



ISSN 2618-4893

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Instituto de Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz"

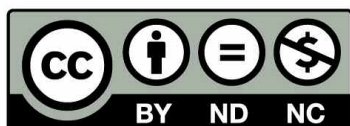
CUADERNO DE DERECHO COMPARADO

TOMO III - 2020

JOSÉ DANIEL CESANO
DIRECTOR

ARTIGAS 74 (5000) - CORDOBA
REPUBLICA ARGENTINA

 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la institución, el Director ni del Comité Editorial.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Índice

La responsabilidad de la persona jurídica
Un análisis de derecho comparado entre la legislación argentina y española
ANDRÉS M. ALVERONI.....9

La evolución del Derecho Privado europeo y el impacto de la digitalización
ESTHER ARROYO AMAYUELAS.....25

La responsabilidad penal de la persona jurídica en la Ley N° 27.401 y el proyecto del Nuevo Código Penal argentino
Un análisis de derecho comparado con la legislación chilena
CAROLINA F. CARRANZA | MATÍAS M. MANSILLA.....53

¿Propician un desarrollo sostenible?
Propuesta metodológica para analizarlos marcos regulatorios del ordenamiento territorial
LEONOR S. GIMELFARB.....75

Normalidad y excepcionalidad en el derecho constitucional europeo
VALENTINA FAGGIANI.....105

Anteproyecto de Código Penal 2018, determinación de pena en personas físicas y jurídicas y Derecho Comparado
GUILLERMO FUNES.....137

Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado
MARÍA DEL C. PIÑA.....159

Dossier: Diálogo con comparatistas
JOSÉ DANIEL CESANO | THOMAS DUVE | MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU | ALESSANDRO SOMMA.....191

STAFF

Instituto De Derecho Comparado "Dr. Enrique Martínez Paz"

Director

JOSÉ DANIEL CESANO

Secretario del Instituto

DIEGO PERETTI AVILA

Secretario de Redacción

CHRISTIAN G. SOMMER

Comité Científico

ADRIANA S. DREYZIN

THOMAS DUVE

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

CARLOS JULIO LASCANO

HORACIO ROITMAN

MARCELO URBANO SALERNO

Miembros Titulares del Instituto

DRA. MARÍA DEL C. PIÑA

DR. CHRISTIAN G. SOMMER

DRA. CAROLINA PRADO

DR. DIEGO PERETTI ÁVILA

AB. FERNANDO MIGUEL COMUÑEZ

ESP. GUILLERMO FUNES

AB. ANDRÈS ALVERONI

AB. LEONOR GRIMELFARB

AB. MATÍAS MANUEL MANSILLA

GUSTAVO ALBERTO AROCENA

LEONOR GRIMELFARB MARCELINO

D. BARRERA LIBERANI

CAROLINA FERNANDA CARRANZA

ANA LOMBARDI

Miembros Correspondientes del Instituto

DR. IGNACIO AYMERICH OJEÀ (VALENCIA)

DR. JOHN CARTWRIGHT (OXFORD)

DR. MASSIMO DONINI (MODENA E REGGIO EMILIA)

DR. LUCIO PEGORARO (BOLOGNA)

DR. ALESSANDRO SOMMA (FERRARA)

DR. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (MADRID)

DR. GONZALO GONZALEZ RODRIGUEZ MOURULLO (MADRID)

DRA. VALENTINA FAGGIANI (GRANADA)

DR. GIANMARIA AJANI (TURIN)

DRA. ESTHER ARROYO AMAYUELAS (BARCELONA)

La responsabilidad de la persona jurídica

Un análisis de derecho comparado entre la legislación argentina y española

ANDRÉS M. ALVERONI*

Resumen: En el presente trabajo realizaremos un análisis de derecho comparado entre la legislación penal argentina y el derecho penal español en relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se analizará la Ley N° 27.401 Argentina, y el Anteproyecto del Código Penal del año 2017 y respecto a la legislación española se analizará el Código Penal de aquel País el cual incorporó la responsabilidad penal de la empresa en el año 2010 y su posterior reforma del año 2015. Finalmente se desarrollarán los modelos de atribución de responsabilidad penal para intentar evidenciar sus particularidades en los distintos sistemas legislativos mencionados.

Abstract: *This paper will perform a comparative analysis of law between Argentine criminal legislation and Spanish criminal law in relation to the criminal responsibility of the legal person. We will analyze Law 27.401 Argentina, and the Preliminary Draft of the Penal Code of 2017 and with respect to Spanish legislation we will analyze the Penal Code of that country which incorporated the criminal responsibility of the company in 2010 and its subsequent reform in 2015. Finally, the models of attribution of criminal responsibility will be developed in order to try to highlight their particularities in the various legislative systems mentioned.*

Palabras claves: Responsabilidad penal de la persona jurídica, empresa, autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad.

* Abogado, Especialista en Derecho Penal, miembro del Instituto de Derecho Comparado de la ciudad de Córdoba, empleado del Poder Judicial de Córdoba, Auxiliar, Fiscalía de Instrucción del Distrito II Turno 5° de la ciudad de Córdoba, alveronimatiass@gmail.com

Keywords: Criminal liability of the legal entity, company, self-responsibility, heterorresponsibility.

I. Introducción

Desde el origen del derecho penal existe el principio que niega la responsabilidad penal a las personas jurídicas conocido como *societas delinquere non potest*, este adagio se asentó en torno a tres pilares: la incapacidad de acción; la incapacidad de culpabilidad, y la imposibilidad de la aplicación de una pena¹. Asimismo la doctrina se ha extendido aún más y ha incluido el problema de la infracción al principio de personalidad y la individualidad de la pena, y de ahí la posibilidad de sancionar a personas ajenas a la comisión del delito, que pudieran resultar al menos en términos procesales como inocentes y la eventualidad inobservancia del principio *ne bis in idem*². España en el año 2010 y con su posterior reforma del 2015 incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica y en igual tenor la Argentina en diciembre de 2017 a través de la Ley N° 27.401 se sumó a los países que admiten la responsabilidad penal de las empresas. El principio *societas delinquere non potest* parece haber quedado atrás, sin embargo, la simple incorporación legislativa no elimina las dificultades mencionadas en torno en sancionar penalmente a las personas de existencia ideal. Lógicamente estos problemas siguen vigentes y presentan matices que se superponen unos con otros y tornan compleja su delimitación, sin embargo es necesario primeramente lograr algunos acuerdos respecto el modelo de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica para luego intentar dar respuestas a las cuestiones planteadas.

¹ Berruezo, Rafael, Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018, 2ª ed., pág. 19.

² Aboso, Gustavo E., Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y trasnacional, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018, pág. 126.

II. Modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Dentro de las teorías que admiten la responsabilidad penal de las persona de existencia ideal, encontramos dos modelos claramente diferenciados por un lado el modelo de la autorresponsabilidad y por otro el modelo de la heterorresponsabilidad o vicarial.

En primer lugar respecto al modelo de autorresponsabilidad, brevemente diremos que es un modelo que se basa en la concepción de la empresa como persona jurídica penal autónoma, una estructura capaz de funcionar independiente de sus órganos y sus bienes. Teóricamente se apoya en dos pilares: primeramente la teoría social de sistemas —constructivismo— comprendiendo la personalidad como atribución social y en segundo lugar el concepto creado primeramente en los Estados Unidos de *corporate citizen* (ciudadano empresarial, o ciudadano corporativo) fruto de la visión pragmático eficiente del derecho propio de ese país³. De este modo se crea una nueva categoría sujeto sometido a la órbita del derecho penal.

Precisamente este modelo de autorresponsabilidad penal empresarial, lejos de basarse en determinadas actuaciones de personas físicas —como lo hace el sistema vicarial— se fundamente en la esencia de la propia organización empresarial.

El primer problema que conlleva este sistema es el hecho que las categorías del derecho penal y el pensamiento jurídico penal están conformadas por individuos, y por tanto esta teoría no cuenta con excesivos partidarios en el ámbito del derecho penal tradicional, sin embargo, parece haber encontrado asidero en el derecho penal empresarial⁴.

En el mismo orden de ideas las consecuencias prácticas de estas concepciones devienen en que otras legislaciones —distintas a las estadounidenses— incorporan elementos de esta cultura empresarial a la hora de determinar la culpabilidad de la empresa, y en tal caso el ejemplo más notable es la institución del criminal compliance u órgano de cumplimiento —institución que por motivos de extensión, no será analizada en el presente trabajo⁵—.

³ Balcarce, Fabián I. - Berruezo, Rafael, *Criminal compliance y personas jurídicas*, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2016, pág. 106.

⁴ Gómez - Jara Díez, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo, B de F, 2010, págs 14, 15 y 16.

⁵ Se recomienda la lectura de la obra *Criminal compliance...*, de Fabián I. Balcarce y Ra-

En segundo lugar existe el modelo de doble imputación, o vicarial, este modelo es un modelo acumulativo por lo que la responsabilidad del ente ideal no excluye la responsabilidad de la personas físicas a quienes se le atribuye el carácter de autor o cómplice en el mismo hecho delictivo, supone siempre la actividad humana integrante de un órgano —asamblea, directorio, consejo administrativo etc.— o su representante o gerente —que actúe en interés o beneficio de la empresa—. Es también una responsabilidad especial por cuanto debe estar expresamente prevista en el texto de la ley que define la infracción, es decir que se trata de un sistema de *numerus clausus*⁶.

Este sistema es defendido por Spolansky⁷ quien explica, que esta interpretación tiene el beneficio de conservar el principio “no hay pena sin culpabilidad” y al mismo tiempo es compatible con la regla escrita del derecho positivo según el cual

“(...) el director que participó en la deliberación o resolución, o que diera noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial quedará exento de responsabilidad”.

En la misma línea de pensamiento se enrola Baigún⁸ que establece un sistema que se estructura sobre la base de la doble imputación, reconociendo la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; en tal caso la responsabilidad se determina obedeciendo a parámetros diferentes: en la personas humanas mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional y en las personas jurídicas medio de un nuevo sistema que le reconoce a las corporaciones el carácter de ente colectivo con unidad independiente.

Este modelo estima que la persona jurídica solo puede actuar a través de sus agentes, generándose de esta manera una vinculación entre ambos que pre-

fael Berruezo.

⁶ Balcarce, Fabián I. - Berruezo, Rafael, *Criminal compliance* (cit.), pág. 107.

⁷ Spolansky, Norberto E., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008, t. II, pág. 1641, citado en Balcarce, Fabián I. - Berruezo, Rafael, *Criminal compliance* (cit.), pág. 109.

⁸ Baigún, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 28, citado en Balcarce, Fabián I. - Berruezo, Rafael, *Criminal compliance* (cit.), pág. 115.

cisamente fundamenta la imputación a la corporación del comportamiento del agente. Los presupuestos de imputación conforme a la responsabilidad vicarial son básicamente dos: 1) la actuación en el marco del empleo, y 2) la intención de beneficiar a la corporación⁹.

III. Evolución normativa argentina

El Estado Argentino promulgó la Ley N° 27.401 la cual entró en vigencia el 1° de marzo de 2018. Si bien a partir de esa fecha ha entrado con total vigencia el contenido y alcance de dicha norma, es necesario detenernos en los nuevos interrogantes que plantea dicho ordenamiento, más aún cuando el anteproyecto del Código Penal creado por el decreto 103/2017 recepta de manera análoga lo establecido por la ley mencionada.

Ahora bien desgraciadamente, la mera introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no soluciona el problema sin más. De hecho depende en gran medida de que modelo de responsabilidad se introduzca, puesto que la simple declaración de este tipo de responsabilidad, sin dotarlo de un contenido lógico y coherente puede resultar incluso contraproducente.

Adentrándonos más al análisis de dicho texto legal en primer lugar encontramos rasgos fuertemente marcados de un sistema vicarial, en concreto el art. 2° de la Ley N° 27.401 establece:

Artículo 2°. Responsabilidad de las personas jurídicas. Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio.

También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

⁹ Gómez - Jara Díez, Carlos, Fundamentos (cit.), pág. 237.

La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

En el artículo precedente queda claramente establecida la responsabilidad vicarial, ya que se exige para sancionar a la persona jurídica, que la persona física debe hacer en nombre o representación de la persona jurídica, y en beneficio de ella. Y dice ostensiblemente que en caso de que el delito hubiese sido cometido en exclusivo beneficio de la persona física, la jurídica queda exenta de responsabilidad¹⁰.

En igual sentido el Anteproyecto de Reforma del Código Penal regula la responsabilidad penal principalmente en los arts. 38, 39 y 41, y en concreto establece:

Artículo 38. Las personas jurídicas privadas de cualquier clase, serán responsables, en los casos expresamente previstos en éste Código, por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 que hubieren sido realizados, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio. También serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuera un tercero que careciera de atribuciones para obrar en representación de ella siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuese de manera tácita.

De esta manera nuestro sistema legislativo parece haber adoptado un sistema vicarial de heterorresponsabilidad sin embargo texto de la Ley N° 27.401 establece:

Artículo 6°. Independencia de las acciones. La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

¹⁰ Berruezo, Rafael, Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018, 2ª ed., pág. 114.

Y en igual sentido el Anteproyecto del Código Penal de manera análoga prescribe:

Artículo 38 (último párrafo). La persona jurídica podrá ser condenada aun si no fuera posible identificar o juzgar a la persona que hubiese intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

Con estos enunciados se ratifica que la responsabilidad es independiente de las personas físicas lo cual da origen a distintas interpretaciones, es decir por un lado el modelo de heterorresponsabilidad establece una responsabilidad propia del ente ideal, la cual se construye a través derivar el actuar de la persona física en el marco de la empresa y en beneficio o interés de esta última, sin embargo estos artículos citados también han abierto la puerta a la interpretación que el modelo adoptado en los textos legales sería el de un modelo de autorresponsabilidad basado en el defecto de organización al prescindir de la persona física que haya intervenido.

A esto se le suma la incorporación de la institución del compliance a través de la Ley N° 27.401 este instituto fue contemplado en los arts. 22 y 23 de dicho cuerpo normativo bajo el nombre “programa de Integridad” el cual es necesario transcribir para un mejor análisis:

Artículo 22. Programa de Integridad. Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley.

El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.

Artículo 23. Contenido del Programa de Integridad. El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos:

En igual sentido el Anteproyecto de Reforma del Código Penal contempla:

Artículo 41. Las penas aplicables a las personas jurídicas, así como su graduación, se determinarán teniendo en cuenta: (...)

2°) Hubiese implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito.

La incorporación de los programas de integridad o sistemas de control y supervisión son sin duda derivaciones de la institución anglicana denominada Compliance y en tal caso una incorporación directa de un elemento de estructural del modelo de autorresponsabilidad al sistema de responsabilidad penal de la empresa en la Argentina.

Luego de este breve análisis podemos concluir nuestro sistema legal adopta un modelo de atribución de base vicarial de heterorresponsabilidad aunque con elementos del modelo de autorresponsabilidad, por lo que adherimos a la interpretación de José Daniel Cesano¹¹ quien acertadamente observa que el sistema de atribución adoptado por nuestro país se inclina por pertenecer a un sistema mixto y no a un modelo puro de atribución de responsabilidad en igual sentido se han expresado reconocidos autores argentinos¹².

¹¹ Arocena, Gustavo A. - Cesano, José D., Responsabilidad penal empresaria y «criminal compliance», Buenos Aires, Hammurabi, 2019, pág. 26.

¹² En este sentido: Alejandro Carrió y Maximiliano Reussi, y Carolina Robiglio, en: Durrieu, Nicolás - Saccani, Raúl R. (directores), “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria”, Suplemento Especial La Ley, Buenos Aires, La Ley, Mayo 2018, págs. 40 y 55, respectivamente.

IV. Evolución histórica en España

El Código Penal español sancionado en 1995 primeramente regulaba el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los arts. 31 y 129 a través de un sistema híbrido y confuso muy poco aplicado por la jurisprudencia penal¹³.

Haciendo un recuento fugaz de los demás antecedentes llegamos al 22 de junio del año 2010, con la reforma introducida por la Ley Orgánica N° 5/2010, cuando se incorporó la responsabilidad para las personas de existencia ideal, para determinados delitos cometidos en su beneficio directo o indirecto por sus representantes, administradores o empleados, modificando el principio *societas delinquere non potest* en aquel país, así se modificó la redacción del art. 31 suprimiéndose el inc. 2 e incorporándose el art. 31 bis estableciendo por primera vez explícitamente la responsabilidad penal de persona jurídica. Posteriormente en el 2015 a través de la Ley Orgánica N° 1/2015 se introdujo una reforma integral a dicho Código, que incluyó disposiciones específicas y aclaró algunas cuestiones en la materia. Se modificó el art. 31 bis, y se incorporó el art. 31 ter, quater y quinquies. El art. 31 ter dispone que será exigible la responsabilidad a la persona jurídica aun cuando la persona física concreta responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Puntualmente, la reforma mencionada regula expresamente la exclusión de responsabilidad en el supuesto de cumplirse determinadas condiciones, que a su vez sirven para la atenuación cuando son insuficientes para la exoneración de responsabilidad. Cobran relevancia aquí los programas de prevención penal o de delito también denominados *compliance programs*. Además, se modificó la caracterización de los directivos, en tanto personas físicas que tienen que cometer el delito para que sea atribuido a la persona jurídica, a quienes se los individualiza como representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

Las novedades que la LO1/2015 introduce en relación con el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden resumirse en dos pala-

¹³ Goena Vives, Beatriz, Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Pablo, Marcial Pons, 2017, pág. 37.

bras o ideas: expansión y evitación de la responsabilidad. La primera se plasma en el incremento de detalles de régimen de responsabilidad; y la segunda se funda en la instauración de programas de cumplimiento normativo. Por tanto, los protagonistas son la “expansión” y el “compliance”¹⁴.

En igual sentido que lo expresado en relación a nuestro país la incorporación legislativa de la responsabilidad penal no soluciona sin más los problemas dogmáticos que acarrea esta nueva categoría penal, sumado a los innumerables trabajos dogmáticos al respecto contamos con interpretaciones realizadas por la Fiscalía General de Estado y el Tribunal Supremo Español que vienen a tomar algunas posiciones al respecto.

IV.1. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General de Estado

El texto de la circular se orientó hacia dos partes, con referencia al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a favor del sistema vicarial y argumenta que el modelo de responsabilidad por el que se ha optado en el art. 31 bis es de heterorresponsabilidad. Descarta cualquier tipo de construcción de culpabilidad de la empresa; expresamente la de la culpabilidad por defecto de la organización. Es decir, se hace responsable a la persona jurídica por los delitos cometidos por las personas físicas. En ese sentido, interpreta las novedades del nuevo texto del art. 31 bis¹⁵.

La segunda parte de la circular se dedica al que puede definirse como el núcleo de todo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas: los modelos de prevención de delitos o compliance programs. Y lo hace definiendo cada uno de sus elementos con base en una idea que pese a no aparecer mencionada en el Código Penal español, protagoniza el texto de la circular. A saber, que prevenir, detectar y reaccionar frente a los delitos requiere un compromiso ético de la empresa. Lo cual, en el marco del modelo de heterorresponsabilidad defendido por el texto, equivale a constatar el compromiso con la ética por parte de los administradores y directivos¹⁶.

Sin embargo a pesar de la circular mencionada anteriormente la jurisprudencia en España expuso algunas diferencias. Así la sentencia de 29 de febrero de 2016 es la primera resolución del Tribunal Supremo Español en la que se con-

¹⁴ Goena Vives, Beatriz, ob.cit., pág. 55.

¹⁵ Ibídem, pág. 56.

¹⁶ Ibídem, pág. 56.

dena penalmente a una persona jurídica. Se trata de una sentencia con un voto particular concurrente que formulan siete magistrados en la que fundamentalmente se abordan cuestiones relacionadas con los programas de compliance o modelos de prevención de delitos a los que califica como el “(...) el núcleo de la tipicidad del art. 31 bis”. También se argumenta en contra de lo que hace la Circular 1/2016 de FGE, que es la persona jurídica quien ha de probar la existencia de medidas de prevención de delitos. Finalmente se pronuncia respecto cuestiones interpretativas tales como lo que ha de entenderse por beneficio (in)directo o clase de personas sujetas al régimen de responsabilidad del art. 31 bis.

La sentencia de 16 de marzo de 2016 es la segunda resolución en la que el Tribunal Supremo se pronunció sobre el régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica. La sentencia analiza un supuesto de estafa cometido por el representante de una agencia inmobiliaria. Sin entrar al análisis del caso concreto es importante resaltar que si bien en el caso el autor de delito fue condenado el Tribunal Supremo absolvió a la sociedad, originariamente condenada por la Audiencia Provincial. El motivo fundamental para absolver a la empresa no fue la concurrencia de una organización conforme a la legalidad, sino una cuestión —o mejor dicho un defecto o error— meramente procesal: el hecho de que la empresa no resultó formalmente imputada hasta el preciso instante en el que el fiscal redactó su escrito de acusación.

Ahora bien, cierto es que la diferencia con la sentencia anterior el interés fundamental del presente pronunciamiento reside en las garantías procesales que han de informar el procesamiento de una persona jurídica y no en los modelos de prevención de delitos merece la pena analizar algunos de los fundamentos para conocer mejor la posición de Tribunal Supremo. En primer lugar establece que el modelo teórico-dogmático de que los arts. 31 bis y siguientes comprenden un modelo de responsabilidad por el delito propio de la persona jurídica. Pero no impide que se sostenga la opinión contraria, de que el sistema es de heterorresponsabilidad (o responsabilidad por el hecho de las personas físicas) tal como lo hace la Fiscalía General de Estado en la circular 1/02016. Lo que el TS sí considera indiscutible, es que el régimen instaurado en España, luego de las reformas de 2010 y 2015 es el propio de una responsabilidad penal. Por la tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas —ya se suscriba a un criterio vicarial o de autorresponsabilidad— solo puede declararse después de un proceso con todas las garantías.

En concreto, el contenido de la prueba que ha de practicar la acusación es doble. Por un lado, se debe probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP. Pero —y en ese punto es donde quizás la sentencia del TS reviste mayor interés— se insiste en que además hay que acreditar que el delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa a partir de la reforma de 2015.

Por lo tanto, a modo de síntesis al exigir el doble contenido de la prueba que habrá de practicar la acusación en juicio el TS se está oponiendo a la Circular de 1/2016 en dos puntos. Por un lado contradice el criterio planteado por la FGE de quien ha de probar es la defensa y por otro lado —y lo que nos resulta de vital importancia— no admite la tesis de que una vez acreditado el hecho de conexión (esto es, el particular delito cometido por la persona física), existiría una presunción *iuris tantum* de ha existido un defecto de organización.

Solo para ilustrar un poco más en relación a la jurisprudencia del TS con posterioridad a las sentencias mencionadas, ha habido pronunciamientos del alto tribunal en el que se ha mencionado el régimen de responsabilidad corporativo a saber SSTS 516/2016, 744/2016 y 618/2016 entre otros, no obstante en los referidos pronunciamientos no se hace referencia a cuestiones muy distintas a las aquí mencionadas. Y en concreto el propio tribunal ha manifestado que un acuerdo respecto a una novedad tan radical como es la responsabilidad penal de la persona jurídica solo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a consideración a los tribunales uno u otro problema, por lo que en concreto se irán resolviendo caso por caso.

El contraste entre la postura de FGE el TS muestra que el régimen de la responsabilidad penal corporativa dista mucho de ser pacífico su aplicación práctica dista mucho de haberse resuelto¹⁷.

¹⁷ Goena Vives, Beatriz, ob. cit., pág. 63.

V. Reflexiones finales

Del análisis comparativo de los cuerpos legislativos en la materia analizada surgen algunas similitudes en los conflictos que suscitan de la interpretación de la responsabilidad penal de persona jurídica.

En primer lugar el texto elegido por el legislador argentino muestra una gran cercanía con el texto introducido en el Código Penal español. En tal sentido es valioso el estudio que podamos obtener de las construcciones dogmáticas y de las interpretaciones jurisprudenciales que surgen del país Ibérico el cual aunque con modificaciones en su camino, transita algo más de nueve años responsabilidad penal de la empresa. En Argentina el camino recorrido es mucho menor, el anteproyecto de código penal recepta sistema establecido por la Ley N° 27.401 aunque de manera más acotada, casi con total similitud, sin embargo, las interpretaciones jurisprudenciales aún son prematuras, entonces la teoría de la dogmática será clave para brindar algo de luz al respecto y en ese tenor tomar como referencia el faro que brinda el derecho comparado, sobre todo analizando legislaciones con mayor experiencia en la materia, las que pueden ser de gran ayuda.

Como se dijo anteriormente el hecho de haber incorporado legislativamente la responsabilidad de la persona jurídica no elimina los problemas y dificultades que conlleva modificar el principio *societas delinquere non potest*, sino por contrario surgen nuevos desafíos e interrogantes para poder compatibilizar dicho sistema de sanción penal para la persona jurídica con el sistema histórico de la teoría del delito pensado y reformulado por las distintas corrientes siempre teniendo como eje la persona física. Por todo esto el primer desafío teórico a resolver debe ser determinar el modelo de atribución de responsabilidad adoptado por el texto legal argentino para una vez así, luego, dar paso a las distintas problemáticas que conlleva este tipo de responsabilidad.

Concluimos que tanto el sistema argentino como el sistema español que sirvió de fuente, adoptan un modelo mixto de responsabilidad penal para la persona jurídica con rasgos del modelo de heterorresponsabilidad y criterios e instituciones propias del modelo autorresponsabilidad.

Consideramos que las reformas en esta materia a la vista de la situación económica mundial es positiva, el camino al menos para nuestro país recién comienza y será tarea de todos los dogmáticos el contribuir a que este sistema

funcione de la manera más acertada a los fines del derecho penal, entre los que se destaca el convivir pacífico de toda la sociedad.

VI. Bibliografía

- Aboso, Gustavo E., Responsabilidad penal de la empresa y corrupción pública. Estudio sobre la responsabilidad penal de la empresa en la participación de delitos de corrupción nacional y trasnacional, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018.
- Arocena, Gustavo A. - Cesano, José D., Responsabilidad penal empresarial y «criminal compliance», Buenos Aires, Hammurabi, 2019.
- Balcarce, Fabián I. - Berruezo, Rafael, Criminal compliance y personas jurídicas, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2016.
- Berruezo, Rafael, Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal en base a roles, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2018, 2ª ed.
- Cesano, José Daniel, En torno a la denominada responsabilidad penal de la persona jurídica, Córdoba, Alveroni Ediciones, 1998.
- Cesano, José Daniel, El derecho penal comparado y sus métodos, disponible desde; último acceso 20/06/2019.
- Cesano, José Daniel-Balcarce, Fabián I., “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. LVI, Madrid, 2004.
- Cesano, José Daniel - Fortete, César, Problemas actuales de derecho penal económico, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2012.
- Durrieu, Nicolás - Saccani, Raúl R. (directores), “Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial”, Suplemento Especial La Ley, Buenos Aires, La Ley, mayo 2018.
- Gómez-Jara Díez, Carlos, Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española, Montevideo, B de F, 2010.
- Goena Vives, Beatriz, Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Pablo, Marcial Pons, 2017.

- Kuhlen, Lothar - Montiel, Juan Pablo - Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Compliance y teoría del derecho penal, Madrid - Barcelona - Buenos Aires - Sao Paulo, Marcial Pons, 2013.

La evolución del Derecho Privado europeo y el impacto de la digitalización

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

I. Introducción

El Derecho privado se ha europeizado a través de una pluralidad de vías. Las iniciativas académicas que constituyen el llamado softlaw han contribuido a sentar las bases doctrinales para un desarrollo ordenado de lo que, en el mejor de los casos, habrá podido llegar a ser derecho legislado;¹ la jurisprudencia europea del TJUE ha aclarado multitud de normas del llamado Derecho primario y secundario;² y la Comisión Europea ha elegido distintas estrategias a la hora de

* *Catedrática de Derecho civil (U. Barcelona). El trabajo se enmarca las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo de la U. Barcelona, así como en el Proyecto DER2017-82129-P y la investigación del Grupo de Dret civil català de la U. Barcelona (2017 SGR 151). Parte de esta contribución reproduce, de forma libre o literal, y, en buena parte, también amplía, ideas que podrán leerse en el artículo “Hacia dónde va el Derecho privado europeo” en la Revista Iura Vasconia, 2020, 17 (en prensa en el momento de escribir estas páginas).*

¹ Incluyen las iniciativas académicas cuando se refieren a la europeización del Derecho, Michaels, Ralf – Jansen, Nils, “Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization”, *American Journal of Comparative Law (AJCL)*, 2006, 54, [págs. 843-890], págs. 862-863. En el ámbito contractual, las propuestas de softlaw elaboradas por la doctrina y de más renombre son los Principios de Derecho Comercial Internacional (PICC), los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Proyecto de Código Civil Europeo de Pavia, los ACQP Principles, o el Marco Común de Referencia (DCFR); en el ámbito del Derecho de bienes, destacan los Principles of European Trust Law (PETL). Aquí también se hará referencia a iniciativas más recientes, como las reglas creadas por un grupo de trabajo sobre plataformas en el seno del European Law Institute (ELI), que sin duda están llamadas a influir en el legislador. Para una breve aproximación a algunos de esos proyectos académicos, vid. Hartkamp, Arthur, *European Law and National Private Law*, Cambridge et al., Intersentia, 2016, 2ª ed., págs. 267-277. Resumidamente, Schulze, Reiner – Zoll, Fryderyk, *European Contract Law*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2018, 2ª ed., págs. 24-29.

² En particular, vid. recientemente, Kindl, Johann – Arroyo Vendrell, Tatiana, *Die Rechtsprechung des EuGH und ihr Einfluss auf die nationalen Privatrechtsordnungen / Ju-*

legislar, procurando combinar una perspectiva sectorial (regulación de algunos contratos en particular) con un enfoque horizontal (regulación de cuestiones comunes a distintos contratos).³

Las páginas que siguen muestran a grandes rasgos cuál ha sido hasta la fecha el recorrido del Derecho privado europeo, con especial atención en el Derecho civil de contratos y, muy en particular, el Derecho contractual de consumo (ex arts. 114, 169 TFUE).⁴ Ese recorrido se hará aprovechando la explicación sobre los problemas derivados de los distintos niveles de armonización. Desde el punto de vista del Derecho sustantivo, no interesa tanto detenerse en el pasado reciente, que tan bien ilustra la importancia del TJUE en el desarrollo de la Directiva 93/13⁵ (y su impacto en el derecho procesal español), cuanto hacerlo en el presente y futuro más inmediatos. Por citar solo dos grandes hitos, en los años venideros habrá que afrontar la reforma de las Directivas sobre crédito, al consumo e inmobiliario, en cumplimiento de las normas que prevén su revisión cada cinco años,⁶ y además, habrá que ensayar nuevas propuestas para afrontar

jurisprudencia del TJUE y su impacto en el Derecho privado nacional, Baden-Baden, Nomos, 2019.

³ Sobre Derecho privado y Derecho primario y secundario, vid. Hartkamp, *European Law...*, pág. 29 y ss, pág. 135 y ss., pág. 211 y ss. Se deja aquí de lado el Derecho que emana del Consejo de Europa. Sobre el particular, García, Kiteri, *Le droit civil européen. Nouvellematière, Nouveau concept*, Bruxelles, Larcier, 2008; Hartkamp, *European Law...*, pág. 173 y ss.

⁴ Sobre el alcance de la competencia para legislar en materia de Derecho privado, vid. Weatherill, Stephen, "Competence and European private law", en Twigg-Flesner, Christian (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, págs. 58-69; Weatherill, Stephen, *Contract Law of the Internal Market*, Cambridge, Intersentia, 2006; Twigg-Flesner, Christian, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, Abingdon (U.K.), Routledge, 2013, págs. 26-38; Heiderhoff, Bettina, *Europäisches Privatrecht*, Heidelberg, Müller, 2016, 4ª ed., págs. 7-15.

⁵ Al respecto, vid. la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Bruselas, XXX[...] (2019) XXX draft), disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/uctd_guidance_2019_es_0.pdf (última consulta: 11.12.2019)

⁶ En relación con el crédito al consumo, vid. Evaluation and Fitness Check Roadmap, en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-3472049_en. La reforma del crédito inmobiliario apenas se ha iniciado todavía. A propósito del anuncio de revisión, aunque solo en relación con determinados aspectos, vid. art. 27.2 Directiva 2008/48, de 23 de abril de 2008, sobre crédito al consumo (DO L 133, de 22 de mayo de 2008) y art. 44 Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre crédito inmobiliario

los retos que trae aparejada la digitalización.⁷ Aquí solo se va a realizar una aproximación selectiva a esto último, que tratará de combinar la explicación de lo que ya se ha hecho y de lo que aun está por hacer. Con todo, hay que tener en cuenta que los retos a que se ha aludido son de muy diversa índole, que afectan por igual al Derecho (en el ámbito del contrato, la propiedad, la responsabilidad, o la privacidad) y la economía, en particular la colaborativa basada en los datos,⁸ y que su análisis requiere el auxilio de otras tantas disciplinas, como la sociología (de las redes), los algoritmos y la robótica, por poner solo algunos ejemplos.⁹ Ello ya indica, pues, que aquí solo se podrá dar una visión parcial.

(DO L 68, de 28 de febrero de 2014).

⁷ En general, vid. contribuciones de distinto signo en De Franceschi, Alberto (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge et al., Intersentia, 2016; Harvey, David, *Collisions in the Digital Paradigm. Law and the Rule Making in the Internet Age*, Oxford and Portland, Hart, 2016; Grundmann, Stefan (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2018; Castaños Castro, Paula – Castillo Parrilla, José Antonio (eds.), *El mercado digital en la Unión europea*, Madrid, Reus, 2019; Kindl, Johann – Arroyo Vendrell, Tatiana – Gsell, Beate (Hrsg.), *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Baden-Baden, Nomos, 2018; Franceschi, Alberto – Schulze, Reiner (eds.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, Munich, Nomos-Beck, 2019.

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “La construcción de una economía de los datos europea”, (COM (2017) 9 final) (Bruselas, 10 de enero de 2017, SWD(2017) 2 final), § 4, págs. 13-15. También, Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy Accompanying the document Communication Building a European data economy (COM(2017) 9 final) (Bruselas, 10.1.2017, SWD(2017) 2 final).

⁹ Sobre la implantación de los robots en nuestras vidas, muy ilustrativos, Ford, Martin, *El auge de los robots*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 2016; Nourbakhsh, Illah Reza, *Robot fra noi. Le creature intelligenti che stiamo per costruire*, Torino, Bollati Boringhieri Editore, 2017; Palmerini, Erica, “The interplay between law and technology, or the RoboLaw Project in context”, en Palmerini, Erica – Stradella, Elettra (eds.), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, Pisa University Press, 2013, págs. 7-26. A propósito de los riesgos -en general, de la inteligencia artificial, Lohsse, Sebastian – Schulze, Reiner – Staudenmayer, Dirk (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden, Nomos-Hart, 2018. Vid. Recientemente, Commission Staff Working Document, *Liability for emerging digital technologies*, Brussels, 25.4.2018 (SWD(2018) 137 final); Expert Group on Liability and New Technologies, *Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies*, European Union, 2019.

II. ¿Para qué armonizar el Derecho Privado?

Como ya se ha indicado, una de las acepciones del término “europeización”, seguramente la más común, se asocia o identifica con el Derecho de la Unión Europea, promulgado con la mirada puesta en la consecución de la armonización jurídica, a través de la convergencia de sistemas o su uniformización.¹⁰ Como es sabido, los obstáculos que frenan la expansión del mercado interior son de variada índole y tienen mucho que ver, entre otros, con el transporte, los impuestos, la lengua y la litigación, pero no son menores las cortapisas legales derivadas de una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Tal diversidad jurídica perjudica a los empresarios que desean exportar sus productos, porque deben soportar costes de transacción causados por la necesidad de conocer cuál es el Derecho aplicable en cada Estado al que dirigen su oferta. Esto afecta, especialmente, a las normas de protección de los consumidores. Por otra parte, estos se enfrentan a la incertidumbre de saber si sus derechos estarán igualmente protegidos cuando compren en otro país.¹¹

Un problema particular se refiere a los contenidos digitales, por la duda de si a los contratos a través de los cuales se comercializan tales bienes y servicios se aplican o no determinadas normas que, en la generalidad de ordenamientos, están pensadas para la falta de conformidad de los bienes muebles corporales en una compraventa. Según la Comisión Europea, todas esas circunstancias suponen un freno a la contratación: retraen la oferta, hacen que los precios sean menos competitivos y malogran oportunidades de realizar negocios. Este ejemplo ilustra la necesidad de encontrar soluciones comunes a problemas cada vez más complejos y, además, pone bien de relieve la necesidad de hacerlo antes de que proliferen las legislaciones nacionales, cada una con sus propios criterios.¹²

¹⁰ Schulze – Zoll, *European Contract Law...*, pág. 5 y ss; Twigg-Flesner, *The Europeanisation...*, págs. 4-5.

¹¹ Sobre estas cuestiones, que relacionan el Derecho de consumo con el mercado, Heiderhoff, *Europäisches Privatrecht...*, págs. 88-90. Vid. también nota siguiente.

¹² EM 7 Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019: “[Unas normas armonizadas] (...) evitarían la fragmentación jurídica que de otro modo surgiría con una nueva legislación nacional que regule específicamente los contenidos y servicios digitales.” Con más detalle, esa y otras consideraciones, vid. Commission Staff Working Document. Impact Assessment accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods (Brussels, 17.12.2015, SWD(2015) 274 final/2) (documento que corrige y añade anexos al

III. Las técnicas armonizadoras

1. Estrategias recientes

La estrategia del Mercado Único Digital adoptada por la Comisión Europea perseguía una aproximación holística a los problemas que podían impedir el pleno desarrollo del comercio a distancia (sobre todo electrónico) de bienes y la expansión del comercio de contenidos digitales.¹³ Una de las estrategias unificadoras consistió en el establecimiento de unas reglas aplicables uniformemente a la compraventa, los contenidos digitales y los contratos relacionados con todos ellos, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL).¹⁴ El reglamento era opcional, de manera que solo se aplicaba con preferencia al Derecho que normalmente debía regir la relación contractual si las partes lo elegían expresamente. El enfoque había sido ensayado previamente en otros ámbitos, pero constituía una apuesta novedosa en el contexto del Derecho contractual europeo y, aparentemente, una ventaja adicional al método tradicional de legislar mediante directivas era que, a la vez que el reglamento contribuía a eliminar los problemas inherentes a la diversidad legislativa (esto es, el adecuado funcionamiento del mercado interior), también evitaba la fragmentación de los Derechos nacionales.

informeprevio de 9 de diciembre de 2015), pág. 7 y ss; págs. 21-22.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa (COM(2015) 192) (Bruselas, 6.5.2015, SWD(2015) 100 final).

¹⁴ COM (2011) 635 final, Bruselas 11.10.2011. La norma generó una nada despreciable cantidad de comentarios. Algunos, exegéticos, como Schulze, Reiner (ed.), *Common European Sales Law*, Beck. Munich, 2012; Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*. Sellier. München, 2014. Otros, comentaban en bloque las distintas secciones. Así, Plaza Panadés, Javier – Martínez Velencoso, M^a Luz (eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Switzerland, Springer International, 2015; Vaquer Aloy, Antoni – Bosch Capdevila, Esteve – Sánchez González, M^a Paz (eds.), *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del Derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015. Además, el ya citado Schulze – Zoll, *European Contract Law...*, que cuenta con dos ediciones, en 2016 y 2018. Para un buena y sucinta presentación, vid. Gómez Pomar, Fernando – Gil Saldaña, Marian, “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, contenido y efectos”, *InDret*, 2012, 1, págs. 1-27 (www.indret.com). Además, Arroyo Amayuelas, Esther, “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, 11, págs. 201-228 <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/582/488>.

Estos ya no se veían reemplazados sino simplemente complementados por la legislación de Bruselas. Así, la puesta a disposición de los contratantes de un corpus uniforme e idéntico de reglas no solo permitía eliminar la complejidad inherente a la pluralidad de regímenes jurídicos nacionales, sino que, a la vez, solucionaba el problema de la comprensibilidad y consistencia de los códigos civiles y leyes nacionales. En definitiva, la estrategia del reglamento opcional respetaba los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por consiguiente, también su soberanía, sin renunciar a la ambición de reducir al máximo los problemas inherentes a la diversidad legislativa.

El Parlamento europeo dio luz verde al proyecto,¹⁵ no sin enmendarlo sustancialmente, pero la Comisión lo retiró con el fin de presentarlo de nuevo “modificado”.¹⁶ Seguramente fueron variadas las razones por las que se abandonó el reglamento opcional y fundamentalmente debieron tener que ver con el nivel de protección de los consumidores, los problemas que planteaba la elección en contratos en que estos eran la parte más débil de la relación, y, en general, con la complejidad que planteaba el sistema tal y como estaba diseñado.¹⁷ En particular, las asociaciones de consumidores no estaban dispuestas a tolerar que los progresos sobre contratos sobre contenidos digitales se presentaran en un instrumento cuya aplicación era opcional, por entender que el empresario no lo aplicaría si era mejor para él continuar rigiéndose por una legislación más ambigua en el sector.¹⁸

¹⁵ Para los avatares de la tramitación parlamentaria, Mayer, Hans Peter – Lindemann, Julia “Zu den aktuellen Entwicklungen um das Gemeinsame Europäische Kaufrecht auf EU-Ebene”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2014, 1, págs. 1-7.

¹⁶ Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Commission Work Programme 2015. A New Start (Annex 2) (Strasbourg, 16.12.2014; COM(2014) 910 final). Vid. la medida número 60: “Modified proposal in order to fully unleash the potential of e-commerce in the Digital Single Market.” Expresa su decepción con tal decisión, el nuevo Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, Svoboda, Pavel, “The Common European Sales Law – Will the Phoenix rise from the Ashes again?”, *ZEuP*, 2015, 4, págs. 689-693.

¹⁷ En general, véase, Arroyo, ¿Es el CESL...? y allí bibliografía; también, Wrška, Stefan, *European Consumer Access to Justice Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, págs. 190-254.

¹⁸ Vid. BEUC, Digital products: EU consumers need clear rights. BEUC Position Paper, Ref. X/2012/1999 – 10-12-2012, págs. 4-5, 9 (última consulta: 11.12.2019). Además, vid. Reyna, Agustín, “What place for consumer protection in the Single Market for digital content? Reflections on the European Commission’s optional regulation policy, European

2. Tras el fracaso del CESL, alternativas que podían vislumbrarse

Lo cierto es que la Comisión no se prodigó en explicaciones sobre las alternativas que podían vislumbrarse y, salvo dejar clara la necesidad de potenciar el comercio online, más bien era reticente a expresar con claridad las propuestas que debían sustituirlo.¹⁹ En particular:

“(...) The Commission will make an amended proposal before the end of 2015 (i) covering harmonized EU rules for online purchase of digital content, and (ii) allowing traders to rely on their national laws based on a focused set of key mandatory EU contractual rights for domestic and cross-border online sales of tangible goods”²⁰.

A la vista de esa declaración, algunas voces señalaban que la intención de la Comisión era establecer un modelo contractual standard (“A European Standard Contract”) con la determinación de los principales derechos y obligaciones de las partes y, puesto que ello se asemejaba demasiado al instrumento opcional que se acababa de dejar atrás, se criticaba lo que se veía como la reintroducción de un nuevo Common European Sales, esta vez de carácter “light”. Se desaconsejaba su adopción por entender que esa no era la forma de legislar adecuada según el art. 288 TFUE.²¹ Además, la Comisión parecía sugerir que, junto con el establecimiento de un conjunto de normas comunes imperativas, daría preferencia al derecho imperativo de la ley del vendedor (country of origin principle),²² en detrimento del criterio que venía rigiendo hasta la fecha que, de

Journal of Consumer Law (EJCL), 2014, 2, [págs. 333-361], esp. pág. 350 ss.

¹⁹ Vid. el crítico comentario editorial escrito por Arnold, Arnd, “Das Arbeitsprogramm der Kommission für 2015 – wohin führt der Weg?”, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR), 2015, 2, pág. 53.

²⁰ Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Digital Single Market Strategy for Europe (Brussels, 6.5.2015; COM(2015) 192 final), pág. 5.

²¹ Vid. el Report on Towards a Digital Single Market Act (2015/2147(INI)), de las Comisiones de Industria, Investigación y Energía y de Mercado Interior y Protección del consumidor (Ponentes: Kaja Kallas, Evelyne Gebhardt), A8-0371/2015, de 21 de diciembre de 2015, pág. 30.

²² El principio del país de origen, así como el del reconocimiento mutuo, ya estaban anunciados como posibles medidas que podían influir en el grado de armonización de las legislaciones, en la estrategia de la Comisión explicitada en el Libro Verde sobre la

acuerdo con el Reglamento Roma I, determinaba la aplicación de la ley del lugar de residencia del consumidor, si esta le era más favorable que la ley aplicable al contrato.²³ Si esa era la sugerencia, entonces la consecuencia hubiera sido que los consumidores habrían podido continuar demandando a los vendedores en los tribunales de su domicilio,²⁴ pero deberían haber soportado la aplicación de una ley extranjera (la del vendedor) que, seguramente, ni habría recibido la misma interpretación por los jueces de su lugar de residencia, ni acaso tampoco les habría proporcionado la misma protección que el derecho que, de acuerdo con el Reglamento Roma I, debiera considerarse aplicable a los consumidores.²⁵ Sin duda, los riesgos podían minimizarse si las medidas a las que apuntaba la Comisión debían canalizarse mediante una directiva de máximos o un reglamento —dato sobre el que la Comisión guardaba un silencio deliberado²⁶— pero, aun así, ninguna de esas hipótesis evitaba la aplicación de la ley del vendedor en las cuestiones no armonizadas/uniformizadas. Por otro lado, inopinadamente, parecía que la *lex venditoris* solo debía encontrar aplicación al comercio electrónico de bienes tangibles, lo cual implicaba discriminar a los consumidores en función del tipo de adquisición que realizaran. Era arbitrario, aunque se alegara que en el comercio electrónico tradicional (el de bienes muebles corporales o tangibles) ya existía un *acquiscommunaute* que otorgaba un conjunto mínimo de derechos a todos los consumidores, mientras que, por el contrario, este era apenas inexistente en el comercio de contenidos digitales (especialmente en lo concerniente a la falta de conformidad y los remedios).

revisión del acervo comunitario de consumo (COM(2006) 744, final, de 8 de febrero de 2007), pág. 11. Sobre el particular, vid. Kuneva, Meglena: “The European Contract Law and The Review of the Consumer Acquis”, ZEuP, 2007, 4, págs. 955-957.

²³ Cfr. art. 4 y art. 6 Reglamento Roma I.

²⁴ Vid. arts. 17-19 del Reglamento, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351, de 20 de diciembre de 2012) (Bruselas I bis).

²⁵ Sobre el problema de si entonces las normas de protección del consumidor deben considerarse normas de orden público (art. 9 Reglamento Roma I), vid. Mańko, Rafał, “Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new EU online consumer sales law?”, European Parliamentary Research Service, September 2015 – PE 568.322, págs. 24-26 (últimavisita: 11.12.2019).

²⁶ El Report Towards a Digital Single Market Act (2015/2147(INI)), pág. 31, sugería una medida de armonización plena, pero no se pronunciaba sobre si debía ser una directiva o un reglamento: “Taking into account the already far reaching level of harmonisation of EU sales laws, a full harmonisation of EU Sales laws appears preferable particularly in view of the Communication’s declared aim of improved condition for cross-border online sales”.

3. Retorno a la técnica de la armonización plena

El 9 de diciembre de 2015 se hicieron públicas dos propuestas de Directiva: la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes²⁷ y la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.²⁸ No eran las medidas que cabía esperar, puesto que lo que la Comisión había anunciado era que iba a modificar la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea y, más que modificarla, lo que hizo fue seleccionar algunas materias de su articulado (referidas, fundamentalmente, a la conformidad, los remedios y las modalidades de ejercicio), para reformularlas en estas nuevas propuestas, que ni eran ya reglamentos, ni eran tampoco opcionales, ni tenían aplicación exclusiva al comercio transfronterizo.²⁹ El Informe sobre la valoración del impacto de las medidas, hecho público por la Comisión en diciembre de 2015, revelaba los pros y contras de los diversos criterios de política jurídica manejados.³⁰ Quedaba claro que no era aconsejable seguir por la senda de la armonización mínima, pero tampoco se optaba por el criterio de la aplicabilidad de la ley del vendedor, ni llegó a cuajar la idea de poner a disposición de las partes modelos de contrato de utilización voluntaria. Se volvió la vista al método tradicional de legislar mediante directivas. Concretamente, mediante directivas de armonización plena o máxima específica.³¹ La técnica ya había sido propuesta por la Comisión en el año 2007, en el Libro Verde sobre protección de los consumidores³² y mucho antes había

²⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final; 2015/0288 (COD)).

²⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final; 2015/0288 (COD)).

²⁹ Vid los primeros análisis, en lengua castellana, en el monográfico de InDret, 2016, 3. Además, Sauphanor-Brouillaud, Natacha – Sénechal, Juliette, “Contrats de fourniture de contenu numérique. Enjeux des négociations en cours sur la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil (COM(2015) 634 final)”, Contrats, Concurrence, Consommation, 2017, février, págs. 21-56.

³⁰ Vid. Commission Staff Working Document. ImpactAssessment, pág. 22 y ss.

³¹ Sobre la terminología “máxima” o “plena” y “específica”, vid. Gutman, Kathleen, *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2014, págs. 31-36.

³² Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, Bruselas, 8 de octubre

sido puesta en práctica con las directivas sobre comercialización a distancia de servicios financieros (2002)³³ y sobre prácticas comerciales desleales (2005).³⁴ Siguieron luego esa técnica, en parte, la directiva sobre servicios de pago (2007),³⁵ las directivas sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y crédito al consumo (ambas de 2008),³⁶ la directiva sobre derechos de los consumidores³⁷, igual que la directiva sobre viajes combinados (2015)³⁸ o, con cierto relajamiento, la directiva sobre créditos inmobiliarios.³⁹

La armonización plena no permite a los Estados miembros mantener o introducir normas distintas a las previstas por el legislador europeo, ni para aumentar, ni para disminuir el nivel de protección del consumidor.⁴⁰ Es muy invasiva con los Derechos nacionales y por esa razón siempre existen dificultades para lograr un acuerdo a la hora de fijar un estándar común de protección. Esa fue una de las razones del fracaso de la ambiciosa Propuesta de directiva sobre los derechos de los consumidores presentada en el año 2008.⁴¹ Sin embargo, la

de 2007 (COM (2006) 0744), pág. 11. Brevemente, para la historia de la revisión del acervo comunitario, vid. Twigg-Flesner, Christian, “La directiva de los derechos de los consumidores en el contexto del Derecho europeo de consumo”, en Cámara Lapuente, Sergio (dir.) – Arroyo Amayuelas, Esther (coord.), *La revisión de las normas nacionales y europeas de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un Derecho europeo común de la compraventa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 85-87.

³³ Directiva 2002/65/CE (DO L 271, de 9 de octubre de 2002).

³⁴ Directiva 2005/29/CE (DO L 149, de 16 de junio).

³⁵ Directiva 2007/64/CE (DO L 319, de 5 de diciembre de 2007).

³⁶ Directiva (UE) 2008/122/CE (DO L 33, de 3 de febrero de 2009) y Directiva (UE) 2008/48/CE (DO L 133, de 22 de mayo de 2008).

³⁷ Directiva (UE) 2011/83/UE (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011). Era mucho más ambiciosa la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores (COM (2008) 614 final). Vid., entre muchos, Ebers, Martin, “De la armonización mínima a la armonización plena”, *InDret*, 1, 2010 (www.indret.com).

³⁸ Directiva (UE) 2015/2302 (DO L 326, de 11 de diciembre de 2015).

³⁹ Un ejemplo es la Directiva (UE) 2014/17 (DO L 60, de 28 de febrero de 2014), que solo es de armonización plena en lo que respecta a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y a las normas sobre cálculo de la tasa anual equivalente (TAE) (art. 2.1).

⁴⁰ Sobre el concepto de armonización plena o total, vid. Johnston, Angus - Unberath, Hannes, “European private law by directives”, en Twigg-Flesner, Christian (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, [págs. 85-100], pág. 88; Schulze – Zoll, *European Contract Law...*, pág. 17; Gutman, *The Constitutional...*, pág. 32.

⁴¹ Svodoba, “The Common European Sales Law...”, pág. 693; Schulze, - Zoll, *European Contract Law...*, pág. 17.

Comisión Europea hace una lectura distinta del problema y sugiere que la armonización plena es una solución óptima si no se es muy ambicioso en los contenidos y solo se ven afectadas por normas imperativas determinadas cuestiones fundamentales.⁴² Ese criterio, excesivamente laxo en muchos aspectos, es el que finalmente se ha seguido, de nuevo, en las dos directivas recientemente aprobadas (Directiva sobre compraventa, DCV y Directiva sobre contenidos y servicios digitales, DCSD) y que, finalmente, han reemplazado al CESL.⁴³

Efectivamente, en relación con los contratos de compraventa con consumidores, la DCV regula los criterios para determinar la conformidad y la responsabilidad del vendedor (antiguamente conocida como “garantía legal”), la carga de la prueba de la falta de conformidad, y los remedios y sus modalidades de ejercicio, así como las garantías comerciales del productor. También circunscrita al ámbito de los contratos de consumo, el ámbito de aplicación de la DCSD no es del todo coincidente porque además de no efectuar referencia alguna a las garantías comerciales, también regula los efectos de la modificación del contrato de suministro de contenidos digitales por parte del empresario y prevé las obligaciones de las partes en caso de resolución del contrato.

En ambos casos se trata, en definitiva, de armonizar plenamente determinadas normas que se consideran esenciales en los ámbitos contractuales respectivos.⁴⁴ En materia de contenidos digitales se añade que “(...) hasta ahora no estaban reguladas a escala de la Unión ni nacional”.⁴⁵

Por consiguiente, el legislador nacional no puede imponer requisitos formales o sustantivos distintos a los previstos en las respectivas normas, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores. Ahora bien, se advierte que eso es así salvo que

⁴² Commission Staff Working Document. Impact Assessment, pág. 6: “(...) Instead, the proposed initiative will be targeted and focused on key national mandatory consumer contract law rules which create obstacles to cross-border trade”. Vid. también, págs. 52-53: “(...) The ideas of an optional instrument and a comprehensive set of rules regulating practically all relevant issues, as put forward in the Common European Sales Law, has been abandoned. The approach put forward by the preferred option will be focused on targeted consumer mandatory rights that remedy concrete key obstacles to cross-border trade. It will also only replace one single Directive for a specific sector.”

⁴³ Directiva (UE) 2019/770 (DO L 136, de 22 de mayo de 2019) y Directiva (UE) 2019/771, (DO L 136, de 22 de mayo de 2019).

⁴⁴ Cdo 10, 25, 47, 62, 70 DCV, Cdo 9 DCSD.

⁴⁵ Cdo 9 DCSD.

la propia norma permita expresamente otra cosa.⁴⁶ En particular, el legislador europeo permite al nacional alargar los plazos de garantía para hacer valer las pretensiones o derechos del consumidor frente al vendedor o empresario,⁴⁷ imponerlos allí donde la DSCD no los prevé,⁴⁸ substituir ese plazo de garantía por otro de prescripción, o añadir este último al primero;⁴⁹ para la compraventa, pueden incluso ampliar el plazo de inversión de la carga de la prueba.⁵⁰

Las Directivas no afectan a las materias que caen fuera del ámbito de aplicación de las respectivas normas, como la formación, la validez y los efectos del contrato, las cláusulas abusivas, lo dañoso el derecho de repetición del extracontractual del consumidor frente al productor.⁵¹ Eso demuestra que la armonización plena (o máxima) no equivale a una armonización exhaustiva.⁵² Y es por eso, también que, en algunas materias, se deja al legislador la labor de desarrollar lo dispuesto en las respectivas normas. Así, en materia de restitución de las prestaciones, una vez resuelto el contrato de compraventa;⁵³ o en relación con el contenido de las garantías comerciales.⁵⁴ Es igualmente la legislación nacional la debe determinar contra quien debe dirigir la acción de regreso el vendedor o empresario que suministra contenidos digitales⁵⁵ y si el consumidor tiene acción directa contra el fabricante o productor de los bienes no conformes.⁵⁶

IV. El Derecho Contractual y los nuevos modelos de negocio online

Como consecuencia de la revolución digital, la Unión Europea ha ido actualizando constantemente el Derecho privado y ello obliga a reordenar y clarificar

⁴⁶ Art. 4 DCV; art. 4 DSCD.

⁴⁷ Cdo 41, art. 10.3 DCV; Cdo 56, art. 11.2 II DSCD.

⁴⁸ Cdo 56, art. 11.2 I DSCD.

⁴⁹ Cdo 42, Art. 10.4 y 5 DCV; Cdo 58, art. 11.2 III y 3 II DSCD.

⁵⁰ Art. 11.2 DCV.

⁵¹ Art. 3.6 DCV, art. 3.10 DSCD. Sobre la exclusión de los daños y las cláusulas abusivas, vid. Commission Staff Working Document. Impact Assessment, pág. 50, págs. 120-121. Con todo, en relación con las cláusulas, vid. art. 20.1 DCV.

⁵² Sobre las ambigüedades del término, vid. Gutman, *The Constitutional...*, págs. 31-36.

⁵³ Cdo 59-60, art. 16.3 II DCV.

⁵⁴ Cdo 62, art. 17.4 DCV.

⁵⁵ Cdo 63, art. 18 DCV; Cdo 78, art. 20 DSCD.

⁵⁶ Cdo 63 DCV.

muy a menudo el Derecho nacional. Así, junto a la promulgación de las dos directivas ya citadas, la Comisión de Jean Claude Juncker también aprobó un Reglamento sobre la portabilidad de los datos,⁵⁷ otro sobre la lealtad de las plataformas que actúan como mercados en línea,⁵⁸ y aun otras normas que, en mayor o menor medida, interactúan con las citadas, como la Directiva de modificación de la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores,⁵⁹ o la Directiva sobre copyright en el mercado único digital (DCMUD), que aporta un enfoque nuevo en la regulación de la responsabilidad de las plataformas.⁶⁰ Muchas de esas plataformas se dedican al comercio electrónico y, en un momento u otro, se sirven de la inteligencia artificial para la propia conclusión del contrato. Las consideraciones que siguen a continuación girarán en torno a este tema.⁶¹

1. Nuevos modelos de negocio online y responsabilidad social de los intermediarios

La potencialidad de internet para la comisión de infracciones anónimas, masivas y diarias facilita las demandas de responsabilidad subsidiaria contra el prestador de servicios intermediario que aloja o transmite los contenidos de terceros porque, a diferencia del infractor, que generalmente es anónimo, el intermediario siempre es conocido y puede hacer frente a las indemnizaciones con mayor comodidad.⁶² Si quisiera evitarlas, tendría que asumir unas cargas económicas que

⁵⁷ Reglamento (UE) 2017/1128 (DO L 168, de 30.06.2017). Sobre portabilidad, vid. además, art 20 del Reglamento (UE) 2016/679 (DO L 119, de 4.05.2016).

⁵⁸ Reglamento (UE) 2019/1150 (DO L 186, de 11 de julio de 2019).

⁵⁹ Directiva (UE) 2011/83 (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011). Dentro del paquete de medidas incluidas dentro del “New Deal for Consumers” (“Nuevo pacto con los consumidores”) la recientemente aprobada, el 8 de noviembre de 2019, Directiva “ómnibus” modifica esa norma. Vid. Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, sobre la mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores (DO L 328, de 18 de diciembre de 2019).

⁶⁰ Directiva (UE) 2019/790 (DO L 130, de 17 de mayo de 2019).

⁶¹ En este apartado, los epígrafes 1 y 3 se nutren de lo previamente publicado en Arroyo Amayuelas, Esther, “La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT), 2020, 1 (en prensa); Arroyo Amayuelas, Esther, “Comment to arts. 10-15 E-Commerce Directive”, en Schulze, Reiner – Staudenmayer, Dirk (eds.), EU Digital Law, Baden-Baden, Nomos-Beck-Hart, 2020 (en prensa).

⁶² Nordemann, Jan Bern, “Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content

podrían llegar a ser desproporcionadas y, además, con ello se incentivaría su rol de policía de internet, con el consiguiente riesgo de ejercer una censura indebida sobre la libertad de expresión, en particular en las plataformas sociales que albergan contenidos generados por los usuarios (e. g. Twitter, Youtube, Flickr, Soundcloud). También podrían resultar lesionados otros derechos fundamentales, como la libertad de información, la protección de datos, o la libertad de empresa.

La Directiva (UE) 2000/31, de 8 de junio, sobre comercio electrónico, trataba de evitar esos resultados con reglas de exención de responsabilidad, conocidas como “puertos seguros”. Se quería evitar que los intermediarios que trasmitían o alojaban contenidos ilícitos de terceros pudieran ser considerados responsables, aun no siendo autores de esos contenidos, solo por el hecho de transmitirlos o alojarlos. Se trataba de no poner obstáculos al desarrollo de internet. Sin embargo, hoy, veinte años después de la promulgación de la norma, cuando internet está plenamente incorporado en nuestras vidas, la percepción es que los puertos seguros operan como cláusulas de inmunidad en perjuicio de las víctimas. Por eso algunos Estados Miembros han intentado nuevas acciones para acabar con la piratería (e. g. ley francesa Hadopi o la ley alemana Telemediengesetz)⁶³ o los contenidos ofensivos (e. g. la ley alemana “Network enforcementlaw”, NetzDG).⁶⁴

– Regulatory Action Needed?” In-Dept Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-08, January 2018, pág. 6, con más referencias; Valke, Peggy – Kuczerawy, Aleksandra – Ombelet, Pieter-Jan, “Did the Romans Get It Right? What Delfi, Google, eBay, and UPC TeleKabel Wien Have in Common?”, en Taddeo, Mariarosaria – Floridi, Luciano (ed.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, New York, Springer International, 2017, [págs. 101-116], pág. 102, y allí más referencias.

⁶³ Vid. Lucchi, Nicola, “Regulations and Control of Communication: the French Online Copyright Infringement Law (hadopi)”, 2011, 7 Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper (MPI IPCL RP), págs. 1-28, en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1816287 La suspensión del acceso al prestador de internet fue abrogada en 2013. Alemania también ha modificado la Ley de Telecomunicaciones (Telemediengesetz - TMG) con el fin de excluir del privilegio a las plataformas cuya actividad incluye la violación de los derechos de autor (por ejemplo, “ThePirate Bay”). Vid. Spindler, Gerald, “Haftung ohne Ende? Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern”, *Multimedia und Recht (MMR)*, 2018, págs. 48-52.

⁶⁴ Vid. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), de 1.9.2017. Para la crítica, Spindler, Gerald, “Internet Intermediary Liability Reloaded. The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-) Compatibility with European Law”, 2017, 8, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, págs. 166-179. Además, vid. UK Online Harms White Paper of 9.4.2019 (modificado por

A la vista de la creciente importancia para la economía digital de las plataformas en línea y la sofisticación de las técnicas de filtrado, el debate sobre la necesidad de exigir un rol más proactivo a los intermediarios tampoco se ha hecho esperar en la Unión Europea. La nueva Comisión Europea, presidida por Ursula von der Leyen, ya ha anunciado una futura nueva directiva o reglamento sobre servicios digitales que modificará la regulación actual. Parece que la tendencia no será ya velar por la neutralidad de los intermediarios y exigirles que reaccionen (rápidamente) ante las quejas de los usuarios, sino que en el futuro se les exigirá que busquen por su cuenta las ilegalidades. Ese enfoque es mucho más gravoso para las empresas y presenta mucho mayor riesgo de limitar la libertad de expresión y de información.

Aparentemente, la recientemente aprobada DCMUD muestra el modelo a seguir en el futuro.⁶⁵ La infracción del copyright siempre ha sido un problema que ha merecido atención específica en el entorno electrónico y digital. La DCE supuso un equilibrio entre los diferentes intereses en juego y, muy en particular, los de la industria de internet y los titulares de derechos de propiedad intelectual.⁶⁶ Sin embargo, la percepción era que existía un modelo de negocio basado esencialmente en la violación de derechos de autor y por eso, al amparo de las directivas sobre copyright, el TJUE entendió que el prestador de servicios debía ser considerado directamente responsable, por actos ilícitos de comunicación pública, sin poder acogerse al puerto seguro previsto en la DCE para todo tipo de intermediarios.⁶⁷

Con esos precedentes, la DCMUD pretende que las plataformas cuyo negocio sea reproducir o referenciar de forma automática cantidades significativas de obras visuales protegidas por derechos de autor (e. g. Youtube) concluyan acuerdos con todos los titulares de derechos, con el fin de garantizar la remuneración equitativa de los mismos (se trata de poner remedio al llamado *value gap*). Eso se refiere muy en particular a los contenidos generados por los usua-

última vez, 26.6.2019). Recientemente, en Francia, vid. la Proposition de loi adoptée par l'Assemblée Nationale visant à lutter contre les contenus haineux sur internet de 9.7.2019.

⁶⁵ Para un exhaustivo análisis de la norma, Spindler, Gerald, "¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital", CDT, 2020, 1 (en prensa).

⁶⁶ Cdo 41 DCE.

⁶⁷ STJUE C 160/15, de 8 de septiembre de 2016, GS Media BV; STJUE C-527/15, de 26 de abril de 2017, Stichting Brein; STJUE C-610/15, de 14 de junio de 2017, Stichting Brein vs Ziggo BV (§§ 26, 29 36-37).

rios sin la correspondiente licencia o autorización (e. g. el video casero que utiliza la canción de tercero). Si la plataforma no la obtiene será responsable de un acto ilícito de comunicación pública, lo cual induce a pensar que ya de entrada tratará de evitar que esos contenidos se carguen. El art. 14 DCE, que prevé la exención de responsabilidad, únicamente debería ser de aplicación a los prestadores que no almacenan “(...) una gran cantidad de obras”. El problema radica en concretar ese parámetro o en determinar qué tanto por ciento se entenderá que se cumple con esa descripción. La DCMUD tampoco se aplica a otros prestadores que no se dedican al negocio, en particular los mercados de venta minorista en línea y los servicios que no tienen finalidad comercial (enciclopedias online, repositorios educativos y científicos), plataformas B2B, o servicios de cloud computing.⁶⁸ En realidad, los servicios de cloud computing, que quedan excluidos, también pueden albergar contenidos masivos (recuérdese el hoy extinto modelo de Rapidshare).⁶⁹

A diferencia del art. 14 DCE, que se pronuncia en términos de exención de responsabilidad siempre que se den todos los requisitos previstos por la norma, la DCMUD se expresa en términos de responsabilidad directa de las empresas que no habiendo obtenido una licencia o autorización, después de haber hecho todos los esfuerzos de acuerdo con la diligencia profesional exigible según los elevados estándares de la industria, no hubieran hecho todo lo posible por evitar que esos contenidos se hicieran públicos, o no los hubieran inhabilitado inmediatamente tras recibir una notificación motivada de los titulares de derechos y no hubieran realizado los mayores esfuerzos por impedir en el futuro su reproducción.⁷⁰ Esa actuación está guiada por el principio de proporcionalidad, lo cual exige tener en cuenta, por una parte, “(...) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio (lo que equivaldría a afirmar: los ingresos y el número de visitantes de las empresas) y “(...) el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios”; y, por otra, la disponibilidad de medios adecuados y eficaces (esto es, el desarrollo técnico presente y futuro) así como el coste de la implantación de medios automatizados para detectar los ilícitos.⁷¹ En particular, las empresas que lleven menos de tres años y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a

⁶⁸ Cdo 62, 65 y art. 2.6 II y art. 17.3 II DCMUD.

⁶⁹ Spindler, Gerald, “Responsabilidad civil y diligencia de los intermediarios desde la perspectiva de la propiedad intelectual”, LaNotaria, 2019, 2 (en prensa).

⁷⁰ Art. 17.4 DCMUD.

⁷¹ Art. 17.5 DCMUD.

10.000.000 euros deben limitarse a hacer los mayores esfuerzos por obtener una licencia y actuar expeditivamente, al recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web. Es así, salvo que tengan un promedio de visitantes mensuales superior a los 5.000.000. Se remarca expresamente que debe tratarse de empresas emergentes y realmente nuevas, con un volumen de negocios y una audiencia reducidos.⁷²

Naturalmente, el filtrado puede comportar la censura de determinados contenidos cuyo uso está legalmente permitido aunque no concorra el permiso de su titular. Para facilitar el conocimiento de las obras que están siempre permitidas se obliga a los Estados Miembros a adoptar obligatoriamente determinadas excepciones y, en particular, aquellas que garantizan la libertad de expresión de sus usuarios, para fines específicos de cita, crítica, reseña, caricatura, parodia o pastiche.⁷³ Ello asegura que determinados límites se dan en todos ellos, pero la dificultad sigue siendo el grado de sofisticación que es preciso para detectar esos contenidos y también la accesibilidad a los mismos por parte de solo pocas empresas. No debe ser ajeno a ello que el legislador europeo imponga mecanismos de reclamaciones que, sin duda, van a tener que solucionarse y aun otros problemas. Cómo negar, sin embargo, que no todos los usuarios tienen la misma cultura legal y que muchos no estarán dispuestos a invertir tiempo y dinero en denunciar retiradas indebidas de contenidos legalmente permitidos.

2. El comercio electrónico a través de plataformas

El uso de internet y la tecnología han facilitado el desarrollo de las plataformas de comercio electrónico,⁷⁴ pero la manera en que esas plataformas diseñaban sus servicios no siempre ha permitido saber si, en realidad, tenían el rol de in-

⁷² Cdo 67, art. 17.6 DCMUD.

⁷³ Cdo 70 y art. 17.7 DCMUD.

⁷⁴ A propósito de la explotación de este nuevo modelo de negocio y los riesgos que trae aparejado, la bibliografía es ingente. Baste citar las obras más recientes. Así, Orti Vallejo, Antonio – Rubio Gimeno, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019; Devolder, Bram (ed.), *Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019; Redinha, M^a Regina – Guimarães, M^a Raquel – Fernandes, Francisco Liberal (eds.), *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Newcastle upon Tyne, Cambridge, 2019.

intermediarios de hosting que se atribúan, con el fin de quedar exentas de responsabilidad por los contenidos ilícitos de terceros. La Comisión Europea ha sugerido algunos criterios que indican cuándo no es así,⁷⁵ en parte luego seguidos por el TJUE.⁷⁶ Los indicios de que tienen parte en el negocio subyacente serían, entre otros, fijar el precio, establecer las condiciones contractuales, proporcionar los activos, como propios,⁷⁷ someter a relación laboral a quien presta el servicio, o sufragar los gastos y asumir la responsabilidad en la prestación. En definitiva, a mayor gestión y organización en la selección de los proveedores de contenidos o la manera en que se prestan dichos servicios (por ejemplo, si verifican la calidad y/o fijan el precio), más evidente resulta que la plataforma puede ser considerada también ella misma como proveedora de esos servicios.⁷⁸

También la iniciativa académica del European Law Institute (ELI) parte de premisas similares.⁷⁹ En el documento definitivamente aprobado por la Asamblea, el art. 19.2 ELI Model Rules on online platforms dispone lo siguiente:

⁷⁵ COM(2016) 356 final, pág. 6 y ss.

⁷⁶ STJUE C-434/15, de 20 de diciembre de 2017, Uber SystemSpain (ECLI:EU:C:2017:981) (§§ 39-40); STJUE C-320/16, de 10 de abril de 2018, Uber France (ECLI:EU:C:2018:221) (§§ 20-26). Vid. ahora STJUE C-390/18, de 19 de diciembre de 2019, Airbnb Ireland ((§§ 56-64) (ECLI:EU:C:2019:1112).

⁷⁷ Conviene señalar que TJUE Uber Systemno tuvo en cuenta el criterio de la titularidad de los bienes (§ 37). Lo remarca, Maultzsch, Felix, “ContractualLiability of Online Platform Operators: European Proposals and established Principles”, European Review of Contract Law (ERCL), 2018, 4, [págs. 209-240], pág. 226, nota 52. Favorable a esa opinión, Tereszkiewicz, Piotr, “Digital Platforms: Regulation and Liability in the EU Law”, European Review of Private Law (ERPL), 2018, 8, [págs. 903-920], pág. 909; Franceschi, Alberto de, “The Changing Shape of EU Private Law in Response to Digital Innovation”, en Castaños Castro, Paula – Castillo Parrilla, José Antonio (dirs.), El mercado digital en la Unión europea, Madrid, Reus, 2019, [págs. 71-90], pág. 79.

⁷⁸ En aplicación de esos criterios, vid. STS (Sala 3ª) de 25 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:120), a propósito de Uber, a quien considera un servicio de transporte; y SAP Madrid (Sección 28ª) de 18 de febrero de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:1255), a propósito de BlaBlaCar en España, al que considera un servicio de intermediación.

⁷⁹ La Propuestapuedeconsultarse en Busch, Christoph – Schulte-Nölke, Hans – Wiewiórowska-Domagalska, Aneta – Zoll, Fryderyk, “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, Journal of European Consumer and Market Law (EuCML), 2016, 4, págs. 164-169 y en: https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms/discussion_draft.html (fecha de la última consulta: 26.10.2019); JullSørensen, Marie, “Draft model rules on online intermediary platforms”, en Devolder, Bram (ed.), The Platform Economy. Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, págs. 173-186. Críticos, Tereszkiewicz, “Digital Platforms...”, pág. 911 ss; Maultzsch, “ContractualLiability...”, págs. 209-240.

“(…) A la hora de establecer si el cliente puede confiar razonablemente en la influencia predominante del operador de la plataforma, habrá que tener en cuenta en particular los siguientes criterios: a) El contrato entre el proveedor y el cliente se ha concluido exclusivamente a través de las instalaciones que proporciona la plataforma; b) el operador de la plataforma utiliza exclusivamente sistemas de pago que permiten al operador de la plataforma retener los pagos realizados por el cliente o el proveedor; c) las condiciones del contrato entre el proveedor y el cliente vienen esencialmente establecidas por el operador de la plataforma; d) el precio que debe pagar el cliente viene fijado por el operador de la plataforma; e) el operador de la plataforma proporciona una única imagen de los proveedores o una marca; f) la publicidad se centra en el operador de la plataforma y no en los proveedores; g) el operador de la plataforma garantiza el control de la conducta de los prestadores y promete imponer el cumplimiento de sus normas más allá de lo que exige la ley.”⁸⁰

La redacción de esa norma tiene en cuenta la STJUE C-149/15, de 9 de noviembre de 2016, Wathelet,⁸¹ que toma en consideración el criterio de la apariencia con la que actúa —en el mundo offline— el intermediario profesional que vende por cuenta del consumidor; y también se inspira en la sentencia americana *Oberdorf v Amazon*, que entiende que Amazon no es un mero intermediario a la vista de las obligaciones que asume.⁸²

⁸⁰ Consulto el documento gracias a la amabilidad de Christoph Busch, uno de sus redactores.

⁸¹ ECLI:EU:C:2016:840. Además, SWD (2016) 163 final, pág. 115. SWD (2016) 163 final, pág. 139.

⁸² *Oberdorf v Amazon*, Third Circuit of Appeals, No18-1041 (3d Cir. 2019): “While we recognize that Amazon exercises online editorial functions, we do not agree that all of Oberdorf’s claims seek to treat Amazon as the publisher or speaker of information provided by another information content provider. As previously discussed, Amazon is a “seller” of products on its website, even though the products are sourced and shipped by third-party vendors such as The Furry Gang. Amazon’s involvement in transactions extends beyond a mere editorial function; it plays a large role in the actual sales process. This includes receiving customer shipping information, processing customer payments, relaying funds and information to third-party vendors, and collecting the fees it charges for providing these services.” A propósito de esta sentencia, vid. Busch, Christoph, “When

Entre nosotros se ha sugerido que la responsabilidad de la plataforma por incumplimiento del servicio subyacente, sobre la base de la apariencia creada por el operador, frente al consumidor, de que aquel tenía el control y una influencia decisiva en la organización de ese servicio, tiene buen acomodo en el art. 1258 CC (expectativas que de buena fe pudiera legítimamente esperar el usuario, entre las cuales la de responder por el incumplimiento del proveedor).⁸³ Sin embargo, no existe razón para romper con el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) si se puede entender que, cuando se cumplan los criterios a que antes se ha hecho referencia, la plataforma no puede invocar para sí un rol de intermediaria que en realidad no tiene.⁸⁴ Es ese también el criterio que ofrece el Cdo 22 Directiva sobre viajes combinados:⁸⁵

“(…) La intervención de un empresario como organizador de un determinado viaje combinado debe depender de su participación en la elaboración de ese viaje, y no de la forma en que dicho empresario describa su actividad comercial. A la hora de considerar si un empresario es un organizador o un minorista, ha de resultar indiferente si interviene a efectos de suministro o si se presenta como un agente que actúa en nombre del viajero.” (vid. art. 13.1).

La reciente legislación europea impone a la plataforma que actúa con funciones de intermediación el deber de indicar en qué cualidad actúa el vendedor (si es o no un profesional) con arreglo a la declaración que dicho tercero le haya proporcionado.⁸⁶ Nada se dice sobre las consecuencias del incumplimiento de ese

Product Liability Meets the Platform Economy: A European Perspective on *Oberdorf v. Amazon*, *EuCML*, 2019, 5, págs. 173–216.

⁸³ Pertíñez Vílchez, Francisco, “La economía colaborativa en la estrategia del mercado digital único de la Unión europea”, en Castaños Castro – Castillo Parrilla (eds.), *El mercado digital...* [págs. 129-156], pág. 155. Insiste en esa idea, con nuevos matices, Pertíñez Vílchez, Francisco, “La responsabilidad del operador de la plataforma como prestador del servicio subyacente”, en Orti – Rubio (dirs.), *Propuestas...*, [págs. 141-155], págs. 153-154.

⁸⁴ De ese parecer, Rubio Gimeno, Gemma, “Responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa y responsabilidad del proveedor del servicio”, en Orti – Rubio (dirs.), *Propuestas...*, [págs. 115-140], pág. 127.

⁸⁵ Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (DO L 326, 11.12.2015).

⁸⁶ Vid. SWD (2016) 163 final, pág. 137. Además, art. 6 bis 1 letra b) introducido en la

deber, a resultados del cual provoca en el usuario la falsa creencia de que contrata con un vendedor profesional. ¿Debería responder la plataforma del incumplimiento como si fuera la contraparte?⁸⁷ Así lo prevé así expresamente el art. 18 ELI Model Rules y, todavía más contundente, el art. 20 ELI Model Rules establece que los remedios que se otorgan a quien reclama el cumplimiento son los que corresponden a una relación B2C, aunque la contraparte vendedora fuera un particular no profesional. A fin de cuentas, la plataforma siempre lo es.⁸⁸ Esa misma solución es la que ahora el Cdo 18 DCSD sugiere que pueden adoptar los Estados Miembros.⁸⁹

“(…) Los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales. Los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados empresarios a los efectos de la presente Directiva”

Conviene señalar que, de acuerdo con el art. 6.1 Reglamento 2019/1150 aplicable en las relaciones de las plataformas con los comerciantes (P2B), y con el fin de

Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores, por el art. 2.5 de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea (DO L 328, de 18 de diciembre de 2019). Se sorprende de que la plataforma no deba comprobar la calidad con la que actúa el vendedor, Loos, Marco, “The Modernization of European Consumer Law: A Pig in a Poke?”, ERPL, 2019, 1, [págs. 113-134], pág. 118. También, pero juzga benévolamente la regla, Cauffman, Caroline, “New EU Rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships”, Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ), 2019, 24 (4), [págs. 469-479], pág. 476.

⁸⁷ Devolder, Bram, “Contractual Liability of the Platform”, en Devolder (ed.), *The Platform...*, [págs. 31-88], pág. 60. SWD (2016) 163 final, págs. 139-140.

⁸⁸ JullSørensen, “Draft model rules...”, en Devolder (ed.), *The Platform...* pág. 186. Para la inspiración danesa de la regla, SWD (2016) 163 final, pág. 140; JullSørensen, “Sharing Economy – a Private Law perspective”, en Orti – Rubio (dirs.), *Propuestas...*, [págs. 57-79], págs. 69-73.

⁸⁹ Sein, Karen - Spindler, Gerald, “The New Directive on Contracts or the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1”, ERCL, 2019, 15, 3, [págs. 257-279], pág. 261.

evitar la competencia desleal de la plataforma con el empresario a quien aquella presta el servicio,⁹⁰ el mercado en línea no pierde su condición de intermediaria (y, por tanto, tampoco la función de hosting) si solo ofrece servicios de naturaleza auxiliar y accesorios (por ejemplo, el seguro de alquiler de coches o el traslado desde el aeropuerto a los hoteles).⁹¹ Eso debería entenderse, naturalmente, sin perjuicio de su propia responsabilidad contractual por el incumplimiento del servicio que ofrece,⁹² o de la responsabilidad (contractual o extracontractual) por la infracción de las normas sobre competencia desleal (e. g. publicar reseñas y aprobaciones de consumidores falsas).⁹³

3. *Inteligencia artificial en la contratación*

La tendencia a navegar a través de webs y descargar aplicaciones empieza a verse sustituida por un uso creciente de la inteligencia artificial y los asistentes personales virtuales. La contratación mediante agentes electrónicos inteligentes (smart assistants) cabe en la letra y el espíritu de la DCE, pero ningún precepto se refiere expresamente a ella.⁹⁴ Tampoco lo hace ahora la DCSD.⁹⁵

⁹⁰ Para una primera valoración de la Propuesta, vid. Busch, Christoph, “Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the Forthcoming P2B Regulation”, en De Franceschi – Schulze (eds), *Digital Revolution...*, págs. 57-74. Antes, el mismo autor “Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie. Der Vorschlag für eine EU-Verordnung über Online-Plattformen”, *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (IWRZ)*, 2018, págs. 147-152. Además, Twigg-Flesner, Christian, “The EU’s Proposals for regulating B2B Relationships on online platforms – Transparency, Fairness and Beyond”, *EuCML*, 2018, 6, págs. 222-225.

⁹¹ El criterio de la finalidad principal o de una parte disociable también se encuentra en el art. 1.1 letra a) DSCA; igualmente, Cdo 62 y art. 26 DCMUD.

⁹² COM(2016) 356 final, págs. 8-9.

⁹³ Vid. la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, que modifica el Anexo I de la Directiva 2005/29 e introduce nuevos apartados relativo a las prácticas comerciales desleales (nuevo punto 23 ter y quater). Vid. también Cdos 47-49.

⁹⁴ Vid. Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce (Brussels, 18.11.1998, COM (1998) 586 final), pág. 12, a propósito del art. 9: “(...) Member States will have to: (...) not prevent the use of certain electronic Systems as intelligent electronic agents”. Weitzenboeck, Emiliy M., “Electronic Agents and the Formation of Contracts”, *International Journal of Law & Information Technology (IJL&IT)*, 2001, 9 (3), [págs. 204-234], pág. 224.

⁹⁵ Inicialmente, el Cdo 17 de la Propuesta de DSCD de 2015 plasmaba expresamente el rechazo a cualquier regulación: “(...) Los contenidos digitales son muy relevantes en el contexto de la «internet de las cosas». Sin embargo, conviene abordar cuestiones específicas de responsabilidad relacionadas con la «internet de las cosas», incluida la respon-

La contratación que tiene lugar entre máquinas plantea algunas cuestiones. Una de ellas es saber si es la máquina quien contrata en realidad o si esta es solo un instrumento que permite comunicar las decisiones de su propietario. Si fuera lo primero, entonces quizás habría que concebir la máquina como un sujeto con personalidad, que actúa por cuenta y/o en nombre del contratante gracias a las normas del mandato; pero esta es una ficción harto improbable y, seguramente, constituye un desafío innecesario y perturbador. La cuestión fue discutida, a propósito de la responsabilidad civil de los robots por los daños causados a terceros. La propuesta del Parlamento Europeo, que sugería otorgarles personalidad jurídica,⁹⁶ fue muy criticada porque proporcionaba el mensaje equivoco de que los robots, que no tienen consciencia, se equiparan a las personas, lo que necesariamente debería tener como consecuencia que no estén ya a su servicio, contrariamente a la finalidad para la que fueron creados.⁹⁷ Así que si la personalidad jurídica de los robots se considera poco deseable, mucho más debe ser así cuando se trata de otorgarla a agentes inteligentes cuyo software puede estar distribuido entre distintos servidores y ser manipulado por distintas personas.⁹⁸ La alternativa podría ser entender que la máquina que contrata es el esclavo del que el contratante se sirve (y a quien este conecta y desconecta a placer). Es la propuesta de quienes tienen a la vista el derecho romano y el modelo de responsabilidad del amo por las deudas desus esclavos, que consideran que el supuesto se podría situar en el ámbito de la representación.⁹⁹ Sin embargo, la

sabilidad por los contratos de datos y de máquina a máquina de forma separada". Esa referencia ha desaparecido de la norma definitivamente aprobada.

⁹⁶ Documento P8_TA(2017)0051, de 16 de febrero de 2017, que contiene una resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre normas de derecho civil sobre robótica, entre cuyas preocupaciones destaca la referida a la responsabilidad civil por los daños que puedan cometer los robots.

⁹⁷ Díaz Alabart, Silvia, *Robots y Responsabilidad Civil*, Madrid, Reus, 2018, pág. 80; Nevejans, Nathalie, "European Civil Law Rules in Robotics", European Union, 2016, pág. 16 (disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/supporting-analyses-search.html>). Se ha dicho también que la aceptación de esa propuesta conllevaría la destrucción de las bases humanistas de Europa. Así, además de Nevejans, "European Civil Law...", pág. 16, Eidenmüller, Hörst, "The Rise of Robots and the Law of Humans", ZEuP, 2017, 4, [págs. 765-777], pág. 776.

⁹⁸ Loos, Marco, "Machine-to-Machine Contracting in the Age of the Internet of Things", en Staudenmayer, Dirk – Schulze, Reiner – Lohsse, Sebastian (eds), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, [págs. 59-81], pág. 77.

⁹⁹ Acerca de las actio institoria y exercitoria, vid. Zimmermann, Reinhard, *The Law of*

posición mayoritaria todavía entiende que la máquina es solo un medio o instrumento de comunicación.¹⁰⁰

Otra cuestión que se plantea es si la contratación a través de agentes o asistentes inteligentes puede equipararse a la contratación individual (v. gr. telefónica). El asunto interesa porque, si así fuera, quedaría dispensado el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 10 y 11 DCE. Esos preceptos imponen al empresario el deber de proporcionar determinada información al destinatario del servicio antes de concluir el contrato (e. g. informarle de los pasos técnicos en la contratación) y le obligan a observar ciertos requisitos formales en el proceso de contratación (dar aviso de recepción del pedido y poner a disposición mecanismos de corrección de errores). Son exigencias, de carácter más bien técnico, que están pensada para la contratación online en la que el prestador de servicios se dirige, a través de medios de comunicación electrónica, a una pluralidad indeterminada de personas y, por eso el legislador europeo dejó abierta la puerta a la no aplicación de esos preceptos en la contratación que tuviera lugar exclusivamente mediante comunicación individual (arts. 10.4 y 11.3 DCE). El problema es que la DCE no aclara el significado de esa expresión y, hasta la fecha, tampoco lo ha hecho el TJUE.

La doctrina considera que la individualidad del medio es importante, pero que no es el único factor a tener en cuenta; aun habría que averiguar si el intercambio de declaraciones se produce ordinariamente como sucedería por teléfono o carta. Por supuesto, esta característica no puede predicarse de la contratación sin intervención humana llevada a cabo de forma automática mediante agentes electrónicos inteligentes. Las respuestas automáticas que pueda proporcionar una máquina no son humanas y siempre están pre-programadas.¹⁰¹

Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, Oxford University Press, 1996, pág. 52. Traen a colación el argumento, Schulze, Reiner - Staudenmayer, Dirk - Lohsse, Sebastian, "Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – An Introduction", en Schulze et al. (eds.), *Contracts for the Supply...*, [págs. 11-30], págs. 19-20; tesis a la que se adhiere Loos, "Machine-to-Machine...", págs. 77-78.

¹⁰⁰ Christandl, Gregor, "Chapter 2: Formation of Contracts", en Jansen, Nils - Zimmermann, Reinhard (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, págs. 320-321.

¹⁰¹ Wendehorst, Christiane, § 312i BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2019, 8. Auflage, Rn 50; Schimbacher, Martin, § 321i BGB, en Spindler, Gerald - Schuster, Fabian (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, München, Beck, 2015, Rn 12; Brunotte, Nico,

Por consiguiente, los arts. 10 y 11 DCE no quedan excluidos. Ahora bien ¿su aplicación tiene algún sentido? Si la contratación tiene lugar exclusivamente a través de agentes que actúan automáticamente, cierta información no resulta útil o adecuada al contexto. Por ejemplo, es innecesario informar a la parte contractual sobre los pasos que hay que dar para concluir un contrato (v. gr. la nevera que conecta directamente y envía órdenes de compra al supermercado online cuando las existencias de yogures alcanzan un determinado nivel; o el tac instalado en el coche que contrata con el dispositivo instalado en la autopista para cobrar el servicio sin detenerse).¹⁰² Tampoco se ve cómo o de qué manera una máquina podría realizar un clic inadvertido o, si pudiera escribir una cosa por otra, cómo podría ella misma corregir los errores, ni qué utilidad tendría que un agente inteligente confirmara a otro que ha recibido el pedido en lugar de procesar directamente el envío.¹⁰³

Si el error no puede ser detectado porque la transacción es automática y se produce en un mensaje electrónico generado por un malfuncionamiento del software, debería quedar expedito el recurso a las normas generales del Derecho civil para poder impugnar el contrato. La inteligencia artificial debe garantizar que las decisiones del sistema puedan verificarse o corregirse por parte de las personas y que estas puedan intervenir en el proceso de contratación, ya sea confirmando un contrato, ya autorizando uno en particular.¹⁰⁴ Además, a me-

“Virtuelle Assistenten-Digitale Helfer in der Kundenkommunikation”, *Computer & Recht*, 2017, 9, [págs. 583-589], pág. 588; Sein, Karin, ‘Concluding Consumer Contracts via Smart Assistants: Mission Impossible Under European Consumer Law?’, *EuCML*, 2018, [págs. 179-188], págs. 187-188. Sin embargo, vid. Lodder, Arno L. - Voulon, Marten B., “Intelligent Agents and the Information Requirements of the Directives on Distance Selling and E-Commerce”, *IRLC&T*, 2002, 16 (3), págs. 277-287, pág. 285: “(...) if an agent is ordering from a website that facilitates the contracting of agents, the website is designed to contract by individual communication.”

¹⁰² Vid. Lodder-Voulon, “Intelligent Agents...”, págs. 285, 286.

¹⁰³ Lodder-Voulon, “Intelligent Agents...”, pág. 285.

¹⁰⁴ A propósito del art. II- 3:201 DCFR, Loos, “Machine-to-Machine...”, págs. 59-82. Vid. Comunicación de la Comisión: Inteligencia artificial para Europa (Bruselas, 25.4.2018, COM(2018) 237 final), pág. 16: “(...) La utilización a gran escala de herramientas que se apoyan en la IA en las transacciones entre empresas y consumidores debe ser equitativa, transparente y conforme con la legislación relativa al consumo. Los consumidores deben recibir información clara sobre la utilización, características y propiedades de los productos que se apoyan en la IA. Las personas deben poder controlar los datos generados por la utilización de estas herramientas y saber si se están comunicando con una máquina o con otro ser humano. En particular, cuando se esté interactuando con un sistema automatizado, debería estudiarse en qué momento es más conveniente

didada que avance la inteligencia artificial, será necesario otro tipo de informaciones: habrá que asegurar que las personas sepan bien con qué criterios se deciden sus preferencias cuando un agente inteligente concluye en su nombre un contrato.¹⁰⁵ Eso es algo que, de nuevo, nos devuelve al tema de la transparencia del algoritmo al que ya se ha hecho referencia más arriba, en otro contexto distinto al de la relación contractual.

V. Reflexiones finales

Buena parte de las normas promulgadas como consecuencia de la estrategia del mercado digital desarrollada por la Comisión Europea presidida por Jean Claude Juncker (2015-2019) son directivas de armonización plena y reglamentos. Atendiendo a su temática, muchas se pueden agrupar en torno a dos pilares: por un lado, los contenidos digitales y, por el otro, las estructuras digitales en la contratación. Se evidencia, además, que la estructura bilateral que generalmente ha caracterizado al derecho de contratos está dando paso a relaciones triangulares gracias a la generalización de la contratación en mercados electrónicos. Es, precisamente, a propósito de las plataformas y su rol de intermediarias que es posible cuestionar la utilidad de DCE. La norma fue originariamente promulgada con la finalidad de promover la adquisición y el suministro de bienes y servicios tangibles o digitales (v. gr. software, música, vídeos) y la conclusión y ejecución online de contratos de servicios (v. gr. transacciones financieras, juegos virtuales, películas en streaming), pero se ha visto superada por otras tantas que regulan la actividad de las plataformas y los contratos que se generan gracias a su intermediación. El reto para la nueva Comisión Europea presidida por Ursula von der Leyen es promulgar una nueva Ley de Servicios Digitales que, además de prever reglas para la conclusión online de los contratos, actualice la responsabilidad de los intermediarios por los contenidos que transmiten o alo-

indicar a los usuarios cómo ponerse en contacto con un ser humano, así como la forma de garantizar que las decisiones del sistema puedan verificarse o corregirse.”

¹⁰⁵ Vid. EU Commission Communication Online Platforms and the Digital Single Market. Opportunities and Challenges for Europe (COM(2016) 288 final) (Brussels, 25.05.2016), págs. 9-10. Esos deberes de transparencia se empiezan a hacer visibles en el art. 6 bis de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019 y en el Reglamento (UE) 2019/1150.

jan en sus servidores. Nada de ello podrá hacerse sin tener debidamente en cuenta los avances tecnológicos y, en particular, la inteligencia artificial. Es absolutamente necesario acompañar cualquier nueva regulación con reglas de transparencia que permitan saber porqué o con qué criterios actúa el algoritmo, no solo para preservar los derechos fundamentales de expresión e información, sino también para evitar cualquier sesgo discriminatorio. Ese es, de momento, uno de los mayores retos que plantea la inteligencia artificial y que marca el camino por donde debe transitar el Derecho privado europeo en el futuro inmediato.

La responsabilidad penal de la persona jurídica en la Ley N° 27.401 y el proyecto del Nuevo Código Penal argentino

Un análisis de derecho comparado con la legislación chilena

CAROLINA F. CARRANZA*

MATÍAS M. MANSILLA**

Resumen: El presente trabajo surge de nuestro interés por indagar sobre una materia novedosa que se afianza en nuestros días, fundamentada en la creciente criminalidad económica y organizada que dio lugar a nuevos sujetos activos en el derecho penal, dejando atrás el antiguo aforismo *societas delinquere non potest* consagrado en nuestra tradición jurídica.

En concreto, se abordarán aspectos centrales de la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la actual Ley argentina N° 27.401 y el reciente Proyecto de Reforma del Código Penal Argentino (2018) comparándolos con las normas regulatorias de esta materia en la legislación penal chilena vigente, que le sirvió de base.

Abstract: *The present article arises from our interest in a novel matter that is entrenched in our days, based on the growing economic and organized criminality that gave rise to new subjects in criminal law, leaving behind the old aphorism “societas delinquere non potest” consecrated in our legal tradition.*

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Maestranda en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional, Istituto Tarello per la filosofia del diritto – Università degli Studi di Genova, Italia. Miembro titular del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Funcionaria del Poder Judicial de Córdoba. Contacto: carolinafcarranza@gmail.com.

** Abogado Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Contacto: matiasmanuel112@gmail.com.

Specifically, we will analyze here the core aspects of the regulation of corporate criminal liability in the law N° 27.401 and the recent Reform of the Argentine Criminal Code (2018) comparing them with the regulatory norms of this matter in the current Chilean criminal legislation, which was used as a reference.

Palabras Claves: Ley N° 27.401 - Proyecto de Código Penal Argentino - responsabilidad penal de la persona jurídica – Chile.

Key Words: Law N° 27.401 - Reform of the Argentine Criminal Code - corporate criminal liability - Chile.

I. La necesidad de armonización legislativa

El Anteproyecto para la Reforma del Código Penal Argentino asumió como objetivo la modernización y unificación de nuestra legislación penal, mediante el tratamiento de nuevas necesidades sociales y la incorporación al Código de aquellas normas de contenido punitivo que se encontraban dispersas en leyes especiales. En ese cometido, una de las cuestiones centrales encomendada a la Comisión redactora fue la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en relación a lo cual, como veremos a continuación, se reprodujeron en buena medida los lineamientos de la Ley N° 27.401 de Responsabilidad Empresarial sancionada recientemente¹ para hechos de corrupción cometidos por dependientes y terceros vinculados con la empresa.

Cabe mencionar que en el sistema jurídico argentino la posibilidad de responsabilizar y sancionar penalmente a las personas jurídicas no resulta novedosa, pues con anterioridad, incluso a la sanción de la mentada ley, diferentes leyes especiales ya estipulaban sanciones para ellas que podían considerarse como genuinas penas. Basta recordar aquellas previstas en el ámbito aduanero (Ley N° 22.415) o el ámbito cambiario (Ley N° 19.359), tributario (Ley N° 27.430), en el sistema de imputaciones contra la libre competencia (Ley N° 27.442), de los delitos de desabastecimiento (Ley N° 26.991), el sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (Ley N° 24.241) y hasta en el propio Código Penal en el título dedicado a los delitos contra el orden económico y financiero,

¹ Publicada en el Boletín Oficial del 01 de diciembre de 2017.

puntualmente en el art. 304 del Código Penal que prevé la responsabilidad de la persona de existencia ideal por el delito de lavado de activos cometidos en su nombre, o con su intervención, o en su beneficio.

Empero, lo cierto es que compartimos la creencia de que recién a partir de la sanción de la Ley N° 27.401 podemos afirmar que Argentina introdujo en su plexo normativo un verdadero régimen penal de responsabilidad para las personas jurídicas, reglado de un modo explícito, con determinación de los presupuestos específicos de la misma, y con un catálogo de sanciones posibles y pautas específicas para su determinación².

En esta sintonía, dar cuenta de los propósitos que impulsaron el tratamiento de la responsabilidad de la persona jurídica en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, supone retornar hacia sus cimientos, y en tanto hasta aquí, no surgen al respecto más referencia que la ya anunciada aspiración de modernización y unificación, es que debemos acudir a los antecedentes parlamentarios de la mentada Ley N° 27.401 que le sirvió de base. Puestos en este propósito, al indagar en la exposición de motivos del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al momento de su tratamiento, encontramos que con dicho nuevo régimen se procuró primordialmente lograr mayor eficacia en las políticas de prevención y lucha contra la corrupción. Ello explica que se añadiera a la novedosa regulación una serie de incentivos para que las personas jurídicas, por medio de la implementación de programas de integridad, cooperasen con las autoridades³ en la detección de “casos sospechosos de corrupción”, dando por supuesto que son estas mismas entidades quienes se encuentran en mejor posición de detectar vicios en su organización interna.

Paralelamente, otro de los puntos neurálgicos invocados en el mensaje de elevación del mentado proyecto de ley al Congreso de la Nación, fue la necesidad de adaptar el sistema penal argentino a los estándares internacionales fijados mediante los acuerdos celebrados con distintos países en materia de corrupción contra la Administración Pública y soborno transnacional. Dicho compromiso se remonta al año 1996 con la celebración del primer tratado multilateral firmado en el mundo en materia de corrupción, donde se incorpora como exigen-

² Sobre este tema v. AROCENA GUSTAVO A. – CESANO JOSE D., Responsabilidad penal empresaria y “criminal compliance”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019, págs. 15 y 16.

³ Cfr. Exposición de motivos del Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, en fecha 20/10/2016.

cia la regulación del delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros y se prohíbe que los Estados partes se resistan a prestar cooperación en las investigaciones de hechos de corrupción basándose en el secreto bancario. Años después, el compromiso se afianzó con la celebración de otros tantos acuerdos internacionales como la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional” (2000) la cual instituyó la obligación de tipificar el delito de asociación ilícita y los hechos de corrupción, además de incorporar la necesidad de responsabilizar a la persona jurídica por ellos, junto a la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (2003) que incorporó mayores exigencias respecto a la prevención, punición, y recupero de activos. Por su parte, la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales” (1997) firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) e incorporada a nuestro derecho interno en el año 2001, estipuló una clara obligación de los Estados partes a regular la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas. Fue desde entonces que la OCDE ha evaluado el cumplimiento de los compromisos asumidos por nuestro país y, entre otras recomendaciones formuladas, ha reclamado la implementación de un régimen de responsabilidad de las empresas para los casos de corrupción, tal como surge del “Reporte sobre la implementación de la Convención Anticorrupción de la OCDE en la Argentina” emitido en marzo de 2017. Dicho compromiso fue además invocado de modo reiterado durante el debate parlamentario sucedido con motivo de la sanción de la Ley N° 27.401, a fin de argumentar la necesidad de su implementación práctica. A modo de muestra, cabe reparar en el discurso emitido por el miembro informante de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado, Ernesto Martínez, en la sesión del 20/09/17, donde expresaba que:

“(…) Se procuró [adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos de corrupción contra la Administración Pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales], fundamentalmente, teniendo en consideración la opinión de los especialistas y el examen de derecho comparado, tanto de Francia, España y Chile y (...) los expertos de la OCDE que plantean como exigencia para el ingreso de nuestro país a esa entidad la existencia de una norma de este nivel”.

Y concluyó sosteniendo que dicha ley era “(...) lo que específicamente necesita Argentina para ingresar en un organismo internacional”.

Ahora bien, más allá de la plausibilidad de dichos compromisos, y de reconocer incluso que en nuestra Nación se estaba gestado un contexto sociopolítico que pugnaba con ansias por una regulación en materia de corrupción, compartimos la opinión de un significativo sector de la doctrina argentina que calificó la sanción de la Ley N° 27.401 como un “acto apresurado”, teniendo en cuenta el poco espacio para una reflexión académica profunda considerando el viraje radical que suponía responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en el marco de la teoría general de derecho penal a la que adscribía nuestra cultura jurídica. Sobre todo sorprendió la premura de su sanción considerando que desde hacía un tiempo atrás ya se encontraba trabajando la Comisión legislativa que tuvo a cargo el Anteproyecto de Reforma y actualización integral del Código Penal que comentamos⁴.

Por su parte, en Chile la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas se remonta a diciembre del año 2009, donde se sancionó la Ley N° 20.393, siendo así el primer país de Latinoamérica en legislar en la materia. Durante el debate parlamentario suscitado con motivo de su sanción se destacó la importancia del inminente ingreso de Chile como miembro pleno de la OCDE⁵, para lo cual era indispensable contar con un régimen legal adaptado a las exigencias y compromisos internacionales.

A los efectos de reflexionar sobre las razones que llevaron al país vecino a inclinarse por el establecimiento de una responsabilidad de carácter penal siendo que los compromisos internacionales asumidos sólo exigían que se establezcan sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas”, es útil atender a un reconocido jurista chileno Héctor Hernández Basualto que, con claridad manifiesta explica que lo que resultó determinante para optar por una responsabilidad de carácter penal fue precisamente considerar que el sistema penal era el único disponible con la cobertura necesaria para cumplir a tiempo con los parámetros internacionales, dado el contexto de urgencia por el ingreso de Chile como miembro pleno de la OCDE, pero que también influyó para tal elección una cierta predilección de la OCDE por la consagración de una responsabilidad

⁴ Cft. AROCENA GUSTAVO A. – CESANO JOSE D., “Responsabilidad penal...” Cit. pág. 14.

⁵ Argumento destacado en el mensaje del Ejecutivo, disponible en <http://recursoslegales.bcn.cl/jspui-rl/bitstream/10221.3/3894/1/HL20393.pdf>.

de carácter penal, con fundamento en la efectividad del sistema de justicia criminal. Correlacionado a ello, se supo resaltar durante la tramitación parlamentaria la inviabilidad de generar a tiempo un sistema sancionatorio administrativo.

Al igual que lo sucedido en nuestro país, el escaso debate académico sobre el proyecto, centrado únicamente en la procedencia o no de la responsabilidad penal de las empresas, y no del cómo, fue objeto de muchas críticas de doctrinarios chilenos⁶. Y es que si bien, al igual que en nuestro país, el ordenamiento chileno ya previa sanciones para las personas jurídicas, no fue hasta la sanción de la mencionada ley que se consideró abandonado el antiguo dogma *societas delinquere non potest*, que incluso se encontraba reglado en su ley procesal (art. 58).

II. El modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica

Previo a ingresar al análisis del modelo de responsabilidad al que adscriben ambas legislaciones es preciso partir de una breve referencia a las notas características de cada uno de los modelos reconocidos por la doctrina. Sintéticamente, el primero de ellos conocido como modelo de responsabilidad derivada o de transferencia o vicarial conforme al cual recae sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona física, reconociendo la existencia de un criterio de conexión entre ellas. Aquí, la responsabilidad de la persona natural es presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica.

Para el segundo modelo, conocido como de responsabilidad autónoma u originaria, la responsabilidad surge de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de la entidad, lo que se conoce como responsabilidad por “defecto de organización”, siendo irrelevante para dicho modelo la eventual responsabilidad de una persona física.

Por su parte, el modelo mixto se presenta como una variante morigerada de ambos modelos, conteniendo notas características de cada uno de ellos⁷. En efecto, además de la conexión formal entre la entidad y la persona natural responsable, este modelo exige además algún tipo de “aporte” propiamente orga-

⁶ Cfr. HERNANDEZ, HECTOR, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Polít. crim.* Vol. 5, N° 9, 2010, págs. 208, 209.

⁷ HERNANDEZ HECTOR, “La introducción...” Cit. págs. 216, 217.

nizacional al delito, esto es, que la entidad haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o no impide la realización de ese tipo de hechos.

Adentrándonos ahora a un análisis integral del texto propuesto por el Anteproyecto de Reforma y por el texto vigente en el ordenamiento chileno, podemos sostener que ambos adscriben a un modelo de responsabilidad de carácter mixto. Ello, por diferentes razones que pasamos a analizar.

Por una parte, encontramos que la normativa argentina, tanto en el primero como en el segundo párrafo de su art. 38 estipula una conexión entre un individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, señalando la responsabilidad de la entidad por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el art. 37 que hubieran sido realizados directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio, así como también por terceros en aquellos casos en que la persona jurídica ratificó su gestión.

Hasta aquí se pueden inferir ciertas notas propias del modelo vicarial, pero avanzando hacia la parte final del mentado artículo, encontramos que la norma analizada contempla un supuesto con notas propias del modelo de responsabilidad autónoma. Así, con base en la independencia de las acciones del ente, el párrafo sexto del art. 38 establece que la persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitiesen establecer que el delito no hubiere podido cometerse sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica. De este modo, ya no resulta necesaria la declaración de culpabilidad de la persona humana para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, sino que esta responde por vicios de su configuración interna, lo cual deriva en la llamada responsabilidad por “defecto de organización”⁸.

⁸ El modelo de atribución de responsabilidad mixta se encontraba adoptado a partir de las previsiones de la Ley N° 27.401. En tal sentido, se optó inicialmente por un criterio de atribución de responsabilidad para el ente ideal por conductas que ocurren dentro de su propia competencia, extendiéndose además la responsabilidad por hechos de terceros cometidos en interés o en beneficio del ente ideal, siempre que la persona jurídica ratifique la gestión, aún de manera tácita. Pero además su normativa estipula que la persona jurídica puede ser condenada aun si no se pudo identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido en el hecho “(...) siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica”, decantando así el reproche en la conducta propia del ente ideal.

Por su parte, el ordenamiento chileno prevé un tipo penal similar, exigiendo que el delito haya sido cometido por personas pertenecientes a un determinado círculo que la propia ley define, directa e inmediatamente en interés de la persona jurídica o para su provecho.

En este punto, es dable destacar que en ambas legislaciones el modelo de prevención de delitos funcione como factor de atribución, pues, con eje en los propósitos que impulsaron regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, compartimos la importancia de que tanto la propia conducta del ente, como su estructura y organización detenten un peso significativo en el diseño del tipo penal, más allá de acudir a su examen para excluir o atenuar penas.

III. Objeto y alcances

En cuanto al alcance de las entidades penalmente responsables, adquiere llamativa peculiaridad el hecho de una regulación distintiva de las personas jurídicas privadas y públicas por parte de la normativa argentina, que solo abarca a “(...) las personas jurídicas privadas de cualquier clase”, dejando de lado a las empresas del Estado. Tal visión es antagónica en el derecho chileno, el que equipara a las personas jurídicas de derecho privado como a las corporaciones estatales en un mismo régimen de responsabilidad, consagrando una amplia cobertura de tantas entidades como fuere posible. Esta particularidad argentina permite presumir que descansa en el espíritu legislativo una marcada intención de no regular al Estado o, en el mejor de los casos, de regularlo separadamente de un modo laxo o liviano.

De otro costado, se advierte que el Anteproyecto bajo análisis no establece mayores precisiones en torno a las personas jurídicas privadas que alcanza, por lo que podemos inferir que comprende todo el catálogo enumerado en el art. 148 del Código Civil, sin hacer distinciones en relación a sus dimensiones o posibles riesgos medios. La carencia de una norma en dicho sentido luce patente además en el ordenamiento chileno, particularidad que ha condensado no pocas críticas que compartimos en torno a la preocupación por la suerte de las empresas pequeñas ante la dificultad para absorber los mayores costos que supone la adopción e implementación de los programas de integridad exigidos, y respecto de las cuales las concesiones previstas al momento de graduar las penas

no alcanzan a morigerar la preocupación señalada. Por lo tanto, consideramos que resulta necesario pensar procesos alternativos de debida diligencia adecuados las dificultades señaladas.

Para finalizar este punto, resta señalar que en los ordenamientos bajo análisis la posibilidad de imputar a las empresas queda legalmente limitada a un determinado catálogo de delitos expresamente establecidos. En el caso del Anteproyecto argentino propone una profunda ampliación del catálogo de delitos establecidos inicialmente en la Ley N° 27.401⁹, procurando una regulación total y completa de los distintos supuestos que puede alcanzar la criminalidad económica y organizada empresarial, a más de unificar las leyes especiales ya existentes sobre la materia, todo lo cual consideramos que redundará en una visión completa y moderna de los nuevos riesgos económicos. En efecto, aparte de los delitos contra el orden económico y financiero, contra la trata de personas, el terrorismo y financiamiento, los delitos contra la administración pública, y los delitos fiscales, aduaneros, cambiarios, el Anteproyecto penaliza a las personas jurídicas por el narcotráfico y el tráfico de sangre, órganos y manipulación genética, y por los delitos contra el ambiente, contra el patrimonio arqueológico y paleontológico y finalmente por ilícitos relacionados con el deporte.

En contrapartida, cabe señalar que si bien los fundamentos legislativos de la normativa chilena aprobada pugnaban por un cambio gradual y progresivo apelando a una prudencia inicial propia de un cambio tan significativo, ello encontró su techo, incluso varios años después, en la inclusión tan sólo de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y de cohecho, acogiendo más recientemente los delitos de receptación, apropiación indebida y de contaminación de las aguas, y de los recursos hidrobiológicos y bentónicos.

⁹ Donde el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas se circunscribe a los delitos de: a) Cohecho y Tráfico de influencias, nacional o transnacional —art. 258 y 258bis del Código Penal—; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública —art. 265 del Código Penal—; c) Concusión —art. 268 del Código Penal—; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados —art. 268 81) y (2) del Código Penal—; y e) Balances e informes falsos agravados —art. 300 del Código Penal—.

IV. Eximición de responsabilidad a través de la implementación de programas de compliance

Tanto la ley chilena como la argentina —y también el proyecto del nuevo Código Penal— contemplan la posibilidad de que las personas jurídicas puedan eximirse de responsabilidad penal¹⁰ cuando tengan dentro de su organización un adecuado sistema de control y supervisión dirigido a prevenir la comisión de delitos dentro de su estructura interna. Estos programas o modelos preventivos si bien son de carácter voluntario para las personas jurídicas de ambos países, en la práctica se tornan en un requisito ineludible para la dispensa de responsabilidad penal.

Ahora bien, la forma de regular el contenido y efecto de estos programas de compliance difiere de acuerdo a cada instrumento normativo estudiado; así la Ley N° 20.393 de Chile desarrolla en su art. 4 las características mínimas que debe tener todo modelo de prevención de delitos para que exima de responsabilidad penal a la persona jurídica. En dicha norma se establecen cuatro requisitos principales: 1) la designación de un encargado de prevención, el cual será designado por la máxima autoridad administrativa de la empresa y contará con autonomía respecto del resto de los órganos de la organización; este durará tres años en su cargo, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración. Asimismo a quien posea esta función se la autoriza la posibilidad de ejercer labores de contraloría y auditoría interna. Se prevé que las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de determinado monto¹¹, el dueño, socio o accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del oficial de cumplimiento. 2) La estipulación de los medios y facultades con la que contará el encargado para desarrollar su tarea, entendiendo a estos como los recursos y medios materiales necesarios —y acordes al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica— para realizar adecuadamente su labor, como así también el acceso directo a la administración de la empresa para poder informarle de las

¹⁰ Además del supuesto de comisión de delitos por parte de personas físicas cuando lo hubieren hecho en exclusiva ventaja o beneficio propio o a favor de un tercero y sin generar provecho alguno para la persona jurídica (arts. 3, último párrafo de la Ley N° 20.393 y 38, tercer párrafo del proyecto del CP) que ya fue tratado en el primer acápite.

¹¹ Más precisamente cien mil unidades de fomento (unidad de cuenta que se encuentra indexada a la inflación) lo que aproximadamente a marzo del 2018 equivalía a 4.5 millones de dólares.

medidas y planes implementados y rendirle cuenta de su gestión, al menos, semestralmente. 3) Establecimiento de un sistema de prevención de delitos, el cual tiene que ser diagramado por el encargado conjuntamente con la administración y deberá contemplar: la identificación de las actividades o procesos de la entidad en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de delitos¹²; la instauración de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las aludidas actividades o procesos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga cometer delitos; la identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad evitar su utilización en delitos; y la existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención; indicándose que estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la entidad dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores; incorporándose expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios. 4) Por último se establece que el encargado del programa —en conjunto con la administración de la persona jurídica— deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la empresa. En el mismo precepto se prevé que las personas jurídicas puedan obtener la certificación de adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos; este certificado deberá constatar que se cumple con todos los requisitos precedentemente aludidos, en relación a la situación, tamaño, nivel de ingresos y complejidad de la empresa evaluada¹³.

Por su parte la Ley argentina (N° 27.401), regula la cuestión en los arts. 9, 22 y 23. En el primero de ellos se indica que la persona jurídica estará exenta de responsabilidad penal y administrativa si concurren, simultáneamente, las siguientes circunstancias: a) que haya denunciado espontáneamente la comisión de uno de los delitos con capacidad de acarrearle responsabilidad, como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) que haya implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los tér-

¹² Los que se encuentran enunciados taxativamente en el art. 1 de la ley chilena.

¹³ Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor.

minos de los arts. 22 y 23, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito; y c) que haya devuelto el beneficio indebido obtenido. Si bien la doctrina ha planteado distintas cuestiones problemáticas de este artículo (ej. simultaneidad de la concurrencia de las condiciones, falta de definición de lo que se entiende por denuncia espontánea y la forma en que se debe determinar la ganancia ilícita obtenida) que merecen ser abordadas con mayor detalle; aquí, en virtud de la finalidad del presente trabajo, nos centraremos en el segundo de los requisitos por ser el que incorpora a los programas de compliance como uno de los factores dispensadores de responsabilidad¹⁴, el cual, a su vez, remite a otras normas de la misma ley. En efecto, el art. 22 luego definir lo que se entiende por programas de integridad, establece una primera máxima según la cual todos estos modelos deberán guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la empresa realiza, su dimensión y capacidad económica. Ahora bien, luego de que se ha tomado en consideración este primer criterio, el art. 23 estatuye que el programa de cumplimiento debe contar con determinados elementos para tener efectos en la exclusión de la pena; los diferencia en dos grupos: aquellos que necesariamente deben estar presentes para asegurar la idoneidad del programa (obligatorios) y otros, cuya presencia es únicamente facultativa (opcionales). Entre los primeros encontramos: un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los que componen la persona jurídica y que guíen la planificación y ejecución de sus tareas de forma tal de prevenir la comisión de delitos; reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; y la realización de capacitaciones periódicas sobre el programa de compliance. Los elementos opcionales son: el análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del modelo preventivo; apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; canales internos de denuncia, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; una política de protección de denunciantes contra represalias; un sistema de investigación in-

¹⁴ Es cierto que ya el inciso “a” hace alusión —implícitamente— a los programas de integridad, por requerir que la mentada denuncia sea producto de una actividad propia de detección e investigación interna; pero es la segunda condición (inciso “b”) la que explicita la necesidad de contar, por parte de las personas jurídicas, con un modelo preventivo para eximirse de responsabilidad penal.

terna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética; procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios (incluyendo proveedores, distribuidores, intermediarios, etc.) al momento de contratar sus servicios; la debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades o hechos ilícitos; el monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de cumplimiento; un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del modelo de compliance; y el cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las autoridades con poder de policía.

Este último elemento como así también el referido al respaldo que deben brindar los altos mandos de la entidad al programa de compliance no son estrictamente contenidos de estos, es decir de los modelos preventivos, sino más bien son aspectos de gran importancia para la correcta implementación de un sistema de integridad y que ayudan, a lo sumo, a complementar o fijar el alcance de los contenidos del programa fijado por la ley, pero no constituyen per se un elemento de este. Misma crítica puede hacerse de la norma chilena en cuanto regula la posibilidad de certificación de los programas de compliance dentro del art. 4, el cual está destinado a establecer los elementos mínimos que deben tener los modelos preventivos; desprendiéndose claramente del precepto, que al ser optativa, la certificación no es un contenido indispensable para determinar la idoneidad del programa.

En cuanto a la distinción referida de elementos obligatorios y opcionales estipulada en la ley argentina, a nuestro modo de ver y siguiendo aquí a Juan Pablo Montiel, no resulta satisfactoria por cuanto supone un desconocimiento de la praxis empresarial. Resulta sorpresivo que sea obligatorio un código de ética o conducta (que es poco más que una carta de buenas intenciones en la que se expresan los lineamientos éticos generales de la empresa) y no así la existencia de un oficial de cumplimiento o de un canal interno de denuncias. Sobre la base de estos criterios legales, apunta Montiel, todo juez debería llegar a la conclusión de que una persona jurídica que cuenta con procesos eficientes de reporte de irregularidades, con un encargado de compliance y con sistemas de investigaciones internas pero que carece de un código de ética, no posee un programa de integridad idóneo, algo que resulta completamente injustificado. Entendemos que hubiera sido una mejor forma de regular la cuestión si no

instituyera la distinción entre los componentes; y que todos los elementos operaran como una suma de criterios que el operador judicial debiera tener en cuenta a la hora de valorar la idoneidad o no de un programa de compliance.

Pasando al proyecto de Código Penal argentino, este regula la cuestión en el art. 41.2. Allí se reproduce el artículo noveno de la Ley N° 27.401 con la diferencia que en el inciso “b”, alusivo a la implementación de un programa de integridad, elimina la referencia —o remisión— a normas que estatuyen las pautas de mínima que deben cumplir los modelos preventivos, como sí lo hacía la mencionada ley en sus arts. 22 y 23. Esta redacción escueta y genérica, delega —implícitamente— en la reglamentación —o en los jueces que deberán decidir en los casos concretos— la determinación del contenido indispensable de los programas de compliance. La razón del apartamiento de la forma de legislar que tiene la actual ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir la explicitación de los elementos mínimos que deben tener los sistemas preventivos, y de la adopción por parte del proyecto del recurso delegativo, nos resulta desconocido atento a que en la exposición de motivos elevada por el Poder Ejecutivo al Congreso no se hace referencia a esta cuestión. Entendemos que el uso de esta técnica legislativa no es la más acertada, ya que por la importancia de la temática abordada, a fin de asegurar cierta uniformidad y reducir una eventual discrecionalidad judicial, hubiera sido mejor acoger la forma de regulación chilena o la de la ley argentina, a pesar de los defectos que ésta presenta, los cuales son menores en comparación con este otro inconveniente. En este sentido, la disidencia presentada por Fernando Córdoba y Patricia Ziffer (a la que también adhiere Patricia Llerena) y el abordaje que ellos proponen resulta más adecuado y a todas luces superior de la redacción establecida por la Comisión Redactora del proyecto.

Este breve repaso por las regulaciones analizadas nos lleva a esbozar algunas conclusiones: 1) el sistema chileno, con una evidente finalidad preventiva, ha optado como única exigencia para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas la creación e implementación de un sistema de compliance que cumpla con los requisitos establecidos legalmente y que haya sido establecido previo a la comisión del delito; por su parte en el actual ordenamiento argentino —y también en el proyecto de Código Penal— a diferencia de lo que ocurre en el país trasandino, la ejecución de un programa de integridad constituye sólo una de las tres circunstancias que deben concurrir en forma conjunta para que

se exonere de responsabilidad penal —y administrativa— a la persona de existencia ideal; dificultándose así la posibilidad de dispensa y restándole en buena medida el poder de estímulo que podría significar para la empresa el adoptar un modelo preventivo. 2) Respecto a los requisitos o contenidos con los que deben cumplir los programas de compliance para tener eficacia eximente, más allá de las críticas hechas a cada normativa analizada —y obviando el proyecto de Código Penal que en esta cuestión nada dice—, podemos sostener que la vigente legislación nacional ha contemplado de manera más específica y detallada las principales instituciones que generalmente se establecen en el derecho comparado, como componentes de los sistemas de integridad, esto es: el mapeo de riesgos, el oficial de cumplimiento, la capacitación preventiva, los canales de denuncia, las investigaciones internas y la debida diligencia (con terceros vinculados a la entidad y en los procesos de transformación y adquisición societaria) entre otros. Ahora bien, más allá de este aspecto positivo, en un análisis global del asunto, teniendo en cuenta la defectuosa técnica escogida referida a establecer elementos obligatorios y otros optativos y principalmente a que requiere, más allá de la ejecución de un programa de compliance, otras exigencias que tornan más dificultosa la exención de responsabilidad penal por parte de las personas jurídicas, nos inclinamos por el ordenamiento jurídico chileno, que a más de hacer un correcto desarrollo del contenido mínimo de los modelos preventivos, la sola implementación de este —cumplimentando con todos los requisitos estipulados— genera eximición de responsabilidad a la empresa; siendo, a nuestro modo de ver, más acorde a la finalidad preventiva general que debe orientar a esta clase de legislación penal.

Por último, en lo que a este tema respecta, y como se desprende de todo lo hasta aquí dicho, es dable señalar que no se advierte que la norma transandina haya ejercido influencia en la forma de legislar sobre esta temática en el ámbito nacional, ello a pesar de que la ley chilena fue sancionada ocho años antes que la argentina, siendo incluso la primera ley que regula la responsabilidad penal de la persona jurídica en la región.

V. Penas estipuladas y su forma de determinación

En cuanto a las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas, las normativas bajo análisis prevén un catálogo similar de sanciones. Así la disolución

de la entidad, la suspensión o prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, la pérdida de beneficios fiscales o la prohibición de percepción de los mismos, la multa, la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria¹⁵ y el decomiso constituyen castigos comunes de ambos ordenamientos. La principal diferencia en el elenco de penalidades es la previsión en el ordenamiento nacional de la suspensión total o parcial de actividades de la empresa involucrada por un término no mayor de diez años; medida que parece haber sido copiada de la regulación española¹⁶ y que no se encuentra contemplada en el país trasandino.

En relación a la pena más grave que puede sufrir una persona jurídica, esto es la disolución o cancelación de su personería, la norma argentina estipula que solo se podrá hacer uso de ella si la entidad hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan su principal actividad; tornándose también inaplicable si fuese indispensable mantener la continuidad operativa de la empresa, de una obra o de un servicio. En tanto que en el lado chileno se determina que este castigo no se podrá utilizar contra las empresas del Estado ni aplicarse a las personas jurídicas privadas que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas; estableciéndose su imposición solo para determinados delitos¹⁷.

Por su parte en lo atinente a la prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, la ley argentina fija como tope de la suspensión los diez años; en tanto que la norma chilena prevé la posibilidad de que el impedimento sea perpetuo, y si este fuere temporal gradúa su duración en tres grupos que parten de los dos años hasta un máximo de cinco años.

Respecto a la pena de multa y la forma de determinar su cuantía, la norma nacional establece que será de dos a cinco veces el beneficio indebido obtenido por la empresa. Aquí resulta importante destacar que en el proyecto de ley elaborado por el Poder Ejecutivo se preveía que la multa debía ser entre el 1 y el 20% de los ingresos brutos anuales que la empresa involucrada hubiere tenido

¹⁵ En el ordenamiento chileno está contemplada como una pena accesoria (art. 13 de la Ley N° 20.393) a diferencia del proyecto del Código Penal nacional que la establece como sanción principal (art. 39 inc. 6°).

¹⁶ Art. 33.7 inc. "c" del Código Penal español.

¹⁷ Aquellos que contemplen pena de crímenes o los de simple delito en que concurra la circunstancia agravante establecida en la propia ley (arts. 9 último párrafo y 7 de la Ley N° 20.393).

en el último ejercicio anterior a la comisión del delito; posteriormente en la Cámara de Diputados se dispuso que la multa debía ser obligatoria para todas las personas jurídicas que resultaren condenadas, manteniéndose el mismo criterio para su determinación pero achicando el límite máximo que podía alcanzar (de un 20% se redujo a un 10% de los ingresos brutos anuales, aunque estableciendo la posibilidad de actualizar dicho monto en virtud de un índice oficial a determinar). Esta modalidad de cuantificación del monto de la multa a imponer generó críticas por entenderse que ello podría derivar en una mayor reticencia de las empresas a investigar internamente y a invertir en programas de integridad, además de que el monto resultante podría resultar injusto para determinado tipo de actividades o según la envergadura de la entidad a la cual se aplica; a raíz de ello en el Senado se le quitó la obligatoriedad de la multa y se consideró adecuado determinar la misma en base al beneficio que la persona jurídica hubiese obtenido ilícitamente. Esta elección tampoco estuvo exenta de objeciones, las cuales plantearon la dificultad que podría llegar a generar en la práctica el tener que determinar este beneficio ilícito; en palabras del diputado Brugge así

“(...) no se considera el perjuicio causado ni el valor del objeto. Solamente se hace referencia a una sola variante de cálculo, con el agravante de que, si ello no se lograra, el juez no podrá aplicar la multa y tendrá que caer en los demás mecanismos. (...) Lo peor de todo es que para establecer su cuantía queda cercado el juez en la aplicación de un único y exclusivo parámetro”.

A pesar de estas críticas finalmente fue ese el criterio que se escogió en la redacción final de la ley, el cual también fue el adoptado por el proyecto del nuevo Código Penal. En cuanto a la regulación chilena, la misma estipula a las unidades tributarias mensuales¹⁸ como mecanismo de cuantificación de la sanción; determinando tres categorías (mínima, medio y máxima) de graduación. Ambos preceptos, de manera acertada, contemplan la posibilidad de que la multa sea abonada de manera fraccionada cuando el monto de la misma —y su cumplimiento en un único pago— pudiere poner en peligro la supervivencia de la per-

¹⁸ Medida de amplio uso en Chile que, como su nombre lo indica, es utilizada para efectos tributarios, siendo actualizada en forma permanente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

sona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajos (“o cuando así lo aconseje el interés social”).

Por último, en lo que a la sanción de privación de beneficios fiscales se refiere, la norma argentina estatuye que consistirá en la pérdida o suspensión, sin indicarse si ésta es total o parcial ni tampoco un parámetro de duración de la misma; en tanto que la ley del país vecino gradúa su extensión en porcentajes que van desde el veinte por ciento hasta la totalidad del beneficio fiscal; previendo que en el caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios, podrá aplicársele la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años; situación que si bien estaba contemplada en el proyecto inicial de la ley argentina (que rezaba: “(...) suspensión para acceder a beneficios o subsidios estatales”), el cual obtuvo media sanción en la Cámara Baja; ulteriormente la disposición fue eliminada en la Cámara de Senadores por considerarse que era suficiente, para la finalidad que buscaba la ley, la previsión de suspender a la persona jurídica para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado.

Llegados a este punto, y previo a pasar al siguiente tema, resulta pertinente destacar la forma en que aborda la cuestión de la penas la ley chilena; allí luego de enunciar las sanciones que contempla (art. 8) desarrolla cada una de ellas en distintos artículos (uno por cada pena —arts. 9 a 13—), logrando así una pormenorizada regulación del asunto; situación que no se ve reflejada en su par argentina —tanto ley como proyecto de código— por cuanto solo expone el catálogo de sanciones, haciendo breves consideraciones al respecto en el mismo artículo que regula las pautas de graduación de la pena; es decir, brinda un tratamiento más escueto y pobre de la temática.

Finalmente, en lo que respecta a la determinación de las penas a aplicar así como su graduación también se aprecia diferencias entre los ordenamientos examinados. El sistema jurídico chileno establece circunstancias atenuantes y agravantes que repercuten en la elección de la sanción a imponer; las primeras son: procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores y perniciosas consecuencias; la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos investigados, entendiéndose que ello ocurrirá cuando el representante legal de la empresa —antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella— ponga en conocimiento el delito a la autoridades; y la implementación, por parte

de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación. En contrapartida se considera una agravante el que la entidad de existencia ideal haya sido condenada dentro de los cinco años anteriores por el mismo delito que se la acusa. De acuerdo a la existencia o ausencia de estas atenuantes y agravantes, la ley chilena fija la clase y grado de sanción a aplicar¹⁹.

Asimismo también fija reglas de determinación judicial de la pena, que deberán ser atendidas por el tribunal al momento de decidir la cuantía y naturaleza del castigo; ellas son: montos de dinero involucrado en la comisión del delito, tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica, grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal, reglamentaria y de las reglas técnicas, extensión del mal causado y gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiera causar a la comunidad la imposición de la pena cuando sea una empresa del Estado o empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Por su parte la ley argentina —y por extensión el proyecto de Código Penal—, optó por enunciar pautas de determinación de la sanción a imponer que pueden ser utilizados por los jueces como atenuantes o agravantes según las circunstancias del caso particular; el proyecto de ley inicialmente seguía la técnica elegida por el ordenamiento chileno (esto es establecer circunstancias agravantes y atenuantes aunque sólo respecto a la pena de multa) pero en el transcurso del tratamiento parlamentario se tendió a simplificar el articulado, englobando todos los criterios de mensuración en una sola norma.

De un análisis general de las reglas para la graduación de la pena se desprende que en su mayoría son similares a la ley chilena, entre ellas se encuentran: la disposición para mitigar el daño; la denuncia espontánea por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad de detección o investigación interna; la extensión del perjuicio causado; el monto de dinero o bienes involucrados en el delito; el tamaño, naturaleza y capacidad económica de la empresa; y la reincidencia (entendiendo a esta última como aquella que se produce cuando la persona jurídica es penada por un delito cometido dentro de los tres años siguientes a la fecha en que quedare firme una sentencia condenatoria anterior). Otras pautas son exclusivas de la normativa nacional como por ejemplo: el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía

¹⁹ Criterios desarrollados en el art. 16 de la normativa chilena.

de funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; y la omisión de vigilancia sobre la actividad de los partícipes; todos elementos que se vinculan estrechamente a la implementación de programas de integridad, aspecto que fomenta la propia ley argentina.

En prieta síntesis, podemos aseverar que tanto el catálogo de penas contempladas como las reglas o pautas para individualizar y graduar su imposición son semejantes en los dos países estudiados, habiendo más similitudes que diferencias; sin advertirse claramente que la legislación argentina haya tomado como modelo o base a la chilena ni que haya recibido de esta una marcada influencia. Sin perjuicio de que ambos ordenamientos establecen, en esta materia, una reglamentación razonable y acorde al contexto local; entendemos, en lo que al proyecto de nuevo Código Penal argentino se refiere, que la propuesta —en disidencia— efectuada por Córdoba, Ziffer y Llerena respecto al mayor elenco de penas²⁰ y la previsión de un régimen especial para las personas jurídicas contempladas en la Ley N° 25.300²¹ (de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa), aportan elementos que tornarían más completa la regulación de este importante aspecto de la responsabilidad penal empresarial.

VI. Conclusión

Teniendo en cuenta que el ordenamiento normativo chileno fue tomado en consideración al elaborar el Anteproyecto de Reforma de nuestro Código Penal, no es de extrañar que un estudio comparativo de los mismos arroje en conclusión muchas similitudes y pocas diferencias. Partiendo de las primeras, y considerando que, en términos generales, la evolución doctrinaria y jurisprudencial del país trasandino confluye en un balance positivo del modelo adoptado por la Ley N° 20.393, podemos al menos inferir que lo reglado en consecuencia —con buen criterio de adaptación— responderá de un modo funcional a los propósitos buscados.

²⁰ Incluyéndose la clausura total o parcial de locales o establecimientos, prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido, suspensión del uso de patentes y marcas, suspensión en los registros estatales e intervención judicial temporal.

²¹ El mencionado precepto señala que a dichas personas jurídicas se las podrá dispensar de aplicarles sanciones siempre que ya haya sido condenada la persona física que cometió el delito y que la empresa repare el daño causado, restituya lo que corresponda y se decomisen las cosas y bienes instrumentos del delito y los que constituyan el producto o ganancia del ilícito.

Ahora bien, centrándonos en las divergencias entre ambas legislaciones, advertimos un punto central en correlación a los contenidos mínimos que deben tener los programas de compliance, sin lugar a dudas la legislación chilena es superior a la nacional, por cuanto sienta las directrices básicas que deben guiar a los modelos preventivos de delitos y le otorga a la sola creación e implementación de dichos programas el efecto de eximir totalmente de responsabilidad a la persona jurídica. El Anteproyecto argentino, por el contrario, delega a la reglamentación la determinación del contenido de los programas de integridad y los convierte solo en uno de los tres requisitos necesarios para la dispensa de responsabilidad, restándole poder de estímulo a su adopción por parte de las empresas.

VII. Bibliografía

- ANLLO, LINA (Dir.), Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de integridad (Compliance), Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019.
- AROCENA GUSTAVO A. – CESANO JOSE D., Responsabilidad penal empresarial y “criminal compliance”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019.
- DURRIEU NICOLÁS - SACCANI RAÚL R., Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresarial, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2018.
- DURRIEU, NICOLÁS – VIDAL ALBARRACÍN, GUILLERMO, “Ley de responsabilidad de la persona jurídica por hechos de corrupción”, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 77, nro. 2, diciembre 2017.
- GÓMEZ CONTRERAS, MARISOL A. - LICHTENBERG BARAONA, CONSTANZA, Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado, Santiago, 2012, disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/1128397> (accedido el 28/8/2019).
- HERNANDEZ BASUALTO, HECTOR, La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), Art. 5, págs. 207-236, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf (accedido el 28/8/2019).
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídica, en <http://revistas.uxternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/620>.

- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., Normas y acciones en derecho penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires. 2003.
- YACOBUCCI, GUILLERMO J., “La empresa como sujeto de imputación penal”, publicado en el diario La Ley, de fecha 27/11/2017.

¿Propician un desarrollo sostenible?

Propuesta metodológica para analizarlos marcos regulatorios del ordenamiento territorial

LEONOR S. GIMELFARB*

Resumen: El ordenamiento territorial —la política pública que busca organizar el uso y la ocupación del territorio, y orientar su transformación— suele ser considerado un instrumento para el desarrollo sostenible. Nos preguntamos si los marcos jurídicos que lo regulan son idóneos para alcanzar el fin deseado y qué normas propician tal desarrollo. Diseñamos una metodología que permite identificar y analizar las normas pertinentes. La aplicamos a diez países de América del Sur y realizamos un estudio comparado de casos. Concluimos el trabajo dis-
cutiendo la pertinencia y utilidad de esta metodología a la luz de los resultados obtenidos.

Abstract: *Spatial planning —the public policy that seeks to organize land use and occupation, and guide territorial transformations— is often considered an instrument for sustainable development. We wondered whether the legal frameworks that regulate it are suitable for reaching the desired outcome and what legal norms foster sustainable development. We designed a methodology to identify and analyze the relevant norms. We applied it to ten countries in South America and compared*

* Licenciada en Derecho y Máster en Ecología Humana (Universidad de Lausana, Suiza), doctoranda en Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo), docente-investigadora en el Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de Chilecito y en el Instituto de Ambiente de Montaña y Regiones Áridas (IAMRA). Correo: lgimelfarb@undec.edu.ar. Agradecimientos: este trabajo forma parte de una tesis doctoral en Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, realizada bajo la dirección de María Melina Guardamagna, a quien se agradece por la orientación brindada en la formulación de los indicadores. Se agradece a María del Carmen Piña por los aportes realizados en torno al concepto de eficacia de las normas jurídicas.

these cases. We conclude with a discussion on this methodology relevance and usefulness in light of the results obtained.

Palabras Claves: Estudio comparativo de casos. Eficacia de las normas jurídicas. Derecho comparado. América del Sur.

Keywords: *Comparative case study. Effectiveness of legal norms. Comparative law. South America.*

I. Eficacia de los marcos regulatorios del ordenamiento territorial en relación al desarrollo sostenible

Es común leer en la bibliografía especializada que el ordenamiento territorial constituye un instrumento para el desarrollo sostenible¹. El ordenamiento territorial es la política pública que busca organizar el uso y la ocupación del territorio, y orientar su transformación. Tal ordenamiento posibilita un aprovechamiento óptimo del territorio y un desarrollo territorial ambientalmente sostenible.²

¹ Gudiño María Elina, “Instrumentos para la gestión del territorio. Ley de Ordenamiento Territorial y sistemas de información geográfica”, ponencia presentada en las Jornadas Regionales de Información Geográfica y Ordenamiento Territorial, Ministerio Secretaría General de la Gobernación, Proyecto SIT Santa Cruz, B. G. Díaz y P. Calviño (Compiladores), págs. 22-47, 2009, pág. 26. Recuperado de http://www.sitsantacruz.gob.ar/info_geografica/archivos/0103/libros/Instrumentos.pdf; Massiris Cabeza Ángel, Gestión territorial y desarrollo: hacia una política de desarrollo territorial sostenible en América Latina, Grupo Imprenta y Publicaciones Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), Tunja, Boyacá, Colombia, 2012, pág. 99; Pastorino Leonardo Fabio, “El Ordenamiento Ambiental Territorial”, en McGill International Journal for Sustainable Development Law and Policy, N° 5, 2009, 227-250, pág. 227. Recuperado de https://www.mcgill.ca/mjsdl/files/mjsdl/5_2_4_pas_torino.pdf; Psathakis Jimena et al., Una aproximación al Ordenamiento Ambiental del Territorio como herramienta para la prevención y transformación democrática de conflictos socio-ambientales - Volumen 1, Fundación Cambio Democrático y Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 2010, pág. 38. Recuperado de <http://45.79.210.6/wp-content/uploads/2017/04/E-L-ORDENAMIENTO-AMBIENTAL-DEL-TERRITORIO.pdf>; Walsh Juan Rodrigo, “El Ordenamiento Territorial como herramienta para el desarrollo sustentable”, en Actas del III Encuentro del FAOS (Foro de la Abogacía organizada Sudamericana), Comisión II: Desarrollo sustentable en América Latina, Argentina, 2009, 35-41.

² Massiris, op. cit., pág. 99.

Ordenar los territorios se vuelve necesario debido a que el actual estilo de desarrollo ocasiona desequilibrios territoriales al concentrar la población y las actividades en zonas centrales. Esta tendencia a la concentración genera congestión en el medio urbano y declive en el rural, así como importantes costos de desplazamiento³. Al mismo tiempo, las actividades humanas generan alteraciones en los procesos ecológicos y una sobreexplotación de los recursos naturales, debido a que se localizan sin adecuada consideración de la capacidad de acogida del medio físico⁴. Estas actividades pueden verse afectadas, por otra parte, por la ocurrencia de riesgos naturales y por la superposición de actividades incompatibles⁵, situación que puede generar conflictos⁶. En tal contexto, planificarla evolución del sistema territorial —el sistema que conforman las actividades, sus interrelaciones y el territorio⁷— permite volverlo satisfactorio y sostenible⁸. En este sentido, el ordenamiento territorial ofrece una metodología adecuada para planificar el desarrollo sostenible⁹.

Cabe señalar, sin embargo, que como política pública, el ordenamiento territorial requiere de instrumentos para generar los efectos deseados. Entre otros, necesita un respaldo legal propio, adecuado a su naturaleza, que oriente y regule el proceso de organización territorial¹⁰. En tal sentido, el marco legal y reglamentario constituye un importante recurso de las políticas públicas¹¹. Por otra

³ Gómez OreaDomingo y Gómez Villarino Alejandro, *Ordenación del territorio*, 3ª ed., Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2013, pág. 46 s.

⁴ Gómez Orea y Gómez Villarino, op. cit., pág. 49.

⁵ Gómez Orea y Gómez Villarino, op. cit., pág. 51.

⁶ Massiris, op. cit., pág. 99.

⁷ Gómez Orea y Gómez Villarino, op. cit., pág. 29.

⁸ Un sistema territorial sostenible se caracteriza, entre otros, por: la cohesión, gracias a una distribución equilibrada de la población, las actividades y las infraestructuras; un acceso equitativo a las oportunidades territoriales; la funcionalidad entre actividades; la accesibilidad al territorio; la prevención de los riesgos naturales; así como un uso sostenible y eficiente de los recursos naturales y del paisaje (Gómez Orea y Gómez Villarino, op. cit., pág. 37).

⁹ Gómez Orea y Gómez Villarino, op. cit., pág. 17.

¹⁰ Gudiño, op. cit., pág. 24.

¹¹ “(...) El derecho ocupa un lugar preponderante en el conjunto de los recursos que se ponen en juego en el desarrollo de una política pública, ya que constituye la columna vertebral normativa del programa de actuación político-administrativo, organizando tanto el contenido (definición de objetivos y conducta de los grupos-objetivo) como la selección de los otros recursos (organizacionales, procedimentales o financieros)” (Surbirats Joan, Knoepfel Peter, LarrueCorinne y VaroneFrédéric, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2008, pág. 71 s.).

parte, la implementación del ordenamiento territorial genera fuertes contradicciones entre los intereses de los actores sociales. Ante los conflictos que surgen entre opositores a sus fines y los sectores que aspiran a mejorar su calidad de vida, la regulación y el control se vuelven imprescindibles¹². En este contexto, contar con políticas públicas que fomenten efectivamente un desarrollo sostenible requiere disponer de marcos regulatorios idóneos.

Las normas jurídicas que son idóneas para lograr el estado de cosas que se propuso el legislador —el fin político que lo motivó a sancionarlas— se consideran eficaces en el sentido de éxito. La eficacia como éxito se refiere al uso instrumental que se hace de las normas jurídicas para alcanzar los objetivos que se propuso el edictor de estas¹³. Los factores que condicionan la eficacia de las normas jurídicas incluyen su grado de desarrollo, la existencia de instrumentos apropiados para su aplicación y la adecuada consideración de las cuestiones naturales y sociales pertinentes¹⁴.

En tal sentido, nos interesó saber si los marcos regulatorios del ordenamiento territorial contienen normas que propician un desarrollo sostenible y evidencian la recepción de los factores antes mencionados. En la afirmativa, parece posible que el ordenamiento territorial que se realice —en la medida que se implemente conforme a estas normas— contribuya al desarrollo sostenible. Mientras que, si la legislación vigente carece de tales normas, parece poco probable que el ordenamiento territorial constituya un instrumento para tal desarrollo.

El objetivo de este trabajo es presentar la metodología desarrollada para analizar la idoneidad de los marcos regulatorios del ordenamiento territorial en relación al logro de un desarrollo sostenible. Por este motivo, la sección metodológica de este trabajo será la más extensa. A solo efecto de apreciar la pertinencia y utilidad práctica de esta metodología, se describirán luego, brevemente, los resultados obtenidos.

¹² Salas Bourgoín María Andreinay Sulbarán Zambrano Elides (2011). Modificación de la Ley Orgánica para La Ordenación del Territorio en Venezuela: revisión de un proceso de 10 años sin perspectivas de cristalización. *Provincia*, 26, 33-66, pág. 54. Recuperado de <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/36147/articulo2.pdf;jsessionid=65A4A7901AEDFE9B0D606560B0A5724A?sequence=1>

¹³ Hierro, Liborio L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pág. 160.

¹⁴ Braña Raúl, *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, D.F., 2001, pág. 23.

Antes de describir la metodología utilizada, presentaremos a continuación el marco conceptual que la sustenta, el cual profundiza en la vinculación entre ordenamiento territorial y desarrollo sostenible.

II. El ordenamiento territorial como instrumento para un desarrollo sostenible

Como mencionábamos en la introducción, en la actualidad predomina la idea del ordenamiento territorial como estrategia para lograr el desarrollo sostenible. Para entender esta idea, es necesario definir los conceptos de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible, y ahondar en su vinculación.

Ordenar un territorio implica “(...) identificar, distribuir, organizar y regular las actividades humanas en este territorio, de acuerdo con ciertos criterios y prioridades”¹⁵. El ordenamiento territorial busca fomentar patrones adecuados de distribución de asentamientos y actividades. Se basa en una comprensión profunda del territorio, sus recursos, potencialidades, limitaciones y problemas. Se realiza mediante la formulación y gestión de planes que procuran mejorar la calidad de vida y la sostenibilidad del desarrollo¹⁶. Los elementos clave de este enfoque son la identificación de las actividades que soportan el desarrollo y su distribución en función de las características del medio, la optimización de sus relaciones y la regulación de su funcionamiento¹⁷. Mediante un abordaje prospectivo, el ordenamiento permite proyectar el desarrollo territorial a largo plazo y, mediante la participación ciudadana, posibilita una gobernabilidad democrática¹⁸. En el ordenamiento territorial confluyen las políticas ambientales, las políticas de desarrollo regional o territorial, y las políticas de desarrollo social y cultural¹⁹.

¹⁵ Gómez Oreay Gómez Villarino, op. cit., pág. 30.

¹⁶ Massiris, op. cit., pág. 99.

¹⁷ Gómez Orea y Gómez Villarino, op. cit., pág. 53.

¹⁸ Massiris, op. cit., pág. 99.

¹⁹ García Collazo María Agustina y Panizza Amalia, “Aspectos normativos vinculados al ordenamiento territorial en argentina”, en J. M. Paruelo, E. G. Jobbágy, P. Laterra, H. Dieguez, M. A. García Collazo y A. Panizza (Ed.), Ordenamiento territorial rural: conceptos, métodos y experiencias (págs. 150-157), Universidad de Buenos Aires, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Buenos Aires, 2014, pág. 151. Recuperado de http://gea.unsl.edu.ar/pdfs/libro_Ordenamiento_Territorial.pdf.

La idea de sostenibilidad del desarrollo puede parecer sencilla, sin embargo, no existe una definición consensuada²⁰ y el concepto no es exento de ambigüedad²¹. En la concepción ecológica, se considera sostenible el desarrollo que es compatible con la conservación de los ecosistemas naturales²². Esta concepción enfatiza las restricciones y oportunidades que la naturaleza presenta a las actividades humanas²³. Desde esta perspectiva, los sistemas socioeconómicos deben ser reproducibles sin deterioro de los ecosistemas sobre los que se apoyan: las actividades humanas no deben sobrecargar las funciones ambientales ni deteriorar la calidad ambiental. Es decir, se deben respetar los límites de absorción y regeneración de los ecosistemas, de modo de dejar a la generación siguiente un mundo que sea al menos tan habitable y haga posibles tantas opciones vitales como el que nosotros hemos recibido de la generación anterior²⁴. En otras palabras, debe buscarse la sostenibilidad del sistema socioecológico en su totalidad, considerando tanto los aspectos biofísicos como humanos²⁵.

²⁰ GuimarãesRoberto P., “Desarrollo sustentable: ¿Propuesta alternativa o retórica neoliberal?”, *Temas*, 1994, 31-47, pág. 38. Recuperado de http://mmi.utm.mx/edi_antiores/pdf/e0831.pdf; Gudynas Eduardo, “Desarrollo sostenible: una guía básica de conceptos y tendencias hacia otra economía”, *Otra Economía*, Vol. IV, N° 6, 2010, 43-66, pág. 46. Recuperado de <http://www.gudynas.com/publicaciones/GudynasDesaOtraEconomia10.pdf>; Lélé, S. M., “Sustainable Development: A Critical Review”, *World Development*, vol. 19, N° 6, 1991, 607-621, pág. 607. [https://doi.org/10.1016/0305-750X\(91\)90197-P](https://doi.org/10.1016/0305-750X(91)90197-P)

²¹ Bermejo Gómez de Segura, Roberto, *Del desarrollo Sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomímesis*, Hegoa, San Sebastián, 2014, pág. 16. Recuperado de <http://publicaciones.hegoa.ehu.es/publications/315>; Elizalde Hevia, Antonio, “¿Qué desarrollo puede llamarse sostenible en el siglo XXI? La cuestión de los límites y las necesidades humanas”, *Revista de educación* N° extraordinario 2009, *Educación para el desarrollo sostenible*, 2009, 53-75, pág. 56. Recuperado de http://www.revistaeducacion.mec.es/re2009/re2009_03.pdf; Ferrandis Martínez y Noguera Tur, op. cit., pág. 21; Mahaim, Raphaël, *Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire. Le mitage du territoire à l'épreuve du droit: utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement des zones à bâtir* [El principio de sostenibilidad y el ordenamiento territorial. La fragmentación del territorio y la prueba del derecho: uso medido del suelo, urbanización y dimensionamiento de las zonas edificables], Schulthess, Zúrich, 2014, pág. 56.

²² Gudynas, op. cit., pág. 44; sobre la sostenibilidad ecológica como principio de gestión de los recursos naturales inspirado en el modelo de stock, ver Mahaim, op. cit., pág. 81 y ss.

²³ Lélé, op. cit., pág. 609.

²⁴ Riechmann, op. cit., pág. 1.

²⁵ Gallopín, Gilberto C., *Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico*, CEPAL, Santiago de Chile, 2003, pág. 15. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/>

La identificación del ordenamiento territorial como instrumento para lograr el desarrollo sostenible cobró fuerza en el último decenio, sin embargo, existió desde los albores del concepto. Así, el Programa 21, el plan de acción adoptado en la Conferencia de Río en 1992, plantea que el desarrollo sostenible puede lograrse mediante un abordaje integrado de planificación y gestión del territorio²⁶. El suelo debe considerarse un recurso natural, motivo por el cual se recomienda contemplarlo en su integralidad y utilizarlo de manera planificada y ordenada²⁷. Por otra parte, se advierte una vinculación entre el ordenamiento territorial y los conceptos de pobreza y equidad: priorizar la provisión de viviendas adecuadas para la población con menos recursos contribuye a mejorar su calidad de vida²⁸.

Cabe señalar, además, que el ordenamiento territorial se considera una herramienta para la prevención de los desastres²⁹. En tal sentido, ordenar un territorio es identificar sus potencialidades, limitaciones y riesgos para distribuir los asentamientos y las actividades, de modo tal que se pueda garantizar la vida y el desarrollo en condiciones de sostenibilidad³⁰.

Más recientemente, se ha señalado que el ordenamiento territorial permite generar modelos territoriales sostenibles, mediante: la selección de actividades a realizar en pos del desarrollo, su adecuada localización y su regulación³¹. Tal construcción planificada de sistemas territoriales aptos para proveer calidad de vida a la población³² posibilita un desarrollo sostenible. Además, los objetivos del ordenamiento territorial —lograr un desarrollo equilibrado, integral y en términos de calidad de vida; fomentar la utilización racional del territorio y la gestión responsable de los recursos naturales; evitar la localización de actividades en zonas de riesgos; mantener la calidad ambiental; garantizar la participación y la concertación³³— son compatibles con el desarrollo sostenible y lo

handle/11362/5763.

²⁶ Organización de las Naciones Unidas, Programa 21: Capítulo 10. Enfoque integrado de la planificación y la ordenación de los recursos de tierras, 1992, párrafo 10.1. Recuperado de https://www.un.org/spanish/esa/su/stdev/a/genda21/agen_da21spchap_ter10.htm citado en Montes Lira, op. cit., pág. 8.

²⁷ Montes Lira, op. cit., pág. 9.

²⁸ Montes Lira, op. cit., pág. 8 s.

²⁹ Vargas, op. cit., pág. 29.

³⁰ Vargas, op. cit., pág. 32.

³¹ Gómez Orea y Gómez Villarino op. cit., pág. 59.

³² Gómez Orea y Gómez Villarino op. cit., pág. 46.

³³ Consejo de Europa, Carta Europea de Ordenación del Territorio, Consejo de Europa,

propician. Se advierte así una fuerte convergencia entre los conceptos de ordenamiento territorial y desarrollo sostenible³⁴.

Para generar el orden deseado, es menester conocer el funcionamiento del territorio y la situación que requiere ser modificada, lo cual se logra mediante el relevamiento previo y completo de las características del territorio a ordenar. Es necesario un diagnóstico integrado, que incluya las variables económicas, sociales y ambientales³⁵.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que, atento al carácter de recurso natural vital y no renovable del suelo, la preservación de los espacios naturales existentes y la conservación del territorio en su estado original se constituyen en objetivos prioritarios. El espacio disponible es un bien a preservar y deben justificarse plenamente las propuestas de transformación³⁶. Por ello, una adecuada gestión del suelo requiere de un abordaje en dos etapas: en primer lugar, determinar la cantidad de suelo que se puede urbanizar, teniendo en cuenta la necesidad de preservación de los procesos ecológicos esenciales; en segundo lugar, localizar adecuadamente los usos aplicando criterios ambientales, sociales y económicos³⁷. Se debe, asimismo, promover la densificación urbana, buscando generar ciudades compactas³⁸.

Torremolinos, 1983, pág. 3 s. Recuperado de https://alojamientos.uva.es/guia_docente/uploads/2013/474/46059/1/Documento37.pdf; Gómez Orea y Gómez Villarino op. cit., pág. 53 y ss.

³⁴ Mahaim, op. cit., pág. 128. Mahaim explica que la cercanía entre ambos conceptos se evidencia en su preocupación compartida por la gestión de los recursos naturales, así como en cuatro características comunes: la transversalidad, la globalidad, la perspectiva finalista y la orientación hacia el futuro.

³⁵ Gómez Orea y Gómez Villarino, op. cit., pág. 144 y ss; Rodríguez Seeger Claudia y Reyes Pácke Sonia, "Propuesta Metodológica para la elaboración de un Plan de Ordenamiento Territorial Sustentable", Proyección, Vol. 1, N° 4, 2008, pág. 8.

³⁶ Ferrandis Martínez y Noguera Tur, op. cit., pág. 755; Mahaim, op. cit., pág. 167, argumenta a favor de establecer legalmente límites cuantitativos explícitos a las zonas de expansión urbana.

³⁷ Mahaim, op. cit., pág. 149 s.

³⁸ Burgess Rod, "Ciudad y sostenibilidad: desarrollo urbano sostenible", en: M. Balbo, R. Jordán y D. Simioni (comp.), La ciudad inclusiva (pp. 193-213), Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, pág. 201, recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/27824/S2003002_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y; Ferrandis Martínez y Noguera Tur, op. cit., pág. 759.

Esta breve reseña nos permite entrever que la aplicación de la idea de desarrollo sostenible a políticas territoriales es compleja y hace necesario avanzar en la definición de criterios para tal fin³⁹. Al respecto, a partir de una lectura analítica de los autores consultados y sistematizando los criterios propuestos, es posible formular un listado de los requisitos que plantea el desarrollo sostenible al ordenamiento territorial:

1. Tener carácter integral y abarcar todo el territorio.
2. Basarse en el conocimiento científico del territorio a ordenar (potencialidades, limitaciones, problemas y riesgos).
3. Impulsar la elaboración de modelos territoriales sostenibles.
4. Fomentar la minimización del consumo de suelo.
5. Lograr una localización adecuada de los usos del suelo.
6. Promover una planificación adecuada y control de los asentamientos humanos.
7. Garantizar la provisión de viviendas.
8. Seleccionar las actividades a llevar a cabo en el territorio.
9. Prever una evaluación ambiental estratégica del plan de ordenamiento territorial.
10. Garantizar la participación ciudadana en todas las etapas del ordenamiento territorial (diagnóstico, planificación, implementación y seguimiento), mediante mecanismos adecuados.

Los marcos regulatorios del ordenamiento territorial deberían receptor estos requisitos si lo que se pretende es lograr un desarrollo sostenible. Nuestra propuesta metodológica debe permitir examinar los marcos regulatorios vigentes en relación a si receptan estos requisitos y, por ende, propician el desarrollo anhelado.

III. Propuesta metodológica para analizar los marcos regulatorios del ordenamiento territorial en relación a propiciar un desarrollo sostenible

Con el objeto de examinar la idoneidad de los marcos regulatorios del ordenamiento territorial en relación al logro de un desarrollo sostenible, optamos por realizar un estudio comparativo de casos, que se desarrolló en cuatro etapas:

³⁹ Ferrandis Martínez, Adrián y Noguera Tur, Joan, "Planeamiento territorial sostenible: un reto para el futuro de nuestras sociedades; criterios aplicados", *Cadernos Metrópole*, vol. 18, N° 37, 2016, 743-763, pág. 744. <http://dx.doi.org/10.1590/2236-9996.2016.3706>

1. Selección de los casos y delimitación del objeto de estudio.
2. Formulación de las dimensiones de análisis y de sus respectivos indicadores.
3. Aplicación de los indicadores: estudio de casos.
4. Estudio comparativo de casos: estudio de área.

1. Selección de los casos y delimitación del objeto de estudio

En relación a la selección de los casos a incluir en el estudio, optamos por elegir casos de una misma área geográfica, lo cual permite trabajar en un contexto socioeconómico y cultural relativamente homogéneo. Los países de una misma región, sin perjuicio de su diversidad, comparten rasgos comunes en cuanto a historia, cultura, grado de desarrollo humano y tipo de inserción internacional⁴⁰. Este abordaje permite dejar de lado —sin perderlas completamente de vista⁴¹— las particularidades de cada país para enfocarse específicamente en el tema de interés.⁴²

Decidimos trabajar con casos de nuestra región con el objeto, por un lado, de situar la legislación vigente en Argentina en relación a la legislación vigente en países vecinos. Y, por otro, de aprovechar la experiencia de estos países para proponer posibles mejoras para el marco regulatorio vigente en nuestro país.

En función del problema planteado, resultó pertinente utilizar la técnica del relevamiento y análisis documental. Recurrimos principalmente a la revisión de leyes y, en segundo lugar, de artículos científicos, publicados en revistas especializadas, que versan sobre dichas leyes.

Para seleccionar las leyes a examinar, partimos de los relevamientos realizados por Massiris (2013) y por el Senado de la Nación Argentina (2014). Estos autores se centraron en leyes en sentido amplio, vigentes a nivel nacional, considerando tanto leyes específicas (leyes de ordenamiento territorial) como mar-

⁴⁰ Sartori, Giovanni, “Comparación y método comparativo”, en Giovanni Sartori y Leonardo Morlino (comp.), *La comparación en las ciencias sociales* (págs. 29-49), Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 40. En sentido similar: Lucca, Juan Bautista y Pinillos, Cintia, “El número de casos en la política comparada latinoamericana”, en *Democratización en América Latina en perspectiva comparada*, Editorial de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2016, pág. 24.

⁴¹ Lucca y Pinillos, op. cit., pág. 25.

⁴² Es decir, hacer hincapié en las diferencias en contextos similares, de acuerdo a Dogan y Pelassy, 1984, pág. 127 citado en Sartori, op. cit., pág. 40.

cos regulatorios difusos (normas de ordenamiento territorial incorporadas en leyes con otro objeto). Encontraron normativa pertinente en los siguientes países: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

A fin de identificar cabalmente el conjunto de leyes que conforman los marcos regulatorios del ordenamiento territorial en cada país en la actualidad, se verificó si la normativa relevada era completa o si resultaba pertinente incluir otras leyes. Con este objeto, se operaron los buscadores disponibles en las páginas web de los organismos oficiales pertinentes de cada país⁴³, utilizando como palabras clave: ordenamiento territorial, ordenación del territorio, planificación territorial, ordenamiento ambiental del territorio y usos del suelo. Se aplicaron los siguientes criterios:

- Se incluyeron en el relevamiento tanto leyes en sentido estricto, como normas constitucionales;
- Se tuvo en cuenta la normativa nacional, dejando de lado la normativa subnacional (por ejemplo provincial);
- En dos casos, debido a su particular relevancia, se incluyó normativa de rango infra legal (decretos);
- Se tuvieron en cuenta tanto leyes específicas (cuyo objeto es el ordenamiento territorial), como leyes con otro objeto, que incluyen normas de ordenamiento territorial, como es el caso de las leyes ambientales y las leyes que establecen competencias;
- Se consideró la legislación vigente al 1° de marzo de 2018.

Como resultado, se encontró un total de 36 leyes en sentido amplio (Tabla 1).

⁴³ Las fuentes legislativas consultadas fueron: Sistema Argentino de Información Jurídica (<http://www.saij.gob.ar>) Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia (<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo>), Portal da Legislação del gobierno federal de Brasil (<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (<https://www.leychile.cl/Consulta>), Buscador legislativo del Senado de la Nación de Colombia (<http://www.secretaria.senado.gov.co/senado/basedoc/arb/1000.html>), Leyes aprobadas por la Asamblea Nacional de Ecuador (<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/leyes-aprobadas>), Biblioteca y Archivo Central del Congreso de la Nación de Paraguay (<http://www.bcn.gov.py>), Archivo Digital de la Legislación del Perú (<http://www.leyes.congreso.gob.pe/>), Banco de Datos Jurídico Normativo de Uruguay (<https://www.impo.com.uy>), Leyes aprobadas a partir de 2011 por la Asamblea Nacional de Venezuela (<http://www.asambleanacional.gob.ve/leyes>) y Gaceta Oficial (sitios web diversos).

Tabla 1. Normativa del ordenamiento territorial vigente en América del Sur (2018).

País	Leyes
Bolivia	• Constitución Política del Estado de 2009 • Ley marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Bólvarez” (Nº 031) • Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para Vivir Bien (Ley Nº 300 de 2012) • Ley de Medio Ambiente (Ley Nº 1333 de 1992)
Brasil	• Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 • Estatuto de la Ciudad (Ley Nº 10.257 de 2001) • Ley que establece la Política Ambiental Nacional, Nº 6.938 de 1981 • Criterios para la Zonificación Ecológico-Económica de Brasil (Decreto 4.297 de 2002)
Chile	• Constitución Política de la República de Chile de 1980 • Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (DFL Nº 19.175 de 2005) • Ley General de Urbanismo y Construcciones de Chile (DFL Nº 458 de 1975) • Bases Generales del Medio Ambiente (Ley Nº 19.300 de 1994)
Colombia	• Constitución Política de Colombia de 1991 • Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Nº 1454 de 2011) • Ordenamiento del Territorio del Municipio (Ley Nº 388 de 1997) • Régimen de las Áreas Metropolitanas (Ley Nº 1625 de 2013) • Ley de Ambiente (Ley Nº 99 de 1993)

País	Leyes
Ecuador	• Constitución de la República del Ecuador de 2008 • Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización de 2010 • Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas de 2010 • Ley de Gestión Ambiental (Ley N° 04-019, Registro Oficial 418, 10-IX-04)
Paraguay	• Ley Orgánica Municipal (N° 3966 de 2010) • Ley que crea el Sistema Nacional de Ambiente (Ley N° 1561 de 2000) • Ley de Evaluación de Impacto Ambiental (N° 294 de 1993)
Perú	• Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26.821 de 1997) • Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica (Decreto Supremo N° 087-2004-PCM de 2004) • Ley General del Ambiente (N° 28.611 de 2005)
Uruguay	• Ley de Evaluación del Impacto Ambiental (Ley N° 16.466 de 1994) • Ley de Protección del Medio Ambiente (Ley N° 17.283 de 2000) • Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (N° 18.308 de 2008) • Directrices Nacionales de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (Ley N° 19.525 de 2017)
Venezuela	• Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 • Ley Orgánica del Ambiente de 2007 • Ley de Aguas de 2007 • Ley Orgánica de Ordenación del Territorio de 1983 • Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987

Fuente: elaboración propia.

Como se puede apreciar en la Tabla 1, la normativa objeto de estudio abarca un período de más de 40 años (de 1975 a 2017). Es decir que, al ser sancionada en diferentes momentos históricos, es probable que responda a preocupaciones diversas. En este sentido, cabe señalar que el concepto de desarrollo sostenible toma protagonismo en 1987, con la publicación del informe de las Naciones Unidas *Nuestro Futuro Común* (Informe Brundtland). Su recepción en los ordenamientos jurídicos de la región se intensifica a partir de la Conferencia de Río de 1992⁴⁴.

Una vez relevada la normativa pertinente, identificamos en cada ley las disposiciones pertinentes, ya sea que contengan referencias explícitas al ordenamiento territorial y/o prescripciones referidas al uso, la ocupación y/o la transformación del territorio. De este modo, se relevaron las disposiciones que conforman el marco regulatorio del ordenamiento territorial vigente a nivel nacional en cada país.

Con respecto a la cantidad de casos a examinar (diez), es importante señalar que esta decisión metodológica tiene como ventaja que permite trabajar con una diversidad de enfoques y reconocer tendencias. Conlleva, sin embargo, la siguiente limitación: se trabajó con una sola fuente de derecho —textos legales (es decir, el derecho escrito)—, dejando de lado la jurisprudencia (el derecho en acción). Un estudio que incluyera por un lado la jurisprudencia (en la medida que exista) y por otro la legislación de nivel subnacional (cuando existiera), arrastraría posiblemente resultados diferentes.

Hecha esta aclaración, una vez relevadas las disposiciones que conforman los marcos jurídicos del ordenamiento territorial, se procedió a su examen. Para ello se definieron dimensiones de análisis y se formularon indicadores.

2. Dimensiones de análisis e indicadores de desarrollo sostenible

Para la definición de las dimensiones de análisis y la formulación de sus respectivos indicadores, nos basamos en los aportes de los autores que examinaron la vinculación entre ordenamiento territorial y desarrollo sostenible, que presentamos en la sección teórica de este trabajo.

Las dimensiones de análisis emanan de los requerimientos que plantea el desarrollo sostenible al ordenamiento territorial, tal como se explicó al final de

⁴⁴ Brañes, op. cit., pág.

mencionada sección. De modo que quedaron definidas las siguientes diez dimensiones:

- 1. Carácter del ordenamiento territorial
- 2. Diagnóstico territorial
- 3. Modelo territorial deseado
- 4. Consumo de suelo
- 5. Localización de los usos del suelo
- 6. Asentamientos humanos
- 7. Provisión de viviendas
- 8. Actividades a realizar en el territorio
- 9. Evaluación de los planes
- 10. Participación ciudadana.

En cuanto a la elaboración de los respectivos indicadores, sintetizamos a partir de los aportes de los autores consultados las aspiraciones que deberían satisfacerse en cada dimensión. Luego formulamos estas aspiraciones como indicadores aplicables a marcos jurídicos. Como resultado, se obtuvieron 27 indicadores de desarrollo sostenible (Tabla 2).

Tabla 2. Dimensiones, aspiraciones e indicadores para el análisis de los marcos regulatorios del ordenamiento territorial en función del desarrollo sostenible.

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
1. Carácter del ordenamiento territorial	• Que se planifiquen y regulen el uso, la ocupación y los procesos de transformación de todo el territorio. • Que se cuente con un marco jurídico específico a nivel nacional.	a. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial (OT) de prescripciones relativas al uso, la ocupación y la transformación de todo el territorio nacional.

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
2. Diagnóstico territorial	• Que se conozca el funcionamiento del sistema territorial y se entienda su evolución y dinámica. • Que se conozcan los recursos, las potencialidades, las ventajas comparativas y los riesgos del territorio. • Que se conozca la presión actual y futura sobre el territorio. • Que se comprenda la brecha existente entre la situación ambiental actual y la deseada. • Que se puedan identificar los problemas más relevantes y diseñar el modelo territorial deseado.	b. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones relativas a la realización de un diagnóstico territorial de carácter integral, que incluya variables ambientales, sociales y económicas. c. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones relativas a la realización de una evaluación ambiental del territorio.
3. Modelo territorial deseado	• Que se elaboren modelos territoriales sostenibles. • Que los objetivos estratégicos del ordenamiento estén orientados a un proyecto territorial que responda a un modelo de desarrollo sostenible. • Que los objetivos operativos incorporen consideraciones ambientales, sociales y económicas. • Que se concilien las distintas políticas públicas que inciden en el territorio y sus respectivos objetivos.	d. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones referidas a la utilización de metodologías (como el análisis prospectivo del territorio) para la construcción de modelos territoriales. e. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de objetivos estratégicos formulados en térmi-

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
		nos de calidad de vida, prevención de desastres, preservación de los espacios naturales, minimización del consumo de suelo y/o urbanización en el medio construido. f. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de lineamientos para que los objetivos operativos del OT incluyan aspectos ambientales, sociales y económicos. g. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de mecanismos de conciliación de los objetivos de las distintas políticas públicas que inciden en el territorio.
4. Consumo de suelo	• Que no se clasifiquen como urbanizables las zonas de protección, las tierras de cultivo y las zonas de riesgos. • Que se minimice el consumo de suelo (la urbanización de	h. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de delimitaciones de zonas de protección, de cultivo y de riesgo, y de la

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
	nuevas superficies) en función de las condiciones de la sostenibilidad ecológica. • Que se determine la cantidad de suelo disponible para urbanización previamente a la localización de los usos. • Que se determine la cantidad de suelo disponible para urbanización en función de la ponderación de todos los intereses presentes, tanto públicos como privados.	prohibición de urbanizarlas. i. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de mecanismos de control del crecimiento urbano, tales como límites cuantitativos al consumo de suelo. j. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de un procedimiento para la ponderación de los intereses vinculados a la clasificación como urbanizables de nuevos terrenos.
5. Localización de los usos del suelo	• Que los usos del suelo se localicen en función de: - las potencialidades, limitaciones, problemas y riesgos identificados en el diagnóstico territorial; - criterios ambientales, sociales y económicos; - las actividades y necesidades humanas. • Que los usos de la escala local sean compatibles con los usos establecidos en el área territo-	k. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de la prescripción de elaborar la planificación territorial en función del diagnóstico realizado, las potencialidades, limitaciones, problemas y riesgos del territorio y/o criterios ambientales, sociales y económicos.

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
	rial superior. • Que las distintas autoridades cuyas actividades afectan la organización del territorio se informen mutuamente y colaboren entre sí.	l. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de la prescripción de cumplir la legislación ambiental. m. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de mecanismos para armonizar los intereses del mercado y de la sociedad. n. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de mecanismos de coordinación administrativa.
6. Asentamientos humanos	• Que los asentamientos humanos se planifiquen y se controlen. • Que se evite la dispersión y la fragmentación urbana. • Que los asentamientos humanos se distribuyan en función de las potencialidades, limitaciones y riesgos específicos identificados. • Que los asentamientos humanos se localicen en zonas seguras.	o. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones orientadas a evitar la dispersión y la fragmentación urbana. • Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones que garanticen la localización de los asenta-

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
	• Que los asentamientos humanos tengan acceso a infraestructura básica y transporte público. • Que los asentamientos humanos tengan calidad ambiental.	mientos humanos en zonas seguras. q. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones relativas a la calidad ambiental de los asentamientos humanos. r. Existencia en los marcos jurídicos vigentes de prescripciones relativas a la accesibilidad en transporte público.
7. Provisión de viviendas	• Que la población, en particular los sectores de menores recursos, tenga acceso a viviendas apropiadas, en cantidad suficiente y adecuadamente localizadas, en cercanía de los puestos de trabajo y accesibilidad en transporte público.	s. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones relativas a la provisión de viviendas en cercanías de los puestos de trabajo. t. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones relativas a la provisión de viviendas para los sectores de menores recursos.

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
8. Actividades a realizar en el territorio	• Que las actividades a realizar sean acordes a las potencialidades, limitaciones, problemas, riesgos del territorio, y de las necesidades y aspiraciones de la población. • Que la distribución de estas actividades se realice de manera coherente entre sí y con el medio físico de modo de garantizar la funcionalidad del sistema territorial y un uso múltiple del espacio. • Que se disponga de suficiente cantidad de suelo urbanizable adecuadamente conectado a las áreas urbanas existentes, con calidad ambiental y accesibilidad en transporte público. • Que las actividades se realicen respetando las tasas de renovación de los recursos renovables, los ritmos de consumo e intensidad de uso de los recursos no renovables y la capacidad de asimilación de los vectores ambientales agua, aire y suelo.	u. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de mecanismos para la selección de las actividades a realizar en el territorio. v. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de la prescripción de coordinar las actividades que son incompatibles, concurrentes, interdependientes o complementarias. w. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de la prescripción de destinar para las actividades productivas terrenos con acceso a infraestructura. x. Existencia en los marcos jurídicos vigentes de normas que regulen el comportamiento de las actividades.

Dimensiones de análisis	Aspiración	Indicadores
9. Evaluación de los planes	• Que se verifique la compatibilidad con el desarrollo sostenible de la planificación territorial realizada.	y. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de la prescripción de realizar una evaluación ambiental estratégica de los planes de ordenamiento territorial previamente a su aprobación.
10. Participación ciudadana	• Que el ordenamiento territorial sea participativo, garantizándose una participación informada y efectiva en todas las fases del proceso (diagnóstico, planificación, gestión, control y seguimiento).	z. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de mecanismos de participación ciudadana. a. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de la prescripción de la participación ciudadana en todas las fases del ordenamiento territorial.

Fuente: elaboración propia a partir de Ferrandis y Noguera, 2016; Gómez Orea y Gómez Villarino, 2013; Mahaim, 2014; Massiris, 2012; Pastorino, 2009; Rodríguez y Reyes, 2008; Vargas, 2002.

Como se puede apreciar en la Tabla 2, algunos indicadores incluyen enumeraciones, de modo que pueden verificarse integralmente o solo parcialmente. Es

decir que, cuando el alcance de una norma está limitado a determinados casos o su formulación carece de precisión, la norma en cuestión verifica solo parte del indicador. En otras palabras, dicha norma satisface solo parcialmente los requerimientos del desarrollo sostenible. Decidimos incluir tales normas en el estudio, a pesar de que no propician efectivamente un desarrollo sostenible, debido a que dan cuenta de que el legislador ha reconocido la importancia del tema. En tal sentido constituyen un paso en la dirección deseada.

Una vez disponibles los indicadores de desarrollo sostenibles, los aplicamos a la normativa que conforma los casos de estudio.

3. Aplicación de los indicadores: estudio de casos

La tercera etapa de nuestra metodología fue la realización de los diez estudios de caso, mediante la aplicación de los indicadores de desarrollo sostenible. Para ello, se buscaron en cada una de las leyes que conforman los marcos regulatorios del ordenamiento territorial normas que verifican estos indicadores. Se relevaron y transcribieron las disposiciones pertinentes para su posterior análisis.

Para ello, se construyó en primer lugar una matriz en cuyas filas figuran los indicadores y en cuyas columnas los casos de estudio (Tabla 3).

Tabla 3. Disposiciones de ordenamiento territorial que verifican los indicadores de desarrollo sostenible (América del Sur, 2018, extracto).

Dimensiones de análisis	Indicadores	Argentina	Bolivia	Brasil
1. Carácter del ordenamiento territorial	a. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del ordenamiento territorial (OT) de prescripciones relativas al uso, la ocupación y la transformación de todo el territorio nacional.	Ley N° 25.675 de 2002, art. 3.	CP de 2009, art. 298, inc. II, num. 33. Ley N° 031 de 2010, art. 94. Ley N° 300 de 2012, art. 16, inc. 2. Ley N° 1333 de 1992, art. 5, num. 8, y 12, inc. b.	Ley N° 6.338 de 1981, art. 9, inc. II. Decreto N° 4.297 de 2002, art. 1, 2, 3, 6. Ley N° 10.257 de 2001, art. 3, inc. V; 4, inc. I y II
	b. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones relativas a la realización de un diagnóstico territorial de carácter integral, que incluya variables ambientales, sociales y económicas.	Ley N° 25.675 de 2002, art. 10, primer párrafo.	--	Decreto N° 4.297 de 2002, art. 12 y 13.
2. Diagnóstico territorial	c. Existencia en los marcos jurídicos vigentes del OT de prescripciones relativas a la realización de una evaluación ambiental del territorio.	--	--	Decreto N° 4.297 de 2002, art. 13, inc. II y III.

Fuente: elaboración propia.

En cada celda de la matriz, figuran las disposiciones de cada marco regulatorio que verifican el respectivo indicador. Las celdas vacías (—) señalan indicadores que no se verifican: significan que no existe, en el marco regulatorio considerado, ninguna norma que recepte las aspiraciones correspondiente al indicador en cuestión.

Una vez completada, esta matriz permite conocer la cantidad total de indicadores que se verifican en cada marco regulatorio y su distribución entre las dimensiones de análisis (Tabla 4). Saber qué indicadores se verifican en cada caso y cuáles no permite conocer de qué manera se encuentran contempladas estas dimensiones en cada marco regulatorio.

Tabla 4.Indicadores de desarrollo sostenible que se verifican en los marcos regulatorios del ordenamiento territorial vigentes a nivel nacional en América del Sur (2018, extracto).

Dimensiones de análisis	Indicadores	Argentina	Bolivia	Brasil	Chile	Colombia	Ecuador	Paraguay	Perú	Uruguay	Venezuela	Total
1. Caracter del OT	a	x	x	x	x	x	x	(x)	x	x	x	9
	b	x	--	x	x	(x)	(x)	--	x	(x)	(x)	4
2. Diagnóstico territorial	c	--	--	x	--	--	--	--	x	--	--	2
	d	--	--	--	--	x	--	--	--	--	(x)	1
3. Modelo territorial deseado	e	--	x	x	(x)	x	x	--	--	x	x	6
	f	(x)	x	x	--	x	x	(x)	x	x	x	7
	g	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	0
10. Participación ciudadana	z	(x)	(x)	x	x	x	x	(x)	(x)	x	x	6
	aa	x	--	x	(x)	x	x	--	(x)	x	(x)	5
Integralmente verificados		4	4	10	7	11	11	1	8	16	6	77
Parcialmente verificados		6	5	10	6	7	3	6	4	4	8	58
Total		10	9	20	13	18	14	7	12	20	14	135

x: indicador integralmente verificado (x): indicador parcialmente verificado

Fuente: elaboración propia.

Una lectura de la Tabla 4 columna por columna permite apreciar, para cada país, la cantidad de indicadores que el respectivo marco regulatorio verifica y qué dimensiones de análisis se encuentran contempladas. En las dimensiones de análisis que cuentan con más de un indicador, se puede apreciar, además, cuál o cuáles indicadores se verifican. Esta información permite establecer el perfil de cada país:

- La cantidad de indicadores que se verifica en cada caso informa en qué medida el respectivo marco regulatorio propicia un desarrollo sostenible.

- Las dimensiones de análisis contempladas (cuyos indicadores se verifican) informan sobre los aspectos del ordenamiento territorial que el respectivo legislador consideró relevantes.

- Los indicadores que se verifican en cada dimensión de análisis informan de qué manera el legislador decidió regular cada aspecto, es decir, sus prioridades.

En segundo lugar, se transcribió, para cada indicador, el texto de las disposiciones legales pertinentes con el objeto de identificar las normas que dichas disposiciones contienen. Con esta transcripción se buscaba, por un lado, poder identificar y describir las normas que propician un desarrollo sostenible en cada marco regulatorio; y, por otro, poder apreciar el alcance de cada disposición y la precisión de su formulación, es decir una información de índole cualitativa.

Sobre la base de estos diez estudios de caso, se realizó, finalmente, el estudio comparativo.

4. Estudio comparativo de casos: estudio de área

En la cuarta y última etapa de la metodología, se utilizó la información generada en la etapa anterior para realizar un estudio comparativo de casos, a fin de profundizar en las similitudes y diferencias⁴⁵ existentes entre los marcos regulatorios examinados. Este objetivo se logró aplicando la metodología de la comparación de casos.

La comparación como método de investigación de las ciencias sociales se remonta, en la tradición occidental, a la clasificación de Aristóteles de los regímenes políticos⁴⁶. Es una herramienta de análisis que agudiza nuestro poder de descripción e influye en la formación de conceptos⁴⁷. La comparación de estudios de casos, por su parte, permite confirmar o falsear una hipótesis, ya sea teórica o de funcionamiento empírico de los casos⁴⁸. Ayuda a discernir seme-

⁴⁵ Herrera Enrique, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 213.

⁴⁶ Morlino Leonardo, "Problemas y opciones en la comparación", en Giovanni Sartori y Leonardo Morlino, *La comparación en las ciencias sociales* (págs. 13-28), Alianza Universidad, Madrid, 1999, pág. 15.

⁴⁷ Collier David, "Método comparativo", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 5, 1992, 21-46, pág. 21. Recuperado de https://www.colibri.u.delar.edu.u y/ jsui/bitstream/20.500.12008/7068/1/R_UCP_Collier_1992v.5.pdf

⁴⁸ Gunturiz Rodríguez María Angélica, Puello-Socarrás José Franciso, Gómez Cardenas

janzas y diferencias entre el caso nacional y otros casos, y orienta al investigador hacia un análisis más profundo de las diferencias. El estudio de las experiencias de otros países facilita la obtención de sugerencias para el caso nacional⁴⁹. Además de aprender de las experiencias de los demás, la comparación permite explicar mejor y controlar, es decir, verificar si una regularidad se corresponde con los casos a los cuales se aplica⁵⁰.

Aplicada a las políticas públicas, la comparación posibilita generar explicaciones teóricas que vayan más allá de la simple descripción, así como sugerir nuevos cursos de acción pública.⁵¹ En el campo jurídico, la comparación fomenta la comprensión y mejora del derecho nacional, a la vez que permite identificar posibles orientaciones y modelos a seguir en los procesos de reforma legislativa⁵².

Para realizar la comparación de casos, recurrimos nuevamente a la matriz que muestra los indicadores de desarrollo sostenible que cada marco jurídico verifica (Tabla 3 y Tabla 4). A diferencia de lo que se hizo en la etapa anterior (es decir, un análisis caso por caso, mediante una lectura de la matriz columna por columna), en esta etapa la matriz se leyó fila por fila, comparando entre sí los resultados de cada caso en relación a cada indicador y dimensión de análisis. Esta lectura de la matriz permite contrastar, por un lado, la cantidad total de indicadores que se verifican en cada marco jurídico; y, por otro, su distribución entre las dimensiones de análisis. De este modo, pudimos apreciar de qué manera se encuentran contempladas las dimensiones en cada marco jurídico: no solo cuantos indicadores se verifican en cada dimensión, sino cuáles.

De esta lectura fila por fila de la Tabla 4, se desprende, además, la cantidad de veces que se verifica cada indicador y qué dimensiones de análisis se encuentran más y menos contempladas. En las dimensiones de análisis que cuentan con más de un indicador, se puede apreciar, además, cuál o cuáles indicadores

Carlos y Lucca Juan Bautista, “El método comparado y el estudio de las políticas sociales en América Latina y el Caribe”, en *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales*, vol. 8, N° 2, 2018, e044. <https://doi.org/10.24215/1.853786.3e044>

⁴⁹ Sartori, op. cit., pág. 14.

⁵⁰ Sartori, op. cit., pág. 31.

⁵¹ Gunturiz Rodríguez, Puello-Socarrás, Gómez Cárdenas y Lucca, op. cit., e044.

⁵² Cesano José Daniel, “Consideraciones sobre algunas de las funciones del derecho comparado”, *Cuaderno de Derecho Comparado*, Vol. I, 2018, 13-34, pág. 15 y ss. ; David René, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 9e éd., Dalloz, Paris, 1988, pág. 6 ; Rodière René, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, Paris, 1979, pág. 33 y ss.

se verifican con más frecuencia. Esta información permite establecer el perfil de la región:

- La cantidad total de indicadores que se verifica, agregando los resultados de todos los casos, muestra en qué medida los marcos regulatorios vigentes en la región propician un desarrollo sostenible.

- La cantidad total de indicadores que se verifican en cada dimensión de análisis, así como su frecuencia (es decir, la cantidad de países, cuyos marcos regulatorios los verifica), informan sobre los aspectos del ordenamiento territorial que los legisladores de la región consideran más relevantes.

- Los indicadores que más frecuentemente se verifican dan cuenta de las prioridades de cada legislador y cómo estas varían entre países.

Además de este análisis cuantitativo, se realizó un análisis cuantitativo: se examinó en cada dimensión de análisis el texto de las disposiciones relevadas. De esta manera, se pudo cotejar las soluciones ofrecidas por los distintos marcos regulatorios, resaltando similitudes y diferencias, así como identificando tendencias. Del mismo modo, se comparó el alcance de las distintas normas y la precisión en su formulación. Para ilustrar este punto, tomaremos como ejemplo la dimensión participación ciudadana. Al respecto, observamos que algunos marcos normativos establecen su obligatoriedad sin especificar los mecanismos a utilizar⁵³; mientras que otros prevén diversos mecanismos, tales como audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares y observatorios⁵⁴.

En síntesis, el estudio comparado de los diez casos apuntaba, por un lado, a conocer la situación en América del Sur con respecto a la idoneidad de los marcos regulatorios del ordenamiento territorial vigentes a nivel nacional como instrumentos para un desarrollo sostenible. Y, por otro, a clasificar los países en

⁵³ En Argentina, la Ley General del Ambiente establece que: "(...) La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en (...) y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados" (Ley N° 25.675, 2002, art. 21). Política Ambiental Nacional. Ley N° 25.675. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28 de noviembre de 2002. Recuperado de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7229745/20021128?busqueda=1>

⁵⁴ En Ecuador, la Constitución de 2008 prevé estos mecanismos de participación, los cuales son aplicables al ordenamiento territorial (art. 100, segundo párrafo). Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial de la República del Ecuador, N° 449, Quito, Ecuador, 20 de octubre de 2008. Recuperado de <https://www.registrooficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/4864-registro-oficial-no-449>

función del perfil de sus respectivos marcos regulatorios. Como aclaramos en la introducción, el presente trabajo se centra en describir la metodología desarrollada. Sin embargo, los resultados obtenidos mediante el uso de esta metodología dan cuenta de la pertinencia y utilidad de esta, de modo que resulta oportuno presentarlos brevemente con este objeto.

IV. Los marcos jurídicos del ordenamiento territorial en América del Sur en clave comparada: pertinencia y utilidad de la metodología desarrollada

Como resultado general de esta investigación, encontramos normas de ordenamiento territorial que propician un desarrollo sostenible en todos los marcos jurídicos examinados. Es decir que, en estos diez países de América del Sur, el marco normativo del ordenamiento territorial hace lugar al desarrollo sostenible. Sin embargo, la cantidad de indicadores que se verifican en cada marco jurídico varía mucho: de uno a 16 (sobre un total de 27). Este resultado da cuenta, por un lado, de una gran diversidad entre países en relación a disponer de un marco normativo eficaz para lograr desarrollo sostenible. Por otro, pone de manifiesto que aún queda un largo camino para recorrer: aún el marco normativo más avanzado en la temática —el que más indicadores de desarrollo sostenible verifica (16)— se encuentra alejado de la meta (27). En otras palabras, los marcos jurídicos del ordenamiento territorial vigentes en la actualidad en América del Sur no pueden considerarse cabales instrumentos de desarrollo sostenible.

De modo similar varía la cantidad de dimensiones de análisis contempladas en cada marco jurídico. Además, si comparamos entre sí las dimensiones de análisis, advertimos que algunas son más frecuentes que otras: todos los marcos normativos examinados contemplan la participación ciudadana; la etapa del diagnóstico territorial, por su parte, está bien desarrollado en algunos marcos normativos y ausente en otros; mientras que la cuestión del modelo territorial deseado figura en todos los marcos normativos, pero su tratamiento es variable (en algunos marcos normativos está bien desarrollada en, otros apenas esbozada). Estos resultados expresan la gran diversidad o heterogeneidad existente en el tratamiento de la temática.

Teniendo en cuenta los aspectos antes mencionados, es posible realizar la siguiente clasificación.

1. Un primer grupo de países evidencian marcos normativos que verifican un número reducido de indicadores de desarrollo sostenible (de uno a cuatro, del total de 27). En este grupo se encuentran los marcos normativos de Argentina, Bolivia y Paraguay. En estos países, el desarrollo normativo en materia de ordenamiento territorial puede caracterizarse como incipiente y la recepción del concepto de desarrollo sostenible como limitada.

2. En el segundo grupo, los marcos normativos verifican un número mayor de indicadores (entre seis y diez cada uno) y contienen diversas normas pertinentes, formuladas con precisión. Este grupo incluye los marcos normativos vigentes en Brasil, Chile, Perú y Venezuela. En estos países, los marcos normativos del ordenamiento territorial evidencian un mayor grado de desarrollo a la vez que incorporan el concepto de desarrollo sostenible.

3. Finalmente, los marcos jurídicos del tercer grupo verifican la mayor cantidad de indicadores (entre 11 y 16) y contienen un importante número de normas pertinentes. Estos marcos normativos son los de Colombia, Ecuador y Uruguay. Son los que más receptan la vinculación entre ordenamiento territorial y desarrollo sostenible. Esta normativa es la que más ejemplos virtuosos ofrece: normas de ordenamiento territorial que propician un desarrollo sostenible y podrían inspirar una reforma del marco normativo vigente en nuestro país.

Es interesante advertir que los tres países del tercer grupo han sancionado leyes específicas de ordenamiento territorial. Este resultado sugiere que la vigencia de una ley específica tiende a asegurar que el ordenamiento territorial propicie efectivamente un desarrollo sostenible. Si aceptamos que tal desarrollo es deseable para nuestro país, se hace manifiesta la importancia de contar con una ley de estas características en Argentina, situación que no se verifica en la actualidad.

Por otra parte, cabe señalar que ningún marco normativo examinado verifica todos los indicadores de desarrollo sostenible. Del total de 27 indicadores, 20 se verifican en al menos un marco normativo de América del Sur y siete no se verifican en ninguno. Este resultado implica que, si bien algunos países se destacan por haber sancionado leyes de ordenamiento territorial con un enfoque de desarrollo sostenible, de acuerdo con los desarrollos teóricos e internacionales sobre la temática, ningún marco normativo de la región puede considerarse un instrumento idóneo para un desarrollo sostenible. Por ende, ningún país de la región está asegurado de lograr tal desarrollo por medio del ordenamiento

territorial. En cuanto a los siete indicadores que no se verifican en ningún marco normativo de la región, estos señalan temas cuya relevancia no ha sido reconocida por los legisladores o se considera supeditada a otras prioridades.

Por último, es importante remarcar que el análisis realizado se limitó a los textos legales; no consideró el conjunto de las fuentes del derecho. En particular, no se incluyó en el análisis la jurisprudencia. Tampoco se tuvo en cuenta la aplicación de las normas examinadas por las administraciones de los distintos países. Es importante tener en cuenta que tales perspectivas podrían arrojar resultados diferentes y deben ser entendidas como complementarias de la presente investigación, si se quiere comprender de manera completa la problemática.

Para concluir, podemos hacer hincapié en el doble aporte del presente trabajo. Por un lado, la metodología desarrollada permitió relevar normas de ordenamiento territorial que propician un desarrollo sostenible y pueden orientar el proceso legislativo en nuestro país. Por otro, los resultados obtenidos pueden servir como base para un análisis que permita explicar, desde una perspectiva de ciencia política, los factores que generaron, en cada país, un marco normativo de las características relevadas.

Normalidad y excepcionalidad en el derecho constitucional europeo

VALENTINA FAGGIANI*

I. Normalidad vs. excepcionalidad en el contexto de la sociedad del riesgo y de la incertidumbre: hacia una nueva sistematización

En el contexto de la sociedad del riesgo y de la incertidumbre es necesario articular una nueva sistematización del binomio normalidad-excepcionalidad, con el objeto de desarrollar un modelo común descentralizado de seguridad capaz de hacer frente a las situaciones de extrema crisis, caracterizadas por una ruptura del orden jurídico constituido.

En la doctrina hasta el momento no se ha formulado una noción satisfactoria de la excepcionalidad, habiéndose prescindido de una aproximación sistemática por su intrínseco carácter extra ordinem. Aunque siempre se haya considerado un tema fascinante por el ala de misterio, de indefinición y por las tensiones y contradicciones que lo rodea, ha recibido un tratamiento insuficiente, que ha impedido delimitar sus confines y aclarar la relación dialéctica con el concepto de normalidad.

El primer problema es clasificatorio, debido al carácter poliédrico de la excepcionalidad, al ser una “categoría o fenómeno jurídico unitario”¹, en el que se

* Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del grupo de investigación «Andalucía, la Unión Europea y el Estado social» (SEJ-106) y del proyecto de investigación «Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado» (DER 2016-77924P). Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.

¹ En el lenguaje común, el estado de emergencia se puede definir como una “(...) Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata” (Diccionario de la Real Academia española, 23.ª ed. 2014, disponible online en: <https://dle.rae.es/emergencia>). A propósito de la noción de emergencia como categoría jurídica unitaria, vid.: G. Marazzita, *L'emergenzacostituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, págs. 13-17; y A. Pizzorusso, «Emergenza (stato di)», *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, Vol. 3, 1993, págs. 551-559.

colocan supuestos heterogéneos. Esta característica hace muy arduo individualizar con certeza cuáles eventos se pueden reconducir en esta noción. En general, se trata de un conjunto de situaciones de dificultad o peligro con connotaciones extraordinarias² y carácter provisional³, que pueden ser provocadas por graves acontecimientos naturales o comportamientos humanos imprevistos o imprevisibles y que determinan, por un periodo más o menos prolongado, una crisis en el ordenamiento jurídico y la aplicación de un régimen derogatorio, distinto a aquel vigente en situaciones de normalidad⁴. Dicho régimen legitima la suspensión, tanto individual como colectiva, de algunos derechos fundamentales en el ámbito de una determinada sociedad en un particular contexto histórico⁵.

² G. De Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, pág. 204. Según el A. "(...) Tradizionalmente si è operato un collegamento fra rottura della normalità e concetto di eccezionalità del regime giuridico diretto ad affrontare le situazioni abnormi di pericolo, situazioni che implicano che in senso proprio l'emergenza rispetto alle regole giuridiche precostituite deve avere il carattere di fatto sopravvenuto, provvisorio, imprevisto e antiggiuridico, mentre il regime giuridico di eccezione scaturisce da un giudizio valutativo di inevitabilità affidato agli organi costituzionali che dovranno accertare la presenza della necessità della introduzione del regime eccezionale effettuando la ponderazione dei valori coinvolti".

³ Según R. L. Blanco Valdés, «Artículo 55», en P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Vol. 1 (Preámbulo a art. 96). Libro-homenaje a Luis López Guerra, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018*, pág. 970, el derecho de excepción sería "(...) por su naturaleza, un derecho de aplicación transitoria, especial y contingente". Y para F. Fernández Segado, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de derecho político*, n. 11, 1981, págs. 86 y 87, el Estado de derecho necesita un derecho excepcional, es decir "prever la excepción" y "(...) normativizar en lo posible tal hipótesis porque la práctica ha acreditado la necesidad de una defensa política de la Constitución, para evitar que las situaciones de anomalía puedan hacer naufragar el régimen constitucional y, consiguientemente, los derechos y libertades que el mismo ampara".

⁴ En este sentido, F. Fernández Segado, «La suspensión de garantías constitucionales en la nueva Constitución española», *Revista de estudios políticos*, n. 7, 1979, pág. 300, considera que "(...) las situaciones de crisis requieren" "(...) otros módulos diferentes que los de la vida normal; en los tiempos de crisis se imponen criterios distintos de los que dominan en los tiempos tranquilos. No es que la necesidad carezca de ley, sino que requiere una ley especial".

⁵ A este propósito, vid. G. Marazzita, op. cit., págs. 43-136, quien considera que la aproximación a un modelo de estudio de los estados de excepción no puede prescindir del análisis de las raíces históricas, económicas y socio-culturales, que han determinado la configuración de los caracteres estructurales de un determinado ordenamiento constitucional. Desde tal premisa, el A. analiza los distintos modelos de estados de emergencia que se han sucedido a lo largo de la historia, desde la dictadura en la Grecia antigua tras la crisis de la pólis, a las dictaduras romanas constituyentes de Silla y de Cesar, a la dic-

En este sentido, la excepcionalidad es una categoría plural y abierta, en la que en términos residuales se pueden incluir todas aquellas situaciones, que amenazan las estructuras esenciales del Estado, no pudiéndose elaborar una definición exhaustiva.

Ahora bien, en las sociedades contemporáneas la proliferación de las situaciones excepcionales y su contextual normalización por parte de los Estados a través de la adopción de normativas específicas han agudizado la tensión dialéctica entre libertad-seguridad, legalidad-necesidad, Constitución formal-Constitución material, difuminando los confines entre derecho y no derecho, entre regla y excepción. De ahí, la necesidad de superar la tradicional dicotomía normalidad-excepcionalidad, sistematizando y dotando de una nueva articulación a estas categorías.

La excepcionalidad puede ser provocada por hechos de carácter natural o bien comportamientos humanos como consecuencia de una situación de crisis (internacional, económica, social y política)⁶. Entre las situaciones causadas por graves acontecimientos naturales se pueden incluir, entre otras, las catástrofes, como terremotos, inundaciones, las crisis sanitarias y los desastres ecológicos, derivados del irreversible cambio climático⁷.

Por otra parte, entre los comportamientos humanos que pueden determinar una situación de emergencia se encuentran los conflictos bélicos internos o in-

tadadura de Oliver Cromwell en el Reino Unido y al sistema del Cabinety del Bill of indemnity, a la experiencia de la Francia revolucionaria con el Comité de la Salud Pública, pasando por la suspensión de la Constitución y el estado de sitio en la Francia napoleónica, hasta el siglo XX con los instrumentos de emergencia previstos en la Constitución de Weimar (1919) y la concesión de poderes plenos del Reichstag al Gobierno del Führeren febrero-marzo de 1933, que favorecieron la instauración del régimen nazi (art. 48 de la Constitución de Weimar).

⁶ Según R. L. Blanco Valdés, op. cit., pág. 970, "(...) El derecho de excepción puede activarse como consecuencia de crisis que afectan a la relación de un país con otro u otros y que amenazan, por lo tanto, su independencia o su soberanía nacional (guerras o invasiones). O, también, de crisis internas derivadas de hechos de origen diferente: bien de carácter natural (graves catástrofes, como inundaciones, terremotos, incendios o accidentes de gran envergadura), bien de carácter social (crisis sanitarias, huelgas salvajes que afecten al funcionamiento de servicios esenciales para la comunidad, masivo desabastecimiento de productos de primera necesidad) o bien, en fin, de carácter político (rebeliones interiores o graves crisis de seguridad o de orden público)".

⁷ El Parlamento Europeo aprobó el 28 de noviembre de 2019 una resolución en la quede claro la "emergencia climática y medioambiental" en la UE, instando a los Estados miembros y la Comisión Europea a adoptar medidas para combatirla antes de que sea demasiado tarde.

ternacionales, las crisis económicas, que son el resultado de la globalización y del desarrollo de las ciencias y las tecnologías, los movimientos masivos de personas como en el caso de la crisis humanitaria de los refugiados, y las varias formas de criminalidad organizada, como el terrorismo, que ha adquirido el valor de una categoría autónoma, constituyendo una situación excepcional especial que impone elaborar un marco distinto para el ejercicio de los poderes de emergencia.

El terrorismo, en particular, nos demuestra cómo la excepcionalidad ha ido cambiando. Estamos ante una amenaza omnipresente, que puede afectar no solo simultáneamente a más Estados sino que cualquier Estado en cualquier momento podría ser objeto de un ataque de este tipo. La imprevisibilidad geográfica y temporal, el carácter híbrido⁸ y permanente, que contribuye a normalizarlo, han complicado su gestión.

Todos estos factores han generado una profunda inseguridad e incertidumbre en los valores esenciales en los que el imaginario colectivo se identifica, imponiendo la adopción de estrategias preventivas y represivas transnacionales, que trasciendan las fronteras de los Estados. Se trata de acontecimientos de por sí muy complejos, en los que se traza una frontera indefinida, en muchos casos imperceptible, entre derecho y no derecho, produciendo una fractura en los ordenamientos jurídicos, una “ruptura de la normalidad”⁹, que pone en peligro su supervivencia y sus principios fundamentales. Tales fenómenos agudizan la crisis de normatividad de la Constitución y las contradicciones entre forma y substancia, modificando el alcance y contenido del concepto de emergencia y favoreciendo una general involución del modelo de Estado de derecho consolidado en las posguerras.

⁸ En este sentido, vid. G. De Vergottini, op. cit., pág. 201.

⁹ En los estados de excepción se produce una ruptura de la normalidad constitucional, que, según P. Cruz Villalón, no se identifica solo con la “estabilidad constitucional” o con la “constitucionalidad” en relación a la fuerza normativa de la Constitución, aunque las comprenda, o las presuponga, sino que se refiere al funcionamiento de los Institutos constitucionales y en definitiva a la idea de “cultura constitucional”. Por lo tanto, atendiendo a esta construcción, “los derechos y la separación de poderes” serían la regla, la normalidad, y la “suspensión de derechos y la concentración de poderes” la excepción. Al respecto, vid. P. Cruz Villalón, «Veinticinco años de normalidad constitucional», *Revista de derecho político*, n. 58-59, 2003-2004, págs. 19-20, e Id., «Normalidad y excepción», *Revista española de derecho constitucional*, año 24, n. 71, 2004, págs. 187-202.

No obstante, es importante tener en cuenta que, al margen de los intentos de calificación formal¹⁰, no existe un criterio objetivo para poder definir a priori y de forma objetiva la excepcionalidad, sino que tales circunstancias pueden ser consideradas como tales solo teniendo en cuenta “las reglas que le(s) son aplicables” y que son “constitutivas del estado de excepción”¹¹. Tales normas, que regulan la denominada emergencia, pretenden defender la Constitución ante todos los peligros graves para la permanencia del Estado o la seguridad y el orden públicos. Es decir, la clasificación de una situación de excepcional sigue siendo remitida a la evaluación discrecional, subjetiva y por tanto política de la autoridad a la que le corresponde intervenir, del “soberano” que “decide sobre el estado de excepción”¹². En tales situaciones se considera que estos objetivos no se pueden alcanzar mediante las vías normales, los mecanismos ordinarios, previstos por la Constitución, sino que su protección requiere de la adopción de medios extraordinarios¹³, de un derecho de excepción.

¹⁰ Parece correcta la clasificación de G. De Vergottini, op. cit., nota 23, págs. 212-213, que distingue entre emergencias ambientales, en las que incluye las calamidades y las crisis económicas, y las que afectan al ordenamiento, que se refieren más bien a los conflictos bélicos, a las eversiones radicales y al terrorismo, los cuales amenazan la comunidad nacional y sus instituciones poniéndolas en peligro.

¹¹ M. Troper (trad. por E. Guillén López), «El estado de excepción no tiene nada de excepcional», Revista de derecho constitucional europeo, n. 27, 2017 (www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/08_TROPER.htm), según quien “(...) Desde el punto de vista jurídico, en efecto, no hay realidad objetiva, ya sea natural o social, sino tan sólo realidades cualificadas por el derecho”. El A. llega a la conclusión de que “(...) Todo estado de excepción se basa, así, sobre una regla que, al menos, es implícita ya que no se trata sino de un instrumento para justificar la concentración del poder en ciertas manos, sin que sea posible que nadie pueda afirmar con algún efecto jurídico que las circunstancias no merecen esta enorme alteración de la distribución del poder ni las restricciones que sufrirán los derechos fundamentales. Por consiguiente, puesto que el derecho se aplica siempre, tanto en períodos de normalidad como en los excepcionales, podemos concluir que existen dos series de reglas de derecho, aplicables a dos tipos de situaciones diferentes, y así el estado de excepción no tiene nada de excepcional”.

¹² C. Schmitt (trad. P. Schiera), *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bolonia, 1998.

¹³ P. Häberle (trad. H. Fierro), *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003, págs. 286-294. Según el A. contribuyen a la “defensa de la Constitución” los siguientes elementos: la protección del contenido esencial o el núcleo de los derechos fundamentales, la prohibición de rupturas o quebrantamientos constitucionales, la limitación de las modificaciones constitucionales y al proceso constituyente, las garantías del “(...) orden fundamental de libertad y democracia para la protección contra ‘los enemigos de la Constitución’”, el “estado de excepción” o la llamada “emergencia de Estado” y, reenviando al art. 20.4 de la Ley Fundamental alemana, el derecho de resistencia “(...) Contra todo

II. El derecho de excepción desde una perspectiva comparada

Como todas las categorías jurídicas, también la excepcionalidad y su dialéctica con la normalidad requieren de un replanteamiento. Cuando se habla de derecho de excepción se hace referencia a un régimen derogatorio de concentración de poderes para afrontar situaciones anómalas, que desestabilizan el normal funcionamiento del Estado y amenazan su supervivencia. Ahora bien, para comprender el alcance de este concepto en la sociedad contemporánea hemos de considerar que la concentración de poderes ya no se realiza solo en el nivel estatal, sino que se produce un reparto de competencias en los distintos espacios de articulación del sistema. De ahí, la necesidad de analizar el derecho de excepción y el consiguiente ejercicio de poderes extraordinarios en las situaciones de anormalidad desde una perspectiva más amplia e integrada¹⁴.

En la UE no existe una política común en sentido estricto en materia de seguridad, que sigue estando formalmente reservada a los Estados, siendo considerada parte imprescindible de la identidad constitucional nacional (arts. 4.2 TUE y 72 TFUE), y la política exterior y de defensa se encuentra en un estadio todavía incipiente (título V del TUE, arts.21-46)¹⁵, sin perspectivas de desarrollo en un tiempo aceptable. Sin embargo, la Unión en estos años ha ido interviniendo de forma transversal en ámbitos directamente relacionados a la seguridad, esto es el caso de la lucha contra el terrorismo (art. 83 TFUE) en el marco de la cooperación judicial en materia penal, la ciberseguridad¹⁶, la política en materia de inmigración y asilo (capítulo 2 del título V del TFUE, arts. 77-80

aquel que se proponga suprimir” dicho orden.

¹⁴ Para un panorama de tales estados en el derecho comparado se permita el reenvío a: V. Faggiani, «Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 17, 2012, págs. 181-232.

¹⁵ Sobre el estado de desarrollo de la PESC, se reenvía a: V. Faggiani, «La sovranità nazionale come limite alla costituzionalizzazione della politica estera e di sicurezza dell'UE», en A. Pérez Miras, E. C. Raffiotta, G. M. Teruel Lozano, F. Vecchio (a cura di), *Sovranità e rappresentanza, Stato, autonomie territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, Vol. 1, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, págs. 265-280.

¹⁶ Entre las últimas medidas adoptadas en este ámbito, v.: Reglamento (UE) n. 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n. 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»), DOUE, n. 151, de 7 de junio de 2019, págs. 15 a 69, DOUE-L-2019-80998.

TFUE) y las crisis sistémicas del Estado de derecho (arts. 2 y 7 TUE). En este sentido, aunque la seguridad sea un ámbito intrínsecamente conexo a la esencia de la soberanía estatal y los Estados sigan mal tolerando injerencias *ab extra*, se ha justificado la acción de la UE por la íntima relación dialéctica con la libertad y por la necesidad de dotar de unidad al sistema.

Ante la ausencia de un marco regulatorio común, los Estados siguen presentando modelos distintos, en los que se observa una fuerte incidencia de las tradiciones constitucionales y de los acontecimientos que han caracterizado su historia. Algunos contemplan expresamente un régimen derogatorio en sus Constituciones; otros, en cambio, prescinden de la previa legitimación del constituyente, recurriendo a las fuentes ordinarias¹⁷. Tampoco se han adoptado criterios y parámetros definitorios comunes ni ha habido una aproximación unitaria al estudio de tales fenómenos.

Entre los Estados del primer grupo, algunos, como Alemania y España, han previsto un verdadero “derecho constitucional de excepción”, “una Constitución de la emergencia”, integrada por un marco normativo (constitucional y legislativo) —por lo menos abstractamente— muy bien ordenado y garantista, no solo con respecto a los supuestos que pueden dar lugar a la excepcionalidad sino también al procedimiento para su proclamación y gestión y a los instrumentos de control y garantía de los derechos¹⁸. A través de la formalización *ex Constitutione*, se pretende contener las consecuencias negativas de tales situaciones, atenuándolas y evitando una concentración de poderes excesiva, que se convierta en arbitrariedad¹⁹.

¹⁷ Según G. De Vergottini, op. Cit., pág. 204, los primeros serían expresión de una forma normalizada de emergencia, de la dirección racionalizadora del constituyente.

¹⁸ M. Troper, op. cit. propone la siguiente clasificación: “(...) En primer lugar podemos distinguir las que sustituyen completamente a la Constitución de la normalidad y aquellas que, como en el caso francés, permiten subsistir y operar, al menos de forma parcial, la constitución ordinaria. Cabe también distinguir: - en función del órgano que adopte las medidas durante los estados excepcionales: el Parlamento, el Jefe del Estado, el Gobierno o un Tribunal. - en función de que el órgano que ejerza los poderes de crisis sea el mismo que ha determinado el estado de excepción, o un órgano diferente; y, en este caso, en función de que se trate de un órgano administrativo o una cámara parlamentaria. - en función de que se hayan previsto o no controles sobre la decisión de decretar el estado de excepción o sobre las medidas excepcionales adoptadas, y según sea la naturaleza de ese control (parlamentario o jurisdiccional);- en función del órgano competente para decretar el fin del estado de excepción”.

¹⁹ Según R. L. Blanco Valdés, op. cit., “(...) Se califica como derecho de excepción al previsto en las Constituciones, y en las leyes que eventualmente vienen a darles desarrollo,

En cambio, otros Países, como Italia, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Dinamarca, Suecia e Irlanda no recogen expresamente a nivel constitucional los estados de emergencia, con la salvedad dela guerra, o se limitan a prever una regulación mínima. Este segundo grupo de Estados sería expresión de una “normativa de excepción innovativa”²⁰ y derogatoria de la Constitución formal, que se concreta en la adopción de una regulación ad hoc por ley o decreto ley para hacer frente a situaciones imprevisibles que ponen en peligro la supervivencia del ordenamiento.

En ambos modelos, sin embargo, el fundamento de dichas medidas se puede encontrar en los principios fundamentales e intereses superiores, reconocidos a nivel constitucional, como la defensa, la seguridad colectiva o la integridad territorial. La existencia de situaciones de crisis, que arriesgan subvertir las estructuras fundamentales del Estado, legitimaría la aplicación de medidas excepcionales, al margen de su reconocimiento expreso a nivel constitucional. Dicho en otros términos, la existencia de un estado de necesidad justificaría la legítima defensa del Estado, a través de la concentración de poderes que en situaciones normales hubiera sido ilegal²¹.

A este propósito, también los Estados, que prevén de forma expresa en sus Constituciones la excepcionalidad, la consideran como una medida de extrema ratio, prefiriendo no instaurar el régimen derogatorio de los estados de excepción. El uso de las fuentes ordinarias les permite mantener una cierta estabilidad: les evita suspender las normas constitucionales aunque solo de forma temporal y a la vez no les impide limitar los derechos fundamentales. Además, las medidas de derecho ordinario, como las leyes o los decretos leyes (una vez con-

con la finalidad de facilitar que los poderes públicos estén en condiciones de hacer frente a situaciones de emergencia política, económica o social”. (pág. 969). “(...) Tal ha sido, de hecho, el objetivo de la constitucionalización del derecho de excepción en los ordenamientos democráticos: tratar de evitar que los poderes públicos que tienen es sus manos limitar en situaciones de emergencia el normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, puedan abusar de un instrumento que permite recurrir a tal limitación con la finalidad esencial de eliminar la situación anormal que la provoca. Por eso, el derecho de excepción, a diferencia del derecho aprobado para las situaciones de normalidad, que constituye la inmensa mayoría del que compone el ordenamiento jurídico de todos los Estados, se prevé en gran medida con la esperanza de que su aplicación no resulte nunca necesaria. El de excepción es, en conclusión, por su naturaleza, un derecho de aplicación transitoria, especial y contingente”. (pág. 970).

²⁰ G. De Vergottini, op. cit., pág. 205.

²¹ *Ibidem*, pág. 219 y ss.

validados), otorgan a la emergencia un carácter de permanencia y continuidad, constituyendo un cauce de normalización. No obstante, independientemente de la regulación en la Constitución o por ley, esto no legitima a los Estados a instaurar una situación de no-derecho. Estos no pueden adoptar medidas que violen de forma sistemática, reiterada y aberrante los derechos humanos fundamentales, como las producidas en la prisión de Guantánamo.

Por todo ello, se puede afirmar que, a pesar de las diferencias formales entre los distintos derechos de excepción, regulados en el ámbito estatal, el elemento sustantivo de límite y conexión sigue siendo representado por la Constitución y por el reenvío explícito o implícito de ésta a los principios fundamentales recogidos en el CEDH, en la CDFUE y en los demás documentos de carácter internacional en materia de protección de los derechos humanos fundamentales ratificados por los Estados de la Unión.

La Constitución, en virtud de su fuerza normativa, que no puede arriesgarse a perder, tiene que poder seguir ejerciendo la función de contrapunto en la garantía de los derechos y el restablecimiento del orden ante los posibles arbitrios procedentes de los poderes públicos. De ahí, el importante papel a nivel nacional de las jurisdicciones ordinarias y constitucionales y en el plano supraestatal de la actividad del TEDH y del TJUE.

Estas constituyen las bases a partir de las que los Estados de la UE deberían empezar a trabajar para construir un modelo europeo de seguridad. Las profundas diferencias o en algunos casos la ausencia de una regulación exhaustiva sobre los estados de excepción debilitan a la Unión Europea en su conjunto, puesto que en las sociedades contemporáneas hay emergencias, que requieren de una actuación coordinada entre la UE y sus Estados miembros.

Es por todo esto que para defender la democracia y la Constitución es necesario dotarse de un sistema basado en un conjunto de estándares comunes, tanto sustantivos como procesales, de alcance europeo. Un “derecho de excepción” o una “Constitución de la emergencia”²² de alcance europeo permitiría:

²² La expresión “Constitución de la emergencia” ha sido acuñada por B. Ackerman (coord. por A. Ferrara y traducido por E. Ferrara), *La Costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Meltemi, Roma, 2005. Al respecto, v. también: Id., «The emergency Constitution», *The Yale law journal*, vol. 113, n. 5, 2004, págs. 1029-1091; M. Tushnet, «The political constitution of emergency powers: parliamentary and separation of powers regulation», *International Journal of Law in Context*, vol. 3, n. 4, 2008, págs. 275-288; G. Agamben, *Lo stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003; G. De Vergottini, «Necessità, costituzione materiale e

responder rápidamente a aquel conjunto de situaciones que determinan una fractura en el orden jurídico, poniendo en peligro su permanencia y los principios fundamentales de las Constituciones democráticas; imponer límites a un ejercicio unilateral y arbitrario del poder en detrimento de los derechos y libertades fundamentales de las personas; establecer un marco mínimo para una tutela uniforme y la adopción de medidas para una intervención conjunta de la UE y, de camino, reforzar la legitimación y el sentido de Estado de la UE, como Comunidad de Derecho, que de esta forma actuaría unida para la salvaguardia de los intereses fundamentales de sus Estados miembros.

III. La regulación de la excepcionalidad en el ordenamiento español. Un posible referente para la UE

3.1. Los estados de excepción ex art. 116 CE

El punto de partida para la construcción de un derecho de excepción común a nivel europeo se halla no solo en los valores comunes a los Estados de la UE sino que podría ser muy útil inspirarse en algunos modelos estatales, como el sistema español. España cuenta con un “derecho de excepción”, es decir una regulación derogatoria de las situaciones calificables de excepcionales, integrada por un conjunto de disposiciones constitucionales y por un marco legislativo de desarrollo²³, con el que se pretende hacer frente a las nuevas amenazas a la disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati», *Diritto e Società*, 1994, págs. 217-260.

²³ En la STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, FJ 10, se ha aclarado que la decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma integra, sumándose a la Constitución y a la LO 4/1981 (Ley Orgánica N° 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, BOE, de 5 de Junio de 1981), el sistema de fuentes del derecho de excepción, y desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, pudiendo alterar (“excepcionar, modificar o condicionar”) la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley. Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en el ordenamiento español como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Por lo tanto, asume un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables, cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma. Igualmente, la condición de decisión con rango o valor de ley ha de atribuirse, pese a la forma que reviste, a la de-

seguridad colectiva en todas sus declinaciones, sin perjudicar de forma excesiva el contenido de los derechos fundamentales que podrían ser vulnerados.

La Constitución española prevé un régimen de tales estados y de sus efectos bien ordenado, basado en los arts. 116 y 55 CE, por un lado, y 155 CE por otro²⁴. El art. 116 CE constitucionaliza la excepcionalidad, distinguiendo tres supuestos, dependiendo del nivel de intensidad: alarma, excepción y sitio. Estos estados, según proceda, serán declarados “(...) cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes”²⁵, al fin de restablecer la situación quo ante en todo o en parte del territorio.

El estado de alarma abarca el conjunto de situaciones en las que se produce una alteración grave como es el caso de las catástrofes naturales, las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves, la paralización de los servicios públicos y las situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. El estado de excepción pretende hacer frente a las “crisis de orden público” y el estado de sitio, que es el más grave, a las “crisis del Estado” provocadas por insurrecciones violentas por parte de grupos armados que pongan en peligro la soberanía del Estado o el orden constitucional²⁶.

A continuación, el art. 116 CE identifica los órganos competentes para la declaración de tales estados, el procedimiento, la forma y el contenido necesario (ámbito territorial, duración y efectos) de los actos pertinentes y una serie de garantías comunes²⁷. El art. 169 CE completa dicho marco, prohibiendo la re-

cisión gubernamental de prórroga, que se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización.

²⁴ Sobre los estados de excepción en España, vid. F. Fernández Segado, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», cit.; P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984. Para un comentario actualizado se reenvía a: R. L. Blanco Valdés, op. cit.; y J. C. Duque Villanueva, «Artículo 116», en P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Vol. 2 (art. 97 a disposición final), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1645-1655.

²⁵ Art. 1, LO 4/1981.

²⁶ P. Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, II.ª ed., CEPC, Madrid, 2006, págs. 346-349.

²⁷ Entre las garantías comunes a los tres estados el art. 116.5 y 6 prevé que durante su vigencia no procede la disolución del Congreso, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieran en periodo de sesiones, ni podrá interrumpirse su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado. Si se produjera alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados tras la disolución

forma constitucional en tiempos de guerra o durante su vigencia, aunque no impide que se lleve a cabo una revisión empezada anteriormente. La LO 4/1981, de 1 de junio, adoptada tras el fallido golpe de estado del 23 de febrero de 1981 por algunos mandos militares en España, desarrolla la regulación de estas tres situaciones de excepcionalidad.

En cuanto a sus efectos, la proclamación del estado de excepción y de sitio ex art. 116 CE legitima de forma temporal la suspensión colectiva, con eficacia erga omnes, de determinados derechos fundamentales, especificados en el art. 55.1 CE²⁸. En cambio, durante el estado de alarma no se puede suspender ningún derecho fundamental, aunque se permite la adopción de medidas que pueden limitar su ejercicio.

Por otra parte, en lo que concierne a la aplicación de este régimen derogatorio, se observa que, en la práctica, España, como los demás Estados de la UE, ha intentado evitar instaurar los estados de excepción previstos en el art. 116 CE. De hecho, este país ha declarado solo la existencia del estado de alarma y lo ha hecho únicamente en dos ocasiones: la primera ha sido a través del real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se ordenó el cierre del espacio aéreo²⁹ y la segunda a través del real decreto 463/2020, de 14 de marzo, para ges-

del Congreso o la expiración de su mandato, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente. Y por último, se establece que la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

²⁸ Atendiendo al art. 55.1 CE, pueden ser suspendidos de forma colectiva en los estados de excepción y sitio ex art. 116 CE los siguientes derechos: el derecho a la libertad y a la seguridad y la duración máxima de la detención preventiva (art. 17 CE). En cambio, las garantías del detenido (art. 17.3 CE) solo pueden ser suspendidas durante el estado de sitio. Asimismo, se puede suspender la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE), la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE), la libertad de expresión en sentido estricto y de información y la prohibición de secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información salvo por resolución judicial (art. 20.1.a y d y 20.5 CE), el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE) y el derecho de los trabajadores y empresarios de adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Y a continuación, el art. 55.2 CE establece que pueden ser suspendidos de forma individual los siguientes derechos de las personas relacionadas con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas: el periodo máximo de detención preventiva, es decir el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso no más de 72 horas (art. 17.2 CE) y la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE).

²⁹ Vid. el real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de

tionar la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19³⁰. En el primer supuesto el estado de alarma fue proclamado por la necesidad de recuperar la normalidad en la prestación de un servicio público considerado “esencial para la sociedad” y restablecer los derechos fundamentales de los ciudadanos. La huelga de los controladores de tránsito aéreo de los Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) paralizó un servicio esencial. La imposibilidad de ejercer el derecho fundamental a la libre circulación de todos los españoles en el territorio nacional (art. 19 CE) y a la libertad, seguridad y continuidad del tráfico originó un gravísimo perjuicio a los propios ciudadanos y a las compañías aéreas.

Y en el segundo se proclamó la emergencia para hacer frente a la situación derivada del brote de coronavirus covid-19. En este caso, “(...) la rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requ[erían] la adopción de medidas inmediatas y eficaces para” contrarrestar “(...) una crisis sanitaria sin precedentes”, “(...) una situación grave y excepcional”, “(...) y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos”. Tales medidas se encuadrarían “(...) en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el

alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, n. 295, de 4 de diciembre de 2010, y la resolución de 16 de diciembre de 2010, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, BOE, n. 307, de 18 de diciembre de 2010. Al respecto, v. J.F. Higuera Guimerá, «Los estados de alarma, excepción y sitio, y el código penal militar de 1985. Estudio del real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma; y de la resolución de 16 de diciembre de 2010, del Congreso de los Diputados, autorizando su prórroga: La posible inconstitucionalidad de ambos», *Revista General de Derecho Penal*, n. 15, 2011, págs. 1-65; C. Vidal Prado y D. Delgado Ramos, «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 92, 2011, págs. 243-265; Secretaría General del Congreso de los Diputados, «Informe de la Secretaría General el Congreso de los Diputados sobre el funcionamiento de las Cámaras durante la vigencia del estado de alarma», *Revista de las Cortes Generales*, n. 80, 2010, págs. 247-262.

³⁰ Vid. real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria, BOE, n. 67, de 14 de marzo de 2020; y real decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el real decreto 463/2020, de 14 de marzo, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, BOE, n. 86, de 28 de marzo de 2020.

sistema de salud pública”, mitigando “(...) el impacto sanitario, social y económico”³¹.

Y por último, con respecto a la supervisión de los poderes públicos en los estados de excepción, el mismo TC en la sentencia n. 83/2016, en la que se ha pronunciado sobre el estado de alarma proclamado en 2010, ha reiterado la importancia, por un lado, de los mecanismos de justicia ordinaria y, por otro, del control de constitucionalidad y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, para comprobar que las medidas adoptadas para hacer frente a situaciones de particular gravedad no sean contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento. En concreto, en este pronunciamiento se ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por los controladores aéreos contra las resoluciones judiciales que inadmitieron el recurso contencioso-administrativo, que tenía por objeto los reales decretos 1673/2010, de 4 de diciembre, y 1717/2010, de 17 de diciembre, considerando que estas medidas no habían vulnerado el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), al resultar aquéllos excluidos, en razón de su valor o rango de ley, del ámbito de fiscalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3.2. La constitucionalización del terrorismo como supuesto autónomo en el art. 55.2 CE

Junto a la previsión de los tres niveles de excepcionalidad recogidos en el art. 116 CE, el art. 55.2 CE³² constitucionaliza la lucha contra la actuación de bandas

³¹ Real Decreto 463/2020, cit., Introducción.

³² F. Fernández Segado, «La suspensión de garantías constitucionales en la nueva Constitución española», cit., pág. 312, interpreta positivamente la inclusión del terrorismo en la Constitución aunque hace hincapié en la necesidad de que sea circundado por las debidas garantías, considerando al respecto que “(...) Nos encontramos con un precepto auténticamente nuevo en nuestro Derecho constitucional, e incluso nos atrevemos a decir que en el Derecho constitucional comparado. Su finalidad obvia es proporcionar al ejecutivo un instrumento eficaz de defensa frente al terrorismo que le permita, sin necesidad de recurrir a la declaración de un estado excepcional, restringir los derechos de personas presuntamente relacionadas con bandas armadas o grupos terroristas. Evidentemente, la constitucionalización de una suspensión de derechos parcial, en cuanto a las personas objeto de la misma, exige que la ley orgánica que desarrolle esta peliaguda cuestión establezca una serie de garantías adicionales lo suficientemente sólidas como para que el recurso a una suspensión de esta índole no sea una vía conducente a un perma-

armadas o elementos terroristas, que adquiere un valor autónomo. Al respecto, es importante considerar que la constante amenaza del terrorismo habría desarrollado, como hace notar Carrasco Durán, un tercer estado, intermedio entre el estado de normalidad y los estados de excepción³³. Este “estado de tensión”³⁴ habría alterado el normal desarrollo de la vida y de las relaciones a nivel global. El miedo a que los terroristas podrían atacar cualquier lugar en cualquier momento produce una situación de inseguridad generalizada aunque no consigue desestabilizar las estructuras básicas del sistema constitucional. Por todo esto, si bien provoque una situación de extrema gravedad, que justifica la adopción por parte del Estado de medidas limitativas de determinados derechos fundamentales, no permitiría la instauración de los estados de excepción. Aun así, no se puede soslayar que dichas medidas limitativas pueden tener una incidencia mucho mayor que las previstas para los estados de excepción porque la lucha contra el terrorismo suele comportar el incremento del número y de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales.

En lo que concierne de forma particular a la oportunidad de incorporar este supuesto en el texto constitucional, es importante considerar que en España el terrorismo, antes interno y luego internacional, ha constituido una amenaza

nente, indiscriminado y arbitrario estado excepcional. Bien es cierto, en cualquier caso, que la evidente ofensiva terrorista de nuestros días, generalizada en Europa y con especial incidencia en nuestro país, justifica en cierto modo una disposición tan polémica como la que acabamos de mencionar”.

³³ Según M. Carrasco Durán, «Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 27, 2017 (www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/01_CARRASCO.htm), considera que “(...) debe señalarse que las medidas antiterroristas escapan de la clásica categorización entre estado de normalidad y estados de excepción. El estándar descrito configura un modelo intermedio entre el régimen jurídico aplicable en condiciones de normalidad y el de los estados de excepción que, salvo el caso de España, no encuentra acogida expresa en las Constituciones”. Por esto según el A. “(...) no corresponde a la Constitución articular soluciones a los problemas derivados del fenómeno terrorista, sino a las instituciones del sistema político organizado por aquélla”. De hecho, son muy escasas las Constituciones que recogen este supuesto. Para un examen más desarrollado del rol que la Constitución puede jugar en la lucha contra el terrorismo, v. Id., «Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de Septiembre de 2001», en F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, págs. 13-56.

³⁴ Al respecto, v. M. Rosenfeld, «¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión», *ARI*, n. 109, 2005.

permanente. Desde los ataques de ETA de los años '70 a los atentados de Madrid en Atocha, perpetrados por Al Quaida en 2004, y los de matriz yihadista de Barcelona de 2017, este país se ha encontrado en una situación de riesgo permanente. De ahí, la necesidad de reflejar en la Ley Fundamental la preocupación por un fenómeno capaz de subvertir el modelo de Estado democrático de derecho.

La recepción a nivel constitucional del terrorismo lo convierte en parámetro de constitucionalidad y base para la adopción de la legislación de emergencia en este ámbito. Esto permite limitar la respuesta del Estado, puesto que la tutela de la seguridad no puede realizarse a costa del núcleo esencial de los derechos fundamentales³⁵. Y por último, de tal forma, se instituye un supuesto de excepcionalidad autónomo, que evita la instauración de los tres estados de excepción ex art. 116 CE y por consiguiente la imposición de suspensiones erga omnes de determinados derechos fundamentales. Solo se admiten suspensiones individuales en los casos especificados en el art. 55.2 CE. La previsión de tales garantías, por lo tanto, concede una protección adicional, poniendo unos límites expresos a la actuación de los poderes públicos. Esto merece sin duda una evaluación positiva, puesto que las Constituciones con la excepción de la española no suelen especificar los derechos que podrían verse afectados.

La diferencia entre la suspensión de los derechos fundamentales en la excepcionalidad y las limitaciones que el legislador puede introducir en situaciones de normalidad se halla en el grado de afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales, pudiéndose prescindir en cierta medida y de forma transitoria de esta garantía en el primer supuesto (art. 53.1 CE). Sin embargo, el hecho de que en dichas situaciones extra ordinem los Estados estén legitimados para rebajar el estándar de protección de los derechos contemplados en el art. 55 CE no significa que estos estén autorizados para suprimir o anular el núcleo mínimo de tales derechos ni para adoptar medidas que violen los demás derechos no incluidos en dicho catálogo³⁶.

³⁵ En este sentido, v. E. Guillén López, «Seguridad, Constitución y lucha contra el terrorismo: una perspectiva de derecho constitucional europeo», en F. Balaguer Callejón y J. Tudela Aranda (coords.), *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2019, págs. 93-112, quien también considera positivamente la recepción del terrorismo a nivel constitucional como supuesto autónomo de excepcionalidad.

³⁶ En este sentido, vid. P. Requejo Rodríguez, «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de derecho político*, n. 51, 2001, págs. 105-138, según quien

A continuación, el art. 55 CE prevé que una ley orgánica especificará la forma y los casos en los que se pueden practicar suspensiones individuales de los derechos, y se supedita su realización a “(...) la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario”. Y por último, establece que “(...) La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”³⁷. En este sentido, las garantías constitucionales constituyen límites que el poder público no puede sobrepasar³⁸.

Al respecto, es interesante observar que España³⁹, aunque no haya adoptado un régimen procesal especial aplicable a los delitos de terrorismo, cuenta con normas específicas, recogidas en la ley de enjuiciamiento criminal (LeCrim). La elección del legislador no está exenta de críticas, llevando a una evidente “contradicción”, es decir se ha mantenido el terrorismo en el ámbito del derecho común, regulando los elementos constitutivos de este supuesto típico delictivo en el código penal⁴⁰ y los aspectos procedimentales en la LeCrimpero a la vez

“(...) La suspensión de los derechos no puede ser entendida como una desaparición absoluta de los mismos, aunque sea temporalmente limitada”. “(...) Mientras dura la excepcionalidad se permite una intervención de los poderes públicos de mayor calado, por lo que las garantías que de ordinario disfruta el derecho sufren una ‘rebaja’ considerable”. (pág. 111). La suspensión viene a establecer “(...) un nuevo régimen jurídico de los derechos más restrictivo que el común, que podrá ser activado por el decreto o el acto con fuerza de ley que declare el estado excepcional y que habrá de ser puesto en práctica por otros poderes públicos”. (pág. 112).

³⁷ Con respecto al desarrollo del art. 55.2 CE, vid. la LO 11/1980 (BOE, n. 289, de 2 de diciembre de 1980), derogada por la LO 9/1984 (BOE, n. 3, de 3 de enero de 1985), a su vez derogada por la LO 3/1988 (BOE, n. 126, de 26 de mayo de 1988). El legislador optó por introducir la correspondiente regulación en la LeCrim por la LO 4/1988 (BOE, n. 126, de 26 de mayo de 1988), modificada posteriormente por la LO 13/2015 (BOE, n. 239, de 6 de octubre de 2015).

³⁸ T. Salvador Vives Antón, «Garantías constitucionales y terrorismo», en A. Alonso Rimo, M^a. L. Cuerda Arnau y A. Fernández Hernández, Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 27-34.

³⁹ Según M. Carrasco Durán, «Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada», cit., España pertenecería junto a Francia y Alemania, aunque con distinta intensidad, al “modelo de poderes policiales”, Estados Unidos se incluiría en el “modelo del terrorismo de guerra” y el Reino Unido en el “modelo del estado de excepción”.

⁴⁰ Atendiendo al art. 573 C.P., tal y como ha sido modificado por la LO 2/2015, BOE, n. 77, de 31 de marzo de 2015, el delito de terrorismo consiste en la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la

se han incluido un conjunto de “especialidades”, que crean un “sub-sistema penal”⁴¹. La regulación en la legislación ordinaria de los principales aspectos del terrorismo y de las excepciones que se pueden establecer por la gravedad de tales crímenes ha contribuido a formalizar la ruptura, la crisis del ordenamiento, que produce, normalizando la gestión de esta amenaza y perpetuando su vigencia⁴².

La normativa en materia de terrorismo en la parte relativa a la suspensión individual de las garantías ha sido reformada por la LO 13/2015, por la que se ha transpuesto la directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales⁴³. Dicha reforma ha modificado el régimen de la incomunicación, que siempre ha constituido uno de los aspectos más controvertidos por la lesión de los derechos fundamentales que conlleva.

Atendiendo al art. 509 LeCrim, tal y como ha sido reformulado por la LO 13/2015, la detención o prisión incomunicada puede ser acordada excepcionalmente por el juez de instrucción o tribunal, mediante resolución motivada, cuando exista la “(...) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona”, o se requiera “(...) una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”. La incomunicación puede comportar, sí así lo justifican las circunstancias del caso, la “privación” de determinados derechos procesales íntimamente relacionados al derecho de defensa como el derecho a designar un abogado de confianza⁴⁴, el derecho a comunicarse

salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; alterar gravemente la paz pública; desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

⁴¹ G. Quintero Olivares, «El terrorismo como cuestión jurídica presente y futura», en V. M. Moreno Catena y A. Arnaiz Serrano (dirs.), *El Estado de Derecho a prueba: Seguridad, libertad y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 15-26.

⁴² Para un análisis detallado de esta cuestión, v. I. Riaño Brun, «Derechos y garantías en el marco de la investigación por un delito de terrorismo», *Revista General de Derecho Procesal*, n. 43, 2017, págs. 1-47.

⁴³ DOUE, de 6 de noviembre de 2013, L 294/1.

⁴⁴ En este caso la normativa española garantiza un nivel de protección superior respecto

con las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense, el derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado y el derecho de acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención (art. 527.1 LeCrim).

Junto a los derechos que pueden sufrir restricciones/privaciones, como contrapartida, el legislador ha previsto también una serie de garantías relativas a la extensión temporal de la incomunicación, al tipo de resolución con la que se puede decretar y a la supervisión de dicha medida. La incomunicación tiene que durar “(...) el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros” antes mencionados, no pudiéndose extender más allá de cinco días. En el supuesto de actuaciones de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes (art. 384 bis LeCrim) u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días (art. 509 LeCrim).

La incomunicación o la excepción de uno de los derechos especificados en el art. 527.1 LeCrim serán acordadas por auto, en el que deberán motivarse las razones que justifican la adopción de las derogaciones al régimen general. Además, el juez tendrá que pronunciarse sobre la solicitud así como sobre la perte-

a la normativa europea, que en la directiva 2013/48/UE establece una excepción temporal no simplemente al derecho a designar a un abogado de confianza sino al derecho a la asistencia de letrado en la fase de instrucción. Al respecto, el considerando n. 31 de la directiva 2013/48/UE prevé que “(...) Los Estados miembros pueden establecer una excepción temporal al derecho a la asistencia de letrado en la fase de instrucción, cuando exista una necesidad urgente, con el fin de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona. Durante la vigencia de una excepción temporal por este motivo, las autoridades competentes pueden interrogar a un sospechoso o acusado sin la presencia del letrado, a condición de que se haya informado al sospechoso o acusado de su derecho a guardar silencio, de que pueda ejercer ese derecho y de que el interrogatorio no menoscabe los derechos de la defensa, incluida la protección frente a la autoinculpación. Únicamente puede efectuarse el interrogatorio con el objetivo y en la medida necesaria para obtener información que resulte indispensable a fin de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona. En principio, el recurso abusivo a esta excepción supondría un perjuicio irremediable para los derechos de la defensa”. Y en los mismos términos, se expresa el art. 3.3 de la presente directiva. Sobre esta cuestión, v. I. Riaño Brun, op. cit., pág. 16. En relación a las excepciones contenidas en los dos paquetes de directivas UE sobre derechos procesales, vid. V. Faggiani, Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 212-218.

nencia de disponer el secreto de las actuaciones en el plazo máximo de veinticuatro horas desde la solicitud de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal. Y por último, se prevé que “(...) el juez controlará efectivamente las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, a cuyo efecto podrá requerir información a fin de constatar el estado del detenido o preso y el respeto a sus derechos” (art. 517.2 LeCrim). La previsión de garantías merece una evaluación sin duda positiva, puesto que también la amenaza del terrorismo requiere una respuesta desde el garantismo y desde los principios básicos del Estado de derecho.

3.3. La cláusula de coerción estatal ex art. 155 CE como remedio ante las alteraciones extra ordinem del modelo de distribución territorial del poder

Y por último, en el derecho constitucional de excepción se puede incluir también la cláusula contemplada en el art. 155 CE. Se trata de una vía específica de coerción estatal directa⁴⁵, prevista para afrontar incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados, un “(...) régimen excepcional alternativo al modelo ordinario de distribución territorial del poder”⁴⁶. Dicho artículo fue utilizado por primera vez para hacer frente a la crisis político-territorial de Cataluña, mediante acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017⁴⁷.

El art. 155 CE constituye junto al art. 116 CE un mecanismo dirigido a salvaguardar el sistema constitucional, a través de la solución del conflicto. Se trata de un remedio excepcional, de extrema ratio y temporal. Es un procedimiento excepcional porque solo puede activarse en circunstancias extraordinarias. Se concibe además como un instrumento de extrema ratio, es decir de carácter subsidiario, porque representa un “último recurso”, cuya aplicación exige bien que las vías ordinarias de control hayan resultado insuficientes, bien que así se aprecie indubitadamente que lo fueran a ser, atendiendo a la naturaleza de la contravención, de la actitud manifiesta de las autoridades autonómicas, o de ambas consideraciones. Y finalmente, su duración es temporal, es decir tiene que ser limitada en el tiempo.

⁴⁵ STC 89/2019, FJ 4.

⁴⁶ Al respecto, vid. J. Urías Martínez, «El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional», *Revista catalana de dret públic*, n. extra 2, 2019, págs. 101-114.

⁴⁷ Resolución de 27 de octubre de 2017 de la Presidencia del Senado por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Senado por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del artículo 155 de la Constitución, BOE, n. 260, de 27 de octubre de 2017.

La cláusula de coerción estatal puede ser aplicada cuando se esté ante el incumplimiento por parte de una Comunidad Autónoma (CA) de la Constitución, el Estatuto de Autonomía u otras leyes o cuando se realice una actuación que atente gravemente al interés general de España con el fin de “(...) restablecer el orden constitucional y, con él, el normal funcionamiento institucional de la Comunidad Autónoma en el seno de dicho orden”⁴⁸.

La activación de este mecanismo de solución política produce una concentración de poderes y la consiguiente alteración de la distribución de competencias a favor del Estado central que se sustituye a la(s) Comunidad(es) Autónoma(s) incumplidora(s). Esta norma en modo alguno puede dar lugar a la suspensión⁴⁹ indefinida de la autonomía y, aún menos, a la supresión institucional de la misma CA, como corporación pública de base territorial y naturaleza política, ni consentiría limitar o excepcionar los derechos fundamentales.

No cabe la supresión de la CA porque esta subsiste como tal durante la intervención coercitiva, aun cuando sean los órganos estatales los que, a ciertos efectos, decidan por ella. Además, en el desempeño de las funciones de sustitución el Gobierno o las autoridades, que pudiera llegar a designar, quedarían

⁴⁸ STC 89/2019, de 2 de julio, FJ 4.

⁴⁹ En tal sentido, vid. T. Freixes Sanjuán, «El artículo 155 de la Constitución y su aplicación a Cataluña», en VV.AA., *El artículo 155 de la Constitución*. XXIV. Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 2019, págs. 13-51, según quien “(...) Algunos afirman equivocadamente que el art. 155 CE permite la “suspensión de la autonomía”, cuando ello no es así”. Este artículo, que contiene una cláusula de naturaleza procedimental, regula el procedimiento que permite habilitar los instrumentos de coerción estatal/federal, en virtud de los que determinadas competencias o atribuciones, identificadas en la propuesta del Gobierno y aceptadas por el Senado por mayoría absoluta, dejan de ser ejercitadas por las autoridades de la CA y pasan a serlo directamente por las autoridades centrales o establecen mecanismos para que las autoridades autonómicas cumplan forzosamente con la legalidad (pág. 19). En la misma obra F.J. García Roca, «Diez tesis sobre la intervención extraordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas (artículo 155 CE) tras su aplicación en Cataluña», págs. 173-239, considera al respecto que: “(...) hasta ahora siempre habíamos pensado que estaba en la Constitución para no tener que ser usado, al modo de una admonición final: una espada de Damocles o severa advertencia para los enemigos de la Constitución. Finalmente ha habido que utilizarlo ante una grave emergencia” (pág. 175). “(...) La aplicación del artículo 155 es una decisión soberana” del Estado. “(...) Este instrumento de control no es una cláusula de plenos poderes, una dictadura comisaria, sino una intervención limitada en el tiempo y las medidas”. Su aplicación por primera vez en Cataluña no ha sido una intervención de mínimos, dada la amenaza secesionista, que entrañaba una ruptura con el Estado de Derecho, un intento de “(...) destrucción de la Constitución (...) y de la unidad del Estado”. (pág. 177).

siempre sujetos al deber de observar un comportamiento leal con la CA así intervenida. Sin embargo, se puede constreñir o limitar la autonomía que la Constitución garantiza a las CCAA por medio de sus respectivos Estatutos.

Por consiguiente, se puede afirmar que el art. 155 CE “(...) no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar la validez y eficacia de la Constitución en aquellos supuestos en los que sea manifiesto que sólo a través de esta vía es posible restaurar el orden constitucional”⁵⁰. La finalidad última de este precepto es restablecer el orden constitucional y, con él, el normal funcionamiento institucional de la CA en el seno de dicho orden. Por ello, las “medidas necesarias”, que el precepto permite aprobar, han de responder al objetivo de obligar a la CA a cumplir con las obligaciones constitucionales y legales, y de preservar o proteger el mencionado interés general contra el que se ha atentado.

Además, no se puede soslayar que el acuerdo del Senado puede ser impugnado ante el TC por las vías del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad. De hecho, el TC ha avalado la aplicación del art. 155 CE en Cataluña en las sentencias n. 89 y 90/2019, del 2 de julio, en las que por primera vez ha analizado el sentido y el alcance de este precepto.

La activación del art. 155 CE exige el cumplimiento de dos requisitos procedimentales: el previo requerimiento del Gobierno al Presidente de la CA para que cese en el incumplimiento de las obligaciones constitucionales o legales, o en la actuación contraria al interés general; y, en el caso de que el requerimiento no fuese atendido, la aprobación por el Senado, por mayoría absoluta, de las medidas coercitivas que estime oportunas a partir de la previa propuesta del Gobierno.

El art. 155 CE no especifica “las medidas necesarias” para restablecer el orden, es decir cómo la coerción estatal puede materializarse. Sin embargo, de esto se puede deducir que las medidas que se adopten en cada caso dependerán de la gravedad del incumplimiento o del atentado al interés general. De tal forma, se concede a los órganos constitucionales llamados a su aplicación un margen de discrecionalidad, dependiendo del alcance y la intensidad de tales medidas y de la situación que se trata de afrontar.

La adopción de “medidas necesarias” no se concreta en la imposición de “obligaciones de hacer” a la Comunidad Autónoma, ni en la potestad de impartir instrucciones atendiendo al art. 155.2 CE. Estas últimas constituyen un “excep-

⁵⁰ STC 89/2019, FJ 4.

cional instrumento jerárquico”, previsto en la propia Constitución y puesto a disposición del Gobierno, para conseguir ejecutar las “medidas necesarias”. En cambio, se pueden adoptar medidas de carácter sustitutivo a través de las que la Cámara apodere al Gobierno para subrogarse en actuaciones o funciones de competencia autonómica u ocupar el lugar, previo desplazamiento institucional, de determinados órganos de la CA.

IV. Algunas observaciones sobre la necesidad de un derecho de excepción europeo

En la sociedad contemporánea caracterizada por un estado de tensión constante es cada vez más urgente y necesaria la adopción de un derecho de excepción común, es decir la elaboración de estrategias preventivas y represivas a escala europea, que trasciendan las fronteras de los Estados y fijen límites para los poderes públicos en aras de la protección de los derechos fundamentales en las situaciones extra ordinem.

A los tradicionales estados de excepción provocados por emergencias temporáneas (guerras, catástrofes naturales etc.) se han añadido nuevas amenazas permanentes contra la seguridad y las estructuras y valores esenciales del Estado, como el terrorismo, la *rule of lawbacksliding*⁵¹, es decir el proceso de involución o retroceso del modelo de Estado de derecho, y más recientemente la pandemia sanitaria derivada del Covid-19. El incremento de supuestos de excepcionalidad ha hecho esta categoría aún más heterogénea, produciendo una mayor fragmentación por la dificultad de individualizar cuándo existe de verdad una situación de emergencia y establecer las garantías pertinentes.

La respuesta ha sido la proliferación de normativas sectoriales, tanto estatales como europeas. Tales medidas, sin embargo, están contribuyendo a nor-

⁵¹ Sobre la *rule of lawbacksliding* en la UE, v. V. Faggiani, «La “rule of lawbacksliding” como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE», *Revista española de derecho europeo*, n. 71, 2019, págs. 57-99. Sobre las técnicas implementadas por Polonia y Hungría, v. también D. Kochenov y P. Bard, «Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement», *Reconnect Working Papers*, n. 1, 2018, págs. 1-28; G. Halmi, «How the EU can and should cope with illiberal Member States», *Quadernicostituzionali*, n. 2, 2018, págs. 313-340; A. Von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, G. Rugge, M. Schmidt, M. Taborowski, «Un possibile “momentocostituzionale” per lo Stato di dirittoeuropeo: iconfiniinvalicabili», *Quadernicostituzionali*, n. 4, 2018, págs. 855-878.

malizar la excepcionalidad, produciendo, en algunos casos, graves injerencias en los derechos fundamentales. De ahí, la necesidad de adoptar un modelo común descentralizado, que permita elaborar respuestas compartidas desde el garantismo, a través de un reparto de competencias equitativo entre los distintos espacios de articulación del sistema. Se trata de un proceso circular.

Actualmente la UE no dispone de un derecho de excepción en sentido estricto, por esto los Estados miembros siguen contando con un régimen derogatorio propio, recogido en sus Constituciones o regulado en la legislación de urgencia. Las diferencias entre los distintos Países siguen siendo muy profundas. En este proceso *in itinere* se puede evaluar positivamente la regulación por parte de la UE de un conjunto de sectores estratégicos, directamente relacionados a la seguridad, con el fin de asegurar una gestión conjunta y más coordinada de las nuevas emergencias y un control de los poderes para que no se sobrepase el umbral de tolerancia en detrimento de los derechos fundamentales.

Y en la misma línea, también el TJUE está desarrollando una importante función de límite para el ejercicio de los poderes en la excepcionalidad y de garante de los valores europeos comunes, que deberían ser respetados por todos los Estados de la UE porque constituyen la base de esta Comunidad. Su intervención en la crisis del Estado de derecho en Polonia nos ofrece una confirmación en este sentido. Tanto la exhortación en el asunto L.M.⁵² a cumplir con el

⁵² STJUE (Gran Sala), de 25 de julio de 2018, asunto C 216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality v. L.M.*, ECLI:EU:C:2018:586. Con respecto a esta sentencia se permita el reenvío a: V. Faggiani, «Le crisi sistemiche dello Stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria in materia penale», *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2019, págs. 195-228. En este pronunciamiento el Tribunal de Luxemburgo utiliza el nexo “independencia-tutela judicial efectiva-Estado de derecho” para intervenir directamente en la crisis polaca, denunciando las carencias sistémicas de este país. La decisión del TJUE es sin duda positiva. En este asunto la independencia judicial se ha convertido en el parámetro atendiendo al cual evaluar la existencia de un riesgo concreto de lesión ya no de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 4 de la Carta), como en el caso *Aranyosi* (STJUE, de 5 de abril de 2016, asunto C-404/15, *Aranyosi y Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198), sino del derecho a un proceso equitativo (art. 47 de la Carta). La introducción de un nuevo motivo absoluto de rechazo del principio de reconocimiento mutuo en este momento hubiera sido una reacción desproporcionada, que hubiera bloqueado cualquier tipo de cooperación y diálogo. En cambio, la formulación por parte del TJUE de una excepción facultativa, es decir de límites ulteriores a la confianza recíproca y, por lo tanto, a la ejecución de una orden europea de detención, a través de la suspensión de la decisión marco “en un caso concreto”, aunque requiera de mucha cautela, no marca necesariamente el declive del reconocimiento mutuo.

derecho de la UE, puesto que, de lo contrario, este país podría ser excluido del sistema europeo de cooperación judicial en materia penal, como el requerimiento de suspender la ley de reforma del Tribunal Supremo⁵³ por violación de la independencia judicial, al que siguió la sentencia en la cual se constató el incumplimiento de este país⁵⁴, parecen ser más eficaces que los mecanismos políticos, como el diálogo estructurado (“pre-artículo 7 TUE”)⁵⁵ y el intento de aplicar por primera vez el art. 7.1 TUE⁵⁶.

Y por último, podrían constituir un referente para la construcción de un modelo común de gestión de la seguridad algunas experiencias nacionales. España podría representar un buen ejemplo en este sentido, al disponer de un marco constitucional y legislativo ordenado y garantista, no solo con respecto a los supuestos que pueden dar lugar a los estados de excepción, sino también al procedimiento y a los instrumentos de control y garantía de los derechos.

Ante todo, la formalización en la Constitución de la excepcionalidad está funcionalmente orientada a contener las consecuencias negativas de tales situa-

⁵³ TJUE, auto de la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia, asunto Comisión/Polonia, C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:852.

⁵⁴ En la STJUE (Gran Sala), de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18, Comisión Europea c. Polonia, ECLI:EU:C:2019:531, aps. 57 y 58, se ha constatado el incumplimiento por parte de este Estado de las obligaciones que le incumben en virtud del art. 19 TUE, ap. 1, párr. 2, al prever, por un lado, la aplicación de la medida de reducción de 70 a 65 años de la edad de jubilación de los jueces del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) a los jueces de ese Tribunal en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018; y al atribuir al Presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación. Según el TJUE, para que un órgano como el TS pueda garantizar dicha tutela, resulta primordial preservar su independencia (art. 47.2 de la Carta). Esta garantía está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el art. 2 TUE, en particular el valor del Estado de derecho. Para un comentario a esta sentencia, v.: L. Pech y S. Platon, «The beginning of the end for Poland’s so-called “judicial reforms”? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)», *eulawanalysis.blogspot.com*, 30.6.2019.

⁵⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de derecho/* COM/2014/0158 final */.

⁵⁶ Propuesta motivada de conformidad con el art. 7, ap. 1, del TUE por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia. Propuesta de decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia, Bruselas, 20.12.2017, COM (2017) 835 final 2017/0360 (NLE)).

ciones, atenuándolas, y evitar una concentración de poderes excesiva, que se convierta en arbitrariedad, afectando de forma desproporcionada a los derechos fundamentales.

La Constitución española, además de los tres niveles de excepcionalidad previstos en el art. 116 CE (estado de alarma, excepción y sitio), constitucionaliza en el art. 55.2 CE la lucha contra el terrorismo, que adquiere de esta forma un valor autónomo. La recepción a nivel constitucional de este supuesto lo convierte en parámetro de constitucionalidad y base para la adopción de la legislación de emergencia en este ámbito.

Asimismo, es interesante observar que la Constitución especifica en el art. 55 tanto los derechos que se pueden suspender de forma colectiva en los estados de excepción y de sitio (no durante el estado de alarma) ex art. 116 CE así como aquellos que se pueden suspender de forma individual “(...) para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Dicha previsión constituye una aportación muy interesante, al conceder una mayor protección, limitando la actuación de los poderes públicos. A este propósito, no hemos de olvidar que, aunque los Estados estén legitimados para reducir el estándar de protección de los derechos contemplados en el art. 55 CE, no pueden suprimir o anular el núcleo mínimo de estos derechos ni adoptar medidas que violen los demás derechos no incluidos en dicho catálogo.

En estos tiempos convulsos, en los que la excepcionalidad se está convirtiendo en normalidad, perdiendo su carácter provisional, y en los que se están restringiendo cada vez más los derechos fundamentales, la exigencia de seguridad jurídica impone que se indique hasta dónde las autoridades pueden incidir en ellos para evitar que se supere el umbral de tolerancia, a través de la adopción de medidas que legitimen violaciones sistemáticas, reiteradas y aberrantes de los derechos fundamentales.

Y finalmente, en el derecho constitucional de excepción se puede incluir también la cláusula de coerción estatal prevista en el art. 155 CE, que fue utilizada por primera vez para hacer frente a la crisis político-territorial de Cataluña. Se trata de un mecanismo de solución política que permite alterar en casos extraordinarios la distribución de competencias entre Estado central y CCAA a favor del primero que se sustituye a la(s) Comunidad(es) Autónoma(s) incumplidora(s). No se trata ni de una suspensión indefinida de la autonomía ni, aún

menos, de la supresión institucional de la misma CA, ni consiente establecer limitaciones o excepciones a los derechos fundamentales.

Una cláusula de coerción federal parecida se puede encontrar también a nivel europeo en el art. 7 TUE. Sin embargo, aunque el art. 155 CE y el art. 7 TUE tengan algunos puntos en común, tanto la aplicabilidad como la efectividad práctica del segundo parecen más dudosas. De hecho, a pesar de todo, el art. 155 CE ha demostrado no ser la “espada de Damocles”⁵⁷, un mero ultimátum, sino uno de los mecanismos temporáneos más potentes para intentar restablecer una situación extra ordinem, dominada por el descontrol y capaz de desestabilizar el modelo de Estado de derecho, duramente conquistado. En cambio, el art. 7 TUE se ha revelado un “arma juguete”⁵⁸, imposible de aplicar. Para intentar contrarrestar la rule of lawbacksliding en Polonia la UE ha necesitado recurrir a otros mecanismos. Todo esto nos confirma una vez más la necesidad de un derecho de excepción europeo eficaz, que permita establecer un conjunto de estándares mínimos y una respuesta común a aquellas situaciones excepcionales que están amenazando a la UE.

V. Referencias bibliográficas

- Ackerman, B. (coord. por Ferrara, A. y traducido por Ferrara, E.), *La Costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Meltemi, Roma, 2005.
- Ackerman, B., «The emergency Constitution», *The Yale law journal*, vol. 113, n. 5, 2004, págs. 1029-1091.
- Agamben, G., *Lo stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- Blanco Valdés, R.L., «Artículo 55», en P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018*. Vol. 1 (Preámbulo a art. 96). Libro-homenaje a Luis López Guerra, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 969-979.
- Carrasco Durán, M., «Medidas antiterroristas y Constitución, tras el 11 de Septiembre de 2001», en F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (dirs.), *Terro-*

⁵⁷ F.J. García Roca, op. cit., pág. 175.

⁵⁸ A. Rosanò, «The battle of evermore, ovvero considerazioni sui meccanismi attivabili dall’Unione europea per la tutela dello stato di diritto», www.sidiblog.org, 19.10.2018.

rismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, págs. 13-56.

- Carrasco Durán, M., «Las garantías procesales en caso de terrorismo: distintos modelos, en perspectiva comparada», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 27, 2017 (www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/01_CARRASCO.htm).
- Cruz Villalón, P., «Veinticinco años de normalidad constitucional», *Revista de derecho político*, n. 58-59, 2003-2004, págs. 17-28.
- Cruz Villalón, P., «Normalidad y excepción», *Revista española de derecho constitucional*, año 24, n. 71, 2004, págs. 187-202.
- Cruz Villalón, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Cruz Villalón, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, II.ª ed., CEPC, Madrid, 2006.
- De Vergottini, G., «Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati», *Diritto e Società*, 1994, págs. 217-260.
- De Vergottini, G., *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- Duque Villanueva, J.C., «Artículo 116», en P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Vol. 2 (art. 97 a disposición final), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1645-1655.
- Faggiani, V., «La “rule of lawbacksliding” como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE», *Revista española de derecho europeo*, n. 71, 2019, págs. 57-99.
- Faggiani, V., «La sovranità nazionale come limite alla costituzionalizzazione della politica estera e di sicurezza dell'UE», en A. Pérez Miras, E. C. Raffiotta, G. M. Teruel Lozano, F. Vecchio (a cura di), *Sovranità e rappresentanza, Stato, autonomie territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, Vol. 1, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, págs. 265-280.
- Faggiani, V., «Le crisi sistemiche dello Stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria in materia penale», *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2019, págs. 195-228.

- Faggiani, V., «Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 17, 2012, págs. 181-232.
- Faggiani, V., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 212-218.
- Fernández Segado, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de derecho político*, n. 11, 1981, págs. 83-116.
- Fernández Segado, F., «La suspensión de garantías constitucionales en la nueva Constitución española», *Revista de estudios políticos*, n. 7, 1979, págs. 299-312.
- Freixes Sanjuán, T., «El artículo 155 de la Constitución y su aplicación a Cataluña», en VV.AA., *El artículo 155 de la Constitución. XXIV. Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2019, págs. 13-51.
- García Roca, F.J., «Diez tesis sobre la intervención extraordinaria del Estado en las Comunidades Autónomas (artículo 155 CE) tras su aplicación en Cataluña», en VV.AA., *El artículo 155 de la Constitución. XXIV. Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2019, págs. 173-239.
- Guillén López, E., «Seguridad, Constitución y lucha contra el terrorismo: una perspectiva de derecho constitucional europeo», en F. Balaguer Callejón y J. Tudela Aranda (coords.), *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2019, págs. 93-112.
- Häberle, P. (trad. Fierro, H.), *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- Halmai, G., «How the EU can and should cope with illiberal Member States», *Quadernicostituzionali*, n. 2, 2018, págs. 313-340.
- Higuera Guimerá, J.F., «Los estados de alarma, excepción y sitio, y el código penal militar de 1985. Estudio del real decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que el Gobierno declaró el estado de alarma; y de la resolución de 16 de diciembre de 2010, del Congreso de los Diputados, autorizando su prórroga: La posible inconstitucionalidad de ambos», *Revista General de Derecho Penal*, n. 15, 2011, págs. 1-65.

- Kochenov, D. y P. Bard, P., «Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement», Reconnect Working Papers, n. 1, 2018, págs. 1-28.
- Marazzita, G., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffré, Milano, 2003, págs. 13-17.
- Pizzorusso, A., «Emergenza (stato di)», Enciclopedia delle scienze sociali, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, Vol. 3, 1993, págs. 551-559.
- Quintero Olivares, G., «El terrorismo como cuestión jurídica presente y futura», en V. M. Moreno Catena y A. Arnaiz Serrano (dirs.), *El Estado de Derecho a prueba: Seguridad, libertad y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 15-26.
- Requejo Rodríguez, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de derecho político*, n. 51, 2001, págs. 105-138.
- Riaño Brun, I., «Derechos y garantías en el marco de la investigación por un delito de terrorismo», *Revista General de Derecho Procesal*, n. 43, 2017, págs. 1-47.
- Rosenfeld, M., «¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión», *ARI*, n. 109, 2005.
- Salvador Vives Antón, T., «Garantías constitucionales y terrorismo», en A. Alonso Rimo, M^a. L. Cuerda Arnau y A. Fernández Hernández, *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 27-34.
- Schmitt, C. (trad. Schiera, P.), *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bolonia, 1998.
- Secretaria General del Congreso de los Diputados, «Informe de la Secretaría General el Congreso de los Diputados sobre el funcionamiento de las Cámaras durante la vigencia del estado de alarma», *Revista de las Cortes Generales*, n. 80, 2010, págs. 247-262.
- Troper, M. (trad. por Guillén López E.), «El estado de excepción no tiene nada de excepcional», *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 27, 2017 (www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/08_TROPER.htm).
- Tushnet, M., «The political constitution of emergency powers: parliamentary and separation of powers regulation», *International Journal of Law in Context*, vol. 3, n. 4, 2008, págs. 275-288.

- Urías Martínez, J., «El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional», *Revista catalana de dretpúblic*, n. extra 2, 2019, págs. 101-114.
- Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D., «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 92, 2011, págs. 243-265.
- Von Bogdandy, A., Bogdanowicz, P., Canor, I., Rügge, G., Schmidt, M., Taborowski, M., «Un possibile “momento costituzionale” per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili», *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, págs. 855-878.

Anteproyecto de Código Penal 2018, determinación de pena en personas físicas y jurídicas y Derecho Comparado

GUILLERMO FUNES*

Resumen: El presente trabajo propone una primera aproximación al estudio del anteproyecto de código penal en materia de determinación de penas, tanto de personas físicas como jurídicas. El mismo se complementa con referencias de aquellos sistemas de derecho comparado que les sirvieron de antecedentes.

Abstract: *The present work proposes a first approach to the study of the 2018 preliminary penalty code in terms of determination of penalties, both natural and legal persons. He himself complete with references of those systems of comparative law that served as background.*

Palabras Claves: Determinación de penas. Personas Físicas y Jurídicas. Derecho Comparado.

Keywords: *Determination of penalties, natural and legal persons, comparative Law.*

I. Introducción

Tal y como el mismo nombre que lleva el presente ensayo lo sugiere, aquí se

* Abogado. Notario. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura por la Universidad Católica de Córdoba. Especialista en Problemas de Prueba por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral. Docente por concurso de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Católica de Córdoba. Secretario de la Sala de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Instituto de Derecho Comparado. Funcionario del Poder Judicial de Córdoba en la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia.

propone una primera aproximación al estudio del anteproyecto de código penal presentado en el año 2018 en materia de determinación de penas, tanto de personas físicas como jurídicas. En ese derrotero es dable destacar que la comisión¹ creada a esos efectos (decreto 103/2017), presentó junto al texto una exposición de motivos y aquellas disidencias que sus integrantes estimaron valioso y oportuno consignar. Reparo en ello pues ese material resultará de inestimable ayuda para comprender diferentes cuestiones que suscitan nuestro interés, como la génesis del articulado, los idearios que lo motivaron, y también aquellas fuentes de derecho extranjero que les sirvieron de inspiración.

II. Personas Físicas

1. Sistemas Legales de Circunstancias. Algunos exponentes

Sostiene la doctrinaria española Carmen Salinero Alonso que si bien existe un acuerdo aparente en la necesidad de reconocer datos o hechos que —sin afectar a la presencia del delito— sirven para delimitar la pena, ello no se ha plasmado en único sistema de determinación de pena sino que, por el contrario, ha dado lugar a diversos modelos que en mayor o menor medida, resultan el reflejo de la historia, la evolución y el desarrollo de la Ciencia Penal. Cabe destacar en este sentido que aquí se conjugan dos necesidades imperiosas que conviene tener presente en la tarea de buscar una pena justa para el caso concreto, por un lado, el mandato de certeza y determinación de las normas penales propio de un Estado de Derecho, y por el otro, la siempre presente necesidad de adecuar la pena a las características particulares que presenta el suceso criminoso en sí, así como su autor. La preeminencia de uno u otro paradigma dará lugar a diferentes modelos².

¹ Ella estuvo integrada y presidida por el camarista de la Casación Penal, Mariano Hernán Borinsky; el director nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Carlos Mauricio González Guerra; el fiscal Pablo Nicolás Turano; los camaristas Guillermo Jorge Jacobucci, Carlos Alberto Mahiques y Patricia Marcela Llerena; el procurador general de Salta, Pablo López Viñals; el presidente de la Federación Argentina de la Magistratura, Víctor María Vélez; la secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia, Patricia Susana Ziffer; el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Fernando Jorge Córdoba; y los representantes de los Ministerios de Desarrollo Social, Yael Bendel, y de Seguridad, Guillermo Soares Gache.

² En términos generales podemos hablar de dos grandes sistemas de configuración de

Atento a que nuestra tradición en la materia se ha visto influenciada desde antiguo por el derecho español y el alemán, en lo que sigue se realizará una somera descripción del sistema de determinación de pena de las personas físicas de esos ordenamientos, representantes ambos de los llamados sistemas latinos y germánicos, respectivamente.

El modelo español:

Desde el código penal de 1822 se optó por el sistema de configurar cuadros de circunstancias en la parte general de los distintos digestos punitivos, estableciendo catálogos que se corresponden con circunstancias atenuantes y agravantes.

Este esquema es el que sigue el código penal actual que prevé en su libro I, dentro de las disposiciones generales, tres capítulos —arts. 21, 22 y 23— que abordan las circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas. Se trata de un modelo casuístico prácticamente excepcional en Derecho Comparado (salvo Italia) que refuerza la seguridad jurídica pero como contrapartida pierde frescura, pues ata mucho a los tribunales en esta manera de mensura.

También destaca otra nota saliente: las reglas de determinación de pena no solo modulan los efectos de la estimación de las circunstancias, sino también los efectos penológicos cuando estas no se encuentran presentes, ello pone de relieve su preocupación constante por alcanzar una pena proporcionada al ilícito culpable y la culpabilidad del autor pero dejan en evidencia su origen decimonónico, tendiendo a limitar el, por entonces, excesivo arbitrio judicial³.

El sistema alemán:

Opuesto al anteriormente reseñado es el sistema alemán de individualización de pena, este se encuentra previsto en los párrafos 46 y 49 del código penal de aquel país (StGB). El primero de los citados, compuesto de tres párrafos, establece en el primero unos criterios generales de medición tomando como

causales de agravación y de atenuación. por un lado, aquellos que prevén su inclusión en la parte general de un digesto punitivo, por lo que en principio afectan a todos los delitos previstos en la parte especial (circunstancias generales), y por otro, aquellas ubicadas en la parte especial, denominadas circunstancias específicas que afectan únicamente a una determinada clase de delitos o conjunto de ellos. Es difícil encontrar a uno de estos sistemas en estado puro, por lo que es más apropiado hablar de tendencias hacia uno u otro sentido, que dan lugar a sistemas mixtos. Cfr. SALINERO ALONSO, Carmen, Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal, pág. 6 y ss.

³ SALINERO, ALONSO, Carmen, ob.cit. pág. 8 y ss.

fundamento la culpabilidad del autor y en segundo lugar, los efectos que cabe esperar tenga la pena para la vida futura del reo en sociedad (cláusula preventivo especial). A su turno, en el segundoseñala la ponderación recíproca de las circunstancias favorables o adversas al autor, indicando seguidamente una serie de criterios que el juzgador debe tener en cuenta especialmente en esta tarea⁴. Se trata de un catálogo no cerrado de factores que presenta una doble ambivalencia: por un lado, pueden operar tanto a favor como en contra del reo, y por otro, pueden hacer aparecer en diferente luz el grado de culpabilidad como los requisitos de prevención especial. El tercero, determina que no podrán ser tenidas en cuenta aquellas circunstancias que conforman el tipo penal del caso.

Por último el ya mencionado art. 49 establece una serie de reglas para la aplicación de las denominadas atenuantes especiales (vrg., tentativa o imputabilidad disminuida).

Cabe destacar que aquí no existen circunstancias en sentido propio, ellas se hacen presentes en la parte especial de la mano de los diferentes delitos a los que puedan aplicarse, ya sean causas nominadas (tipos cualificados) o innominadas (vienen recogidas en el StGB como ejemplos regla o indicativos, siendo tales, especialmente graves o menos graves. Se trata de una enumeración no cerrada de supuestos que no resultan de aplicación obligatoria para el Juez)⁵.

2. Notas del sistema argentino de determinación de pena

También de manera previa a ingresar al tratamiento del anteproyecto de código penal del año 2018 en lo referente a la materia, entiendo se impone poner de relieve, al menos sintéticamente y sin visos de completitud, los caracteres identitarios del sistema argentino de determinación de pena actualmente vigente.⁶

⁴ Siendo tales: los motivos y fines del reo, la intención que se manifiesta en el hecho, la voluntad empleada en él, el grado de infracción al deber, el modo de ejecución y los efectos culpables del hecho, la vida anterior del reo, sus circunstancias personales y económicas, así como su comportamiento después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar el daño causado.

⁵ SALINERO ALONSO, Carmen, ob. cit, pág. 11 y ss. JESCHECK, Hans Heinrich-WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal. Parte General, pág. 951 y ss.

⁶ En el presente apartado se tomarán en consideración los estudios de Esteban Righi en Teoría de la Pena, pág. 201 y ss., y de Patricia Ziffer en Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, pág. 55 y ss.

Así, es dable apuntar que el mismo resulta heredero de los sistemas que, como el código de Baviera de 1813 o el código penal Francés de 1810, adoptaron un sistema de penas flexibles y pautas generales para la individualización. El mismo solo menciona pautas de orientación ejemplificativas para mensurar la sanción.

El código penal argentino recurre por lo general a penas divisibles (es decir aquellas en donde se fija un marco o escala penal dentro del cual se individualiza la pena que por caso se deba mensurar), y solo excepcionalmente prevé penas absolutas (presión perpetua). En la sistemática del código son penas temporales o divisibles: la reclusión, la prisión, la inhabilitación y, en relación de la cantidad la multa. A todos estos casos son aplicables las previsiones de los arts. 40 y 41 del CP.

Estos últimos artículos prevén un sistema de determinación de pena que se caracteriza por contener una enumeración no taxativa de circunstancias relevantes para ello. Se trata de criterios de orientación destinados a acotar la libertad judicial, pues toda regla legal vincula al juez por lo que este estaría vedado de apartarse de estas pautas generales a las que debe adecuar su decisión.

Estas circunstancias no determinan de antemano o de manera previa, si se trata de atenuantes o agravantes, ni cuál es su valor relativo, ni cómo se solucionan aquellos casos de concurrencias entre ellas. Asimismo, también carece de la llamada pena ordinaria, esto es, aquella que especifique el punto de ingreso a la escala penal y que a partir de ella haga funcionar las atenuantes y agravantes que por caso puedan concurrir (a diferencia del código de 1886 que sí estableció una norma específica al respecto).

Básicamente, el art. 41 del CP se encuentra dividido en dos incisos. El primero, enumera circunstancias de contenido principalmente objetivo vinculadas al hecho cometido, y el segundo, circunstancias de índole subjetivo relacionadas con la peligrosidad del autor. A la luz de lo ello, desde la doctrina clásica se sostuvo que esa determinación funcionaba en nuestro derecho como un doble proceso, es decir, en primer lugar debían establecerse los aspectos objetivos del hecho, y en segundo término, aquellas circunstancias de las que podían inducirse el grado de peligrosidad del sujeto. Desde una óptica contemporánea se rechaza que existan divisiones tajantes entre ambos incisos, resaltándose por el contrario la influencia recíproca entre ellos.

Por último, cabe señalar que existe unanimidad en la doctrina nacional al referir que en el sistema argentino los criterios decisivos para individualizar la pena resultan el ilícito culpable y la peligrosidad del autor.

3. Comentarios al anteproyecto de código penal 2018

Ahora bien, e ingresando ya a la exposición de motivos del anteproyecto de código penal presentado en el año 2018, cabe señalar que allí se anotó que uno de los idearios que motivaba la reforma era establecer criterios diferenciados de individualización a fin de brindarle al juez pautas claras para llevar adelante esa tarea según que estuviera involucrado en el hecho una persona física, o una jurídica. Además, se menciona la incorporación de criterios objetivos y claros que deberán —tal el término empleado— ser observados por el magistrado interviniente siempre que ellos no constituyan a su vez elementos del tipo penal aludiéndose así, aunque sin mencionarla (al menos en este segmento) a la prohibición de doble valoración. Asimismo, se precisó también que la tarea realizada al respecto consistió en: a) receptar las pautas vigentes en los actuales 40 a 41 quinquies del CP, y b) modificar ciertas pautas, e incorporar otras novedosas.

El nuevo art. 41 se encuentra dividido en cinco párrafos, el primero dispone:

“(…) 1. La determinación de las penas impuestas a personas físicas tendrá como fundamento preponderante la reprochabilidad de la conducta del condenado por el ilícito cometido, como así también las consecuencias para su vida futura en la sociedad. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena mediante la ponderación de las circunstancias atenuantes y agravantes particulares a cada caso, en cuanto éstas no fueran elementos constitutivos del delito.”

El mismo introduce una novedad tomada del código penal alemán —y adoptada también por el código de Paraguay— cual es, considerar la reprochabilidad de la conducta del condenado a los efectos de la determinación de la pena de las personas físicas. La exposición remarcó que se previó un esquema de determi-

nación de pena orientado al grado de reproche y a las posibilidades de reinserción social.

Al respecto cabe señalar que el proyecto recoge expresamente un viejo anhelo de la doctrina y jurisprudencia nacional relativo a prever de manera expresa los fines de la pena que operan en esta tarea: la culpabilidad y la prevención especial. Además, el articulado realiza a nuestro juicio una declaración de su importancia, pues considera expresamente como base de ella al ilícito culpable (fundamento preponderante el ilícito cometido) el que, como es sabido, salvaguarda los principios del hecho y de proporcionalidad en esta tarea. Al respecto, la exposición de motivos también aclaró que el término preponderante se relacionaba con el problema que genera hablar de un respeto pleno del principio de culpabilidad y la ponderación en esta tarea de determinadas circunstancias (como la reincidencia y la conducta procesal) que resultan ajenas a la culpabilidad en sentido estricto, puedan entrar en valoración pero que no tengan un peso desproporcionado, en un sentido parecido a la formulación —criticada, pero siempre vigente— de la teoría del ámbito de juego (*Spielraumtheorie*), de cuño alemán.

En relación al fin de prevención especial ya mencionado (las consecuencias para la vida futura en sociedad) la exposición de motivos destacó que a partir de la incorporación de los Pactos, la reinserción social era el fin primordial de las penas privativas de libertad, y en este sentido —se remarcó— la fijación de la pena no puede separarse estrictamente de la posibilidad de que un monto determinado —que en principio, podría resultar adecuado a la culpabilidad— tenga la consecuencia de excluir una solución más beneficiosa para la resocialización o prevención de comisión de nuevos delitos.⁷

Otra novedad resaltada es la introducción del término ponderación, pues da cuenta del proceso de compensación de agravantes y atenuantes que caracteriza, implícitamente, al modo como se fijan las sanciones en nuestro país. Al respecto es dable destacar que se aprecia nuevamente aquí el influjo del derecho alemán, pues el digesto punitivo de aquel país utiliza un término sinónimo para ello como lo es sopesar circunstancias agravantes y atenuantes (parágrafo 46.2.1 del StGB alemán).

⁷ Advierto que particularmente valiosa resulta la exclusión en el proyecto del término peligrosidad del actual art. 41. 2 CP, alusión problemática por sus reminiscencias positivistas.

También destaca la inclusión expresa de la prohibición de doble valoración, también prevista en el Código Alemán. Al respecto, la comisión destacó que a diferencia de otros proyectos, la previsión no se limitaba a la doble valoración de agravantes, sino que resultaba más genérica ya que implicaba, por un lado, un reconocimiento del principio del *ne bis in idem* en su faz material, y por otro, erigirse como una regla de coherencia interna de la fundamentación de la pena. Finalmente, el proyecto impide —aunque no expresamente—, la doble valoración de circunstancias atenuantes de pena, aunque claro está no lo hace de manera explícita como su antecedente: el párrafo 50 del StGB.

Segundo párrafo: A los efectos previstos en el apartado 1, se tendrá particularmente en cuenta: 1º) La naturaleza y gravedad del hecho, la importancia de los deberes transgredidos, así como la magnitud del peligro y el daño producido a la víctima, atribuibles al condenado. 2º) La calidad de los motivos y la actitud del condenado frente al derecho.

En lo referente al punto, la comisión refirió que su tarea fue reformular los actuales incisos 1º y 2º del art. 41. Su enumeración, resulta menos extensa que la del texto vigente lo que se compensa con las profusas consideraciones del párrafo tercero que abordaremos en el punto que sigue.

Como nota saliente es dable subrayar, que la comisión redactora puntualizó que en el segundo párrafo del inciso 1º se remarcaba que la valoración de las consecuencias del hecho se limitaba a los daños producidos culpablemente (punto a). Nota esta que además de encontrarse prevista en el ya citado código alemán (efecto culpable del hecho), era reclamada insistentemente por la doctrina nacional. Se destacó también que la redacción del inciso segundo de este párrafo fue tomada del art. 65 inciso 2º, números 1º y 2º del Código Penal de Paraguay. Las circunstancias relativas a la calidad de los motivos y la actitud del condenado frente al derecho, resultan un claro punto de referencia a la culpabilidad del autor en el hecho.

Parágrafo 3: Serán evaluadas como circunstancias especialmente agravantes, que harán aplicable el tercio superior de la escala penal si no concurriesen atenuantes:

1º) La ejecución del hecho aprovechando la vulnerabilidad de la víctima o produciéndole especial sufrimiento.

- 2º) Los motivos abyectos, tales como odio racial, religioso o político, discriminación, violencia de género, o el desprecio por una condición de vulnerabilidad de la víctima, sea por su edad, condición de persona mayor, condición social o por las tareas que desempeña.
- 3º) La utilización de medios insidiosos o especialmente dañinos o peligrosos, tales como armas de fuego o explosivos.
- 4º) La pluralidad de intervinientes y el alto grado de organización del hecho.
- 5º) La comisión del hecho valiéndose de una condición funcional o de superioridad jerárquica sobre la víctima.
- 6º) La intervención de una persona menor de edad u otra persona vulnerable.
- 7º) La comisión del hecho a pesar de haber cumplido una condena anterior, o en ocasión de una morigeración de la ejecución de una pena de prisión.
- 8º) La ejecución del hecho se hubiere perpetrado mediante la utilización de un motovehículo.

Este apartado, particularmente extraño a nuestra tradición en la materia⁸, reduce considerablemente la discrecionalidad del juzgador al momento de mensurar la pena ya que le ordena aplicar un determinado segmento de la escala penal (tercio superior), cuando concurren las circunstancias especialmente agravantes que allí se mencionan y siempre que no se presenten atenuantes (nota esta última que, atendiendo a la praxis hace difícil su aplicación). Imita así, aunque sin mencionarla y sin su complejidad, a las reglas de determinación de pena previstas en el art 66.1 del Código Penal Español. Su extenso articulado guarda ciertas similitudes con algunas de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal previstas en el libro primero, capítulo IV, art. 22 del Código Español, más específicamente las reglas 2da, 4ta, 5ta, 7ma y 8va con las previstas en los incisos 4, 2, 1, 5 y 7 respectivamente⁹.

⁸ No se trata del primer intento de adoptar un esquema que mencione exhaustivamente circunstancias agravantes, pues lo hizo el proyecto Villegas – Ugarriza – García de 1881. Al respecto es dable señalar que en el proyecto de 1891 se propuso abandonar este sistema por cuanto existía una imposibilidad fáctica de realizar una enumeración completa de circunstancias.

⁹ Art. 22. Son circunstancias agravantes. Segunda: ejecutar el hecho mediante disfraz,

En relación al inciso segundo del texto propuesto, la comisión precisó que al aludir al desprecio (...) por las tareas que desempeña la víctima se pensó en los maestros, jueces, fiscales, médicos, etc. Allí también se agregó explícitamente como circunstancia agravante el haber obrado con desprecio por una condición de vulnerabilidad de la víctima por su condición de persona mayor, ello de conformidad con la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada por la República Argentina mediante Ley N° 27.360 (BO 31/05/17). En lo referente a los motivos abyectos como circunstancia especialmente agravante, se incluyó expresamente como uno de ellos a la violencia de género, lo que se muestra en sintonía con otras disposiciones del código al respecto (así, como pauta que obsta la concesión de la probation —art.76—, o como circunstancia agravante del homicidio —art. 80 inc. 11— etc.).

En cuanto a la redacción del inciso 4° (La pluralidad de intervinientes y el alto grado de organización del hecho), se destacó que se tomó como referencia el art. 18, inciso 3°, párrafos a y b del Anteproyecto 2012. A su turno y para la propuesta del inciso 7°, se siguió la línea de la teoría de la advertencia (“Gómez Dávalos” Fallos: 308:1938, etc.).

En relación al punto, la comisión recordó que el destacado profesor español Jesús María Silva Sánchez fue invitado a exponer en su seno, ocasión en donde apuntó que en España se reintrodujo la “multireincidencia” como agravante, la que permite graduar la pena en el marco superior de la escala penal, y que ello no había recibido planteos de inconstitucionalidad.

Parágrafo 4: Serán evaluadas como circunstancias particulares de atenuación:

1°) La concurrencia incompleta de alguna causal de exención de pena, en especial la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.

con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido, o que faciliten la impunidad del delincuente (...). Cuarta: Cometer del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o discapacidad. Quinta: aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. Séptima: prevalerse del carácter público que tenga el culpable. Octava: ser reincidente.

2º) La actuación por móviles benevolentes o bajo influencia de padecimientos físicos o psíquicos serios o por presión de una persona de la cual se dependa.

3º) La conducta posterior al hecho que revele la disposición del condenado a ajustar su conducta al derecho.

En estos casos, si mediasen circunstancias extraordinarias, el tribunal podrá reducir la pena conforme la escala penal de la tentativa.

Como se lo anotara, este aparatado alude a las circunstancias particulares de atenuación de la pena. La comisión puntualizó que se empleó el término particulares para destacar que ellas no son las únicas que el juez puede utilizar para graduar el ilícito, referencia que parece un tanto ociosa si se repara en que el párrafo primero alude a que la pena se impondrá en atención a las circunstancias de esta naturaleza y aquellas agravantes que concurran en el caso concreto. Por lo demás, no parece que el texto guarde similitud alguna con la circunstancia atenuante de análoga significación del art. 21.6 del Código Penal Español, tributario de un catálogo cerrado en lo que concierne al punto.

Tal y como aconteciera con las circunstancias especialmente agravantes, aquí también es factible sostener que existe cierta correspondencia entre las circunstancias particulares de atenuación previstas en los incisos primero y tercero con aquellas contempladas en el libro Primero, Capítulo III (de las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal), art. 21, reglas 1ra y 5ta del Código Penal Español¹⁰.

¹⁰ Las primeras (art. 21, regla 1ra) son definidas por el doctrinario español Borja Jiménez como aquellas en las que concurriendo el requisito esencial que las define, están ausentes el resto de los presupuestos requeridos para la exención total de responsabilidad criminal, de forma tal que inciden intensamente en la atenuación de pena. La segunda de las citadas (art. 21, regla 5ta), establece como causa de atenuación el “(...) haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral”. Circunstancia esta que, con anterioridad se encontraba unida al arrepentimiento espontáneo (art. 21.4) con la cual guarda cierto parentesco en cuanto a su estructura y naturaleza. Se trata, claro está, de una disposición que se encuentra en consonancia con las modernas tendencias que ven en la reparación del daño una causa de mitigación penal, o como una nueva forma de reacción penal ante el conflicto derivado de la perpetración del hecho punible. Cfr. Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español, págs. 17 y 176 y ss.

Finalmente cabe hacer una mención relacionada con aquella referencia final que se efectúa en este apartado, concretamente, si mediasen circunstancias extraordinarias, el tribunal podrá reducir la pena conforme la escala penal de la tentativa. De acuerdo a los miembros Ziffer y Córdoba, ello ocurrirá cuando las circunstancias atenuantes sobrepasen en una medida tal a las agravantes que incluso el mínimo de la escala resulte inadecuado por lo que se le otorga al juez la facultad de aplicar la escala de la tentativa. El problema, como puede deducirse, obedece a aquellos mínimos desproporcionadamente altos. Propuesta esta, con la que también se encontrara en correspondencia Patricia Llerena.

Finalmente resta hacer una breve referencia al quinto párrafo, el que contempla los supuestos de atenuación previstos en el actual art. 41 ter sobre “arrepentido”, sin establecer mayores modificaciones a la norma mencionada.

4. Conclusión provisional

La redacción del proyecto propuesto implica, en términos generales, un salto superador de la normativa actual. Así, el texto propuesto ya no le brinda al operador judicial sólo criterios generales para determinar la pena, sino que también lo dota de principios (culpabilidad, prevención especial, e incluyo aquí al non bis in idem) y de reglas (que, si bien en principio extrañas a esta labor, aportan a los principios de seguridad jurídica e igualdad) completando así una verdadera batería de recursos para concretar la sanción penal. A más de ello, destaco también que, tal y como lo hemos visto, determinadas circunstancias o principios guardan similitud con otras análogas del derecho extranjero, por lo que la consulta a estas fuentes conducirá al desarrollo dogmático deseado en la materia y tantas veces postergado.

III. Personas Jurídicas

1. Marco normativo y fuentes

Cabe puntualizar que a poco que se lleva adelante una concienzuda lectura de la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal se advierte que, a diferencia de otros tópicos no existe allí una referencia explícita relacionada a qué

ordenamientos normativos se tomó en consideración al momento de elaborar el aludido proyecto. Pese a ello, allí sí se consignó que se atendió a las pautas de la ley de responsabilidad penal empresarial (Ley N° 27.401), por lo que debe ser en las fuentes de esta última en donde tendremos que bucear para develar esa incógnita. En ese derrotero entonces, cabe destacar que en el mensaje elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, de fecha 20/10/2016, se expresó que el propósito del proyecto de ley era adaptar el sistema penal argentino en materia de delitos contra la administración pública y el soborno transnacional a los estándares internacionales a los que país se encuentra obligada al adherir a la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (de ahora en más OCDE), aprobada por Ley N° 25.319, la que entró en vigor en Abril del año 2001. Ahora bien, en el proyecto de ley mencionada se aclaró que su ideario era habilitar sanciones a las personas jurídicas estableciendo para ello un sistema de atribución de responsabilidad que guiara el comportamiento de las personas afectadas y de sus autoridades encargadas de su aplicación, todo ello en la línea de aquellos países que cuentan con sistemas consolidados de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos de corrupción tales como: España, Estados Unidos de América, Brasil y Chile. Estas son entonces aquellas fuentes consultadas.

2. Breve referencia a algunos de los sistemas citados: Chile, España y Estados Unidos

a. Chile

Como una consecuencia de los esfuerzos que le demanda a Chile incorporarse como miembro pleno a la OCDE, en el mes de diciembre del año 2009 fue sancionada en ese país la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas N° 20.393¹¹. Desde la doctrina autoral del país trasandino se aclara que, si bien

¹¹ Un pormenorizado análisis tanto del contexto y de antecedentes que precedieron a la sanción de la aludida ley pueden consultarse en el completo trabajo de MARISOL ALEJANDRA GOMEZ CONTRERAS – CONSTANZA LICHTENBERG BARAONA, Responsabilidad de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el Derecho Comparado. Repositorio Académico de la Universidad

con anterioridad a ella se previeron diferentes sanciones para los entes ideales, lo cierto es que fue en esta ocasión en que explícitamente se estableció un verdadero régimen de responsabilidad penal para las estos entes morales, con sus propios presupuestos, penas y sistema de determinación lo que, en suma, implicó el abandono del principio *societas delinquere non potest* (art. 58 del Código Procesal Penal de aquel país)^{12 13}.

Si nos sumergimos sucintamente en su articulado advertiremos que ella se aplicará a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado, sin importar su tamaño (art. 2do), por el siguiente catálogo cerrado de delitos: a) lavado de dinero; b) financiamiento del terrorismo; y c) soborno y cohecho activo, tanto de empleados públicos nacionales como de un funcionario público extranjero (art. 1ero).

En este breve derrotero es dable apuntar también que Chile abrazó un esquema de responsabilidad penal denominado modelo atenuando de responsabilidad derivada, es decir aquel que demanda una conexión entre el individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, y que también requiere que esta última haya contribuido al mismo por haberse organizado de un modo que favorece, o en su caso, no impide o dificulta que se lleven adelante este tipo de hechos. En suma, es la denominada responsabilidad por defecto de organización (delineado y trazado en el art. 3º del citado cuerpo normativo).¹⁴ Este modelo, se inscribe en una estrategia de control del delito de vía de autorregulación for-

de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112839>, 25/8/2019.

¹² HECTOR HERNÁNDEZ, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. Scielo. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005, 25/8/2019.

¹³ IVAN NAVAS- ANTONIA JAAR, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. Scielo. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027, 25/8/2019. Los mencionados autores expresan que desde el punto de vista político criminal se establece que la finalidad de establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas obedecía a tres importantes factores: a) la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual; b) la existencia de una responsabilidad organizada de sujetos individuales que actuaban bajo el paraguas jurídico de la persona jurídica; y c) la falta de eficacia preventiva de formas de responsabilidad colectiva como el derecho administrativo sancionador.

¹⁴ A este respecto, entiendo valioso consignar que Hernández, Introducción a la responsabilidad... (cit).p. 217, da cuenta que particularmente influyentes en esta materia resultaron las "Directivas de determinación de penas para organizaciones" del derecho federal estadounidense (Sentencing Guidelines for Organisations), de 1991 (modificadas en 2004).

zada (enforced self-regulation), es decir, imponiéndoles a las empresas en donde se producen estas clase de hechos el deber de organizarse y regularse de modo que se erijan en una instancia de prevención y detección de delitos mediante la adopción de un programa de cumplimiento (compliance programs). Completa el cuadro anterior un segundo factor de conexión entre la empresa y el delito, este demanda que el sujeto relacionado haya cometido el delito en interés o para beneficio de aquella, exigencia con la que se pretende dejar fuera de este ámbito a aquellas actuaciones que no solo no le reportan ningún beneficio, sino que se muestran incluso contrarias a la misma.

b. Estados Unidos

Las Organizational Sentencing Guidelines (de ahora en más, OSG) o directrices para la determinación de la pena de las personas jurídicas¹⁵ comenzaron a regir en Estados Unidos en el año 1991. Las mismas establecen un sistema basado en la culpabilidad organizativa y autorregulación, y parten de la base del sistema vicarial de responsabilidad empresarial (vicarious responsibility), mediante el cual se imputa un hecho a un persona moral al transferir a aquella las conductas realizadas por un agente suyo que ha obrado en el ejercicio de su actividad y con la intención de favorecerla.

Caracteres: a) su objetivo principal es condicionar a las empresas para que adviertan los costos y beneficios que puede traer aparejado sus conductas; b) las medidas preventivas que adopten puede servir para disminuir sustancialmente el riesgo de afrontar un proceso penal, o ser útiles para resultar acreedoras de aquellas deducciones importantes de multas; c) se encuentran restringidos a delitos federales de cierta entidad (como por ejemplo, fraude, robo, defraudaciones tributarias, infracciones contra la competencia, blanqueo de capitales, extorsión y cohecho); d) se emplean para cualquier organización que no sea una persona física (es decir, sociedades anónimas, comanditarias, asociaciones, sociedades por acciones, sindicatos, trusts); y e) por último, la nota más saliente del sistema: los compliance programs o programas éticos y de cumplimiento efectivo, destinados a prevenir y detectar conductas delictivas. En atención a ellos, las orga-

¹⁵ En este apartado seguiremos la exposición de DIEGO ZYSMAN QUIRÓS, Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines, Buenos Aires. Ed. Marcial Pons, Derecho Penal y Criminología, 2013. pág. 161 y ss.

nizaciones deberán ejercitar la debida diligencia para evitar y detectar la conducta delictiva y promover, mediante distintos instrumentos, una cultura organizativa que incentive la conducta ética, así como también el compromiso de cumplir la ley. Estos principios, tomados en conjunto, describen el rol del llamado buen ciudadano corporativo.

c. España

Las recién mencionadas OSG, y la regulación europea existente en la materia, establecieron las bases del Anteproyecto de Reformas del año 2008, que finalmente se materializó en la Ley Orgánica N° 5/10, aprobada en junio de 2010. Se trata de una reforma en el país ibérico que deja bien en claro que asistimos a verdadera responsabilidad penal de personas jurídicas, y que a estas se les aplicarán penas.

Directrices actuales en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁶:

a) Se mantiene la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan como administrador de hecho, o de derecho, o en nombre o representación de una persona jurídica, aun cuando no concurren en el mismo la cualidad o relaciones que exija la correspondiente figura del delito cometido (art. 31 CP). Al respecto señala Mapelli Caffarena que, el Código Español sigue partiendo de que el delito es cometido por una persona física, de manera tal que son normas extensivas de la responsabilidad penal las que permiten castigar a los entes ideales. Pese a ello, es bueno aclarar que de acuerdo al art. 31 bis. 2 CP, no es preciso ni presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se haya procedido en contra de la persona física y ni siquiera que esta haya sido individualizada. Se trata de un sistema de imputación que parte de la responsabilidad por el hecho ajeno (heteroresponsabilidad) y se encamina hacia una responsabilidad de la corporación por el hecho propio (autorresponsabilidad).

b) Las sociedades con personalidad jurídica conforme la legislación mercantil, en cuya sede y beneficio se ha cometido el delito podrán ser castigadas conforme al conjunto de penas previstas en el art. 33. 7 del CP, pero solo lo serán cuando así lo prevea expresamente el Código.

¹⁶ Al respecto se seguirá la exposición de BORJA MAPELLI CAFFARENA, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Quinta Edición, Navarra, España. Ed. Thomson Reuters, 2011, pág. 49 y ss.

c) Cuando el delito se comete en colaboración, en la sede, o por medio de una sociedad sin personalidad jurídica —vrg., sociedades civiles— y está previsto expresamente, o bien se contempla la responsabilidad de las personas jurídicas se podrán imponer como consecuencias accesorias —no como penas— algunas de las sanciones previstas entre los apartados c) y g) del ya citado art. 33.7 o la prohibición definitiva de actividades.

d) La responsabilidad penal de las personas jurídicas no será aplicable a los órganos del Estado en sentido amplio, ni a quienes detenten funciones públicas, partidos políticos, sindicatos, organismos internacionales, ni sociedades mercantiles estatales.¹⁷

3. Determinación de pena de personas jurídicas en el anteproyecto de código penal y derecho comparado

Ahora bien, sentado como está esa breve reseña conviene ingresar sin más a las previsiones del art. 41 del anteproyecto de código penal del año 2018, el que en relación al tema que convoca nuestro interés establece que para graduar las penas previstas los jueces tendrán en cuenta:

el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto del dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza, y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia. Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) y 4) del artículo 39. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de cinco años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona o el mantenimiento de los puestos de trabajo. No será

¹⁷ Ello responde a la idea de que la Administración no es una organización de carácter privado dedicada a la producción de bienes o a su explotación en los mercados, sino que atiende a un fin general de servicio a la sociedad. Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...*(cit), pág. 50.

aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal. Se advierte que los citados parámetros revisten una doble función: por un lado, establecen ciertas pautas de duración de aquellas sanciones temporales o pecuniarias divisibles; y por otro, y en lo referente a aquellas que no resulten fraccionables, individualizarlas entre el menú que fija la mentada norma. Se aprecia también, que la normativa citada no establece si ellas revisten el carácter de atenuantes o agravantes por lo que resulta claro que podrá asignársele cualquiera de ambos sentidos atendiendo a las características del caso concreto. Se trata, asimismo, de un ordenamiento que evidencia una preocupación constante por buscar minimizar los efectos sociales indeseados en contrapartida por una pura retribución penal (previsión de la continuidad operativa de la empresa, 41.1 CP).

Entiendo que vale la pena realizar alguna consideración adicional relacionada con las siguientes circunstancias mencionadas: a) el tamaño, la naturaleza, y la capacidad económica de la persona jurídica; b) el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; y c) la omisión de vigilancia sobre la actividad de autores y partícipes. Así, la primera tiene una estrecha relación con la sanción de multa, y al respecto resulta claro que mientras menor sea aquella capacidad, la sanción deberá aproximarse al límite inferior de la escala penal conformada. La segunda de las aludidas, responde a la concepción de la empresa tributaria de los sistemas autopiéticos mencionados, es decir, como un sistema autónomo que se autoconduce. Finalmente, y en relación al tercero cabe señalar que ella podrá presentarse cuando exista la posibilidad de que las personas físicas utilicen a las personas jurídicas como empresas pantalla para realizar sus operaciones, por lo que la aludida omisión de vigilancia sobre posibles agentes de los delitos previstos permitirá fundar una mayor intensidad sancionatoria para la corporación.

Ahora bien, cabe señalar que tal como sucede con el régimen de penas, el relativo a su determinación también es similar al sistema chileno. Así, este ordenamiento distingue entre penas de crímenes¹⁸ y de simples delitos (arts. 14 y 15), y a partir de allí le brinda libertad al juez para aplicar todas o alguna de las penas previstas, y la extensión en que puede hacerlo está supeditada a la concurrencia de las circunstancias atenuantes o agravantes específicamente previstas

¹⁸ Hernández, Héctor, Introducción a la responsabilidad... (cit), pág. 229, en la actualidad —expresa— el único crimen previsto es el lavado de dinero.

para las personas jurídicas (art. 16) y, dentro de ese marco, a unos criterios específicos de individualización judicial orientados principalmente a: la gravedad del delito, a las circunstancias de la entidad, y al posible impacto negativo de la pena en terceros (art. 17).

Menor influencia se aprecia del sistema español, este a más de caracterizarse por su complejidad¹⁹, presenta un carácter dual, ya que le demanda al órgano judicial tomar dos decisiones independientes, la primera, seleccionar la pena más adecuada del elenco de las previstas en el art. 33.7 CP, y en segundo lugar, y si se asiste a una pena temporal, establecer su duración. Los criterios operativos están previstos a modo de criterios generales en el art. 66 bis. CP, a saber: a) La necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales y especialmente los efectos para los trabajadores; y c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control²⁰. A más de ello desde la doctrina autoral del país ibérico se sostiene con agudeza que, el art. 66.1 bis del CP no contiene propiamente circunstancias que deba considerar el órgano judicial para determinar la magnitud temporal de una pena sino aquellas que deben concurrir cuando se pretenda aplicar una pena de determinada gravedad. Merced a ello se señala que en puridad de término no se trata de reglas de determinación (como las previstas por el art. 66 del CP para las personas físicas), sino de garantías que deben concurrir cuando el órgano judicial se decida por aplicar una sanción determinada²¹.

De otro costado, se aprecia también alguna influencia del derecho norteamericano en la materia. Así, en lo referente a la pena de multa ella se determinará según la gravedad de la infracción y de la culpabilidad de la organización. A su turno, cabe señalar que esta última se agravará si: a) se involucró, o toleró la actividad delictiva; b) tiene una historia infraccional (antecedentes delictivos,

¹⁹ Ello pues obligan al órgano judicial a aplicar reglas generales y específicas Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...* (cit), pág. 304 y ss.

²⁰ Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...* (cit), pág. 305 y ss. Al respecto apunta que ellas ponen de resalto el fundamento mismo de la criminalización de las personas jurídicas: la corrupción dentro del sector de las empresas y sociedades comportan para las políticas socio-económicas de un país y, por esta razón, la pena debe ser en primer lugar, la más eficaz para neutralizar la actividad delictiva de la corporación condenada. Pero a la vez, la pena debe procurar no añadir obstáculos a la normalización legal de la actividad de aquella.

²¹ Mapelli Caffarena, *Las Consecuencias...* (cit), pág. 307 y ss.

civiles o administrativos); c) si infringió un mandamiento judicial; y d) si existió obstrucción a la justicia. Por último actúan como atenuante poseer un Programa Ético y de Cumplimiento Efectivo, si hubiese existido una autodenuncia en términos razonables, cooperación total en el hecho y aceptación de su responsabilidad.

4. Breve conclusión provisional

Si bien en términos generales puede sostenerse que el texto propuesto guarda ciertas similitudes con aquellas legislaciones extranjeras que fueron consultadas, resulta claro que podría haberse previsto un esquema de reglas de determinación de pena más amplio, tal como existe en España o Chile²². Ello con la pretensión de conciliar los idearios que se encuentran en pugna en la materia, por un lado, satisfacer el interés en aplicar la sanción correspondiente y en segundo término preservar fuentes de trabajo y la actuación empresarial. Asimismo cabe señalar también que otra nota que resalta es la ausencia de pautas de medida para un tipo de persona jurídica de indudable gravitación en nuestro medio: la micro, pequeña y mediana empresa (Ley N° 25.300)²³.

Bibliografía

- Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina. <https://www.info-bae.com/sociedad/policiales/2018/08/16/el-nuevo-codigo-penal-completo/>
- BORJA JIMENEZ, Emiliano, Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español. Ed. Tirant lo Blanch, colección los delitos. 43, Valencia, 2002.
- GOMEZ CONTRERAS, Marisol Alejandra –LICHTEMBERG BARAONA, Constanza “Responsabilidad de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el Derecho Comparado”. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112839>, 25/8/2019.

²² Ello en sintonía con las disidencias de los Dres. Ziffer y Córdoba, Anteproyecto de código penal 2018, pág. 171.

²³ La disidencia de la Dra. Patricia Llerena aludió también el tópico en cuestión.

- HERNÁNDEZ, Héctor, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. Scielo.https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005, 25/8/2019.
- JESCHECK, Hans Heinrich-WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Quinta Edición corregida y ampliada. Editorial Comares, Diciembre 2002.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Quinta Edición, Navarra, España. Ed. Thomson Reuters, 2011
- NAVAS, Iván- JAAR, Antonia, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena. Scielo. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992018000201027, 25/8/2019.
- RIGHI, Esteban, Teoría de la Pena, Editorial Hammurabi, José Luis Depalma. Editor, Ciudad de Buenos Aires, mayo de 2001.
- SALINERO ALONSO, Carmen, Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal, Editorial Comares, Granada, 2000.
- ZIFFER, Patricia S, “Código Penal y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial”. Arts. 35/78, Baigún David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (dirección), Marco Antonio Terragni (coordinación). Ed. Hammurabi. José Luis Depalma, editor, mayo 2002.
- - “Lineamientos de la determinación de la pena”. Ed. Ad Hoc. Segunda Edición. Reimpresión. Buenos Aires. 2013.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines, Buenos Aires. Ed. Marcial Pons, Derecho Penal y Criminología, 2013.

Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado

MARÍA DEL C. PIÑA*

Resumen: En este ensayo, la autora analiza respuestas de Samuel al debate sobre comparación jurídica, teoría, método, técnicas, metodología, interdisciplina; propuestas sobre dicotomías, nuevos paradigmas y esquemas de intelegibilidad. Vincula con las ideas de Pegoraro y Legrand sobre clasificaciones dúctiles de los sistemas jurídicos. Revaloriza la taxonomía en la comparación jurídica. Expande una propuesta novedosa y significativa de Saavedra Velazco, quien postula desplazar el eurocentrismo utilizando la clasificación flexible de Ugo Mattei. Resalta la utilidad para el acto comparativo de nuevas corrientes y vocablos: estructuralismo, formantes jurídicos, criptotipos, derecho mudo. Sacco, Watson y seguidores, para tomar en serio el derecho comparado.

Abstract: In this essay the author analyses Samuel's responses to the debate on comparative law, theory, method, techniques, methodology, interdiscipline; his proposals about dichotomies, new paradigms and intelligibility schemes. She connects Samuel's ideas to Pegoraro and Legrand's regarding ductile classifications of legal systems and flexible taxonomy in comparative law. She expands a novel and significant proposal by Saavedra Velazco who postulates moving away from Eurocentrism utilizing Ugo Mattei's flexible classification. She highlights the usefulness for the comparative act of the new currents and terms: structuralism, legal for-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomada en Derecho Comparado (Universidad Atila Josep en Sèged, Hungría). Profesora Titular de Metodología de la Investigación Jurídica (UCC). Profesora de módulos de Derecho Comparado en Especialidades y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y Universidad Siglo21). Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Juez de la Sala VI de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Co Directora de la carrera Interinstitucional de Derecho Laboral (UNC, UCC y Universidad del Litoral). Directora del Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica de la UNC Contacto: mcpina@hotmail.com.ar

mants, cryptotypes, mute law. With Sacco, Watson and followers she aims to take comparative law seriously.

Palabras Claves: Comparación jurídica, taxonomía, sistemas jurídicos, clasificaciones, trasplantes, valores, formantes, criptotipos.

Key Words: *Comparative law, taxonomy, legal systems, classifications, transplants, values, formants, cryptotypes.*

I. Introducción

A veces el título de una obra puede constituir un acierto. Puede incluso producir impacto en quien busca ansioso algún material que esclarezca un ámbito difuminado, controversial y poco explorado que lo inquieta desde hace mucho tiempo y lo convoca a conocer y escribir.

Encontrar ese título, es un estímulo. Descubrir que la labor resulta atinada, profunda y avizora un pensamiento nuevo, es como ver luz en el túnel.

Se trata, en este caso, de la obra titulada, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, cuyo autor, Geoffrey Samuel¹ propone una presentación del tema de manera sistémica y esquemática, advierte sobre la dificultad de definir los términos “teoría” y “método” de manera abstracta y de la complejidad en las problemáticas asociadas a la metodología en las ciencias sociales.

A la pregunta ¿se busca explicar (causalmente) un fenómeno o entenderlo (interpretarlo)?, responde que estos diferentes abordajes conllevan diferentes métodos.

La elección de un determinado método, implica la elección de un determinado abordaje teórico. La metodología se relaciona tanto con la epistemología en lo que concierne a cómo se construyen los métodos y cómo llevan a un conocimiento que tenga un valor objetivo, como con la teoría. Y es debatible la cuestión de si se puede distinguir claramente entre el derecho comparado como disciplina y los métodos que se asocian con este.

¹ SAMUEL Geoffrey. (2014). *Introducción al Método y Teoría del Derecho Comparado*. [An Introduction to Comparative Law Theory and Method.] Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. La traducción del original al castellano (o español) fue realizada por la autora, razón por la cual dicha traducción no se considera una cita textual, sino una paráfrasis y es el motivo por el cual el párrafo traducido no se entrecomilló.

La respuesta dada por Goeffrey Samuel al debate respecto de si la comparación jurídica es una disciplina, una perspectiva o un método, es que depende de lo que se entiende por “método”. Si se considera al método como una cuestión epistemológica y encastrada en la teoría, que es el abordaje elegido por él; la dicotomía entre “método” y “perspectiva” se vuelve mucho más tenue. Método y metodología abarcarán, no solamente técnicas de razonamiento como la inducción, deducción y analogía, sino también esquemas de inteligibilidad, la teoría y orientaciones paradigmáticas.

Señala que en los últimos veinte años ha habido una inmensa producción sobre derecho comparado y mucha de ella dedicada a los métodos y que además, se puede poner en tela de juicio que la metodología del derecho comparado esté aún en una etapa “experimental” (Zweigert & Kötz, 1998), aunque todavía existen pocos trabajos dedicados exclusivamente a la metodología del derecho comparado.

En la producción analizada, Samuel se plantea poner de manifiesto y evaluar críticamente las principales dicotomías metodológicas —por ejemplo entre esquemas funcionales y no funcionales, entre comparaciones genealógicas y analógicas, entre abordajes universalistas y diferenciales, entre perspectivas internas y externas y resalta además la importancia de la cuestión de los comparables—. ²

II. Afirmaciones fuertes

Notable sonoridad produce la categórica expresión del jurista inglés, conclusiva en su obra, cuando afirma que la metodología del derecho comparado no puede divorciarse de la metodología de la investigación en general y esta no se puede divorciar de la epistemología. ³

Llama también a reflexión verificar que, otro jurista, en otra dimensión espacial, pero contemporánea y en parangón con lo expuesto antes, Lucio Pegoraro (Bolonia, 2019), expresa enfáticamente que los comparativistas somos investigadores. ⁴

² SAMUEL G. (2014). En Introducción, págs. 2,3 op. cit,

³ SAMUEL G. (2014). En Introducción, págs. 1, 2. op. Cit.

⁴ PEGORARO, Lucio, en su disertación y en su carácter de Director del Seminario de “Metodología de la Comparación Jurídica” y de Coordinador del Centro de Estudios sobre América Latina del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad

Pierre Legrand, cuyas ideas resultan concordantes en este especio discursivo, advierte que no se puede ser comparatista sin ser interdisciplinario. Que la comparación jurídica está más estrechamente relacionada con las ciencias sociales, de las cuales ha tomado prestado sus métodos, que de la “pura” investigación normativa que parece caracterizar otros tipos de investigación jurídica. Afirma además que la materia requiere un compromiso con la teoría.⁵

Lo dicho no conlleva al abandono de la investigación jurídica tradicional, sino todo lo contrario. La historia del derecho, así como la teoría del derecho, son esenciales para la comprensión no solo del propio sistema, sino del sistema del otro, ya que estos últimos proveen importantes medios de acceso a las mentalidades jurídicas.

En otro orden, el jurista francés rechaza enfáticamente el trabajo de método propuesto por Zweigert y Kötz de una *praesumptio similitudinis*⁶ y en cambio afirma una regla de trabajo de una “presunción de diferencia”. Incluso mucho podría depender, sobre el nivel que uno opera y el plan de inteligibilidad que uno pone en juego. La similitud y la diferencia no son siempre fijos absolutos y pueden a menudo estar valoradas solo en una manera relativa.

Aclara Samuel que este supuesto de similitud versus el de diferencia no es un choque de dos absolutos metodológicos ya que similitud y diferencia, ya dicho por Merryman, funcionan en diferentes niveles. En un nivel puede haber una diferencia fundamental entre dos objetos de comparación, pero si se mueve otro nivel uno encuentra similitud. La comparación puede así involucrar un movimiento continuo entre “niveles de comparación”, dependiente quizás estos niveles de un tercer objeto de comparación.

En torno a este compendio, Samuel señala que la metodología relaciona tres niveles:

1. Los distintos métodos o técnicas (inducción, deducción, analogía, diferencial, genealógico, etc.),
2. Los esquemas de inteligibilidad: Toda aseveración capaz de comunicar al que oye o lee un significado explícito, de modo que pueda juzgar que dicho

de Bolonia, Bolonia, junio 2019.

⁵ LEGRAND, Pierre, (ed) (1992) *Common law d'un siècle l'autre* (Blais) — (1995a) ‘Comparative Legal Studies and Commitment to Theory’ 58 *Modern Law Review* 262 y ‘How to Compare Now’ 16 *Legal Studies* 232, citado por Samuel G. op cit.

⁶ ZWIEGERT, K, AND KÖTZ, H (1998) *An Introduction to Comparative Law* (Oxford, 3 rd edn; trans. Weir, T).

significado está o no libre de contradicción. (Causal, estructural, funcional, hermenéutico, de acción y dialéctico),

3. Los paradigmas (holístico/individualista, orden/caos, naturaleza/cultura, etc.).

En cuanto al segundo nivel —los esquemas de inteligibilidad— sostiene que es tal vez el que ofrece la llave para entender las controversias entre comparatistas.

De lo expresado se infieren dos premisas fundamentales:

a. Samuel insiste en la importancia para el investigador de aclarar y precisar el método y la orientación que va a seguir, cuando se aboca a la tarea de un estudio comparativo de un objeto dentro del derecho, ya que diferentes métodos tienen como resultado diferentes tipos de conocimiento.

b. Discute los problemas y promesas, fortalezas y debilidades de la comparación jurídica, además de exhibir la importancia de formular una adecuada pregunta de investigación para evitar algunos peligros en el acto comparativo.

Sobre el particular, advierte enfáticamente respecto al riesgo del reduccionismo científico, el imperialismo jurídico y la tentación de la armonización.

En esta etapa del análisis, aborda dos temas íntimamente relacionados, lo que se entiende por “comparación” y lo que se entiende por “Derecho”.

Respecto del primero, expresa que de los esquemas de inteligibilidad que se pueden aplicar a la comparación jurídica, tal vez el más conocido es el funcionalismo que Zweigert & Kötz le han dado el estamento de principio del derecho comparado.

Al exhibir el funcionalismo sus limitaciones y problemas, conviene estudiar las alternativas, entre las que menciona las siguientes: el estructuralismo, el accionalismo, la dialéctica, la hermenéutica, etc. y que estos esquemas se pueden y a veces se suelen combinar. En relación a lo último, postula como ejemplos el funcionalismo con el estructuralismo, el accionalismo con la dialéctica, la hermenéutica con la lógica jurídica, etc.

Estos esquemas de inteligibilidad responden a su vez a orientaciones paradigmáticas tales como: holismo vs. individualismo; orden vs. caos; naturaleza vs. cultura.

En cuanto a lo que es el Derecho, se declara en contra del imperialismo jurídico. Advierte que el comparatista debe tener mucho cuidado de no imponer al ordenamiento que estudia su propio concepto de derecho. Y ello así, porque

el concepto de Derecho puede variar sustancialmente según la concepción de la que se parte, ya que además del clásico modelo de la regla, vigente en el derecho continental, existen otras concepciones y entre ellas, alude al modelo realista y las mentalidades.

En consonancia con lo afirmado, Prieto Sanchís advierte sobre la necesidad de explicitar la concepción del Derecho que va a asumirse y desde la cual partirá la indagación, ya que ello dará cuenta de la necesidad de contextualizar la misma en una determinada visión jusfilosófica. Todo lo dicho, sin descuidar la Teoría General del Derecho.⁷

Es conocido que junto a las diferentes dogmáticas, que tienen como objeto el estudio del Derecho Positivo vigente, la Teoría del Derecho pretende alcanzar un mayor nivel de abstracción, dando cuenta de la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos en general o, cuanto menos, de la fisonomía que presentan tales sistemas en la marco de la cultura jurídica moderna.

Consciente de que tal vez no resulte posible ni deseable una nítida y absoluta separación entre teoría y dogmática, puede ser útil ofrecer una construcción atenta a las concretas determinaciones del Derecho Positivo. Más aún cuando es el Derecho Comparado nuestro objeto de análisis y respecto del cual hay quienes incluso, han llegado a sostener que no existe. En la difuminada dimensión definitoria que el mismo exhibe, es razonable y conveniente validar la preocupación en torno a la cuestión metodológica.

Sin renunciar al enfoque y los problemas que caracterizan a la Teoría del Derecho, parece bueno contrastar sus aportes en el banco de pruebas del sistema normativo hoy vigente, que al fin y al cabo, representa el objeto fundamental de conocimiento para los operadores jurídicos, aunque no el único, por cierto. En este caso, la propuesta consistiría, en primer término, en identificar, minuciosamente, todas las fuentes y métodos de abordaje.

Bajo la plataforma proyectada, Samuel colige en que así lo que se puede comparar es amplio. Además de normas, categorías e instituciones, es posible hacerlo con conceptos jurídicos (como los de “derecho”, “interés”, “obligación”, “sujeto”, etc.), la figura del juez, la forma de concebir los hechos, los sistemas institucionales (las relaciones entre “personas”, “cosas” y “acciones”) y el lenguaje.

⁷ PRIETO SANCHIS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Editorial Trotta, España, 2005.

Es llamativo observar que desde una latitud y espacio temporal muy diferentes en los que magistralmente expusiera Mauro Capelletti su propuesta,⁸ Samuel aborda en su obra lo que nomina como “Problemas y promesas del derecho comparado” y existen en este último, notables puntos en común con la elaboración del jurista italiano vinculados a la indagación metodológica.

En relación a ellos, dice que el primero se relaciona con la definición del mismo, ya que se trata de un tema jurídico colmado de controversias y dificultades, en distintos niveles y ejemplifica con interrogantes tales como si ¿la mera descripción de sistemas jurídicos extranjeros, es derecho comparado o hace falta ir más allá? ¿Se trata de un simple método o de algo más? ¿El único método útil es el funcionalista, o se deben considerar otros? ¿Se debe presumir la similitud o la diferencia? El comparatista ideal ¿debería convertirse en un iniciado o debería mantenerse como forastero?

En un nivel epistemológico, los interrogantes articulados incluyen lo siguiente: ¿Cuál es el propósito de la comparación en los estudios jurídicos comparativos? ¿Qué se debería comparar? ¿Qué se entiende por comparación? ¿Qué se entiende por Derecho?

Se pregunta por último, respecto de la Teoría del Derecho comparado si ¿este se debe fundar en un compromiso con la teoría o constituye una simple técnica? Y en cuanto a la teoría de las familias o tradiciones jurídicas, ¿resulta útil? En la afirmativa, ¿cómo se deberían distinguir una de la otra?

En un trabajo anterior, dejé el final abierto. Fui solo en procura de resaltar la notable dimensión y entidad de estos interrogantes. Pude entrever la necesidad de una labor requirente de entereza y disciplina, más la adopción de una actitud reflexiva, tendiente a avizorar una dimensión aproximada sobre el status que hoy ostenta la cuestión del método en el derecho comparado.⁹

III. ¿Método o métodos del Derecho Comparado?

Alrededor del derecho comparado la controversia o dificultad más importante es el contenido. El interrogante es si ¿el comparatista tiene el “regalo de la liber-

⁸ CAPELLETTI, Mauro, “Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo” (cuatro estudios de derecho comparado), Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, págs. 16 a 18.

⁹ PIÑA María del Carmen, Utilidad y valor del método comparado, Cuaderno N° 2 del Instituto de Derecho Comparado de la Academia de Derecho de Córdoba, 2019.

tad” como proclamó una vez Kahn Freund, o hay un núcleo común a la materia?¹⁰

Antes de que se puedan examinar los métodos del derecho comparado, la misma materia necesita ser definida, dado que definición y método están totalmente enlazados. Alan Watson comenzó su propio libro sobre derecho comparado afirmando que el rango de respuesta a la pregunta de qué es derecho comparado es “sorprendente”.¹¹

La rareza del término “derecho comparado” se pone de manifiesto cuando uno intenta definirlo. A pesar de esta singularidad, el término francés *droit comparé*, el cual se traduce quizás mal en “derecho comparado”, ha sido descripto por un abogado académico francés como “(...) una disciplina intelectual que le permite al jurista ampliar su campo de investigación al incrementar el conocimiento de los fundamentos de su propio sistema legal”.

Agrega, sin embargo, que “(...) no puede ser sólo una materia académica y se debe traducir en consecuencias concretas, es decir en la influencia de las leyes entre ellos”. Le *droit comparé* —derecho comparado— parecería entonces tener tanto un estamento epistemológico como una función práctica. Waston sin embargo, sentenció con agudeza que es igualmente una materia que quizás, más que cualquier otra materia legal, está plagada por controversias y dificultades.

De nuevo en torno al derecho comparado, uno de los textos líderes sobre esta cuestión señala que “(...) ha habido muy poca escritura sistemática acerca de los métodos del derecho comparado”. Con el resultado, continúan diciendo, que aún hoy “(...) el método correcto debe ser descubierto principalmente por prueba y error gradual”. Comparatistas experimentados han aprendido que un método detallado no puede ser descartado por anticipado.

Pareciera que todo lo que se puede hacer es “(...) tomar un método como una hipótesis y probar su utilidad y factibilidad contra los resultados del trabajo actual con él”. Estas observaciones fueron sin duda pertinentes al tiempo de su publicación en 1998, pero debe decirse que a partir de aquel momento, la literatura sobre derecho comparado ha crecido inmensamente. Y esta nueva literatura tiene mucho para decir sobre métodos.

¹⁰ KAHN-FREUND, O (1966) ‘Comparative Law as an Academic Subject’ 82 *Law Quarterly Review* 40, citado por Samuel G., op cit.

¹¹ WATSON, Alan (1974) *Legal Transplants* (Scottish Academic Press), citado por Samuel G. op. cit.

Hoy, se podría cuestionar si la metodología del derecho comparado está aún en una etapa “experimental”. Aun así, posiblemente sea válido sostener que hay pocos libros dedicados solo a la metodología del derecho comparado.

Indudablemente, algunos juristas ven esto como algo bueno y puede verificarse la existencia de libros que afirman estar relacionados a la metodología del derecho comparado. Ahora bien, en una inspección más específica, no son ciertamente sistemáticos en su cobertura de método.

Al referirse a las debilidades que se observan en torno a ello, Samuel menciona algunas duraderas que dan origen a una tradición en la escritura legal comparativa que puede ser descripta en el mejor de los casos, como teóricamente débil y en el peor de los casos como sorprendentemente trivial.

Alude a la imposibilidad de remediar esto, pero se muestra ambicioso en su propuesta y confía en que su obra podría actuar como un estimulante para una nueva ola de literatura que comenzará a establecer una base más sistemática para la metodología, no solo para el derecho comparado, sino para el Derecho en general.

De un modo incitante expresa que, es tiempo para que los juristas comiencen a tomar el método seriamente.¹²

Esta afirmación trae a la memoria la célebre obra del filósofo americano Ronald Dworkin, que revolucionara la escuela de Oxford, al herir casi mortalmente la tesis defendida por su maestro, el profesor H. Hart, en cuanto la titulara Tomar los derechos en serio.¹³

Con un océano de distancia y algo más, aquí la pretensión es similar, en relación al derecho comparado. La cuestión consiste en indagar sobre un espacio poco explorado y controversial, como se dijo al principio.

Lo malo puede resultar lo que no se hace. Si lo que se obtiene es solo una mínima construcción en este ámbito de estudio, eso, sin duda significará más que la planicie.

¹² SAMUEL G. (2014), op. cit., págs. 10, 11.

¹³ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*. Ed. Ariel, 2012. Un artículo de Dworkin brillante y un clásico, ya forma parte de cualquier antología jurídica. Un trabajo redondo, simple, llano, con ideas muy importantes. Este trabajo está incluido en el libro de Ronald Dworkin, “Los derechos en serio”, 1977. Tan importante es esta obra que mueve a Hart a proponer como sucesor en su cátedra de Jurisprudencia en Oxford a Ronald Dworkin. Cuando éste sucede a aquel, tiene aproximadamente treinta y cinco años. Este aún no había publicado nada, era muy joven y muy brillante, ese artículo es la prueba cabal de ello. Más aún de hecho se dice que Ronald Dworkin ha marcado la agenda de la Filosofía Jurídica contemporánea de los últimos cuarenta años.

Si con ahínco y perseverancia se logra exponer algunos datos relevantes para el trabajo del comparatista tales como ¿qué se entiende por método o métodos en el Derecho Comparado?, nuevas propuestas, grados de avance, otras alternativas clasificatorias, redefinición de vocablos extraídos de estudios lingüísticos y fonéticos con algún nivel univocidad, justificación y un poco de consenso, la ambición de esta búsqueda se habrá colmado.

IV. La taxonomía, una valiosa herramienta

Mi propuesta, como en otro emprendimiento, procura recoger algún nuevo enfoque o herramienta de utilidad que ayude a la comprensión en el estudio del método comparado, puesto que parafraseando a quien lo dijo, estoy segura en todo caso de que jamás podría cuerdamente intentar un trabajo conciso dentro del marco de una monografía.¹⁴

En este empeño, la obra de Samuel aclara en el prólogo que su propuesta no es un trabajo como tal sobre derecho comparado sustantivo y que en su libro no está abordando una comparación entre este y aquel sistema legal, de esta o aquella particular área de derecho o institución o de esta o aquella situación fáctica. Allí refiere algunos ejemplos sustanciales de derecho comparado, pero estos son ejemplos ya existentes en el trabajo de otros.

Lo relevante en este orden del análisis, es que procura enfocarse exclusivamente sobre los métodos del derecho comparado y las implicancias teóricas (epistemológicas) de estos varios métodos.

En conexión al enfoque emprendido, descubro un trabajo escrito por el jurista peruano Saavedra Velazco, al que asumo como un aporte de inestimable valor en mi búsqueda.

A partir de este hallazgo, me propongo explicitar aquí en el texto, sus ideas y propuestas, notables por su lucidez y claridad.

Es un dato incontrastable que la mayoría de los estudios vinculados a la cuestión de los métodos del Derecho Comparado, tiene su piedra angular en el eurocentrismo. Desde allí, previa teorización local, vagamente se observan líneas que se interesen por indagar sobre estos ámbitos en América Latina.

¹⁴ CARRIÓ, Genaro, Sobre los límites del lenguaje normativo. Ed. Astrea, 1973, pág. 13.

Esto así expresado, sin susceptibilidades ni reacción negativa, apunta a exhibir un espacio muy poco investigado en lo que a propuestas y desarrollos teóricos se refiere.

En relación a la tarea comparativa, el autor destacado consigna que “tendremos “productos nacionales” con baja calidad (o poco “valorados” dentro del mercado) o “productos extranjeros” que se perciben como valiosos y de calidad (normas, figuras doctrinales o fórmulas jurisprudenciales).¹⁵

En ese contexto, suscita la pregunta de si debemos importar estos productos o si es suficiente la producción nacional. El motivo estriba en que datos recientes son indicadores que se preferirá la importación jurídica (circulación de modelos), hecho que se llevará a cabo a través de los fenómenos denominados legal transplants.

Observa en algunos casos que entre los sistemas existe homogeneidad (convergencia jurídica) en las propuestas dirigidas a solucionar los inconvenientes que se perciben en la sociedad, pero hay construcciones que se muestran como económicamente deseables, pues facilitan la interpretación y la aplicación por parte del operador jurídico a cargo de tales labores, creando así los incentivos necesarios en los distintos miembros de la sociedad.

Por su parte, en otros casos, las propuestas serán heterogéneas y la elección de un producto importado se torna complicada ya que los costos económicos que se asumen son difícilmente cuantificables.

Exalta la necesidad de construir una nueva taxonomía de los sistemas, algo así como reglas de ordenación o calificación. Y sobre el punto, es válido referir que el concepto Taxonomía, es una noción que proviene de la Botánica.¹⁶

¹⁵ SAAVEDRA VELAZCO Renzo A., El método y el rol de la comparación jurídica. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica. *Advocatus*, S.I., n.025, págs. 193-244. Lima, 2011.

¹⁶ Taxonomía: cuya etimología viene del griego τάξις *táxis* ‘ordenamiento’ y νόμος *nómos* ‘norma’ o ‘regla’ es, en su sentido más general, la ciencia de la clasificación. Ciencia que trata de los principios, métodos y fines de la clasificación, generalmente científica; se aplica, en especial, dentro de la biología para la ordenación jerarquizada y sistemática de los grupos de animales y de vegetales; se ocupa de la clasificación de los seres vivos, encuadrándolos en categorías como orden, familia o género. También aparece conceptualizada como la clasificación u ordenación en grupos de cosas que tienen unas características comunes. Bajo este presupuesto puede y es usada en el mundo jurídico de modo sistemático, aunque a veces no se advierte suficientemente la utilidad de esta herramienta.

Constata que el punto a favor de la tendencia generalizada del legislador a la importación masiva de normas legales, figuras doctrinales y fórmulas jurisprudenciales, es que facilita la labor de quienes promueven el desarrollo de la comparación jurídica.

El sentido de tal ventaja, se encuentra en que torna evidente la necesidad de prestar atención a la opinión de juristas extranjeros porque son ellos quienes nos pueden explicar la función que tales productos jurídicos importados cumplían en sus sistemas de origen, así como brindarnos una guía sobre el modo en que ha sido efectuada su aplicación e interpretación.

En ese orden de ideas, puede destacarse el papel cumplido por la taxonomía propuesta, que no se percibe únicamente en el campo jurídico o en las ciencias naturales. Casi se podría asegurar que la propia centralidad de su rol es inherente al conocimiento humano, en la medida que facilita el acopio de la información, su procesamiento y en última instancia, su transmisión.

Se observa que parte importante del desarrollo alcanzado por el Derecho durante el siglo XIX, estuvo estrechamente vinculado con la aplicación de algunas categorías y métodos propios de las ciencias naturales.¹⁷ Y fue en ese contexto en el que se intentó estudiar las relaciones existentes entre los diversos componentes del engranaje jurídico, de modo similar al que un naturalista habría llevado adelante el análisis de un organismo vivo.

La finalidad que los juristas perseguían con la aplicación de este procedimiento, se centraba en comprender la manera en que operaban tales relaciones y las razones que explicaran por qué surgían estas relaciones. Por el contrario, la inquieta curiosidad del profesional del Derecho no quedaba allí, ya que intentaba formular una serie de postulados de carácter descriptivo que permitieran luego proponer soluciones a casos concretos.

El resultado de este procedimiento, demostró que en varias ocasiones, quien realizaba labores de investigación jurídica, se comportase como un filósofo o un matemático, y ello así porque en primer lugar, observaba el principio o el postulado formulado, para luego derivar —en vía de deducción— las consecuencias jurídicas que “necesariamente” tendrían que cumplirse y aplicarse en un caso u escenario concreto.

¹⁷ MENGONI, Luigi. Voz “Dogmatica giuridica”. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, págs. 2-3 (de la separata), citado por Saavedra Velazco, op. cit.

Del modo enunciado, al acercarse a cualquier tema con relevancia jurídica, el profesional del Derecho empleaba, prioritariamente, operaciones lógicas de deducción e inducción por lo que su razonamiento era básicamente de carácter silogístico.

La conclusión precedente se vincula con la drástica afirmación de Carlos Cossio al sostener que indudablemente no se puede abordar en forma rigurosamente científica ningún problema positivo del Derecho, si no se ha dominado y deslindado previamente la esfera de sus problemas lógicos.¹⁸

El método descripto no se limitó a los aspectos prácticos del Derecho, sino que se expandió a aquellos ámbitos discursivos donde se procuraba evaluar en abstracto las cualidades de cierto fenómeno, por lo que se podía aplicar a campos en los que el debate involucraba únicamente categorías jurídicas (incluyendo a ramas, sistemas o familias jurídicas).

Preocupa que una práctica de este tipo genere uno de dos vicios que debieran rechazarse de raíz. Uno consiste en un excesivo interés teórico por parte del estudioso, desatendiendo las consecuencias prácticas de sus posiciones, cuando no del trasfondo que cada una de las potenciales soluciones tiene (la preeminencia de un interés sobre otro), y el otro refiere la respuesta exactamente contraria, consistente en la atención absoluta sobre el caso concreto, menoscabando de ese modo el rol de las categorías y de las teorías, así como del impacto sistémico que podría ocasionarse con una praxis de este tipo.

Se infiere de este análisis, que la vía adecuada estaría dada por una combinación de ambas perspectivas, lo que significa que se deberá incentivar la creación teórica siempre que se sustente en la realidad empírica y solucione aquellos problemas que motivaron su formulación, todo lo cual permitirá evitar la abstracción de unos y la arbitrariedad de los otros.

Es evidente que necesariamente la labor conjunta de los teóricos y pragmáticos, le ha legado al campo jurídico más de una figura que conjuga la utilidad en el tráfico comercial y la riqueza conceptual.

¹⁸ COSSIO Carlos, La plenitud del ordenamiento jurídico, citado por Alchurron y Bulygin en Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Editorial Astrea, 1987, pág. 9.

V. El impacto valorativo de la taxonomía en la comparación jurídica

Hay consenso en el ámbito de la comparación jurídica, que los esfuerzos explicitados son conocidos; y en cuanto a la propuesta, es claro que la taxonomía, básicamente, permite que los juristas se comuniquen entre sí, sin que las nacionalidades o peculiaridades de sus sistemas jurídicos se conviertan en un escollo insuperable, a fin de discutir los problemas que comparten sus diversas sociedades. De este modo, podría afirmarse que esta mecánica facilitará que se formulen o se propongan soluciones derivadas de “principios” análogos.

En este orden de ideas, el papel que desempeña la taxonomía no se percibe únicamente en el campo jurídico o en las ciencias naturales y casi se podría asegurar que la propia centralidad de su rol es inherente al conocimiento humano, en la media que facilita el acopio de la información, su procesamiento y, en última instancia, su transmisión.

Es razonable en este contexto, admitir que “(...) la taxonomía es la gramática del discurso jurídico”¹⁹ y tener presente siempre que la gramática es meramente el conjunto de reglas que disciplina el uso de determinado lenguaje. Una gramática sin palabras con las que se puedan transmitir ideas o mensajes, es tan poco útil que difícilmente pueda empleársela como mecanismo de comunicación y lo más grave aún, señalarla como “lenguaje”.

En el derecho comparado se ha criticado el hecho de que la comparación jurídica no tiene un lenguaje propio, afirmándose además el hecho que en la práctica, cada investigador sigue un método propio.

Según lo relevado, claramente se puede inferir que las discusiones taxonómicas no hayan ocupado un lugar preponderante. Ello así porque en primer lugar debería haberse intentado alcanzar un número suficiente de interlocutores que empleen esta lengua para después recién enfrentar la compleja labor de regular su uso.

Es indudable que lo dicho es refutable si se sostiene que el uso diario de una lengua y no las reglas que puedan emitirse para disciplinarla, será lo que —en última instancia— fije la manera en que hablantes se comunican.

¹⁹ MATTEI, Ugo, Three patterns of law: Taxonomy and change in de world's legal systems. En *American Journal of Comparative Law*, vol XLV, num.1 1997, pág. 5 cit. por Saavedra Velazco.

Descubre con sorpresa el jurista peruano que en la comparación se dio precisamente lo contrario. Los comparatistas se centraron en las labores de clasificación más que en la creación y desarrollo del lenguaje en el que se comunican. Esta última tarea, que aún hoy se encuentra pendiente, e incluso puede afirmarse que el cabal cumplimiento de la misma se halla ligado al éxito o al fin de la comparación jurídica, es precisamente la que permite la difusión y la consolidación de un lenguaje, además de la utilidad que debieran percibir los hablantes, tanto para su aprendizaje, como para la comunicación con los demás.

Causa penuria detectar que la comparación jurídica no ha calado en todos los sistemas y la explicación de este defecto obedece a varias razones. Una, es que la ausencia de un lenguaje propio, sumado a la multiplicidad de perspectivas empleadas por quienes hacen comparación jurídica, sea como método de análisis jurídico, sea como rama del Derecho, ha significado un gran obstáculo para quien tenga interés en impulsar su difusión.

Existe consenso en que la comparación jurídica tiene gran utilidad para la comprensión y la mejora del derecho nacional, en especial cuando el sistema (o cultura jurídica) involucrado resulta débil o se muestra particularmente receptivo a fenómenos de importación jurídica. Puede afirmarse que el caso de Argentina, como el de Perú, encuadra perfectamente en esta descripción de cultura jurídica frágil. Sin embargo, la aplicación de la comparación jurídica, requiere sumo cuidado y quizás, un esfuerzo superior al de otras aproximaciones al Derecho.

Ese impulso se manifiesta en la atención que el estudioso deberá dispensar a la diversidad de metodologías que se reconducen a la comparación jurídica, las cuales no siempre son diferenciadas, y menos aún acerca de la diligencia con la que tendrá que evaluar los sistemas jurídicos bajo análisis.

Otro espacio que retrae, es un aumento notable de las dificultades enunciadas en las cátedras universitarias. Allí el profesor enfrenta la compleja tarea de explicar las ventajas para el estudio completo del derecho nacional que ofrece un método como la comparación jurídica, en especial cuando se advierte que el legislador es desde hace mucho tiempo, un prolífico —pero no exitoso— importador.

Aún en el supuesto que se supere ese obstáculo —difícil de lograr en países como Argentina, donde no hay cátedras de Derecho Comparado— el docente tropezarán con otra dificultad y es que a la fecha no hay en nuestros países y tam-

poco en nuestra lengua, estudios sobre el método a emplearse para encarar un emprendimiento de la dimensión expresada, que básicamente consiste en mejorar el derecho del país

De modo notable y con arrojo, el jurista peruano expone una visión panorámica de las perspectivas más usuales en la comparación jurídica moderna. Y al mismo tiempo aborda los diversos asuntos vinculados a la comparación jurídica que brinden, al menos parcialmente las reglas morfológicas y de sintaxis necesarias para el empleo de este lenguaje.

VI. Nuevos abordajes en la comparación jurídica

Ante la constatación cenagosa que ofrece la comparación jurídica, la propuesta elaborada por Saavedra Velazco demuestra un enfoque radicalmente novedoso y sólido, que exhibe buenos argumentos para predicar su utilidad en desarrollos futuros.

El primer tema que impulsa, rompe, o al menos deja fisurados —con los límites que exige el uso de la expresión— los paradigmas vigentes²⁰ plantea encuadrar en algunas pocas categorías la gran multiplicidad de sistemas jurídicos.

El sentido de la clasificación expuesta, busca ordenar la información, procesarla y luego transmitirla de manera coherente. Cumplida esa etapa, impulsa la posibilidad de focalizar la atención solo en los elementos que se presentan como definitorios de un sistema jurídico dado.

Del modo descripto, la taxonomía que se proponga podrá ayudar a predecir cómo y por qué se producen los cambios o mutaciones jurídicas en determinado sistema, sea producto de su interrelación con sistemas semejantes o por el contrario, con sistemas diametralmente diferentes.

Esta afirmación nos retrotrae a la magnífica propuesta de Mauro Capeletti, quien hablara de “predicción de desarrollos futuros”, y al comparatista rotulara de “profeta científico”. Allí, donde incitara a las generaciones futuras a animarse a elaborar su propia construcción.²¹

²⁰ PIÑA María del Carmen, La condición laboral y el Principio protectorio. Lerner Editora S.R.L. 207, pág. 226.

²¹ CAPELETTI, Mauro, op.cit, pag. 24

Resulta hoy una confirmación casi indiscutida, que la clasificación más conocida y mayoritariamente considerada en el mundo jurídico occidental como más importante, fue la creada por René David.²²

Saavedra Velazco sostiene que esa elaboración postuló dividir los sistemas jurídicos en cuatro grandes familias: el Common Law, el Civil Law, el derecho imperante en los países socialistas y en último lugar y como categoría casi residual, otras concepciones del derecho.

Como toda clasificación, la propuesta de David (año 1969) encontró fieles seguidores y detractores. Ello se verifica al observar que son muchos los comparatistas que la han censurado por considerarla fuertemente euro-céntrica. Se trata por cierto de una tacha frente a la cual es fácil encontrar adeptos. Posiblemente la razón de este ataque, sea que tiende a marginalizar los sistemas que no se han acoplado a una de las grandes familias del mundo occidental.

Al argumento referido cabe adicionar el hecho de que la humanidad entera ha enfrentado cambios sísmicos en su posición geográfica, desde la fecha en que fuera formulada aquella clasificación.

Un aspecto incuestionable es que la célebre construcción de René David constituyó una propuesta invalorable para su tiempo. Con ello se ratifica la enseñanza de Genaro Carrió, en cuanto que

“(…) las clasificaciones no son buenas ni malas, sino en cambio, son serviciales o inútiles, sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables”²³

Con ello se rescata el importante beneficio que acarreo su postulación, al ofrecer, a varias generaciones de estudiosos de la comparación jurídica, un marco de referencia para sus postulados.

²² DAVID, René y SPINOSI, Camille Jaufret. *I grandi sistema giuridici contemporanei*, Quinta edición italiana al cuidado de Rodolfo Sacco, Cedam, Padua, 2004, cit por Saavedra Velazco op. cit.

²³ CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, cuarta edición, 1990, pág. 99. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar en campo de relaciones o de fenómenos: el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica.

Rindió innegables frutos cuando aún no existía una creación de ese nivel y por lo demás, respondió acabadamente al espacio temporal en que fue producida.

Para quien predique su desactualización, o emita algún epíteto descalificante, convendría no olvidar el celo de un buen comparatista, consistente en estar alerta al contexto y la función en que dichos presupuestos fueron evaluados.

Si hoy la clasificación sugerida por David no reproduce fielmente la realidad, sería una necesidad ineludible pensar en su adaptación o su abandono. Este es el destino de cualquier categoría doctrinal u enfoque que pierda de vista el sentido esencialmente pragmático que inspiró su creación y por ello admitir que corre el riesgo de ser reformulada o desechada.

Es evidente que el desacuerdo con la realidad que hoy reviste la construcción del jurista francés, enfatiza la imperiosa necesidad de revisar las matrices utilizadas y pone el foco en un nuevo andamiaje del edificio a construir con labores taxonómicas acordes a los cambios copernicanos que se han producido a través del tiempo y en espacios diferentes.

En este derrotero es atinada la enseñanza de Pegoraro en cuanto sostiene: “(...) son mejores las clasificaciones dúctiles en el derecho. (...) No tengo la certeza de una clasificación rígida, pero como investigadores, podemos retomar y ductilizarlas. Para delimitar el ámbito de la investigación, ponemos en jaque elementos considerados válidos hasta ayer”.²⁴

VII. Nuevos valores en la propuesta clasificatoria

El jurista de Bolonia exhorta a adoptar una función crítica en la creación de los parámetros comparativos. También a identificar con cuidado y reflexión las características de los elementos clasificatorios; establecer la diferencia entre lo que es político de lo institucional y poner a veces en el centro este elemento o este parámetro, pero justificar porque y cómo se entiende y cómo funciona en la comparación.

²⁴ PEGORARO, Lucio, Seminario de “Metodología de la Comparación Jurídica”, Bolonia, junio 2019.

Incita enérgicamente a evitar la total subversión de los elementos tradicionales y remarca el hecho de que siempre estamos utilizando categorías del siglo pasado.

Refiere además que la ley aparecía como única fuente del poder normativo y que en cambio hoy se pueden utilizar las fuentes para escribir un libro sobre los formantes. El intérprete es el formante jurisprudencial y recuerda que Sacco rechaza la idea de que solo sea la ley.

Alude también a la existencia de distintos formantes que contribuyen a la configuración del derecho; verifica la presencia de formantes contradictorios observando casos en que se alejan del sentido de las palabras (supuesto donde aparece el activismo judicial) y destaca qué cosa es el trabajo científico.

En su obra y con arduo cometido, Saavedra Velazco pone el acento en el valor y provecho que puede extraerse de la elaboración efectuada por Ugo Mattei, consistente en una clasificación flexible: Tres patrones de la ley. Taxonomía y cambio en los sistemas legales del mundo. *Three patterns of law*.²⁵

El mérito que le atribuye a esta fórmula, estriba en que del modo descripto, se lograría incluir a todos los sistemas jurídicos (un requisito de toda taxonomía en la comparación jurídica) y tendría la virtud de lograr el abandono o al menos la revisión de un enfoque eurocéntrico.

Es razonable inferir que con esta nueva taxonomía, el Derecho sería, en esencia, una herramienta de organización social y no una construcción formal que necesariamente tiene que cumplir con el conjunto de postulados que se han erigido a priori, los que en su mayoría, son característicos de los modelos occidentales.

Del modo descripto, los sistemas jurídicos que hoy aparecen castigados a vivir en la periferia, según la clasificación de David, perderían tal calidad, y también se lograría interpretar cómo se producen ciertos cambios al interior de cada sistema jurídico.

El jurista peruano explica que ello ocurre porque las normas cuyo propósito consiste en la regulación de las relaciones sociales o la creación de incentivos para ciertas conductas, emanan básicamente de tres tipos de fuentes: políticas, jurídicas y filosóficas o religiosas.

La clasificación de David, en cambio, giraba en torno a la concepción occidental del Derecho, en la que se niega o descarta, con mayor o menor intensidad

²⁵ MATTEI, Ugo, op. cit. pág. 12.

y alcance, la trascendencia de la política o la entidad de las perspectivas filosófico-religiosas.

Verifica en la realidad profesional y académica, que los operadores jurídicos de occidente no prestan demasiada atención a aspectos de carácter político y/o filosófico/religioso. La razón de esta actitud se debe a que no se generan destrezas en su etapa de formación, que permitan percibir y comprender el Derecho como un sistema que es instituido por una entidad diferente a los ciudadanos, sea el legislador o sea el juez, quien deberá resolver, en términos expresos y de manera general, las materias de su competencia.

Un aspecto que reviste mayor entidad y digno de destacar, consiste en que a su vez, también en la etapa de formación, el adoctrinamiento tiende a que las fuentes tácitas o mudas sean ignoradas.

Resalta que es grave la omisión de este ámbito, importante por ser donde se produce la exclusión de aquellas fuentes que no requieren de un organismo externo a los ciudadanos del Derecho y con esta ideología, se tiende a crear una posición de resistencia o subestimación hacia tales fuentes.

Los sentimientos aludidos pueden explicarse por el hecho de que la sociedad o su sistema de creencias, participará en la creación de las normas jurídicas,²⁶ afectando con ello la percepción —casi consustancial a la visión europea u occidental— del carácter técnico del Derecho.

En otro orden, al observar cómo los operadores jurídicos interactúan con las fuentes enunciadas, razona afirmando que existen algunos patrones. Así, gracias a la dilucidación de los patrones, se podrá agrupar a los sistemas jurídicos de acuerdo a la fuente normativa que ostenta un rol preponderante, al operador que cobra protagonismo y el modo en se construyen las normas.

Conforme a la explicitación precedente, se identifica que los patrones en cuestión permiten resumir toda la complejidad de aquellos sistemas jurídicos, en básicamente tres categorías. Los sistemas se reconducirán a un sistema en el que impere primero el Derecho generado por los profesionales, en segundo lugar, el Derecho estimulado por la intervención política y por último, el Derecho basado en la tradición.

La realidad muestra que lo que habitualmente ocurre, es que se identifique que en los sistemas jurídicos en análisis, alguna de las fuentes aludidas desple-

²⁶ SACCO, Rodolfo, *Mute law* En: *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIII, num.3, 1995, pág. 455 y ss. Citado por Saavedra Velazco, op. cit.

gará un rol hegemónico. De esta constatación no deberá inferirse la ausencia de interacción entre ellas, ni menos aún su falta de vigencia. Es posible incluso que en ciertas áreas del Derecho, la fuente que tenga preeminencia resulte distinta a la que es distintiva para ese sistema jurídico en particular.

Las circunstancias mencionadas ponen de manifiesto la flexibilidad de la taxonomía sugerida y la propia complejidad de la realidad que se quiere aprehender.

Por las razones apuntadas sostiene la necesidad de dar un poco más de contenido a la clasificación sugerida y de resaltar algunas características de los patrones aludidos:²⁷

1. Cuando en un sistema existe hegemonía profesional, es decir, cuando impera el Derecho generado por los profesionales, se diferencia con total claridad el campo jurídico del campo político; y, a su vez, el proceso de creación normativo se encuentra profundamente secularizado.

La diferenciación entre ambos campos tiene como propósito hallar legitimidad en el tecnicismo —identificado como la aspiración racionalista— y no en justificaciones externas al Derecho, entendido esto último como la manifestación individualista, o más bien no positivista. Es por tanto factible explicar porque, en términos generales, estos sistemas guardan una estrecha relación con la democracia (al menos a nivel de retórica expresa) y con el rule of law.

Conforme la conceptualización de Mattei, cabría aquí una sub-clasificación ulterior, la que serviría para desechar una discusión institucional en la comparación jurídica occidental. En efecto, al interior del presente patrón existirían tres familias jurídicas, para la mayoría de los estudiosos, muy conocidas. Y cita, en referencia al Common Law (Inglaterra, Estados Unidos, Australia, etc.), al Civil Law (Alemania, Francia, Italia, Portugal, Perú, etc.) y a los Mixed Legal Systems (Israel, Escocia, Sudáfrica, etc.).

2. Cuando en un sistema existe hegemonía política (o mejor aún, cuando impera el Derecho estimulado por la intervención política) no se produce per se la diferencia entre el campo jurídico y el campo político. Por este motivo, a menudo el proceso de creación normativo (consistente en la toma de decisiones jurídicas) se ve influido por las relaciones políticas.

Las intrusiones aludidas no son accidentales, ni mucho menos esporádicas (participación que, a nivel de discurso, resulta patológico en los términos del

²⁷ MATTEI, Ugo, pág. 5 cit. por Saavedra Velazco, op.cit.

patrón precedente), sino que resultan normales u ordinarias, sobre todo en las relaciones entre el Estado y los particulares.

De lo dicho cabe inferir que el concepto poder gubernamental limitado no se encuentra claramente incorporado en tales sistemas jurídicos. Y es por ello que la actuación de los operadores jurídicos se regirá por factores exógenos al Derecho, entendido ello en términos meramente técnicos.

Como corolario se verifica que la legitimidad de los sistemas jurídicos que siguen este patrón, se sustenta de modo ad hoc, vale decir, en atención a las necesidades del momento en el que se toma la decisión y a las ventajas anexas a dicha decisión. Se trata de una valoración que se replicará e impactará en la legitimidad del gobierno y de las conductas realizadas.

Para este espacio propone ulteriormente una sub-clasificación y en este patrón se hallarían otras dos familias jurídicas, las que diferenciarían conforme a la estancia temporal en que políticamente se encuentran. Según ello, existirían, los sistemas en transición (donde se ubicarían las ex repúblicas socialistas soviéticas) y los sistemas en desarrollo.

3. Cuando en un sistema existe hegemonía filosófico-religiosa (o, dicho en otros términos, cuando impera la tradición) no se produce una diferencia entre el campo jurídico y el filosófico-religioso, por lo que la dimensión individual y la social se encuentran vinculadas entre sí. No obstante ello, hay figuras o instituciones jurídicas al interior de los sistemas que siguen este patrón.

Es posible que la única verdadera diferencia entre este patrón respecto de los demás se centra en que su legitimidad no se construye a través de una retórica técnica o si se quiere de la satisfacción de las necesidades de un momento específico, sino por la existencia de un orden sobrenatural, el cual debe ser seguido y respetado.

Aquí la sub-clasificación ulterior se limitaría a dos familias y en síntesis. En síntesis, existirían: a) sistemas orientales y b) sistemas islámicos.

Hasta aquí se observa con nitidez, como los sistemas jurídicos mutan o se adaptan. De ello se deriva que de nuevo y tal lo que sistemáticamente ocurre en los últimos años, los hallazgos de algunas de las ciencias sociales ayudarán a comprender los mecanismos que se despliegan en cada uno de los sistemas para facilitarles la adaptación a las exigencias del mundo actual y es el caso de los nuevos contextos a reglar. Aquí la antropología y la sociología son de suma utilidad para la comprensión de estos fenómenos.

Vinculado a ese análisis, Alessandro Soma señala que el enfoque antropológico permite que identificar y comprender las causas de la mutación, merced a las reflexiones que tales ciencias realizaron por el influjo de las corrientes evolucionistas y difusionistas. Por su parte, la perspectiva sociológica brindará los esquemas que se observan en los cambios de discurso y en los cambios sociales, así como en los nexos de ambas modificaciones.²⁸

De lo expuesto se deriva razonablemente el hecho de que las familias jurídicas que exhiben un patrón similar, se hallarán en mejores condiciones de influenciarse recíprocamente, puesto que la labor del operador se encuentra allanada debido precisamente a las similitudes.

Podría entonces augurarse, como el profeta científico al que aludiera Mauro Capelletti, que la influencia entre tales sistemas se presentará de manera sencilla y consistente; mientras que en el caso de sistemas que forman parte de patrones distintos, el margen de influencia se reduce en modo significativo.

Como inigualable precursor en su tierra, Sacco refiere la existencia de una multiplicidad de mecanismos o vías por las cuales los sistemas jurídicos se desarrollan. El análisis de la difusión o circulación de los modelos jurídicos, se constata empíricamente, que es una de las maneras usuales en que se producen las mutaciones jurídicas y es por eso que se erige en uno de los asuntos que con mayor frecuencia abordan los comparatistas, siendo además el enfoque predilecto de las denominadas corrientes estructuralistas.

VIII. Otras corrientes y otras voces: formante jurídico y criptotipo

El contenido de este estudio puede verse reforzado si refiere que las identificadas como corrientes estructuralistas, son aquellas que pretenden explicar y comprender los sistemas jurídicos en función al análisis de las posibles relaciones entre componentes.²⁹ Esta aproximación se generó, fundamentalmente, en las

²⁸ SOMMA, Alessandro, Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. nueva serie, año XXXIX, núm. 116, 2006, pág. 535 y ss., ivi pág. 537. Citado por Saavedra Velasco, op. Cit, pág. 204.

²⁹ MATTEI, Ugo y DI ROBILANT, Anna. The art and science of critical scholarship: Postmodernism and international style in the legal architecture of Europe. En: Tulane Law Review. Vol. LXXV, núm. 4, 2001, pág. 1053 y ss., ivi pág. 1078, quienes señalan que el "(...) [e]structuralismo apunta a comprender un sistema observando la relación entre

ciencias sociales y en las ciencias cognitivas, pero ha logrado extenderse a nuevos grupos como las matemáticas y hace algunas décadas al Derecho.

En la investigación comparada de corte estructuralista es necesario identificar, al menos, las siguientes características:

1. No persiguen ningún objetivo o finalidad, más que el propio conocimiento (Sacco).

2. El desarrollo del derecho patrio se produce, básicamente a través de trasplantes jurídicos o préstamos jurídicos, los cuales se revelan en la realidad como fenómenos de imitación o de imposición.

3. Se efectúa una descripción científica, sin cargas valorativas de la manera en que se interrelacionan los elementos al interior de un mismo sistema jurídico o con elementos de otro sistema (Somma).

Es indiscutible hoy el consenso en cuanto que los líderes intelectuales, dentro de esta perspectiva de análisis, son Rodolfo Sacco y Alan Waston.

Por su parte, la construcción de Rodolfo Sacco resulta particularmente interesante debido a que toma prestado de los estudios lingüísticos y fonéticos una diversidad de conceptos, para luego, reformularlos con el propósito de emplearlos en las investigaciones jurídicas.³⁰

Fue a través de dicha tarea que se acuñó el término “formante jurídico”,³¹ posiblemente la voz que mayor éxito y difusión ha tenido en el campo de la comparación jurídica, a fin de resumir, en términos muy sencillos, la manera en que se descomponen las fuentes (y el contenido) de las diversas reglas existentes al interior de cierto sistema jurídico. Con el empleo de este concepto, se demos-

tramos sus elementos (“formantes” en la terminología de Sacco) que erigen la estructura del sistema. El estructuralismo se inicia en la lingüística (Ferdinand de Saussure, Noam Chomsky, Roman Jakobson, Emile Beneviste) y encontró su camino hacia la antropología (Claude Levi Strauss), el psicoanálisis (Jacques Lacan), psicología (Jean Piaget), filosofía (Louis Althusser, Michel Foucault), semiótica (Umberto Eco), y, finalmente, en el Derecho. El estructuralismo intenta desarrollar un método científico describiendo el derecho que gobierna la relación entre los elementos de una estructura y entre la estructura y el sistema en su totalidad.”, citado por Saavedra Velazco op cit, pág. 207.

³⁰ SACCO, Rodolfo, *Introduzione al Diritto Comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990, pág. 43 y ss.

³¹ SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. En la fonética se entiende por formante al pico de intensidad en el espectro de un sonido, lo cual nos permite diferenciar el habla. Por su parte, en el campo jurídico el término acuñado tiene como propósito llamar la atención del operador acerca de cómo la regla promulgada puede no ser en los hechos la regla que es aplicada o incluso la regla puede encontrarse deformada o complementada por las interpretaciones doctrinales., op.cit. pág. 208.

traba el equívoco de aquella posición que pregona la unidad del sistema jurídico (tan propia y cara al positivismo jurídico).

Carnota, en este contexto de análisis, denota que lo que no se queda quieto y demuestra la esencial vitalidad del Derecho, son precisamente los “formantes”.³² Ello así, porque

“(…) el método comparativo es el opuesto al dogmático. El método comparativo se funda en la observación real de los elementos en funcionamiento en un determinado sistema jurídico. El método dogmático se funda en el razonamiento analítico. El método comparado examina el modo en que, en varios sistemas jurídicos, los juristas trabajan con reglas específicas y categorías generales. El método dogmático ofrece definiciones abstractas.”³³

Observa que no solo los formantes se mueven en una única dirección y menciona los recientes escritos de Pegoraro acerca de los “formantes horizontales y verticales”, resultando estos últimos relevantes en el diseño constitucional de un Estado federal, quien además se ocupa análogamente del rol de los formantes en la construcción de la integración europea.³⁴

Los formantes nos demuestran que no todo el derecho se reduce a la *lex scripta*; hay mucho más derecho en otros lados, en otros lugares, en verdaderos “agujeros negros” del orden jurídico.³⁵ Para el comparatista es esencial determinar si circula la ley, la sentencia sobre la ley o el comentario sobre la ley. No

³² CARNOTA, Walter, Los formantes y sus implicancias comparatistas y domésticas, www.eldial.com: Biblioteca Jurídica Online, Argentina. Consulta efectuada con fecha 20.04.20.

³³ V.SACCO, Roberto, Legal Formants: A Dynamic Approach...art. cit. pág. 25. Citado por Carnota, Walter, art. cit.

³⁴ V. PEGORARO, Lucio, “Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: La circulación horizontal y vertical entre formantes”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* número 17, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, pág. 257. Citado por Carnota, Walter, art. cit.

³⁵ TRIBE señala que así como en la física la “materia oscura” y la “energía oscura” definen al universo que ocupamos, “la Constitución invisible se halla en el centro del significado de la Constitución y de su inestimable valor”. V. TRIBE, Laurence, *The Invisible Constitution*, New York, Oxford University Press, 2008, pág. 22. Citado por Carnota, Walter, art. cit.

siempre coinciden, las reglas no son unívocas³⁶ y esas divergencias entorpecen la labor científica e interpretativa. Es bueno que también, de cara al derecho doméstico, tener bien en claro esas disonancias, para saber, después de todo, de qué se está hablando.

Los “transplantes jurídicos” no son sencillos señala y explica que la noción “bio-constitucional” como hay pocas, expresa acabadamente que

“(…) los cortes en general crecen pareciéndose a la planta de la que provienen, pero a veces se ramifican y crecen en direcciones completamente distintas. Pueden también ser matadas por mal mantenimiento, atontadas por poco apoyo, o incentivadas de mejorar a la originaria por condiciones superiores”.³⁷

La disparidad en cuanto “qué es lo que circula” es la que lleva a equívocos por diferencias de contenidos. Se afirma que no circula siempre lo mismo y las preguntas giran en torno a ¿qué es lo que migra de un orden jurídico a otro, lo que arraiga en otro lugar? ¿Qué es lo que, en definitiva, se transplanta?

Responde que se trasplanta —en la terminología usada por Roberto Sacco y sus seguidores— los “formantes” antes que las simples (y no unívocas) reglas jurídicas, es decir, los enunciados ya sean volcados en la ley, en la jurisprudencia o en la doctrina. Eventualmente, y de modo menos habitual aún, circularán “criptotipos” o formantes no verbalizados.³⁸

En orden a las ideas expuestas, existirían tres formantes: el formante legal, el formante doctrinal y el formante jurisprudencial. Conforme a esta propuesta, los diversos formantes pueden coincidir entre sí en la manera en que enfrentan determinado aspecto de relevancia jurídica o bien pueden arribar a soluciones diversas.

³⁶ La teoría de los formantes posibilitó una alternativa, aunque no absolutamente completa, al positivismo de cuño kelseniano. V. GRANDE, Elisabetta, “Development of Comparative Law in Italy”, en REIMANN, Mathias, y ZIMMERMANN, Reinhard (Editores), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pág. 115. Citado por Carnota, Walter, art. cit.

³⁷ El derecho viviente requiere del formante legal, del jurisprudencial y del doctrinal. V. PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Comparado México*, UNAM, 2006, pág. 50. Citado por Carnota, Walter, art. cit.

³⁸ Ver, por todos, SACCO, Roberto, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, en *American Journal of Comparative Law* vol.39, núm.1, invierno de 1991, págs. 1 a 34. Citado por Carnota, W. en art. cit.

Para el tema en análisis, que hoy muestra estamento notable en los estudios comparativos del Derecho, aunque muy poco explorado entre los comparatistas en Argentina, apelar a ejemplos extractados de la labor investigativa tal vez podría contribuir a su internalización.

1º caso. Si el investigador intentara revisar si en Colombia son justiciables los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Debe asumir en primer lugar que el ordenamiento jurídico de ese país, regula dicho tema en un artículo particular de la Constitución Política. Desde esta perspectiva, el investigador buscará en la Constitución colombiana si en los artículos de dicho texto se verifica la justiciabilidad de los DESC.

Con la simple lectura del art. 86 y del título II de la Constitución, podría concluir que en Colombia solamente son justiciables los derechos fundamentales —según el texto expreso del art. 86—. Sin embargo, quien indaga podría equivocarse en este punto si su comparación se remite solamente a textos constitucionales y en su caso, no habrá hecho una comparación precisa. Para que así sea, debe tener en cuenta que en Colombia, una de las fuentes primordiales para conocer sobre la protección de los derechos, es la jurisprudencia de la Corte Constitucional.³⁹

2º caso. Emerge el derecho italiano, y concierne al debate sobre la naturaleza de la culpa in contrahendo. En este supuesto el interrogante sería: ¿cuál es la solución al interior del sistema italiano? Por un lado, en el formante legal se dicta, en el art. 1337 del Codice Civile, que en los tratos preliminares, las partes deben comportarse de acuerdo a la buena fe y por ende la responsabilidad de su violación sería contractual; por otro lado, en el formante jurisprudencial se sostiene que la verdadera naturaleza de esta responsabilidad es extracontractual, a pesar que el hecho generador de responsabilidad importa la violación de la norma antes aludida (conforme textos de la doctrina contractual) y por último, el sector mayoritario del formante doctrinal italiano sostiene que la responsabilidad precontractual es de naturaleza contractual por la existencia de una relación jurídica obligatoria que carece de deber primario de prestación, o si se quiere, una obligación de fuente legal cuyo contenido son solo deberes de protección.⁴⁰

3º caso. Carnota señala que es cada vez más notoria la relevancia que adquiere la jurisprudencia en los sistemas del “Civil Law”. El “equilibrio” del art.

³⁹ SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, op. cit., pág. 208.

⁴⁰ SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, op. cit., pág. 208.

114 de la Constitución argentina reformada significó una cosa para el legislador, y otra para los sentenciadores del caso “Rizzo”, que invalidaron la Ley N° 26.855 que convocaba a elecciones para su conformación por parte del cuerpo electoral.⁴¹

Incluye también en este ámbito el papel de la doctrina, a la que califica como siempre huidiza y reacia a cualquier intento clasificatorio cuando de fuentes del derecho se trata y afirma que muchas veces los autores nos topamos con un determinado concepto, y le damos —sin querer— una acepción por ahí bien distinta que la que pretendieron los creadores de la norma.

La lógica de los formantes, como se observa, no solo permite explicar con un lenguaje muy llano y sistemático las diferencias (o asonancias) que se presentan en el interior de un sistema jurídico, sino que además, contribuye a identificar cómo los diversos criterios involucrados en el caso se encuentran en la aptitud de alterar la “regla operativa”. La trascendencia de este último factor resulta patente, en especial, al momento en que se estudia “el” Derecho.

Con una propuesta de este cariz se torna más sencilla la labor de seguimiento de los fenómenos de circulación de modelos jurídicos, un tópico al que Sacco le ha dispensado un vivo interés. En efecto, la circulación de los modelos jurídicos es claramente el mecanismo en el cual opera la difusión de fórmulas jurisprudenciales, reglas legales o construcciones teóricas. No obstante ello, conviene decir algo sobre las razones que justifican tal fenómeno.

IX. Imposición y/o prestigio

Históricamente, las principales razones que explican el por qué se efectúa un trasplante jurídico son la imposición y/o el prestigio, tema sobre el que valdría la pena revalidar su indagación en cuanto a lo que sucede hoy en el mundo.⁴²

Es criticable esta manera de observar los fenómenos de cambio o mutación jurídica, pero resulta incuestionable que los trasplantes ocurren, negarlo sería tan provechoso como arar en el mar.⁴³

⁴¹ CARNOTA, Walter, art. cit.

⁴² SACCO, Rodolfo. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I), cit., pág. 398, Citado por Saavedra Velazco, op. cit. 398.

⁴³ SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, op. cit., pág. 209.

En ocasiones, un legal borrowing (o préstamo jurídico) se produce a través de la imposición o por la admiración que un sistema foráneo genera o puede decirse que es la simpatía por las soluciones de su judicatura, sus construcciones teóricas o sus reglas legales. Curiosamente, la bondad (o el éxito) del préstamo, no siempre guarda una relación directa con la razón que lo motivó. Por el contrario, si bien también existen casos en los que el trasplante se sustentó en la admiración o el prestigio, resulta lógico predecir que tal justificación no basta para garantizar el éxito de la operación.⁴⁴

Entre las razones probables para explicar este particular fenómeno, Saavedra Velazco propone como de utilidad las siguientes respuestas:

- 1.- El desconocimiento del importador sobre cómo se interpretaba o aplicaba la regla, fórmula o teoría trasplantada en su país de origen;
- 2.- La ausencia de un proceso de preparación del sistema que recibirá el trasplante; un proceso que estaría dirigido a lograr que la regla, fórmula o teoría trasplantada no sea percibida como un ente extraño, ya que después es verificable que generaría la denominada reacción de “irritación”;
- 3.- El contexto social, económico, político o cultural del país de origen es totalmente distinto al del país receptor. En su caso, las condiciones que fueron las que tornaron a la solución exitosa, quizás no pueden replicarse en el sistema del país importador, por lo que el préstamo resultará en sí mismo inaplicable o generará perturbaciones de carácter sistémico.⁴⁵

De lo expuesto se percibe que la manera en que se ejecuta el préstamo es muy importante para su éxito. Por lo general, en la mayoría de sistemas jurídicos, el proceso de importación normativo es defectuoso y a lo sumo resulta parcial o insuficiente. La afirmación precedente es fácilmente constatable en nuestros ámbitos legislativos.⁴⁶

Hay evidencia en cuanto a la multiplicidad de países que toman discursos foráneos sin haber previamente procesado de manera adecuada ni razonable todas sus virtudes y defectos; sin que se repare en el recorrido que tuvieron que cumplirse para la adaptación a las legislaciones nacionales y al law in action. El

⁴⁴ SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (Installment I), cit., pág. 398, Citado por Saavedra Velazco, op. cit. pág. 209.

⁴⁵ SAAVEDRA VELAZCO, Renzo, op. cit., pág. 209.

⁴⁶ PIÑA, María del Carmen, *Reformas laborales y derecho comparado. Valores en conflicto*. Ponencia presentada al Seminario de “Metodología de la Comparación jurídica” en el marco del curso, Bolonia, 27.06. 2019.

jurista peruano resalta aquí otra prueba del interés que debe darse al derecho mudo *mute law* y al discurso sobre los legal formants.⁴⁷

Es claro entonces, tal como ha sido analizado por un sector importante de la doctrina, que si existen problemas al realizar importaciones en los formantes doctrinales de dos sistemas jurídicos, cuanto más puede esperarse (o imaginarse) cuando se procede a un préstamo en el formante jurisprudencial? o, peor aún, en el legal (el cual, contradictoriamente, ha sido el más prolífico pues los legisladores, no siempre tienen —ni tendrían por qué tenerlo— conocimiento jurídico, pero si les cabe responsabilidad por la escasa o nula asesoría de calidad).

Las nociones de imposición y prestigio son, por tanto, medulares para asimilar los fenómenos de circulación. Cuando se produce un préstamo o una importación, el operador no se limita exclusivamente a aprehender el discurso, norma o precedente; sino que, en mayor o menor medida, lo adapta, transforma o modifica.

Resulta obvio y en virtud a la justificación de la importación, que el proceso antes mencionado se presentará con mayor frecuencia y alcance. Si la importación se produce por admiración (o prestigio), el operador podrá intervenir con un mayor grado de libertad, a diferencia de si la razón de la importación es la imposición. En este último caso entonces, existe un margen de adaptación, producto de los formantes jurisprudencial y doctrinal.

Saavedra Velazco resalta el valor y utilidad de las ideas expresadas hace unos años por Mattei,⁴⁸ quien al referirse al liderazgo intelectual en la tradición jurídica occidental afirma que el desplazamiento del que aquí se discute, parece confirmar la regla de que el liderazgo intelectual no tiene mucho que ver con el aspecto práctico del Derecho. Ni tampoco con las reglas del derecho positivo que realmente produce un país o que copia de otro. En su lugar, se relaciona con las formas en las que se piensa el Derecho. De los cambios de liderazgo discutidos en este análisis, se verifica que cuando una cultura jurídica asume una estrecha aproximación positivista, que focaliza en sus particulares textos o asuntos locales, es menos probable que alcance el liderazgo dentro de la informada academia mundial.

⁴⁷ SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* Citado por Saavedra Velazco, op. cit. pág. 209.

⁴⁸ MATTEI, Ugo. *Why the wind changed: Intellectual Leadership in western law*, cit., pág. 195 y ss., ivi págs. 213-217, Citado por Saavedra Velazco, op. cit. pág. 210.

Si se cambia la referencia al liderazgo a fin de reemplazarla por prestigio⁴⁹ —si es que acaso fuese necesario ya que ambas ideas se encuentran en estrecha relación—, Anclaentonces se tiene un índice para comprender esta imagen tan imprecisa.

Asimismo, enlazado a la idea de prestigio,⁵⁰ tiene que recordarse que las reglas se encuentran muchas veces imbuidas explícitamente de elementos políticos. En estos casos la posibilidad de circulación de dichas reglas estará ligada directamente al éxito que alcance la idea a la cual se emparenta.

Significa entonces que las reglas que se presentan políticamente neutrales tenderán a circular con mayor facilidad que aquellas que posean una impronta política expresa, sea en un sentido o en otro. Esto se justifica en la aspiración al grado de libertad, a diferencia de si la razón de la importación es la imposición. Sin embargo, en este último caso existe un margen de adaptación producto de los formantes jurisprudencial y doctrinal.

Lucio Pegoraro, desde su cátedra en la Universidad de Bolonia y para la América Latina, enseña en el verano de 2019:

“(…) Es un deber cívico proponer nuevas categorías; estar atentos al lenguaje, a tareas de las clasificaciones y construcción de modelos, atentos a no utilizar esquemas del siglo pasado. Preguntarse cómo se estudia el formante normativo y revisar la idea de la norma como producto del parlamento decimonónico”.

Y agrega:

⁴⁹ La idea del prestigio o, en términos más precisos, a su ausencia (y la consecuente reducción en la trascendencia de la ciencia jurídica) se observa ya en JHERING, Rudolph von. *Geist des römischen Rechts*, vol. I, 2ª. edición, 1866, pág. 14 y ss. [citado por Zweigert, Konrad y Siehr, Kurt, *Jhering's influence on the development of comparative legal method*. En: *The American Journal of Comparative Law*, vol. XIX, núm. 2, 1971, pág. 215 y ss., ivi pág. 218], quien afirmaba que la «[c]iencia jurídica ha sido degradada a una jurisprudencia provincial, y los límites de la ciencia jurídica coincide con las fronteras políticas. ¡Qué humillante y poco valiosa forma de ciencia! Sin embargo, es por la ciencia que se trasciende tales fronteras y se preserva el futuro su antiguo carácter de transnacionalidad, en la nueva forma de jurisprudencia comparada. Citado por Saavedra Velasco, op. cit. pág. 210.

⁵⁰ SACCO, Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*, cit., pág. 151. Citado por Saavedra Velasco, op. cit. pág. 210.

“(…) Vosotros sois investigadores serios, comparatistas y como tales, vamos a tratar de relevar otros parámetros, otros elementos, categorías, pluralismo cultural, más que el tema territorial y todo ello para comprender mejor el fenómeno jurídico”.⁵¹

Enorme es el estímulo que provoca esta exhortación a una inquieta y oscura comparatista. Imbuida por ella, he tratado de volcar y exponer algunos elementos recabados de los autores en estudio al ámbito del Derecho Comparado, en Argentina, donde esta disciplina, permanece aún aletargada.

⁵¹ PEGORARO, Lucio, en Seminario de “Metodología de la Comparación Jurídica”, Bolonia, junio 2019.

Dossier:
Diálogo con comparatistas

JOSÉ DANIEL CESANO

THOMAS DUVE

MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU

ALESSANDRO SOMMA

Algunas claves para un diálogo entre comparatistas del Derecho

JOSÉ D. CESANO

I. ¿Por qué este Dossier?

Desde el Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que dirijo, me encuentro trabajando, desde hace tres años, en establecer una suerte de cartografía conceptual de nuestra disciplina.

Se trata de un trabajo que se inscribe en la larga duración y del cual, este Dossier en su tercer fruto.

La idea inspiradora es conocer cómo, nuestros colegas comparatistas, provenientes de espacios académicos diversos, vienen considerando distintos temas centrales de la materia, para poder relevar aspectos claves que nos permitan comprender, ya la metodología del Derecho Comparado, su pedagogía o las funciones que actualmente se le asignan.

Con ese propósito envié, por escrito y en la lengua de sus destinatarios, una entrevista a los colegas Thomas Duve (Alemania), Marie-Claire Ponthoreau (Francia) y Alessandro Somma (Italia).

Este dossier cumple, además, una función adicional; aspecto central de mi gestión en el Instituto: “(...) conformar redes intelectuales, con otros Institutos y colegas extranjeros, que nos permitan tener una visión actualizada de las principales cuestiones que son objeto de análisis y debate”¹.

II. Las claves

Las entrevistas, similares, en su estructura, para todos los colegas —aunque con algunas especificaciones que hacen al país del encuestado o a la formación del jurista hacia la cual se la dirige— fueron redactadas por el suscrito. El diseño de las mismas partió de cuatro ejes claves; que aglutinaron diversas preguntas.

Los ejes se vinculan con los siguientes aspectos: a) enseñanza del Derecho comparado; b) estatuto epistemológico de la disciplina; c) las funciones del comparatismo jurídico; y d) el diálogo actual entre el Common Law y el Civil Law.

¿Por qué seleccioné estos temas?

En lo que sigue intentaré sintetizar mis razones.

La cuestión de la pedagogía del Derecho comparado en Europa la considero relevante frente al proceso de desnacionalización de la enseñanza jurídica.

Justamente, una de las juristas que aquí entrevisté, se ha ocupado de esta situación señalando que, en un contexto de globalización, la enseñanza del derecho también cambia.

¿Deberíamos hablar —se pregunta la autora—

“(...) de internacionalización o desnacionalización, o incluso transnacionalización de la educación jurídica? Estos diferentes términos sugieren varias opciones posibles. Las experiencias educativas son variables según los contextos universitarios nacionales. Por ejemplo, la enseñanza del derecho sigue siendo fuertemente nacional en Francia o en Alemania, incluso si la europeización ha permitido desbloquear los sistemas universitarios. La disciplina legal sigue marcada por las características nacionales: la ley concierne al Estado en sus estructuras y funciones. Sin embargo, en un contexto

¹ Cesano, José Daniel, “Presentación”, en Cuaderno de Derecho Comparado, Tº 1, IJ Editores, Buenos Aires, 2018, pág. 11.

globalizado, el territorio nacional ya no es suficiente para determinar la competencia normativa del Estado. En esta primera y simple aceptación, la globalización legal es, en particular, la expresión de una desnacionalización de la ley en el sentido en el que ciertas normas legales ya no están vinculadas a un territorio específico (esto se refiere especialmente a ciertas actividades transfronterizas como, por ejemplo, el medio ambiente o Internet)”².

Indudablemente las diversas respuestas que se dan a estos interrogantes —frente al mentado fenómeno de la globalización del derecho, de la que no están ajenos los demás continentes— será de suma utilidad para valorar, a futuro, la forma en que los distintos Estados habrán de encarar la enseñanza de la ciencias jurídicas en general y, en particular, el rol que le puede caber al comparatismo jurídico.

También estimé importante incluir en la encuesta al estatuto epistemológico por varios motivos.

Por una parte, por la disputa existente en orden a la autonomía o no de la disciplina. En efecto, existen, al respecto, tesis francamente enfrentadas (percepciones que, también, se han extendido en la diacronía): mientras, por una parte, hay autores que ven en el comparatismo solo un método; otros, en cambio, lo consideran una ciencia autónoma³. Lucio Pegoraro ha realizado una síntesis actualizada de los posicionamientos en esta materia, poniendo en evidencia la continuidad del debate⁴.

Desde otra perspectiva, este eje nos pareció relevante partiendo del carácter interdisciplinario que caracteriza a la tarea del comparatista.

¿Por qué hablamos de interdisciplinariedad?

² Ponthoreau, Marie – Claire, “La fin du nationalisme pédagogique. Quels changements pour enseigner le droit, demain”, en *La dénationalisation de l’enseignement juridique. Comparaison des pratiques*. Sous la direction scientifique de Marie – Claire Ponthoreau, Institut Universitaire Varenne. Collection Colloques & Essais, 2016, pág. 1. La traducción me pertenece.

³ Cfr. Ferreira de Almeida, Carlos – Morais Carvalho, Jorge, *Introducción al Derecho comparado*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2018, pág. 54.

⁴ Cfr. Pegoraro, Lucio, *La ciencia y el método*, en Lucio Pegoraro – Angelo Rinella (Directores), *Derecho constitucional comparado*, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, pág. 46 y siguientes.

La razón de esto es sencilla: en ningún caso el comparatista podrá reducir su tarea a los razonamientos analíticos y ordenadores propios del dogmático; simplemente porque la comparación es una disciplina que también se integra —y muy especialmente— con contenidos empíricos fundados en la observación del modo concreto de funcionamiento, en los diversos sistemas, de las reglas y principios jurídicos⁵. De allí que en nuestra encuesta no pueden estar ausentes las fructíferas relaciones con la Antropología Jurídica y la Historia del Derecho.

El otro eje de este diálogo lo constituyen las funciones del Derecho comparado. Tradicionalmente, estas funciones⁶ se han vinculado con: a) ser un elemento auxiliar al momento de realizar la formulación de la política legislativa de un Estado; b) como saber necesario para aplicar o interpretar un derecho extranjero; c) como método para interpretar el derecho local del propio operador jurídico; y d) como conocimiento útil en los procesos de armonización y unificación legislativa entre diversos Estados.

¿Por qué elegí este eje?

Simplemente porque, cada uno de estos usos, involucran problemas distintos. De allí que formen parte de la encuesta.

Así, el valor del empleo, como insumo para el legislador nacional, de un derecho extranjero, no puede pensarse sin analizar, previamente, cuestiones tales como la circulación de modelos jurídicos, las proximidades entre las tradiciones a la que cada texto pertenece; etcétera.

O, y refiriéndonos ahora a las otras funciones que puede prestar el comparatismo frente a procesos de integración, no se podrá olvidar que éstos no sólo reclaman al derecho comparado en su función “legislativa”, en una necesaria labor previa de comparación entre sistemas, determinación de puntos comunes y diferencias reales, y aproximación de criterios y expresiones.

“(…) El fruto de la integración jurídica es un texto o tratamiento legal compartido, acaso no en una misma lengua, pero siempre en el anhelo de un único sentido. Y tales textos y sistemas legales apá-

⁵ Al respecto, cfr. Cesano, José Daniel, *Derecho penal comparado. Una aproximación metodológica*, Ed. Brujas, Córdoba, 2016, págs. 51/63.

⁶ Al respecto, cfr. Cesano José Daniel, “Consideraciones sobre algunas de las funciones del Derecho Comparado”, en Gustavo A. Arocena – José Daniel Cesano (Directores), *Repensando los métodos y desafíos del Derecho Penal del Siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Fabián I. Balcarce*, Ed Lerner, Córdoba, 2018, págs. 39/62.

tridas, referidos a sistemas que son supranacionales, deben ser interpretados por jueces tanto nacionales como supranacionales de forma uniforme y ajena, en la medida de lo posible, a las idiosincrasias jurídicas nacionales. En esta labor de interpretación autónoma o uniforme, el derecho comparado vuelve a desplegar una función determinante. Pero esta función no sólo sirve a la cobertura de lagunas, la calificación de cuestiones jurídicas, o la solución de complejos problemas técnico-jurídicos y arduas cuestiones interpretativas. Mucho más allá de los problemas de mera interpretación, a los que se ve abocado cualquier sistema jurídico —y, con más motivo, un sistema transnacional menos acabado y definido—, la función del derecho comparado como instrumento interpretativo en un marco jurídico integrado apunta a lo que [se] (...) denomina ‘función mediadora’. Dicha función (...) consiste básicamente en alcanzar un delicado equilibrio que permita la coexistencia pacífica de ordenamientos jurídicos nacionales muy dispares y obedientes a diferentes culturas, de forma que la interpretación y aplicación del derecho uniforme no inflija daños irreparables a los ordenamientos nacionales, propiciando una evolución e intensificación de la integración en un marco de confianza y convivencia entre los sistemas nacionales afectados”⁷.

Estos arduos debates —de los cuales, los recién citados, constituyen sólo una muestra ejemplificativa— se vislumbran entre los juristas de la Unión Europea; de ahí la necesidad de que formasen parte de esta encuesta.

El último eje intenta una aproximación a la situación actual entre el Common law y el Civil law. Integramos esta cuestión en el diseño de nuestro diálogo porque, durante mucho tiempo, los juristas del Civil law no prestaron atención a sus colegas del Common law. Las causas fueron variadas; sin embargo entre ellas, no pueden dejar de mencionarse el hábito tradicional de encontrar referencias prioritarias en la cultura legal alemana —especialmente en el ámbito del Derecho penal—; una alegada incomodidad ante la ausencia, en los sistemas ju-

⁷ Cfr. Sánchez Lorenzo, Sixto, “El Derecho Comparado en el siglo XXI”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, págs. 1103/1114.

rídicos angloamericanos, de textos legislativos orgánicos para obtener información inmediata y exhaustiva sobre la fisonomía de los diversos institutos objeto de estudio; y la percepción de que en esos sistemas, la trama de las fuentes, sigue ocultando mil escollos⁸. Sin embargo, como lo señala Alberto Cadoppi, actualmente, esta situación viene mutando⁹ ya que, a nivel sistemático, las divergencias entre el Derecho penal del Civil law y el Derecho penal del Common law resultan cada vez menos significativas en comparación con el pasado¹⁰; cambio cultural este al que no ha sido extraño el papel que desempeña, ahora, en aquellos sistemas, la ley escrita de fuente parlamentaria¹¹.

Tales aproximaciones permiten volver la mirada con provecho a estos ordenamientos; aproximaciones de las que, estos diálogos también dan muy buena cuenta.

Concluimos esta breve introducción. Ahora el lector podrá leer estos diálogos con los encuestados; esperando que, a través de los mismos, pueda tener una visión particular de algunos de los debates —especialmente metodológicos— que caracterizan al Derecho comparado europeo actual.

El Derecho Comparado en Alemania. Diálogos con Thomas Duve¹²

José Daniel Cesano: En la Argentina se puede observar un fenómeno curioso: hacia las primeras décadas del siglo XX, y como consecuencia de las reformas de los planes de estudio, las facultades de derecho comenzaron a incluir, en su formación de grado, el Derecho Civil Comparado. Así, por ejemplo, tanto en la Universidad Nacional de Córdoba como la Universidad Nacional de La Plata se dictaron, durante la segunda década del siglo pasado, estas cátedras. Sin em-

⁸ Así lo recuerdan Palazzo, Francesco – Papa, Michele, *Lezioni di Diritto Penale Comparato*, Terza Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013, págs. 220/221.

⁹ Sobre esta situación en el derecho privado, a partir del fenómeno de la globalización, cfr. Monateri, Pier Giuseppe – Somma, Alessandro, *Il modello di civil law*, Terza Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, pág. 222.

¹⁰ Cadoppi, Alberto, *Introduzione allo studio del Diritto Penale Comparato*, seconda edizione, CEDAM, Milano, 2004, pág. 450.

¹¹ Cadoppi, *Introduzione...*, pág. 445.

¹² Director del Instituto Max-Planck para la Historia del Derecho Europeo (Frankfurt am Main) y Profesor de Historia del Derecho en la Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Profesor de Derecho Comparado, Universidad Goethe (Frankfurt am Main).

bargo, actualmente, el Derecho Comparado ha perdido visibilidad en la enseñanza de grado. Es más: hoy, su cultivo, se limita a algunos ámbitos académicos muy reducidos (V. gr. Asociación Argentina de Derecho Comparado, Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, etcétera). ¿Cuál es la situación que observa en las universidades Alemanas?

Thomas Duve: En Alemania, el derecho comparado nació como disciplina a fines del siglo XIX y a principios del siglo XX como parte del proceso de diferenciación de un derecho civil que se estaba emancipando del paradigma histórico, e una historia del derecho que buscaba su perfil como ciencia histórica, más autónoma de la dogmática jurídica. Como las dos disciplinas se dedicaron en primer lugar al derecho nacional —histórico o el recién codificado— una parte de la rica tradición de la comparación histórica y jurídica buscó e encontró su lugar en una nueva disciplina. La formación de la misma, sin embargo, no es sólo un producto de este proceso de diferenciación, que, por supuesto, también pudo observarse en las otras ramas del derecho, como el derecho penal y público, aunque uno podría decir, para el contexto alemán, que la cuna del derecho comparado han sido el derecho civil y la historia derecho. La emergencia de este campo también responde a lo que se ha llamado la globalización del derecho y de las ciencias jurídicas en el último tercio del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX. En esta época de intensa interacción y comunicación también a nivel científico, podemos observar una proliferación de congresos internacionales, publicaciones de modelos de legislación, muy ambiciosos proyectos de traducción, por ejemplos en Asia, y enteras series de publicaciones con documentación de la legislación de las naciones del mundo. Una de las figuras argentinas, muy importante, en este proceso ha sido Ernesto Quesada; muy vinculado con la Universidad Nacional de La Plata.

Desde la perspectiva alemana, hay que agregar a esto que, después de la primera guerra mundial, se hizo un gran esfuerzo en aumentar los conocimientos de los derechos de otros países, con fines bastante pragmáticos: la reinserción de Alemania en el mundo y su economía, y también el tratado de Versalles y las obligaciones que fueron consecuencia de este. No es una casualidad que fueron estos los años en los cuales se fundaron una serie de institutos dedicados a estudiar los derechos extranjeros. Dos de estos fueron fundados dentro del marco de la nueva sociedad del emperador Guillermo, cuyo sucesor iba a ser la Max

Planck Gesellschaft; los institutos Max Planck dedicados al derecho civil en Hamburgo y al derecho público en Heidelberg se fundaron en este contexto.

¿Y el presente? También en Alemania hemos podido observar un cierto declive de la disciplina del derecho comparado. Las razones son múltiples. La formación jurídica responde a una lógica nacional, y en muchos aspectos también a una lógica de formación de profesionales. Estas lógicas no favorecen estudios comparativos. A esto se agrega un cierto estancamiento intelectual en la disciplina. La obra más conocida, la *Introducción al Derecho Comparado* de Kötz y Zweigert, ya hace tiempo no responde más a lo que hoy día se está discutiendo en la teoría del derecho, en la historia del derecho y también las ciencias sociales y culturales. Sin embargo, hay un notable cambio en los últimos quince años. Los debates sobre el método del derecho comparado, sobre la posibilidad o imposibilidad de efectuar comparación, y nuevos enfoques y obras han abierto un panorama muy interesante. Hay un intenso debate sobre la teoría post colonial y el derecho comparado que ha traído una producción bibliográfica importante en este tema. También se ha ampliado el campo. Desde el derecho público, hay un debate interesante sobre el método de derecho constitucional comparado, hay importantes investigaciones e incluso algunos libros de texto nuevos. La transnacionalización del derecho y la internacionalización de la academia han causado un clima de revitalización. Recientemente, incluso, hay intentos de desarrollar un “derecho comparado decolonial”. Mi colega Ralf Michaels en el Max Planck de Hamburgo está proponiendo una interesantísima agenda de investigación sobre esto.

[JDC] En su opinión, el Derecho comparado ¿Posee autonomía científica? o, por el contrario ¿consideraría que no tiene un estatuto epistemológico propio y que constituye, más bien, un método de análisis que utilizan los juristas para el estudio del derecho?

Thomas Duve: Es una pregunta difícil, porque depende de qué es lo que uno considera constitutivo para una disciplina. Sin entrar en este debate, personalmente creo que el derecho comparado es la disciplina que se especializa en desarrollar y aplicar un método científico: el método comparado. Este método, por supuesto, puede ser usado con varios fines. Como historiador del derecho, siento que hay una cierta analogía entre esta y la situación de mi campo: todos los juristas podrían integrar perspectivas históricas a su trabajo —y un creciente número está haciéndolo—. Para que esto sea posible, se necesitan expertos que proveen tanto el material como también la reflexión metodológica,

y que también se dediquen a emplear su método para contribuir algo a la reflexión sobre el derecho actual. Lo mismo debería ocurrir en el derecho comparado: los cultores de esta disciplina deberían ser expertos en método, y proveer esta reflexión a los colegas no especializados que quieren usar este método para sus fines. La investigación científica vive de una clara distribución de tareas, y de una especialización, dentro de una comunidad que está atenta a lo que los colegas están haciendo.

[JDC] ¿Cuáles son, actualmente, las funciones que se asignan al Derecho comparado? Especialmente ¿cree usted que desempeña un rol significativo en el diseño de políticas legislativas y de Estado?

Thomas Duve: Creo que hacemos bien en distinguir entre la función que las sub-disciplinas cumplen dentro de la comunicación académica por un lado y su significado para el diseño de políticas legislativas y de Estado por del otro. Para ser honesto, creo que el impacto que la academia tiene en Alemania sobre el diseño de políticas es muy limitado. La política responde a las lógicas de la política. Se sirve de los resultados de la investigación científica según sus necesidades. En un libro que publicamos el año pasado con una retrospectiva a los últimos veinticinco años de las ciencias jurídicas en Alemania¹³, esto ha sido uno de los resultados más impresionantes: hay una clara disminución del significado de las ciencias jurídicas dentro del juego de actores que se mueven en el campo jurídico. No me gusta que sea así, pero hay que ser realista, y de alguna forma tiene su costado bueno: creo que es muy importante para el funcionamiento del sistema jurídico que haya una división de tareas, y que haya un sector académico independiente. Solo así se construye autoridad para ser escuchado cuando sí se necesite de una opinión jurídica.

Ahora bien, dentro del debate académico, las perspectivas comparadas, y la capacidad de comprender sistemas jurídicos diferentes, y no nacionales, son cada vez más importantes. El crecimiento del derecho transnacional, los sistemas regulatorios no estatales son tan importantes hoy en día que no podemos ignorarlos. Un derecho transnacional, sin embargo, debería estar acompañado por una ciencia transnacional del derecho que conozca, observe, critique, sistematice la evolución de estas esferas normativas. Para todo esto, hay que tener una formación que el derecho comparado puede proveer.

¹³ Thomas Duve/Stefan Ruppert, *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, Frankfurt am Main/Berlin: suhrkamp 2018

[JDC] Indudablemente la utilización del derecho extranjero como insumo para el legislador nacional, debe ser muy cuidadosa. ¿Qué recaudos, considera usted importantes al momento de que se trate de imitar un modelo legislativo foráneo?

Thomas Duve: El debate sobre la posibilidad o imposibilidad de los legal transplants y sus efectos ya es un clásico. Con la distancia de casi 50 años a la publicación de las ideas de Alan Watson podemos observar que el optimismo que reinaba en esa época sobre la posibilidad de mejorar y modernizar los sistemas jurídicos en todo el mundo a partir de procesos de trasplante ha desaparecido. La misma noción de “modernidad jurídica” está siendo cuestionado, y con muy buenas razones, aunque sigue existiendo un cierto debate sobre esto, por ejemplo en el campo del Law and Development. No obstante, hoy día, las experiencias de fracaso con la exportación de normas e instituciones impuestas desde afuera nos han advertido sobre la necesidad de estar más atento al hecho que el sistema jurídico de un país está profundamente vinculado con su cultura y con su institucionalidad, los condicionamientos políticos y económicos etcétera. Creo que Argentina es un buen ejemplo para que muchas buenas ideas y un alto nivel científico no garanticen el éxito de reformas legislativas en la vida diaria.

Por eso, creo que primero hay que estar atento al hecho que cualquier modelo legislativo tomado desde otro campo tiene que ser traducido al mundo en el cual debe funcionar. Esto necesariamente exige una reflexión profunda sobre el marco institucional, los condicionamientos prácticos y también la voluntad política y la posibilidad económica de implementar ciertas reformas. Lo que sí me parece muy interesante, y que se está observando a nivel del debate científico y judicial, es una cierta formación de doctrinas regionales, tal vez incluso de principios regionales de interpretación de derecho, de doctrinas, o de técnicas legislativas, procesales etcétera, que han demostrado ser funcionales, dentro de ciertos contextos comparables. Creo, que en el ámbito de la jurisdicción de tribunales superiores latinoamericanos, se está dando un fenómeno así, y creo que, por ejemplo, la introducción de algunas medidas muy precisas que permiten hacer más eficiente la persecución de la corrupción y otros delitos complejos pueden ser muy provechosos. En este sentido, me parece que un diálogo intra - latinoamericano puede ser muy provechoso; tal vez más aún que el diálogo con países que se están enfrentando con otros problemas no comparables.

[JDC]: Puede afirmarse que existe cierto consenso respecto que, el Derecho Comparado exige, para su análisis, un enfoque interdisciplinario. Si está de acuerdo con esta perspectiva ¿en qué aspectos la antropología puede enriquecer la visión del comparatista?

Thomas Duve: Creo que la antropología puede ser una disciplina extremadamente enriquecedora e importante para el derecho comparado. Primero, por su método. El método antropológico, que obviamente no es un único método, sino un gran campo con muchas corrientes muy diversas, está hecho para comprender sistemas culturales diferentes del sistema del observador. Nos provee una serie de reflexiones y prácticas que nos pueden ayudar a no caer en ciertas trampas epistémicas. Con las trampas, me refiero a la tendencia natural que tenemos de estructurar nuestras observaciones de otros sistemas culturales según criterios tomados del nuestro.

Esto puede servir muchísimo al derecho comparado. Si, por ejemplo, nosotros comparamos constituciones o códigos, muchas veces lo hacemos con la pre-comprensión implícita de que estas cumplen las mismas funciones en los distintos órdenes normativos. Sin embargo, esto obviamente no es así. Muchas veces, por ejemplo, se puede leer que el código civil alemán (BGB), haya sido “recibido” en China. De hecho, hubo una considerable actividad de traducción y estudio por parte de juristas chinos hace más o menos un siglo, y varias partes de la doctrina y legislación han sido integradas al sistema jurídico chino. No obstante, el estatus de lo que nosotros llamamos una “codificación” —con todos lo que esto significa en términos de unidad sistemática, exclusividad, centralidad etc.— en Alemania y en China es totalmente diferente. Lo mismo se puede decir de la constitución, una concepción totalmente diferente, por ejemplo, en Alemania y en China.

Un segundo punto de contacto y un campo de aprendizaje para los juristas son los resultados de la investigación antropológica. Si bien hay distintas escuelas, hay algunas corrientes en la antropología que tratan de formular conceptos analíticos que pueden servir para el análisis comparado de derecho. Estos conceptos analíticos no están tomados de sólo una esfera cultural, sino intentan desarrollar perspectivas analíticas a partir de indagaciones empíricas muy diferentes. Hacen un enorme esfuerzo en descentralizar la perspectiva, especialmente en no tomar el mundo jurídico occidental moderno como el punto de partida para las observaciones. Por ejemplo, fue la investigación antropológica

que en los años '70 desarrolló un debate importantísimo sobre el pluralismo jurídico, al principio muchas veces bajo el título unofficial law; y, hasta hoy en día, algunos de los autores más interesantes en este campo provienen de la antropología. Sin embargo, este debate sobre el pluralismo jurídico ha impactado muchísimo en el análisis de nuestros sistemas jurídicos actuales —basta pensar en las constituciones sancionadas en el período del llamado nuevo constitucionalismo en América Latina, o en la legislación a nivel internacional vinculada con el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, o mirar el debate sobre el derecho transnacional, económico, la privatización de la creación del derecho a través de organismos transnacionales para ver el significado de un análisis que provino, en gran parte, de la antropología—. Esto es solo un ejemplo para la contribución que la mirada antropológica nos puede dar, con su especial interés en observar las prácticas como un componente esencial de la construcción del derecho. En síntesis, la observación antropológica, con su mirada particular, muchas veces nos ayuda a comprender el fenómeno jurídico con mayor diferenciación. Por eso, en alguna medida, ella complica nuestro trabajo, y por eso mismo nos obliga a trabajar mejor.

[JDC] El Derecho Comparado estudia sistemas jurídicos o instituciones pertenecientes a distintos ordenamientos en la sincronía. Sin embargo, se señala que, cuando la investigación comparada no tiene en cuenta las razones históricas que hacen distintos a los sistemas que estudia, pierde su complejidad. ¿Cuáles son, según su perspectiva, los principales aportes que ofrece la historia jurídica al comparatista?

Thomas Duve: Creo que los puntos de contacto entre los dos son múltiples, y por eso, en los últimos años, hemos tratado, desde la historia del derecho, de estimular el diálogo¹⁴; razón por la cual también agradezco mucho la invitación a esta conversación. Al principio de la misma ya mencioné que el derecho comparado y la historia del derecho son, como se dice de vez en cuando, frutos del mismo árbol. Personalmente, creo que, como historiadores del derecho, estamos

¹⁴ Por ejemplo a través de una sección especial en el AJCL: Symposium: Legal History and Comparative Law: A Dialogue in Time of the Transnationalization of Law and Legal Scholarship, The American Journal of Comparative Law, Volume 66, Issue 4, 31 December 2018, online: <https://academic.oup.com/ajcl/issue/66/4>. Cfr. también: Brutti, Massimo / Somma, Alessandro (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History. Open Acces Publication (GPLH 11), 2018, online: <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>.

ejerciendo una comparación del derecho sobre el eje temporal, de manera diacrónica. Por eso, los historiadores del derecho y los comparatistas compartimos muchos intereses y desafíos. Tenemos que desarrollar un método que nos permita comprender sistemas culturales enraizados en culturas diferentes, lejanas en el tiempo o en el espacio. Tenemos que buscar conceptos que nos permitan analizar estos sistemas culturales en una forma que nos haga posible comprenderlos a partir de sus propias lógicas, sin interferencias anacrónicas, pero sin perder la comunicabilidad con el presente tampoco.

Hay un aspecto adicional, y tal vez el más importante, que puede también ser interpretado como una razón para una relación algo asimétrica: para comprender sistemas culturales que son fruto de una evolución histórica, sencillamente necesitamos reconstruir esta evolución. Porque con esta reconstrucción también creamos las condiciones para una comprensión de los órdenes normativos a partir de sus propias lógicas. Por eso, la historia del derecho debería ser una parte fundamental para cualquier ejercicio comparativo. Sin embargo, lamentablemente, los historiadores del derecho aparentemente no siempre producimos trabajos suficientemente útiles para los colegas que se dedican al derecho comparado, y como consecuencia en muchos de los textos del campo del derecho comparado encontramos apartados históricos que presentan visiones históricas muy reduccionistas, orientadas exclusivamente en parámetros legalistas, con una visión teleológica de la historia. Me parece que aquí la historia del derecho todavía tiene que hacer un esfuerzo en salir de su aislamiento disciplinar, producir textos útiles, internacionalizarse y buscar más contacto con el derecho comparado.

[JDC] Continuando con la historia jurídica ¿cree usted que la historia jurídica comparada puede resultar un instrumento valioso para los trabajos de macrocomparación?; en su caso, en su opinión, ¿cuáles serían las principales utilidades?

Thomas Duve: Creo que la macrocomparación —entendida como el intento de mostrar las grandes líneas, las grandes tradiciones jurídicas— es necesaria y no contrapuesta a la investigación “micro”. Al contrario. Una de las enseñanzas de los debates sobre la historia global en las últimas décadas ha sido que aún una historia global necesita estudios a nivel micro. El desafío es cómo combinar estas perspectivas en la práctica de investigación, porque muchas veces las perspectivas micro no se integran a las perspectivas macro, por un simple desen-

cuentro y una falta de coordinación y cooperación. En otras palabras: lo veo más como un problema práctico que teórico; lo que no quiere decir que sea más fácil de remediar, tal vez al contrario.

Creo que en el momento existen algunos ejemplos interesantes de una integración de saberes necesarios para aspirar a hacer una macrocomparación. Pienso en la obra de H. Patrick Glenn, especialista en derecho comparado de Canadá, durante un largo período incluso presidente de la asociación americana de comparatistas. Cuando Glenn publicó la primera edición de su libro *Legal Traditions*, la misma fue severamente criticada por muchos expertos, incluso por historiadores del derecho. El *American Journal of Comparative Law* publicó un número especial con un extenso debate acerca del libro, y un balance bastante negativo. Esto fue en 2006. En el entretiem po, no solo la percepción de la obra de Glenn y de sus virtudes ha cambiado considerablemente. También hemos visto el desarrollo de una reflexión sobre cómo combinar perspectivas macro y micro, a partir de una epistemología histórica del derecho.

[JDC] La Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en sus sentencias, suele realizar, con bastante frecuencia, argumentaciones a partir de jurisprudencia constitucional proveniente de otras Cortes o de Tribunales Supranacionales (V. gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Suprema Corte de los EUA). Este es un fenómeno usual en la Cortes Constitucionales Latinoamericanas. La utilización de estas formas argumentales, en cierto sentido, puede generar un proceso de migración de ideas constitucionales de distintos sistemas legales. Lo curioso es que, en no pocos casos, estos procesos argumentativos revelan que los operadores jurídicos no han realizado una investigación previa en relación a la compatibilidad entre el precedente extranjero citado y el texto constitucional propio que se interpreta. ¿Qué opina usted respecto de estas cuestiones? ¿Sucede lo mismo en el Tribunal Supremo Alemán?

Thomas Duve: No soy un experto en derecho constitucional y he tenido solamente algunas lecturas casuales sobre estos temas. Sé que algunos actores observan con mucha esperanza la formación de algo como un derecho constitucional transnacional o latinoamericano a partir de esas referencias mutuas; y también veo que hay mucha crítica acerca de las prácticas concretas. Creo que la observación mutua entre comunidades epistémicas, los préstamos, y un cierto eclecticismo son normales y hasta inevitables. Por eso, se ha dicho que siempre existía un derecho comparado antes del derecho comparado, por la simple

actuación de los juristas que de hecho estaban comparando. Esta mutua observación es parte del gran juego que, dicho sea de paso, ha movido al mencionado H.P. Glenn a diagnosticar, en su último libro, una evolución hacia un derecho cosmo-polita. No sé, si esto es cierto, me parece algo utópico, pero esto es otro tema. Sin embargo, creo que la integración de las Cortes supremas a una comunidad de comunicación a nivel transnacional puede ser una ayuda para la estabilización del sistema, especialmente cuando por la politización de la justicia las cortes supremas necesitan todos los recursos posibles para defender su autonomía.

En lo que atañe Alemania, tenemos la suerte de que la constitución prevé Cortes Supremas como instancias superiores en las distintas ramas del derecho (Civil, Comercial etc.) por un lado y la corte constitucional por el otro. La corte constitucional tiene —más allá de sus miembros— un cuerpo de excelentes juristas que preparan todas las decisiones con gran rigor académico. Es tanto que, en algunos momentos, se habló y se sigue hablando del “cuarto Senado”, como denominación de estos asistentes, muchos de los cuales luego ocupan las cátedras de derecho constitucional en las universidades. Por eso, creo que, en general, hay un trabajo bastante profundo antes de efectuar préstamos (borrowings).

Además, como es sabido, hoy día las cortes supremas nacionales y las Cortes constitucionales en Europa tienen que moverse dentro de un sistema de múltiples niveles que comprenden derecho provincial, nacional, internacional, transnacional, y el derecho europeo y sus no siempre claras delimitaciones con los derechos constitucionales nacionales en lo que atañe a la competencia en materia constitucional. En los últimos años, la Corte Suprema alemana ha sido muy cautelosa en delimitar claramente dónde la integración europea y la interpretación de los derechos comunitarios por la Cortes supranacionales podría tocar principios nucleares del derecho constitucional nacional, y dónde la soberanía de los países miembros se toca a través de la actuación de las Cortes Europeas. En este sentido, ha adquirido mucha experiencia en moverse en un ámbito donde se entrelazan culturas constitucionales nacionales diversas.

[JDC] Los procesos de integración económica y jurídica que, con diversa intensidad y particularidades propias, puede observarse tanto en Europa como en América suelen conducir a la formación de espacios jurídicos armonizados o, analizando la cuestión desde otra perspectiva, a la formación de normas jurídicas comunitarias. ¿Cuáles son las funciones, en su opinión, que cumple el Derecho Comparado en estos contextos?

Thomas Duve: El derecho comparado y el método histórico comparativo cumplen una función importantísima en este contexto. No es casualidad que muchos actores en esos procesos de integración o armonización provinieron del campo del derecho comparado. Una razón es bastante sencilla: para armonizar o integrar hay que conocer los derechos extranjeros, hay que manejar varios idiomas y comprender la regulación particular dentro de su contexto sistémico. Además, hay que tener la capacidad de reconocer las diferencias y similitudes entre distintos sistemas de regulación. Para todo eso, el derecho comparado y su enseñanza en las universidades hoy día es más importante que antes. Es más: hoy día, la armonización más poderosa tal vez sea no la que proviene de la política sino del mercado, en forma de una fuerte anglo-americanización de la práctica jurídica. Puede gustarnos o no, pero esta evolución significa que tenemos que enseñar a nuestros estudiantes a moverse no solo en la esfera de derecho nacional, sino también adquirir las capacidades de moverse en sistemas normativos sin haberlos estudiado previamente. Los desafíos para una educación jurídica hoy día son enormes, y el derecho comparado puede ser un elemento muy importante para darles a los estudiantes y jóvenes juristas esta formación. Los días en los cuales la carrera de derecho significaba básicamente estudiar y repetir lo que dicen los libros de texto definitivamente terminaron. Necesitamos juristas que piensan, que comprenden, y el derecho comparado ayuda a agilizar la capacidad de reflexión.

[JDC] En la doctrina latinoamericana es frecuente la utilización de categorías conceptuales elaboradas por el comparatismo italiano; en especial, de los trabajos de Rodolfo Sacco y sus discípulos. ¿Qué grado de recepción ha tenido en Alemania aquella doctrina?

Thomas Duve: Por supuesto, entre comparatistas, Rodolfo Sacco es conocido. Sin embargo, las ciencias jurídicas alemanas se han acostumbrado, durante muchas décadas, a ser leídas por nuestros colegas italianos, franceses, españoles etcétera, sin necesariamente tener una actitud muy abierta hacia la producción científica de otros países. Seguramente algunos de mis colegas estarían en desacuerdo con este juicio, y sin duda hay muchos ejemplos contrarios. Y también hay una cierta presencia de autores franceses o de habla francesa en el derecho comparado alemán. Pero en términos generales el gran éxito y significado de las ciencias jurídicas alemanas en el mundo occidental durante el siglo XIX y XX ha causado una cierta actitud autosuficiente entre nosotros. Esto está cam-

biando, pero entre los jóvenes, hoy día hay una mayor apertura para corrientes que provienen del mundo anglosajón.

[JDC] ¿Cómo observa actualmente el diálogo entre el Common Law y el Civil Law? ¿Cree usted que existen algunos ámbitos particulares del derecho en donde ese diálogo puede ser más fluido?; en caso afirmativo, ¿cuáles?

Thomas Duve: Es indudable que la globalización y digitalización de nuestras culturas también ha traído una fuerte presencia del derecho anglosajón tanto en el mundo de la práctica jurídica como en las ciencias. Tal vez las ciencias jurídicas son las más resistentes a este proceso de transnacionalización y con esto muchas veces anglicización. Mientras la práctica jurídica, especialmente en ámbitos vinculados con la economía y el comercio, está experimentando un gran impacto de modelos jurídicos, un lenguaje jurídico y el peso de instituciones como tribunales de arbitraje etcétera, donde el inglés y, con el idioma, también, ciertos conceptos tomados de la cultura del common law dominan.

Sin perjuicio de esto, hay muchos observadores que ven una cierta convergencia, y no solo desde un lado. Los sistemas europeo continentales se están abriendo hacia instituciones y prácticas que provienen del common law, y el common law ha incorporado una serie de técnicas típicas del sistema continental, por ejemplo los restatements. Algunas investigaciones también demuestran que en algunos casos, como por ejemplo en la buena fe, las líneas divisorias parecen no correr según la pertenencia a uno de estos dos sistemas, sino por otras diferencias. Resumiendo, creo que se puede decir que en el mundo de derecho comercial, económico, societario, por un lado, hay un diálogo bastante fructífero, aunque tal vez asimétrico. En el mundo de las ciencias jurídicas, hay fuertes tradiciones nacionales, y también una cierta apertura para métodos e ideas del mundo anglosajón. El análisis económico del derecho, por ejemplo, hoy día es parte del ejercicio cotidiano de muchos juristas de los sistemas del civil law, con muchas referencias a autores proviniendo del common law. Desde el mundo anglosajón, sin embargo, hay cada vez menos referencias a la investigación que proviene del mundo del civil law, especialmente si no se traduce al inglés. Aquí como en muchos ámbitos, la internacionalización ha llevado a una cierta pérdida de diversidad, debido a la emergencia del inglés como la nueva lengua franca de la comunicación académica. Creo que ni el alemán ni el francés, tan importante para el derecho comparado, van a poder competir con esta dominación. Por eso, creo que solo una política de un consciente multilingüismo, es

decir, no ignorar esta nueva lengua franca, sino producir textos en varios idiomas, puede ser una opción para también preservar nuestra capacidad de trabajar como comparatistas: saber varios idiomas.

Entrevista a Marie-Claire Ponthoreau¹⁵

[José Daniel Cesano] En Argentine, on observe un phénomène curieux : durant les premières décennies du XXe siècle et suite aux réformes des programmes, les facultés de droit ont commencé à inclure le Droit civil comparé dans leurs cursus. Ainsi, par exemple, cette discipline a été enseignée pendant la deuxième décennie du siècle dernier à l'Université nationale de Córdoba et à celle de La Plata. Cependant, à l'heure actuelle, le Droit comparé a perdu de sa visibilité dans les cursus universitaires. Aujourd'hui, il n'est enseigné que dans quelques institutions universitaires (par exemple, l'Association argentine de Droit comparé, l'Institut de Droit comparé de l'Académie nationale de Droit et de Sciences sociales de Córdoba, etc.). Quelle est le statut actuel de cette discipline dans les universités et dans l'académie françaises ?

Marie-Claire Ponthoreau : L'enseignement du droit comparé dépend des traditions nationales et, probablement, l'université française n'est-elle pas l'une des plus fermées en Europe. La situation est plus critique au Royaume-Uni ou bien en Espagne, mais bien meilleure en Italie. Prévaut toujours la répartition tripartite entre droit public, droit privé et histoire du droit. Par conséquent, le droit comparé n'apparaît pas en France comme une discipline appelant des cursus, des diplômes et des recrutements spécifiques. Sur le plan institutionnel, le droit comparé est sans grande visibilité même si d'anciennes institutions le portent encore aujourd'hui : tout particulièrement, le Collège de France avec la chaire « études juridiques comparatives et internationalisation du droit » entre 2002 et 2011, la vénérable Société de Législation comparée avec la remarquable Revue internationale de droit comparé.

Au sein de l'université française, il convient toutefois souligner que les diplômes supérieurs consacrés principalement au droit comparé sont relativement

¹⁵ Agrégée de Droit Public Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux. Sus principales líneas de investigación son: Derecho Constitucional Transnacional; el recurso a los precedentes extranjeros por los jueces constitucionales; y Teoría y metodología del Derecho Comparado.

rares. Comment expliquer cette situation actuelle ? Depuis le XIX^e siècle, les comparatistes français ont cherché, à l'instar de Laboulaye, fondateur de la Société de législation comparée, à faire reconnaître le « besoin de connaître la législation et les manières de vivre de [leurs] voisins ». Tel est l'objet de la chaire « d'histoire générale et philosophique des législations comparées » créée au Collège de France en 1831 dont Laboulaye deviendra le deuxième titulaire après Lermnier. Cette tradition ancienne place, toutefois, l'enseignement en droit comparé et en droit étranger en marge de la formation juridique habituelle qui, elle, reste centrée sur le seul droit national. Certes, la formation juridique a connu bien des évolutions depuis lors. L'eupéanisation et l'internationalisation du droit ont en particulier œuvré pour une prise de conscience. En Europe, la formation du juriste ne peut plus reposer sur la seule connaissance du droit national puisque l'État n'est plus à l'origine de toutes les normes juridiques. La dénationalisation des études juridiques est d'abord le résultat de ces processus d'eupéanisation et d'internationalisation du droit et est liée, en particulier, au développement des études européennes. Les échanges Erasmus (pour les étudiants) et Socrates (pour les enseignements-chercheurs) financés par les institutions européennes ont largement participé à désenclaver cette formation et à réduire l'extrême rigidité des mentalités universitaires. Dans le passé (récent, les années 1970), la discussion s'est toutefois principalement focalisée sur la place à accorder dans le cursus universitaire au droit communautaire et au droit européen. Même si l'eupéanisation a permis de décloisonner les systèmes juridiques et donc les systèmes universitaires, l'enseignement du droit reste fortement national en France ou encore en Allemagne¹⁶. La discipline juridique reste empreinte de caractéristiques nationales : le droit concerne l'État dans sa structure et ses fonctions. Cependant, dans un contexte globalisé, le territoire national ne suffit plus pour déterminer la compétence normative de l'État. L'actuelle question des flux migratoires en Europe et son corollaire, la remise en cause de l'espace Schengen, le montrent avec évidence.

Malgré ces avancés, la place de l'enseignement en droit comparé et en droit étranger reste marquée par cette marginalité initiale qui n'a été gommée que partiellement. Le caractère monolithique de la formation juridique s'en ressent donc, sans toutefois, se défaire du nationalisme pédagogique qui ne se transforme que

¹⁶ M-C. Ponthoreau (dir), *La dénationalisation de l'enseignement juridique. Comparaison des pratiques*, LGDJ – Institut Universitaire Varenne, 2016.

depuis peu et de manière parcellaire. Tout d'abord, ce sont les doubles ou triples diplômes obtenus de manière concomitante qui sont apparus, à partir des années 1970, notamment dans plusieurs universités parisiennes (l'Université de Paris I ayant été pionnière en la matière). Dans ce type de parcours, l'ouverture vis-à-vis de l'étranger est à la fois géographiquement ciblée (un, au maximum deux autres pays) et très approfondie : les étudiants doivent s'immerger dans le pays étranger et en maîtriser parfaitement la langue et la dogmatique juridique. Généralement, la licence se déroule en France et le master à l'étranger.

Ce sont aussi les licences internationales ou « droit français – droit étranger » qui se sont développées selon des modalités variées. Pionnière, l'Université de Paris ouest Nanterre propose depuis une quarantaine d'années les licences « droit français – droit étranger » (droit de common law, droit allemand, droit espagnol, droit italien et droit russe) qui intègrent des cours de droit étranger dès la première année et jusqu'en troisième année sans que les étudiants ne partent systématiquement dans une université partenaire au cours de leur licence. En revanche, la licence internationale Droit & Langues proposée à l'Université de Bordeaux depuis 2011¹⁷ conduit à terminer sa formation dans une université partenaire. Elle s'insère dans le cadre de la licence et se développe en parallèle de la filière générale selon trois options possibles : droit allemand, anglais ou espagnol. Les étudiants du parcours international partagent avec les étudiants de la filière générale les enseignements fondamentaux de 1^{ère} et 2^e années. Au lieu de suivre les matières optionnelles, ils ont un enseignement spécifique en vue de les former à un droit étranger. Cet enseignement en langue étrangère d'un droit étranger est facilité par la composition de petits groupes (30 étudiants maximum) et il est assuré essentiellement par des collègues étrangers en droit allemand, anglais et espagnol. Ces cours de droit étranger sont, donc, assez nombreux et obligatoires et, surtout, complétés de travaux dirigés de manière à approfondir les modes de raisonnement juridique. La troisième année se déroule dans une université étrangère en lien avec l'option choisie. Les étudiants préparés à la différence culturelle s'adaptent rapidement à leur nouvel environnement.

La marque de fabrique des expériences récentes est d'ouvrir dès la première année en droit car il est important de diffuser, dès le début de l'apprentissage,

¹⁷ Cette licence a disparu à la rentrée universitaire 2019-2020 au profit de trois licences autonomes : l'une « droit français et droit anglais », l'autre « droit français et droit espagnol » et enfin une licence franco-allemande avec l'université de Bayreuth. Mais le dispositif pédagogique initial a été maintenu.

de manière consciente dans l'esprit des étudiants que plusieurs réponses sont possibles à un problème juridique donné. Cela nourrit l'idée que la recherche de la vérité en matière de justice n'existe pas. En effet, selon l'approche traditionnelle l'étude des droits étrangers ou/et du droit comparé intervient généralement à la fin de l'apprentissage et de manière optionnelle. L'idée implicite véhiculée par ce cursus est que seul le droit national compte. Il est donc plus ardu de faire comprendre que plusieurs réponses sont envisageables pour résoudre un problème juridique. Les doubles diplômes reposent, quant à eux, sur une coexistence des cours de droit national et ceux de droit comparé/étranger, mais le droit national reste prioritaire car étudié en premier et, donc, il apparaît comme supérieur. Les droits étrangers ou/et comparé ne sont certes plus relégués à une position subalterne et optionnelle.

Les formations plus récentes cherchent donc à se démarquer de la tradition technicienne qui a caractérisé pendant longtemps le comparatisme français. Cette tradition a favorisé une conception du droit comparé comme instrument d'exportation du droit national ou bien instrument de réformes internes. De cette vision du comparatisme, il en a résulté un intérêt pour les droits étrangers et moins pour les fondements du droit comparé. La très récente réforme des masters (pour la prochaine année universitaire) semble ouvrir de nouvelles perspectives qui devraient s'inscrire dans la production scientifique la plus emphase avec les débats méthodologiques internationaux en droit comparé.

[JDC] À votre avis, le Droit comparé possède-t-il une autonomie scientifique ? Ou au contraire, considérez-vous qu'il n'a pas de statut épistémologique propre et qu'il constitue plutôt une méthode d'analyse utilisée par les juristes pour l'étude du droit ?

Marie-Claire Ponthoreau : Le droit comparé est-il une discipline ou une technique ? La question est aussi classique qu'ancienne. L'intensité toujours actuelle du débat tient sans doute à ce que le droit comparé ne forme pas un corps de règles positives. Ce n'est d'ailleurs pas le seul droit comparé qui se trouve dans cette situation ; il suffit de penser à la théorie du droit.

Le débat est controversé au sein de la communauté des comparatistes. Je crois en revanche que ces derniers reconnaîtraient sans mal que le comparatisme est susceptible de porter plusieurs visions du droit. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le comparatisme voit sa scientificité mise en cause. Tout au plus, n'est-il considéré scientifique qu'à titre accessoire car, le plus souvent, c'est sa seule qua-

lité d'argument rhétorique qui est retenue. On peut douter de la pertinence de la critique : qu'est-ce que la scientificité ? Peut-on parler de neutralité et d'objectivité du discours juridique ? N'est-ce pas faire un faux-procès aux études comparatives ? La neutralité est un mythe pour tout discours juridique. Il appartient néanmoins au comparatiste de préciser ses choix méthodologiques et sa posture épistémologique. Il faut reconnaître que tous les comparatistes ne s'y prêtent pas toujours même si les débats intenses depuis le début du nouveau siècle les incitent à le faire.

Je fais partir de ceux qui pensent qu'il y a plusieurs façons de faire de la comparaison des droits pour des buts variés mais qui privilégient un comparatisme critique. Autrement dit, le comparatisme critique met l'accent sur le cadre des perceptions et de compréhension de chaque communauté juridique de manière à expliquer comment les différentes communautés conçoivent le droit : ce qui conduit à insister sur la nécessité de tenir compte de la langue, des institutions, des concepts, des valeurs et pratiques juridiques sur lesquels s'articule chaque norme. C'est un comparatisme qui vise avant tout à comprendre les différents discours produits en droit (ainsi, suis-je l'auteur d'un ouvrage intitulé, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*)¹⁸ en prenant une distance critique et en reconnaissance la variété des visions du droit (constitutionnel).

Il n'est pas dit toutefois que ce positionnement distancié soit la marque d'une discipline (car cela ne gomme pas à la diversité des finalités, des méthodes et des objets). D'un point de vue institutionnel, ce serait sans doute souhaitable pour mieux asseoir ce savoir dans nos facultés (voir la réponse précédente). A minima, j'avance qu'une théorie générale de la comparaison (constitutionnelle) ne peut se fonder que sur une position médiane, l'entre-deux par où transite la connaissance. L'idée d'une voie moyenne conduit à ne pas exclure, mais au contraire à combiner pluralité des droits (constitutionnels) et droit commun (constitutionnel). Le comparatisme suppose l'adhésion à l'idée que l'expérience de l'autre n'est pas déterminée uniquement par une logique nationale et des facteurs historiques. Ce vécu peut donc être (en partie) compris et se révéler riche d'enseignements. Bien qu'il y ait différents droits (constitutionnels), leur source d'inspiration est commune et l'on peut dégager des principes communs. D'un côté, le comparatisme doit donc prendre ses distances avec un relativisme culturel radical. De l'autre, il doit tout autant mettre de côté une rationalité excessive: les modèles (constitutionnels) pré-

¹⁸ Paris, Economica, 2010.

sentent des risques de détachement car ils sont coupés du contexte politico-social dans lequel s'insère le droit. Les modèles de même que les classifications sont des points de repères utiles, mais une représentation simplifiée de la réalité juridique qu'ils veulent traduire.

En dernière analyse, je doute que le droit comparé bénéficie d'un statut disciplinaire à la différence de ce que Catherine Valcke avance dans son ouvrage récent, *Comparing law. Comparative law as reconstruction of collective commitments* (Cambridge University Press, 2018). Néanmoins son essai, en exposant de manière réciproque le droit comparé à la théorie du droit, tente de reconstruire le droit comparé en une discipline à part entière ayant pour but non pas l'harmonisation juridique, ni même de promouvoir la diversité juridique à travers le monde, mais de comprendre chaque système juridique en soi selon ses propres caractéristiques et à la manière dont les acteurs de chaque système le font. Catherine Valcke participe à combler sans nul doute un espace de réflexion laissé trop longtemps vacant, surtout en France. A contre-pied de ce qui est pratiqué par l'auteur, cet espace de réflexion pourrait être libéré de la positivité et de la nationalité du droit pour faire de la comparaison des droits le sous-bassement d'une théorie critique du droit.

[JDC] Quelles sont actuellement les fonctions assignées au Droit comparé ? En particulier, pensez-vous qu'il joue un rôle important dans la conception des politiques législatives et d'États ?

Marie-Claire Ponthoreau : A juste titre, le grand comparatiste Rodolfo Sacco soulignait que : « Seul le droit comparé est soumis à une vérification supplémentaire de ses « buts » ; et cette vérification a tout l'air d'être conçue comme une sorte de preuve libératoire, nécessaire pour garantir la légitimité de la comparaison¹⁹. Bien que la comparaison des droits se soit imposée dans le contexte de la construction européenne et de la globalisation, les interrogations sur sa légitimité reviennent de manière inéluctable. Un questionnement sur ses finalités paraît indépassable dès lors que le(s) droit(s) comparé(s) demeure(nt) largement un projet à fonder qui suppose de combler les carences de la réflexion épistémologique²⁰. Les fonctions assignées à la comparaison des droits divergent selon le statut de celui qui l'utilise : un observateur du droit tel que le professeur en

¹⁹ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, pág. 5.

²⁰ Je me permets de renvoyer à mon ouvrage précité, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*.

droit n'accorde pas forcément les mêmes finalités que celui qui produit le droit. Trois finalités peuvent être envisagées : un procédé de connaissance critique, l'interprétation des similitudes et des différences dégagées de la comparaison et l'emprunt de solutions juridiques. Cette dernière fonction souvent qualifiée de « pratique » renvoie à l'idée que dans les sociétés de niveau de développement comparable, les mêmes problèmes se posent souvent au même moment et qu'il est dès lors intéressant de connaître les solutions juridiques adoptées ailleurs pour éventuellement s'en inspirer, voire les transposer.

En France, l'influence des solutions étrangères apparaît notamment par l'intermédiaire des études de législation comparée élaborée au sein des assemblées parlementaires. L'établissement de ces études a commencé au Sénat en 1995 et à l'Assemblée Nationale à partir de 2004. Ces études sont conçues comme des documents de travail à l'intention des parlementaires et ne sont pas mises à jour après leur publication. Au Sénat, ces études sont nombreuses, régulières et suivent le plus souvent une méthodologie rigoureuse. L'étude est établie à partir de questionnaires envoyés dans les pays retenus, l'approche est pédagogique. Pour l'Assemblée Nationale, les études sont établies de manière sporadique, sans justification des pays retenus, et essentiellement limitées aux pays européens. Les études du Sénat sont principalement réalisées pour traiter des questions d'actualité susceptibles de faire l'objet d'une proposition de loi et restent peu citées dans le cadre du travail parlementaire²¹.

L'influence des solutions étrangères reste mineure. Le législateur cherche avant tout une solution juridique nouvelle qu'il espère découvrir dans l'« autre » droit. Il a probablement peu le souci de retrouver le même contexte (juridique ou/et extra-juridique) pour transposer une institution ou une règle de droit étranger. P.G. Monateri a précisément souligné les faiblesses du législateur (en particulier, sa faible capacité prévisionnelle) et celles de la législation (notamment, l'impossibilité de circonscrire l'ensemble des données sociales)²². Celui qui produit le droit n'entreprend pas une « recherche rationnelle de la meilleure

²¹ F. Rueda, « Les "Études de Législation Comparée" des Assemblées parlementaires françaises : une utilisation pédagogique du droit comparé dans le travail législatif ? », in P. Raimbault (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, coll. IFR, vol. 10, 2011, págs. 395-396.

²² P. G. Monateri, « La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l'Unione europea », (dir.) A. M. Petroni, *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, pág. 99.

règle », mais de celle qui lui coûte le moins d'efforts. Dans cette recherche du moindre effort, la question de la langue est importante car on importe les règles exprimées dans une langue juridique connue. Et n'oublions pas que le législateur français légifère de plus en plus souvent dans l'urgence et que la loi se réduit à un acte d'affichage qui vise, au mieux, à apporter une réponse au problème du moment et, au pire, à permettre aux ministres d'attacher leur nom à un texte. Ces premières considérations laissent entendre qu'au mieux le législateur s'inspire d'une expérience étrangère, mais peu lui importe de commettre une erreur méthodologique dans l'introduction d'une institution étrangère. Il n'a pas à faire œuvre de comparatiste. Le législateur vise à réduire les incertitudes liées à l'innovation juridique et espère, précisément, les réduire en s'inspirant d'un exemple étranger. Ce qui compte, ce sont les retombées sociales utiles de la nouvelle législation. La référence aux droits étrangers n'est d'ailleurs pas forcément revendiquée. Comme si la référence à une expérience étrangère faisait peur, par ce qu'elle pourrait impliquer, ou bien elle est jugée incongrue et peu prestigieuse dans une culture juridique qui se veut forte et qui entend le rester. La France se range parmi les cultures juridiques fermées ou du moins peu poreuses aux influences étrangères car le législateur voit encore le droit comme un patrimoine national qui doit être protégé contre toute altération venue de l'étranger. Cette vision est partagée par les pays à forte tradition exportatrice du droit, comme les Etats-Unis. Néanmoins, cela ne signifie pas que le droit étranger soit totalement absent dans le travail parlementaire. La référence sera occulte pour mieux se l'approprier.

[JDC] : On peut dire qu'il existe un certain consensus sur le fait que le Droit comparé requiert, pour son analyse, une approche interdisciplinaire. Si vous êtes d'accord avec cette perspective, dans quels aspects l'anthropologie peut-elle enrichir la vision du comparatiste ?

Marie-Claire Ponthoreau : Je partage pleinement l'idée selon laquelle le comparatisme est une passerelle entre les différentes sciences sociales. Le comparatiste est conduit à s'intéresser à ce qui sort de son univers juridique encore plus aujourd'hui qu'hier en raison de l'effacement des frontières géographiques et de la circulation des populations, l'accélération des temps de communication et la multiplication des échanges. Cela le mène à pousser sa recherche jusqu'aux frontières disciplinaires. On voit ainsi se dessiner les mêmes intérêts, mais aussi les mêmes chausse-trapes que lorsqu'on pénètre un autre droit que le sien : le

défi devient alors d'apprendre à composer avec les autres champs du savoir sans s'y engloutir. Le projet interdisciplinaire n'est pas seulement une question d'empathie entre la comparaison des droits et les sciences sociales, c'est aussi une exigence pour comprendre les mutations actuelles du droit liées notamment à la globalisation ou aux revendications identitaires. On peut toutefois comprendre que le comparatiste attentif à la seule règle de droit positif puisse se sentir démuné et douter de sa capacité à désenclaver des problématiques en faisant appel à des champs disciplinaires aussi variés que l'anthropologie, la sociologie, l'histoire ou encore la linguistique.

Par exemple, face aux questions identitaires, il s'agit de lier le droit positif aux phénomènes sociaux et politiques de manière à inscrire le droit dans le contexte où il émerge ou/et dans celui où il s'applique. La variation d'échelle pour l'analyse des libertés paraît tout aussi essentielle : l'option contentieuse peut être ainsi accompagnée de l'inscription du droit dans une réalité socio-historique. Les préoccupations des constitutionnalistes peuvent ici rejoindre celle des anthropologues du droit. L'anthropologie juridique cherche à échapper au dualisme entre universalisme et relativisme des droits de l'homme et après avoir pensé surtout cette question à propos des sociétés non occidentales, elle est devenue toute aussi essentielle dans nos sociétés qui connaissent des mutations importantes liées notamment aux flux de population. En particulier, cette tension entre diversité et unité se fait ressentir dans la société française à propos du principe de laïcité. Si le regard de l'anthropologue peut informer utilement le constitutionnaliste sur la diversité culturelle, celui du constitutionnaliste reste néanmoins lié aux institutions. La question culturelle en droit constitutionnel renvoie à la prise en compte par les institutions de la diversité culturelle. Par exemple, quelle représentation pour les minorités ethniques et religieuses en Irak ? Quelle autonomie régionale pour le Québec ? L'apport de l'anthropologie est tout aussi fondamental dans l'étude d'une question classique du droit comparé : les emprunts juridiques. La transposition directe de règles, institutions ou notions juridiques sont rares. Le système juridique qui reçoit ou subit les transferts, les absorbe et se les réapproprie le plus souvent. Ces contaminations sont des processus d'hybridation qui supposent une étude interdisciplinaire pour comprendre comment les normes déracinées de leur culture d'origine ont pu s'implanter et se déployer dans un nouvel espace.

[JDC] Le Droit comparé étudie les systèmes juridiques ou les institutions appartenant à différents ordres juridiques en synchronie. Cependant, il faut souligner que lorsque la recherche comparative ne prend pas en compte les raisons historiques qui expliquent les différences existant entre les systèmes étudiés, elle perd de sa complexité. Selon vous, quelles sont les principales contributions de l'histoire juridique au comparatiste ?

Marie-Claire Ponthoreau : Pour une constitutionnaliste et comparatiste, le texte de la conférence délivrée (mais restée inédite)²³ par A. V. Dicey constitue un bon point de départ pour rendre compte de l'intérêt qu'il y a à adopter une démarche historique. Dicey est surtout connu comme le promoteur de l'approche analytique de la Constitution anglaise, mais dans cette conférence inédite, il propose trois approches de la constitution : les méthodes analytique, historique et comparative. Ils dissocient chacune de ces méthodes pour mieux s'intéresser aux interférences entre elles. Ce qui est précieux pour mon propos.

La méthode analytique correspond à l'explication neutre (sans parti pris) de la Constitution anglaise. Il est peu prolixe sur cette méthode qu'il considère toutefois première et qui a fondé son propre commentaire de la constitution : dans *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (dont la première édition date de 1885), il définit le devoir du professeur comme consistant « non pas à attaquer ou bien à défendre la constitution, mais simplement à expliquer ses dispositions »²⁴. La Constitution anglaise doit être analysée du strict point de vue juridique. Dans sa conférence de Liverpool en 1894, il la juge néanmoins insuffisante et, par conséquent, elle doit être complétée entre autre par la méthode historique. A propos de cette dernière méthode, le juriste victorien dénonce deux écueils à éviter : d'une part, l'histoire peut conduire à une érudition stérile et, d'autre part, il y a un risque de confusion entre explication historique et justification morale ou intellectuelle. En effet, ce n'est pas la même chose de montrer comment une institution est née et de s'interroger sur le bien-fondé de son existence. Dicey précise la complémentarité entre la méthode historique et l'approche comparative dans les termes suivants : « [l]'histoire est comparaison

²³ Ce manuscrit peut être consulté à la Codrington Library, All Souls College, Oxford (MS 323) : A. V. Dicey, *The Comparative Study of the Constitution*. A noter qu'il y a plusieurs versions manuscrites de cette conférence dont l'auteur a donné une présentation à Liverpool en 1894.

²⁴ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 10e, 1959, pag. 4.

alors que la comparaison n'a pas besoin de l'histoire. La méthode historique est au mieux une illustration de la méthode comparative ».

Le véritable gain d'une démarche historique ne réside pas tant dans son intérêt pour le passé que dans la possibilité qu'elle offre de comparer l'institution lors des différentes phases de son développement et, en particulier, celle où elle a été pensée et créée et celle où elle est en vigueur. On y gagne non seulement une connaissance du passé, mais aussi une meilleure compréhension du présent. Dicey formule ainsi une interrogation majeure : comment le passé contribue-t-il à éclairer le présent ?

La spécificité du cas anglais obère-t-il les enseignements de Dicey ? Nullement. D'abord, on retiendra la leçon sur la pluralité des méthodes à déployer pour l'étude des constitutions (mais aussi bien au-delà du droit constitutionnel). Ensuite, la démarche historique n'est pas forcément nécessaire, mais le cas anglais montre bien l'interdépendance entre l'objet d'étude et la ou les méthodes choisie(s). Enfin, la comparaison peut être menée sans approche historique sur la base de principes abstraits et selon une méthode déductive. Mais l'analyse historique permet de dépasser le statisme des notions pour envisager les modalités de production et de transformation des systèmes de sens dans le temps. Le normativisme kelsénien limite en revanche le discours sur l'historicité du droit pour ne voir les concepts que comme de purs produits logiques. La démarche historique suppose au contraire de reconnaître que l'évolution du droit est inséparable de l'évolution de la société.

Au-delà des spécificités nationales et de l'intérêt à mieux comprendre les agencements institutionnels issus du passé, l'analyse historique permet d'éviter l'idéalisme juridique en pensant les concepts dans leurs contextes réels. Il ne s'agit pas de nier les principes communs aux droits constitutionnels, mais de les réinsérer dans leur contexte historique, social et politique. L'analyse historico-sémantique des concepts développée par l'école allemande, *Begriffsgeschichte*, menée par les historiens Otto Brunner et Reinhart Koselleck²⁵ permet aux constitutionnalistes de mieux comprendre les enjeux théoriques les plus complexes

²⁵ O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (dir.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Klett-Cotta, Stuttgart, 8 tomes (1974-1997). En langue française, voir sur la question méthodologique de l'histoire des concepts R. Koselleck, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, (trad. Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, 1979), Paris, éditions de l'EHESS, 1990, pág. 105 et en part. pág. 111.

sur l'origine et l'évolution des concepts. L'histoire des concepts se distingue de l'histoire des idées qui débat notamment des idées élaborées par les grands penseurs politiques. En revanche, l'analyse historico-sémantique se focalise sur l'usage des mots et vise à découvrir la signification et le contenu notionnel de ces mots « dans la conscience de l'époque » qui est la « notion clé » de la Begriffsgeschichte : « la conscience de l'époque se manifeste dans la langue, raison pour laquelle les textes d'époque doivent être analysés en fonction des notions et de leur emploi »²⁶. Cette approche permet ainsi d'éviter un écueil récurrent de la démarche historique : celui du « présentisme », i.e. des anachronismes des faits ou/et des concepts et des extrapolations, chausse-trapes d'ailleurs bien connues du comparatiste.

[JDC] Dans ses arrêts, la Cour suprême de justice de l'Argentine formule assez fréquemment des arguments fondés sur la jurisprudence constitutionnelle d'autres tribunaux ou de cours supranationales (par exemple : La Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême des États-Unis). Il s'agit d'un phénomène courant dans les tribunaux constitutionnels latino-américains. L'utilisation de ces formes argumentaires peut, dans un certain sens, engendrer un processus de migration des idées constitutionnelles de différents systèmes juridiques. Ce qui est étonnant c'est que, dans nombre de cas, ces processus argumentatifs révèlent que les opérateurs juridiques n'ont pas effectué une recherche préalable sur la compatibilité entre le précédent étranger susmentionné et le texte constitutionnel interprété. Que pensez-vous de ces problèmes ? Se passe-t-il la même chose dans les tribunaux français et au conseil d'État ?

Marie-Claire Ponthoreau : Les problèmes évoqués renvoient à ce que les anglo-américains désignent comme le « cherry-picking ». Autrement dit, les juges font le plus souvent une utilisation pragmatique des décisions étrangères sans se soucier de justifier la sélection de ces décisions et cherchant avant tout à conforter la solution souhaitée en laissant de côté les cas contraires. Je prends un exemple pour éclairer ce problème récurrent parmi les cours faisant référence à des précédents étrangers : dans la célèbre décision de la Cour suprême de justice de la Nation (mexicaine) du 6 août 2010 sur la loi permettant aux couples homosexuels du District Fédéral de Mexico de se marier, l'un des juges (Ministro

²⁶ H. Quaritsch, « Otto Brunner ou le tournant dans l'écriture de l'histoire constitutionnelle allemande », *Droits*, 22-1995, pág. 148.

Sergio Aguirre) y dénonce précisément une fraude au comparatisme consistant à donner une vue déformée de la réalité juridique car partielle²⁷. Dans la recherche collective que j'ai codirigée avec Tania Groppi (*The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, 2013) sur le recours aux précédents constitutionnels étrangers, il ressort que la pratique la plus fréquente consiste à rechercher le précédent étranger confortant la solution retenue sans exposer des précédents contraires.

Certes, certains juges semblent conscients que la citation de précédents étrangers est une pratique risquée et donc qui doit être limitée. C'est qui ressort en particulier de l'opinion séparée de juges qui invitent à la prudence²⁸. Certaines cours, mais elles restent peu nombreuses, cherchent par conséquent à contextualiser les précédents étrangers en distinguant les systèmes constitutionnels et en discutant les cas. Dans notre recherche collective, seules la Cour suprême du Canada et la Cour constitutionnelle sud-africaine se particularisent et s'inscrivent dans cette pratique vertueuse. Dans une moindre mesure, les Cours suprêmes irlandaise et indienne peuvent également suivre une telle pratique. Les autres optent pour une pratique moins coûteuse en temps, en recherche et en compétence: la référence aux précédents étrangers ne vise pas à importer une solution étrangère mais à apporter une aide dans l'interprétation d'une question juridique nationale.

Néanmoins, la question qui mérite d'être posée est la suivante : peut-on véritablement attendre des juges qu'ils se comportent comme des comparatistes avertis et conscients des limites de la comparaison ? Dès lors qu'ils sont limités par les questions qui leur sont posées dans les cas d'espèce, les juges peuvent-ils véritablement offrir un cadre théorique à leur interprétation constitutionnelle ? Je crois qu'il ne faut pas trop demander aux juges qui doivent avant tout trancher

²⁷ E. Ferrer Mac-Gregor, R. Sanchez Gil, "Mexico: Struggling For An Open View In Constitutional Adjudication" in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013, págs. 301-320.

²⁸ L'opinion de Justice Breyer de la Cour Suprême des Etats-Unis est connue: *Printz v United States*, 521 U.S. 898, 976. Voir notamment, l'opinion de Justice Ackermann de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* [1999] 1 SA 6 (CC) 48 ou celle du Justice O'Regan dans cette même Cour qui souligne les risques d'un "comparatisme superficiel", *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] 3 SA 786 (CC) 35; voir aussi l'opinion de Justice Macken de la Cour suprême d'Irlande, *Pól O Murchú v An Taoiseach* (2010) IEHC 26, ou celle de Justice Wilson de la Cour suprême du Canada, *Lavigne v Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 SCR 211.

des conflits d'interprétation. Dès lors qu'ils pratiquent la référence aux cas étrangers relatifs à une même question, ce sont plutôt des bricoleurs que des théoriciens²⁹.

Même si la plupart des cours constitutionnelles ou suprêmes sont désormais dotées d'un bureau en charge des études comparatives, il semble toutefois impossible de leur demander d'offrir une étude complète et systématique des précédents étrangers sur toutes les questions traitées. Au Japon, tout arrêt rendu par la Cour suprême a été précédé d'une recherche comparative complète menée par un assistant. En revanche, cette pratique n'est pas courante au sein du Conseil constitutionnel : d'une part, les membres du Conseil n'ont pas d'assistants personnels et d'autre part, le chef du service de la documentation du Conseil (M. Lionel Brau) a reconnu que le service n'est pas spécialisé en droit comparé et qu'une étude de droits étrangers ou/et comparative peut être envisagée que si une décision le nécessite (récemment, pour la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les services du Conseil ont élaboré un dossier documentaire complémentaire fournissant des éléments de comparaison en présentant les décisions du 1er mars 2012 de la Cour constitutionnelle belge, du 6 novembre 2012 du Tribunal constitutionnel espagnol et du 9 avril 2010 du Tribunal constitutionnel portugais). Mais, si ces éléments sont présents dans le dossier documentaire, ils n'apparaissent pas dans la décision du Conseil. De même, dans le cas japonais, bien qu'une tendance de la Cour suprême à être plus attentive aux sources étrangères ait été remarquée depuis le milieu des années 2000, la Cour ne se réfère pas expressément à des précédents étrangers et ses références restent générales (comme « pays étrangers ») ou renvoient à des législations étrangères. Les juges constitutionnels ne citent pas, dans leurs décisions, leurs sources d'inspiration étrangères et se contentent d'un usage clandestin du droit étranger. La raison la plus profonde réside dans le souci de l'acceptabilité des décisions. Cela est particulièrement observable au sein de la tradition civiliste. La prise en compte par le juge de son auditoire réel renforce une conception conformiste et conservatrice de la rationalité juridique. C'est pourquoi l'influence implicite des précédents étrangers est la plus diffuse au sein des juridictions de tradition civiliste. En France, le Conseil constitutionnel s'inscrit pleinement dans cette pratique

²⁹ En ce sens, V. Ferreres Comella, "Comparative Modesty" (2011) 7 *European Constitutional Law Review*, pág. 526.

alors que le Conseil d'Etat, sous l'influence de son précédent vice-président, a développé une attention et une pratique plus ouverte sur les décisions étrangères, en particulier dans le cadre européen (au-delà des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, ces dernières constituant une jurisprudence contraignante pour le juge français)³⁰.

[JDC] Les processus d'intégration économique et juridique que l'on observe en Europe et en Amérique, avec leur intensité et leurs particularités différentes, ont tendance à conduire à la formation d'espaces juridiques harmonisés ou, si l'on analyse la question sous un autre angle, à la formation de normes juridiques communautaires. Quelles sont, à votre avis, les fonctions que remplit le Droit comparé dans ces contextes?

Marie-Claire Ponthoreau: Les droits européen et communautaire ne sont pas des « droits étrangers », mais des droits qui puisent dans les différentes traditions juridiques nationales. La comparaison des droits est donc sollicitée pour comprendre la formation de tels droits mais aussi les résistances à leur application uniforme, en particulier du droit de l'Union européenne.

La comparaison intégrative a, pendant longtemps, dominé le champ des études européennes et conduit à défendre l'idée d'un droit commun ou, plus précisément, une convergence des droits. Sûrement, la doctrine a-t-elle offert dans un premier temps une vision unilatérale dictée par l'intégration européenne. Cette vision s'inscrit précisément dans un ensemble régional présentant une signification particulière. Ainsi, Koen Lenaerts la définit de la manière suivante: « un ensemble d'ordres juridiques imbriqués » [...] « constitue la plateforme commune pour étayer l'intégration européenne, un ius commune construit avec les briques du droit comparé »³¹. Dit d'une autre manière, la convergence se fonde sur la constitution d'un droit commun issu des systèmes juridiques qui pénètre à son tour lesdits systèmes en vue non pas de leur unification, mais de leur rapprochement. Les principaux instruments juridiques de la convergence sont les textes relatifs aux droits de l'homme et les rôles joués par les juges et la doctrine européens.

³⁰ J.-M. Sauvé, « Allocution d'ouverture » en hommage à Roland Drago, R.I.D.C. 2-2015, pág. 281.

³¹ In, "Interlocking Legal orders in the European Union and Comparative Law" 52, International Comparative Law Quarterly, 2003, pág. 906. Dans la version française de cet article, cette phrase de conclusion est absente : « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », R.T.D.E., 2001, pág. 487.

Le rapprochement autour de principes communs suppose donc une sorte de droit à la différence puisque chaque Etat garde une marge pour mettre en œuvre ces principes. Du côté de la Cour de justice de l'Union européenne, c'est un instrument procédural qui a été privilégié pour faciliter la coopération et la convergence avec les juges nationaux. Il s'agit du renvoi préjudiciel. Les juridictions nationales des États membres peuvent demander à la Cour la signification d'une partie du droit de l'Union. La Cour donne alors son interprétation, qui sera à la disposition de la juridiction nationale demandeuse, sans pouvoir juger l'affaire elle-même. Cette voie de recours favorise un mouvement circulaire entre les droits nationaux et le droit de l'Union. Ainsi, les constitutions nationales sont une source d'inspiration pour la Cour de Luxembourg. Mais elle est l'interprète exclusif et garant de l'ordre juridique communautaire et utilise donc les traditions constitutionnelles communes de manière à tisser un lien avec les ordres juridiques internes tout en se réappropriant le patrimoine constitutionnel commun conformément aux objectifs poursuivis par l'ordre juridique de l'Union européenne.

La comparaison ne sert donc pas forcément à mettre en lumière des convergences entre les droits nationaux des Etats membres. Elle permet aussi de faciliter la réception, dans le droit de l'Union, de solutions nationales sûres et convaincantes, même si elles sont singulières comme, par exemple, le principe de proportionnalité (venu du droit allemand). Dans ce contexte, l'instrument comparatif est aussi et surtout une technique de réconciliation des systèmes juridiques et donc de légitimation du droit en formation.

Ce discours légitimant prend la forme d'un « patrimoine constitutionnel commun » dans la doctrine européenne qui assure sa reconstruction sur deux piliers : les droits fondamentaux et les principes organisationnels des pouvoirs publics. On observera que le patrimoine commun renvoie à une autre notion, plus courante, celle d'« Etat de droit » que l'article 2 du Traité sur l'Union européenne consacre désormais. Tout le monde adhère à cette dernière notion tout en ne sachant pas exactement à quoi elle correspond. Sa polysémie est certainement à la source de l'adhésion dont elle bénéficie.

Néanmoins, existe-t-il une communauté juridique européenne dont les membres se reconnaissent et partagent le même langage ? Les mêmes méthodes ? Les mêmes lieux ? Les mêmes revues ? Ce qui devient essentiel est comment on pense et enseigne le droit plutôt que, ce qu'est le droit et comment il est ap-

pliqué. Ce déplacement des enjeux met en évidence que l'eupéanisation et la constitutionnalisation en Europe sont des processus menés par une élite formée dans les lieux spécifiques tels que l'Institut universitaire européen de Florence, établissement d'enseignement supérieur créé par les Communautés européennes en 1976, et le Collège de Bruges. Cette élite ne comprend pas seulement des académiques mais aussi des fonctionnaires et des juges. Au début de la construction européenne, le groupe des juristes de droit communautaire partageait un objectif commun: le droit communautaire, à la différence du droit international public traditionnel, devait s'appliquer uniformément. La participation active des juristes travaillant au sein des institutions européennes et de la Cour de justice a été un facteur non négligeable de l'unité affichée. A présent, ce n'est plus aussi évident, surtout depuis la tentative avortée d'établir un traité constitutionnel en 2005. C'est en effet développé au sein même de l'élite européenne une approche critique. Les travaux académiques européens et en particulier en droit constitutionnel européen sont, désormais, fortement fragmentés en raison de caractéristiques nationales, pour des motifs d'ordre linguistique et aussi des raisons substantielles tenant au projet européen lui-même. On peut donc douter qu'il existe une communauté épistémique commune, même si des progrès sont indéniables dont témoignent en particulier les blogs tenus sur l'actualité du droit européen et des droits des Etats membres.

[JDC] Dans la doctrine latino-américaine, l'utilisation de catégories conceptuelles élaborées par le comparatisme italien est fréquente ; en particulier des œuvres de Rodolfo Sacco et de ses disciples. Quel degré de réception a eu cette doctrine en France ?

Marie-Claire Ponthoreau: Je dois beaucoup à l'Italie. Si je devais reconstruire mon parcours de comparatiste, l'Institut Universitaire Européen (situé à Florence, plus précisément, à San Domenico di Fiesole, l'Institut n'est pas une institution italienne mais bien européenne) y occuperait certes la première place puisque j'y ai réalisé ma thèse de doctorat au cours des années 1990. Cependant, lieu de rencontres intellectuelles, l'Institut a joué un rôle indéniable pour m'ancrer dans la culture juridique italienne. Mauro Cappelletti venait de quitter l'Institut et l'université de Florence pour les Etats-Unis. Je l'ai toutefois rencontré à mon arrivée à l'Institut puisqu'il était membre du jury qui avait procédé à mon recrutement. Cette rencontre a été marquante sans doute à cause du défi qu'il

avait lancé: il n'y aurait eu plus rien de neuf à dire sur mon sujet de thèse³². Mais le plus déterminant a été ma rencontre avec Alessandro Pizzorusso (que j'ai connu grâce à mon directeur à l'Institut, Bruno De Witte, qui souhaitait que je puisse aussi être accompagnée par un collègue italien).

Je me rappelle encore le reproche que l'un des membres de mon jury de thèse avait exprimé à l'égard de mon travail lors de la soutenance de mon doctorat, celui de m'être laissée séduire par la doctrine italienne. Je le suis toujours, sans doute, de manière plus critique. Mais je reste admirative devant le dynamisme de la doctrine italienne : en particulier, elle réagit vite aux nouveaux défis posés par l'eupéanisation, la globalisation juridique ou encore l'ère digitale.

L'école comparatiste italienne a une longue et forte tradition en particulier soutenue par « le travail accompli ces dernières décennies par Rodolfo Sacco – et, dans une moindre mesure, par d'autres comparatistes – en vue d'augmenter le nombre d'enseignements consacrés [au droit comparé] ». Cet éminent comparatiste, comme le souligne Alessandro Pizzorusso, « a fait beaucoup plus que les autres pour défendre le droit comparé, mais nombreux sont ceux – en tout premier lieu, ses élèves fidèles et doués – qui ont fait de leur mieux pour l'accompagner sur ce chemin »³³. Attentif au substrat culturel avec les notions de « formant » et de « cryptotype », Rodolfo Sacco a posé les premières bases critiques de la méthode fonctionnelle. Son œuvre me semble mieux connue des comparatistes français de droit privé que de droit public. Cette dichotomie à laquelle j'ai déjà fait référence joue encore un rôle important même si certains comparatistes français savent dépasser cette division entre droit public et droit privé. Néanmoins, je dois reconnaître que les travaux italiens sont désormais moins diffusés qu'ils ne l'ont été. Les travaux en langue anglaise sont privilégiés : au cours des dernières années, le débat critique au sein des études comparatives conduisant à revoir les instruments traditionnels de la comparaison des droits l'a été dans des forums internationaux et des formats en langue anglaise.

[JDC] Comment considérez-vous actuellement le dialogue entre Common Law et Civil Law ? Pensez-vous que dans certains domaines particuliers du droit, ce dialogue peut être plus fluide ? Si oui, lesquels ?

³² La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel, préface A. Pizzorusso, *Economica*, Coll. Droit public positif, 1994.

³³ M.-C. Ponthoreau, "Questions à Alessandro Pizzorusso" RIDC 4-2005, pág. 991.

Marie-Claire Ponthoreau : Il y a une quinzaine d'années, ce dialogue en Europe n'était pas très fluide. D'un côté, les juristes de Common Law se sont opposés au projet de code civil européen, la codification étant précisément étrangère à la tradition de common law. De l'autre, les juristes de tradition civiliste et, tout particulièrement, les juristes français ont réagi au rapport de la Banque mondiale, *Doing business* in 2004, qui défendait l'idée selon laquelle le Common Law serait en particulier dans le domaine économique plus efficace et donc plus attractif que les droits romano-germaniques. Ces projets ou rapports ont suscité chez beaucoup l'inquiétude, voire chez certains l'hostilité. L'idée de concurrence entre Common Law et Civil Law semblait donc avoir une certaine emprise. En 2007, cela s'est traduit en France par la création de la Fondation du droit continental qui vise à assurer le rayonnement du droit de tradition civiliste.

Néanmoins pour raisonner en termes de concurrence, cela suppose comme condition d'avoir deux traditions juridiques bien distinctes. Quoique souvent utilisées, les notions de « tradition » et de « culture » n'en acquièrent pas pour autant une consistance satisfaisante et s'apparentent généralement à une simple facilité d'exposition ou à une commodité explicative. La difficulté à cerner ces notions autrement que de manière générale a déjà été soulignée la littérature des comparatistes. Toutefois, il paraît difficile de s'en passer : en s'intéressant aux traditions ou/et cultures juridiques, on devrait éviter de comparer le pareil au même. Elles font la différence. De plus, ni les cultures, ni les traditions juridiques ne sont rigides. Je partage pleinement le point de vue défendu par Patrick Glenn : « les traditions ne sont pas pures »³⁴. L'école italienne soutient elle aussi depuis longtemps qu'il n'y a plus une fermeture hermétique entre Common Law et Civil Law³⁵.

La concurrence entre la tradition de Common Law et la tradition civiliste est donc une fausse bonne idée : fausse car depuis toujours le droit est le résultat d'imitations ; mais bonne car les échanges entre traditions ne signifient pas qu'elles ne cherchent pas à se préserver les unes des autres. La thèse de la concurrence est par conséquent une lecture possible de la complexité du monde juridique présent à laquelle le juriste peut reconnaître une valeur explicative partielle.

³⁴ P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2e, 2004, pág.38.

³⁵ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milan, Giuffrè, 2e, 1998, pág. 376.

Du côté des comparatistes publicistes, cette thèse de la concurrence des droits ou/et traditions a sans doute eu moins d'emprise en Europe où trois fortes cultures juridiques peuvent être identifiées : celles du Royaume-Uni, de la France et de l'Allemagne. Si l'on cherche à distinguer les cultures, cela implique de dégager des traits et d'accentuer des différences. Ces trois pays ont en commun d'avoir une culture d'exportation qui repose en grande partie sur leur passé de puissance coloniale. Une forte culture juridique est rigide car elle cherche à défendre une identité nationale dans le champ du droit. Ce qui est sans doute moins vrai aujourd'hui à cause de l'eupéanisation. Cependant, dans le passé, la distinction entre traditions civiliste et de Common Law a été utilisée à cette fin. Il en est de même au sein de la tradition civiliste avec l'opposition entre la culture française et la culture allemande. Les différences résident dans un trait essentiel lié à la production du droit : les juges pour le Common Law, le pouvoir législatif pour la culture juridique française et les professeurs pour les Allemands. Précisément, l'eupéanisation a changé cette figure clé dans la production du droit en déplaçant le curseur sur les cours constitutionnelles ou suprêmes. Ces dernières jouent un rôle important comme gardien des droits fondamentaux et de l'ordre juridique national. Le Brexit montre aussi actuellement la place éminente jouée par la Supreme Court of U.K. Parce que les juges (constitutionnels) peuvent engager un dialogue avec les juges européens et en particulier la Cour de justice, ils représentent un élément attractif de la tradition juridique nationale. La tradition civiliste rejoint ici la tradition de Common Law.

Enfin, j'observe dans une perspective extra-large que les traditions ne sont toutefois pas imbriquées. C'est l'enseignement que l'on peut tirer de la citation des solutions étrangères par les juges constitutionnels. La globalisation implique à la fois l'harmonisation des cultures juridiques et la consolidation des identités juridiques nationales. Cette tension est tout à fait perceptible à propos du recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels. Les cours se partagent en deux groupes : celui des cours qui citent peu et celui des cours qui citent beaucoup. L'écart entre les deux groupes n'est pas seulement d'ordre quantitatif mais c'est aussi la façon de citer et d'employer la jurisprudence étrangère qui diffère. Ce qui frappe toutefois le plus, c'est que les juridictions de Common Law restent entre elles : elles s'aventurent rarement en dehors de leur aire culturelle ; seules la Cour constitutionnelle sud-africaine et la Cour suprême canadienne sont soucieuses d'offrir un large panel de citations (on observera que ce sont deux juri-

diction qui connaissent la mixité des droits). La thèse de la communication juridictionnelle ou encore celle du dialogue des juges souvent soutenue après les travaux initiaux présentés par Anne-Marie Slaughter³⁶ dans le monde anglo-américain repose en fait sur un groupe de cours appartenant à la même famille mais les réunions de famille restent fermées à ceux qui ne partagent pas les mêmes traits culturels notamment la langue³⁷. Le dialogue entre les deux traditions a des limites et, en particulier, il ne faut pas sous-estimer le poids de la langue.

Entrevista con Alessandro Somma³⁸

[José Daniel Cesano] Quale è la situazione che si osserva nelle università italiane con riguardo all'insegnamento del Diritto Comparato?

Alessandro Somma: Da decenni il diritto comparato è materia obbligatoria e dunque pienamente inserita nei piani di studio dei corsi di laurea giuridici (e non solo), comprendenti insegnamenti che spaziano dal Diritto privato comparato al Diritto pubblico comparato, passando per i Sistemi giuridici comparati e per non pochi insegnamenti più specifici (Diritto di famiglia comparato, Diritto penale comparato, Diritto processuale comparato, etc.). Detto questo, il diritto comparato è ancora osteggiato, e soprattutto il suo insegnamento non più riservato ai comparatisti: sono oramai numerosi i cultori del diritto positivo che fanno comparazione nei loro insegnamenti, sebbene in modo non soddisfacente dal punto di vista della metodologia comparatistica.

È oramai impossibile arginare l'occupazione delle materie comparatistiche da parte dei cultori del diritto positivo, e forse è anche sbagliato. Piuttosto i cultori del Diritto comparato dovrebbero concentrarsi sugli aspetti metodologici della materia (Introduzione al diritto comparato) e sui grandi temi di cui si occupa la sistemologia (Sistemi giuridici comparati): la classificazione dei sistemi

³⁶ A.-M. Slaughter, "A Typology of Transjudicial Communication", 29 University of Richmond Law Review, 1994, pág. 99 et son ouvrage le plus récent qui fait le point : A New World Order, Princeton, Princeton University Press, 2004.

³⁷ T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, "The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future", T. Groppi & M.-C. Ponthoreau (eds.), The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Oxford, Hart, 2013, pág. 429.

³⁸ Profesor de Derecho Comparado. Departamento de Derecho. Universidad de Roma La Sapienza.

e l'analisi della mutazione giuridica. I giuscomparatisti dovrebbero cioè dedicarsi agli strumenti utilizzati da chi fa comparazione, spesso senza alcuna consapevolezza circa la loro complessità.

Sul tutti questi aspetti il dibattito è però solo agli inizi. Non si è compreso che occorre svilupparlo in fretta, se intendiamo evitare una regressione della materia determinata dall'invadenza dei cultori del diritto positivo, e quindi dal suo impoverimento dal punto di vista del suo statuto epistemologico.

[JDC] Nella sua opinione, il Diritto Comparato possiede autonomia scientifica? ovvero, al contrario, considererebbe che non ha uno statuto epistemologico proprio e che costituisce, anzi, una metodologia di analisi utilizzata dai giuristi per lo studio del diritto?

Alessandro Somma: Il Diritto comparato è una scienza autonoma per il semplice motivo che la si può praticare ricorrendo a più metodi: in buona sostanza metodi pensati per esaltare le comunanze tra gli oggetti osservati (strutturalismo, funzionalismo) o al contrario per sottolineare le loro differenze (comparazione giuridica postmoderna). Detto questo, anche chi parla della comparazione come di un metodo (inquadramento ancora diffuso soprattutto tra le scienze sociali diverse dal diritto), non lo fa per negare il pluralismo metodologico: è oramai diffusa l'osservazione che vi sono più modi di interpretare i dati ricavati attraverso l'osservazione comparatistica, il che equivale a dire che vi sono più metodi comparatistici.

Se così stanno le cose, chi nega al diritto comparato lo status di disciplina autonoma non lo fa di norma per confutare l'esistenza di un suo specifico statuto epistemologico. Lo fa per screditare la materia, per contrastare le politiche accademiche che intendono promuoverla negli insegnamenti, il che avviene non di rado.

[JDC] Quali sono, attualmente, le funzioni che vanno assegnate al Diritto Comparato? In particolare, Lei crede che il Diritto Comparato svolge un ruolo significativo nella progettazione di politiche legislative e di Stato?

Alessandro Somma: Da sempre il Diritto comparato si legittima attraverso l'elencazione delle numerose finalità che gli sono proprie, e lo fa con un'enfasi sconosciuta in altre materie: probabilmente perché i suoi cultori devono costantemente giustificare la sua presenza nell'insegnamento universitario come disciplina autonoma. Per questo motivo molti reputano che il Diritto comparato non debba avere scopo alcuno, se non quello conoscitivo, di incrementare il nostro sapere.

Questa posizione si può forse comprendere alla luce della lotta condotta dai comparatisti per la visibilità della loro materia, e tuttavia ha un chiaro sapore scienziasta: lo stesso che il Diritto comparato ha ritenuto caratterizzare il diritto positivo, la cui ortodossia teorica ha sempre inteso sovvertire. Anche per questo è opportuno non nascondere le molte funzioni della materia: da quelle che interessano gli studiosi a quelle esaltate dagli operatori del diritto o eventualmente il legislatore. Tra queste ultime spicca ovviamente lo stimolo a emanare riforme o più in generale disegnare politiche legislative (funzione costruttiva), o eventualmente a contrastare quelle riforme e politiche: come nel caso in cui il riferimento è a un diritto culturalmente distante che dunque viene utilizzato per screditare una soluzione proposta (funzione distruttiva).

Detto questo, i riferimenti a un diritto straniero, in chiave adesiva o per contrapposizione, sono da sempre retoriche potenti per chi intende promuovere riforme. Non sempre, però, quei riferimenti discendono dalla volontà di avallare una convergenza con il diritto imitato, e non sempre sono corretti dal punto di vista scientifico: come abbiamo detto, siamo spesso e volentieri nel campo delle retoriche utilizzate nello scontro attorno alle riforme di volta in volta promosse o eventualmente osteggiate.

[JDC] Indubbiamente l'uso del diritto straniero quale input per il legislatore nazionale deve farsi in modo molto attento. Quali precauzioni considera Lei importanti qualora si cerchi di imitare un modello legislativo straniero?

Alessandro Somma: Se i modelli giuridici devono essere letti alla luce del significato assunto entro i contesti in cui sono calati, allora il loro utilizzo come stimolo per riforme e politiche legislative deve essere assistito da molte precauzioni. Occorre in particolare tenere conto della circostanza che i modelli possono circolare, ma non necessariamente lo stesso avviene anche per il loro significato: questo, come abbiamo detto, dipende dall'intreccio con un particolare contesto. Si potranno pertanto fare previsioni sul comportamento del modello importato, tanto più precise quanto assistite da una profonda conoscenza delle differenze che caratterizzano i contesti coinvolti. Non si potrà però mai avere la certezza che il modello importato produca determinati effetti tra quelli osservati nel contesto esportatore.

[JDC]: Si può affermare che esiste un certo consenso relativo al fatto che il Diritto Comparato richiede, per analizzarlo, un approccio interdisciplinare. Se Lei è d'accordo con questa prospettiva, in quali aspetti potrebbe l'antropologia arricchire la visione del comparatista?

Alessandro Somma: L'antropologia è attenta alla dimensione mitica dei fenomeni cui rivolge la propria attenzione, e in questa prospettiva condivide con la comparazione giuridica una finalità ben precisa: decodificare l'immagine che le diverse società forniscono di loro stesse. Nel caso della comparazione rileva in particolare l'immagine per cui il diritto è ridotto alla legge, quella cioè in linea con i dettami del positivismo.

Proprio attorno a questi aspetti è nato il sodalizio tra diritto comparato e antropologia tout court, e a maggior ragione tra diritto comparato e antropologia giuridica. Questo sodalizio ha rappresentato uno stimolo ad abbandonare il punto di vista prescrittivo tipico dei positivisti, i quali considerano le sole fonti formali di produzione delle regole, e ad assumere quello di chi mira a identificare le fonti sostanziali di produzione. Che l'antropologia sia particolarmente attrezzata a supportare una simile operazione, lo ricaviamo considerando che è nel suo ambito che è stato sviluppato un concetto oramai divenuto un punto di riferimento per l'operato del comparatista: il concetto di pluralismo giuridico.

[JDC] Quali sono, a suo avviso, i principali contributi offerti dalla storia giuridica al comparatista?

Alessandro Somma: La comparazione implica la storia esattamente come la storia, secondo un antico adagio, implica la comparazione. Ciò non riguarda però solo l'oggetto del raffronto, che non si può conoscere senza padroneggiare il contesto in cui è calato, fatto evidentemente di coordinate spaziale ma anche di coordinate temporali. Riguarda anche il metodo utilizzato per conoscere quell'oggetto, che ben può trarre indicazioni fondamentali da quanto elaborato nel campo delle scienze storiche.

In quel campo si promuove da tempo la comparazione come approccio costitutivo del fare storia (a partire dagli insegnamenti risalenti ma sempre attuali di Marc Bloch), con riflessioni di estrema utilità per il cultore del diritto comparato. Trae in particolare conferma il nesso tra uso della comparazione e volontà di superare l'approccio scienziista che pure ha caratterizzato un modo superato di fare storia, cui i giuscomparatisti in parte ancora guardano: l'approccio per cui si valorizza il criterio di validazione che Vico esprimeva con le tre parole *verum ipsum factum*, ovvero il criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto (il criterio viene esplicitamente richiamato nelle Tesi di Trento, un noto manifesto metodologico varato nel corso degli anni Ottanta del secolo scorso). Ebbene, il punto di vista della storia comparata aiuta a com-

prendere come quel criterio possieda una carica scienziata, a ben vedere incompatibile con lo statuto epistemologico del diritto comparato.

Dalla storia comparata ricaviamo anche l'indicazione per cui, se anche è lecito ricostruire il passato a partire dal presente e dunque leggere la storia a ritroso per procedere dal noto all'ignoto (secondo il metodo regressivo di Bloch), questo non significa avallare operazioni cui si sono prestati i cultori del diritto comparato proprio nel nome di un incontro tra storia e comparazione. Non è cioè lecito esaltare le continuità a scapito delle rotture storiche, come esemplarmente hanno fatto i cosiddetti Neopandettisti impegnati a individuare nel diritto romano il fondamento del costituendo diritto privato europeo.

[JDC] Continuando con la storia giuridica, Lei ritiene che la storia giuridica comparatistica può risultare in uno strumento di valore per i lavori di macro-comparazione? Semmai, a suo avviso, quali sarebbero i principali benefici?

Alessandro Somma: La maggior parte degli strumenti macrocomparatistici traggono fondamento da pratiche che tengono in alta considerazione i riferimenti alla storia. Esempari da questo punto di vista le classificazioni di sistemi, sicuramente mutate nel corso dei decenni, tuttavia non per quanto attiene all'importanza attribuita ai termini del loro sviluppo nel corso del tempo.

Recentemente si è però messa in dubbio la stessa utilità delle tassonomie, adatte a un'osservazione dei sistemi da un punto di vista statico, in quanto tale anacronistico a fronte della rapidità con cui i sistemi si modificano a causa delle contaminazioni reciproche indotte dai processi di globalizzazione. Occorrerebbe cioè passare da un approccio analogico, a fondamento della classificazione, a un approccio genealogico, in linea con la necessità di concentrarsi ora sulla mutazione giuridica. Se così fosse si finirebbe evidentemente per sacrificare la dimensione temporale e favore di quella spaziale. Per quanto siano fondate le critiche di chi denuncia i limiti delle tassonomie, è peraltro improbabile che esse siano destinate a un declino, se non altro perché indispensabili dal punto di vista didattico, oltre che dell'economia del discorso microcomparatistico.

[JDC] La Corte Suprema di Giustizia dell'Argentina, nelle sue sentenze, di solito, fa, abbastanza frequentemente, argomentazioni a partire della giurisprudenza costituzionale di altre Corti o Tribunali Supranazionali (V.gr. Corte Interamericana di Diritti Umani, Tribunale Europeo di Diritti Umani, Suprema Corte degli Stati Uniti). Questo è un fenomeno abituale nelle Corti Costituzionali dell'America Latina. L'uso di queste modalità di argomentazione, in un certo

senso, può generare un processo di migrazione di idee costituzionali tra sistemi legali diversi. Ciò che risulta curioso è che, in non pochi casi, questi processi di argomentazione rivelano che gli operatori giuridici non hanno eseguito una ricerca previa con riguardo alla compatibilità tra il precedente straniero citato e il testo costituzionale proprio che va interpretato. Quale è la sua opinione su queste questioni? Succede altrettanto nella Corte Italiana?

Alessandro Somma: L'uso giurisprudenziale della comparazione, in questo caso uso facoltativo in quanto non imposto da una norma di conflitto o da altre previsioni di legge, è poco diffuso nel contesto italiano in particolare, ed europeo in generale. In quest'ultimo contesto si sostiene peraltro l'opportunità che alle decisioni delle corti nazionali di vertice sia attribuita forza persuasiva al fine di promuovere lo sviluppo di un diritto europeo dal basso. Analoghe riflessioni coinvolgono le decisioni di corti non nazionali, le cui decisioni sono invocate anch'esse da parte di chi intende promuovere l'unificazione internazionale del diritto, non necessariamente limitata al contesto europeo.

Tutto ciò è però rimasto finora a livello di proposta, o comunque ha interessato un numero limitato di realizzazioni. I motivi sono molti e non tutti riconducibili alla scarsa volontà di procedere nel senso indicato: rilevano anche e soprattutto ostacoli come le barriere di ordine linguistico, assenti o comunque meno decisive in area latinoamericana. Pesano poi anche le differenze di ordine politico normativo, oltre che di tradizioni culturali, che nell'ambito dell'Unione europea si tenta di superare o reprimere, e che tuttavia sono ancora presenti e comunque sentite a livello nazionale. Anche per questo, i pochi casi di uso giurisprudenziale facoltativo della comparazione sembrano non decisivi per l'esito delle decisioni in cui ricorre: sembrano più che altro orpelli di ordine retorico utilizzati per sostenere orientamenti condizionati da scelte di altro tipo.

[JDC] I processi d'integrazione economica e giuridica che, anche se a diversa intensità e con delle particolarità proprie, possono osservarsi tanto in Europa quanto in America, di solito portano alla formazione di spazi giuridici armonizzati ovvero, analizzando la tematica da un'altra prospettiva, alla formazione di norme giuridiche comunitarie. Quale sono i compiti, a suo avviso, che assume il Diritto Comparato in questi contesti?

Alessandro Somma: La moderna comparazione giuridica nasce per promuovere l'unificazione del diritto: un compito che ha conservato e onorato nel corso dei decenni, e che ha ispirato il ruolo di primo piano rivestito dai cultori

del diritto comparato nella costruzione dell'unità giuridica entro l'Unione europea. Solo in casi limitati la comparazione giuridica ha inteso promuovere la diversità e ha dunque esaltato il profilo delle identità a scapito di quello dell'uniformità (penso in particolare alla comparazione giuridica postmoderna).

La cosa stupisce perché i comparatisti amano parlare della funzione sovversiva della loro disciplina, ovvero della circostanza che essa si pone criticamente nei confronti delle ortodossie teoriche. E tra queste occorre sicuramente annoverare il pensiero neoliberale fondativo dell'Unione europea e del suo diritto, la cui diffusione occulta o reprime le teorie e le prassi incompatibili con esso, e in generale con l'idea per cui il mercato non costituisce il punto di riferimento per definire lo stare insieme come società. Da questo punto di vista i comparatisti dovrebbero assumere il compito di analizzare criticamente il neoliberalismo e le sue costruzioni giuridiche, mostrando le frizioni tra queste e i diritti nazionali, soprattutto nei casi in cui sono portatori di valori alternativi a quelli incentrati sull'esaltazione del mercato come valore positivo. Purtroppo, però, questo compito viene assunto da una minoranza tra i cultori del diritto comparato, a dimostrazione di come l'invocazione della funzione sovversiva della materia sia per molti aspetti una mera clausola di stile.

[JDC] Come visualizza, nella dottrina italiana, attualmente, i contributi di Rodolfo Sacco?

Alessandro Somma: Rodolfo Sacco è un padre della comparazione giuridica a livello mondiale, un Maestro senza il cui apporto la disciplina non avrebbe trovato l'affermazione che ha trovato, e non solo in Italia. Quando ha iniziato la sua avventura di studioso, ha concepito il diritto comparato come critica al diritto positivo e ai suoi cultori, soprattutto privatisti, di cui ha inteso combattere la tendenza a ridurre il diritto alla legge. Di qui la teoria della dissociazione dei formanti, pensata in particolare per riconoscere la valenza di fonti sostanziali di produzione alla dottrina e alla giurisprudenza, il tutto a partire da un punto di vista strutturalista: i formanti sono le strutture del diritto, tali in quanto resistono al trascorrere del tempo.

Lo strutturalismo è però criticabile in quanto approccio scienziato, e non solo perché si accompagna al riconoscimento del criterio di validazione vi-chiano (cui si è fatto riferimento in una risposta precedente). In effetti lo strutturalismo, se per un verso smonta il principio positivista della unicità della regola di diritto, per un altro riproduce e moltiplica i difetti del positivismo al

livello dei singoli formanti. Inoltre è tipico dello strutturalismo una considerazione solo iniziale del dato storico, poi sacrificato a favore di costruzioni che in ultima analisi aspirano alla purezza (non è un caso se la teoria pura del diritto di Kelsen valorizza l'intreccio di strutturalismo e comparazione).

Insomma, senza Sacco la critica condotta dai comparatisti all'indirizzo del positivismo non avrebbe avuto l'influenza da tutti riconosciuta. La stessa critica ha però bisogno di andare oltre, di valorizzare e sperimentare le più svariate strade, da quelle aperte dal linguistic turn a quelle incentrate sul recupero della funzione critica della disciplina a livello di contenuti veicolati dal diritto.

[JDC] Come vede attualmente il dialogo tra il Common Law e il Civil Law? Lei crede che esistano alcuni ambiti particolari del diritto dove quel dialogo può diventare più fluente? In caso affermativo, quali sarebbero?

Alessandro Somma: Percepisco il dialogo tra common law e civil law come molto schiacciato sui modelli di capitalismo associati a questi due sistemi (e individuati a partire dalla nota classificazione di Michel Albert): rispettivamente il capitalismo renano, nel quale il mercato viene interessato da interventi statali volti a promuovere l'emancipazione delle persone, e il capitalismo neoamericano, per cui lo Stato interviene nel mercato esclusivamente per rimediare ai suoi fallimenti e dunque per imporre il funzionamento della concorrenza.

Quando venne tracciata questa distinzione, sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso, i più immaginavano una progressiva convergenza dei due modelli. La convergenza in effetti ci è stata, ma tutta sul terreno del capitalismo neoamericano in quanto strumento per l'affermazione del neoliberalismo, alla base dell'ordine politico ed economico affermatosi con la fine della contrapposizione tra i blocchi. Il tutto sostenuto da operazioni di vero e proprio marketing come quelle sostenute dai noti Rapporti Doing business della Banca mondiale, così come da meccanismi più penetranti: come il mercato delle riforme praticato dall'Unione europea, nella quale qualsiasi trasferimento economico ai Paesi membri viene condizionato all'adozione di misure di matrice neoliberale. Il tutto secondo schemi mutuati dal Fondo monetario internazionale, tristemente sperimentati anche in area latinoamericana.

Il confronto tra common law e civil law è dunque più propriamente uno scontro attorno alla circolazione dei modelli neoliberali, un tempo forse rilevanti per specifiche aree del pianeta (America latina in testa), oggi divenuto il fulcro dell'agenda politica normativa anche europea.

