en el conflicto que enfrenta a Felipe el Hermoso de Francia con el papa Bonifacio VIII; se inclina al conciliarismo en la época del gran cisma y se define en contra de Juana de Arco, entre otros (Latorre, 1946, p. 22).

Con la llegada de la modernidad, la aparición de los estados nacionales y la reforma protestante, la universidad se aferró a su sistema medieval cultivando los saberes sapienciales, dejando de lado el humanismo, la nueva filosofía y la nueva ciencia, que surgieron fuera de sus linderos (Latorre, 1946, pp. 26-28). No *aggiornarse* consiguió que la universidad entre en crisis y esto motivó la reforma de la misma desde el Estado. Así, hasta la Revolución francesa no hubo cambios formales en la universidad (Rüeg, 2004, p. 4). La implantación de los modelos francés y alemán, a principios del siglo XIX, cambiaron los fines

de la universidad, centrándose en aquello que se dejó de lado: la formación de profesionales técnicos para el Estado francés y la ciencia experimental en la Universidad de Humboldt.

A estos fines, el siglo XIX añade uno nuevo: su proyección en la sociedad. Las universidades estaban encerradas en la investigación y no tenían contacto con la realidad. Por ello, fue en Inglaterra hacia 1850 donde se inició un movimiento de acercamiento de la universidad a la vida social, como reacción a los horrores sociales producidos por la Revolución Industrial (Latorre, 1946, p. 203). Esto también tuvo eco en Latinoamérica, especialmente en el movimiento de Reforma Universitaria de Córdoba de 1918 (Sánchez, 1949, p. 44), el cual propuso esto como nuevo fin para la universidad en reacción al modelo francés copiado en Latinoamérica.

La crisis de la modernidad y las soluciones propuestas motivaron muchos debates sobre la esencia y fines de la universidad. Las reflexiones de Newman (2011), Jaspers (2013) y Ortega (1968) son reflejo de la preocupación a lo largo del siglo XIX y XX. En pleno siglo XXI, el crecimiento de los estudios y debates sobre este tema ha sido exponencial.

Nuestro país recibió influencia de estos vaivenes (Mac Gregor, 1988, p. 17 y ss.). La Universidad Nacional Mayor de San Marcos, creada a imagen y semejanza de la Universidad de Salamanca, siguió el modelo medieval hasta iniciada la época republicana. A partir de ahí, el modelo francés se impuso en el Perú. Así lo recoge la primera norma sobre universidades: el Reglamento General de Instrucción de 1850. La Universidad Nacional Mayor de San Marcos era el centro del sistema cuyo fin que buscaba era la formación profesional. Alrededor de los años 20 del siglo pasado, ingresaron las ideas de la reforma universitaria cordobesa al país y fueron las causantes de una huelga universitaria. El modelo francés se dejó de lado en la Ley N.º 9352, del 1 de abril de 1941. En el caso concreto de la proyección social, empezó a vivirse, pero no se había positivizado en las normas del Estado. Es recién en la Ley N.º 10555, Nuevo Estatuto Universitario o Carta Constitutiva de la Universidad Peruana, promulgada el 24 de abril de 1946, donde se incluye por primera

¿Es la Responsabilidad Social Universitaria verdadera Responsabilidad Social Universitaria?: Un análisis jurídico

vez la proyección social de la universidad como un fin propio de la misma. En efecto, los artículos 1 y 2 señalan que los conocimientos de la universidad sirven al mejor provecho espiritual de la sociedad y la misión social de colaboración eficiente en el estudio y realización de asuntos que beneficien al país sin participar corporativamente en las cuestiones relacionadas con la política contemporánea. Desde entonces, la legislación ha regulado, bajo distintos términos, la relación de la universidad con la sociedad: proyección social, extensión universitaria y más recientemente responsabilidad social y medioambiental. Ya en el siglo XXI, la Ley N.º 30220, Ley Universitaria, mantiene la responsabilidad social como fin de la universidad, pero es la primera vez que una norma la establece como una obligación cuantificable económicamente. Así, el artículo 125 establece que las universidades deben dedicar, como mínimo, el 2 % de su presupuesto a la responsabilidad social universitaria.

El fenómeno de la proyección social no es exclusivo de la universidad. En el siglo XIX, aparecen algunas organizaciones preocupadas por los empleados e incluso filantropía como reacción a la revolución industrial. Esto es el germen de lo que a mediados del siglo pasado tomó el nombre de “responsabilidad social corporativa” (Carrol, 2008, p. 20 y ss.). Actualmente, en la ciencia de la administración de empresas, se distingue entre la *responsabilidad corporativa* y la *sostenibilidad corporativa*. La primera se centra en una base ética para realizar los negocios y por ello tener un impacto, mientras que la segunda se vincula a la ciencia necesaria para realizar el negocio. En ambos casos, hay aspectos sociales, medioambientales y económicos e incluso usan métodos similares. Ahora bien, la literatura más reciente lucha por mantener su distinción. Por ello, es clarificadora la opinión de Bansal y Song: “*ethics provided the compass, and science provides the engine*” (Bansal y Song, 2017; Montiel y Delgado-Ceballos, 2014). En ese sentido, puede entenderse que hay autores (Guadamillas, 2016, p. 43) que mencionan que la finalidad de la responsabilidad social universitaria debe realizarse siguiendo las pautas de cualquier responsabilidad social empresarial, adaptándola a los requerimientos de los grupos de interés, a la consecución de sus objetivos y al desarrollo de las funciones que le son propias.

Se puede apreciar, de este breve recorrido histórico, que la universidad nació desde los fines que actualmente recoge la legislación nacional, independientemente de los vaivenes históricos que ha tenido.

II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL, EN EL DERECHO, SE CONDICE CON EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Una primera cuestión a resaltar es que la responsabilidad social, tal como está planteada en la ciencia de la empresa, parte de exigencias éticas que llevan al cumplimiento de las obligaciones legales e incluso a realizar actividades extraordinarias más allá de lo que señala la ley, para beneficiar a un determinado grupo de personas o a la sociedad en general. Sin embargo, el análisis jurídico de la responsabilidad social empresarial no debe ser solamente descriptivo, sino que es importante estudiar la naturaleza jurídica de esta institución para así determinar sus consecuencias jurídicas.

Es importante plantearse esta cuestión porque la responsabilidad social empresarial ha surgido en países cuyo ordenamiento jurídico es distinto al nuestro. En efecto, en el *common law*, el contrato y la jurisprudencia tienen el protagonismo en el ordenamiento jurídico, mientras que la ley lo tiene en el sistema jurídico romano germánico. Como observamos en el apartado anterior, la responsabilidad social empezó como algo autoimpuesto por las empresas (autorregulación) al reaccionar voluntariamente a la realidad y no como exigencia de la legislación. En nuestro sistema jurídico, el nacimiento de la responsabilidad social se ha realizado de la misma forma, pero poco a poco se nota su positivación en leyes específicas. Esto genera consecuencias jurídicas distintas, como se verá a continuación.

En el ordenamiento peruano, este tipo de actividades se han calificado como un deber jurídico abstracto sustentado en el principio de solidaridad (Mattos-Mena, 2018, p. 20; Valdiviezo, 2019, p. 110). Aun cuando este principio no se encuentra de forma expresa en la Constitución Política del Perú, salvo para el caso de la educación en el artículo 14, el Tribunal Constitucional (STC N.º 0048-2004-PI/TC; STC N.º 3343-2007-PA/TC; STC N.º 004-2010-PI/TC)

¿Es la Responsabilidad Social Universitaria verdadera Responsabilidad Social Universitaria?: Un análisis jurídico

señala que está implícito. Entendido así, la solidaridad es algo esencial a cualquier actuación, ya sea del Estado o de los particulares. De esta jurisprudencia, es importante resaltar lo siguiente:

Lo social se define en tres dimensiones: i) como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; ii) como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado; y iii) como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente adecuado al desarrollo y al uso de la vida (STC N.º 0048-2004-PI/TC).

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. Este principio, según el propio tribunal, puede presentarse como una exigencia ética y como un criterio en el ámbito jurídico-político. En el primer caso, nos encontramos ante la virtud de la solidaridad que realizan los privados en el ámbito de la autonomía de la libertad, ya sea a título individual o de forma asociada; en el segundo, ante los deberes que el Estado se impone a sí mismo o a los particulares (STC N.º 004-2010-PI/TC).

De lo expuesto en las sentencias del Tribunal Constitucional, se pueden obtener algunas consecuencias. En primer lugar, el principio de solidaridad incluye no solamente el tema social, sino también económico y medio ambiental. En ese sentido, coincide con la responsabilidad social empresarial que sigue la teoría de la ciencia de la administración.

En segundo lugar, este principio mezcla obligaciones morales y obligaciones jurídicas, como lo hace también la teoría de responsabilidad social empresarial. Así, por un lado, es una exigencia de la ética, fruto de la liberalidad de los privados y por otro, es una obligación jurídica tanto para los privados como para el Estado. Con respecto de este punto, es importante resaltar que el régimen

jurídico de ambas partes del principio es distinto. En el primer caso, el Estado puede promoverlo por medio de su actividad de fomento (Mattos-Mena, 2018, p. 9), esto es por medio de la distribución de ayudas y recompensas para su realización. Por otro lado, si son obligaciones jurídicas, habría que distinguir si el obligado es el particular o el obligado es el Estado. Si el obligado es el particular, el Estado tendrá poderes de policía, cuyo fin es regular la actividad por medio de obligaciones y cargas que deben respetar el principio de legalidad para exigir su cumplimiento. En caso el obligado sea el Estado, el ciudadano tiene un derecho de tipo social que será atendido, tal como lo dispone la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, de forma progresiva, teniendo en cuenta el presupuesto público.

Para resumir, la responsabilidad social empresarial, desde el punto de vista del derecho, corresponde con el principio de solidaridad en su vertiente ética, que es regulado implícitamente en la Constitución.

III. SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Es importante detallar las fuentes jurídicas que regulan actualmente la institución universitaria. En el Perú, son la Constitución, de 1993, y la Ley N.º 30220, Ley Universitaria, publicada el 9 de julio del 2014. Recientemente, esta norma ha sido materia de una acción de inconstitucionalidad que fue declarada improcedente (STC N.ºs 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC).

1. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA A NIVEL CONSTITUCIONAL

La norma fundamental tiene un artículo específicamente dedicado a la educación universitaria —que algún otro aún complementa con todo—, las reglas o principios constitucionales que regulan la universidad (Chang, 2018, p. 123). Así, la norma fundamental peruana establece literalmente lo siguiente:

¿Es la Responsabilidad Social Universitaria verdadera Responsabilidad Social Universitaria?: Un análisis jurídico

Artículo 18. La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.

Hay otros artículos de la Constitución Política peruana que también mencionan a la universidad, pero no lo hacen en lo esencial. El artículo 18 menciona la gratuidad de la universidad para alumnos de rendimiento satisfactorio y no cuentan con recursos (que no se aplica). Por otro lado, el artículo 19 regula la dispensa de ayudas y recompensas en la educación, entre ellas, la universitaria. Las otras menciones van referidas a cargos públicos vinculados a autoridades académicas.

A nivel constitucional, lo único que se puede observar es que no existe una regulación expresa de la responsabilidad social como fin en sí misma de la universidad. Sin embargo, algo puede desprenderse del fin de *difusión cultural* establecido en el primer párrafo. Aun con ello, la propia Carta Magna autoriza a la ley a fijar las condiciones para autorizar su funcionamiento. Ello implica que será la ley la que pueda establecer condiciones respecto de la responsabilidad social.

2. LA LEY N.º 30220, LEY UNIVERSITARIA

La vigente Ley Universitaria recoge la responsabilidad social en varios artículos de la ley. Así:

- a) Al definir la universidad, señala que está orientada a la investigación y docencia, que brinda formación humanística, científica y tecnológica con

- una clara conciencia de nuestro país como realidad multicultural (artículo 3).
- b) Establece la pertinencia de la enseñanza e investigación con la realidad social como uno de sus principios (artículo 5).
 - c) Menciona algunos fines en relación con la comunidad: proyectar a la comunidad sus acciones y servicios para promover su cambio y desarrollo (artículo 6.3), colaborar de modo eficaz en la afirmación de la democracia, el estado de derecho y la inclusión social (artículo 6.4), difundir el conocimiento universal en beneficio de la humanidad (artículo 6.6), afirmar y transmitir las diversas identidades culturales del país (artículo 6.7), promover el desarrollo humano y sostenible en el ámbito local, regional, nacional y mundial (artículo 6.8), y servir a la comunidad y al desarrollo integral (artículo 6.9).
 - d) Establece como funciones de la universidad en relación con la comunidad: extensión cultural y proyección social (artículo 7.3), y contribuir al desarrollo humano (artículo 7.5).
 - e) Señala que la investigación debe estar vinculada a las necesidades de la sociedad, con especial énfasis en la realidad nacional (artículo 48).
 - f) De forma implícita, es parte de una de las condiciones básicas de calidad. En efecto, el requisito regulado es determinar las líneas de investigación a ser desarrolladas, pero deben cumplir con lo dispuesto en lo señalado en el párrafo anterior (artículo 28).
 - g) Menciona que el órgano universitario de investigación debe integrar a la universidad, la empresa y el Estado (artículo 50).
 - h) Define la responsabilidad social como la gestión ética y eficaz del impacto generado por la universidad en la sociedad, debido al ejercicio de sus funciones: académica, de investigación y de servicios de extensión y participación en el desarrollo nacional de sus diferentes niveles y dimensiones; incluye la gestión del impacto producido por las relaciones entre los miembros de la comunidad universitaria, sobre el ambiente y sobre otras organizaciones públicas y privadas que se constituyen en partes interesadas. Además, añade que es fundamento de la vida universitaria,

¿Es la Responsabilidad Social Universitaria verdadera Responsabilidad Social Universitaria?: Un análisis jurídico

contribuye al desarrollo sostenible y al bienestar de la sociedad. Compromete a toda la comunidad universitaria (artículo 124).

- i) Regula los medios que se disponen para su promoción: un mínimo del 2 % de inversión de su presupuesto [...] y establecen los mecanismos que incentiven su desarrollo mediante proyectos de responsabilidad social, la creación de fondos concursables para tales efectos (artículo 125).
- j) Es un requisito de acreditación universitaria (artículo 125).
- k) Establece la obligación de establecer un servicio social universitario que ayude a los universitarios a realizar actividades de tipo solidario en beneficio de la sociedad (artículo 130).

La regulación nacional sobre la responsabilidad social puede resumirse en tres partes: 1) su definición; 2) su establecimiento con giro del negocio o *core business*; 3) su obligatoriedad de destinar un porcentaje específico a estas actividades.

En primer lugar, es importante destacar que la definición de “responsabilidad social universitaria” incluye lo económico, lo social y lo medioambiental. En ese sentido, coincide con lo señalado en las teorías actuales de la ciencia de la administración de empresas.

En segundo lugar, la responsabilidad universitaria es parte del giro del negocio o *core business* de la universidad por imposición de la ley. En ese sentido, no es parte del valor ético del principio de solidaridad, sino que está obligada a hacerla. Por ello, es un requisito en la obtención del título habilitante (licencia de funcionamiento) que permite el inicio de sus actividades (artículo 28) y también de la acreditación (artículo 125). Además, la responsabilidad social no obliga solamente a la universidad a convertirse en una organización de tipo asistencial, sino que los otros giros de su negocio (investigación y docencia) deben estar impregnados de la responsabilidad social. Sirvan de ejemplo lo regulado en el artículo 48 de la ley respecto de la investigación y el servicio social universitario para los alumnos regulado en el artículo 130 de la misma ley.

En tercer lugar, la Ley Universitaria ha establecido una obligación concreta de responsabilidad social en su artículo 125, donde cada universidad destine el como mínimo el 2 % del presupuesto para tal fin, por medio de proyectos y fondos concursables. Incluso el numeral 5.6 del cuadro de infracciones del Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Sunedu, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-2019-MINEDU, califica el incumplimiento de esta obligación como infracción grave. Esto implica la posibilidad de recibir una multa de hasta el 3 % de los ingresos brutos anuales o del presupuesto institucional modificado e incluso la suspensión temporal de la licencia de funcionamiento.

El único desarrollo infralegal de los artículos 124 y 125 de la Ley Universitaria, aunque por medio de un acto administrativo general, es lo dispuesto por la Resolución del Consejo Directivo N.º 082-2019-SUNEDU-CD. Esta dispone que, las universidades licenciadas puedan establecer mecanismos o acciones de responsabilidad social que favorezcan la continuidad de estudios de los alumnos de universidades a las que se les haya denegado la licencia institucional, a través de su incorporación a los programas académicos que ofrezcan. Lo que pretende esta disposición es que se use el presupuesto de responsabilidad social para que una universidad licenciada pueda establecer un subsidio para permitir la reinserción del estudiante en el sistema universitario, ya sea por medio de becas y subvenciones al pago de sus pensiones u otros posibles servicios de nivelación.

IV. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA

Tras lo expuesto, podemos comentar lo siguiente:

1. EL EXCESO DE LA POSITIVACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA

Desde el siglo pasado, como se vio en el primer apartado, la responsabilidad social ha sido incluida por el ordenamiento jurídico peruano como giro

¿Es la Responsabilidad Social Universitaria verdadera Responsabilidad Social Universitaria?: Un análisis jurídico

del negocio de la universidad. Esto, observado desde el punto de vista del principio de solidaridad, tiene unas consecuencias jurídicas importantes porque no es lo mismo la vertiente ética y la vertiente jurídica del principio, como se mencionó. El incumplimiento de una obligación moral no genera consecuencias jurídicas, salvo que se juridifique. Este paso puede darse por dos títulos: como manifestación de la autonomía de la voluntad de los privados por medio de negocios jurídicos (contratos) o por imposición de la ley. En el caso de los contratos, los efectos jurídicos implican solamente a las partes que suscriben el mismo. En general, los efectos jurídicos están en la relación entre los propietarios o promotores de la universidad y sus gestores y se centra en el control de la actividad de estos últimos e incluso la posible acción judicial para exigir una indemnización por daños y perjuicios (capital fiduciario). En el caso que estas obligaciones sean exigidas por el Estado, su incumplimiento afecta el interés general y exige de él una respuesta por medio de potestades regulatorias y, de ser el caso, se autoriza el ejercicio de su *ius puniendi*.

En el caso peruano, la responsabilidad social de la universidad tiene el mayor grado de protección del derecho, puesto que ha dejado de ser una obligación moral o a lo mucho una obligación jurídica entre propietarios y gestores para pasar a ser una imposición del Estado. A esto hay que agregar que, incluso, los propietarios han perdido el derecho de determinar el monto de la responsabilidad social porque el artículo 125 de la ley exige el 2 % del presupuesto de la universidad para tal fin.

Es evidente que la educación superior universitaria necesita una regulación por parte del Estado. En el caso peruano, la autorregulación del sistema universitario —realizado por la extinta Asamblea Nacional de Rectores bajo el amparo de la antigua Ley Universitaria (Ley N.º 23733) y la Ley N.º 26439, que creó el Consejo Nacional para la autorización de funcionamiento de universidades, generando un perjuicio a la sociedad—. Por ello, es válido que una norma establezca las obligaciones para obtener el título habilitante y brindar un adecuado servicio a la comunidad. Así, es labor esencial del Estado hacerlo.

Así, la inclusión de la responsabilidad social como fin de la universidad es reconocer su propia naturaleza. Al inicio de estas líneas recordábamos que la universidad nunca ha sido una institución cerrada en sí misma. El siglo XIX, al centrarse en la formación o investigación científica sin mirar a su alrededor, con un desprecio de los saberes sapienciales que permitan la interdisciplinariedad y de espaldas a la sociedad, propició que la universidad se cierre en sí misma. Mas bien, el hecho que la legislación reconozca este fin implica respetar y cuidar la institución universitaria. Incluso, el hecho que la responsabilidad social sea un principio que impregne la investigación y la docencia garantiza el cuidado de esta institución. Ello permite cumplir uno de los fines de la educación como servicio esencial (Chang, 2019) establecido en el artículo 14 de la Constitución, que señala que la educación fomenta la solidaridad. Por ello, es lícito que, tanto la autorización como la acreditación, el Estado pueda controlar, respetando la autonomía que la propia Constitución reconoce, según el tipo de universidad (Abruña et al., 2000), el impacto social en la investigación y la docencia.

Sin embargo, la regulación de la responsabilidad social universitaria como una obligación con un porcentaje específico ha tergiversado la naturaleza privada de la misma, yendo incluso en contra del principio de solidaridad. En otros sectores, la responsabilidad social es iniciativa de la empresa o de un grupo de ellas por medio de la autorregulación, dado que deben ser los estatutos los que establezcan el impacto del negocio en la sociedad, economía o medioambiente. Podría esto incluirse como parte de los gastos de la empresa si cumplen con el principio de causalidad tributaria, o se puede hacer en forma de liberalidades o donaciones (Mattos-Mena, 2018), pero la universidad no tiene esa opción. Como vimos al inicio, la responsabilidad social surgió en países donde es un tema netamente privado y el Estado tenía poca intervención. Obviamente estamos hablando de países donde es la propia sociedad la que exige la vivencia de estos valores, y premia su uso por medio de incentivos económicos. La brecha social que existe en el país podría fundamentar su regulación por una ley e incluso la asignación del porcentaje. Alguno podría señalar que no somos una sociedad solidaria por la desigualdad social que vivimos. Sin embargo, la finalidad del principio de solidaridad es justamente llegar a ser una sociedad donde el reparto no solamente lo realice el Estado, sino que también sea una virtud de la sociedad. La hiperregulación de la responsabilidad social por

¿Es la Responsabilidad Social Universitaria verdadera Responsabilidad Social Universitaria?: Un análisis jurídico

medio de poderes de policía no genera virtudes. Distinto sería el caso si se usan ayudas y recompensas para incentivar a las universidades a ser verdaderamente solidarios. Por ello, lo más sensato sería derogar esta exigencia legal.

Una cuestión adicional es que el artículo 125 se aplica a todas las universidades sin distinción: públicas, privadas con fines de lucro y sin fines de lucro. En ese sentido, no es lógico que se aplique a las universidades públicas o privadas sin fines de lucro porque ellas en sí mismas están avocadas al interés general. En el ordenamiento peruano, la educación es un derecho social en el cual el Estado no puede lucrar. De igual manera, una universidad sin fines de lucro no es un negocio, ella en sí misma es responsabilidad social. Incluso, el artículo 116.2 de la misma ley señala que los excedentes generados por las universidades privadas asociativas no son susceptibles de distribución o uso fuera de lo previsto en la presente ley; ni pueden ser distribuidos entre sus miembros ni utilizados por ellos directa o indirectamente. El artículo 119.1 prevé la reinversión obligatoria de sus excedentes. A lo mucho podrá exigirse el aspecto medioambiental de la responsabilidad.

Podría mantenerse este porcentaje, con las observaciones antes señaladas, solamente en las universidades con fines de lucro, denominadas de tipo societario en el ordenamiento jurídico peruano. El artículo 116.3 establece que los excedentes generados por las universidades privadas societarias, considerados utilidades, están afectos a las normas tributarias porque tienen fin lucrativo. En ellas, es donde verdaderamente se puede desarrollar esta institución siguiendo. Sin embargo, si lo regulado en los artículos 124 y 125 es una obligación establecida por ley, no son más que un costo deducible tributariamente y no una liberalidad con base ética. Solamente es verdadera responsabilidad social universitaria, fomentado por un descuento en el impuesto a la renta, el programa de reinversión de excedentes regulado en el artículo 119.2 de la Ley Universitaria. Esto permite que aquella parte de las utilidades que se reinvierte sea deducible en el impuesto a la renta.

2. ¿CÓMO SE CUMPLE EL MÍNIMO DE 2 % DE INVERSIÓN EN RESPONSABILIDAD SOCIAL?

Una segunda cuestión es el cumplimiento de las referidas disposiciones legales por las universidades. La ley es muy escueta al establecer los medios para cumplir ese porcentaje: proyectos de responsabilidad social y creación de fondos concursables para estos efectos. El problema es que no existe regulación reglamentaria sobre esto. En ese sentido, puede ocurrir lo siguiente. En primer lugar, vale cualquier tipo de proyecto o fondo para cumplir el porcentaje, lo que haría inaplicable la sanción establecida en el cuadro de sanciones. Por otro lado, la Administración Pública podría contar con una amplia discrecionalidad para configurar la infracción y aplicarla, lo que dejaría indefensas a las universidades. Por ello, es necesario que el reglamento detalle con más precisión cuál es el contenido de esta obligación.

A modo de propuesta, puede establecerse determinadas obligaciones específicas en las áreas sociales, económicas o medioambientales, pero relacionadas con los otros giros. Como bien señala Martín (2016), lo más deseable sería que las universidades incluyeran la responsabilidad social universitaria en sus estrategias o planes estratégicos de identificación y, por consiguiente, sea un factor de diferenciación: a) como elemento decisivo de la formación de los estudiantes y ello implica no solo un principio programático sino una apuesta real, continua y proactiva para incorporar la responsabilidad social universitaria en los estudios universitarios, que verdaderamente se materialice a través de competencias transversales, asignaturas, prácticas, actividades complementarias, trabajos de investigación de los estudiantes, etc., con implicación de toda la comunidad universitaria; y b) como elemento decisivo estratégico en sus líneas de investigación.

En ese sentido, y dado que la ley menciona “proyectos” o “fondos”, lo mejor sería que el reglamento opte por destinar este dinero a líneas de investigación específica en materia de responsabilidad social de todo tipo o a proyectos en materia social, medioambiental y económico, en los que participen todos los miembros de la comunidad universitaria. Ir más allá de ello sería desnaturalizar la finalidad de la ley y complicar su aplicación.

3. LO QUE NO ES RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA

Como consecuencia de la falta de reglamentación de lo establecido en el artículo 125 de la Ley Universitaria es que pueden darse situaciones como la establecida en la Resolución del Consejo Directivo N.º 082-2019-SUNEDU-CD. Una disposición como esa no tiene ninguna relación con lo que significa la responsabilidad social. En todo caso, hay otro principio regulado en el artículo 5.14 que podría sustentar mejor esta disposición. En efecto, el interés superior del estudiante, aun cuando no está definido en la misma ley, puede justificar mejor esta decisión. Más aún, si se interpreta en concordancia con lo establecido en el inciso 1 del artículo 100 del mismo cuerpo legal que detalla los derechos de los estudiantes. Este señala que el estudiante tiene derecho de recibir una formación académica de calidad que les otorgue conocimientos generales para el desempeño profesional y herramientas de investigación. El proceso de cierre de universidades que no cumplen con las condiciones básicas de calidad tiene el fin de cuidar la calidad de la educación del estudiante porque es el centro del sistema universitario (Oyola & Méndez, 2019: 238 y ss.) y ello habilita a tomar una medida como la establecida en esta resolución. Pero, ello no habilita a que se disponga de ese presupuesto que tiene un fin específico propuesto por ley, y menos aún por medio de un acto administrativo.

V. CONCLUSIONES

1. La responsabilidad social es algo propio de la universidad desde su origen. Los vaivenes de la historia han hecho que se deje de lado durante algún tiempo; sin embargo, se ha retomado auspiciado por la responsabilidad social empresarial. En el Perú, se incorporó a la universidad en el primer cuarto del siglo pasado, y casi a mediados se ha positivado en la norma estatal.
2. La responsabilidad social empresarial –dentro de la cual debe entenderse la universitaria– ha nacido en el *common law* y es propia de la relación entre privados. Actualmente, incluye temas sociales, económicos y medioambientales. En el ordenamiento peruano corresponde con el principio de solidaridad en su vertiente ética.

3. La responsabilidad social universitaria no está regulada expresamente en la Constitución peruana, pero habilita a la ley a regular las condiciones en que se ejerce esta actividad. En la Ley Universitaria peruana podemos señalar que se regula en tres niveles: a) se establece una definición; b) es obligatoriamente parte del giro de la universidad que impacta también en sus otros fines; y c) es una obligación concreta: destinar el 2 % del presupuesto a tal fin. A nivel infralegal, este principio sustenta la posibilidad de establecer ayudas a alumnos de universidades que no cuentan con licencia de funcionamiento para transferirse a otras que sí poseen un título habilitante válido.
4. Tanto la definición como su establecimiento como giro de la universidad responden a la realidad. En efecto, la definición de responsabilidad social universitaria coincide con lo que actualmente sustenta la teoría del *management*. Además, la regulación de su giro protege un elemento esencial de la universidad. Sin embargo, la aplicación del porcentaje y su control por parte de la Administración Pública puede generar conflictos, al no estar debidamente regulado. Por otro lado, lo regulado a nivel infra legal no se sustenta en la responsabilidad social universitaria, sino en el interés superior del estudiante.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abruña Pujol, A., Baca Oneto, V. y Zegarra Mulanovich, A. (2000). Algunas ideas para el estudio de la autonomía universitaria en el ordenamiento peruano. *Revista de Derecho Universidad de Piura*, 2000, 1 y ss.
- Bansal, P. y Song, H-C. (2017). *Similar but not the same: differentiating corporate sustainability from corporate responsibility*. *Academy of Management Annals*, 11(1), 105-149. <https://doi.org/10.5465/annals.2015.0095>.
- Chang Chuyes, G. (2017). Prolegómenos para entender la regulación de la calidad en la enseñanza universitaria. *Revista de Derecho Universidad de Piura*. <https://pe.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=30158eea9ceb-d24ad4fc0bca339f0b73>

¿Es la Responsabilidad Social Universitaria verdadera Responsabilidad Social Universitaria?: Un análisis jurídico

- Chang Chuyes, G. (2018). Servicio público e iniciativa privada universitaria en el derecho peruano actual. En F. López Ramón, R. Rivero Ortega y M. Fernando Pablo (eds.), *Organización de la universidad y la ciencia. Actas del XIII Congreso de la AEPDA* (pp. 123-132). INAP.
- Chang Chuyes, G. (2019). Concurrencia y competencia en la prestación de derechos sociales bajo el régimen de servicio público en el ordenamiento peruano. En L. Díaz Tarrillo y R. Vilchez Chinchayán (eds.), *VI Convención de Derecho Público* (pp. 161-181). Palestra.
- Carrol, A. (2008). A History of corporate social responsibility. En A. Crane et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility* (pp. 19-46). Oxford University Press.
- Guadamillas Gómez, F. (2016). Responsabilidad social, de la empresa a la universidad. En M. Martín López y J. M. Velasco Retamosa (eds.), *Responsabilidad social universitaria: sociedad, formación y actores*. Tirant lo Blanch.
- Jaspers, K. (2013). *La idea de la universidad*. EUNSA.
- Latorre Segura, A. (1964). *Universidad y sociedad*. Ariel.
- Mac Gregor, F. (1988). *Sociedad, ley y universidad peruana*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Martín López, M. T. (2016). Relaciones universidad/sociedad: conceptos de responsabilidad social universitaria. En M. Martín López y J. M. Velasco Retamosa (eds.), *Responsabilidad social universitaria: sociedad, formación y actores* (pp. 11-39). Tirant lo Blanch.
- Mattos-Mena, G. (2018). *Análisis de la deducción de los gastos por responsabilidad social empresarial* [tesis para optar el título de abogado, Universidad de Piura]. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/3675>.
- Melé, D. (2008). Corporate social responsibility theories. En A. Crane, D. Matten, A. McWilliams, J. Moon, D. S. Siegel (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility* (pp. 19-46). Oxford University Press.
- Montiel, I y Delgado-Ceballos, J. (2014). Defining and measuring corporate sustainability: are we there yet? *Organization & Environment*, 27(2), 113-139. <https://doi.org/10.1177/1086026614526413>.

- Newman, J. H. (2011). *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*. EUNSA.
- Ortega y Gasset, J. (1968). Misión de la universidad y otros ensayos afines. *Revista Occidente*.
- Oyola Quiroz, W. y Méndez Vásquez, D. (2019). La constitucionalidad del régimen de cese de universidades. En L. Díaz Tarrillo y R. Vilchez Chinchayán (eds.), *VI Convención de Derecho Público* (pp. 229-254). Palestra.
- Rüegg, W. (2004). *Historia de la Universidad en Europa* (vol. III). Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco.
- Sánchez Sánchez, L. A. (1949). *La universidad latinoamericana*. Editorial Universitaria.
- Valdiviezo López, E. J. (2019). El principio de solidaridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su relación con la responsabilidad social corporativa. En L. Díaz Tarrillo y R. Vilchez Chinchayán, *VI Convención de Derecho Público* (pp. 85-110). Palestra.

Por:
Cristian Javier
Araujo Morales*

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Resumen

El derecho es un fenómeno social-normativo y lingüístico. Por ello, comparte con el lenguaje la característica de la indeterminación. Las principales manifestaciones de la indeterminación lingüística son la ambigüedad y la vaguedad. De allí la necesidad de recurrir a la interpretación como principal herramienta de aplicación del derecho. Existen variadas teorías sobre la interpretación jurídica, así como métodos o cánones interpretativos para identificar aquellas interpretaciones que resultan válidas, excluyendo las arbitrarias o irracionales. En el presente artículo hemos realizado un breve examen de los rasgos característicos del derecho actual, de la indeterminación del derecho, de la interpretación jurídica y de los cánones interpretativos, así como de las principales teorías que se han propuesto sobre el particular, para finalizar desarrollando los criterios de interpretación recogidos en el Código Civil a la luz de los aportes doctrinarios encontrados.

Abstract

Law is a social-normative and linguistic phenomenon. For this reason it shares the characteristic of indeterminacy with language. The main manifestations of linguistic indeterminacy are ambiguity and vagueness, hence the need to resort to interpretation as the main tool for applying the Law. There are various theories on legal interpretation, as well as methods or interpretative canons to identify those interpretations that are valid, excluding arbitrary or irrational ones. In this article we have carried out a brief examination of the characteristic features of current law, the indeterminacy of law, legal

* Maestro en Ciencias con línea de investigación en derecho civil y comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca (universidad licenciada por la Sunedu). Fiscal superior civil y de familia en el distrito fiscal de Cajamarca. Correo electrónico: cjaraujomorales@gmail.com.

Recibido: 29 de abril del 2022

Aceptado: 30 de noviembre del 2022

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos en el derecho civil peruano

interpretation and interpretive canons, as well as the main theories that have been proposed on the subject, to end by developing the interpretation criteria included in the Civil Code, in light of the doctrinal contributions found.

Palabras clave: indeterminación del derecho, interpretación jurídica, cánones interpretativos

Keywords: indeterminacy of law, legal interpretation, interpretive canons

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO ACTUAL. III. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO. IV. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. V. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. VI. LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS EN LA DOCTRINA. VII. LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO. 1. CRITERIO DE LA VOLUNTAD MANIFESTADA Y DE LA BUENA FE. 2. CRITERIO SISTEMÁTICO. 3. CRITERIO TELEOLÓGICO VIII. CONCLUSIONES. IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho es una creación humana que regula las conductas para garantizar la convivencia social pacífica y la continuidad de la especie en la historia. Los creadores de las leyes y del derecho siempre se han esforzado en que estos se expresen en términos claros o simples, para que el mandato jurídico pueda ser cumplido fácilmente. Esta óptima situación se trasluce en el brocardo: “*in claris non fit interpretatio*”, que alude a la ley de redacción precisa que no requiere interpretación.

No obstante, el propósito de tener leyes claras para una sociedad no siempre ha sido posible. Más aún en el mundo moderno donde las relaciones jurídicas se han vuelto tan complejas que su regulación normativa no resulta fácil. De esta manera, el desarrollo de las sociedades y de los vínculos que se generan en su interior siempre se adelanta al derecho, exigiendo de los operadores

jurídicos —especialmente de los jueces— constantes esfuerzos interpretativos y de integración jurídica, aun cuando el legislador haya realizado su mejor esfuerzo para elaborar normas que prevean el más amplio conjunto de supuestos de hecho y que, además, no admitan mayor controversia en cuanto a su sentido.

En el presente trabajo nos proponemos exponer brevemente la indeterminación como uno de los rasgos característicos del derecho moderno y su íntima vinculación con la interpretación jurídica, así como los cánones interpretativos que la doctrina propone, contrastándolos con los que el legislador ha recogido en el ordenamiento civil peruano. Ello con la finalidad de facilitar una mejor comprensión de su existencia y sentido.

II. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO ACTUAL

El concepto actual del derecho está ligado fuertemente a la idea de un sistema caracterizado por la unidad y la coherencia. Así, siguiendo a Peces-Barba et al. (2002), el derecho es “un sistema normativo, estructurado y sistematizado, caracterizado por su sanción institucionalizada, formalizado desde una unidad y coherencia interna y cuyo fin es la organización social” (p. 177).

De la noción brindada por los autores citados, lo primero a destacar es que todo sistema entraña elementos ordenados e interrelacionados entre sí y que contribuyen a un mismo propósito. En este sentido, la idea del derecho como sistema fue desarrollada de manera consistente por Hans Kelsen, principal exponente del positivismo jurídico, corriente ius-filosófica que no es de carácter hegemónico en la actualidad, pero cuya influencia aún se mantiene en algunas concepciones del derecho plenamente operativas, tales como la existencia de una norma fundamental o Constitución Política en torno a la cual se subordinan las demás normas jurídicas asegurando su unidad y validez y dando lugar a una estructura jerárquica hasta ahora denominada “pirámide de Kelsen”.

De otro lado, en cuanto a la sanción institucionalizada, esta alude a una característica especial del derecho que la diferencia de otros sistemas normativos

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos en el derecho civil peruano

como los morales, sociales o religiosos, cuyas normas son de cumplimiento voluntario o, si existe una sanción, esta no es coactiva, pues carecen de la fuerza pública como elemento auxiliar para condicionar su cumplimiento o efectivizar la sanción. En efecto, el cumplimiento de las normas de carácter exclusivamente social, como la que ordena que un varón ceda la vereda a una mujer, depende —de manera exclusiva— de la convicción que el sujeto tenga respecto de la validez de las mismas, ya que, de no cumplirlas, no se expone a mayor sanción, salvo la censura social; sin embargo, si se trata de una norma jurídica, esta resulta imperativa al estar respaldada por el poder estatal, a tal punto que su incumplimiento acarrea una sanción que se ejecuta de manera coactiva, inclusive con el auxilio de la fuerza que monopoliza el Estado.

En cuanto a la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, estas características no implican la inexistencia de contradicciones internas, pues se acepta de manera pacífica que “la presencia de antinomias es un rasgo común entre los sistemas modernos” (Peces-Barba et al., 2002, p. 190). Lo que sucede en realidad es que, en virtud de la unidad y de la coherencia interna, el derecho prevé la existencia de mecanismos para superar las contradicciones que puedan surgir a su interior, aplicando criterios como el de jerarquía (*lex superior derogat inferior*), el cronológico (*lex posterior derogat anterior*), el de especialidad (*specialia generalibus derogant*) y el de competencia que se plasma en la distribución de materias que realiza el ordenamiento jurídico (Peces-Barba et al., 2002).

Asimismo, concebir el derecho como un sistema unitario y coherente no debe confundirse con la plenitud del derecho, entendida como “la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso” (Bobbio, 2016, p. 201). Al respecto, la plenitud del derecho fue un dogma en el siglo XIX, puesto que se consideraba que el juez tenía el deber de juzgar todos los casos “con fundamento en una norma que pertenece al sistema” (Bobbio, 2016, p. 203), dando lugar a la corriente codificadora de ese siglo, bajo la premisa de que la ley debía proveer a los jueces una solución jurídica para cada caso que podía presentarse en la realidad.

No obstante, a medida de que los principales códigos europeos decimonónicos fueron ganando décadas, surgió una corriente crítica al dogma de la plenitud, ya que resultó notoria la insuficiencia de la ley para normar los nuevos fenómenos sociales y tecnológicos de la segunda mitad de la referida centuria. En dicho contexto histórico, en palabras de Bobbio (2016): “El dogma de la plenitud caía como inútil y peligroso obstáculo para la adecuación del derecho a las exigencias sociales” (p. 209), reconociéndose entonces que el sistema era proclive a albergar lagunas que eran necesario llenar o completar mediante una función judicial creadora y no de mecánica repetición del texto legal.

La situación descrita dio lugar a lo que ahora se conoce como “integración del derecho”. Dado que no era ya factible sostener que el derecho es o puede aspirar a ser completo, se formularon diversas alternativas para llenar las lagunas que podrían presentarse, dentro de las que destacan la aplicación de la analogía y de los principios generales del derecho. Esta posición crítica al dogma de la plenitud del derecho, está plenamente vigente en la actualidad y, en el caso peruano, podemos encontrarla plasmada en el artículo 139, numeral 8 de nuestra Carta Magna cuando se establece que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es “el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.

III. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

La indeterminación como rasgo característico del derecho se debe fundamentalmente a que las normas jurídicas se expresan a través del lenguaje, por lo que están sujetas a los problemas propios del mismo, siendo sus principales manifestaciones la ambigüedad y la vaguedad.

Al respecto, Ródenas (2012) señala que las indeterminaciones lingüísticas de las normas surgen cuando “no es posible identificar qué es lo que el derecho requiere debido a problemas del lenguaje mediante el que este se expresa” (pp.

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos
en el derecho civil peruano

27-28). Esta autora agrega que la ambigüedad se puede originar en problemas semánticos, por ejemplo, cuando un solo término asume diferentes significados, así como en problemas sintácticos que afectan la estructura lógica de los enunciados, es decir, el modo en que las palabras están conectadas entre sí; y, finalmente, en problemas pragmáticos, esto es cuando el mismo enunciado puede cumplir diferentes usos o funciones del lenguaje (Ródenas, 2012).

En cuanto a los problemas semánticos, podemos observar, por ejemplo, que el término “ley” puede ser entendido como sinónimo de derecho, o como sinónimo de una norma jurídica en general o, específicamente, como la norma que aprueba el Congreso de la República a través de un procedimiento legislativo especial y preestablecido; en suma, dicha palabra tiene la propiedad de asumir diferentes significados, lo cual la convierte en ambigua por razones semánticas.

En relación con los problemas sintácticos, podemos ejemplificar el caso con la disposición normativa del artículo 15 del Código Civil, que prescribe lo siguiente: “La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”. Así pues, este texto permite interpretar que la prohibición está referida al aprovechamiento tanto de la imagen como de la voz, juntas o separadas, pero también podría interpretarse que lo que se prohíbe es el aprovechamiento conjunto de la imagen y de la voz de una persona, de manera que alguien que solo aprovecha la imagen de otra persona, pero no su voz, podría argumentar que se encuentra excluido de requerir el asentimiento de los legitimados; entonces, estamos frente a una disposición afectada de ambigüedad por razones sintácticas.

En cuanto a los problemas pragmáticos, podemos traer a colación el artículo 647, numeral 1 del Código Civil, que señala: “Corresponde al Consejo [de Familia]: nombrar tutores dativos o curadores dativos generales y especiales, conforme a este código”, debido a que en esta disposición no queda claro si el término “corresponde” implica una facultad o un deber del Consejo de Familia, ya que su función lingüística cubre tanto un sentido como el otro.

De otro lado, la autora señala que la vaguedad se caracteriza porque esta no afecta a los términos, sino a los conceptos, precisando también que se clasifica en dos tipos: la vaguedad extensional, que se da cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto; y la vaguedad intensional, que surge cuando no queda claro el conjunto de rasgos que caracterizan al concepto (Ródenas, 2012). Para ejemplificar estos dos tipos de vaguedad podemos recurrir al artículo 515 numeral 3 del Código Civil, que dispone: “No pueden ser tutores: [...] 3. los deudores o acreedores del menor, por cantidades de consideración, ni los fiadores de los primeros, a no ser que los padres los hubieren nombrado sabiendo esta circunstancia”. En esta prescripción normativa podemos notar que no están claros los rasgos que caracterizan el concepto de “cantidades de consideración”, es decir, ¿a cuánto asciende una cantidad de consideración? ¿\$ 1000? ¿\$ 10 000? ¿\$ 100 000?, configurándose así un caso de vaguedad intensional. Asimismo, esto determina que, no existiendo una referencia objetiva de lo que debe considerarse una “cantidad de consideración”, no se puede establecer qué deudores o qué acreedores de un menor están impedidos de ser tutores, surgiendo así una situación de vaguedad extensional.

Como se puede advertir, los dos fenómenos lingüísticos que configuran la indeterminación del derecho exigen que para aplicar estas normas se requiera el auxilio de la interpretación, pues de lo contrario su utilidad práctica no sería posible. A continuación, abordaremos este tópico con la finalidad de acercarnos conceptualmente a los cánones interpretativos.

IV. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La interpretación es un concepto amplio, pues la actividad interpretativa se da en todos los ámbitos de la vida humana. No obstante, aún si nos enfocamos solo en la interpretación de un texto u otra expresión lingüística, el proceso y los estándares interpretativos que se aplican van a variar según la materia o disciplina a que se refiera dicho texto; por ejemplo, se utilizan determinadas técnicas interpretativas en una entrevista psicológica y otras diferentes para interpretar un plano de ingeniería. Más aun, el objeto materia de interpretación puede ser de naturaleza diferente, ya que se interpretan emociones, gestos,

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos en el derecho civil peruano

hechos de la naturaleza, obras de arte, entre otros objetos. Debido a lo anterior, la interpretación se convierte en un concepto ambiguo en cuanto a su alcance si advertimos la diversidad de objetos que pueden ser interpretados.

De otro lado, la interpretación también es ambigua en cuanto a su ontología, pues cabe distinguir la interpretación como actividad y la interpretación como resultado. Dentro de la primera está la interpretación intuitiva, que se desarrolla espontáneamente en la vida cotidiana por cualquier sujeto que se guía meramente por la percepción inmediata que le genera un objeto; pero también está la interpretación argumentativa, que se desarrolla bajo ciertos parámetros dentro de una disciplina concreta, a cargo de sujetos con determinada especialización y a través de la exposición de razones. Dentro de la segunda se considera el objetivo de la interpretación que puede ser la búsqueda de un significado o la elaboración de una proposición.

Cuando la interpretación se desarrolla en el ámbito del derecho, asume la denominación de interpretación jurídica, siempre ligada a la condición de fenómeno lingüístico de la disciplina. En efecto, cada una de las prescripciones normativas que buscan ordenar la sociedad y el comportamiento humano en un sentido determinado, deben plasmarse necesariamente a través del lenguaje, principalmente escrito, pues esto facilita su creación y su difusión hacia los destinatarios. No obstante, el derecho como expresión lingüística también condiciona el surgimiento de las cuestiones siguientes: ¿qué es lo que la norma quiere decir? o ¿cuál es el sentido verdadero del mandato?, puesto que, aun cuando el ente emisor haya cuidado que la redacción de la norma jurídica sea clara y precisa, siempre podrán surgir intersticios a través de los cuales se filtren dudas sobre su verdadero sentido o alcance. Frente a esta realidad aparece la necesidad de interpretar el derecho o, más precisamente, la necesidad de interpretar la norma jurídica o, como se denomina a veces, la ley.

Si bien históricamente el derecho es un fenómeno social-normativo que ha existido desde la conformación de los primeros grupos humanos, el interés sobre su interpretación por parte de los juristas y de los propios entes estatales es más o menos reciente. Anteriormente, cuando el poder del cual emanaban

las normas estaba centralizado en un solo individuo, ya sea en el antiguo Egipto o en las monarquías absolutistas europeas de la Edad Moderna, interpretar el derecho no era un asunto de importancia general, pues el encargado de aplicar las leyes era el mismo que las promulgaba: el rey o soberano, quien ejercía estas funciones de manera despótica y arbitraria.

Los primeros intentos interpretativos del derecho surgen con la escuela de glosadores en los reinos italianos del siglo XII, utilizándose el método exegético para estudiar los textos del Corpus Iuris de Justiniano por medio de glosas que, según Basadre (2011), eran “observaciones y notas explicativas añadidas al margen o entre líneas del texto legal [...], fijándose el valor semántico y la etimología de los vocablos utilizados para expresar las normas” (p. 325). Posteriormente, durante el siglo XIV, se afianzó la escuela de posglosadores y comentaristas, plasmando un trabajo interpretativo de mayor magnitud, pues “si la glosa era la aclaración pura y simple del texto legal, el comentario entraba al sentido del mismo” (Basadre, 2011, p. 326).

A fines del siglo XVIII, y durante el siglo XIX, bajo la influencia de la Ilustración, aparece la escuela clásica o tradicional de la interpretación, que busca brindar un sentido racional a la aplicación del derecho mediante la elaboración doctrinal. También se utilizó el método exegético, pero esta vez con la finalidad de, en palabras de Vescovi (2008), “descubrir la intención que el legislador puso en la norma” (p. 151). El interés de interpretar las normas determinando su significado a través de lo expresado por el legislador, se debió a que entonces se reconocía como derecho únicamente a la ley emanada del soberano (el pueblo), a través del primer poder del Estado: el Poder Legislativo, dejando de lado a la jurisprudencia y a la costumbre por cuanto estos “productos normativos” no estaban dotados de autoridad al ser creados por entes cuya función especializada no era la de dar leyes y, menos aún, poseían la representatividad democrática del pueblo.

Paralelamente, también, durante el siglo XIX, aparece la escuela histórica en Alemania, como una reacción crítica a la escuela clásica, sosteniendo que la ley tiene existencia propia independiente al legislador, por lo que debe ser

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos
en el derecho civil peruano

interpretada de la manera que “mejor se adapte a las necesidades del momento, dejándose un amplio margen a la libertad judicial” (Véscovi, 2008, p. 154).

En el siglo XX se forman nuevas corrientes de pensamiento sobre la interpretación jurídica, algunas de las cuales mantienen vigencia y que justamente son desarrolladas más adelante; sin embargo, aquí pueden mencionarse otras como la escuela del derecho libre de Hermann Kantorowicz, que promovía una mayor libertad de los jueces para interpretar la ley, así como el realismo jurídico, con su precursor O. W. Holmes, que concebía el derecho como producto de la actividad judicial, siendo la realidad jurídica el único criterio válido para la interpretación normativa.

Actualmente, la interpretación jurídica es una herramienta imprescindible para la aplicación de la ley, existiendo diversas corrientes de pensamiento que se proponen explicar en qué medida la actividad interpretativa conduce o no a una solución —que puede ser o no la única— frente a la incertidumbre generada por la indeterminación del derecho. En tal medida, el objetivo último de la interpretación es encontrar el sentido verdadero, o el mejor sentido posible, de las regulaciones jurídicas. Por ello, acompañamos a Guastini cuando afirma que la interpretación jurídica es una actividad que se ejerce sobre textos normativos con la finalidad de extraer de ellos normas (Guastini, 2018).

Retomando lo señalado líneas arriba, el término “interpretación” en el contexto jurídico admite diversos sentidos, resultando, por lo tanto, ambiguo. Así lo señala Barberis, aunque reconoce que, a pesar de ello, todas sus acepciones desembocan en “la atribución de significado a textos o a conductas” (Barberis, 2015, p. 192). Por su parte, Peces-Barba et al., siguiendo a Wroblewski, señalan que se debe distinguir “interpretación jurídica en sentido amplio” e “interpretación jurídica en sentido estricto”, siendo la primera aquella que consiste en “establecer el sentido de una expresión jurídica cualquiera”, mientras que la segunda “consiste en determinar el significado de una expresión jurídica dudosa” (Peces-Barba et al. 2002, p. 229).

Al respecto, consideramos que cada vez que un operador aplica el derecho, necesariamente realiza labor interpretativa, especialmente cuando se trata de aplicar normas de redacción imprecisa, pero también en aquellos casos en los que podría considerarse que no se necesita de interpretación alguna por la claridad de la expresión jurídica. Ejemplificamos lo dicho con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, que prescribe: “La ley se deroga solo por otra ley”, texto que, en principio, resultaría claro; sin embargo, cabe preguntarse si, en este caso, el término “ley” hace referencia únicamente a la norma aprobada por el Congreso de la República a través del procedimiento legislativo preestablecido en la Constitución Política o también hace referencia a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. La respuesta a la interrogante podría darse interpretando que como el dispositivo no precisa que se trate de una ley del Congreso de la República, debe entenderse que hace referencia a la ley en sentido general, es decir, a toda norma integrante del sistema jurídico, observando siempre el principio de jerarquía normativa. Así las cosas, es factible extraer de dicho artículo la siguiente norma jurídica: una norma integrante del ordenamiento jurídico solo puede ser derogada por otra de igual o mayor jerarquía.

De otro lado, estos autores también distinguen la interpretación subjetiva de la interpretación objetiva: “la primera es la que se realiza desde la perspectiva del autor de la norma, mientras la segunda es la que se desarrolla desvinculando la norma de su autor y se la observa como parte del ordenamiento jurídico” (Peces-Barba et al., 2002, p. 230). Sobre el particular, cabe precisar que la interpretación subjetiva podría tratarse inclusive de una interpretación auténtica si esta es realizada por el propio órgano creador de la norma, pero no así por su sucesor, pues en dicho caso podría intentarse solo una interpretación subjetiva colocándose el sucesor en el lugar del creador de la norma para asumir su perspectiva.

V. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

En cuanto a las teorías de la interpretación jurídica, Barberis (2015) señala que fue Hart, quien, a mediados del siglo XX, identificó tres teorías al respecto:

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos
en el derecho civil peruano

el formalismo interpretativo, la teoría mixta y el escepticismo interpretativo, los cuales logró distinguir al explorar las respuestas a dos preguntas, “la primera relativa a la interpretación en abstracto: ¿cuántos sentidos pueden atribuirse a la misma disposición, uno solo, a veces más, o siempre más?; y la segunda relativa a la aplicación en concreto: ¿Los casos son todos fáciles, pueden ser difíciles, o son todos difíciles?” (Barberis, 2015, p. 200).

Este autor señala que el formalismo interpretativo reconoce que “todas las disposiciones jurídicas, bien vistas, tienen un solo significado y que todos los casos son fáciles, pues a pesar de que podrían existir controversias interpretativas, solo una es la solución correcta” (Barberis, 2015, p. 200). La peculiaridad de esta posición es que, si bien en un caso concreto existe una sola solución correcta que es la determinada por el juez, aun cuando pueda ser cuestionable. Esto no elimina el hecho de que, en abstracto, persistan una serie de alternativas de solución, por lo que, finalmente, no puede determinarse que todos los casos sean fáciles.

De otro lado, para la teoría mixta, que es una teoría intermedia entre el formalismo y el escepticismo interpretativo, “las disposiciones expresan algunas veces un solo sentido, y otras veces más, según que los casos sean fáciles o difíciles” (Barberis, 2015, 202). Como se puede advertir, esta es una posición conciliadora y, por la misma razón, concentra mayor aceptación, pues refiere que existen casos fáciles y casos difíciles, en los cuales podrá existir una sola respuesta correcta o varias respuestas correctas, respectivamente. En este sentido, se asume que la norma que se interpreta tiene en su texto un núcleo de significado establecido, pero también se reconoce que posee una zona de penumbra, donde el significado es difuso, de manera que los casos fáciles de solución única serán aquellos cuyos hechos encajen sin problemas en dicho núcleo, mientras que los casos difíciles de múltiples soluciones serán aquellos cuyos hechos caigan en la zona de penumbra (Barberis, 2015).

Para el escepticismo interpretativo, “todas las disposiciones, bien vistas, tienen más de un sentido y, respecto a la aplicación de las normas, todos los casos pueden siempre revelarse difíciles” (Barberis, 2015, p. 205). En esta

teoría se distinguen dos corrientes: el *escepticismo radical*, bajo cuya óptica las disposiciones no tienen ningún significado antes de la interpretación, pues es esta la que produce las normas cuando otorga sentido a las disposiciones; y el *escepticismo moderado*, en el cual las disposiciones jurídicas ya tienen sentido antes de la interpretación, pero siempre más de uno, por lo que el intérprete elige uno de los significados dentro del marco de la disposición (Barberis, p. 2015).

Por su parte, Isabel Linfante agrupa las teorías de la interpretación jurídica en las siguientes: *la concepción escéptica de Kelsen*; *el escepticismo moderado de Guastini*; *la concepción intencionalista¹ de Marmor y Raz*; y *la concepción constructivista de Dworkin* (Linfante, 2018); las mismas que pasamos a revisar a continuación.

Según Linfante (2018), la teoría kelseniana no tuvo como centro de interés la interpretación de la ley, aunque sí la desarrolló tangencialmente al concebir a la norma jurídica como un marco de significados posibles, distinguiendo entre el *momento cognitivo* y el *momento volitivo* de la interpretación. A partir de esto, la autora desarrolla dos tesis respecto a Kelsen y la interpretación jurídica.

La primera tesis sostiene que Kelsen no tiene un concepto unitario de interpretación jurídica, pues, por un lado, reconoce la denominada “interpretación auténtica”, que es la que realizan los órganos de aplicación del derecho, como un acto de voluntad y creación del derecho, distinguiéndose la *interpretación auténtica general*, que corresponde al legislador, creador de las normas jurídicas de carácter general, y la *interpretación auténtica individual*, que corresponde al juez que crea derecho a través de las sentencias que buscan resolver un conflicto de intereses concreto con relevancia jurídica. Por otro lado, Linfante señala que Kelsen, de modo paralelo, reconoce la existencia de

1 Se debe precisar que la concepción intencionalista de la interpretación no debe confundirse con la vaguedad intencional referida en la sección III, sobre la indeterminación del derecho, pues la primera, como se observará más adelante, está referida a la asignación de significado de una norma tomando en cuenta los propósitos del legislador o de la norma misma; mientras la segunda refiere a la intensión lingüística, es decir, a la propiedad o propiedades de un predicado que no estando debidamente determinada genera la vaguedad del significado.

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos
en el derecho civil peruano

una *interpretación no auténtica*, que viene a ser la realizada por cualquier otro sujeto diferente a los órganos de aplicación del derecho, que llevan a cabo la interpretación auténtica, la misma que se limita a ser una mera actividad cognitiva para mostrar todos los distintos significados atribuibles a una norma (Linfante, 2018).

La segunda tesis que plantea Linfante (2018) es que Kelsen “no maneja un concepto unificado de indeterminación del derecho” (p. 73), pues sostiene que, para el padre del positivismo jurídico, la indeterminación de la norma es consecuencia de fallos técnicos en su proceso de producción, tales como la ambigüedad lingüística, la discrepancia entre el texto de la norma y la voluntad de la autoridad de la cual emana, y la contradicción total o parcial de dos normas jurídicas con pretensión de validez simultánea.

En cuanto al escepticismo interpretativo moderado de Guastini, Linfante (2018) sostiene que para este autor “interpretar” consiste en atribuir un significado que se encuentra dentro del campo de significados admisibles según el uso común, los métodos interpretativos en uso y las teorías dogmáticas, sin perjuicio de lo cual “siempre es posible interpretar un mismo texto de múltiples formas distintas” (Linfante, 2018, p. 92). En todo caso, este autor, señala Linfante, reconoce la omnipresencia de la indeterminación en el derecho, pues afirma que toda disposición admite más de un significado, no existiendo un valor de verdad o corrección en el ámbito de la interpretación, de allí justamente se deriva el carácter escéptico de su posición. Sin embargo, advierte que existen significados previos que limitan la actividad interpretativa, es decir, esta no es totalmente libre pues el intérprete siempre va a estar condicionado a construir una interpretación conforme a determinados conceptos preexistentes, por ello si bien su posición es escéptica, la misma reviste un carácter moderado (Linfante, 2018). Según esta autora, Guastini señala también que el objeto de la teoría de la interpretación son los enunciados interpretativos, es decir, los significados atribuidos a través de ellos, pues siendo la interpretación una actividad mental, no puede ser materia de análisis, por lo que es mejor considerarla como una actividad discursiva.

En relación con la concepción intencionalista de la interpretación jurídica de Marmor y Raz, Linfante (2018) afirma que la misma tiene dos vertientes: la *concepción subjetivista*, según la cual el significado refleja el propósito perseguido por el autor histórico de la norma que se interpreta (*voluntas legislatoris*); y la *concepción objetivista*, en la cual el significado es lo que objetivamente se puede atribuir a la norma que se interpreta (*voluntas legis*).

En esta línea, Marmor sostiene que la interpretación es la atribución de significado a un objeto. Asimismo, en relación con la noción de “significado”, se debate entre una noción semántica y una noción pragmática, decantándose por esta última, debido a que considera que la interpretación surge al margen de las convenciones propias del lenguaje estándar y más bien debe entenderse en términos de atribución de intenciones comunicativas (Linfante, 2018). El punto de partida de Marmor es la noción de autoridad que es quien dicta el derecho, entonces, una prescripción puede ser identificada como norma jurídica si se presume que ha sido creada como tal. En otras palabras, la autoridad del derecho se basa en la autoridad de sus autores. Seguidamente, este autor afirma que las leyes son creadas con intenciones específicas, las mismas que suministran al juez una razón para decidir una disputa jurídica (Linfante, 2018).

Siempre dentro del intencionalismo interpretativo, Raz distingue entre *interpretaciones conservadoras* e *interpretaciones innovadoras*, según se refieran al significado que el material original posee al margen de los propósitos a los que las interpretaciones deben servir, o se refieran al significado que tiene el material original en virtud de la interpretación. En todo caso, reconoce que ambos elementos se combinan de modo que la autoridad y la continuidad son dos factores que explican la importancia de la interpretación en el derecho (Linfante, 2018). Así, la tesis de la intención de la autoridad, para Linfante (2018), es un aspecto de la doctrina de la autoridad, ya que “la autoridad posee control sobre el derecho solo cuando su legislación es interpretada de este modo” (p. 153).

Ahora bien, en relación con la concepción constructivista de la interpretación jurídica de Dworkin, Linfante (2018) destaca que este autor sitúa

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos
en el derecho civil peruano

a la actividad interpretativa en el centro de atención de la reflexión filosófica. Así, sostiene: i) el derecho es un concepto interpretativo; y ii) la interpretación es valorativa. Así, parte señalando que la interpretación es una práctica social generalizada en los diferentes ámbitos como el arte, la literatura, la sociología y, por supuesto, el derecho, siempre orientada a la búsqueda de la verdad (Linfante, 2018); con lo cual asume una posición contraria al escepticismo que señala que la indeterminación sería el juicio por defecto que defiende que no existe respuesta correcta o verdadera en materia interpretativa. Para Dworkin la interpretación requiere de dos tipos de juicios evaluativos: i) *juicios evaluativos primarios*, referidos a qué es lo que se considera valioso en el género en el que nos encontremos; ii) *juicios evaluativos secundarios*, referidos a cómo debe interpretarse para que sea considerado el mejor ejemplo posible en el género al que pertenece. Así las cosas, “los valores identificados en los juicios evaluativos primarios deben ser desarrollados al máximo de sus posibilidades en los juicios evaluativos secundarios” (Linfante, 2018, p. 182).

Asimismo, Dworkin establece que existen tres ocasiones interpretativas. La primera es *la interpretación colaborativa*, la cual parte de reconocer que el objeto de la interpretación tiene un autor, el mismo que ha iniciado un proyecto con dicho objeto. En tal sentido, tanto el autor como el intérprete comparten el propósito perseguido por el proyecto, lo cual redundará en valores compartidos que regirán la actividad interpretativa. Aquí sitúa tanto a la interpretación jurídica, como a la literaria y a la artística (Linfante, 2018).

La segunda ocasión interpretativa es *la interpretación explicativa*, en la cual autor e intérprete no comparten un mismo proyecto, pero se reconoce que el objeto que se interpreta tiene un significado particular para el auditorio del intérprete, por lo que es una actividad enmarcada en el ámbito de la comprensión. Aquí se sitúa la interpretación histórica y la sociológica (Linfante, 2018).

La tercera ocasión interpretativa es *la interpretación conceptual*, la misma que está referida a la búsqueda del significado de un concepto que no ha sido creado por autores individuales sino por la comunidad, tales como los conceptos valorativos libertad, responsabilidad, justicia, etc. (Linfante, 2018).

De otro lado, en relación con la interpretación jurídica y sus etapas, Linfante sostiene que Dworkin parte de establecer que “el derecho es una práctica social y una práctica interpretativa destinada a satisfacer ciertos valores, sin desconocer su aspecto institucional y autoritativo” (Linfante, 2018, pp. 187-188). En tal sentido, la interpretación jurídica requiere de una actitud interpretativa (interpretación colaborativa), en la cual el intérprete considera que la práctica tiene sentido y además comparte el mismo proyecto, reconociendo la existencia de tres etapas interpretativas: i) *la etapa preinterpretativa*, en la cual se identifican las normas o reglas que proporcionan el contenido provisional de la práctica, siendo de naturaleza descriptiva; ii) *la etapa interpretativa*, en la que se establece una justificación general de los principales elementos que conforman la práctica identificada en la etapa pre-interpretativa, para lo cual se debe determinar cuáles son los valores y objetivos que la práctica persigue, siendo el concepto clave la adecuación o encaje de la teoría con los materiales identificados en la etapa previa, y; iii) *la etapa posinterpretativa*, la misma que persigue como objetivo ajustar la práctica al sentido descubierto en la etapa anterior, o sea, qué es lo que necesita la práctica para conseguir una máxima realización de los principios, convirtiéndose así en el mejor ejemplo posible del género al que pertenece (Linfante, 2018).

VI. LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS EN LA DOCTRINA

De lo revisado hasta esta parte, podemos advertir que la actividad interpretativa en el derecho resulta esencial para su aplicación y que, aún frente a las disposiciones normativas más simples o claras, esta labor resulta inevitable a la par de creadora. Por ello, consideramos importante la siguiente afirmación de Laporta (2007): “[...] la interpretación no es una actividad meramente traductora, sino que exige una actitud argumental y razonadora” (p. 188). En efecto, la interpretación como base de la argumentación jurídica implica ese proceso de asignación de significados a los textos jurídicos, de modo que surjan las mejores razones para dar tal o cual sentido a los dispositivos y así sacar a luz una norma jurídica que honre los fines del derecho. En este sentido, no se puede admitir como interpretación válida todo significado que pueda atribuirse a un dispositivo, menos aún si al mismo no se arriba mediante la exhibición y

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos en el derecho civil peruano

sustento de razones suficientes para ser admitido como tal, por lo que habría que dejar de lado cualquier contenido arbitrario o caprichoso, ajeno a un proceso racional que justifique sólidamente el sentido interpretativo de una expresión determinada.

Dada la importancia de la interpretación jurídica en el derecho moderno, diversos autores se han ocupado de teorizar sobre el rango de las interpretaciones admisibles de las reglas jurídicas, pues frente a un dilema interpretativo entre dos o más alternativas de las que va a depender el fondo de la decisión, se debe fundamentar por qué se elige una u otra, mediante el uso de ciertos métodos o cánones. En esta línea, Laporta (2007) destaca que, de acuerdo con los estudios realizados por el *Comparative Legal Research Group* de MacCormick y Summers, existen once argumentos interpretativos que se agrupan en tres categorías: “argumentos lingüísticos, argumentos sistémicos y argumentos teleológicos/evaluativos” (Laporta, 2007, p. 188).

Al respecto, según Laporta (2007) sostiene que “los argumentos lingüísticos son los argumentos del significado ordinario y del significado técnico” (p. 188), siendo los argumentos predominantes. Los argumentos sistémicos, argumenta Laporta, son “los que tratan de seguir las interpretaciones que mejor armonicen con otras interpretaciones de términos o expresiones ya usadas en el contexto textual, el precedente judicial, provisiones análogas, los principios generales del derecho y la historia” (p. 188). Por su parte, los argumentos teleológicos, refiere el mismo autor, son “aquellos que ofrecen las interpretaciones que mejor se acomoden con el propósito o fin de la provisión legal o que ofrezcan la mejor realización de un valor considerado fundamental por el sistema jurídico” (p. 188).

Como se puede observar, tanto los argumentos lingüísticos como los sistémicos no crean propiamente un significado, sino que toman significados preexistentes, ya sea del lenguaje ordinario o técnico o de interpretaciones previas en el ámbito judicial o normativo. De lo anterior, se colige que la legitimidad o admisibilidad de estos argumentos radica en que los significados o interpretaciones que utilizan han sido previamente aceptados por la comunidad

jurídica, aun cuando no sean uniformes, pues, por ejemplo, diferentes juzgados o cortes pueden acoger en sus sentencias interpretaciones disímiles de una misma norma o institución de derecho, por lo que el intérprete siempre tendrá la posibilidad de elegir un significado admisible (argumento sistémico) dentro de una abanico de posibilidades más o menos amplio.

En cuanto al argumento teleológico, este busca identificar la interpretación más adecuada a la finalidad de la prescripción normativa, cumpliendo los valores jurídicos un rol orientador. Este argumento es de uso común en diferentes áreas de derecho, pero con especial énfasis en la jurisprudencia de las altas cortes, las cuales a menudo invocan y analizan derechos, principios y valores constitucionales para justificar el sentido que le dan a un texto normativo. No obstante, la utilización del argumento teleológico debe evitar que la interpretación se nutra de una carga subjetiva innecesaria, siendo este un riesgo latente, ya que la labor de identificar el propósito o fin de una norma que subyace en ella, y al cual debe propender su realización, requiere de un juicio valorativo en cuya elaboración pueden verse comprometidas indebidamente las convicciones personales del intérprete.

Por su parte, Barberis (2015) nos propone las siguientes categorías de argumentos interpretativos: i) *argumento literal*, que invoca el respeto a la formulación de la norma concebida como límite de la interpretación; ii) *argumento psicológico o de la intención del legislador*, que busca el significado de una norma atribuida a ella por el mismo legislador; iii) *argumento a contrario*, que puede ser de carácter interpretativo, muy similar al literal, o de carácter integrador; iv) *argumento de la analogía legis*, que busca aplicar la analogía a través de la identificación de una norma que regula casos semejantes; v) *argumento de la analogía iuris*, que busca aplicar la analogía a través de la identificación de principios generales aplicables a casos semejantes; vi) *argumento del distinguishing*, mediante el cual se distingue de un caso abstracto un subcaso menos abstracto para el cual valga una regla especial; vii) *argumento teleológico o de ratio legis*, el cual permite interpretar una disposición según su justificación; viii) *argumento sistemático*, cuya finalidad es obtener normas no antinómicas o al menos compatibles; ix) *argumento equitativo*, que permite escoger la interpretación

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos en el derecho civil peruano

más acorde con la equidad, pero solo entre las interpretaciones ya obtenidas recurriendo a otros argumentos jurídicos (Barberis, 2015).

Robert Alexy, uno de los principales exponentes de la teoría de la argumentación jurídica, señala, con respecto de los argumentos interpretativos, lo siguiente: “Los cánones pueden agruparse en seis grupos: los de la interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica” (Alexy, 2007, p. 324). El *argumento semántico* se da cuando se justifica, se critica o se afirma como posible una interpretación o que esta es admisible al menos partiendo del significado de la unidad lingüística. En cuanto al *argumento genético*, este surge cuando se justifica una interpretación porque la misma corresponde a la voluntad del legislador. De otro lado, el *argumento histórico* tiene lugar cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones a favor y en contra de una interpretación. Por su parte, los argumentos comparativos, se toman como referencia en lugar de un estado de cosas jurídico anterior, uno de otra sociedad. En cuanto al *argumento sistemático*, este comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal, como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines o principios. Finalmente, sobre el *argumento teleológico*, este presupone un análisis detallado de los conceptos de fin y de medio, así como los conceptos vinculados a estos de voluntad, intención, necesidad práctica y fin. (Alexy, 2007)

De otro lado, tanto Peces-Barba et al. como Linfante coinciden en destacar el enorme aporte de Savigny como el gran sistematizador de los criterios genéricos de interpretación (Peces-Barba et al., 2002), a los que él se refería como “elementos de la interpretación” (Linfante, 2015, p. 1369). Cabe señalar que el padre de la escuela histórica del derecho distinguía entre *interpretación de leyes aisladas* (*interpretatio legis*) e *interpretación de todas las fuentes consideradas conjuntamente* (*interpretatio iuris*), utilizando los *elementos de la interpretación* únicamente en el primer caso (Linfante, 2015), definiéndolos de la siguiente manera:

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diferentes partes.

El [elemento] histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico que debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupaba en este sistema. (Linfante, 2015, p. 1370)

Debido a la centralidad de los conceptos descritos por cada uno de los autores reseñados, por la tradición jurídica que representan, así como porque de cierta manera sus propuestas se entrelazan, procederemos a sistematizarlas en el siguiente cuadro comparativo para luego contrastarlas con lo que al respecto recoge nuestro ordenamiento civil.

Cuadro 1

Cánones interpretativos propuestos a nivel doctrinario

MacCormick y Summers	Barberis	Alexy	Savigny
Lingüísticos	Literal	Semánticos	Gramatical
Sistémicos	Sistemático	Sistemáticos	Sistemático
Teleológicos/ evaluativos	Teleológico Intención del legislador Argumento a contrario Analogía <i>legis</i> Analogía <i>iuris</i> <i>Distinguishing</i> Equitativo	Teleológicos Genéticos Históricos Comparativos	Lógico Histórico

VII. LOS CÁNONES INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

De Trazegnies (2007) sentencia: “Todo abogado sabe, cuando menos intuitivamente, que el punto crucial del Derecho está en la interpretación” (p. 1604). En efecto, estando a lo dicho en los apartados precedentes, queda claro que el universo jurídico no solo está conformado por prescripciones normativas, es más, puede afirmarse que estas son solo un punto de partida, pues el derecho, en toda su amplitud, se revela en el momento en que es aplicado a cada situación concreta, cuando sus alcances y efectos quedan delimitados respecto de cada sujeto involucrado, gracias a la interpretación.

Así las cosas, la interpretación normativa en el derecho nacional es un tema de interés desarrollado en los diferentes niveles jerárquicos del ordenamiento, pues inclusive la propia Carta Magna de 1993 establece algunos criterios interpretativos de principal relevancia relacionados con derechos constitucionales. Así, por ejemplo, el numeral 3 del artículo 26 de la Constitución Política ordena que en las relaciones laborales, cuando existe duda insalvable sobre el sentido de una norma, esta debe ser interpretada de la manera más favorable al trabajador (*in dubio pro operario*). De otro lado, el artículo 102, numeral 1, reconoce como una atribución propia del Congreso de la República la interpretación de las leyes que dicta (interpretación auténtica). Asimismo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria ordena que las normas sobre derechos y libertades reconocidas en la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

De mismo modo, en las normas jurídicas nacionales con rango de ley también se aprecia similar interés en regular algunos aspectos de la interpretación jurídica con la finalidad de orientar la labor de los operadores jurídicos. Así, el artículo VII, numeral 3, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prohíbe la interpretación extensiva y la analogía, salvo que favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. Asimismo, el artículo X establece que las normas del Título Preliminar deben ser utilizadas como fundamento de interpretación de las demás que integran dicho código adjetivo.

Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo IV del Título Preliminar, establece los principios que rigen el procedimiento administrativo, destacándose dentro de ellos el principio de buena fe procedimental, que ordena que ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental, así como el principio de predictibilidad o de confianza legítima dispone que la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

De otro lado, cabe resaltar que en los últimos años también se nota el interés de las altas cortes nacionales en desarrollar en sus sentencias los cánones interpretativos, siendo de especial relevancia lo que sobre el particular se ha plasmado en los precedentes judiciales, puesto que constituyen jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil. En este contexto, consideramos que es el V Pleno Casatorio Civil (Casación N.º 3189-2012-LIMA NORTE), el que mejor ha desarrollado la interpretación normativa desde un punto de vista teórico aplicado al caso puesto a su conocimiento.

Sobre el particular, el citado pleno casatorio inicia reconociendo que la interpretación normativa es necesaria debido a que los enunciados lingüísticos pueden tener varios significados, siendo la labor interpretativa que desarrolla la judicatura de suma importancia, ya que legitima el sistema de administración de justicia ante la sociedad. Continúa señalando que la norma jurídica se engarza en un sistema más amplio constituido por el ordenamiento jurídico, el mismo que tiene carácter sistemático, coherente, unitario, extenso y complejo, en permanente construcción y destrucción debido a la sociedad dinámica a la que va dirigido, no siendo propio del mismo la existencia de incoherencias y contradicciones, pues esto impediría la predictibilidad de los fallos judiciales y generaría inseguridad jurídica. En este sentido, hace referencia a tres metareglas de interpretación jurídica: la jerarquía, la temporalidad y la especialidad, haciendo referencia expresa al criterio teleológico, el cual exige apreciar que el ordenamiento jurídico se sustenta en la búsqueda de valores supremos, tales

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos
en el derecho civil peruano

como la justicia y la seguridad jurídica, todo ello con sustento en la teoría tridimensional del Derecho. Concluye sustentando la utilidad e importancia de los métodos sistemático y teleológico, a partir de la metaregla de la norma especial, con la finalidad de fundamentar su pronunciamiento respecto del caso en concreto.

Como se puede advertir, el pleno casatorio bajo comentario alude directamente a los criterios defendidos por MacCormick y Summers (sistémicos y teleológicos-evaluativos), Barberis (sistemático y teleológico), Alexy (sistemáticos y teleológicos) y Savigny (sistemático y lógico), lo cual sin duda refleja la importancia de las construcciones teóricas de estos autores, puesto que se proyectan para brindar fundamento y respaldo a las decisiones más trascendentes de la judicatura nacional; y, por otro lado, también se deja entrever la preocupación de la Corte Suprema de Justicia de la República por dotar a sus decisiones de un sustento jurídico que no se agota en el texto de la ley, sino que busca interpretarla mediante la aplicación de criterios válidos que legitimen su labor jurisdiccional y otorguen solidez argumentativa a sus sentencias.

En este contexto, el Código Civil de 1984 no es ajeno al problema de la interpretación en el Derecho, aunque debe precisarse que su interés se enfoca en la interpretación de la manifestación de voluntad, tanto en los actos jurídicos como en los contratos, lo cual resulta coherente con la naturaleza privada de las relaciones jurídicas que regula. Esta peculiaridad exige que nos detengamos un momento en dilucidar si es lo mismo interpretar la ley que interpretar un acto jurídico o un contrato.

Sobre el particular, De Trazegnies (2007) advierte que existe diferencia entre la interpretación de la ley y la interpretación del contrato, en principio debido a su naturaleza, pues sostiene que la ley es “[...] un mandato público y, por tanto, general en su aplicación y genérico en sus expresiones” (p. 1612), mientras que “[...] la norma contractual constituye un mandato privado y solo se refiere a las partes reglamentando sus derechos y obligaciones recíprocos con una precisión mucho mayor [...]” (p. 1613). Asimismo, el mismo autor señala

que “el origen de la ley está en los procedimientos legislativos, mientras que el contrato se origina en la voluntad de las partes”; y finalmente, refiere que “el objetivo de la ley es político, mientras que el objetivo del contrato es realizar un negocio privado en común” (p. 1613).

Por su parte, Fernández (2002) nos alcanza una visión complementaria respecto a la interpretación de la ley y la interpretación de contrato. Así, advierte que, si bien existen quienes sostienen que ambas interpretaciones son en esencia un mismo tipo de operación, esto se debe a que son partidarios de la teoría normativa del negocio jurídico, a la cual no adscribe el Código Civil peruano. Por ello, siguiendo a Bianca, el autor considera que “la interpretación del contrato se enfoca a desentrañar el sentido de un acto de autonomía privada según el propósito de sus autores”, mientras que “la interpretación de la ley averigua el contenido de una regla del ordenamiento según su función social” (p. 146).

Ahora bien, de retorno a lo que establece el Código Civil respecto a la interpretación del acto jurídico o, en su caso, del contrato, reafirmamos que en este caso el objeto de la interpretación no es una prescripción normativa, sino la manifestación de voluntad plasmada por las partes, esto teniendo en cuenta la teoría preceptiva, que considera al acto o negocio jurídico como una “autorregulación de intereses privados socialmente útiles o socialmente razonables” (Fernández, 2002, p. 148). Asimismo, es pertinente señalar que, al hacer referencia a las reglas de interpretación de los actos jurídicos, se está incluyendo también a la interpretación de los contratos, ya que, en nuestro esquema normativo civil, el acto o negocio jurídico es una categoría más amplia y general que acoge en su seno a los contratos en general.

Sin perjuicio de lo señalado, se debe destacar que el Código Civil, al regular la parte general de los contratos sí se ha preocupado de establecer una disposición muy importante para la interpretación de los mismos, se trata del artículo 1362, el cual señala: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Esta disposición alude claramente a la etapa de ejecución contractual, en la cual las

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos en el derecho civil peruano

prestaciones deben efectivizarse de conformidad con el pacto, y justamente es en este momento cuando pueden surgir discrepancias entre las partes respecto a los alcances de las obligaciones asumidas. Llegado a este punto, se evidencia la necesidad de interpretar la voluntad manifestada a efecto de llegar a una solución, siendo un imperativo que esta interpretación se realice bajo los lineamientos de la buena fe y de acuerdo a lo que las partes han buscado con el contrato.

En todo caso, consideramos que la regla contenida en el artículo 1362 del Código Civil tiene estrecha relación con el artículo 168 de mismo cuerpo normativo, que refiere a la voluntad manifestada en el acto jurídico y a la buena fe como instrumento para interpretar su contenido. En tal sentido, cuando más adelante desarrollemos con mayor amplitud este canon interpretativo, lo haremos aludiendo a ambos dispositivos por la íntima vinculación que mantienen.

Dicho lo anterior, pasamos a revisar los cánones interpretativos recogidos en el Código Civil para analizarlos en relación con las propuestas que doctrinariamente nos han legado los autores revisados previamente:

1. CRITERIO DE LA VOLUNTAD MANIFESTADA Y DE LA BUENA FE

El artículo 168 del Código Civil señala: “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”. Asimismo, el artículo 1362 del mismo código sustantivo prescribe: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Al respecto, evidenciamos que en esta disposición se plasman los cánones lingüísticos (MacCormick y Summers), literal (Barberis), semánticos (Alexy) y gramatical (Savigny), ya que se hace referencia a la expresión concreta en que se haya expresado el acto jurídico, entendiéndose como tal la expresión lingüística, literal, semántica o gramatical, que no es otra cosa que las palabras a través de las cuales las partes intervinientes en el acto jurídico o contrato plasman

su voluntad. Cabe advertir, sin embargo, que el dispositivo civil complementa este canon con el principio de buena fe que alude al recto pensar y actuar de las personas, es decir, a la adecuación de su conducta a los deberes de lealtad para con los demás y para con los compromisos asumidos, sin albergar ocultas intenciones que den lugar al aprovechamiento indebido de una situación en perjuicio de los legítimos intereses de terceros.

2. CRITERIO SISTEMÁTICO

El artículo 169 del Código Civil establece: “Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”. Este dispositivo alude sin duda a los cánones sistémicos (MacCormick y Summers) y sistemáticos (Barberis, Alexy y Savigny), pues dispone que la interpretación de una cláusula del acto no puede desarrollarse de modo aislado, sin considerar que la misma es parte de un todo, al contrario, incide en que el significado de cada cláusula debe establecerse teniendo en cuenta el contenido de las demás cláusulas, con mayor necesidad si alguna de ellas tiene una redacción oscura o poco clara. En suma, este artículo resalta el carácter sistémico del acto jurídico o contrato, el cual debe ser tomado en cuenta para determinar el sentido de cada una de sus cláusulas y de todo el acto en su conjunto.

3. CRITERIO TELEOLÓGICO

El artículo 170 del Código Civil prescribe lo siguiente: “Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”. Este artículo contiene una referencia directa a los cánones teleológicos que proponen MacCormick y Summers, Barberis y Alexy. Esto debido a que el objeto o finalidad, así como la naturaleza del acto jurídico, se constituyen en uno de los criterios orientadores al momento explorar el sentido que debe otorgarse a una expresión en concreto, eligiendo dentro de un conjunto de posibilidades. Es importante destacar, además, que el legislador peruano reconoce implícitamente en este artículo la teoría mixta de la interpretación propuesta por Hart, dado que señala que puede haber expresiones que tengan

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos en el derecho civil peruano

varios sentidos, circunstancia que a su vez podría determinar la aparición de un caso difícil, situación que, desde la perspectiva del Código Civil, debe ser abordada desde el canon interpretativo teleológico. Finalmente, si bien Savigny no reconoce un elemento teleológico, consideramos que en el artículo bajo análisis se puede reconocer rasgos del elemento lógico que dicho autor sí reconoce, dado que identificar el sentido de la expresión dudosa considerando la naturaleza del acto, exige aplicar también las reglas de la lógica entre la cláusula objeto de interpretación y la esencia del acto jurídico del que forma parte.

Para concluir, es pertinente señalar que la aplicación de los cánones interpretativos contenidos en los artículos 168, 169, 170 y 1362 del Código Civil no se está restringida meramente al ámbito civil, ya que el artículo IX del Título Preliminar del mismo Código, señala: “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”. Así las cosas, siendo uno de los rasgos de las normas del Código Civil su carácter supletorio, estas se proyectan hacia las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico en su integridad, salvo aquellas que por su naturaleza sea incompatible, ergo, los cánones que se reconocen para interpretar el acto jurídico, son referentes válidos para ser utilizados en la interpretación en otros campos del derecho nacional, dada su naturaleza transversal.

VIII. CONCLUSIONES

1. El derecho moderno se caracteriza por su naturaleza sistémica pues se lo concibe como un conjunto de normas, reglas y principios, que están debidamente estructurados y sistematizados, lo que le otorga unidad y coherencia interna, constando, además, con el respaldo estatal para la ejecución coactiva de sus mandatos y de las sanciones que correspondan ante su inobservancia.
2. La indeterminación del derecho se ha convertido en uno de los tópicos de la teoría del derecho, que mayor atención concentra por parte de los

autores modernos, siendo a su vez una condición de su esencia lingüística, cuyas principales manifestaciones son la ambigüedad y la vaguedad.

3. El derecho como fenómeno lingüístico requiere ser interpretado, ya que, en su aplicación, se necesita atribuir significados a los textos jurídicos y, eventualmente, a las conductas, debiendo distinguirse la interpretación jurídica en sentido amplio, que consiste en establecer el sentido de una expresión jurídica cualquiera, y la interpretación jurídica en sentido estricto, la que consiste en determinar el significado de una expresión jurídica dudosa.
4. Dentro de las teorías de la interpretación jurídica modernas, destacan la propuesta de Hart, que abarca el formalismo interpretativo, la teoría mixta y el escepticismo interpretativo; la concepción escéptica de Kelsen; el escepticismo moderado de Guastini; la concepción intencionalista de Marmor y Raz; y la concepción constructivista de Dworkin, debiendo destacarse el importante aporte de este último que colocó a la interpretación en el centro de interés de la teoría del derecho, al definir al derecho como una práctica social y una práctica interpretativa destinada a satisfacer ciertos valores.
5. En la doctrina existen diferentes propuestas teóricas sobre la determinación de los criterios o cánones interpretativos, destacándose las de MacCormick y Summers, Barberis, Alexy y Savigny, las mismas que confluyen en diversos puntos, específicamente en los cánones lingüísticos (literales, semánticos o gramaticales), sistémicos o sistemáticos, y teleológicos.
6. En el ordenamiento jurídico nacional existe interés en desarrollar los criterios interpretativos desde la propia Constitución Política, que establece algunos como el “in dubio pro operario” o la interpretación auténtica del Congreso de la República; asimismo, en textos legales tan importantes como el Código Procesal Penal se establecen también lineamientos interpretativos como la prohibición de la interpretación extensiva o analógica, salvo que beneficie al imputado; siendo otro caso la Ley del Procedimiento Administrativo General que impone la buena fe procedimental como canon de interpretación de las normas del procedimiento administrativo. Asimismo, la jurisprudencia de la

La interpretación jurídica y los cánones interpretativos
en el derecho civil peruano

Corte Suprema de Justicia de la República también se ha ocupado de los cánones interpretativos en sus sentencias, tal como se aprecia en la parte considerativa del V Pleno Casatorio Civil - Casación N.º 3189-2012-LIMA NORTE.

7. El Código Civil peruano, en sus artículos 168, 169 y 170, establece los criterios de interpretación del acto jurídico y, por ende, del contrato, aunque respecto de este existe una directriz interpretativa específica en el artículo 1362. En todo caso, en tales dispositivos del código sustantivo se reconocen los cánones interpretativos propuestos por la doctrina, tales como los lingüísticos, sistemáticos y teleológicos, los que pueden aplicarse supletoriamente a las situaciones y relaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre y cuando sean compatibles con su naturaleza.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica* (1.ª ed.). Palestra Editores.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del derecho* (1.ª ed. en castellano) Palestra Editores.
- Basadre A., J. (2011). *Historia del derecho universal y peruano* (1.ª ed.). Ediciones Legales.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría general del derecho* (5.ª ed. revisada). Editorial Themis SA.
- De Trazegnies, F. (2007). La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la Interpretación Legal. En C. Soto (ed.), *Tratado de interpretación del contrato en América Latina* (1.ª ed., pp. 1603-1628). Editorial Grijley.
- Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano. *Derecho & Sociedad*, (19), 146-164.
- Guastini, R. (2018). *La interpretación de los documentos normativos*. Derecho Global Editores S.A. de C.V.

- Linfante Vidal, I. (2015). La interpretación jurídica. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (vol. II), capítulo 37 (pp. 1349-1387). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México.
- Linfante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Tirant lo Blanch.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley una visión actual* (1.^a ed.). Editorial Trotta SA.
- Peces-Barba, G., Fernández, E. y De Asís, R. (2000). *Curso de teoría del derecho* 2.^a ed., Marcial Pons.
- Ródenas, Á. (2012). *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons.
- Véscovi, E. (2008). *Introducción al derecho* (21.^a ed. tercera reimpresión). B de F Ltda.

Víctor Domingo Herrada Guerrero

Por:
Víctor Domingo
Herrada Guerrero*

*¿ES CONVENIENTE QUE PERÚ SUSCRIBA
LA CONVEMAR? ARGUMENTOS PARA
UNA RESPUESTA POSITIVA*

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo describir el papel del Perú en el derecho del mar y aportar una opinión sobre si es conveniente para el Perú la firma de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (Convemar). Para eso, se hace un breve recorrido histórico sobre el derecho del mar, dentro del cual resalta el papel del Perú como país pionero en la tesis de las 200 millas marinas. Posteriormente, se exponen las circunstancias en las que se originó la Convemar y lo que establece esta convención. Finalmente, se analizará la situación actual del Perú y lo que ofrece la Convemar para aportar una posición sobre si conviene o no que nuestro país firme esta convención.

Abstract

This paper aims to describe the role of Peru in the Law of the Sea and provide an opinion on whether it is convenient for Peru to sign the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 (UNCLOS). To do this, a brief historical review of the Law of the Sea is made, within which the role of Peru as a pioneer country in the thesis of the 200 nautical miles is highlighted. Subsequently, the circumstances in which UNCLOS originated and what this convention establishes are exposed. Finally, the current situation in Peru and what UNCLOS offers will be analyzed to provide a position on whether or not it is convenient for our country to sign this convention.

Palabras clave: Convemar, Derecho del Mar, mar territorial, 200 millas, zona económica exclusiva

Keywords: UNCLOS, Law of the Sea, territorial sea, 200 nautical miles, exclusive economic zone

* Oficial (r) de Marina Mercante Nacional. Cursó y aprobó con este trabajo el Diplomado de Especialización en Derecho Marítimo por la Universidad de Piura. Correo electrónico: victorherrada@hotmail.com.

Recibido: 13 de setiembre del 2022

Aceptado: 28 de octubre del 2022

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ANTIGUO DERECHO DEL MAR. III. EL PERÚ Y LA TESIS DE LAS 200 MILLAS. IV. EL NUEVO DERECHO DEL MAR Y LA CONVEMAR: SU ORIGEN Y SU CONTENIDO. 1. MAR TERRITORIAL - 2. ZONA CONTIGUA. - 3. ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA. - 4. PLATAFORMA CONTINENTAL - 5. ALTA MAR - 6. LA ZONA. V. El Perú y LA CONVEMAR. 1. ¿LA CONVEMAR RECORTA LA SOBERANÍA DE NUESTRAS 200 MILLAS MARINAS? 2. ¿LA CONVEMAR PERMITE LA DEPREDACIÓN PESQUERA EXTRANJERA? - 3. LA CONVEMAR EN EL DIFERENDO MARÍTIMO CON CHILE. - 4. ¿EJERCE EL PERÚ UN VERDADERO DOMINIO MARÍTIMO SOBRE SUS 200 MILLAS MARINAS? VI. CONCLUSIONES: ES CONVENIENTE LA ADHESIÓN DEL PERÚ A LA CONVEMAR. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque se trata de un tema bastante tratado a lo largo de los años, y más aún con motivo del diferendo marítimo entre Perú y Chile (que se resolvió con la sentencia de la Corte de Justicia de La Haya del 27 de enero del 2014), no deja de ser conveniente una opinión sustentada sobre la conveniencia o no de la firma, por parte del Perú, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, Convemar).

Es muy considerable el tiempo transcurrido desde que la Convemar se aprobó (1982) hasta la actualidad. Sin embargo, la posibilidad de que Perú firme esta convención es un tema que regresa cada cierto tiempo a la discusión pública. Durante muchos años, el argumento principal para oponerse a la firma de la Convemar es la idea de que nuestro “mar territorial”, cuya extensión alcanzaría las 200 millas marinas desde 1947, se vería muy reducido, ya que la Convemar solo reconoce como tal a una zona de 12 millas marinas desde la costa.

No sería raro que, como sucede con varios temas que generan emotividad, muchos de los argumentos que se emplean para rechazar la Convemar partan de un sentimiento patriótico mal entendido, posiblemente provocado por una mala información de nuestros gobernantes, de la prensa o de una mala

educación histórica. Por esos motivos, cualquier decisión política que se adopte sobre la suscripción de nuestro país a la Convemar debe pasar necesariamente por un análisis detallado de lo que, en verdad, implica la zona de 200 millas peruanas (zona de “dominio marítimo”, según nuestra Constitución política), de nuestra realidad política-internacional y cuáles serían los efectos positivos o negativos que traería esa adhesión a la convención.

Sirva este pequeño trabajo para aportar un poco a ese necesario debate.

II. EL ANTIGUO DERECHO DEL MAR

La relación del hombre con el mar es casi tan antigua como el propio hombre. Esta relación se basó, primero, en la extracción de recursos naturales del mar (la pesca) y, posteriormente, en la navegación¹. De ambos factores (recursos y navegación) fue surgiendo la actividad marítima comercial, siendo sus más grandes pioneros y exponentes los fenicios (Barros, s. f.).

El auge de esta actividad ocasionó que se desarrollasen más y mejores barcos. Sin embargo, los ataques de piratas hacia las embarcaciones mercantes hicieron necesaria la creación de armas que se pudieran emplear en altamar para la defensa. Así, mientras recursos como el vino, el aceite y el trigo eran transportados en anchos barcos a vela, veloces birremes (naves con dos filas de remos) eran los encargados de defender a los primeros ante el ataque de piratas y flotas rivales (Barros, s. f.).

Por lo tanto, se puede decir que, históricamente, la marina de guerra surgió en primer lugar para defender a la marina mercante.

El crecimiento del comercio marítimo entre las diversas civilizaciones también trajo inconvenientes (como los abordajes), debido a la falta de reglas

1 Se suele situar el origen de la navegación como tal (excluyéndose la navegación rudimentaria con troncos y balsas) en Mesopotamia, aproximadamente en el 4000 a. C. con la aparición de la navegación con velas (Barros, s. f.).

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

para la navegación. Estas reglas surgieron de la costumbre y, por lo tanto, tenía un origen privado, representando los primeros indicios de un derecho marítimo (Barros, s. f.)².

En el ámbito público, los países costeros fueron mostrando interés en defender los recursos del mar adyacente a sus tierras, de donde se fue originando el derecho del mar. Este interés fue ganando forma en la baja Edad Media en las ciudades mercantiles italianas, las cuales reivindicaron jurisdicciones marítimas exclusivas. Estas reclamaciones estaban basadas, principalmente, en la defensa contra los piratas que encubrían impuestos a la navegación bajo la defensa de una “libertad de los mares”. (Elices, 1997).

Posteriormente, en el siglo XVI surgen dos nuevos conceptos: *mare liberum* (o *mar libre*), en el que se defendía el uso libre de los mares para toda la humanidad; y *mare clausum* (o *mar cerrado*), en el que se defendía el derecho de un estado a reivindicar el mar que pudiera defender (Elices, 1997; Del Águila y Malpica, 1997).

Después, en el siglo XVIII, se defendió un régimen dual en el que se reconocía, por un lado, la soberanía de un estado costero sobre su mar territorial y, por otro lado, la libertad en altamar (Del Águila y Malpica, 1997).

En esta situación surge la discusión sobre *la anchura de las aguas territoriales*.

Durante los siglos XVIII y XIX proliferaron intentos de fijar en tres millas la anchura de los mares territoriales (Bustamante y Rivero, 1974). Posteriormente, en el siglo XX, por ejemplo, la Unión Soviética en 1927 fijó su jurisdicción hasta las 12 millas marinas (Elices, 1997).

Sin embargo, la necesidad de una fijación uniforme motivó a que se realizase la Conferencia para la Codificación del Derecho internacional de la Haya de

2 Para varios historiadores, el *Nomos Rhodion Nautikos* bizantino es considerado como el primer código de derecho marítimo (Barros, s. f.).

1930, con el fin de codificar temas de nacionalidad, responsabilidad estatal y las aguas territoriales. Lamentablemente, salvo en materia de nacionalidad, no se llegó a acuerdo alguno con respecto a los otros dos objetos (Ruda, 2010 y Mosquera Monelos, 2004), aunque se aceptó la idea de una zona contigua más allá del mar territorial en donde los Estados tenían competencia sobre aduanas, sanidad y seguridad (Elices, 1997).

Frente a este fracaso, surgieron varias declaraciones unilaterales por parte de diferentes países que buscaban el control y la defensa de los recursos naturales contenidos en el mar adyacente a sus costas, así como en el zócalo continental. Se puede enumerar las proclamaciones de los presidentes de Estados Unidos (1945)³, México (1945), Argentina (1946) y Chile (1947). Sin embargo, ninguna de estas declaraciones tuvo sustento en un verdadero derecho internacional, sino que solo consistieron en acciones aisladas (Del Águila y Malpica, 1997).

III. EL PERÚ Y LA TESIS DE LAS 200 MILLAS

En el Perú se puede decir que, desde tiempos inmemoriales, quienes poblaron su región costera han basado gran parte de su desarrollo en el aprovechamiento del mar y sus recursos⁴. Debe considerarse que el mar peruano tiene una importante riqueza hidrobiológica, ya que contiene una gran y diversa cantidad de peces, crustáceos, moluscos, mamíferos, cetáceos, etc., así como recursos marinos de otra índole (sal, petróleo, gas), a causa de sus particulares características. Principalmente sus dos ecorregiones de agua fría (corriente peruana o de Humboldt) y de agua caliente (corriente de El Niño), respectivamente (Angulo, 2006).

3 El presidente Harry Truman proclamó: “El Gobierno de Estados Unidos considera los recursos del subsuelo y del fondo del mar de la plataforma continental cubierta por la altamar, pero contigua a la costa de Estados Unidos, como pertenecientes a los mismos y sometidos a su jurisdicción y control” (Elices, 1997).

4 Se considera que la red de pesca de Paracas es, con probabilidad, la red más antigua que ha sobrevivido en buen estado de conservación en el mundo (Parks, s. f.).

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

Sin embargo, durante muchos años, desde el inicio de la historia republicana, no existieron leyes o normas que establecieran una especial protección de estos recursos frente a agentes extranjeros. No fue sino hasta 1947 cuando, durante el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero, se emitió el Decreto Supremo N.º 781, del 1 de agosto de 1947.

Esta norma tenía como principal objetivo contener la pesca indiscriminada que venía sufriendo el mar peruano por parte de expediciones extranjeras (Deustua, 2004 y García, 1974). Literalmente, este decreto decía:

Es igualmente necesario que el Estado proteja, conserve y reglamente el uso de los recursos pesqueros y otras riquezas naturales que se encuentran en las aguas epicontinentales que cubren la plataforma submarina y en los mares continentales adyacentes a ella. (Del Águila y Malpica, 1997)

El Decreto Supremo N.º 781 establecía la *soberanía y jurisdicción* del Perú sobre un *área de 200 millas náuticas*, derechos que abarcaban la plataforma submarina y el mar adyacente a las costas. Sin embargo, se conservaba el *derecho de libre navegación* (García, 1974; Del Águila y Malpica, 1997).

Posteriormente, el 18 de agosto de 1952, en Santiago de Chile, los gobiernos de Ecuador, Chile y Perú firmaron la Declaración sobre la zona marítima de 200 millas (o Declaración de Santiago). Esta declaración establecía la *soberanía y jurisdicción marina* “hasta una distancia mínima de 200 millas”, lo cual incluía el suelo y subsuelo que se hallaba debajo del mar. Al igual que en el Decreto Supremo N.º 781, el principal objetivo de la Declaración de Santiago fue la *protección de la fauna y flora marina* (Del Águila y Malpica, 1997; Mosquera, 2004).

Como se observa, tanto en el Decreto Supremo N.º 781 de 1947 como en la Declaración de Santiago de 1952, el Perú da respuesta a la discusión sobre el alcance del dominio sobre el mar adyacente a las costas.

Se ha considerado que la medida de 200 millas tiene como precedente una orden del presidente Franklin D. Roosevelt, quien en 1939 “ordenó patrullar las costas estadounidenses hasta una distancia de 200 millas para de ese modo mantener su seguridad, con lo que se aporta un nuevo factor que afecta a la discusión sobre la distancia que debe tener el mar territorial de un Estado ribereño” (Mosquera, 2004). Sin embargo, lo que fue determinante en la fijación de esta medida en el Perú fue la anchura de la corriente peruana o de Humboldt, así como el hecho de que gran variedad de recursos vivos y no vivos se concentran en esa extensión (Bustamante y Rivero, 1974; García, 1974).

IV. EL NUEVO DERECHO DEL MAR Y LA CONVEMAR: SU ORIGEN Y SU CONTENIDO

Debido a la falta de acuerdo sobre los alcances de la soberanía y la jurisdicción de un Estado costero con relación a su mar adyacente, la Organización de las Naciones Unidas promovió la realización de tres conferencias. Ello con el objetivo de uniformizar los criterios sobre el derecho del mar.

Las dos primeras se realizaron en Ginebra (Suiza) en 1958 y 1960. Sin embargo, aunque se discutieron temas como la altamar, la plataforma continental, el mar territorial y la zona contigua (así como la pesca y conservación de los recursos vivos en altamar), no fueron conferencias fructíferas, debido a que no hubo consenso sobre la extensión de los espacios marítimos.

Fue la tercera conferencia (realizada en 1973 en Nueva York y que trabajó durante 9 años) la que dio como resultado la Convemar en 1982, la cual determinó finalmente los alcances y límites de cada uno de los espacios marinos, además de otros aspectos (Mosquera, 2004; Del Águila y Malpica, 1997).

Esta Convención fue aprobada el 30 de abril de 1982 en Nueva York y abierta a su firma el 10 de diciembre del mismo año en Bahía Montego (Jamaica). Entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. Actualmente, está firmada por 168 partes (167 Estados y la Unión Europea), entre las cuales *no se encuentra el Perú*.

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

Con respecto a los espacios marítimos, la Convemar establece lo siguiente:

1. MAR TERRITORIAL

La Convemar establece que los Estados podrán fijar la anchura de su mar territorial hasta un límite de 12 millas marinas a partir de las *líneas de base* (artículo 3). El Estado ribereño ejerce soberanía sobre el mar territorial, su lecho y subsuelo, así como sobre el espacio aéreo, sin perjuicio del *paso inocente*⁵ (artículo 2).

2. ZONA CONTIGUA

Es una zona contigua al mar territorial que no podrá ser mayor a 24 millas marinas contadas desde las líneas de base. En esta zona, el estado ribereño adoptar medidas de fiscalización para prevenir infracciones de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en el territorio o en el mar territorial, así como sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos (artículo 33 de la Convemar).

3. ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

La zona económica exclusiva es un área contigua al mar territorial con una extensión no mayor a 200 millas marinas calculadas desde las líneas de base. En esa zona, el estado ribereño tiene *derechos de soberanía* para la exploración, explotación, conservación y administración de recursos vivos y no vivos. También tiene *jurisdicción* sobre actividades realizadas en esa zona (artículo 56 de la Convemar). Asimismo, *hay libertad de navegación y sobrevuelo*, así como el tendido de cables y tuberías submarinas (artículo 58 de la Convemar).

Algo que debe resaltarse es que en la zona económica exclusiva *el Estado ribereño tiene el control sobre la explotación de los recursos vivos, fijando la captura*

5 El paso inocente es un derecho por el que los buques de todos los estados pueden transitar por cualquier mar territorial, siempre que ese tránsito no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del estado ribereño (artículos 17 y 19 de la Convemar).

permisible (artículo 61 de la Convemar). La Convención también establece la obligación del Estado ribereño de determinar su capacidad de captura, de modo que si no se tuviera capacidad para explotar toda la captura permisible, el Estado ribereño deberá dar acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible, a través de acuerdos y otros arreglos y siempre bajo las leyes o reglamentos previstos por el propio Estado ribereño (artículo 62 de la Convemar).

La zona económica exclusiva ha sido considerada como “una zona de poder y control del estado ribereño, en la cual este ejerce derechos especiales de soberanía y jurisdicción para determinados fines especialmente económicos” (Del Águila y Malpica, 1997).

4. PLATAFORMA CONTINENTAL

La plataforma continental está conformada por el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que constituyen la prolongación natural de la masa continental del Estado ribereño (artículo 77 de la Convemar).

Sobre este espacio marítimo, la Convención reconoce al Estado ribereño los mismos derechos exclusivos que en la zona económica exclusiva (para la exploración y explotación de sus recursos naturales, respetando la libertad de navegación de otros estados). La diferencia radica en que los derechos del estado ribereño en la plataforma continental no alcanzan a los recursos vivos, salvo aquellos organismos pertenecientes a especies sedentarias (artículo 77 de la Convemar) (Del Águila y Malpica, 1997).

5. ALTA MAR

Está conformada por las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico (artículo 86 de la Convemar).

La Convención establece que, como regla general, la alta mar está abierta a todos los Estados (libertad de navegación, de sobrevuelo, de tender cables

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

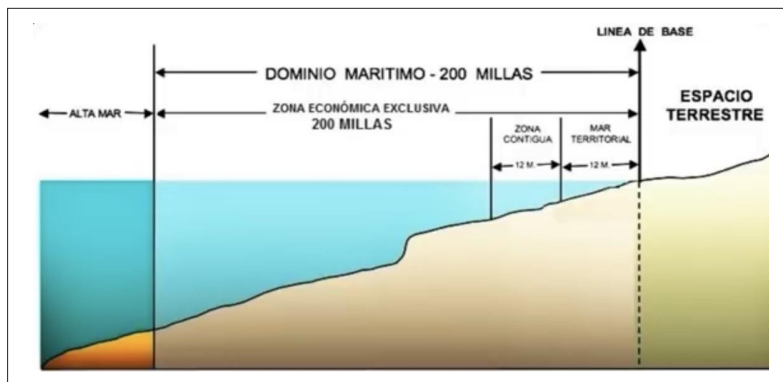
y tuberías submarinos, de pesca, etc.), aunque esta libertad debe ejercerse bajo determinadas condiciones (artículo 87 de la Convemar). La Convención también señala que ningún Estado podrá pretender someter a su soberanía cualquier parte de la alta mar (artículo 89 de la Convemar).

6. LA ZONA

La Zona es el espacio formado por los abismos marinos y oceánicos y su subsuelo, que se encuentra fuera de los límites de la jurisdicción nacional, es decir, más allá de las plataformas continentales de los Estados (Mosquera, 2004). La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad (artículo 136 de la Convemar) y ningún Estado puede reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de ellos (artículo 137 de la Convemar).

A continuación, se presenta un gráfico en el que ilustra los espacios marítimos establecidos en la Convemar:

Figura 1
Espacios marítimos que contempla la Convemar



Fuente: Hugox Chugox, 2018

V. EL PERÚ Y LA CONVEMAR

1. ¿LA CONVEMAR RECORTA LA SOBERANÍA DE NUESTRAS 200 MILLAS MARINAS?

Ya se ha dicho que el Perú fue uno de los países protagonistas de las varias declaraciones unilaterales emitidas por varios países, principalmente en Latinoamérica. Sin embargo, su rol no se limitó a eso, sino que, además, tuvo una participación muy activa en el proceso de elaboración de la Convemar (Mosquera, 2004). Tal es así que la tesis de las 200 millas defendida por el Estado peruano fue asimilada en la Convemar a través de la creación de la zona económica exclusiva, la cual, como se ha expuesto, tiene como máxima extensión las 200 millas marinas.

No obstante, pese a tan notable participación, el Perú sigue siendo hasta la actualidad uno de los pocos países que no ha firmado la Convemar (junto a países como Estados Unidos y Venezuela) (Mosquera, 2004).

Ahora bien, ¿por qué motivos el Perú no ha firmado la Convemar?

El principal argumento es que entre lo declarado en el Decreto Supremo N.º 781 de 1947 y lo establecido en la Convemar existiría una diferencia muy considerable. Se dice que cuando el Perú declaró su soberanía y jurisdicción sobre un área de 200 millas náuticas, lo hizo bajo la idea de que toda esa extensión constituía *mar territorial*, es decir, un espacio marítimo que, al formar parte del territorio peruano, estaba sometido bajo un poder soberano absoluto (Del Águila y Malpica, 1997). Por el contrario, la Convemar solo reconoce ese poder soberano a las 12 millas marinas de mar territorial que esta Convención establece. De esta manera, para los que se oponen a la firma de la Convemar, hacerlo traería como consecuencia un “recorte” en la soberanía del país de 188 millas marinas.

Pero, ¿es cierto este argumento?

Para responder a esta pregunta es necesario examinar lo que dice el Decreto Supremo N.º 781 de 1947 y la Declaración de Santiago de 1952, en donde,

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

contrario a lo que pudiera esperarse, *no se utiliza la expresión “mar territorial”*. Los términos que en realidad emplean ambos textos son “soberanía y jurisdicción” sobre las 200 millas y su finalidad es la *protección de los recursos marinos*. Es más, en los dos textos se *reconoce límites a la soberanía*, a favor de la navegación de naves de otros países (Del Águila y Malpica, 1997).

De hecho, el propio Bustamante y Rivero (1947) señaló lo siguiente:

A la luz de estas ideas, la proclamación de la soberanía peruana sobre las aguas del nuevo mar territorial o faja costera de las doscientas millas en el Decreto de 1947 *no implica un propósito de apropiación absoluta de esa zona ni la creación de un dominio exclusivo y excluyente sobre ella*. Ya el propio Decreto se encarga de dejar establecido que sus disposiciones *no afectan el derecho de libre navegación de los barcos de todas las naciones*. E implícitamente deja entender, además —si se aplican rectamente las normas de la hermenéutica jurídica—, que *los actos de soberanía que el Estado peruano realice sobre la zona estarán limitados a los solos fines de la proclamación, esto es, a la protección, conservación y defensa de los recursos naturales allí existentes y consiguientemente, a la vigilancia y reglamentación de esos intereses económicos nacionales*. Lo cual, en definitiva, importa un anuncio del ejercicio de cierto control y de cierta jurisdicción circunscritos a tales fines. [Énfasis agregado] (Citado por Valle-Riestra, 2010)⁶

Asimismo, García, ministro de Relaciones Exteriores en 1947, diría años más tarde lo siguiente:

Desde las proclamaciones por el Perú y Chile en 1947 sobre el límite de las 200 millas y posteriormente, después de la Declaración de Santiago de 1952 y de varias conferencias internacionales, la cuestión de la naturaleza jurídica de esta zona ha sido interpretada de *varias maneras*, esto es, si se trata de un mar territorial con todas las prerrogativas que ello implica, *o de un nuevo concepto, de una zona sui generis, en la que la soberanía puede ser ejercitada respecto de la conservación y exclusiva utilización de los recursos marinos*. Al principio, *fue generalmente entendido*

6 Posteriormente, Bustamante y Rivero cambiaría su opinión y defendería que las 200 millas constituirían mar territorial, probablemente con el fin de pasar a la posteridad (Bustamante y Rivero, 1974; Valle-Riestra, 2010).

que este último era el caso [...], pues ni en la proclamación peruana ni en la chilena, ni en la Declaración de Santiago, fue usada la sacrosanta expresión “mar territorial”. [...] los gobiernos del Perú, Chile y Ecuador, de acuerdo con sus objetivos y conscientes de participar en la formulación de nuevas normas, se cuidaron de identificar los derechos proclamados [...] con la clásica institución del mar territorial, por cuanto está noción era inadecuada y parecía inconveniente para expresar la naturaleza y expresión de una soberanía y jurisdicción exclusivas relativas a la protección y utilización de los recursos marinos hasta una distancia de 200 millas. De allí que la opinión prevaleciente fuera la de que lo que se había establecido era una institución sui generis.

[...] en ningún acto de derecho positivo público se ha declarado inequívocamente que el mar territorial del Perú se extienda hasta las 200 millas. En los foros internacionales los delegados peruanos al sostener nuestra posición se han abstenido de identificar el límite de las 200 millas con la idea de “mar territorial”. [Énfasis agregado] (García, 1974)

En realidad, ni el Decreto Supremo N.º 781 de 1947 ni la Declaración de Santiago de 1952 quisieron establecer como “mar territorial” el espacio de 200 millas marinas, sino únicamente una *soberanía y jurisdicción para la preservación y el control de los recursos marinos ubicados en dicha área, para su explotación y uso en provecho de la población peruana* (Del Águila y Malpica, 1997).

Esta misma idea, aunque redactada con ambigüedad, se expresó en la Constitución Peruana de 1979:

Artículo 97

El territorio de la República es inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre. [Énfasis agregado]

Artículo 98

*El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de *doscientas millas marinas* medidas desde las líneas que establece la ley. En su dominio marítimo, el Perú ejerce *soberanía y jurisdicción*, sin perjuicio de las *libertades de comunicación internacional*, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República. [Énfasis agregado]*

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

Entonces, si bien el artículo 97 de la Constitución de 1979 establecía que el dominio marítimo formaba parte del territorio peruano (lo que puede dar a entender que lo considera como un “mar territorial”), su artículo 98 especificaba que en dicho *dominio marítimo* el Estado peruano ejerce *soberanía y jurisdicción* y, además, reconoce *libertad de comunicación internacional*. Este último dato (“libertad de comunicación”) no parece compatible con el concepto de “mar territorial” (Del Águila y Malpica, 1997).

Además que en la Constitución de 1979 no se incluía el concepto de “mar territorial” queda confirmado por Luis Alberto Sánchez, presidente de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, quien dijo:

A pesar de lo tentadora que había sido la propuesta de llamar mar territorial al mar adyacente, económico y soberano, *lo importante era que Perú tuviera soberanía y jurisdicción sobre el mar hasta las 200 millas* y que el objeto de la fórmula aprobada por la Asamblea Constituyente [“dominio marítimo”] era *dejar abierta la posibilidad para que el Perú [...], sin alterar la Constitución, no quedase fuera de la Convención*. [Énfasis agregado] (Valle-Riestra, 2010)

Esta referencia que Luis Alberto Sánchez hace de “la Convención” se entiende perfectamente, porque en 1979 el Perú venía negociando el texto de lo que, finalmente, resultó ser la Convemar. Por lo tanto, en la Constitución de 1979 se eligió el término “dominio marítimo” y se rechazó el de “mar territorial” con el fin de que, cuando se aprobara finalmente la Convemar (lo que sucedió en 1982), el Perú pudiera firmarla sin necesidad de modificar su propia Constitución. El mismo concepto de “dominio marítimo” está establecido en el artículo 54 de la Constitución peruana de 1993 (Mosquera, 2004).

De toda esta exposición, se puede concluir razonablemente que en el Perú no se ha utilizado nunca el concepto de “mar territorial” y, por lo tanto, la tesis de las 200 millas declarada en 1947 estaba referida únicamente a una *soberanía y jurisdicción* que le permitía al Perú *proteger y tener control sobre la fauna y flora marina, en beneficio de los peruanos*.

Y este mismo concepto coincide sustancialmente con lo que la Convemar establece para los Estados ribereños en la Zona Económica Exclusiva, ya que en esta zona el Estado tiene derechos de soberanía para la exploración, explotación, conservación y administración de recursos vivos y no vivos, así como *jurisdicción* sobre estas actividades.

Así, en el diferendo marítimo entre Perú y Chile, que resolvió la Corte Internacional de Justicia de la Haya en el 2014, se confirmó que el agente peruano declaró: La expresión *dominio marítimo*, que figura en la *Constitución peruana*, es utilizada en conformidad con la definición de los espacios marítimos previstos por la *Convención de 1982*. [Énfasis agregado] (Novak y García-Corrochano, 2014).

Entonces, salvo algunas cuestiones especiales, se puede decir que el *dominio marítimo*, en una extensión de 200 millas establecido en la Constitución peruana, prácticamente coincide con “los derechos de soberanía y jurisdicción” que la Convemar reconoce en la Zona Económica Exclusiva de 200 millas.

Por lo tanto, no estamos de acuerdo con el argumento según el cual la firma de Perú de la Convemar tendrá como consecuencia un “recorte” de nuestra soberanía, porque la Convemar no establece nada sustancialmente distinto de lo que ya se recoge en nuestra Constitución.

2. ¿LA CONVEMAR PERMITE LA DEPREDACIÓN PESQUERA EXTRANJERA?

Otro argumento frecuente para oponerse a que Perú firme de la Convemar es que se cree que, con eso, expediciones extranjeras tendrán plena libertad para depredar las riquezas marinas de nuestro mar. Este argumento se basa en lo que establece el artículo 62, inciso 2 de la Convemar:

El Estado ribereño determinará su capacidad de capturar los recursos vivos de la zona económica exclusiva. *Cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible, mediante acuerdos u otros arreglos y de conformidad con las modalidades, condiciones y leyes y reglamentos a que se refiere el párrafo 4, teniendo*

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

especialmente en cuenta los artículos 69 y 70, sobre todo en relación con los Estados en desarrollo que en ellos se mencionan. [Énfasis agregado]

Una lectura caprichosa de este texto es la que, por ejemplo, expuso en 2014 el excongresista Ángel Neyra Olaychea (en ese entonces, titular de la Comisión de Producción del Congreso), quien señaló que “firmar el tratado de Convemar podría aumentar la depredación marina porque tendríamos que compartir nuestros recursos hidrobiológicos no solo con Chile, sino con otros países”. En opinión del exparlamentario, el hecho de que la Convemar establezca que, cuando el Estado ribereño no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible y “beneficiaría a diversos países porque todavía no tenemos la capacidad suficiente para capturar determinados recursos pesqueros que se encuentren disponibles” (*Gestión*, 2014).

El gran error que se comete con estas declaraciones es que se ignora que la Convemar, si bien establece la posibilidad de que el Estado ribereño dé acceso a otros Estados al excedente de lo que no se haya tenido capacidad de explotar, también ordena que ese acceso debe ser realizado mediante *acuerdos u otros arreglos* y conforme con *leyes y reglamentos que el propio Estado ribereño tiene el poder de emitir*.

Es decir, la Convemar *no impone* que el Estado ribereño otorgue plena libertad para que otros Estados aprovechen lo no explotado por el primero. Por el contrario, *concede siempre al Estado ribereño la potestad de establecer las condiciones y modalidades bajo las cuales las expediciones extranjeras podrán acceder a ese excedente*.

En particular, el Estado ribereño establecerá las condiciones para conceder licencias a pescadores, buques, equipo de pesca (incluido el pago de derechos), determinará qué especies pueden capturarse y qué cuotas de captura deben respetarse, las temporadas y áreas de pesca, etc. (inciso 4 del artículo 62 de la Convemar).

Entonces, aun cuando en el Perú no se tenga la capacidad suficiente para explotar todos los recursos hidrobiológicos de lo que sería nuestra zona

económica exclusiva, si tiene la potestad para establecer los límites y las condiciones bajo los cuales otros Estados podrán acceder a los recursos que excedan nuestra capacidad.

En pocas palabras, “nuestra soberanía marítima que está garantizada en la Convemar significa que *el Perú decide dónde, cuándo, cuánto y cómo se pesca*” [Énfasis agregado] (Rodríguez, 2015).

Finalmente, hay que recordar que, con la firma de la Convemar, no es solamente el Perú quien se obliga a respetar unas normas rigurosas en cuanto al uso de los espacios marítimos, sino también los otros países que forman parte de esa convención (Mosquera, 2004).

3. LA CONVEMAR EN EL DIFERENDO MARÍTIMO CON CHILE

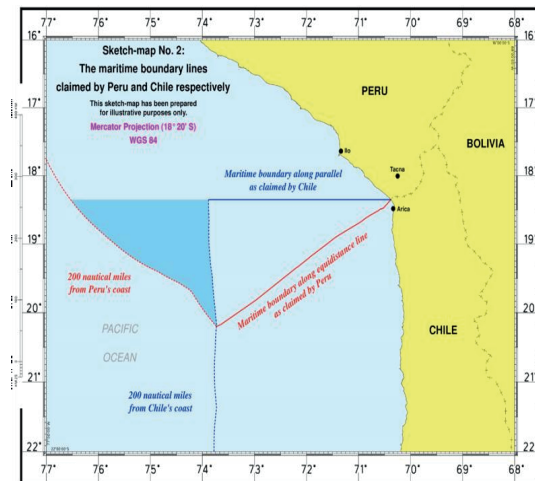
Aun cuando el Perú no forma parte de la Convemar, esta convención tuvo un papel importante en la resolución del diferendo marítimo con Chile que se resolvió con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya el 27 de enero del 2014.

En este diferendo, Perú defendía la existencia de un límite marítimo con Chile que debía extenderse a lo largo de *una línea media equidistante entre las costas de ambos países, con un alcance de 200 millas marinas*, frente a la tesis de Chile, que defendía la existencia de una frontera que se extendía a lo largo del paralelo 18°21'00 hasta un alcance de 200 millas) (Mosquera, 2004).

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

Figura 2

Las líneas marítimas limítrofes reclamadas por Perú y Chile respectivamente



Fuente: Corte Internacional de Justicia

De hecho, la defensa peruana recurrió a lo que establece la propia Convemar como criterio de delimitación del mar territorial entre Estados con costas adyacentes. El artículo 15 de la Convemar sostiene lo siguiente:

Cuando las costas de dos Estados sean adyacentes o se hallen situadas frente a frente, ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial *más allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados*. No obstante, esta disposición no será aplicable cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados en otra forma.

Si bien el criterio de equidistancia para determinar el límite marítimo entre dos países es un criterio recogido en el derecho internacional desde varios años antes de la Convemar (Lacleta, 2003), lo cierto es que el Perú, en el marco

de la controversia con Chile, acudió expresamente a la Convemar —aun sin ser parte de ella— para ayudar a la defensa de sus intereses⁷.

Es más, con el fin de apoyar aún más su sustentación, el Estado peruano asumió, frente a la Corte Internacional de Justicia de La Haya, el compromiso de reconocer los espacios marítimos establecidos en la Convemar, así como los derechos y obligaciones previstos para cada uno de estos espacios. Ante esto, la Corte señaló: “La Corte toma nota de esta declaración del agente peruano como una vinculación formal del Perú” (Novak y García-Corrochano, 2014).

Este compromiso implica que el Perú respetará los derechos de los Estados parte de la Convemar, así como asumirá las obligaciones correspondientes. De esta manera, sería lógico que el Perú dé un paso más y decida firmar la Convención con el fin de *adquirir también los derechos que este Tratado reconoce a los Estados parte* (Novak y García-Corrochano, 2014).

4. ¿EJERCE EL PERÚ UN VERDADERO DOMINIO MARÍTIMO SOBRE SUS 200 MILLAS MARINAS?

Una cuestión que debe resaltarse es si el Perú, a partir de su declaración unilateral en 1947 y lo que establece su Constitución sobre el *dominio marítimo* a lo largo de 200 millas marinas, ejerce verdaderamente un control sobre esa extensión de mar. Y la respuesta clara es que *no*.

Está claro que nuestro país, por sí mismo, no tiene capacidad suficiente ni para evitar la incursión pesquera de embarcaciones extranjeras, ni para controlar la pesca de especies protegidas (Mosquera, 2004).

7 Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia descartó tanto las tesis de Perú y Chile y estableció como frontera marítima una línea de 80 millas marinas por el paralelo 18°21'00 (con base en un “acuerdo implícito” entre Perú y Chile que se “reconoció” posteriormente en 1954) al final de la cual empezaba una línea equidistante hasta alcanzar el final de las 200 millas de zona económica exclusiva chilena (Novak y García-Corrochano, 2014).

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

Por estas razones, aun si nuestro país pregona a los cuatro vientos que se tiene un dominio marítimo sobre 200 millas marinas, dicha declaración tiene muy poca eficacia si al mismo tiempo no se tiene la capacidad suficiente para ejercer ese dominio de manera efectiva. Es exactamente lo mismo que si un hombre dijera que tiene un dominio sobre el riachuelo que pasa cerca de su predio y no tuviera ningún medio para aprovecharlo: es lo mismo que nada.

Por el contrario, la adhesión de un Estado a la Convemar permite que todos los Estados que forman parte de ella (los cuales no son pocos si se toma en cuenta que esta Convención ha sido firmada por 167 países más los Estados integrantes de la Unión Europea) reconozcan y respeten los derechos y obligaciones que la Convención reconoce al Estado que se adhirió.

Finalmente, también debemos mencionar que el Perú no tiene, por sí solo, capacidad suficiente para explorar y explotar la inmensa cantidad de recursos contenidos en el “mar peruano”. Por lo tanto, para una adecuada evaluación y protección de estos recursos, así como del medio en el que se desarrollan, es necesaria la cooperación internacional, la cual es promovida y regulada de forma clara en la Convemar (Deustua, 2004).

VI. CONCLUSIONES: ES CONVENIENTE LA ADHESIÓN DEL PERÚ A LA CONVEMAR

De lo que he expuesto hasta aquí, se puede apreciar que existen razones para defender que el Perú firme la Convemar y se adhiera así a una convención en la que el mismo país tuvo un papel tan importante en su configuración:

1. En contra de lo que durante muchos años se hizo *vox populi*, la Convemar no recorta en nada lo que nuestra Constitución y, antes que ella, el Decreto Supremo N.º 781 de 1947 establece sobre las 200 millas marinas de soberanía y jurisdicción. Por el contrario, el “dominio marítimo” reconocido en el artículo 54 de nuestra Carta Magna coincide sustancialmente con lo que la Convemar reconoce como Zona económica exclusiva.

2. También en contra de un pensamiento que se ha hecho popular entre los pescadores artesanales y en algunas autoridades populistas, la firma de la Convemar no supone *dar carta libre* a que embarcaciones extranjeras *hagan y deshagan* en nuestra zona de dominio marítimo.

La Convemar es muy clara no solo cuando establece que el control de los recursos recae exclusivamente en el Estado ribereño, sino también cuando señala que el acceso al excedente de los recursos a otros Estados estará sometido a “acuerdo o arreglos” y siempre bajo las leyes y reglamentos que el Estado ribereño establezca.

3. En el marco del diferendo marítimo con Chile, el Perú asumió un compromiso formal de respetar los espacios marinos reconocidos por la Convemar, así como de someterse a las obligaciones que esta Convención establece. Por lo tanto, sería lógico que el Perú diera un paso más y se adhiera a la Convemar y obtener también los derechos que ese texto reconoce.

Además, una buena muestra de las bondades de la Convemar es el hecho de que la delegación peruana que se encargó de la defensa de nuestros intereses en el diferendo acudió a una norma de la Convemar para apoyar la tesis de la frontera equidistante.

4. El Perú, por sí solo, no tiene la capacidad suficiente para ejercer un verdadero dominio marítimo en la zona de 200 millas marinas declarada unilateralmente. Requiere, por tanto, de un tratado que vincule a los terceros con el fin de conseguir, así, el respeto y reconocimiento de sus zonas marinas.

Además, la adhesión a la Convemar permitirá acceder, de mejor forma, a la cooperación internacional necesaria para la exploración de los propios recursos. En este aspecto, la Convemar establece rigurosamente las reglas a través de las cuales se deben llevar a cabo este tipo de exploraciones.

¿Es conveniente que Perú suscriba la convemar?
argumentos para una respuesta positiva

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angulo Pratonlongo, E. (2006). El mar peruano: fuente de abundante riqueza. *Academia.edu*. <https://bit.ly/3heKR9T>.
- Barros, S. (s. f.). Historia de la navegación. *Revista Sucesos*, (20). <http://www.librosmaravillosos.com/historiadelanavegacion/pdf/La%20Historia%20de%20la%20Navegacion%20-%20Revista%20Sucesos%20N%2020.pdf>.
- Bustamante y Rivero, J. L. (1974). El derecho del mar y la conferencia de Caracas. *Derecho PUCP: Revista de Derecho*, (32), 5-11. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084887>.
- Del Águila Ruiz, P. y Malpica Valera, R. M. (1997). El Perú ante el nuevo derecho del mar. *Revista Ius et Veritas*, 8(14), 187-199. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15714>.
- Deustua, A. (2004). Razones de Estado para la adhesión del Perú a la Convención del Mar. *Contexto*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/4283E12173FFF5500525782B0056DF05/\\$FILE/convenccion_mar_deustua.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/4283E12173FFF5500525782B0056DF05/$FILE/convenccion_mar_deustua.pdf).
- Elices Huecas, A. (1997). Régimen jurídico. Evolución del derecho del mar. *Cuadernos de Estrategia*, (88), 45-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2781358>.
- García Sayán, E. (1974). La doctrina de las 200 millas y el Derecho del mar. *Derecho PUCP: Revista de Derecho* (32), 12-27. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084888>.
- Gestión (29 de enero del 2014). Firma de Tratado de Convemar podría aumentar la depredación marina en Perú. *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/firma-tratado-convemar-aumentar-depredacion-marina-peru-2690-noticia/?ref=gestr>.
- Hugox Chugox (2018). *¿Qué es la Convemar? ¿Qué pasa si Perú la firma? El mito de las 200 millas peruanas* [archivo de video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=kxh9UL6kUc4>.

- Lacleta, J. M. (2003). Fronteras en el mar. Política, derecho y equidad en la delimitación de los espacios marinos. *Boletín Elcano*, (29), 1-19. <http://biblioteca.ribei.org/id/eprint/399/>.
- Mosquera, S. (2004). El Perú y la convención del derecho del mar de las Naciones Unidas. *Revista Jurídica del Perú*, 54(59), 311-329. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1686/Peru_convencion_derecho_mar_NU.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Novak, F. y García-Corrochano Moyano, L. (2014). Presentación y análisis del fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya sobre el diferendo marítimo entre el Perú y Chile. *Agenda Internacional*, 21(32), 23-49. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6302441>.
- Parks Watch (s. f.). Reserva Nacional de Paracas (portal web). <https://bit.ly/3jN5gUW>.
- Ruda, J. M. (2010). El desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación en la Carta de las Naciones Unidas. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 8(16), 215-227. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/16/el-desarrollo-progresivo-del-derecho-internacional-y-su-codificacion-en-la-carta-de-las-naciones-unidas.pdf.
- Valle-Riestra, J. (2010). El caso Perú-Chile. La ausencia de norma convencional sobre delimitación marítima: la Declaración de Santiago (1952) y Zona especial Fronteriza Marítima (1954) peruano-ecuatoriano-chileno. En M. Rodríguez Cuadros, *Derecho de la Delimitación Marítima* (pp. 351-417). Universidad Tecnológica del Perú. https://www.academia.edu/5689886/Derecho_Internacional_de_la_Delimitaci%C3%B3n_Mar%C3%ADtima.

Por:
Vicente Brayan
Villalobos Villalobos * **

APUNTES INTRODUCTORIOS
SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Resumen

La responsabilidad patrimonial del Estado es un tema perteneciente a la parte general del derecho administrativo. En el derecho peruano, esta institución no tiene un claro y profundo desarrollo teórico como sí lo tiene el sistema de responsabilidad civil aplicado en el derecho privado. Mediante el presente trabajo se esboza algunas consideraciones genéricas sobre los fundamentos del deber de resarcir a cargo de la Administración Pública cuando, en el ejercicio de sus funciones públicas, cause lesiones en los administrados, de modo que, a partir de ellos, se pueda construir una teoría autónoma, sin perjuicio de recurrir a las normas del derecho privado via analogía.

Abstract

The patrimonial liability of the State is a subject belonging to the general part of administrative law. In Peruvian law, this institution doesn't have a clear and deep theoretical development as the civil liability system applied in private law does. Through the present work, the author outlines some generic considerations on the foundations of the duty to compensate in charge of the Public Administration when in the exercise of its public functions it causes injuries in the administered ones, so that from them an autonomous theory can be built, without prejudice to resorting to the rules of private law via analogy.

* Bachiller por la facultad de derecho de la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Miembro del Centro de Estudios de Derecho Administrativo (CEDA) de la misma institución universitaria y del círculo estudiantil Lex Patria - C. Jurídico. Ex practicante preprofesional de la Zona Registral N.º IX (sede Lima) y de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Correo electrónico: vicentevillalobos2196@gmail.com / <https://orcid.org/0000-0003-2384-9771>.

** Un agradecimiento a Vicente Villalobos Laredo, basamento de mi vida.

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Palabras clave: Administración Pública, función administrativa, responsabilidad patrimonial del Estado, fundamentos constitucionales y legales

Keywords: Public Administration, administrative function, patrimonial liability of the State, constitutional and legal bases

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. NECESIDAD DE DISTINGUIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DERECHO PRIVADO. III. FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-CONSTITUCIONALES DEL DEBER ESTATAL DE RESARCIR. IV. LA FUENTE LEGAL DEL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE RESPONDER PATRIMONIALMENTE. 1. EN PRIMER LUGAR, ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”? - 2. EL FUNDAMENTO EN LA NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. - 3. EL FUNDAMENTO EN LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. - 4. EL FUNDAMENTO EN LA NORMATIVA QUE LIMITA LA POTESTAD DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Marco normativo

- Constitución Política: artículos 1, 2, 3, 70, 139 (inciso 3) y 148
- TUO de la Ley N.º 27444: artículos I, 260 (incisos 260.2 y 260.3), artículo IV (inciso 1.18) y artículos contenidos en el capítulo I del Título V
- TUO de la Ley N.º 27584: artículos 4 (inciso 5) y 29
- Ley N.º 26979: artículos 16, 20, 23, 25, 31 y 36

I. INTRODUCCIÓN

En el derecho administrativo peruano lamentablemente no hay un cabal desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial sobre la responsabilidad de la Administración Pública por los daños irrogados a los administrados como consecuencia del ejercicio defectuoso de sus funciones públicas –al menos no al mismo nivel que se tiene en el derecho privado en materia de responsabilidad

contractual (o por inejecución de obligaciones) y de responsabilidad extracontractual (o aquiliana)—. Este tipo de responsabilidad en sede nacional carece de sistematización y suficiencia, ya que contamos con normas dispersas, fragmentadas y escuetas para regular a plenitud los presupuestos y consecuencias jurídicas de esta institución, lo que impide construir una teoría de la responsabilidad patrimonial estatal autónoma del derecho de daños aplicable en el derecho privado. Ante este problema, lo que suele hacerse en doctrina y jurisprudencia es utilizar las bases teóricas y normativas del sistema de responsabilidad civil del derecho privado a la responsabilidad del Estado. Sin embargo, de la observación de los casos se advierte que ambos sistemas de responsabilidad no comparten los mismos fundamentos.

Por este motivo, esta breve publicación tiene como objetivo esbozar algunas aproximaciones sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado, a partir de los cuales pueda construirse una teoría autónoma dentro de la parte general del derecho administrativo. Por tanto, para este propósito, se abordará algunos preceptos constitucionales y parte de la normativa legal que regula genéricamente el principio de responsabilidad estatal. Ahora bien, antes de entrar a desarrollar ello, es necesario precisar que tales fundamentos se circunscriben al tipo extracontractual, es decir, aquellos daños no derivados de patologías contractuales, sino de las tres grandes funciones estatales que encierran y manifiestan el poder público en un cuerpo político jurídicamente institucionalizado: legislativa, judicial y administrativa. De esta manera, las consideraciones que aquí se apuntan, si bien se centrarán en la faceta administrativa del Estado, provienen de la teoría general de la responsabilidad estatal aplicable a dichas tres funciones públicas, mas no a las relaciones contractuales de carácter administrativo (v. gr. procedimientos de contratación con el Estado) ni mucho menos a las que se rigen por el derecho privado (v. gr. actos de gestión de bienes de dominio privado estatal, sin perjuicio de la legislación especial de este sector).

II. NECESIDAD DE DISTINGUIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DERECHO PRIVADO

Este problema de distinción teórica entre el derecho público y el derecho privado en materia de responsabilidad patrimonial no parece ser endémico, sino antes bien histórico, algo que se advierte en el derecho comparado. En efecto, esta cuestión ha sido abordada por el connotado jurista argentino Cassagne (2017), quien comenta que “las dificultades que se plantean, en torno de la responsabilidad del Estado y sus agentes [en el derecho argentino], son de índole diversa y agravadas en gran parte por la tendencia jurisprudencial a mantener los esquemas y soluciones provenientes del derecho civil” (p. 417). Esto lo lleva a enfatizar en la necesidad de distinguir el régimen jurídico aplicable al momento de determinar la responsabilidad patrimonial del Estado, señalando lo siguiente:

Quando los daños provengan de la actuación del Estado [argentino] en el campo del derecho civil o mercantil (v. gr., bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado que en nuestro país se hallan en el Código Civil y Comercial de la Nación. En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal *dentro del campo de la potestad administrativa o en ocasión de ella*, la reparación se regirá por los principios y normas del derecho público, aun cuando pueda acudir al Código Civil y Comercial por analogía en el caso de carencia normativa. (Cassagne, 2017, pp. 423-424) [Énfasis agregado]

La razón de ser de este criterio se encuentra en que la naturaleza de la actividad desplegada por el Estado en los ámbitos civiles y mercantiles es la misma que la desplegada por los particulares en las relaciones jurídicas de derecho privado. Esto es cuando la satisfacción del interés individual constituye el centro y objeto de los negocios jurídicos, motivo por el cual se vulneraría el principio de igualdad ante la ley si se aplicara un régimen jurídico diferenciado cuando el Estado interviene en estos ámbitos. Así, Cassagne (2017) disgrega la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en i) civil o de derecho privado y ii) de derecho administrativo.

Por su parte, el también jurista argentino Gordillo (2014) se encuentra en la misma línea doctrinaria al apuntar lo siguiente:

De cualquier forma, el punto de partida para el análisis de la responsabilidad del Estado no es hoy en día necesariamente el sistema de la responsabilidad civil del derecho privado. Los tres principios clásicos estructurados por el viejo derecho civil, estén o no vigentes en este en el presente, *no son de todos modos de estricta ni necesaria aplicación en lo que a la actuación del Estado se refiere* [...]. Queda con esto dicho que no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de *principios específicos para regular la responsabilidad del Estado*. Se la llama todavía, a veces, “responsabilidad civil” del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. (pp. 538-539) [Énfasis agregado]

Esta conclusión es sencilla de entender si reparamos en la distinta naturaleza de la personalidad jurídica de los sujetos intervinientes en ambos sistemas de responsabilidad. El argumento es tan elemental como este: si la categoría de “sujeto de derecho” considera a la persona como un centro de imputación de derechos y deberes jurídicos, y la clase de personalidad jurídica determina su naturaleza pública o privada. De ello sigue que tales derechos y deberes de los particulares y las organizaciones que componen el Estado, así como las relaciones jurídicas que entablen en la sociedad, no tendrán los mismos fundamentos ni se regirán por el mismo fragmento del ordenamiento jurídico. De esta manera, no es lo mismo un accidente de tránsito originado por un conductor (persona natural) que la demolición arbitraria de una edificación por mandato contenido en un acto administrativo; la consecuencia material “daño” es la misma, pero los presupuestos jurídicos y la naturaleza de la relación (en una horizontal, en la otra vertical), no. Por tanto, queda determinar cuáles son esos principios que dan fundamento propio a la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.

III. FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-CONSTITUCIONALES DEL DEBER ESTATAL DE RESARCIR

Si bien en sede nacional esta línea divisoria entre el régimen jurídico privado y el público para la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública no ha sido clarificado a plenitud, este déficit dentro de nuestro sistema de fuentes del derecho formal no puede llevarnos a negar el reconocimiento de esta garantía en el ordenamiento jurídico peruano; antes bien, es imperioso recurrir a los principios generales del derecho, en especial a aquellos que propugna el constitucionalismo contemporáneo, para encontrar los fundamentos jurídicos que le den soporte teórico. En buena cuenta, la garantía a favor de los administrados de la responsabilidad patrimonial estatal se desprende directamente de *los principios que inspiran el vigente Estado constitucional de derecho*, del control del poder público como una de sus características y de la garantía de la protección de los derechos fundamentales frente a cualquier arbitrariedad que impida su pleno ejercicio, así como la restitución al estado de cosas anterior al evento lesivo o, de no ser posible ello materialmente, prestar el resarcimiento correspondiente —obligación esta ineludible desde que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado—.

El rol garante del Estado respecto de los derechos fundamentales impone la obligación no solo de adecuar sus actuaciones conforme a las normas constitucionales y legales vigentes, sino también a dispensar tutela preventiva, cesatoria y *resarcitoria* de los intereses que el derecho considera merecedores de protección. Por tanto, el viejo aforismo inglés según el cual “*the king can do no wrong*”, empleado por las monarquías absolutistas para evadir responsabilidad originada por actos de gobierno en perjuicio de sus súbditos (el pueblo) (Ortega, 1995, p. 17), ha sido sepultado para dar paso a los criterios de imputación de los daños producidos por los Estados modernos en el ejercicio de sus actividades administrativas. Así, *un primer fundamento del deber de resarcir estatal es la obligación del reconocimiento, respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales frente al poder público*, sea que estén reconocidos expresamente en el listado del artículo 2 de la Constitución, en algún otro precepto constitucional de la parte dogmática u orgánica, o derivados implícitamente de la cláusula abierta establecida por el

artículo 3 de la norma suprema, y que son concretizadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y es que la persona humana y su dignidad son el punto de partida y llegada de las funciones del Estado.

Mi postura se refuerza con las ideas expuestas por Cassagne (2017), quien considera que “el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado se encuentra en la justicia y en los principios que derivan de ella”. Nos recuerda que la existencia y aplicación de los principios generales del derecho no dependen del reconocimiento positivo, ya que estos preexisten y prevalecen a la ley formal. Así, el autor continúa explicando que los análisis sobre el fundamento constitucional del deber estatal de responder, que se han desarrollado en la doctrina administrativista, coinciden en que se encuentra relacionada de una u otra manera a los principios del Estado de derecho (p. 429). Desde luego, una de las principales finalidades del orden constitucional es limitar el poder estatal y así proscribir la arbitrariedad contra los administrados.

Ahora bien, el jurista argentino añade a este argumento una idea que expone una génesis más del deber del Estado de responder patrimonialmente frente a los administrados, la cual permite distinguirla por completo de la responsabilidad civil teorizada por la doctrina privatista sobre la base de la idea de que la fuente de la obligación de resarcir es el “deber genérico de no dañar a otro”. En contraste a esta base teórica del derecho de daños en el derecho común, Cassagne (2014) afirma lo siguiente:

La obligación de reparar tiene como fundamento el *principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño*, desigualdad que requiere una justa restitución que responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. *La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño, sino de la alteración del principio de igualdad*, aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los demás fundamentos o son derivaciones de él, o bien constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa. (p. 428) [Énfasis agregado]

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

En síntesis, esta idea puede ser resumida en este enunciado: en el ámbito del derecho público el deber de resarcir del Estado presupone la vulneración del principio de igualdad y la producción de un daño, pero la sola ocurrencia de este no presupone dicho deber. El asidero legal de esta idea puede corroborarse en los incisos 260.2 y 260.3 del artículo 260 del Texto **Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General** (en adelante, TUO de la LPAG); el primero de estos establece —entre otros supuestos— que “no hay lugar a reparación cuando se trate de daños que el *administrado tiene el deber jurídico de soportar* de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”; y el segundo regula que “la declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial *no presupone necesariamente derecho a la indemnización*”.

De la interpretación de las normas arriba citadas se extrae que la sola verificación de un daño, cualquiera sea su tipo, es insuficiente para dar lugar a la obligación de resarcir a cargo de la Administración Pública, ya que tal perjuicio debe afectar el principio de igualdad, de manera que surja la exigencia de restaurar el equilibrio de la situación jurídica subjetiva del administrado perjudicado en sus derechos jurídicamente protegidos. Por consiguiente, *como segundo y tercer fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, tenemos al principio de igualdad y al valor justicia*.

Los postulados desarrollados hasta aquí se refuerzan con el reconocimiento a nivel internacional de la responsabilidad del Estado como una *garantía contenida en el perímetro protector del derecho fundamental a la buena Administración Pública*. Al respecto, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano precisa, en su numeral 46, que es derecho de los ciudadanos “exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan con funciones administrativas de acuerdo al ordenamiento jurídico respectivo” Así, nos dice este instrumento internacional que los ciudadanos están facultados para demandar ante los tribunales nacionales las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores y funcionarios públicos, para lo cual podrán solicitar un monto resarcitorio justo y equitativo, en atención a la

naturaleza y magnitud de los daños irrogados. En este sentido, los fundamentos precisados hasta este punto se condensan o dan origen a la garantía contenida en el perímetro protector del derecho fundamental a la buena Administración Pública adscripta a nuestro derecho constitucional.

Para finalizar este punto, es preciso mencionar otro fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado: la llamada *acción contenciosa administrativa*, que procede —entre otras pretensiones— para demandar a la Administración Pública que garantice tutela resarcitoria por los daños producidos ilegítimamente. Esta acción puede ser conceptualizada desde distintos enfoques; no obstante, el concepto que más se ajusta a los fines de este trabajo es el que se construye a partir de la cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo. La Constitución Política, en su artículo 148, consagra la acción contenciosa administrativa como el instrumento procesal que tienen los administrados para impugnar judicialmente las resoluciones administrativas que causan estado. Se trata de una pretensión que, a su vez, es una garantía constitucional de naturaleza jurisdiccional concedida a los ciudadanos en tanto personas humanas, garantía que se inserta no en el núcleo de los derechos fundamentales, sino en su perímetro protectorio¹, debido a que faculta al Poder Judicial a controlar el ejercicio del poder público, concretizado en la función administrativa del Estado, que da origen a los actos administrativos y las actuaciones materiales (sustentadas o no en tales actos) emitidas y ejecutadas por las organizaciones que actúan con potestad administrativa.

Por tanto, la acción contenciosa administrativa es un mecanismo de relativización del principio de separación de poderes² y una atribución

1 Se sostiene la tesis de que la acción contenciosa administrativa es una modalidad de tutela jurisdiccional efectiva, que forma parte de la estructura de los derechos subjetivos —exactamente en el perímetro protectorio—, por cuanto tiene una relación mediata o indirecta con el núcleo-razón que funda el derecho. Así, el derecho subjetivo existe, aunque no se le otorgue un mecanismo de tutela jurisdiccional, pues la existencia de este se justifica en la obligación de garantizar aquel. Sobre el puesto de la tutela jurisdiccional en la estructura de los derechos, véase Pino, G. (2017). *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo* (1.ª ed.). Zela, pp. 148-151.

2 Sobre este asunto ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al dejar en claro que

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

conformante del sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) implementado en los Estados constitucionales, que se justifica en la necesidad de proscribir las arbitrariedades que históricamente han cometido quienes detentaron poder absoluto, sin control de otro poder. Así, la efectividad de esta garantía se busca mediante el proceso contencioso administrativo, que es una especie de tutela jurisdiccional consagrada en el inciso 3 del artículo 139 de la Carta Fundamental como un *principio* de la Administración de Justicia. Esta tutela especial de las posiciones jurídicas subjetivas que los administrados detentan en su relación con la Administración Pública (relación vertical) garantiza —entre otros derechos— el resarcimiento patrimonial de los daños ocasionados como consecuencia del despliegue de las actividades administrativas del Estado en su clasificación tripartita: de policía, de fomento y de prestación de servicios públicos. De esta manera, a través del proceso contencioso administrativo, los ciudadanos están facultados para plantear pretensiones resarcitorias contra la organización con potestad administrativa que ocasionó el daño. Más adelante se abordará el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en la regulación legal del proceso contencioso administrativo, por lo que aquí respecta, *se concluye que el control jurisdiccional de las actividades administrativas fundamenta el principio de responsabilidad patrimonial del Estado.*

IV. LA FUENTE LEGAL DEL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE RESPONDER PATRIMONIALMENTE

1. EN PRIMER LUGAR, ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”?

Hasta el momento se ha desarrollado los fundamentos filosófico-constitucionales del deber de la Administración Pública de responder patrimonialmente por los daños ocasionados en los intereses jurídicamente protegidos de los administrados. Ahora bien, de pronto surge una pregunta

“la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema, también se desprende el principio de colaboración de poderes”. (STC 00004-20054-CC/TC, f. j. 24)

elemental en esta materia: ¿qué se entiende por “Administración Pública”? La resolución de esta interrogante es insoslayable si lo que se busca es determinar qué tipo de organización está sujeta al deber de resarcir por los daños ocasionados a los administrados como consecuencia del ejercicio de la función administrativa estatal. A este respecto, es conveniente partir por el artículo I del TUO de la LPAG, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo I. Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. el Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;
2. el Poder Legislativo;
3. el Poder Judicial;
4. los Gobiernos Regionales;
5. los Gobiernos Locales;
6. los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
8. las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia. Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

Es preciso empezar criticando el vocabulario empleado por el legislador para la redacción de este precepto. Se conviene con Abruña (2010) cuando advierte la imprecisión conceptual del término “entidad” para denotar la unidad básica de la Administración Pública a la que se extiende el ámbito de aplicación del derecho administrativo, ya que esta palabra denota necesariamente una entequeia con personalidad jurídica. Como acertadamente lo explica el

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

citado jurista en un estudio imprescindible sobre la delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, esta comprende el conjunto de organizaciones heterogéneas con potestad pública administrativa y elementos estructurales y funcionales esenciales comunes, organizaciones que no necesariamente deben tener personalidad jurídica para calificar como tal. A partir de esto, el autor colige que para que una organización sea considerada parte de la Administración Pública, basta con que esté integrada autónomamente en una persona jurídica superior, como es el caso, ejemplarmente, de la Administración Gubernativa con relación al Estado o como los órganos con función administrativa del Poder Legislativo, Judicial y demás órganos constitucionales, los cuales están integrados en sus respectivas estructuras organizacionales a fin de coadyuvar sus funciones prevalentes. Ciertamente es también que hay organizaciones que desempeñan función administrativa con personalidad jurídica, tal como ocurre con las instituciones instrumentales de las que se sirven las administraciones territoriales; sin embargo, en modo alguno esta característica es una condición necesaria. Por todo esto, el citado jurista concluye que técnicamente existen varias Administraciones Públicas (Abruña, 2010, pp. 97-100).

A la luz de esta precisión, corresponde interpretar cada uno de los incisos del artículo I de la LPAG, no sin antes advertir que el entendimiento cabal del concepto de “Administración Pública” requiere de un estudio pormenorizado que excede los alcances del presente trabajo, por lo que se remite a la obra citada previamente.

Los tres primeros incisos, que mencionan a los Poderes Ejecutivo (incluyendo a los ministerios y organismos públicos), Legislativo y Judicial, positivizan lo que ya se ha precisado como las tres máximas funciones democráticas de los Estados contemporáneos, en tanto derivan del principio republicano de separación de poderes. Cabe añadir sobre este punto que, si bien estos Poderes son titulares de funciones prevalentes (ejecutiva, legislativa y judicial), también las comparten en cierta medida, es decir, sin llegar a sustraerlas³. Por

3 La no sustracción de las funciones prevalentes de los tres poderes constituidos es salvaguardada a través de límites a sus competencias y atribuciones que impone el ordenamiento ju-

ello, estos tres poderes constituidos ostentan una faceta administrativa regulada normativamente por el derecho administrativo, en especial por los instrumentos de gestión pública, llámense Manual de Organización y Funciones (MOF) o Reglamento de Organización y Funciones (ROF), los cuales son instrumentos de gestión que estructuran las organizaciones del sector público, delimitando así las funciones de los órganos y las unidades que las conforman, con la finalidad de gestionar eficientemente los recursos asignados por el sistema nacional de presupuesto público; de aquí la necesidad de que tales poderes constituidos diseñen e implementen estos instrumentos técnico-normativos en aras de gestionar sus recursos para la consecución de los resultados proyectados y, en última instancia, garantizar el derecho fundamental a la buena Administración Pública en beneficio de los ciudadanos. Estas consideraciones también son aplicables *mutatis mutandi* para las funciones ejercidas por los organismos constitucionalmente autónomos⁴ a que hace referencia el inciso 6 del artículo citado.

Lo propio ocurre con los Gobiernos Regionales y Locales (municipalidades provinciales y locales) estipulados en los incisos 4 y 5 del artículo bajo comentario, los cuales, al ser organismos originados por la ejecución de la política democrática de descentralización del poder, les son atribuidos autonomía administrativa mediante sus respectivas leyes orgánicas (Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Gobiernos Locales), así como por la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización, autonomía que encuentra sus límites en los principios de competencia, de coordinación y de Estado unitario. Por tanto, el marco general del procedimiento administrativo

rido. Así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo tiene la posibilidad jurídica de legislar siempre y cuando exista previamente una ley autoritativa del Congreso que delegue tal facultad por un plazo y sobre materias determinadas indubitablemente, con las reservas que la Constitución establece a favor del Congreso en calidad de materias exclusivas y excluyentes: reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República (inciso 4 del artículo 101).

- 4 Los organismos autónomos que la Constitución vigente ha creado para la vigencia del Estado de derecho, en tanto no pertenecen a ningún poder del Estado, pueden ser revisados en la plataforma digital única del Estado peruano disponible en <https://www.gob.pe/estado/organismos-autonomos> (consultado el 08 de octubre del 2021).

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

les alcanza a manera de lineamientos mínimos que han de implementar en sus procedimientos específicos, lo que incluye el principio de responsabilidad positivado en el inciso 1.18 del artículo VI del TUO de la LPAG, principio que abordaré en el siguiente apartado.

En cuanto al inciso 7 del artículo comentado, se trata de una norma de aplicación extensiva por cuanto integra a los demás órganos y organismos que realizan actividades en virtud de potestades administrativas, lo cual, en principio, parece redundante considerando los incisos 1 y 6; sin embargo, se presume que el legislador ha tratado de evitar que se margine del marco normativo del procedimiento administrativo general a los entes públicos existentes (o por crearse) que no estén adscritos a algún sector ministerial y que debido a ambigüedades de su ley de creación subsistan dudas sobre su autonomía. Se reitera que esto es redundante, pero, tomando en cuenta las complejidades interpretativas que con frecuencia caracterizan las leyes, podría considerarse esta norma como una naturaleza dilucidadora en caso de obscuridades hermenéuticas.

Ahora bien, este mismo inciso 7 menciona a los proyectos especiales y programas estatales como parte de la Administración Pública y, por ende, obligados a adecuar sus procedimientos a las disposiciones de la LPAG. Los proyectos especiales constituyen una forma de incrementar la capacidad ejecutora del Estado en la prestación de servicios y en la inversión de infraestructura con un alto impacto social frente a situaciones extraordinarias que son diagnosticadas previamente a la ejecución de la inversión pública, pero, debido a que responden a problemas inusuales y urgentes, no han podido ser comprendidos en la programación multianual, sectorial o multisectorial, tal como corresponde según la primera fase del ciclo de inversión prescrito por el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones⁵. De esta

5 Se trata de un sistema administrativo creado por el Decreto Legislativo N.º 1252, vigente desde el 24 de febrero del 2017 y modificado por Decreto Legislativo N.º 1432, publicado el 16 de setiembre del 2018, fecha en la que también se publicó el Decreto Legislativo N.º 1435, que establece la implementación y funcionamiento del Fondo Invierte para el Desarrollo Territorial (FIDT). Ahora bien, como ejemplo de regulación de proyectos especiales tenemos el Decreto de Urgencia N.º 021-2020, que establece el modelo de ejecución de

manera, con la implementación de estos proyectos de carácter gubernamental se busca acelerar y dinamizar el desarrollo de las inversiones públicas orientadas a fortalecer y ampliar la infraestructura en los sectores socioeconómicos como salud, saneamiento, tecnología y educación, así como impactar en la actividad económica en el corto plazo. Ahora bien, que la norma precise a los proyectos especiales no excluye a los proyectos regulares, estos son los establecidos en la programación multianual para el logro de los objetivos nacionales, sectoriales, regionales y locales, consistentes en el cierre de brechas sociales y de acceso a servicios públicos por la población.

Por último, en cuanto a los programas sociales, estos son parte del gasto público que pueden ser calificados según su naturaleza universal o focalizada o si otorgan beneficios individuales o colectivos, los cuales son creados con el propósito de satisfacer, bajo principios de justicia social y solidaridad, las necesidades de los sectores desfavorecidos de la población, a fin de cerrar las brechas en materia de derechos fundamentales sociales. Como se advierte, los proyectos especiales y programas sociales a que hace mención el inciso 7 del artículo I de la LPAG tienen una naturaleza programática para la atención del interés general. De aquí que sean considerados como organizaciones pertenecientes a la Administración Pública para efectos de la aplicación de la LPAG, lo que, a su vez, supone la asunción del deber de responder patrimonialmente por los daños que irroguen en el marco de la ejecución del proyecto de inversión pública o de la asistencia brindada por el programa social.

2. EL FUNDAMENTO EN LA NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

A nivel del ordenamiento jurídico nacional de fuente legal, la responsabilidad de la Administración Pública está prescrita en el inciso 1.18 del artículo IV y en las normas contenidas en el capítulo I del Título V del TUO de la LPAG. En la primera norma se positiva la responsabilidad como un

inversiones públicas a través de proyectos especiales de inversión pública (PEIP) y otras disposiciones, con el objetivo de ejecutar inversiones viables, sostenibles y presupuestadas, las que deben cerrar brechas de infraestructura y de acceso a servicios públicos.

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

principio del procedimiento administrativo, ordinarios y especiales, bilaterales y trilaterales, el cual cumple una función orientadora e informadora del ejercicio de las competencias de los servidores y funcionarios públicos, así como de la labor hermenéutica del juez al momento de evaluar el mérito de una pretensión resarcitoria dirigida contra una organización con función administrativa. Mientras que, como ya lo mencioné inicialmente, las normas contenidas en el mencionado Capítulo I desarrollan la responsabilidad patrimonial de la Administración y del personal, como una garantía de las posiciones subjetivas de los administrados, la cual es autónoma de la responsabilidad civil, penal y administrativa, de manera que el ejercicio y satisfacción de una no supone la extinción de las otras.

Morón (2019), comentando de forma didáctica el principio de responsabilidad, señala que este se manifiesta en el ordenamiento nacional en cuatro formas (p.146):

- a) **Por el sujeto concernido:** Se centra en determinar la responsabilidad de la Administración Pública frente a los ciudadanos (sea a título personal por sus funcionarios o por la entidad en tanto persona jurídico-pública); y en la responsabilidad de los ciudadanos frente a la administración por incumplimiento a las obligaciones emanadas de las disposiciones normativas, la cual es dilucidada mediante el procedimiento sancionador.
- b) **Por el bien protegido:** Se da cuando la responsabilidad de los funcionarios y servidores es interna, esto es, cuando el daño ha recaído sobre la propia administración, siendo este el fundamento del procedimiento disciplinario y del proceso judicial en el que la entidad se dirige contra su personal; y también de forma externa, cuando la sociedad civil es la afectada por los daños generados por la administración.
- c) **Por la inmediatez con el resultado:** Esta puede ser directa e indirecta. Es directa cuando la responsabilidad se atribuye a los actores inmediatos que ejecutaron el acto administrativo o actuación material desencadenante de la producción del daño. Es indirecta cuando se imputa responsabilidad a quienes hayan obrado con impericia o retardo en el cumplimiento de sus deberes, lo que propendió a la producción de una falta directa.

- d) **Por el hecho indispensable para imputar responsabilidad:** Aquí se encuentran los clásicos criterios de imputación de responsabilidad basados en el resultado de la manipulación de un bien riesgoso o peligroso o en la ejecución de una actividad riesgosa o peligrosa, y en el elemento subjetivo de la culpabilidad en la conducta del responsable, es decir, analizar la presencia de dolo, culpa leve y culpa inexcusable en la conducta antijurídica.

El principio de responsabilidad es concretizado en la normativa general del procedimiento administrativo en el Capítulo I del Título V del TUO de la LPAG, estableciendo algunos elementos a partir de los cuales se puede construir una teoría general de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este sentido, a tenor del inciso 260.1 del artículo 260, la Administración Pública solo responderá por los daños directos e inmediatos causados por sus actuaciones o los servicios públicos *directamente prestados por ella*. Al respecto, es menester hacer dos comentarios: i) la ley acoge la teoría de la causa inmediata propio de la responsabilidad contractual regulada en el artículo 1321 del Código Civil; y ii) aparentemente la ley adopta el concepto estricto de “Administración Pública”, es decir, la función administrativa del Estado conformada solo por personas jurídico-pública. Esta conceptualización la eximiría de responder por los daños irrogados como consecuencia de los servicios públicos prestados por personas jurídico-privados con títulos habilitantes otorgados por el Estado, o incluso prestados por empresas estatales en tanto no están expresamente mencionadas en el artículo I del TUO de la LPAG como sujetos abarcados por el término “entidad”. Al parecer, esta es la interpretación que condice con dicha fórmula normativa cuando prescribe que la Administración solo responderá por los daños causados por los servicios públicos “directamente prestados por ella”. Sin embargo, cabe manifestar algunas consideraciones al respecto.

Sobre el primer punto, la teoría de la causa inmediata establece que no toda condición (hecho precedente) de un evento dañoso genera responsabilidad, sino solo aquel inmediateamente anterior a la ocurrencia del daño, de modo que el nexo de causalidad se configura entre tal suceso próximo y el daño irrogado. Esto trae una ventaja a nivel práctico porque, a diferencia de la teoría de la causa adecuada, utilizada para la responsabilidad extracontractual,

la teoría de la causa directa o inmediata no exige que el hecho precedente *in abstracto* sea capaz de producir el daño de acuerdo con el curso ordinario de los acontecimientos; bastará con demostrar la proximidad del evento que se reputa como desencadenante del daño, es decir, es una cuestión de orden cronológico antes que de idoneidad (Taboada, 2013, p. 100).

En cuanto al segundo punto, esto es, sobre la limitación de la responsabilidad derivada solo de los servicios directamente prestados por la Administración, no hay conformidad, ya que su aplicación en la realidad social ha traído una serie de injusticias que agravan la situación del damnificado, tal como sucede en los denominados por la doctrina italiana como *damni da inside trabocchetti stradali* (daño por peligros ocultos) en espacios públicos por ejecución defectuosa de obras de infraestructura vial o saneamiento (alcantarillado, suministro de electricidad, redes de agua y desagüe, por mencionar algunos). En estas circunstancias el Estado suele eludir responsabilidad alegando que dichas ejecuciones de proyectos urbanísticos fueron asumidas por empresas contratistas y, con ello, la total responsabilidad ante cualquier desperfecto o malfuncionamiento, por lo que los usuarios de los servicios públicos prestados por empresas privadas deberán recurrir a los organismos reguladores competentes para pretender tutela de sus derechos como consumidores.

En suma, el desacuerdo con esta eximente de responsabilidad se sustenta en que, si bien la prestación del servicio público puede ser encargado al sector privado para optimizar la ejecución del presupuesto público y lograr la eficiencia de la gestión de los recursos estatales, la Administración no se libera de su obligación de garantizar un procedimiento de selección o concurso público prolijo en todas sus etapas. Ello a fin de adjudicar la actividad económica al proveedor que haya acreditado el cumplimiento de todos los requerimientos formulados en el expediente técnico, obligación de control y supervisión que subsiste inclusive en la ejecución contractual y que han de ser cumplidos ejerciendo las facultades exorbitantes o prerrogativas concedidas por el derecho administrativo para adecuar la conducta del contratista a la satisfacción del interés público.

En esa línea de ideas, el connotado civilista Leysser (2020), al ser entrevistado a propósito del lamentable deceso de un niño tras caer en un pozo oculto en un parque ubicado en Cercado de Lima (27 de julio de 2020, RPP Noticias), advirtió la falta de desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial sobre este tipo de daños, que ha provocado su consideración como causas no imputables a la Administración Pública. Asimismo, exhortó a la comunidad jurídica al abocamiento de esta materia a partir de una mirada a la experiencia académica y jurisprudencial sobre los *danni da inside e trabocchetti stradali*. Para el referido jurista, estamos ante un supuesto de responsabilidad que debe ser construida sobre la base de la responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, por lo que —en su consideración— la Administración Pública solo podrá eximirse de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o hecho de la propia víctima.

Esta postura se condice con lo prescrito por el ya citado inciso 260.2 del artículo 260 del TUO de la LPAG, cuyo primer párrafo prescribe que la Administración Pública no repara los daños causados por caso fortuito o fuerza mayor, por hecho determinante del propio damnificado o de tercero, los cuales son supuestos de ruptura del nexo de causalidad y, consecuentemente, eximentes de responsabilidad. Estamos ante un caso fortuito y de fuerza mayor cuando se produce un hecho extraordinario, irresistible e imprevisible, que sobrepasan la capacidad humana para preverlas y resistirlas. Sin embargo, contemporáneamente, con el avance de la ciencia y de las nuevas tecnologías, hablar de un hecho que reúna tales características es cada vez más extraño, máxime si consideramos la capacidad del Estado para ejercer la fuerza pública y contar con diversas fuentes de información que le permitan prever los acontecimientos lesivos.

Aunado a ello, y en contra de lo propuesto por Leysser León en cuanto a la exclusividad de la ruptura de nexo causal como eximente de responsabilidad de la Administración Pública, el TUO de la LPAG estatuye dos disposiciones normativas que suprimen la antijuricidad de las actuaciones administrativas lesivas. El primero de ellos es el segundo párrafo del inciso 260.2 mencionado, según el cual tampoco hay lugar a reparación cuando el órgano u organismo

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

hubiera actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, la integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o —recordémoslo— cuando se trate de daños que el administrado deba soportar por ser su deber jurídico conforme al ordenamiento y en atención de las circunstancias. Se tratan de supuestos que eliminan la antijuricidad, ya que la Administración Pública, ante el dilema de escoger entre múltiples bienes jurídicamente protegidos, prefiere uno de ellos en mérito a un juicio previo de ponderación e interviniendo con razonabilidad y proporcionalidad en el bien sacrificado. Es decir, son daños que el ordenamiento jurídico legitima en defensa de bienes jurídicos confrontados, cuya ponderación por el Estado encuentra su justificación en el interés general o la utilidad pública. No obstante, adviértase que siempre la Administración está limitada en el ejercicio de sus competencias, por lo que en este caso la razonabilidad y proporcionalidad son los principios que permiten la adecuación del poder estatal a parámetros de justicia material.

Ahora, hay que ser reiterativos en una cuestión. Este inciso establece como supuesto que elimina la antijuricidad al deber jurídico de los administrados de soportar los daños que puedan perjudicarlos por estar legitimados jurídicamente y siempre que se enmarquen dentro de los límites materiales deducibles de las circunstancias fácticas; es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad de los actos administrativos que contienen una sanción contra quien haya incurrido en responsabilidad administrativa determinada por la potestad sancionadora del Estado, tal como lo son los ordenes de clausura de establecimientos u ordenes de demolición de edificaciones informales, mandatos que, aunque repercuten negativamente en la esfera de intereses del administrado, están legitimados por el ordenamiento jurídico. En suma, como ya lo se ha anotado en líneas anteriores, este deber jurídico de los administrados de resistir los daños jurídicamente legitimados refuerza la idea de que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado no emerge del daño *per se*, sino de la trasgresión del principio de igualdad del que se derivan otros principios complementarios.

La segunda disposición normativa que describe una hipótesis de supresión de la antijuricidad es el numeral 260.3 del artículo 260 del TUO de la LPAG —también precisado anteriormente—, según el cual la declaratoria de nulidad

de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización. Aquí hay que añadir que la particularidad de esta norma es que se trata de una supresión *prima facie* de antijuricidad en vista de que los actos administrativos son la expresión del poder público estatal luego de haber seguido el procedimiento reglado conforme a su naturaleza, a fin de garantizar a los administrados el debido procedimiento administrativo. Por tanto, se presume relativamente que tales actos reúnen los requisitos de validez mientras no se declare su nulidad por la propia Administración o por el Poder Judicial. Como se sabe, los actos administrativos están sujetos a revisión administrativa y judicial, lo que permite controlar la legalidad y constitucionalidad del procedimiento transitado para su emisión, así como de su contenido material, revisión que presupone el carácter falible de las instancias administrativas en la consecución de la satisfacción y protección del interés público. De esto emerge la conclusión de que, en principio, no todo acto administrativo inválido genera automáticamente el deber de resarcir a cargo de la Administración Pública emisora. Para ello, es necesaria la verificación de un daño no admitido por el ordenamiento jurídico, de manera que se trate de un acto cuyos efectos lesivos supongan un *menoscabo injustificado* en la posición subjetiva del administrado, la cual se verifica —recordémoslo— cuando la actividad administrativa *vulnera el principio de igualdad*, lo que implica, ahora sí, la supresión del deber del administrado de soportar las lesiones irrogadas por el Estado en el ejercicio de su función administrativa.

Por otro lado, respecto del factor de atribución, el TUO de la LPAG omite pronunciarse sobre el sistema subjetivo u objetivo de responsabilidad bajo el que debe examinarse la responsabilidad patrimonial estatal. Frente a este vacío, la Corte Suprema tiene resuelto en una ejecutoria —tesis a la que me adhiero— que la responsabilidad de la Administración Pública es de tipo objetivo, en razón de la finalidad pública y el rol tuitivo y garante de los intereses legítimos de los administrados que recaen sobre el Estado y las instituciones que la conforman⁶. Esto significaría que está proscrita toda evaluación de concurrencia del elemento subjetivo (culpa leve, culpa inexcusable o dolo) de los servidores y funcionarios públicos que lesionaron en la realización de sus

6 Casación N.º 1028-2007-LA LIBERTAD, f. j. 2-3.

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

funciones la esfera de intereses de los administrados, máxime si en muchos casos es complejo identificar al dependiente que realizó el acto, ya que, para efectos de imputar responsabilidad usando el criterio de la culpa, no basta con la visación o suscripción del documento que lo contiene. Sin embargo, este asunto es lagunoso, ya que no hay consenso sobre el criterio de imputación aplicable en la responsabilidad patrimonial estatal.

Para lo que no hay duda es que el factor de atribución subjetivo de responsabilidad rige el ejercicio del derecho de repetición de la Administración Pública frente al personal a su servicio que actuó con dolo, culpa leve o culpa inexcusable en la generación del daño derivado de la ejecución de las labores encomendadas. En este ámbito de la responsabilidad, la ley sí integra explícitamente el criterio subjetivo de imputación debido a que el numeral 260.6 del artículo 260 del TUO de la LPAG faculta a la Administración Pública a repetir judicialmente contra las autoridades y demás personal a su cargo que hayan participado en la producción del perjuicio, tomando en consideración la existencia o no de intencionalidad. De esta norma se desprende dos consideraciones. La primera es que la responsabilidad del Estado es de *tipo vicaria y solidaria*, por cuanto el órgano u organismo debe resarcir los daños producidos por su personal (servidores o funcionarios públicos) contra quienes luego puede accionar para obtener el reembolso del monto resarcitorio pagado al damnificado. La segunda es que este derecho de repetición es una *manifestación del poder público hacia el interior de la propia Administración*, ya que, como he precisado, se dirige contra las personas que han asumido un cargo dentro de la misma, sea el régimen laboral que fuera, derivado del sufragio popular o no; y, como tal, la ley limita su ejercicio estableciendo el sistema de responsabilidad subjetiva para la aplicación de la potestad sancionadora del Estado. Sin embargo, la norma también habilita la posibilidad de celebrar un acuerdo, aprobado mediante resolución administrativa, entre la Administración Pública y el responsable directo sobre el reembolso de lo indemnizado al administrado.

3. EL FUNDAMENTO EN LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En este punto se retoma el asunto de la vinculación entre la acción contenciosa administrativa y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ya abordada en la parte final del apartado tercero; no obstante, a continuación se analiza someramente su desarrollo legislativo mediante el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, en cuanto a la tutela resarcitoria se refiere. Había mencionado que este proceso es un tipo de tutela jurisdiccional que la Constitución consagra como mecanismo de control del poder público confiado, en este caso, al Poder Judicial respecto de las actuaciones administrativas del Estado, lo que a su vez abarca la tutela resarcitoria emergida de los fundamentos filosófico-constitucionales ya precisados, a fin de garantizar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, esta ley constituye el cauce procesal de efectivización del control jurídico de las actuaciones administrativas de las organizaciones sujetas al derecho administrativo. De aquí que el segundo párrafo de su artículo 1 prescriba que, para su alcance normativo, la acción contenciosa administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.

El artículo 5 de esta ley establece la posibilidad de plantear pretensiones resarcitorias bajo la condición de que sean acumuladas subordinadamente a otras pretensiones, tales como la nulidad total o parcial del acto administrativo, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de medidas necesarias para tales fines, la declaración contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo, y la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada la Administración Pública por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme. De esto, se colige que en la vía contenciosa administrativa la tutela resarcitoria no tiene la cualidad de autónoma. De este modo, la demanda de resarcimiento mediante pretensión única solo procedería en la vía del proceso de conocimiento civil con el riesgo de que el órgano jurisdiccional se declare incompetente por razón de la materia debido

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

a la derogación por el Decreto Legislativo N.º 1067 de la fórmula original que sustanciaba las pretensiones de resarcimiento por esta vía⁷.

Se entiende que el propósito de este requisito es hacer efectiva la economía procesal y maximizar la cognición probatoria, ya que, como lo se ha mencionado en párrafos anteriores, hay daños que el administrado está obligado a soportar, además de que la nulidad o ineficacia del acto administrativo no supone automáticamente el derecho de resarcimiento, por lo que si lo que se pretende es esto último, el juez deberá valorar conjuntamente la actuación impugnada y los daños que esta haya provocado; sin embargo, ello no es justificación razonable para restringir la libertad de los administrados en la elaboración de la estrategia procesal que más se ajusten a sus conveniencias, como es el caso de los daños irrogados por una actuación material de la Administración no sustentada en acto administrativo previo y el cual ya haya cesado, deviniendo en irrelevante la declaración judicial de contraria a derecho mencionada en el inciso 3 del citado artículo 4 del TUO de la Ley N.º 27584.

Cabe la posibilidad de que este requisito de procedencia —en caso de que el impugnante de la actuación administrativa no acumule accesoriamente una pretensión resarcitoria por diversos motivos— provoque desventajas, como la poca familiaridad y dominio que el juez civil pueda tener sobre el derecho

7 La Ley N.º 27584, antes de la modificatoria realizada por el Decreto Legislativo N.º 1067, publicada el 28 de junio del 2008, establecía lo siguiente:

Artículo 26. Pretensión indemnizatoria

La pretensión de indemnización de daños y perjuicios se plantea como pretensión principal, de acuerdo a las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil.

Si bien esta norma expresamente no reconducía la pretensión indemnizatoria de los administrados a la vía civil, al establecer que esta se regía por las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil, daba pie a que los jueces contenciosos administrativos se declararan incompetentes por razón de la materia, derivando la causa al juez especializado en lo civil. Claramente, esto suponía la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional por cuanto impedía que la discusión sobre el resarcimiento a los administrados no se lleve a cabo en sede contenciosa administrativa, lo cual era lo más conveniente debido a la especialidad de los magistrados. El Decreto Legislativo N.º 1067 corrige parcialmente este error normativo. Se menciona lo dicho porque ello reconduce la tutela resarcitoria a la vía contenciosa administrativa, siempre que se acumule subordinadamente a otra pretensión, suprimiendo su cualidad de autónoma.

administrativo y, en específico, sobre la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la normativa —aunque insuficiente— que la regula, la cual, como ya se ha enfatizado, es autónoma del sistema de responsabilidad civil aplicado en el derecho privado, en tanto responde a fundamentos distintos. Sin embargo, una solución a esta barrera de acceso a la justicia sería pretender un resarcimiento por la vía de la reclamación previa ante la propia Administración, amparado en el derecho fundamental de petición (artículo 20 de la Constitución, concordado con el artículo 116 del TUO de la Ley 27584), de modo que si tal petición es denegada, procederá su impugnación por la vía del proceso contencioso administrativo, en el cual, válidamente, podría realizarse control difuso del mencionado artículo 5 al establecer un límite irrazonable al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por otro lado, en cuanto al régimen probatorio de las pretensiones resarcitorias, se debe precisar que la modificatoria de la primigenia Ley N.º 27584 por el Decreto Legislativo N.º 1067, trajo consigo dos grandes novedades respecto a la libertad probatoria de las partes: i) se faculta alegar y probar hechos nuevos, propios e impropios; los primeros son los sucesos *acaecidos* con posterioridad a la preclusión de la etapa postulatoria, mientras que los segundos son los sucesos *acaecidos* con anterioridad a la etapa postulatoria, pero *conocidos* con posterioridad a la preclusión de la misma (primer párrafo del artículo 29 del TUO de la Ley N.º 27584); y ii) se faculta alegar y probar *todos los hechos necesarios* para fundamentar fácticamente las pretensiones de resarcimiento, inclusive los sucesos que no constan en el expediente administrativo (segundo párrafo del artículo 29 del TUO de la Ley N.º 27584). Ambas modificatorias supusieron la maximización del espectro de hechos susceptibles a ser probados y, en particular, de la posibilidad de prosperidad de las pretensiones resarcitorias; es decir, el proceso contencioso administrativo tuvo influencia de los postulados del garantismo procesal para brindar una tutela resarcitoria de los derechos de los ciudadanos afectados por la actuación administrativa estatal.

4. EL FUNDAMENTO EN LA NORMATIVA QUE LIMITA LA POTESTAD DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Un último fundamento legal del deber del Estado de reparar los daños generados a los administrados es la denominada “autotutela administrativa”. Se trata de un principio de raigambre histórico-política, más concretamente fundada en el Absolutismo y la Revolución francesa, la cual se define por contraste respecto de la posición jurídica de los ciudadanos frente a los tribunales de justicia, ya que si estos necesitan tutela jurisdiccional para la satisfacción de sus derechos cuando quien es el llamado a cumplir con la pretensión debida no lo hace voluntariamente (la Administración); por el contrario, no requiere de la intervención judicial para que sus actos administrativos adquieran las características de ejecutoriedad y ejecutividad, por cuanto son mandatos de autoridad emanados de la ley y la Constitución.

El jurista español García (1974) brinda una explicación histórica del origen de lo que ahora conocemos como “principio de autotutela administrativa”, señalando que en el Antiguo Régimen el monarca no requería del respaldo de los tribunales para actuar en los asuntos administrativos, de manera que la ejecutoriedad de sus decisiones estaba implícita al ser actos de autoridad. En esa misma línea histórica anota que, si bien la Revolución francesa supuso la instauración del principio de separación de poderes, el mismo fue entendido como la proscripción de interferencia de los jueces en el funcionamiento de la Administración. La ruptura de este último postulado político fue lo que dio origen al actual proceso contencioso administrativo (pp. 63-80).

Romero (2019) explica que, de este fundamento histórico-político, se colige que la autotutela administrativa es una potestad pública desde que es concedida por el ordenamiento jurídico a la Administración para la máxima realización del interés público, que la coloca en mejor posición que los ciudadanos ante el Poder Jurisdiccional (p. 32)⁸. Así, por autotutela administrativa los actos de

8 Este autor también desarrolló tres conceptos de autotutela administrativa dadas por la doctrina administrativista, a saber: i) *autotutela administrativa declarativa* (ejecutoriedad intrínseca del acto administrativo); ii) *autotutela administrativa ejecutiva* (ejecutividad del acto administrativo); y iii) *autotutela administrativa de segunda potencia* (normas que benefician a

la Administración constituyen auténticas expresiones de poder público que, en consecuencia, exigen ser limitadas, de modo que cualquier trasgresión a sus límites origina el deber de resarcir a cargo de la Administración Pública correspondiente.

El primer límite a este principio es la propia ley que lo regula: la Ley N.º 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, norma que establece los presupuestos objetivo (carácter público de la deuda y existencia de acto administrativo previo) y subjetivo (entidades y órganos competentes) para la realización de este procedimiento, así como las facultades y deberes del ejecutor coactivo. Sin embargo, esta norma tiene insuficiencias que son suplidas por el Código Procesal Civil, especialmente en materia cautelar, que dificulta la identificación de todos los parámetros a los que el ejercicio de la autotutela administrativa ha de adecuarse. Romero (2019) supera este impase normativo a través de un estudio sistemático del ordenamiento jurídico y elabora un listado de límites del ejecutor coactivo, a saber:

Límites establecidos en la ley del procedimiento coactivo

- Las causales de suspensión del procedimiento coactivo estipuladas en los artículos 16 y 31.
- El permiso judicial para realizar el descerraje; esta obligación tiene como propósito garantizar la inviolabilidad del domicilio consagrada en el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución.
- La suspensión coactiva proveniente del proceso de revisión judicial regulada en el artículo 23.
- El carácter exigible de la deuda objeto de cobranza coactiva, según los artículos 9 y 25.
- La tercería de propiedad regulada en los artículos 20 y 36.

Límites extraídos de otras fuentes de derecho

- El derecho fundamental a la propiedad y la garantía de su inviolabilidad, consagrados en el artículo 70 de la Constitución.
- Los presupuestos para trabar una medida cautelar reguladas en el Código Procesal Civil y desarrolladas doctrinal y jurisprudencialmente. (p.72)

la Administración Pública frente a los tribunales jurisdiccionales y en comparación con los ciudadanos) (Romero, 2019, pp.32-33).

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

En consecuencia, si el ejercicio de la autotutela administrativa atenta o produce daños injustificados en los bienes jurídicos de los administrados que fundamentan tales límites, se genera en la entidad ejecutora el deber de reparar patrimonialmente sus situaciones jurídicas. Por lo demás, hasta aquí se ha dedicado estos párrafos para poner de manifiesto los fundamentos del deber de resarcir de la Administración Pública, a partir de los cuales se pueda elaborar una teoría autónoma de la responsabilidad civil proveniente del derecho privado, pero sin negar su función integradora en el derecho público.

V. CONCLUSIONES

Lejos de cerrar el debate, el propósito de este trabajo fue poner en el centro de discusión académica la elaboración en sede nacional de una teoría de la responsabilidad patrimonial (de tipo extracontractual) de la Administración Pública, que se distinga de la responsabilidad civil (elucubrada históricamente por la doctrina civilista) y responda a los fines propios del derecho público. En este sentido, se considera que la construcción de esta teoría, perteneciente a la parte general del derecho administrativo, debe partir por la identificación de los fundamentos del deber estatal de resarcir a los administrados.

Debido al auge de la cultura jurídica del constitucionalismo contemporáneo, resulta imperioso empezar por extraer los principios filosófico-constitucionales que originan en el Estado la obligación de responder patrimonialmente. La teoría de la justicia y el principio de igualdad constituyen los principios filosóficos por antonomasia, por la razón de que no todo daño supone automáticamente el derecho a ser resarcido, sino que tal menoscabo no ha de ser soportado por el administrado al ocasionar un desequilibrio que el Estado debe corregir mediante la tutela resarcitoria. Aunado a ello, los derechos fundamentales constituyen el fundamento constitucional de este deber estatal desde que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. De entre estas posiciones jurídicas *iusfundamentales* el que influye directamente en este deber estatal es el denominado “derecho a la buena Administración Pública”, entendido como un derecho continente de otras subgarantías, entre las que se encuentra el derecho de resarcimiento

insertado en el perímetro protectorio de los derechos subjetivos de todos los ciudadanos.

A nivel de la fuente de derecho legal, es posible identificar disposiciones normativas que, además de fundamentar la responsabilidad patrimonial de la Administración, la desarrollan y concretizan. Así, el TUO de la Ley N.º 27444 positiva el principio de responsabilidad como una norma que deben garantizar todas las organizaciones comprendidas en el artículo I de esta ley, en la estructuración de sus procedimientos específicos. Asimismo, el capítulo I del Título V establece un marco de concreción de dicho principio. Por otro lado, la acción contenciosa administrativa, encauzada en el proceso contencioso administrativo regulado por el TUO de la Ley N.º 27584, fundamenta este deber patrimonial del Estado al significar un control jurídico de las actuaciones administrativas (de policía, de fomento y de prestación de servicios públicos) manifestadas en actos administrativos y actuaciones materiales (sustentadas o no en actos previos).

Por último, el principio de autotutela administrativa, entendida como la potestad que tiene la Administración de ejecutar sus propios actos sin necesidad de recurrir al Poder Judicial, también funda la responsabilidad patrimonial del Estado cuando se violen los límites que el ordenamiento jurídico (Constitución, Ley N.º 26979 y Código Procesal Civil) ha impuesto para la tutela de los intereses jurídicos de los ciudadanos.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes bibliográficas

Abruña Puyol, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, (1.ª ed.). Palestra.

Cassagne, J. C. (2017). *Derecho administrativo* (2.ª ed., t., I). Palestra Editores.

Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (1.ª ed., t. 2). Fundación de Derecho Administrativo. http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo16.pdf.

Apuntes introductorios sobre los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 (Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS)*, (14.ª ed.). Gaceta Jurídica.

Pino, G. (2017). *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo* (1.ª ed.). Zela.

Romero Romero, Y. F. (2019). *La desnaturalización de la autotutela administrativa en el Procedimiento de Ejecución Coactiva. Ley N.º 26979* (1.ª ed.). A&C Ediciones.

Taboada Córdova, L. (2013). *Elementos de la responsabilidad civil* (3.ª ed.). Grijley.

Fuentes hemerográficas

García de Enterría, E. (1974). La formación histórica del principio de autotutela de la Administración. *Moneda y Crédito*, (28) <https://www.uv.es/correa/troncal/resources/autotutelaenterria.pdf>.

Ortega, L. (1995). La responsabilidad civil de la Administración Pública. *Themis-Revista*, (32), 17-22. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11475>.

Fuentes electrónicas

Leysser León, H. (28 de julio del 2020). *Entrevista a Leysser León | Daños por peligros ocultos y responsabilidad civil de la Administración Pública*. LP Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/danos-peligros-ocultos-responsabilidad-civil-administracion-publica/>.

Plataforma Digital Única del Estado Peruano. (s. f.). *Organismos autónomos*. Gob.pe. <https://www.gob.pe/estado/organismos-autonomos>.

RPP Noticias. (27 de julio del 2020). *Defensoría sobre muerte de un niño en pozo de agua: “Es obvio” que la MML y Sedapal no cumplieron con sus obligaciones*. RPP Noticias. <https://rpp.pe/lima/actualidad/defensoria-sobre-muerte-de-nino-en-pozo-de-agua-es-obvio-que-mml-y-sedapal-no-cumplieron-sus-obligaciones-noticia-1282951>.

DOCTRINA EXTRANJERA

Por:
M.^a Elisa
Cuadros Garrido*

EL TRATAMIENTO DE LA ACCIÓN
RESARCITORIA COLECTIVA POR
VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA
LIBERTAD SINDICAL EN ESPAÑA

Resumen

Con el presente estudio reflexionamos si cabe preguntarse si con la regulación del proceso laboral en España es posible configurar la indemnización por daño moral por vulneración a la libertad sindical como una acción colectiva y un instrumento punitivo. De modo que el importe de la indemnización, no viene necesariamente ligado al daño producido, sino que puede atender finalidades distintas, y contar con un carácter disuasorio. La respuesta es positiva, ya que el propio TS admite que por atentar contra este derecho fundamental del artículo 28 de la Constitución Española no solo genera una función *restitutio in integrum*, sino también la de prevención general.

Abstract

With the present study we reflect on whether it is possible to ask whether, with the regulation of the labor process in Spain, it is possible to configure compensation for moral damages for violation of freedom of association as a collective action and a punitive instrument. So the amount of compensation is not necessarily linked to the damage caused, but can serve different purposes, and have a dissuasive nature. The answer is positive, since the TS itself admits that by violating this fundamental right of art. 28 of the Spanish Constitution not only generates a *restitutio in integrum* function, but also that of general prevention.

Palabras clave: derecho a la libertad sindical, indemnización, daños punitivos

Keywords: right to freedom of association, compensation, punitive damages

* Profesora contratada. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Murcia. Correo electrónico: mariaelisa.cuadros@um.es.

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración
del derecho a la libertad sindical en España

Sumario

I. DELIMITACIÓN. II. TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL. III. RESARCIMIENTO INDEMNIZATORIO MORAL. IV. TIPOLOGÍA JUDICIAL. 1. VETOS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. - 2. FALTA DE RECONOCIMIENTO DE SECCIÓN SINDICAL. - 3. FALTA DE ENTREGA DE LA DOCUMENTACIÓN DEBIDA. - 4. EXCLUSIÓN DE SINDICATO EN ACUERDO FIN DE HUELGA. - 5. DIFERENCIAS DE TRATO ENTRE SINDICATOS. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

I. DELIMITACIÓN

El detonante de la configuración actual del sistema de reparación del daño moral en España lo marcó la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) núm. 247/2006¹ y que versaba sobre tutela de la libertad sindical. Con ella, el Tribunal Constitucional (TC) admite por primera vez la utilización como criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)² para las infracciones producidas por lesión de derechos fundamentales del trabajador. La fórmula de cálculo utilizada por antonomasia desde entonces toma como referencia en la reclamación el criterio orientativo previsto en la LISOS identificando para ello la cuantía del daño indemnizable con la cuantía de la sanción que cabría aplicar a la infracción cometida por el comportamiento infractor (Sánchez, 2019).

Por su parte, el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)³ recoge que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral, unido

1 BOE núm. 197, de 18 de agosto del 2006.

2 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, BOE núm. 189, de 08/08/2000.

3 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE núm. 245, de 11/10/2011.

a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

Asimismo, cabe preguntarse si con la regulación del proceso laboral se plantea si se configura la indemnización por daño moral como un instrumento punitivo. En estos casos, un sector doctrinal ha defendido el carácter punitivo de la indemnización, de modo que su importe no vendría necesariamente ligado al daño producido, sino que podría atender finalidades distintas y contar, por ejemplo, con un carácter disuasorio. El propio TS admite que el precepto del artículo 183 de la LRJS viene a atribuir a la indemnización —por atentar contra derechos fundamentales— no solo una función resarcitoria la utópica *restitutio in integrum*, sino también la de prevención general (STS del 19 de diciembre del 2017, rec. 624/2016).

Para esbozar la panorámica, hemos de comenzar por la STC núm. 247/2006 aludida, ya que es una *leading case* que marcó la parrilla de salida a todas las sentencias que han venido y están por venir en esta materia que, sin duda, está en alza. El TC considera vulnerados los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la libertad sindical del recurrente de amparo, un profesor de religión que trabajaba para Consejería de Educación de Cultura y Deportes y era miembro de un sindicato de tintes extremistas. El referido docente resultó elegido en las últimas elecciones sindicales celebradas en el centro en el que prestaba servicios, entre cuyas actuaciones destacaba una huelga realizada con la finalidad de regularizar el colectivo de los profesores de religión que habían prestado sus servicios para la Administración Pública.

Por un lado, se declara que la lesión del artículo 24.1 CE la comete el Tribunal Supremo (TS) al anular la condena indemnizatoria que confirmó el TSJ canario al validar la sentencia de la instancia. La Sala Social canaria consideró que no era necesario probar que se hubiera producido un perjuicio para que naciera el derecho al resarcimiento, sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental, se presumía la existencia del daño y debía decretarse la indemnización correspondiente de 30 000 €. Este fue el error de la suplicación: fundamentar tal decisión en una doctrina

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración
del derecho a la libertad sindical en España

del TS superada de automaticidad del daño —la de la primera etapa que hemos comentado en el epígrafe anterior—.

Por su parte, el TS declaró que no cabía concluir que, admitida la lesión, se tuviera que imponer automáticamente una indemnización por daños, siendo, de todo punto obligado, para imponer tal condena que el demandante hubiera alegado adecuadamente en su demanda las bases y elementos claves de la indemnización que reclamaba, de forma que se justificara suficientemente que la misma correspondía ser aplicada al supuesto concreto de que se tratara —dando las pertinentes razones que avalaran y respaldaran dicha decisión—; en segundo lugar, que quedaran acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pudiera asentar una condena de tal clase.

El TC sostiene que el TS, al anular la sentencia de suplicación, carecía de motivación suficiente, dado que aplicó una visión excesivamente restrictiva en relación con los indicios que debían aportarse y acreditarse para probar la existencia del daño con lo que infringió el principio de tutela judicial efectiva. El debate la Sala de lo Social lo centra en la automaticidad o no de la condena al pago de la indemnización, limitándose a manifestar que no concurren elementos para pronunciarse sobre la misma y una declaración automática de procedencia de indemnización no procede únicamente por haber declarado la nulidad del comportamiento de la empleadora. Por otro lado, en relación a la vulneración de la libertad sindical, cuyo origen reside en la condición de delegado de personal y en la actividad sindical en pro del colectivo de profesores de religión y moral católica, se han cometido tres infracciones por parte de la empleadora la Consejería de Educación: 1) la prohibición de acudir a las reuniones del comité de empresa al que pertenecía el recurrente; 2) el traslado sin causa a un nuevo puesto de trabajo; y 3) la reducción injustificada la jornada de trabajo con la consiguiente reducción salarial.

El TC considera que para la eliminación de cuántos efectos derivan de un comportamiento antisindical es indispensable que se otorgue la tutela reparadora, con la que se pretende resarcir a quien ha sufrido el daño causado por el ataque sindical. En este sentido, se establece un mandato claro de reparar

las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización, disponiendo con ello el legislador una reparación económica del daño respecto de la que el juez está obligado a pronunciarse, de forma que se proporcione al afectado un justo resarcimiento de los perjuicios causados. Con respecto a la naturaleza de la indemnización, se declara que lo que la identifica no es que el daño se haya producido realmente, sino la situación de perjuicio al bien jurídico tutelado, por lo que no cabe vincularla al concepto de daño patrimonial del derecho civil, ya que no se está ante una mera valoración del daño económico, por lo que se permite conceder indemnizaciones, aunque se desconozca la mensurabilidad del daño o no se aporte prueba del perjuicio económico. Para ello, como criterios a ponderar y graduar la discriminación antisindical sufrida, se ha de estar a las circunstancias concurrentes en el caso, a saber: la naturaleza de la lesión y el periodo de tiempo que duró el comportamiento antisindical. De esta manera, el TC declara que esas circunstancias que provoca la empleadora son de especial *intensidad, agresividad, prolongadas* en el tiempo y reincidentes, lo que es encuadrable en el tipo del artículo 8.12 de la LISOS y constituye una infracción muy grave, si existen indicios y pautas suficientes para graduar, a diferencia de lo que proclamaba el TS, por lo que, al aplicar la legalidad, se incurre en un error patente.

II. TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

El derecho del artículo 28.1 de la Constitución Española (CE) a nivel colectivo conecta con el sindicato como ente asociativo y, desde esa perspectiva, recoge un elenco de derechos propios de estructuras asociativas, tales como la autonomía normativa, electoral, conflictiva y de participación institucional. Estos a su vez conectan con derechos adicionales complementarios como la garantía de indemnidad del artículo 24. 1 de la CE o la libertad de expresión (artículo 20 de la CE) (Alemán y Camacho, 2015).

Por su parte el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical⁴ al recoger que el órgano judicial, si entendiese probada la violación del

4 Ley Orgánica 11/1985, del 2 de agosto, de libertad sindical, BOE, núm. 189, del 8 de

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración del derecho a la libertad sindical en España

derecho, decretará la reparación consiguiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical.

La configuración es compleja dado que la protección se extiende a los actos de las propias organizaciones sindicales respecto de sus afiliados. Ahora bien, ello no supone que la interpretación de qué hechos pueden constituir un indicio de conducta contraria a la libertad sindical pueda hacerse de forma excesivamente amplia, vaciando así de hecho la capacidad de autoorganización y exigencia de respeto a las normas internas de las propias entidades sindicales (Mercader et al., 2021).

Asimismo, dentro de la libertad sindical en la faceta de derecho a la libertad de expresión, ha sido uno de los derechos fundamentales con más acentuada connotación ideológica. Por ello, cuenta con abundante y consolidada doctrina constitucional. La particularidad que presenta es que, al tratarse de la articulación de dos derechos fundamentales, es que posee un régimen de garantías singular y con ello un sistema de garantías más intenso, ya que la pretensión consiste en hacer valer derechos laborales de otros e incluso hacer velar el interés general (Martínez, 2013).

En relación con el enjuiciamiento judicial actual, hemos de partir de una marcada tendencia a un desequilibrio peligroso entre lo colectivo y lo individual, lo cual se ha venido denunciando por la doctrina. En la subordinación de lo individual a lo colectivo, la visión colectivista, quizás, sea demasiado *radical* (Desdentado, 2018). El compromiso con la defensa de los derechos fundamentales debe conducir a explorar las posibilidades que nos ofrecen los procesos colectivos; sin embargo, la extensión potencialmente ilimitada de este mecanismo debe encontrar freno y disciplina en la plena vigencia de tales derechos como máxima expresión de justicia (Reifarh, 2021).

Existe un cierto desbordamiento de la consideración de vulneración del derecho a la libertad sindical, lo que supone una protección desproporcionada,

agosto de 1985.

ya que ello puede transformar en un problema de libertad sindical *todo lo que toca* si resulta que la infracción de cualquier norma o acuerdo en el que haya intervenido un sindicato puede plantearse como una lesión de la libertad sindical. Tal tendencia provoca un riesgo de *banalización* del derecho fundamental, que se advierte en el hecho —relativamente frecuente— de que el TC (Banacloche, 2018) se pronuncie sobre asuntos triviales, sobre vulneración de la libertad sindical (Desdentado, 2017). En este sentido, se recomienda la importancia de aplicar la cláusula “solo por ley” del artículo 53.1 de la CE⁵, en virtud de la cual se considera un error entender que lo que se “añade” por el legislador adquiere carácter de derecho fundamental con referencia específica al contenido adicional de la libertad sindical (Jiménez, 1999).

El propio TS reconoce que el derecho fundamental del artículo 28.1 de la CE es muy amplio, subjetiva y objetivamente⁶. Por ello, conviene recordar lo que hace ya más de dos décadas se afirmó (Luján,1996): no todo incumplimiento de cualquier precepto referido a los que el propio TC llama “derechos o facultades adicionales” integra el núcleo de la libertad sindical, sino que tal violación del derecho fundamental se dará cuando dichos impedimentos u obstaculizaciones existan y no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos que el autor de la norma legal o reglamentaria ha podido tomar en consideración. Por tanto, no toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar de un sindicato puede calificarse de atentado a la libertad sindical, sino que es preciso

5 El mencionado precepto recoge que *los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*. Por parte de la doctrina, se considera que ello conlleva que “el legislador se desapodere, sin límite, a favor de normas infraconstitucionales y que excluye también la intervención de tales normas en la ordenación de aquel objeto”, así como las actuaciones creativas de los órganos judiciales. De ahí que las ventajas adicionales para la acción sindical puedan crearse por normas infraconstitucionales y mediante negocios jurídicos privados, pero esas ventajas no deberían formar parte del derecho fundamental, aunque puedan, desde luego hacerse efectivas a través de las vías judiciales ordinarias.

6 STS del 8 de marzo del 2019 (rec. 42, 2018 [RJ 2019, 2389]).

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración del derecho a la libertad sindical en España

que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley (Sepúlveda, 2004, pp. 43-44).

III. RESARCIMIENTO INDEMNIZATORIO MORAL

El artículo 15 de la LOL establece, en términos imperativos, que “si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretará [...] la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas”. La compensación de los daños y perjuicios es consustancial a la reparación íntegra de las vulneraciones en materia de derechos fundamentales (Sempere, 2017).

El problema reside en que el daño moral deviene implícito en el abanico de conductas atentatorias de la libertad sindical y normativamente se impone la identificación de criterios objetivos para su cuantificación, a saber: gravedad duración y consecuencias del daño material con carácter general y como excepción si tal prueba resulta especialmente gravosa el tribunal lo determinará prudencialmente (artículo 183.2 de la LRJS), pero sin quedar meramente en el simbolismo. En el supuesto de la libertad sindical, las cuantificaciones valorativas resultan muy complejas debido al matiz colectivo del derecho y a las dimensiones polifacéticas del mismo, la abstracción del tratamiento técnico casa mal si dicho régimen no ataja las conductas antisindicales en proyección de futuro, si no se indemniza por daño moral porque esa multidimensionalidad y esa multilesividad impide concursalmente el propio desenvolvimiento del derecho representativo por la complejidad (Alemán y Camacho, 2015).

En este sentido, se ha pronunciado STS el 14 de octubre del 2020⁷, la cual declara que un sindicato puede ejercitar una demanda de tutela de libertad sindical en su vertiente colectiva contra una empresa cuando previamente sus afiliados⁸ y la misma organización sindical, interviniendo como coadyuvante, han

7 STS del 14 de octubre del 2020 (RJ 2020, 4480).

8 Se ha probado que la empresa demandada negó injustificadamente a un trabajador su derecho a ser nombrado delegado sindical y le negó su derecho a ser informado en relación con los cuadrantes y horas de los trabajadores de la empresa; no retribuyó a otra delegada

interpuesto varias demandas relativas a violaciones de ese derecho fundamental contra el mismo empleador, ya que se actúa en virtud de la libertad sindical del propio sindicato, no de sus afiliados. Con respecto a la cuantificación del daño, se considera que, ante la gravedad de la conducta vulneradora del derecho fundamental de libertad sindical, es indudable la sanción por infracción muy grave en materia de relaciones laborales, en el máximo de su grado mínimo, fijado por el artículo 40.1 de la LISOS entre 6251 € y 25 000 €. Por ello, procede estimar, en parte, el recurso de casación, estimando en parte la demanda y fijando la indemnización en la cantidad máxima posible conforme a la horquilla anteriormente mencionada en 25 000 €.

IV. TIPOLOGÍA JUDICIAL

1. VETOS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La STS del 6 de setiembre del 2021⁹ confirma que la promoción de acuerdos individuales masivos, por parte de la empresa, supone una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical en la vertiente de acceso de los sindicatos (sección sindical del sindicato LAB en la empresa demandada y central sindical LAB a la libertad sindical en su manifestación del derecho a la negociación colectiva) a la negociación colectiva.

Hechos declarados probados: La actuación empresarial consistió en la aceptación directa por los trabajadores de seis de las ocho comarcas en las que la empleadora prestaba servicios en el mantenimiento de horarios y la compensación horaria aplicable en el periodo de prueba anterior¹⁰.

sindical la totalidad de la jornada para los días en que solicitó crédito sindical; negó a una tercera delegada sindical información en relación con los cuadrantes de servicios de los trabajadores; y denegó a otro delegado sindical la información y documentación que había solicitado.

9 STS del 6 de setiembre del 2021 (RJ 2021, 4008).

10 Los hechos que quedan probados son los siguientes: “Los trabajadores pertenecientes a la denominada ‘red baja’ venían prestando sus servicios con jornada de partida de lunes a jueves en horario de 8:30 a 13:30 h y de 15:00 a 18:00 h y los viernes con jornada continua

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración
del derecho a la libertad sindical en España

Sobre la indemnización por daño moral: Con relación a la reclamación de indemnización circunscrita a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado otros perjuicios materiales, la prueba de su exacta cuantificación resulta demasiado difícil o costosa, por lo que el TS considera que ha de flexibilizar, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Aclara que no se trata de la aplicación automática de la condena al pago de una indemnización, sino de la necesaria flexibilidad con la que han de ser aplicados los criterios para indemnizar el daño moral de tan difícil precisión, por lo que considera ajustada la cantidad que se impuso a cada una de las partes demandantes con la cantidad de 6250 €, en concepto de daño moral según la graduación de la LISOS como falta grave del artículo 7.10.

en horario de 8:30 a 14:30 h. A propuesta del Comité de Empresa en octubre del 2018, se estableció un periodo de prueba para trabajar con un nuevo horario de 8:00 a 13:00 h y de 14:00 a 17:00 h de lunes a jueves, y de 8:00 a 14:00 h los viernes, acordándose con la empresa que, durante el mismo, en tanto se evaluaba el costo que podía ocasionar el nuevo horario y para evitar un posible sobrecoste, cada hora extra realizada de lunes a jueves en los intervalos de 13:00 a 14:00 h y de 17:00 a 18:00 h fuera compensada con una hora de descanso (K1=1) en lugar de con un hora y veinte minutos (K1=1,33) establecida en el artículo 34 del convenio colectivo de la empresa. Cada hora extra realizada los viernes era compensada con una hora de descanso (K1=1) desde hacía más de diez años (h p. segundo). Tras un periodo de prueba de once meses, entendiéndose la empresa que el nuevo horario producía un sobrecoste y que la forma de mantenerlo era con la compensación de las horas extras bajo la fórmula establecida K1=1, ante la negativa del comité de empresa a que no se cumpliera con la fórmula de compensación establecida en el artículo 34 del convenio colectivo (K1=1,33), la empresa, el 31 de octubre del 2019, sacó una nota informativa que fue enviada para su publicación en los tablones de anuncios de las distintas comarcas de la 'red baja' con la siguiente propuesta: 'Aquellas comarcas que sigan interesadas en mantener el nuevo horario aplicando el K=1 a las horas generadas entre las 17:00 y las 18:00 h, podrán seguir manteniendo el actual horario. Aquellos otros que, por el contrario, no estén dispuestos a ello, volverán al horario anterior'.

2. FALTA DE RECONOCIMIENTO DE SECCIÓN SINDICAL

La STS del 23 de marzo del 2021¹¹ desestima el recurso de casación, unificación doctrina del AENA, contra la sentencia del 21 de mayo del 2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos en reclamación de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas declarando que lesionaba la libertad sindical la denegación del reconocimiento de la sección sindical de CIG y el nombramiento de un trabajador como delegado sindical, incluido el derecho al crédito horario de 30 horas al mes ordenando el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a la citada conducta, condenando a la empresa abonar al sindicato la cantidad de 6250 € en concepto de indemnización por daños morales.

Objeto de la litis: Precisa el Alto Tribunal que la cuestión a resolver es la de determinar si el sindicato demandante ostenta la condición de sindicato más representativo y resolver si tiene reconocida la condición de sindicato más representativo a nivel de la Comunidad Autónoma de Galicia, conforme a lo que establece el artículo 7 de la LOLS. Recuerda que la regla general para los centros de trabajo de 50 o más trabajadores es el comité de empresa y para las empresas de más de 250 trabajadores los delegados sindicales. La opción entre organizar la sección sindical de empresa de manera conjunta para toda la empresa, o de forma fraccionada por centros de trabajo, corresponde al sindicato en cuestión, puesto que se trata de un ejercicio de la actividad sindical integrante del derecho de libertad sindical del que es titular. Conforme a lo establecido en el artículo 10 de la LOLS, el sindicato, como titular del derecho a la libertad sindical, es dueño de organizar su estructura. A mayor abundamiento, la doctrina no impone irremediamente la identidad entre el ámbito de actuación de la sección sindical y la representación unitaria de los centros de trabajo reagrupados.

Sobre la indemnización por daño moral, en relación con la cantidad de 6250 € por daño moral, se considera ajustada a derecho debido a la reiterada

11 STS del 23 de marzo del 2021 (RJ 2021, 1670).

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración
del derecho a la libertad sindical en España

negativa de la empresa a reconocer el derecho al crédito horario del delegado sindical, en términos que se presentan como suficientes y adecuados para el fiel cumplimiento de lo ordenado en ese precepto, conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos en su interpretación, ya que existe un cuerpo de doctrina claro y reiterado en la materia, de forma que la recurrente no estaba condicionada por criterios jurisprudenciales que pudieran llevarle a justificar su conducta.

Apreciemos otra sentencia:

La STS del 8 de febrero del 2018¹² reconoce que la falta de reconocimiento empresarial de la creación de sección sindical de ámbito estatal vulnera el derecho a la libertad sindical y desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada contra la sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 18 de julio del 2016¹³ de la Sala de lo Social.

La AN estimó la demanda del sindicato, Coordinadora Sindical de Clase (CSC), y declara vulnerado el derecho a la libertad sindical y condena a la reparación económica. La opción entre organizar la sección sindical de empresa y, consiguientemente, los delegados sindicales que la van a representar ante el empresario, corresponde al sindicato en cuestión, puesto que se trata de un ejercicio de la actividad sindical integrante del derecho de libertad sindical del que es titular el sindicato, que cuenta con presencia mayoritaria entre los representantes legales de los trabajadores en cómputo global. Por ello, la AN estimó que la empresa demandada, a la que le constaba la constitución de la sección sindical estatal en la empresa, al negar el acceso a la totalidad de trabajadores de la empresa para la remisión de informaciones y comunicados, así como al impedir que recibieran la información que le corresponde de todos los centros de trabajo de la empresa, en la misma condición que los representantes legales de los trabajadores, vulneró el derecho de dicha organización a la libertad sindical.

12 STS del 8 de febrero del 2018 (rec. 274/2016 [RJ 2018, 822]).

13 SAN del 18 de julio del 2016 (rec. 169, 2016 [AS 2016\1183]).

Objeto del recurso: La empresa plantea su recurso entendiendo que la doctrina de la sentencia de la AN, del 18 de julio del 2016, es contraria a la sostenida en las STS, del 2 de marzo¹⁴ y 21 de junio del 2016¹⁵ respectivamente. También combate, en el segundo motivo, la indemnización de daños y perjuicios a que ha sido condenada. Respecto al primer motivo, el TS comienza precisando que la jurisprudencia aplicable viene sosteniendo que el sindicato puede organizar libremente la estructura representativa que desea implantar en la empresa —en particular, a nivel de centros de trabajo o de la empresa en su conjunto— y si la sección sindical se establece a nivel de empresa —ese mismo ámbito es el que ha de tomarse en cuenta para determinar su derecho a designar delegado sindical al amparo del artículo 10.1 de la LOLS¹⁶—. La exigencia legal de presencia en *los comités de empresa* va referida al ámbito en que se organiza la sección sindical.

Fundamentos jurídicos relevantes: El TS considera que lo que se discute es si el sindicato tiene derecho a constituir su sección sindical como única para toda la empresa o debe organizarla por centros de trabajo. Derivadamente, el alcance de las competencias de esa sección sindical y su posible extensión a centros de trabajo donde no cuenta con representantes unitarios afiliados. Conforme a lo establecido en el artículo 10 de la LOLS, el sindicato, como titular del derecho a la libertad sindical, es dueño de organizar su estructura (secciones y delegados) a nivel de empresa (entendida en términos globales), de centros de trabajo autónomos o de centros de trabajo agrupados en términos paralelos a los establecidos para la constitución de comités de empresa. Se concluye que no es posible, por tanto, apreciar la infracción denunciada en el

14 STS del 2 de marzo del 2016 (RJ 2016, 1116).

15 STS del 21 junio del 2016 (RJ 2016, 3600).

16 Un punto de inflexión surge cuando el Pleno de la Sala Cuarta emite la STS del 18 de julio del 2014 (rec. 91/2013 [RJ 2014, 4781]), que revisa el criterio que se venía manteniendo por las sentencias anteriores. Considera que la determinación del ámbito de la Sección Sindical corresponde definirlo al propio Sindicato, como facultad de autoorganización interna incluida en el contenido de su derecho fundamental de libertad sindical ex artículo 28.1 de la CE. La opción a la que se refiere el artículo 10.1 de la LOLS entre nombrar delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical.

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración del derecho a la libertad sindical en España

recurso. En la medida en que el ámbito en que se organiza el sindicato, es más amplio también las magnitudes de referencia que han de tomarse en cuenta (a efectos de su implantación) y la espera en que se desarrollan sus funciones o posee competencias. Cuando el artículo 10.1 de la LOLS alude a los “centros de trabajo”, debe entenderse que incluye la posibilidad de tomar en consideración los mismos individualmente considerados, pero también varios de ellos de modo agrupado (por razones objetivas y sin comportar abuso de derecho) y, desde luego, el conjunto de los que posee la empresa. Se matiza que el problema ahora suscitado no es el de la negociación de un convenio colectivo, donde el principio de correspondencia exige que quienes negocian por el lado de los trabajadores representen a los de todos los centros). Aquí se trata de una cuestión diversa y regulada por preceptos distintos. Cuando el artículo 10 de la LOLS condiciona la designación de delegados sindicales a que la correspondiente sección posea presencia en los comités de empresa, no se indica en cuáles. Sin embargo, son varios los argumentos que inclinan a la misma solución que la acogida por la Sala de la AN: la literalidad de la norma no indica que deba tenerse representación en todos los órganos representativos (o en todos los centros de trabajo). Tampoco cuantifica la intensidad o proporción de representantes exigidos, lo que invita a pensar que (*ubi lex non distinguet...*) es válida cualquiera que sea. Razones de coherencia inducen a concluir que el ámbito donde se mide la audiencia electoral ha de ser el mismo que el tomado en cuenta para determinar el tamaño de la plantilla: el centro de trabajo, la agrupación de ellos o la totalidad de la empresa. Carecería de sentido que el tamaño de la plantilla se evaluase a un nivel (el de toda la empresa) que el número de votos obtenidos se midiese en ese mismo espacio y que, sin embargo, la presencia en órganos de representación unitaria exigiera observar otro ámbito (cada uno de los centros de trabajo).

Repaso de doctrina aplicable: El TS enumera una doctrina de sentencias aplicables al caso: la STS del 18 de julio del 2014¹⁷ (que contempla globalmente el número de trabajadores y el número de representantes, sin precisar en modo

17 STS del 18 julio del 2014 (rec. 91, 2013 [RJ 2014, 4781]).

alguno su distribución por centros de trabajo); la STS del 3 de febrero del 2017¹⁸ (no examina la implantación sindical en cada uno de los centros de trabajo existentes, sino que examina de modo conjunto la presencia en los órganos de representación unitaria). En fin, la 486/2017, del 6 de junio 2017¹⁹ aborda un caso en que el sindicato accionante solo tiene presencia en uno de los cuatro comités existentes; allí insistimos en que si la sección sindical se establece a nivel de empresa ese mismo ámbito es el que ha de tomarse en cuenta para determinar su derecho a designar delegado sindical al amparo del artículo 10.1 LOLS. En definitiva, está condenada al fracaso, por ilógica y contraria a los parámetros expuestos, la idea de que la sección y, en su caso, el delegado sindical se proyecta sobre toda la empresa pero sus competencias y facultades únicamente son ejercitables en los centros de trabajo donde posee implantación entre la representación unitaria.

Indemnización por daño moral: Respecto a la indemnización por daño moral, nuestra jurisprudencia admite como criterio orientativo a los fines de fijar dichas indemnizaciones por daños morales el acudimiento a los criterios de la LISOS. El artículo 7.7 tipifica como falta grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos. A su vez, el artículo 40.1.a) contempla como sanción una multa en su grado mínimo de 626 a 1250 €, en su grado medio de 1251 a 3125 € y en su grado máximo de 3126 a 6250 €. El sindicato demandante ha interesado el abono a una indemnización de 3125 € ofreciendo como criterio orientativo para fijar su importe la cuantía en el grado medio de la sanción por falta graves del artículo 40, apartado 1.b) de la LISOS. A su vez, la sentencia recurrida acoge esta pretensión “al no considerarse excesiva, irrazonable ni desproporcionada, siendo prudencialmente correcta y ajustada a las circunstancias del caso”. No apreciamos en el recurso argumento alguno que altere la valoración asumida por la sentencia de la AN, tal y como apunta el Ministerio Fiscal. Como

18 STS del 3 de febrero del 2017 (rec. 39, 2016 [RJ 2017, 1629]).

19 STS del 6 de junio (rec. 216, 2016, [RJ 2017, 3001]).

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración
del derecho a la libertad sindical en España

acabamos de ver, se trata de una consecuencia coherente con el tenor de las normas aplicables y de la doctrina que las interpreta.

3. FALTA DE ENTREGA DE LA DOCUMENTACIÓN DEBIDA

La STS del 6 de febrero del 2019²⁰ condena a una empresa a facilitar, a una sección sindical, a través de su delegado sindical, la documentación solicitada, en tiempo y forma, que negó la empresa. Se revoca así la sentencia de la AN²¹.

Hechos declarados probados: El sindicato pidió información sobre el grave accidente de trabajo que originó un helicóptero al estrellarse dejando un número de fallecidos. Se considera que los delegados sindicales tienen derecho a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del Comité de empresa²², por lo que tal negativa era lesiva del derecho a la libertad sindical.

Sobre la indemnización por daño moral: Se considera que procede una indemnización de 6000 € atendiendo la gravedad de la vulneración y las consecuencias del daño, teniendo en cuenta que al delegado sindical no se le ha facilitado información alguna por la empresa ni se le ha concedido el crédito horario que conforme a derecho le correspondía, por lo que se ha visto mermado su derecho a la actividad sindical con la influencia que ello tiene en su imagen ante afiliados y trabajadores de la empresa.

20 STS del 6 de febrero del 2019 RJ 2019\1475.

21 SAN núm. 90/2017 del 20 de junio. AS 2019\1255.

22 El artículo 64.1 del ET establece que se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al Comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por su parte, el apartado 2 d) del precepto establece que el comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente de las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y sus consecuencias, el índice de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.

4. EXCLUSIÓN DE SINDICATO EN ACUERDO FIN DE HUELGA

La STS 3 noviembre 2021²³ declara que se produce vulneración de la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva por la suscripción de un acuerdo de fin de huelga, no habiendo sido convocados para su firma los sindicatos legitimados, siendo suscrito por quien no ostenta representación en todos los centros, lo que determina la nulidad del acuerdo. Se precede a fallar a favor de la consiguiente indemnización de los daños morales que no puede considerarse excesiva, irrazonable ni desproporcionada, sino prudencialmente correcta y ajustada a las circunstancias del caso.

5. DIFERENCIAS DE TRATO ENTRE SINDICATOS

La STS del 6 de junio de 2018²⁴ declara que la falta de convocatoria de la sección sindical del sindicato Coordinadora Obrera Sindical (COS) al procedimiento de consultas en el trámite de una modificación sustancial, vulnera el derecho de libertad sindical del sindicato accionante, ya que esta decisión no solo priva al sindicato de la posibilidad de ejercer su derecho a formar parte de la comisión negociadora, sino que dicha omisión significa una directa vulneración de su derecho a la acción sindical²⁵. Con ello, se desestima los recursos de casación interpuestos por la empleadora y COS contra la sentencia de la AN del 27 de marzo del 2017²⁶, con la consiguiente confirmación de la misma.

Hechos declarados probados: La parte demandante alegaba haber sido discriminada en la libertad sindical y en el derecho a la huelga, ya que

23 STS del 3 de noviembre del 2021 (rec. 22/2020 JUR 2021\347343).

24 STS del 6 de junio del 2018 (rec. 149, 2017 RJ 2018, 614).

25 Cabe señalar que unos días antes, respecto a la diferencia de trato entre sindicatos, se había pronunciado la STS del 30 de mayo del 2018 (rec. 147, 2017 RJ 2018, 2753) declarando que no lesiona el derecho a la libertad sindical la exclusión de sindicato no firmante de un pacto colectivo de comisiones no negociadoras creadas al amparo de dicho acuerdo. Exclusión de sindicato no firmante del convenio, en concreto de la comisión de seguimiento del Plan de Igualdad de Oportunidades de Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana.

26 SAN del 27 de marzo del 2017 (rec. 38, 2017 AS 2017, 580).

El tratamiento de la acción resarcitoria colectiva por vulneración del derecho a la libertad sindical en España

la empresa inició el 9 de marzo del 2016 una negociación para proceder a la modificación sustancial de condiciones de trabajo. En concreto, las condiciones de los trabajadores, ubicados principalmente en Barcelona y Madrid, afectando la negociación a la distribución del tiempo de trabajo, se procedió en dicha fecha a dirigir comunicación a las secciones sindicales de CCOO, UGT y CGT citándoles a una reunión y no citando a la COS. La reunión se celebró sin la presencia de la COS pese a reiteradas peticiones. Tras ello, mediante la COS, se convocó a una huelga indefinida en los dos meses siguientes, que fue desconvocada el mismo día en que debía celebrarse. Finalmente, la empresa impuso las condiciones propuestas a aquellos trabajadores que, previa negociación individual, accedieron voluntariamente. Asimismo, pidió que se dictara sentencia por lo que se procediera a una cuádruple tutela peticionada, consistente en tutela declarativa (a fin de que se declare la existencia de una actitud empresarial lesiva del derecho fundamental de libertad sindical), inhibitoria (se ordene el cese inmediato del comportamiento vulnerador de los derechos fundamentales conculcados por la parte demandada, reconociéndose a la sección sindical del sindicato COS su derecho a participar en posteriores procedimientos de negociación colectiva), repositoria (se restablezca la situación anterior al momento de la vulneración del derecho, reconociéndose a la sección sindical del sindicato COS su derecho a haber participado en la comisión negociadora en igualdad de condiciones que el resto de secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria de los trabajadores afectados) y resarcitoria (a publicar la sentencia que estime la presente demanda en los tablones de anuncios de la empresa y en su página web y se la condene a abonar a la sección sindical demandante una indemnización por daños y perjuicios).

Reclamación en la AN: En la AN se estiman en parte las peticiones de la parte actora, ya que se considera que *la negociación individualizada en masa constituye una vulneración de la libertad sindical*, pero el derecho de huelga no se va violado y respecto a la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios se reconoce solo en parte que en la cantidad de 1500 €.

Respuestas del TS: El TS, respecto al recurso de casación de la empresa, alega el reconocimiento por la empresa de que la sección sindical de la COS

debía haber participado en las negociaciones escapa del ámbito de decisión de la empresa por tratarse de una potestad única y exclusiva de las propias secciones sindicales, sin que corresponda a la empresa intervenir en la constitución o formación de la interlocución social. Sin embargo, por el TS se contesta que en los hechos declarados probados dicha sección sindical se había procedido, con el carácter de sección sindical de empresa, a comunicarlo a la empresa, comunicación que recibió y así consta. Y la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales y respecto a COS hubo una falta de comunicación de la empresa de su intención de inicio del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo y la no convocatoria a las reuniones señaladas para la pertinente negociación, lo que ha privado a dicho sindicato de la posibilidad de ejercer su derecho a formar parte de la comisión negociadora, por lo que se desestima el recurso de la empleadora.

La STS resuelve el recurso de la COS denegando, en primer lugar, la lesión del derecho a la huelga y, en segundo lugar, se reclama mayor indemnización por daño moral, ya que se considera que son adecuados los parámetros cuantitativos aplicados por la sentencia de instancia. Dada la gravedad de la conducta, no debió subsumirse en el supuesto tipificado en el artículo 7.7 de la LISOS (falta grave), sino en el artículo 8.12 de dicho texto legal (falta muy grave), ya que la voluntad de la empresa no queda acotada a un ámbito de un incumplimiento de los derechos de información y consulta de los trabajadores, sino que hay una voluntad lesiva y segregadora por parte de la empresa que la propia Sala califica como “práctica antisindical”. El TS contesta que la sentencia de la AN ha procedido a fijar una cuantía indemnizatoria igual a la que correspondería a la multa con que sería sancionada la empresa con arreglo a los artículos 7.7, 39 y 40 de la LISOS, imponiéndose la sanción en su grado medio, siendo la infracción contemplada en dicho precepto. La transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos—que supone una conducta que se asemeja a la apreciada en la empresa, por lo que la cantidad fijada no se considera desorbitada, injusta, desproporcionada o irrazonable—.

V. CONCLUSIONES

Primero, la tutela de la lesión de la libertad sindical es una acción que tiene una acogida estimatoria en los tribunales españoles y que viene siendo concebida en sentido amplio. En la reciente doctrina judicial encontramos casos variados, unos más en consonancia con el núcleo duro del derecho fundamental, como los enjuiciamientos sobre la falta de reconocimiento de una sección sindical o exclusión de un sindicato en acuerdo fin de huelga y otros menos, como los casos analizados de falta de entrega de la documentación debida u obstáculos a la negociación colectiva.

Segundo, el tratamiento de la acción resarcitoria a nivel colectivo, aún a pesar de tener favorable acogida y finalidad disuasoria, es considerado, respecto a la cuantía a título, casi testimonial, cabe esperar que en el futuro el incremento de las cantidades indemnizables vaya en aumento.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alemán Páez, F. y Camacho Ortega, J. de D. (2015). Sobre el sistema indemnizatorio de la tutela de la libertad sindical. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (181), 31-48.
- Desdentado Bonete, A. (2017). ¿Una lesión de la libertad sindical à rebus? *Revista de Información Laboral*, (7), 107-122.
- Desdentado Bonete, A. (2018). Colectivación de acciones y tutela judicial efectiva. Un comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2018. *Revista de Información Laboral*, (12), 15-32.
- Luján Alcaraz, J. (1996). Procedimiento para la determinación del número de delegados sindicales y posible vulneración del derecho de libertad sindical. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2.
- Martínez Moreno, C. (2013). Críticas a la empresa y límites a la libertad de expresión de los trabajadores TC88/1985, de 19 de julio. En J. García

- Murcia y D. Álvarez Alonso (coords.), *Derechos del trabajador y libertad de empresa: 20 casos de jurisprudencia constitucional* (pp. 483-484). Aranzadi.
- Mercader Ugina, J. R., Muñoz Ruiz, A. B., Aragón Gómez, C., Díaz de Atauri, P. J., Moreno Solana, A., Nieto Rojas, P. y Pérez del Prado, D. (2021). Libertad sindical, representación en la empresa y conflictos colectivos. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (245), 2021.
- Reifarth Muñoz, W. (2021). *La tutela colectiva de los derechos fundamentales* [tesis de doctorado, Universidad de Salamanca].
- Sánchez Pérez, J. (2019). La reparación del daño en la jurisdicción laboral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (216).
- Sempere Navarro, A. V. (2017). Sobre la designación de delegados sindicales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (3), 123-132.
- Sepulveda Gómez, M. (2004). *Los efectos patrimoniales derivados de la conducta antisindical del empresario*. Bomarzo.

Por:
José Antonio
González Martínez*

LOS AJUSTES RAZONABLES COMO
MEDIDA DE INTEGRACIÓN LABORAL DE
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Resumen

La normativa vigente ofrece un concepto de discapacidad que pone el acento en el modelo social, el cual surge a principios de la década de los 70 del siglo XX en EE. UU. y Reino Unido, y que pone su énfasis en las barreras externas de todo orden (sociales, laborales, culturales, etc.) y que impide a las personas con discapacidad el pleno disfrute de sus derechos. Este modelo social, basado en la necesidad de que exista una corresponsabilidad institucional en cuanto a la adaptación de las estructuras y de la sociedad a las personas con discapacidad, supone abandonar el modelo médico, que atiende a las deficiencias de la persona con discapacidad, y que estuvo vigente hasta la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006 (CDPD). Surgen diversas medidas de inserción laboral de los trabajadores con discapacidad, como incentivos a la contratación o la necesidad de cumplir con una determinada cuota de reserva en función del número de trabajadores de la empresa. Sin embargo, sin duda, el instrumento jurídico que mejor apoya la inserción laboral de personas con discapacidad es la obligación empresarial de ajustar el puesto de trabajo al trabajador con discapacidad con el propósito de que pueda realizar su actividad laboral en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores. Es aquí donde surgen multitud de dudas sobre cómo interpretar la noción del legislador de los “ajustes razonables”.

Abstract

Current regulations offer a concept of disability that emphasizes the social model, which emerged in the early 1970s in the United States and the United Kingdom, and that emphasizes external barriers of all kinds (social,

* Profesor ayudante y doctor (acreditado contratado) del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid. Correo electrónico: jantonio.gonzalez@uva.es.

Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad

labor, cultural, etc.) that prevent people with disabilities from fully enjoying their rights. This social model, based on the need for institutional co-responsibility in terms of adapting structures and society to people with disabilities, means abandoning the medical model, which attends to the deficiencies of people with disabilities, and which was in force until the 2006 International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Various measures arise for labor insertion of workers with disabilities, such as incentives for hiring, or the need to comply with a certain reservation quota based on the number of workers in the company. But without a doubt, the legal instrument that best supports the employment of people with disabilities is the business obligation to adjust the job to the worker with disabilities so that they can carry out their work activity in the same conditions as the rest of the workers. It is here that many doubts arise about how to interpret the legislator's notion of "reasonable adjustments".

Palabras clave: discapacidad, inclusión laboral, empleo y no discriminación

Keywords: disability, labor inclusion, employment and non-discrimination

Sumario

I. CUESTIONES PREVIAS. 1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA A ABORDAR. - 2. BREVE REFERENCIA A LOS MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD. - 3. UNA RADIOGRAFÍA DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA. - 4. FÓRMULAS DE INSERCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. **II. LOS AJUSTES RAZONABLES.** 1. SU DEBATIDO CONCEPTO. - 2. LA EXIGENCIA DE RAZONABILIDAD. - 3. EMPRESARIO COMO SUJETO OBLIGADO A REALIZAR LOS AJUSTES. - 4. LA CARGA EXCESIVA COMO CONCEPTO INDETERMINADO. **III. CONCLUSIONES.** **IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

I. CUESTIONES PREVIAS

1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA A ABORDAR

Surge una preocupación internacional, europea y nacional por lograr la igualdad de oportunidades real y efectiva de este colectivo. A nivel nacional, esta figura es introducida en España a raíz de la ratificación de la CDPD en el 2007, la cual aboga por la universalización de los derechos humanos de las

personas con discapacidad y se consagra en el Real Decreto Legislativo 1/2013 (Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad [LGDPD] y de su inclusión social). Destaca su carácter universal, ya que la premisa básica de la que parte el modelo social es la plena integración, ofreciendo como solución el diseño universal y la accesibilidad.

El problema radica en aclarar este concepto jurídico, para no dar lugar a situaciones de discriminación, que terminan colapsando los tribunales. Es necesario un desarrollo reglamentario que delimite la figura, ponga fin a las lagunas legales y aclare las diversas interpretaciones de la norma.

Mientras llega el citado desarrollo, la presente investigación analiza la normativa vigente sobre esta medida de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad. Destaca cómo la Directiva 2000/78 supuso una auténtica revolución jurídica en el escenario europeo que simboliza la voluntad de los Estados miembros de impulsar a nivel europeo una política armonizada de lucha contra la discriminación. Asimismo, esta investigación analiza qué ajustes deben considerarse razonables y cómo debe ser entendida dicha razonabilidad, los sujetos que deben realizarlos, la regulación de la carga excesiva como límite a la obligación de realizarlos y las consecuencias de su incumplimiento.

El problema se estudia analizando la doctrina científica más relevante en esta materia y sus textos doctrinales, comentando las disposiciones normativas que inciden sobre la materia, y señalando la visión jurisprudencial de las sentencias judiciales relevantes. Se parte de la hipótesis de que este instrumento jurídico es una medida todavía desconocida y, por tanto, inaplicada en toda su extensión, así como muy confusa ante la ausencia de su desarrollo normativo. Su configuración normativa actual adolece de muchas incógnitas, por lo que se pretende clarificar aspectos no resueltos por la norma proponiendo su incorporación a una futura regulación.

2. BREVE REFERENCIA A LOS MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

El colectivo de las personas con discapacidad es uno de los que ha experimentado, a lo largo de la historia, situaciones de marginación más evidentes. Ello debido, probablemente, a que la mayoría de las sociedades han establecido, en sus orígenes, modelos de tratamiento de la discapacidad basados en mecanismos asistenciales o rehabilitadores (modelo médico), que conciben la discapacidad como un problema individual de la persona ocasionado directamente por una enfermedad, accidente o condición de salud que requiere control clínico y tratamiento terapéutico —las personas con discapacidad son consideradas como objetos de programas de asistencia social, salud o beneficencia y no como sujetos de derechos—. Como podemos observar, este modelo, imperante con anterioridad a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006, se centra especialmente en las limitaciones del trabajador y omite cualquier referencia a eliminación de los obstáculos existentes (miraba a las personas con discapacidad como enfermos que debían recibir asistencia para su curación y rehabilitación).

En contraposición al modelo médico, el modelo social, que es el que rige en la mayoría de los Estados, entiende que las medidas que se adopten no deben dirigirse a la persona individualmente considerada, sino a la sociedad, esto es, a la supresión de las barreras u obstáculos de cualquier naturaleza existentes en su entorno. Ello con el objetivo de garantizar a las personas con discapacidad el disfrute efectivo de sus derechos en condiciones de igualdad (la discapacidad tiene su origen en una sociedad diseñada que no tiene en cuenta las necesidades de este colectivo)¹.

Este modelo social consiste en que se traslada, de alguna forma, la responsabilidad de la discapacidad desde el sujeto a quienes pueden hacer posible la remoción de los obstáculos de todo tipo que hagan posible que las personas con discapacidad se equiparen con quienes no la sufren (Fernández,

1 Cabe entender que en el modelo social la sociedad debe adaptarse a las personas con discapacidad y no al revés, como propugna al modelo médico, que sea la persona con discapacidad la que se adapte a la sociedad.

2017, p. 50). La solución que se propone desde el modelo social es adoptar la accesibilidad y el diseño universal como estándar social, abandonando la idea de normalidad (Cuenca, 2011, p. 7)². El modelo social pone principalmente de relieve que la discapacidad no radica en el individuo ni se encuentra motivada por su deficiencia, sino que reside en la sociedad y en las barreras que esta levanta a la participación social de las personas que tienen ciertas características funcionales (Martínez, 2021, p. 53).

El derecho al trabajo ha de ser considerado como asunto de la mayor importancia si nuestra sociedad pretende integrar en su seno a las personas con discapacidad y crear las condiciones requeridas para que estas personas lleguen a sentirse independientes y plenamente realizadas, en lugar de verse como seres aislados, marginados y forzados a la dependencia (López-Romero y Hernández, 1998, p. 238). Hay que integrar a la persona con discapacidad en un entorno ordinario y ello se materializa normativamente mediante la creación de la figura de los ajustes razonables.

3. UNA RADIOGRAFÍA DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Lentamente se va apreciando la importancia de la discapacidad por su incremento cuantitativo y por la toma de conciencia de que es necesario aprovechar las capacidades, los conocimientos y la contribución al desarrollo que pueden hacer las personas con discapacidad. La lucha que las personas con discapacidad vienen desarrollando para lograr la participación y la igualdad se ha constituido en un paradigma de la defensa de la diversidad y de la búsqueda de soluciones innovadoras e inclusivas para el futuro de la Humanidad (De Lorenzo, 2004, p. 74).

2 Cuenca sostiene el rechazo frontal del modelo social a la ideología de normalización y considera “que la idea de normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante”.

Los ajustes razonables como medida de integración laboral
de las personas con discapacidad

Ahora bien, los datos del INE (El empleo de las personas con discapacidad, año 2020)³ arrojaron las siguientes conclusiones:

- a) En cuanto a la tasa de actividad, el 34.3 % de las personas de 16 a 64 años con discapacidad oficialmente reconocida en el 2020 eran activos (0.3 puntos más que en el año anterior al ser la tasa de actividad en 2019 del 34 %), lo que revela la muy baja participación de este colectivo en el mercado laboral. Esta raquítica tasa de actividad era 41.8 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. El número de activos con discapacidad aumentó en 25 300 (un 4.0 %) respecto al 2019 (el de activos sin discapacidad disminuyó un 1.6 %)⁴.
- b) La tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del escaso 26.7 % (del 64.3 % para las personas sin discapacidad), con un aumento de 0.8 puntos respecto al 2019 (25.9 %); el 89.6 % de los ocupados eran asalariados, de los cuales el 75.0 % tenía contrato indefinido. El número

3 Nota de prensa INE de 15 de diciembre del 2021, *El empleo de las personas con discapacidad* (EPD). El EPD es una operación de periodicidad anual que tiene como objetivo obtener datos sobre la fuerza de trabajo (ocupados, parados) y la población ajena al mercado laboral (inactivos) dentro del colectivo de personas con edades comprendidas entre los 16 y 64 años y con discapacidad oficialmente reconocida. La operación es fruto de un convenio de colaboración entre INE, el Imserso, la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre Discapacidad, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y la Fundación ONCE. En su realización se utiliza la información procedente de la integración de los datos de la Encuesta de población activa (EPA) con datos administrativos registrados en la Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad (BEPD). Incorpora, además, datos procedentes de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), del Registro de Prestaciones Sociales Públicas del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).

4 En el 2020 había 1 933 400 personas con discapacidad en edad laboral (de 16 a 64 años), lo cual representa el 6.3 % de la población total en edad laboral y un aumento del 3.0 % (56 500 personas) respecto al 2019. De la citada población, 663 900 eran activos, cifra que aumentó en 25 300 (un 4.0 %) respecto al 2019. Los activos sin discapacidad disminuyeron un 1.6 %. Dentro de la población activa con discapacidad, se observa, como perfil tipo, el de un hombre de edad intermedia (45 a 64 años) y con una menor representación de personas con estudios superiores que entre la población general.

de ocupados con discapacidad aumentó en 30 400 personas (un 6.3 %) en el 2020, y el de personas sin discapacidad se redujo un 3.4 %.

- c) La tasa de paro para el colectivo con discapacidad fue del 22.2 %, con un descenso de 1.7 puntos respecto al 2019 (que fue del 23.9 %), que fue 6.8 puntos superior a la de la población sin discapacidad. El número de parados con discapacidad se redujo en 5 000 personas (un 3.3 %) durante el 2020, mientras que entre las personas sin discapacidad aumentó un 9.3 %.
- d) Por grupos de edad, en el 2020 se observó mayor incidencia del desempleo en la población más joven. Las mayores tasas de actividad se dieron en el grupo de 25 a 44 años, tanto para las personas con discapacidad como para el resto de la población. Por su parte, las tasas de paro de la población con discapacidad se redujeron entre la población de 16 a 24 años y la de 45 a 64 años (bajaron 0.9 y 2.2 puntos, respectivamente). Sin embargo, la tasa de paro aumentó en la población sin discapacidad, siendo el grupo de 16 a 24 años el más afectado, con una subida de 5.8 puntos, siendo la característica principal del colectivo el bajo porcentaje de contratación de los menores de 25 años.
- e) Según el sexo, a diferencia de lo que ocurre en la población general, las mujeres con discapacidad tenían más presencia activa en el mercado laboral que los hombres (34.6 %, frente a 34.1 %). En la población sin discapacidad la tasa de actividad masculina superó a la femenina en más de 10 puntos (81.6 % frente a 70.7 %). La tasa de empleo de los hombres con discapacidad fue 0.3 puntos inferior a la de las mujeres. En cambio, entre la población sin discapacidad la tasa de empleo masculina superó a la femenina en 12 puntos. Por su parte, la tasa de paro de las mujeres con discapacidad fue superior a la de los hombres en 0.3 puntos en el 2020 y para las mujeres sin discapacidad fue mayor en 3.7 puntos (Sánchez, 2021, pp. 403-404)⁵.

5 Sánchez señala que en las mujeres con discapacidad se hallan con la posibilidad de discriminación múltiple (en muchas ocasiones son discriminadas por ser mujeres y otras por su diversidad funcional o a la vez por ser mujeres y por ser personas con discapacidad), pero también con la realidad de discriminación interseccional (las mujeres con discapacidad se

Los ajustes razonables como medida de integración laboral
de las personas con discapacidad

- f) Respecto al tipo de discapacidad, esta misma fuente señala que la participación de este colectivo guarda una estrecha relación con el tipo de discapacidad y la intensidad de la misma. Así, las personas con deficiencias auditivas presentaron las mayores tasas de actividad (59.9 %), mientras que las que tenían deficiencia mental, las menores (26.6 %).
- g) En cuanto a sus características laborales, la mayoría de los trabajadores con discapacidad en 2020 eran asalariados, tenían contrato indefinido, jornada completa y desempeñaban su actividad en el sector Servicios: el 89.6 % de las personas con discapacidad que trabajó lo hizo como asalariado (5.4 puntos más que las personas sin discapacidad); y el 75.0 % de los que trabajaban por cuenta ajena tenía contrato indefinido (0.9 puntos menos que la población sin discapacidad). El 82.2 % de los ocupados con discapacidad trabajaba a jornada completa, una proporción inferior en cuatro puntos a la de los trabajadores sin discapacidad. El 81.0 % de los ocupados con discapacidad desempeñó su actividad en el sector Servicios, frente al 75,3 % de quienes no tenían discapacidad.

Estos datos estadísticos contrastados resaltan la importancia de preservar y aprovechar la diversidad humana, y se pretende enriquecer la conciencia solidaria y afianzar los compromisos en defensa de los derechos de igualdad de todas las personas: se constata que la pobreza genera discapacidad y que la discapacidad conduce a la pobreza; y para salir del citado círculo vicioso, la mejor técnica es el desarrollo de políticas de formación e inserción laboral para conseguir, no solo la autonomía económica de la persona con discapacidad y su entorno familiar, sino también la mejora de su propia autoestima, el sentimiento de pertenencia a la comunidad como contribuyente neto y el situarle en la rampa de lanzamiento de una verdadera integración social en su entorno (De Lorenzo, 2004, p. 74).

enfrentan a situaciones y discriminaciones que no comparten ni el resto de las mujeres ni el resto de las personas con discapacidad).

4. FÓRMULAS DE INSERCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Pese a que el número de contratos de trabajo concertados con personas con discapacidad no ha dejado de aumentar desde 2013, todavía sus tasas de actividad y de ocupación están muy alejadas de la media estatal: ha de haber una revisión del diseño, contenido y alcance de las políticas públicas de empleo que tienen como finalidad fomentar la inserción laboral de este colectivo, en aras a conseguir un mercado laboral más abierto, solidario e inclusivo y hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades (Cavas, 2021, p. 288).

Como hemos podido observar, muchas de las personas con discapacidad que pueden y quieren trabajar están desempleadas. Las acciones estatales deben ser mayores y continuadas para lograr la consecución del empleo si se quiere hacer real la inserción laboral de este colectivo: y cuando acceden al mismo lo hacen a empleos de categorías inferiores debido a su formación, bastante elemental o a veces carentes de ella (Escudero y Serrano, 1998, p. 159).

Quando las personas con discapacidad trabajan, frecuentemente lo hacen en empleos en los que se les paga menos y en los que tienen pocas posibilidades de promoción profesional: el resultado final de esta situación es que muchas personas con discapacidad viven en la pobreza y su contribución potencial hacia sus familias, hacia las empresas y hacia la sociedad se ha desaprovechado (De Lorenzo, 2004, pp. 74-75). Si un medio endógeno eficaz para el acceso al empleo es la educación y la formación profesional, se observa que los niveles educativos de las personas con discapacidad son bastante bajos (Escudero y Serrano, 1998, p. 105) (en cuanto al paro, en la población con discapacidad había mayor porcentaje de hombres, de personas de 45 a 64 años y de desempleados con estudios primarios y secundarios que en los parados sin discapacidad. Por el contrario, había menor representación de parados con estudios superiores y de personas de 16 a 24 años)⁶.

6 Nota de prensa INE de 15 de diciembre del 2021, *El empleo de las personas con discapacidad (EPD)*.

Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad

Hay que tener presente los numerosos obstáculos a que se enfrenta este colectivo: la creencia de los empleadores que las personas con discapacidad no están preparadas para el trabajo y no les dan la oportunidad de demostrar lo contrario, la imposibilidad de acceso a la educación y a la formación profesional, la no disponibilidad de los servicios de ayuda que requieren, una legislación y políticas que no facilitan su incorporación al empleo y que los edificios y los medios de transporte no son accesibles, o cierta cultura de la pasividad de este colectivo, inspirada por las circunstancias ambientales. Todo ello provoca que muchas personas con discapacidad opinen que carecen de potencialidades laborales y que, por tanto, han de depender económicamente de las políticas asistenciales o de las familias.

Eso significa un gran despilfarro y una enorme pérdida no solo para las personas con discapacidad y sus familias, sino también para los empresarios y para el conjunto de la sociedad: es una pérdida palpable e injustificada de talento humano que supone una desventaja para todos (De Lorenzo, 2004, p. 75). Surge cierto convencimiento, por parte de los gobiernos y de los demás agentes implicados, de que la exclusión de las personas con discapacidad del mundo laboral es un despilfarro económico de niveles inaceptables.

Hay una conciencia creciente de que las dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad, a la hora de obtener y conservar un empleo, se deben más a la forma en la que el trabajo está estructurado y organizado que a la discapacidad en sí misma, y que esos obstáculos pueden ser superados si se adoptan las medidas adecuadas. Surgen diversas fórmulas para la inserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral, tanto el ordinario (que debe ser el paradigma) como el empleo protegido (que debe ser una alternativa al anterior, concebido como pasarela o transición hacia el empleo ordinario) (Cavas, 2021, p. 215), en las administraciones públicas, en talleres protegidos o como autónomos. Con ello se pretende no solo la inserción del colectivo en defensa de la inclusión e igualdad plenas, sino también disminuir el coste de las políticas prestacionales pasivas.

Hay que tener en cuenta que la persona discapacitada es sujeto beneficiario del sistema de la Seguridad Social desde un triple punto de vista: i) bien por no desarrollar actividad laboral alguna, excluido del ámbito protector contributivo (y que genera derecho a prestaciones tanto de asistencia social como económicas no contributivas); ii) en cuanto a beneficiario indirecto dependiente de un titular principal, que sí pertenece a dicho ámbito de aplicación; iii) o como titular directo por realizar o haber realizado una actividad con derecho a inclusión en el nivel contributivo (trabajador minusválido por cuenta ajena o inválido/incapacitado permanente contributivo, respectivamente) (Dueñas y Pyñeyroa, 1998, p. 210)⁷.

No soy partidario de hacer desaparecer o reducir estas políticas, sino al revés, potenciarlas, pero sí buscar un equilibrio de las políticas activas de empleo, para que aquella gente, que puede y quiere trabajar, no se le excluya del mercado laboral garantizando así su participación plena y activa en la sociedad—. Las personas con discapacidad no solo desean ver atendidas sus reivindicaciones de participación e igualdad, sino que desean vivir en una sociedad inclusiva, solidaria y justa (De Lorenzo, 2004, p. 82). Una de las fórmulas más importantes es la de promover la adaptabilidad razonable de los puestos de trabajo a las dificultades de acceso que este colectivo puede tener en el centro de trabajo.

Los sistemas de protección social no evolucionan al mismo ritmo que la creación de puestos de trabajo evitando así que determinados colectivos se queden fuera. Partiendo de que nuestro país tiende al recorte del gasto público y que somos un país centrado en los servicios, los poderes públicos no ven como el peso del sector industrial en países con sostenibilidad en la creación de empleo es directamente proporcional a la fortaleza de sus sistemas de protección social.

El concepto extensivo de la noción de “discapacidad” que predicen los juzgadores tampoco ayuda a las personas con discapacidad, porque, a medida de que crece e incluye a otros (enfermos, obesos, los reconocidos incapaces

7 Para los autores, “la condición de minusválido exige un compromiso de actuación a los poderes públicos en la consideración de su dignidad como persona y como potencial-real sujeto de una relación laboral”.

Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad

laborales), deja de centrarse en la persona con discapacidad, nublando así el tratamiento y/o hasta prostituyendo el diseño originario, pues las personas con discapacidad presentan siempre mayores dificultades de inclusión laboral y es un grupo que sigue quedando orillado, lejos del trabajo (Serrano, 2021, p. 297).

Debemos huir del concepto caritativo de la discapacidad. La Seguridad Social cumple una importante función de compensación en relación con las personas con discapacidad y sus minusvalías, debiendo adaptarse a las nuevas circunstancias y avances, dando respuesta a nuevos problemas como la dependencia. Las normas de Seguridad Social no facilitan la compatibilidad entre trabajo y cobertura a las personas con minusvalías que desean incorporarse o permanecer en la vida activa, como medio más adecuado para una plena realización personal: compatibilizar el trabajo y la conservación de los derechos y su perfección por la correspondiente cotización no resulta fácil en nuestra Seguridad Social (Cabra, 2004, p. 39).

Para superar la discriminación por razón de discapacidad, el ajuste razonable es una medida estrella en la que el legislador debe poner más su acento, suprimiendo barreras que faciliten el desempeño de las funciones laborales. Sin él, el empresario, la administración o la propia ley se enfrentan a la consideración de esa ausencia como una discriminación por discapacidad y, por tanto, ser considerada como una violación de un derecho fundamental (Serrano, 2021, p. 313).

II. LOS AJUSTES RAZONABLES

1. SU DEBATIDO CONCEPTO

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de Naciones Unidas⁸,

8 Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre del 2006, firmado el 23 de noviembre del 2007, y con entrada en vigor el 3 de mayo del 2008 (BOE núm. 96, del 21 de abril del 2008). La convención es el cuerpo normativo más relevante en el ámbito de la discapacidad.

supone la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad mediante un instrumento jurídico vinculante a nivel internacional basado en el modelo social de discapacidad⁹. Establece que, con el “fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables” (artículo 5.3), entendiéndose por tales “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 2)¹⁰. La misma aborda una serie de derechos sustantivos desde la perspectiva de la no discriminación, entre los cuales se encuentra el derecho al trabajo¹¹.

Por su parte, la Recomendación núm. 168 de la OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 1983, no utiliza el término de ajuste razonable, pero indica que deben adoptarse “medidas apropiadas” para crear oportunidades de empleo en el mercado regular del empleo, incluidos incentivos económicos¹² para alentar a los empleadores a proporcionar

9 Su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (artículo 1).

10 Definición que no se limita exclusivamente al ámbito del trabajo sino a todos los ámbitos de la vida social.

11 Conforme a su artículo 27, los Estados parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás. Ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

12 Los incentivos dirigidos a fomentar la inserción laboral o contratación de personas con discapacidad son una manifestación del principio de acción o discriminación positiva, permitido por las normas comunitarias (artículo 7 de la Directiva 2000/78/CE) y nacionales (artículo 40.1 de la LGDPD) para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad “real” proclamado en el

Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad

formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas, así como a adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar tal formación y empleo (apartado 11.a), así como la eliminación gradual, en caso necesario por etapas, de las barreras y obstáculos de orden físico o arquitectónico, o relativos a la comunicación que afectan al transporte, al acceso y al libre movimiento en los locales de formación y empleo de personas inválidas (apartado 11.g).

El concepto de ajuste razonable proviene de la normativa norteamericana (*reasonable accommodation*), introducido en su sistema jurídico con la aprobación de la Equal Employment Opportunity Act de 1972 (EEOA), pero circunscrito su campo de actuación a la discriminación por motivos religiosos. Posteriormente, la primera ley que prohíbe la discriminación por discapacidad es la Rehabilitation Act de 1973, el embrión que posibilita que la normativa posterior trasladase la obligación de realizar ajustes razonables al ámbito laboral. Y finalmente, la Americans with Disabilities Act de 1990 (ADA) es la primera norma que introduce la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito privado¹³.

Conforme a la ADA, el término “discriminar a una persona calificada por motivos de discapacidad” incluye, entre otros: no realizar adaptaciones razonables a las limitaciones físicas o mentales conocidas de una persona

artículo 9.2 CE. En este sentido, véase Cavas, F. (2021). Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual. *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, p. 221.

- 13 Considerada el paradigma de ley antidiscriminatoria por motivos de discapacidad por excelencia, pues es la norma que sirve de modelo para la adopción de leyes similares en todo el mundo. De hecho, la propia Directiva 2000/78/CE está claramente influenciada por esta ley, pues adopta conceptos clave contenidos en la misma, singularmente el de ajustes razonables. La ADA no da una definición de ajustes razonables, simplemente se limita a señalar que ninguna entidad cubierta discriminará a una persona calificada por motivos de discapacidad con respecto a los procedimientos de solicitud de empleo, la contratación, promoción o despido de empleados, compensación de empleados, capacitación laboral y otros términos, condiciones y privilegios de empleo.

con una discapacidad que, de otro modo, califique y que sea un solicitante o empleado, a menos que dicha entidad cubierta pueda demostrar que la adaptación impondría una dificultad indebida en la operación del negocio de dicha entidad cubierta; o negar oportunidades de empleo a un solicitante de empleo o empleado que sea una persona calificada con una discapacidad, si dicha denegación se basa en la necesidad de dicha entidad cubierta de hacer ajustes razonables a los impedimentos físicos o mentales del empleado o solicitante (artículo 12112 (b) (5) de la misma).

Al mismo tiempo, proporciona una lista no cerrada de posibles ajustes al señalar que el término “ajustes razonables” puede incluir hacer que las instalaciones existentes utilizadas por los empleados sean fácilmente accesibles y utilizables por personas con discapacidades, así como la reestructuración del trabajo, los horarios de trabajo a tiempo parcial o modificados, la reasignación a un puesto vacante, la adquisición o la modificación de equipos o dispositivos, el ajuste o la modificaciones apropiados de exámenes, los materiales de capacitación o políticas, la provisión de lectores o intérpretes calificados, y otros adaptaciones similares para personas con discapacidades (artículo 12111 (9) de la misma).

Desde la óptica del derecho comunitario, la primera propuesta de directiva cristaliza en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁴. Esta directiva reviste gran importancia desde la perspectiva de este colectivo pues hace referencia, de manera especialmente singular, a los ajustes razonables a favor de las personas con discapacidad, cuestión clave para conseguir la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo (concepto clave en la normativa antidiscriminatoria por razón de discapacidad).

14 DOCE, núm. 303, del 2 de diciembre del 2000. Su finalidad es establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato (artículo 1).

Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad

Esta noción se fundamenta en la idea de que las sociedades en general están estructuradas conforme a patrones de normalidad, es decir, tomando como modelo una persona con capacidades físicas y mentales normales lo que erige importantes obstáculos a la participación de las personas con discapacidad. De ahí que para permitir su participación plena y efectiva en la sociedad sea imprescindible la realización de ajustes o adaptaciones que tengan en cuenta sus necesidades específicas y eliminen tales obstáculos (Cordero, 2011, p. 108).

Su artículo 5 señala que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades. Por tanto, el ajuste debe estar vinculado con el trabajo no extendiéndose a las adaptaciones que precise la persona con discapacidad en sus actividades diarias distintas al trabajo¹⁵.

El Tribunal de Justicia declara que procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo¹⁶.

15 Por tanto, un ajuste puede consistir en medidas muy variadas que pueden ser requeridas en diferentes estadios del proceso de empleo, tanto en los procesos de selección como durante el desarrollo de la relación laboral e incluso una vez finalizada esta.

16 STJUE, del 11 de julio del 2006, *Chacón Navas*, C-13/05.

Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, “medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”¹⁷. Es una enumeración ejemplificativa y que no se ha de entender de forma taxativa: del mero hecho de que la reducción de la jornada laboral no esté allí expresamente citada no se puede deducir que no esté comprendida por la directiva¹⁸. Respecto de la valoración de las medidas de ajuste, el TJUE opta por una definición amplia del concepto, señalando que incluso la enumeración que la propia Directiva 2000/78 hace en su considerando 20 no es exhaustiva y que las mismas pueden ser “de orden físico, organizativo o educativo”¹⁹.

Dicha directiva es traspuesta al derecho español por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social²⁰, que modificó la LISMI, así como la Liodau, y que, finalmente, se refundieron en la LGDPD²¹.

El artículo 2.m) de la LGDPD define los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

17 Considerando 20 de la directiva.

18 STJUE, del 6 de diciembre del 2012, C-335/11.

19 STS, del 22 de febrero del 2018 (Ecli: ES:TS:2018:757).

20 BOE, núm. 313, del 31 de diciembre.

21 Real Decreto Legislativo 1/2013, del 29 de noviembre (BOE núm. 289, de 13 diciembre). Así pues, las normas de cabecera del derecho español de la discapacidad son la CDPD y la LGDPD.

Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad

Este concepto de ajustes razonables de la LGDPD va más allá del ámbito laboral, ya que, a diferencia de la directiva, se dirige a las medidas que se deben realizar para que las personas con discapacidad puedan adaptarse al ambiente físico, social y actitudinal, sin hacer mención a ningún aspecto laboral como sí alude la directiva (Fernández, 2017, p. 198). En el ámbito laboral, señala que se deben establecer disposiciones relativas a la adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables²².

2. LA EXIGENCIA DE RAZONABILIDAD

La exigencia de razonabilidad, que acompaña a la palabra “ajustes”, no es trivial y se traduce en términos prácticos en que la obligación de realizar ajustes razonables no incluye adoptar cualquier medida, sino, única y exclusivamente, aquellas que sean razonables y debe ser entendida como la inexistencia de dificultades excesivas para el empresario, a diferencia de la carga excesiva.

El término “razonable”, a diferencia del término “ajuste” (que resulta más claro), genera cierta confusión, ya que en las diferentes legislaciones se ha interpretado de tres maneras distintas: i) en algunos Estados un ajuste es “razonable” si no implica excesivos costes o inconvenientes para el empresario; ii) en otros países “razonable” es sinónimo de efectivo en el sentido de que permite al beneficiario del mismo llevar a cabo las tareas en cuestión; y iii) en otros el ajuste sería “razonable” si es efectivo y no resulta en excesivos costes o dificultades para el empresario, esto es, debe cumplir el doble requisito de ser efectivo y no suponer una carga excesiva (Cordero, 2011, p. 138).

La razonabilidad de la medida no es definida en la LGDPD. Simplemente su artículo 66.2 da unas pautas interpretativas de lo que se puede considerar como razonable al señalar que, a efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta (como

22 Artículo 23.2.d) de la LGDPD.

circunstancias que permiten apreciar la razonabilidad) los costos de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

En este punto, sería recomendable que el legislador incorporase una conexión normativa entre los artículos 40.2 y el 66.2 de la LGDPD para que la aplicación del artículo 66.2 no presentase duda alguna en el marco de la interpretación del artículo 40.2 (que este hiciera una remisión al artículo 66.2 a efectos de valorar la razonabilidad del ajuste).

3. EL EMPRESARIO COMO SUJETO OBLIGADO A REALIZAR LOS AJUSTES

Desde un punto de vista subjetivo, la obligación de realizar ajustes razonables en el empleo se halla contemplada en el artículo 40.2 de la LGDPD, según el cual el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa. Ello en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. No se especifica demasiado en que van a consistir estas adaptaciones, por lo que habrá que presumir que debería desarrollarse este artículo a través de las oportunas disposiciones reglamentarias (Fernández, 2017, p. 204).

Es un deber empresarial que se puede ejecutar con distintas finalidades, y en cualquier momento de la relación laboral o previamente a la misma, por tanto, se configura como una obligación que se sostiene en el tiempo, y que va desde el momento previo de acceso a la relación laboral²³ hasta su extinción

23 Las personas con discapacidad tendrán derecho a un ajuste razonable de cualquier condición o elemento del sistema de provisión del puesto de trabajo vacante o de nueva creación, a fin de no situarse en situación de desventaja respecto a las personas que no tiene discapacidad. Así lo establece la STS de 12 julio 2018, FJ 2º (Ecli: ES:TS:2018:3134).

Los ajustes razonables como medida de integración laboral
de las personas con discapacidad

total²⁴ (obligación de tracto sucesivo: el empresario debe adoptar y mantener estas medidas). Así pues, el ajuste puede requerirse para candidatos a un empleo, trabajadores que están prestando sus servicios, o incluso trabajadores que han cesado en la empresa pero que tienen reconocidos determinados derechos por su antiguo empresario. Y entendemos, ante el silencio del legislador, que también tienen derecho a los ajustes, los trabajadores con discapacidad desempleados que reciben formación u orientación profesional²⁵.

Así, por ejemplo, la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad, en materia de despido, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate²⁶.

24 STJUE, del 11 de abril del 2013, Asunto C-335/11: la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador con discapacidad de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de dicha directiva.

25 Conviene recordar que el ámbito de aplicación de la directiva se aplica a todas las personas (por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos), y comprende las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción; el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas (artículo 3.1.).

26 SSTs, del 15 de mayo del 2018 (Ecli: ES:TS:2018:1244) y del 3 de mayo del 2016 (Ecli: ES:TS:2016:2351).

El sujeto beneficiario de los ajustes razonables, y que puede exigir el cumplimiento de esta obligación, es la persona con discapacidad (cualificada para el empleo que se trate), que preste o vaya a prestar servicios para la empresa u organización obligada a realizar el ajuste, o incluso el trabajador que adquiera dicha condición a lo largo de la relación laboral²⁷. La exigencia del reconocimiento legal de la situación de discapacidad como condición para la aplicabilidad de los ajustes razonables, es discutible desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, y por tanto no debería exigirse que la discapacidad esté oficialmente reconocida mediante un certificado de discapacidad o similar, ya que el deber de adaptación debe estar condicionado a exigencias de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En este sentido, es muy importante destacar que el Tribunal de Justicia²⁸ señala que el artículo 2 de la directiva debe interpretarse en el sentido siguiente:

- La práctica de un empresario, consistente en abonar un complemento salarial a los trabajadores con discapacidad que hayan presentado su certificado de discapacidad después de una fecha elegida por dicho empresario y no a los trabajadores con discapacidad que hubieran presentado dicho certificado antes de esa fecha, puede constituir una discriminación directa cuando resulte que dicha práctica se basa en un criterio indisolublemente vinculado a la discapacidad, en la medida de que puede hacer definitivamente imposible que cumpla este requisito temporal un grupo claramente identificado de trabajadores, integrado por el conjunto de los trabajadores con discapacidad, cuyo empresario conocía necesariamente la situación de discapacidad en el momento en el que estableció esa práctica.

27 Si el trabajador no acredita su condición de persona con discapacidad, ello validaría el no cumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables, que podría extenderse hasta que, en un plazo prudencial, se demostrase que la situación del trabajador es asimilable al concepto de persona con discapacidad.

28 STJUE, del 26 de enero del 2021, Asunto C-16/19: *la práctica de un empresario consistente en abonar un complemento salarial únicamente a los trabajadores con discapacidad que hayan presentado un certificado de discapacidad después de una fecha que él mismo haya elegido puede constituir una discriminación directa o indirecta por motivos de discapacidad.*

Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad

- La citada práctica, aunque aparentemente neutra, puede constituir una discriminación indirecta por motivos de discapacidad cuando resulte que ocasiona una desventaja particular a trabajadores con discapacidad en función de la naturaleza de su discapacidad, en particular de su carácter ostensible o de que dicha discapacidad requiera ajustes razonables de las condiciones de trabajo, sin estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y sin que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios.

Ahora bien, nada el legislador sobre aquellos trabajadores sin discapacidad, pero con familiares con discapacidad, y la posibilidad de que puedan exigir el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

Respecto del sujeto obligado a proporcionar los ajustes, observamos que la directiva menciona únicamente al empresario, dejando fuera a sindicatos, agencias de colocación o entidades que imparten formación profesional. En todo caso por empresario debemos entender, ya que la directiva se aplica tanto al sector público como al privado, el empresario privado, las empresas públicas y las Administraciones Públicas. Conviene matizar la naturaleza reactiva del deber empresarial de realizar los ajustes y que exige que sea el propio trabajador el que comunique la necesidad de proceder a la adaptación del puesto de trabajo.

El artículo 40.2 de la LGDPD, al igual que el artículo 5 de la Directiva 2000/78, hablan con el término amplio de “medidas adecuadas”, como expresión equivalente a ajustes razonables: la expresión “ajustes razonables” simboliza la denominación de la obligación empresarial (artículo 2.m. de la LGDPD) y el término “medidas adecuadas” es su concreción material en el ámbito del empleo (artículo 40.2 de la LGDPD). Expresión que debe cumplir con un requisito —a saber, la adecuación con relación a las necesidades concretas de cada situación, necesidades de la persona que solicita el ajuste, excluyendo así necesariamente el análisis del impacto que puede generar en la organización la medida concreta—. Ahora bien, esta adecuación debería incluir los efectos que suponen en el marco de la organización o empresa en la que se implementan, sorteando así el planteamiento individualista que han señalado algunas voces autorizadas en la materia (Cordero, 2011, p. 137).

Ahora bien, es importante realizar una evaluación inicial que detecte el ajuste necesario en cada situación concreta, lo cual puede plantear conflictos entre empleador y trabajador. Ante el silencio del legislador, sería aconsejable una normativa sobre el procedimiento en el que se ofrecieran pautas para la detección del ajuste más conveniente y un sistema de resolución de las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado, además del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74 de la LGDPD²⁹.

4. LA CARGA EXCESIVA COMO CONCEPTO INDETERMINADO

La obligación de efectuar ajustes razonables no es absoluta, ya que entran en conflicto los intereses de ambas partes, sino que tiene un importante límite: que la realización del ajuste no suponga una carga excesiva o desproporcionada para la empresa (hay que conciliar el interés empresarial con la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad). El concepto de “carga excesiva” se encuentra íntimamente unido al de “ajuste razonable”, porque se puede inducir que en el momento que el ajuste del puesto de trabajo implique una carga excesiva para el empresario, dejará de ser razonable (ahora bien, el análisis de la carga excesiva siempre es posterior e independiente al de la razonabilidad del ajuste) (Fernández, 2017, p. 206).

No obstante, la noción de “carga excesiva” es un concepto jurídico indeterminado, ya que no se establece una definición, sino que, normalmente, se mencionan una serie de factores que han de ser tenidos en consideración para determinar su existencia. Al igual que la identificación del ajuste, la determinación de la carga excesiva requiere un análisis individualizado de las circunstancias concretas de cada caso.

29 Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva, con carácter vinculante y ejecutivo y para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito. Todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

Los ajustes razonables como medida de integración laboral
de las personas con discapacidad

La ADA contiene una regulación detallada de la carga excesiva. El término “dificultad excesiva” significa una acción que requiere una dificultad o gasto significativo, teniendo en cuenta una serie de factores a considerar entre los que se encuentran la naturaleza y el costo del alojamiento necesario; los recursos financieros generales de la instalación o las instalaciones involucradas en la provisión de los ajustes razonables; el número de personas empleadas en dicha instalación; el efecto sobre los gastos y recursos u otro tipo de impacto del ajuste sobre el funcionamiento de la empresa; el tamaño del negocio de la empresa respecto al número de sus empleados (así como el número, el tipo y la ubicación de sus instalaciones); y el tipo de actividad o actividades de la empresa, incluyendo la composición, estructura y funciones de la plantilla³⁰.

Por su parte, la Directiva 2000/78 también menciona algunos factores al señalar que, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costos financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda³¹.

En el derecho español, para determinar si una carga es excesiva, se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa³². Por tanto, el coste del ajuste y la capacidad financiera de la empresa (y su tamaño) son los factores claves para la evaluación de la carga excesiva. La existencia de lagunas normativas sobre estos conceptos revela la necesidad de desarrollar reglamentariamente su caracterización y su interacción con los demás factores que determinan la carga excesiva.

30 Artículo 12111 (10).

31 Considerando 21 de la Directiva 2000/78.

32 Artículo 40.2, párrafo segundo LGDPD.

La obligación de efectuar ajustes razonables es una obligación de hacer, ya que es precisamente la inacción o pasividad del empresario la que se califica como discriminatoria³³ y el legislador español no se ha pronunciado de forma explícita sobre la calificación que merece el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables, dado que el incumplimiento del deber de efectuar ajustes razonables en un caso concreto presenta aspectos tanto de la discriminación directa como de la indirecta así como rasgos propios, el enfoque más adecuado sería considerar dicho incumplimiento como una forma de discriminación *sui generis* (forma de discriminación con entidad propia), distinta de otras formas de discriminación pese a las conexiones existentes entre ellas (Cordero, 2011, pp. 153-154). Por tanto, no se definen las circunstancias que integran esta exención legal del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

III. CONCLUSIONES

Hay que estimular a empleadores, interlocutores sociales, organismos públicos a realizar ajustes razonables en las empresas para dar cabida a las personas con discapacidad: medidas para diseñar y adaptar los lugares de trabajo para que sean accesibles a las personas con discapacidad; promover el desarrollo y la utilización de las nuevas tecnologías, herramientas y equipos auxiliares, y facilitar su acceso; aunar esfuerzos en servicios de formación, colocación y apoyo como asistencia personal y servicios de interpretación; y llevar a cabo campañas de sensibilización para superar los prejuicios sociales hacia los trabajadores con discapacidad.

La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad se caracteriza por ser un deber empresarial multinivel (para acceder al empleo, desempeñar el trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, delimitación que incluye prácticamente la totalidad de las vicisitudes de la relación laboral) y de tracto sucesivo (se mantiene en deber

33 Artículo 63 de la LGDPD: “Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan [...] incumplimientos de las exigencias [...] de realizar ajustes razonables”.

Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las personas con discapacidad

de realizar ajustes razonables a lo largo de toda la relación laboral e incluso previamente con el objetivo de acceder al empleo).

El TJUE asume la responsabilidad de la implementación judicial del modelo social de tratamiento de la discapacidad y actúa como órgano que guía su interpretación. Matiza que debe ser el propio trabajador quien comunique la necesidad de proceder a la adaptación del puesto de trabajo como manifestación. Su omisión justificaría el no cumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables.

Finalmente, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo de las personas con discapacidad es una conducta empresarial discriminatoria, que debe ser calificada como discriminación, *sui generis* y distinta de otras formas de discriminación.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cabra de Luna, M. A. (2004). Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (50), 21-46.
- Cavas, F. (2021). Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual. En F. J. Fernández Orrico, *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch.
- Cordero Gordillo, V. (2011). *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Cuenca Gómez, P. (2011). Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad. *Papeles: el Tiempo de los Derechos*, (3).

- De Lorenzo, R. (2004). El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (50), 73-90.
- Dueñas, L. J. y Pyñeyroa, A. J. (1998). *La seguridad social de los minusválidos. Empleo y Minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps.
- Escudero, A. y Serrano, N. (1998). *El acceso al empleo de las personas discapacitadas en el derecho internacional, derecho interno y derecho comparado. Tratamiento especial de los centros ocupacionales. Empleo y Minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps.
- Fernández Orrico, F. J. (2017). *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*. Editorial Aranzadi.
- López-Romero, M.^a P. y Hernández, J. A. (1998). *La cesión de trabajadores minusválidos, en Empleo y Minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps.
- Martínez, A. L. (2021). El concepto de discapacidad. Implicaciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para la Legislación Laboral Española. En F. J. Fernández Orrico, *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez, C. (2021). Especialidades en la discapacidad: empleo protegido y perspectiva de género. En F. J. Fernández Orrico, *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch.
- Serrano, N. (2021). La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria. En F. J. Fernández Orrico, *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch.

Eduardo Esteban Magoja

Por:
Eduardo Esteban
Magoja**

*EQUIDAD, ARBITRAJE Y AMISTAD
EN LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE
ARISTÓTELES**

καὶ τοὺς μὴ μνησικακοῦντας, μηδὲ φυλακτικοὺς τῶν ἐγκλημάτων, ἀλλ' εὐκαταλλάκτους· οἷους γὰρ ἂν ὑπολαμβάνωσιν εἶναι πρὸς τοὺς ἄλλους, καὶ πρὸς αὐτοὺς οἶονται.

[Se quiere como amigos] también a los que no son rencorosos ni a los que preservan los reproches, sino que están bien dispuestos a la reconciliación, pues creen que como son con los demás, así también serán con ellos mismos.

Aristóteles, *Rh.* 1381b4-6.

Resumen

En el libro V.10 de *Ética Nicomaquea*, Aristóteles dice que la ley (*nómos*) regula los casos de forma general y los jueces (*dikastai*) tienen que ocuparse de situaciones particulares, pero, cuanto en esta tarea la ley no regula con corrección el caso, ellos deben rectificarla con vistas a alcanzar una decisión justa. Esta es la estructura de

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación UBACYT (2020-2023) “Representar el *páthos*. Dinámicas emocionales y regulaciones afectivas en los testimonios literarios e iconográficos de la antigua Grecia”, acreditado y financiado por la Universidad de Buenos Aires, dirigido por el Dr. Emiliano J. Buis y co-dirigido por la Dra. Elsa Rodríguez Cidre.

** Abogado, Licenciado en Filosofía y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña como Docente del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: magojaeduardo@gmail.com

Recibido: 31 de octubre del 2022

Aceptado: 16 de noviembre del 2022

la equidad (*epieikeia*), a la que caracteriza como “una rectificación de la justicia legal” (1137b12-13). Sin embargo, en *Retórica* (1374b20-22) el filósofo afirma que quien es equitativo prefiere someter el conflicto a un arbitraje antes que a un juicio. Incluso, agrega que mientras el juez mira la ley, el árbitro mira la equidad y que precisamente por esta razón es que se inventó tal institución.

El objetivo de este trabajo es elucidar la razón por la cual Aristóteles cree que el arbitraje es más equitativo. Mediante una metodología que entrecruza un enfoque histórico y filosófico, se ha buscado demostrar que la *differentia specifica* de la equidad en el arbitraje, y su distinción con la equidad judicial, radica en su capacidad de promover la amistad (*philia*).

Abstract

In *Nicomachean Ethics* Book V.10, Aristotle says that the law (*nomos*) regulates cases in a general way and the judges (*dikastai*) have to deal with particular situations, but, when the law does not regulate properly the case, they must rectify it to reach a just decision. This is the structure of equity (*epieikeia*), which he characterizes as “a rectification of legal justice” (1137b12-13). However, in *Rhetoric* (1374b20-22), the philosopher states that the equitable person prefers to submit the conflict to arbitration rather than to court. In addition, he says that the judge looks at the law, but the arbitrator sees what is equitable, and for this reason arbitration has been invented.

This paper aims to elucidate the reason why Aristotle believes that arbitration is more equitable. By using a methodology that combines a historical and philosophical approach, we have tried to show that the *differentia specifica* of equity in arbitration, as well as its distinction from judicial equity, consists in its capacity to promote friendship (*philia*).

Palabras clave: arbitraje, amistad, equidad, justicia, Aristóteles

Keywords: arbitration, friendship, equity, justice, Aristotle

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA AL JUICIO. III. ARBITRAJE, RECONCILIACIÓN Y LA IDEOLOGÍA DE LA AMISTAD. IV. EL ARBITRAJE COMO ESPACIO DE UNA JUSTICIA “AMIGABLE”. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

En el libro V.10 de *Ética Nicomaquea*, Aristóteles dice que la ley (*nómos*) debe ser soberana en todos los aspectos generales de la vida comunitaria, que los jueces (*dikastai*) tienen que ocuparse de los casos particulares y que cuando en esta tarea la ley no regula con corrección el asunto, ellos deben rectificarla con vistas a alcanzar una decisión justa. Esta es básicamente la estructura de la equidad (*epieikeia*) a la que caracteriza como “una rectificación de la justicia legal” (*ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου*) (1137b12-13).¹ Sin embargo, en un breve pasaje de *Retórica* (1374b20-22), el filósofo realiza una conexión entre equidad y arbitraje (*diáita*), y dice que quien es equitativo prefiere someter el conflicto “a un arbitraje” (*εἰς δίαιταν*) antes que “a un juicio” (*εἰς δίκην*). Asimismo, agrega que mientras el juez mira la “ley” (*νόμον*), “el árbitro mira lo equitativo” (*ὁ γὰρ δίαιτητῆς τὸ ἐπιεικὲς ὄρῳ*) y que por esta razón es que se inventó la institución del arbitraje. Estos son todos los datos que Aristóteles nos ofrece respecto al tema, de manera que las razones de por qué el arbitraje es un espacio en donde se da con mayor fuerza la equidad son un tanto oscuras.

La teoría de la equidad de Aristóteles en el campo judicial es algo de lo que se ha escrito bastante.² Pero la elucidación de aquel punto sobre el arbitraje no es uno de aquellos que haya preocupado a la literatura especializada en general. No encontramos mucho más que unos pocos trabajos específicos³ y algunas breves anotaciones en las traducciones y ediciones comentadas.⁴ Estamos, pues, frente a un terreno que no solo ofrece grandes desafíos interpretativos, sino que, al ser poco explorado, no es tan fácil de transitar. Sin embargo, a pesar de tal dificultad, creemos que se puede ofrecer una respuesta al problema.

1 Las ediciones de los textos aristotélicos y de otros autores clásicos que usamos en este trabajo se consignan en la bibliografía, en la sección correspondiente. Se aclara que todas las traducciones del griego al español son propias.

2 A modo de ejemplo encontramos los trabajos de Chroust (1942), D'Agostino (1973), Georgiadis (1987), Shiner (1994), Brunshwig (1996), Gardner (2000), Beever (2004) y Vega (2013 y 2014a y b), entre muchos otros.

3 Shanske (2008) y Sucre (2013).

4 Grimaldi (1980) y Reeve (2018), entre otros.

Sobre la base de las investigaciones de Shanske (2008) y Sucre (2013), nuestro trabajo tiene el propósito de demostrar la *differentia specifica* de la equidad en el arbitraje y su distinción con la equidad judicial mediante varios movimientos que involucran ir del contexto al texto aristotélico mismo. Se busca dar cuenta que, a diferencia de estar en una corte, en el arbitraje la identificación de lo justo se puede hacer mejor porque no hay que mediar el caso con una regla rígida fijada por la ley y porque, además, se tiene como horizonte privilegiado a la *philia*, la cual representa un lazo más profundo que la justicia y de la que irradia la eticidad a todos los planos de la vida comunitaria⁵.

En lo que respecta a la estructura del trabajo, seguiremos los siguientes pasos. En primer lugar, realizaremos una breve descripción de la institución del arbitraje en la Atenas clásica. En segundo lugar, observaremos cómo este dispositivo de resolución de conflictos se estructura en función del valor de la amistad. Esto nos permitirá, en un tercer movimiento, explorar la caracterización de la institución como más equitativa a la luz de algunos rasgos de la teorización de la *philia* en Aristóteles. Así, tras destacar la naturaleza de la equidad en el arbitraje, pasaremos a las conclusiones.

II. EL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA AL JUICIO

En una comunidad bien ordenada y en la que se busca mantener un espacio de convivencia pacífica, se espera que los ciudadanos resuelvan los conflictos producidos entre ellos sin violencia. Esto no sería posible sin una institución esencial: el juez, es decir, un tercero imparcial que decida cómo se debe resolver el problema entre las partes. Sin duda, una comunidad deja de ser violenta si cuenta con esa figura autoritativa que ponga, de ese modo, un freno a la venganza ilimitada. Esto está muy bien representado en *Euménides* de Esquilo, donde se muestra que, con la conformación de un tribunal de ciudadanos para juzgar a Orestes por el asesinato de Clitemnestra, se pone fin a la persecución de las Erinias y la venganza se sustituye por la justicia, razón

5 Sinnott (2007: lxvi).

y argumentación⁶. Tan importante es la institución del juez que, por ejemplo, Platón (*Lg.* 766d3-4) decía que “sin duda toda *pólis*, en la que los tribunales de justicia no estuvieran instituidos convenientemente, se volvería ápolis” (πᾶσα δὲ δῆπου πόλις ἄπολις ἂν γίγνοιτο, ἐν ἧ δικαστήρια μὴ καθεστῶτα εἶη κατὰ τρόπον).

Alejada del desorden y la ilegalidad de la barbarie, la democracia ateniense de los siglos V y IV a. C. celebraba y defendía el imperio de la ley⁷ y garantizaba a todo ciudadano que consideraba haber sufrido un agravio la posibilidad de someter el conflicto, ya sea mediante una acción privada (*dike*) o una pública (*graphé*),⁸ ante un tribunal de justicia. Sin embargo, a pesar de contar con esta posibilidad, muchas veces no era necesario llegar a semejante instancia, con todos los problemas y riesgos que ello implicaba⁹. Al contrario, recurrir al diálogo o una negociación previa, siguiendo ciertas formalidades, podía ser una alternativa eficaz e incluso con mejores resultados para ambas partes. A este respecto, se destaca la institución del arbitraje, sobre la cual sabemos que en la Atenas clásica había dos tipos: uno privado y otro público. Sin entrar en todos sus detalles,¹⁰ observemos de qué tratan ambas variantes.

6 Havelock (1983: 344).

7 Romilly (2004 [1971]), Ostwald (1986), Ober (1989, pp. 299-304), Cohen (1995, pp. 34-57) y Harris (2006b, pp. 157-181), entre otros muchos autores.

8 La *dike*, reservada a los parientes de la víctima, y la *graphé*, disponible para todo ciudadano, constituían las dos principales acciones. Sin embargo, se subdividían en distintas clases de acuerdo con la materia que versaba el proceso, como, por ejemplo, la *dike phónou* (acción contra un homicidio), la *graphè asébeias* (acción contra impiedad) o la *graphè kakóseos gonéon* (acción contra el maltrato de los ascendientes). De forma paralela, también existían otras acciones públicas: *éndexis*, *ephégesis*, *phásis*, *apographé*, *probolé*, *dokimasía*, *euthýnai*, *eisangelía*, *apóphasis* y *apagogé*. En relación con cada uno de estos tipos de procedimientos, véase Harrison (1971, p. 74 y ss.).

9 Un juicio podía ser muy lento. Además, la parte perdedora tenía que pagar una multa bastante onerosa que, en asuntos público se elevaba considerablemente (hasta 1000 dracmas). En este último caso, también corría el riesgo de recibir penas muy severas, como exilio, confiscación de bienes y muerte. Cfr. Roebuck (2001, p. 348) y Kapparis (2019, p. 226).

10 Al respecto, véase Bonner (1916), Harrell (1936), Gernet (1939), Harrison (1971, pp. 64-68), MacDowell (1978, pp. 203-211), Roebuck (2001), Phillips (2013, pp. 35-36), Harris (2018) y Kapparis (2019, pp. 225-227), entre otros.

En el arbitraje privado, como indica la propia expresión, la voluntad de someter el conflicto a la autoridad del árbitro era una decisión pura y exclusiva de los ciudadanos. En caso de que acordaran recurrir a esa figura, que podía estar compuesta por uno o varios árbitros¹¹, el procedimiento comprendía dos pasos (Harris, 2018, p. 24). En primer lugar, el árbitro, luego de que las partes fijaran las condiciones del arbitraje, intentaba reconciliarlas (*diálláttein*). Si ambos litigantes aceptaban una solución consensuada, realizaban un juramento respecto a su cumplimiento y los términos fijados. Si no se llegaba a una reconciliación, el árbitro preguntaba a los intervinientes si jurarían aceptar la decisión que él eventualmente tome, cualquiera sea.¹² En caso de tener una respuesta positiva, emitía una resolución y el problema se daba por cerrado (p. 24). Era muy importante que antes de realizar su pronunciamiento, el árbitro también realizara un juramento; en caso contrario, la decisión no era válida.¹³ Una vez llegado a este punto, con la previa aceptación de las partes, el caso no podía ser llevado a juicio.¹⁴ Esto es muy razonable, ya que si ambos expresaron su voluntad de someterse al proceso y de aceptar la decisión del árbitro como final, se esperaba que cumplieran con lo acordado y actuaran como si se tratara del veredicto de una corte.¹⁵

Muy probablemente para evitar la excesiva litigiosidad en los tribunales —lo cual, por cierto, era algo que caracterizaba a la Atenas clásica frente al resto de las ciudades griegas—¹⁶ y como un intento de “combinar las ventajas

11 Dem. 33.14 y 34.18.

12 Is. 5.31.

13 Dem. 20.58 y 52.30.

14 Lo que podía suceder, claro está, es que haya un incumplimiento de algunas de las partes de lo acordado en el arbitraje y, en tal caso, el perjudicado podía, por ejemplo, iniciar una acción por daños (*dike blábes*). Cfr. Scafuro (1997, p. 129).

15 MacDowell (1978, p. 209). Al respecto, Demóstenes (21.94) cita una ley, de dudosa existencia, que dice que, una vez elegido el árbitro de común acuerdo, las partes debían atenerse a su decisión sin posibilidad de sustanciar los mismos hechos ante una corte.

16 En lo que respecta a este punto, véase Lanni (2006, p. 79). Sin ir más lejos, Tucídides (I.77.1) llamaba a los atenienses *philódikoi* (“amantes de los juicios”).

de ambos tipos de resolución de disputas y evitar las trampas de cada uno”¹⁷, se estableció alrededor del 400 a. C. la institución del arbitraje público.¹⁸ A diferencia de la variante privada, las partes eran obligadas a someter el caso, antes de ir a un juicio, a dicha institución, incluso contra su voluntad.¹⁹ Los árbitros públicos intervenían en la mayoría de los casos en los que tenía competencia un grupo de magistrados llamados “los Cuarenta”²⁰, quienes eran ciudadanos de 60 años (momento en el cual terminaba su obligación de prestar servicio militar)²¹. Ser árbitro era una obligación y solo se estaba exento si se desempeñaba otra magistratura o se estaba fuera de la ciudad. De no prestar dicho servicio, el infractor podía ser pasible de la pena de *atimía* (pérdida de derechos ciudadanos).²²

El proceso del arbitraje público seguía los siguientes pasos. Una vez que alguien sometía un caso a la jurisdicción de los Cuarenta, estos magistrados los repartían a los árbitros que se hallaban inscriptos. Con posterioridad a su designación, el árbitro, al igual que sucedía con el arbitraje privado, buscaba, en primer lugar, reconciliar a las partes y, si no se llegaba a acuerdo alguno, emitía una decisión.²³ Si uno de los litigantes no estaba de acuerdo con la resolución emitida, tenía la posibilidad de llevar el caso a una corte. En este supuesto, los documentos presentados en el arbitraje (leyes, decretos, contratos, testimonios, etc.) se resguardaban en unos jarros (*ekhinoi*) —uno para el demandante y el

17 Harris (2018, p. 224).

18 MacDowell (1978, p. 207).

19 MacDowell (1978, p. 207). Sobre el arbitraje público, véase también Scafuro (1997, pp. 35-37), Harrison (1971, pp. 66-68), Todd (1993, pp. 128-129) y Lanni (2006: p. 36), entre otros.

20 También se los llamaba “jueces por demos”. Después del 399 a. C., su número fue elevado de 30 a 40 (de ahí su nombre), dejaron de ser itinerantes y fueron reubicados en Atenas. Se encargaban de supervisar todos los juicios que implicaban arbitraje público obligatorio, los cuales en su mayoría eran de naturaleza privada. Cfr. MacDowell (1978, pp. 206-207) y Phillips (2013, p. 14).

21 MacDowell (1978, p. 207).

22 Arist. *Ath.* 53.5.

23 Arist. *Ath.* 53.2.

otro para el demandado—, y tras sellarlos y colgar escrita la decisión del árbitro en una tablilla, se los entregaban a los cuatro miembros de los Cuarenta que pertenecían a la tribu del demandado. Estos presentaban luego el caso a un tribunal, que podía estar integrado por un número que iba de los 201 jueces hasta los 401, dependiendo del monto dinerario que estaba en juego. Los litigantes no podían usar en el juicio ninguna evidencia nueva más que la introducida en los jarros. Según MacDowell (1978, p. 209), el propósito de esta regla era buscar que ellos se tomen el arbitraje en serio; de lo contrario, alguno o ambos podrían eludir el deber de presentar el caso correctamente ante el árbitro bajo la creencia de que de todas maneras podían ganarlo en un juicio.

Hay un rasgo común entre el arbitraje privado y el público que nos interesa destacar y es que el árbitro no estaría sujeto a resolver de acuerdo con lo que diga la ley²⁴, salvo que sea, en la versión privada, uno de los términos fijados por las partes. Entonces, se tratarían, dicho con una terminología actual, de “arbitrajes de equidad” y no de “arbitrajes de derecho”. Hay al menos dos argumentos que se complementan entre sí para sostener esta interpretación. En primer lugar, apelar a una ley en un juicio es algo facultativo de las partes y los jueces no siempre ni necesariamente deben resolver de acuerdo con ella; entonces, *a fortiori*, en un arbitraje tampoco tendría un papel central ni condicionante. Semejante aspecto surge cuando Aristóteles enmarca la ley dentro de las pruebas “no técnicas” (ἄτεχνοί) de derecho y la equipara dándole un *status* similar a otros cuatro tipos de pruebas: los testigos, los contratos, las confesiones bajo tortura y los juramentos. Esta equiparación, por cierto, también está presente en el momento en que Aristóteles dice que los litigantes en un arbitraje público deben depositar en jarros los testimonios, las leyes y otros elementos de prueba²⁵.

El derecho de invocar o no una ley también parece estar presente, además, cuando en la misma obra Aristóteles analiza cómo ella debe emplearse. Al respecto, sostiene que si la “ley escrita” (γεγραμμένος) no es favorable al caso,

24 Este punto no está claro y se han ofrecido distintas interpretaciones. Al respecto, véase Scafuro (1997, p. 137), quien defiende un punto de vista ecléctico según el cual los árbitros en sus decisiones combinaban argumentos legales y argumentos de equidad.

25 Arist. *Ath.* 53.2.

se debe recurrir a la “ley común y a [argumentos] de equidad como más justos” (τῷ κοινῷ χρηστέον καὶ τοῖς ἐπιεικέσιν ὡς δικαιότεροις)²⁶. Sin ir más lejos, señala que la fórmula del juramento de los jueces que ordena decidir “con el mejor juicio” (γνώμη τῆ ἀρίστη) significa precisamente eso: que no hay que servirse en exclusividad de las leyes escritas.

Según Aristóteles, entonces, las partes y los jueces tenían la posibilidad de apartarse, en la construcción de sus alegatos y a la hora de juzgar respectivamente, de la ley positiva de la ciudad. En su lugar, podían recurrir a la ley común, la cual es identificada por el propio filósofo con lo “justo” (δίκαιος), lo “conforme a la naturaleza” (κατὰ φύσιν) y con la “ley no escrita” (νόμος ἄγραφος). Así, la ley escrita, lejos de constituir un mandato vinculante en la resolución de los conflictos, se limitaba a indicar una serie de pautas que los jueces y los litigantes podían seguir o no: era ni más ni menos que una herramienta de prueba que, como tal, resultaba facultativa.²⁷ En definitiva, se puede afirmar, siguiendo a Buis (2015), que en Aristóteles “si la *pístis éntekhnos* por excelencia es la argumentación retórica [...], lo fundamental en el alegato no era la identificación de una ley que pudiera englobar la conducta delictiva imputada sino la construcción argumentativa de un razonamiento capaz de llevar al jurado hacia un voto favorable” (p. 68).

Un segundo argumento por el cual en el arbitraje no se impone la aplicación de la ley se apoya en el pasaje 1374b20-22 de *Retórica*. En esta oportunidad, como adelantamos en la introducción, Aristóteles habla de dicha institución junto con la equidad y dice que el árbitro mira lo equitativo, mientras que el juez la ley. Esto daría cuenta de que el árbitro no tenía que manejarse con toda fidelidad con un sistema de normas jurídicas, sino que se encontraba liberado de tal condición y, por eso, podía centrarse en la recomposición del conflicto ateniéndose fundamentalmente a los hechos, su saber y experiencia y los intereses en juego. Muy probablemente, los árbitros mediaban y decidían

26 Rh. 1375a28-29.

27 Todd (1996, p. 125).

de acuerdo con el mérito que encontraban en los intervinientes²⁸, esto es, con aquello que los hacían merecedores de un bien (recibir una compensación) o de una carga (tener que resarcir a la contraparte).

Queda claro, a la luz de esta conceptualización simplificada del arbitraje, en qué consiste la institución en la Atenas clásica y, asimismo, que esta, a diferencia de lo que sucede en la actualidad con un arbitraje de derecho, no se caracterizaba por implementar la ley en un entorno informal, sino que ofrecía una alternativa más provechosa que la mera aplicación de una norma general a un caso en concreto. Con este desarrollo, estamos en condiciones de pasar a elucidar por qué para Aristóteles constituye un acto equitativo someter un conflicto a un arbitraje antes que dirimirlo en un juicio. Analizaremos que la clave para entender semejante valoración, como hemos anticipado, descansa en el hecho de que el arbitraje utiliza las normas de la amistad para acercar a las partes a un acuerdo común con el fin de llegar a una reconciliación en la cual ambas salgan ganando y no haya vencedores o perdedores.

III. ARBITRAJE, RECONCILIACIÓN Y LA IDEOLOGÍA DE LA AMISTAD

En función de los propósitos fijados, y el interés específico de centrarnos en la interpretación de un pasaje en concreto del texto aristotélico, parece bastante razonable, como primera medida, reponer muy brevemente un poco el contexto en el que Aristóteles traza el vínculo entre la equidad y el arbitraje, y pasar a transcribir la sección en la que realiza la relación. Hay que señalar, ante todo, que ello no sucede en un contexto de teorización tan desarrollado como el que se ofrece en *Ética Nicomaquea* (V.10), sino que es algo que se hace un tanto al pasar. Más precisamente, Aristóteles realiza el vínculo entre equidad y arbitraje al ofrecer una enumeración de actos que, según entiende, pueden ser tildados de equitativos. Así, el estagirita dice que es propio de la equidad: las situaciones que ameritan una disculpa; mostrarse indulgente con las cosas humanas; mirar al legislador antes que a la ley, a su inteligencia y no a la letra, y a la intención en lugar del hecho; considerar el todo y no la parte; tener en

28 Roebuck (2001, p. 358).

cuenta cómo era uno la mayoría de las veces y no en un caso puntual; y valorar más, por un lado, los bienes recibidos antes que los males y, por el otro, los favores recibidos que los realizados. A esta enumeración, añade en 1374b18-22 como último supuesto a la equidad en el arbitraje de la siguiente manera:

καὶ τὸ ἀνέχεσθαι ἀδικούμενον. καὶ τὸ μᾶλλον λόγῳ ἐθέλειν κρίνεσθαι ἢ ἔργῳ. καὶ τὸ εἰς δίκαιον μᾶλλον ἢ εἰς δίκην βούλεσθαι ἰέναι· ὁ γὰρ δαιτητῆς τὸ ἐπιεικὲς ὄρᾳ, ὁ δὲ δικαστῆς τὸν νόμον, καὶ τούτου ἔνεκα δαιτητῆς εὐρέθη, ὅπως τὸ ἐπιεικὲς ἰσχύη.

Y [es propio de la equidad] soportar a quien comete una injusticia, preferir juzgarlo más de palabra que de hecho y desear someter [el caso] más a un arbitraje que a un juicio; pues el árbitro mira lo equitativo, mientras que el juez la ley, y a causa de esto se inventó el árbitro, a fin de que prevaleciese lo equitativo.

Lo primero que cabe destacar es que la expresión de Aristóteles que dice que los hombres equitativos prefieren “consentir en someter la cuestión a un arbitraje” indicaría que el filósofo tiene en mente la variante privada de la institución antes que la pública. Es muy probable que Aristóteles se refiera a ella en virtud de que, al tratarse de una decisión conjunta y voluntaria de las partes, se encarna con mayor fuerza la equidad y se la eleva a un nivel más alto que si fuese un arbitraje impuesto de forma compulsiva por la ley. Teniendo en miras este tipo de arbitraje, pasemos a indagar su conexión con la equidad, y su caracterización de “más equitativo”.

Los primeros pasos de nuestro trabajo interpretativo los marca Shanske (2008), quien ofrece cuatro lecturas posibles sobre el pasaje en cuestión. En primer lugar, dice que hay una relación directa con la costumbre que tomaban los litigantes atenienses, quienes preferían resolver el conflicto sin necesidad de ir a un tribunal de justicia²⁹ (pp. 361-362). En segundo lugar, sostiene que se puede ver una suerte de consejo acerca de cómo apelar al *êthos* del tribunal. Los atenienses se veían a sí mismos como una *pólis* que demostraba *epieikeia*, de manera que la referencia a ella servía para colocar a los jueces en un cierto

29 En igual sentido, Roebuck (2001) en su interpretación del pasaje aristotélico afirma que “esto proporciona la mejor evidencia posible de las expectativas que un ciudadano ateniense podría tener del arbitraje en ese momento” (p. 178).

estado mental favorable al orador. Una tercera lectura es que Aristóteles destaca mediante la equidad un valor real asociado con la élite aristocrática que tendía a litigar en Atenas, a la cual el filósofo suscribiría. Según esta visión, el pasaje apelaría a una costumbre ligada con ese estrato social, respecto a la cual para el filósofo sería bueno que se utilice dado su valor instrumental y que sus estudiantes adscriban a ella y sean hombres de *epieikeia*. Por último, se puede interpretar que Aristóteles, como suele suceder, parte de lo que ocurría en realidad en su comunidad, pero se mueve más allá hacia la formulación de un análisis filosófico. En este sentido, frente a una noción tensa en el imaginario jurídico ateniense, que iba y venía desde el plano del derecho hacia el extrajurídico y viceversa, el estagirita trata de darle un lugar tanto en *Ética Nicomaquea* como en *Retórica* y fundamentarla en su explicación de la sabiduría práctica.

No existen entre todas estas lecturas una relación de exclusión; al contrario, pueden incluso complementarse entre sí. Sin embargo, si tenemos en cuenta el espíritu de Aristóteles de ofrecer una teorización antes que una descripción fiel de las instituciones, se puede decir que la cuarta es la que más peso tiene. Desde este enfoque, podemos plantear tres motivos que explicarían la caracterización aristotélica del arbitraje como más equitativo, los cuales van de la mano. En primer lugar, Aristóteles no desconoce que, si bien el principio primario en la resolución de conflictos es atenerse a la ley y guiarse por lo que esta establece, hay situaciones en las cuales ella no es apta para regular algunos casos puntuales de la vida humana y, por eso, los jueces mediante su aplicación correrían el riesgo de ir en contra de lo justo. Dicho desde otra perspectiva, los ciudadanos tienen el derecho de someter el caso ante un tribunal de justicia, pero ello puede generar consecuencias perjudiciales que a veces no es tan fácil evitar. Existe el peligro de que la celebración de un juicio se vuelva un instrumento de la injusticia, algo que no puede ser tolerado en una comunidad que tenga a la justicia como valor fundamental y estructurante de todo el derecho.

Entonces, la mejor forma de no someterse a los peligros de semejante proceso y la rigidez de la ley y proteger incluso la institucionalidad del derecho mismo es no pasar el caso bajo el entendimiento de un tribunal. Lo que hay

que hacer es reemplazar los jueces por árbitros, quienes tienen que confiar en su sentido de justicia absoluta³⁰ y resolver la contienda sin tener en cuenta las formalidades y el mandato que impone la ley dentro de una corte. Esto permitiría que el árbitro, con mucha más flexibilidad y con la posibilidad de concentrarse en la valoración de los hechos en concreto, identifique la justicia que brota del caso en un proceso de recomposición del conflicto que tiene especialmente en cuenta aquello que desean los involucrados. De este modo, entonces, el árbitro privilegia el interés propio de las partes, antes de que el interés que aspira alcanzar una norma general contenida en una ley.

En segundo lugar, y sumamente relacionado con la primera razón dada, también en un arbitraje se puede tener en cuenta, como sugiere Aristóteles, la historia de vida de los individuos en conflicto: “No a cómo uno es ahora, sino a cómo uno era siempre o la mayoría de las veces” (μηδὲ ποῖός τις νῦν, ἀλλὰ ποῖός τις ἦν ἀεὶ ἢ ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ)³¹. Centrarse en el carácter del sujeto, no en un simple hecho aislado, sino en el patrón de sus acciones, puede ser un aspecto muy relevante en la búsqueda de una resolución equitativa. En un juicio no sería posible tal operación ni tampoco su dinámica mucho lo permitiría. En este espacio institucional, que mayormente resuelve problemas que surgen en las transacciones individuales, la determinación de lo justo tiene una lógica clara. Así, según el criterio de igualdad de la justicia correctiva, lo que importa es mirar la relación entre los bienes y/o daños que estén en juego; nada más. Observemos lo dicho por el propio Aristóteles en el pasaje 1132a2-6 de *Ética Nicomaquea*:

οὐδὲν γὰρ διαφέρει, εἰ ἐπιεικῆς φαῦλον ἀπεστέρησεν ἢ φαῦλος ἐπιεικῆ, οὐδ' εἰ ἐμοίχευσεν ἐπιεικῆς ἢ φαῦλος· ἀλλὰ πρὸς τοῦ βλάβους τὴν διαφορὰν μόνον βλέπει ὁ νόμος, καὶ χρῆται ὡς ἴσοις, εἰ ὁ μὲν ἀδικεῖ ὁ δ' ἀδικεῖται, καὶ εἰ ἔβλαψεν ὁ δὲ βέβλαπται.

No importa, en efecto, si el [hombre] bueno robó al malo o el malo al bueno, o si cometió adulterio el bueno o el malo, sino que la ley mira solo la naturaleza

30 Beever (2004, p. 47).

31 Rh. 1374b15-16.

del daño y trata [a ambas partes] como iguales, y [mira solo] si uno comete injusticia y otro la padece, y si uno causó daño y otro lo ha sufrido.

Desde el punto de vista de la equidad, tal proceso podría ser inadecuado. En efecto, como explica Sherman (1991): “Las circunstancias y los motivos pueden poner en entredicho no solo el carácter voluntario de una acción lesiva, sino también la razonabilidad de exigir que un transgresor, dados sus recursos y medios, pague la pena íntegra” (p. 21). Esto explicaría muy bien por qué en la caracterización del hombre equitativo, Aristóteles dice que es quien sabe ceder, se aparta de la estricta justicia y su rigorismo, “aunque tenga a la ley como aliada” (καίπερ ἔχων τὸν νόμον βοηθόν).³² A diferencia de la persona que está dispuesta a exigir y elegir lo que merece con total exactitud, aquel subordina su ventaja inmediata a un bien mayor que repercute en su propio beneficio.

En tercer lugar, lo que pareciera suceder es que el arbitraje, de acuerdo con la interpretación ofrecida por Sucre (2013), promovería el valor de la *philia*³³, la cual, como han reconocidos varios autores, constituía un lazo afectivo fundamental en la cultura griega.³⁴ Vale aclarar, al respecto, que la *philia* no se reducía a una cuestión afectiva, sino que era un vínculo más fuerte. Así, Heath (1987: 73-74) dice que ella en la Grecia clásica era una obligación recíproca objetiva que no se cimentaba en una cuestión emocional. Un *philos* era un hombre obligado a ayudar a otro y a quien se podía acudir en caso de necesidad. En igual sentido, Goldhill (1986) explica que la categoría de *philos* era utilizada para marcar no solo afecto, sino una serie compleja de obligaciones, deberes y reclamaciones (p. 82). Observaremos, en la próxima sección, que la

32 EN 1138a1-2 y MM 1198b24-27. En *Ética Nicomaquea*, hay un claro paralelismo con ese pasaje y el de 1136b20-21, en donde Aristóteles, en busca de una respuesta a si es posible que uno pueda cometer voluntariamente injusticia contra sí mismo, dice que tal acción es lo que “los hombres moderados parecen hacer, pues el [hombre] *epieikés* tiende a tomar de menos” (*δοκοῦσιν οἱ μέτριοι ποιεῖν· ὁ γὰρ ἐπιεικῆς ἐλαττωτικὸς ἐστίν*). El punto es que el filósofo rechaza la posibilidad de hacerse injusticia a uno mismo y no está muy clara, como bien advierte Guest (2017), la forma de resolver la paradoja. Se podría decir, sin embargo, que las acciones equitativas aseguran el bien común, por lo cual “tomar menos” no es en realidad una pérdida, sino, al contrario, una ganancia (pp. 18-20).

33 Este vínculo, sin embargo, fue advertido con anterioridad por Georgiadis (1987, p. 168).

34 Konstan (1997 y 2006, p. 170).

caracterización de Aristóteles apunta hacia este lado y no se reduce a expresar una simple emoción o a una cuestión afectiva.

Dicho esto, y con miras a explicar el vínculo arbitraje/amistad señalado, conviene recordar, como primera medida, que el arbitraje privado es una institución que, como parte de su proceso, contempla un espacio para que los involucrados, bajo la autoridad del árbitro, puedan alcanzar una reconciliación. Solo en caso de que las negociaciones fracasaran, aquel dictaba una resolución, pero antes de llegar a semejante extremo, se esperaba que se pudiera arribar a un acuerdo pacífico. Esto muestra que había un especial interés por promover el diálogo para autocomponer pacíficamente el conflicto a través de la cooperación, la solidaridad y la búsqueda de la armonía social. La expresión que conservamos en las fuentes acerca de que el árbitro intentaba “conciliar [a las partes]” (διαλῦσαι)³⁵ exhibiría tal aspecto. Muy probablemente el proceso adquiriría la forma de una mediación en la que el árbitro ayudaba a los ciudadanos a encontrar puntos de consenso, a acomodar los intereses en pugna y a explorar arreglos que permitan superar la disputa de una forma más productiva y amistosa.

La naturaleza del procedimiento del arbitraje ateniense y las reglas que gobernaban su desarrollo dan cuenta de semejante rasgo. En efecto, la institución se estructuraba en función de lo que Scafuro (1997, p. 131) denominó “la ideología de la amistad” (*the ideology of friendship*), la cual articulaba distintos ingredientes. Los árbitros solían ser amigos de las partes o un pariente de ellos. Se trataba de alguien *koinós*, esto es, “común” y que expresara amistad no solo a favor de uno, sino de las dos partes de modo equitativo³⁶. Esto muestra que el procedimiento prefería que decidiera la cuestión una persona con conocimiento íntimo de los litigantes y de sus disputas antes que alguien que podía ser imparcial³⁷. Un árbitro privado debía ejercer con seriedad su rol, estar

35 Arist. *Ath.* 53.2.

36 Roebuck (2001, p. 348).

37 Así, por ejemplo, véase Demóstenes (41.14).

bien dispuesto con cada uno de los involucrados y ser equilibrado, evitando hacer interpretaciones sesgadas.

Un aspecto interesante de la ideología de la amistad que estructuraba la institución del arbitraje es la expresión ocasional de la compensación como si se tratara de un regalo (*dóron*). En una reconciliación, como advierte Scafuro (1997), la entrega de un obsequio elimina la idea de la compensación como algo impuesto, indica un mayor espíritu de compromiso y muestra una sensibilidad del árbitro a los sentimientos del perdedor (p. 135). Si el árbitro tuviera que emitir una decisión, ante el fracaso de un acuerdo entre las partes, adosar la entrega de un obsequio como parte del veredicto, “podría señalar la sensibilidad a los sentimientos del ‘perdedor’ y, de hecho, podría representar un compromiso entre los miembros de un panel arbitral dividido equitativamente entre los representantes de ambas partes”. Un buen árbitro privado o un grupo de árbitros debía elaborar una decisión en la que no haya ganadores ni perdedores³⁸ y el uso de aquel recurso sin duda era un elemento clave para ello.

Todo ello permitía la rehabilitación del honor de uno mismo, lo cual podía ser tan importante como la restitución o compensación de lo que se pedía. También lograba dejar el pasado atrás. A tal fin, en el arbitraje se solía recurrir a una “cláusula de olvido”. Demóstenes (59.46) nos ofrece un ejemplo de este punto. Así, con respecto al conflicto entre Frinión y Estéfano, dice que los árbitros fijaron, entre otras cosas, que “durante el tiempo restante serían amigos entre sí y no guardarían rencor” (*ἐκ τοῦ λοιποῦ χρόνου φίλους εἶναι ἀλλήλοις καὶ μὴ μνησικακεῖν*). Bajo el mismo espíritu, en el arbitraje se establecían acuerdos de mantener buenas relaciones futuras entre los dos contendientes. Nuevamente, Demóstenes (36.15) ilustra ello en relación con Formión, a quien en el laudo arbitral se le impuso que “tuviese [a Apolodoro] como amigo antes que como enemigo en virtud de esto” (*φίλον μᾶλλον ἔχειν τοῦτον ἢ διὰ ταῦτ’ ἐχθρὸν αὐτὸν εἶναι*).

38 Harris (2018, p. 219).

IV. EL ARBITRAJE COMO ESPACIO DE UNA JUSTICIA “AMIGABLE”

El vínculo que hemos trazado entre el arbitraje y la amistad cobra un especial y muy significativo sentido si se considera la naturaleza de dicho bien y el lugar que tiene en el pensamiento ético de Aristóteles. No hace falta hacer un desarrollo exhaustivo de la teorización que realiza Aristóteles sobre la *philia* en los libros VIII y IX de *Ética Nicomaquea*, sino que resulta suficiente destacar, para nuestro propósito, algunos pocos rasgos. Así, en primer lugar, tengamos presente que para que exista *philia* es necesario que haya una buena disposición recíproca de los individuos³⁹ y que cada uno de ellos desee el bien del otro sin ignorar esto.⁴⁰ Esta relación de benevolencia recíproca asume distintas formas según cuáles sean las razones por las que se establece. Así, en correspondencia con el objeto susceptible de ser amado, ellas se reducen a tres: la utilidad (*khresimos*), el placer (*hedys*) y el bien (*agathos*). Dicho de otro modo, en el marco de un vínculo de amistad los amigos se aprecian por el provecho que obtienen de la relación, o porque la compañía le es placentera, o por la calidad de bueno del amigo. Esta última clase es la amistad perfecta (*teleios*), que se da entre los hombres buenos y semejantes en virtud⁴¹. Es la amistad más permanente y en la que se aprecia al amigo por lo que esencialmente es y no por lo que se obtiene de él, que es lo que se da en los otros dos tipos de amistades imperfectas que son, en cuanto tales, de fácil disolución.⁴²

39 La reciprocidad como elemento esencial de la amistad, por cierto, tiene un fuerte paralelismo con su visión del hombre como animal social (EN 1097b11). De hecho, cuando Aristóteles (EN 1169b18-19) se pregunta acerca de si el hombre dichoso necesita o no de amigos, entre sus argumentos señala que “el hombre es, pues, un ser político y dispuesto por naturaleza a vivir con otros” (*πολιτικόν γὰρ ὁ ἄνθρωπος καὶ συζῆν πεφυκός*).

40 EN 1156a9-10.

41 EN 1156b7-8, 1157a20 y 1158b7.

42 EN 1156a14-19. En estos dos tipos de amistad no se niega que exista, como sucede con la amistad completa, una voluntad genuina y desinteresada hacia los demás. Según Cooper (1977a), lo que sucede es que hay una diferencia según la condición en la que se manifiesta dicha voluntad. En el caso de la amistad completa, no hay condición alguna, pero en la amistad por utilidad o por placer los amigos muestran buena voluntad entre sí con la condición de que la amistad siga siendo útil o placentera. En este orden de ideas, los dos tipos de amistades imperfectas son una mezcla de altruismo y egoísmo: hay una buena voluntad, solo que ella se manifiesta en la medida que se cumplan ciertas condiciones (pp. 629-634).

En segundo término, nos interesa destacar que para Aristóteles la *philia* tiene una importancia crucial en la vida humana y es muy necesaria. Sin ir más lejos, en lo que respecta al hombre virtuoso, sería impensable concebir la felicidad sin ella. En efecto, si la felicidad es una actividad humana de acuerdo con la virtud a lo largo de una vida completa,⁴³ tal actividad no podría darse sin amigos.⁴⁴ Ellos son indispensables para que uno sea perseverante y constante en el desarrollo de un estilo de vida que apunte al crecimiento virtuoso. Todo se hace mejor con amigos y, además, al reflejarse uno en ellos, es posible tener un mayor entendimiento de las deficiencias del propio carácter y, por lo tanto, actuar con eficacia para remediarlo o mejorarlo.⁴⁵

En tercer lugar, y desde un enfoque omniabarcador de las relaciones humanas, cabe decir que todo tipo de vínculo y toda comunidad, desde la familia hasta la comunidad perfecta, se sustenta en la *philia* de sus miembros, sea que entre ellos halla intereses homogéneos o heterogéneos (por ejemplo, uno actúa por placer y el otro por utilidad) y una situación de igualdad (entre ciudadanos) o de desigualdad (como el padre y el hijo). En el plano político, el estagirita sostiene que la amistad mantiene unidas a las ciudades y que, por eso, los legisladores se empeñan arduamente en promoverla, incluso más que la justicia.⁴⁶ Ciertamente, la *philia* es una de las formas privilegiadas para pensar los vínculos que unían a los ciudadanos en el marco de la *pólis*. Ella es entendida como un modo adecuado de establecer la *homónoia*: la forma de vinculación especial entre aquellos que comparten los mismos valores y la ideología de la *pólis* en cuanto entidad perfectamente unida⁴⁷. Tal es el valor de la amistad

43 EN 1098a16-18.

44 Acerca de la argumentación ofrecida por Aristóteles sobre este punto, véase para más detalles el análisis de Kenny (1996, pp. 43-55).

45 Pakaluk (2009) sostiene que la amistad proporcionaría medios adecuados para que alguien llegue a un conocimiento seguro de su propia vida y carácter (p. 481). Así, según entiende Cooper (1977b) sobre este punto, la objetividad sobre nuestros amigos se alcanza con más seguridad que la objetividad directamente sobre nosotros mismos, pues es en el otro, en el “espejo de uno mismo”, donde uno conoce la calidad objetiva de las propias acciones, el carácter y la propia vida (pp. 299-300).

46 EN 1155a22-28.

47 Jang (2018, p. 422).

que Aristóteles dice que cuando ella reina entre los hombres —refiriéndose a la amistad perfecta—⁴⁸ no es necesaria la “justicia” (δικαιοσύνης) y, por el contrario, si ellos fueran “justos [aun así] necesitan de la amistad” (δίκαιοι [...] προσδέονται φιλίας)⁴⁹. Incluso, tan importante es que Aristóteles llega a catalogarla como “el mayor de los bienes para las ciudades” (μέγιστον [...] τῶν ἀγαθῶν ταῖς πόλεσιν).⁵⁰

En líneas generales, la *homónoia* expresa la “conformidad de sentimiento”, el “pensar igual”, la “unanimidad”, la “concordia” o la “unión”⁵¹ y se opone a la discordia como vicio destructor de la armonía cívica. Se trata del consenso absoluto en temas públicos, con plena cooperación en la búsqueda de los objetivos de la ciudad⁵². En el pensamiento de Aristóteles, la *homónoia* contiene una idea de reciprocidad que se sostiene sobre la base de la voluntad de querer lo mismo de manera común. Una ciudad que tiene concordia es aquella en la que sus ciudadanos tienen la misma forma de pensar sobre aquello que le conviene a todos. Tal propiedad, vale aclarar, no opera de la misma manera en los diferentes tipos de regímenes políticos. Schollmeier (1994) explica que en las constituciones rectas los gobernantes actúan esencialmente por el bien de los otros ciudadanos y, de modo accidental, por su propio bien (pp. 78-79). Hay un claro carácter altruista que guarda cierta semejanza con la amistad perfecta. En cambio, en las constituciones corruptas los gobernantes actúan accidentalmente por el bien de los demás y esencialmente por su propio bien. Se da en ellas una amistad egoísta basada en el provecho que se puede sacar del otro⁵³.

48 Apostle (1975, p. 318) y Sinnot (2007, p. lxii).

49 EN 1155a27.

50 Pol. 1262b7-8.

51 Liddell y Scott (1996) y Bailly (2000) s.v. *ὁμόνοια*.

52 Hahm (2009, p. 178).

53 Para poner un ejemplo del contraste que se da en materia de amistad entre un régimen recto y otro corrupto, se puede señalar el caso de la monarquía y de la tiranía. Así, Aristóteles (EN 1160b2-3) dice que mientras “el tirano mira lo que le conviene a él, el rey [mira] lo [que le conviene] a los gobernados” (ὁ μὲν γὰρ τύραννος τὸ αὐτῷ συμφέρον σκοπεῖ, ὁ δὲ βασιλεὺς τὸ τῶν ἀρχομένων).

La uniformidad de la *homónoia* se despliega en tres acciones: pensar, elegir y realizar lo que se ajusta al interés común. Esto no se puede dar de otro modo que mediante una disposición amistosa de los *polítai*. De ahí que Aristóteles diga que la *homónoia* es la “amistad política” (πολιτική δὴ φιλία)⁵⁴ y aquella que, sobre tales bases, alcanza las cosas justas y convenientes. En relación con el valor de la *homónoia*, no es casual que en *Recuerdos de Sócrates* (4.4.16) de Jenofonte se destaque que es “el mayor bien para las ciudades” (μέγιστόν τε ἀγαθόν [...] ταῖς πόλεσιν). Tampoco es extraño que Demócrito (DK 68 B 250) afirme que “desde la *homónoia* es posible para las ciudades llevar a cabo las grandes obras y las guerras; de otro modo, no” (ἀπὸ ὁμοιοῦς τὰ μεγάλα ἔργα καὶ ταῖς πόλεις τούς πολέμους δυνατὸν κατεργάζεσθαι, ἄλλως δ’ οὐ).

El valor que le da Aristóteles a la *philia*, incluso por sobre la justicia, explica de algún modo la realización de la equidad, en su máxima expresión, en la institución del arbitraje. El arbitraje es el proceso de resolución de disputas que mejor materializa la amistad y, si bien la equidad, por ser parte de la justicia, no es idéntica a la amistad, en razón de que es una justicia “amigable” se acerca mucho a la virtud superior de la *philia*⁵⁵. Habría una oración que confirmaría de modo directo y expreso esta conexión entre *philia* y *epiēkeia*. Está contenida en el pasaje 1155a28, en el cual Aristóteles, tras decir que la amistad hace innecesaria la justicia, afirma: “Y la justicia que es más justa parece pertenecer a la amistad” (καὶ τῶν δικαίων τὸ μάλιστα φιλικὸν εἶναι δοκεῖ)⁵⁶. Tiene razón Sinnott (2007) de que tal expresión es enigmática (p. 284, n. 1531); sin embargo, se puede decir que muy probablemente Aristóteles se esté refiriendo a la equidad. Irwin (1999) defiende esta posición entendiendo que la *epiēkeia* ilustra aquello que Aristóteles tiene en mente (p. 273).

La conexión directa entre amistad y equidad es lo que daría cuenta de la caracterización del arbitraje como “más equitativo”. Ciertamente, el proceso del arbitraje ateniense, que como primera medida buscaba alcanzar una

54 EN 1167b2.

55 Sucre (2013).

56 En este caso puntual, se sigue la traducción de Irwin (1999).

reconciliación, permitía que las partes pudieran comprenderse entre sí, alcanzar intereses en común y cooperar: comportarse como hombres de equidad. Este aspecto es fundamental, ya que implica reconocer al otro como igual, como alguien con quien uno se identifica y al que, como tal, se le desee el bien. Se trata de dejar de lado las recriminaciones y de disponerse hacia el otro como a sí mismo: de verlo como un “otro yo” (*ἄλλος αὐτός*) al que, tras comprenderlo, se está dispuesto en afecto y buenos deseos como se está con uno mismo⁵⁷.

Ahora bien, hablar del arbitraje como mecanismo amistoso de resolución de conflictos supone referirse a un espacio que permite a las partes hacerse amigos por la ventaja personal que implica solucionar la contienda o quizá también por una cuestión de placer. Quienes se reconcilian asumen un acuerdo constituido por una decisión conjunta que apunta a cumplir un propósito común⁵⁸ que se ciñe a la superación del inconveniente que generó la disputa. No significa, y esto queremos remarcar, que se alcance una amistad perfecta. Semejante afirmación no tendría mucho sentido, pues quienes son verdaderos amigos no necesitan recurrir a arbitraje alguno; ni siquiera hace falta entre ellos, como vimos, la justicia. No hay que perder de vista que es muy difícil que se dé la amistad completa entre hombres, pues para ello deben ser buenos e iguales en virtud, lo cual es algo poco frecuente en la vida en general. La gente común tiene un carácter que mezcla algunas cosas buenas y otras malas, y no cualifican para tal tipo de amistad. Sin embargo, esto no quita que se la tome como ideal que estructura las relaciones entre ciudadanos, aunque en su forma pura nunca se alcance. En tal sentido, como explica Cooper (1977a), Aristóteles no hace de la amistad perfecta algo exclusivo de los hombres virtuosos; de lo contrario, la gente común estaría condenada a tener amistades de los otros dos tipos (pp. 626-629). En realidad, lo que sucede es que en la práctica hay muchas ocasiones en las cuales los individuos se aproximan de modo parcial a aquella clase de hombre y, en consecuencia, ello daría lugar a vínculos propios

57 EN 1166a30-34.

58 En tal sentido, Pakaluk (2009) explica que algo tan simple como un acuerdo contractual fija un bien común: “si yo soy carpintero y tú eres agricultor, y tú y yo estamos de acuerdo en que te construiré un cobertizo a cambio de cien bushels de manzanas, esta coordinación acordada de nuestra acción es un bien común” (p. 478).

de la amistad perfecta. Si esto es correcto, entonces, se podría pensar que en un proceso de reconciliación las partes, aunque no sean virtuosas, puedan actuar como lo haría un hombre virtuoso: en circunstancias en que haya un buen trato mutuo, vivencias compartidas y un vínculo previo, no sería algo extraño que ello suceda. Situaciones de tal tipo, según Pakaluk (2009), son reconocidas por el propio Aristóteles (p. 476). Así, por ejemplo, este observa que las personas que no son idealmente virtuosas suelen tratar a sus propios hijos de la misma manera que lo haría una persona virtuosa⁵⁹.

Una vez que se advierte que la equidad guarda una relación de proximidad muy estrecha con la *philia*, como afirma Aristóteles en 1155a28, se entiende la expresión del filósofo de que es propio de la equidad que los litigantes resuelvan el conflicto en un arbitraje antes que en un juicio. En el marco de un litigio judicial frente a un tribunal de justicia no hay lugar para la amistad. En efecto, recurrir en un juicio a lo que determine la ley, tras ser interpretada y aplicada por el juez, puede ser justo; sin embargo, no es algo amistoso. No hay espacio para la reconciliación y el juez está atado a la justicia legal, a los parámetros de racionalidad y moralidad fijados de antemano en el estándar de conducta normativo del *nómos*, lo cual, a veces, no es conveniente para alcanzar la mejor solución. En cambio, en el arbitraje, tanto el árbitro como las partes, al no estar sujetos a la ley, puede centrar toda su mirada al caso y determinar lo equitativo sin la mediación de una norma general.

V. CONCLUSIONES

Hemos observado, a lo largo de este trabajo, las características del arbitraje en la antigua Grecia y también hemos llevado a cabo un ejercicio hermenéutico con el fin de desentrañar el sentido de la afirmación aristotélica de que es propio de la equidad someter un conflicto “a un arbitraje” (*εις δίκαιον*) antes que “a un juicio” (*εις δίκη*) y que “el árbitro mira lo equitativo” (*ὁ γὰρ δικομητὴς τὸ ἐπιεικὲς ὀρᾷ*), mientras que el juez la “ley” (*νόμον*). En tal sentido, se ha intentado demostrar que la clave para comprender semejante afirmación está

59 EN 1159a28-33.

en la posibilidad que brinda la institución para encontrar lo justo que brota del caso dentro de un proceso que ofrece una estrategia de cohesión entre las partes y cuya dinámica se estructura con base en la amistad.

Si lo dicho en estas páginas es correcto, podemos avanzar, a modo de cierre, en la formulación de la diferencia entre la equidad en el campo de los tribunales de justicia y aquella que se da en el marco de un arbitraje. De esta manera, se puede decir que, en el ámbito de la jurisdicción, la equidad es un criterio de interpretación del *nómos* que permite su rectificación para evitar en su aplicación una injusticia; en cambio, en el caso del arbitraje, lo que prima es la utilización de un dispositivo de resolución de las disputas entre particulares que, al estar libre de determinación legal previa, permite mirar con exclusividad el caso y sus circunstancias, y a partir de ahí y de los puntos que eventualmente puedan acordar las partes, alcanzar la equidad. Entonces, resulta muy importante destacar que el arbitraje, al contener dentro del proceso una instancia que promueve la reconciliación, deposita una fuerte confianza en los ciudadanos para que, comprendiéndose el uno con el otro, sean ellos mismos quienes resuelvan el conflicto. Bajo un dispositivo que privilegia la promoción de la amistad, los interesados no solo tienen la posibilidad de alcanzar un acuerdo mutuamente ventajoso, sino que, además, tienen la posibilidad de afianzar sus vínculos como buenos ciudadanos y hombres de equidad.

Sin embargo, vale señalar que lo dicho en modo alguno significa, como dice Sucre (2013), que la equidad en el arbitraje se oponga a la ley. No hay antagonismo, ya que solo se trata de formas distintas en las que aquella se manifiesta, pero que tienen en común la realización de la justicia en el caso en concreto. Una, la equidad judicial, trabaja con lo universal y lo particular, y pone ambos planos en correspondencia; la otra, la equidad en el arbitraje, interviene pura y exclusivamente con lo particular. En este sentido, si el arbitraje permite focalizarse solo en los hechos, sus circunstancias especiales y las personas involucradas, esto explicaría, en cierta medida, por qué para Aristóteles tiene un gran valor. En este caso, la identificación de lo justo se puede hacer mejor y bajo la amistad, fuente privilegiada de *eticidad* que se muestra como un vínculo más fuerte que la justicia.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fuentes primarias (ediciones, traducciones y comentarios)

- Apostle, H. G. (1975). *The Nicomachean Ethics* (trad.). Reidel.
- Burnet, J. (1907). *Platonis Opera, Leges* (t. V). Clarendon Press.
- Bywater, I. (1988). *Aristotelis. Ethica Nicomachea*. Clarendon Press.
- Diels, H. y Kranz, W. (1960). *Die Fragmente der Vorsokratiker* (3 vols). Weidmannsche Buchhandlung.
- Dilts, M. R. (2002-2009). *Demosthenis Orationes* (4 vols.). University Press.
- Forster, E. S. (1927). *Isaeus*. Harvard University Press (Loeb Classical Library).
- Grimaldi, W. M. (1980). *Rethoric I. A Commentary*. Fordham University Press.
- Irwin, T. (1999). *Nicomachean Ethics*. Hackett.
- Jaerisch, P. (1987). *Xenophon, Erinnerungen an Sokrates*. Artemis Verlag.
- Jones, H. S. (1898-1902). *Thucydidis Historiae* (2 vols). University Press.
- Kassel, R. (1976). *Aristotelis. Ars Rhetorica*. De Gruyter.
- Mathieu, G. y Haussoulier, B. (1930). *Aristote. La Constitution d'Athènes*. Les Belles Lettres.
- Reeve, C. D. (2018). *Aristotle. Rhetoric*. Hackett.
- Ross, W. D. (1957). *Aristotelis. Politica*. Clarendon Press.
- Sinnott, E. (2007). *Aristóteles. Ética Nicomaquea*. Colihue.
- Susemihl, F. (1883). *Aristotelis. Magna Moralia*. Teubner.

Bibliografía secundaria específica

- Bailly, A. (2000). *Dictionnaire grec-français*. Hachette.
- Beever, A. (2004). Aristotle on justice, equity, and law. *Legal Theory*, 10(1), 33-50.

- Bonner, R. J. (1916). The Institution of Athenian Arbitrators. *Classical Philology*, 11(2), 191-195.
- Brunschwig, J. (1996). Rule and exception: on the aristotelian theory of equity. En M. Frede, y G. Striker (eds.), *Rationality in Greek Thought* (pp. 115-155). University Press.
- Buis, E. J. (2015). *La súplica de Eris: derecho internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la antigua Grecia*. Eudeba.
- Chroust, A.-H. (1942). Aristotle's Conception of Equity (Epieikeia). *Notre Dame Law Review*, 18(2), 119-128.
- Cohen, D. (1995). *Law, violence, and community in Classical Athens*. University Press.
- Cooper, J. M. (1977a). Aristotle on the forms of friendship. *The Review of Metaphysics*, 30(4), 619-648.
- Cooper, J. M. (1977b). Friendship and the good in Aristotle. *The Philosophical Review*, 86(3), 290-315.
- D'Agostino, F. (1973). *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*. A. Giuffrè.
- Gardner, J. (2000). The virtue of justice and the character of law. *Current Legal Problems*, 53(1), 149-184.
- Georgiadis, C. (1987). Equitable and equity in Aristotle. En S. Panagiotou, (ed.), *Justice, law, and method in Plato and Aristotle* (pp. 115-156). Academic Printing & Publishing,.
- Gernet, L. (1939). L'institution des arbitres publics à Athènes. *Revue des Etudes Grecques*, 52(246), 389-414.
- Goldhill, S. (1986). *Reading Greek Tragedy*. Cambridge University Press.
- Guest, J. W. (2017). Justice as lawfulness and equity as a virtue in Aristotle's "Nicomachean Ethics". *The Review of Politics*, 79(1), pp. 1-22.
- Hahn, D. E. (2009). "The Mixed Constitution in Greek Thought. En R. K. Balot (ed.), *A companion to Greek and Roman Political Thought* (pp. 178-198). Wiley-Blackwell.

- Harrell, H. (1936). *Public arbitration in Athenian Law*. University of Missouri.
- Harris, E. M. (2006b). *Democracy and the rule of law in Classical Athens: essays on law, society and politics*. Cambridge University Press.
- Harris, E. M. (2018). Trials, private arbitration and public arbitration or the background to [Arist.] Ath. Pol. 53,1-7. En C. Bearzot et al. (eds.), *Athenaion Politeiai tra storia, politica, e sociologia: Aristotele e Pseudo-Senofonte* (pp. 213-230).
- Harrison, A. R. W. (1971). *The Law of Athens: procedure*. Oxford University Press.
- Havelock, E. A. (1983). *Dike. La nascita della coscienza*. Laterza.
- Jang, M. (2018). Aristotle's political friendship (politike philia) as solidarity. En L. Huppés-Cluysenaer y N. M. Coelho (eds.), *Aristotle on emotions in law and politics* (pp. 417-433). Springer.
- Kapparis, K. A. (2019). *Athenian law and society*. Routledge.
- Kenny, A. (1996). *Aristotle on the perfect life*. Clarendon Press.
- Konstan, D. (1997). *Friendship in the classical world*. Cambridge University Press.
- Konstan, D. (2006). *The emotions of the Ancient Greeks: studies in Aristotle and classical literature*. Toronto University Press.
- Lanni, A. (2006). *Law and justice in the Courts of Classical Athens*. Cambridge University Press.
- Liddell, H. G. y Scott, R. (1996). *A Greek-English Lexicon*. Clarendon Press.
- MacDowell, D. M. (1978). *The law in Classical Athens*. Cornell University Press.
- Ober, J. (1989). *Mass and elite in democratic Athens: rhetoric, ideology, and the power of the people*. Princeton University Press.
- Ostwald, M. (1986). *From popular sovereignty to the sovereignty of law: law, society and politics in Fifth-Century Athens*. University of California Press.
- Pakaluk, M. (2009). The nature and goals of rhetoric. En G. Anagnostopoulos (ed.), *The blackwell companion to Aristotle* (pp. 471-482). Blackwell.

- Phillips, D. (2013). *The law of Ancient Athens: law and society in the ancient world*. University of Michigan Press.
- Roebuck, D. (2001). *Ancient Greek Arbitration*. Holo Books.
- Romilly, J. de (2004 [1971]). *La ley en la Grecia clásica*. Biblos.
- Scafuro, A. C. (1997). *The forensic stage: settling disputes in Graeco-Roman New Comedy*. Cambridge University Press.
- Schollmeier, P. (1989). Aristotle on practical wisdom. *Zeitschrift für Philosophische Forschung*, 43, 124-132.
- Shanske, D. (2008). Revitalizing Aristotle's Doctrine of Equity. *Journal of Law, Culture and the Humanities*, 4, 352-381.
- Sherman, N. (1991). *The fabric of character: Aristotle's Theory of Virtue*. Clarendon Press.
- Shiner, R. (1994). Aristotle's Theory of Equity. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 27(4), 1245-1264.
- Sucre, A. (2013). *Aristotle's conception of equity in context* [tesis de maestría, University of Missouri-St. Louis]. <https://irl.umsl.edu/thesis/201>.
- Todd, S. C. (1993). *The shape of Athenian Law*. Oxford University Press.
- Todd, S. C. (1996). Lysias against Nikomachos: the fate of the expert in Athenian Law. En L. Foxhall y A. D. E. Lewis (eds.), *Greek Law in its political setting: justifications not justice* (pp. 101-131). Clarendon Press.
- Vega, J. (2013). Legal rules and Epieikeia in Aristotle. Post-positivism Rediscovered. En L. Huppés-Cluysenaer y N. M. Coelho (eds.), *Aristotle and the philosophy of law: theory, practice and justice* (pp. 171-201). Springer.
- Vega, J. (2014a). Reglas prácticas y equidad en Aristóteles. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (30), 413-463.
- Vega, J. (2014b). La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (29), 113-144.

