

Derecho del comercio internacional

La compra-venta internacional de mercaderías y la aplicación del Tratado de Viena en Ecuador y Uruguay
Rubén B. Santos Balandro

El carácter internacional de los contratos
José Vicente Troya Jaramillo

El hardship en la contratación comercial internacional
Carmen Ansilia Simone Lasso

La protección constitucional de la familia
Rosario Valpuesta Fernández

Género y derechos humanos
Judith Salgado Álvarez

Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI
Claudia Storini

El legítimo interés para oponerse a una solicitud de patente de invención en la jurisprudencia comunitaria andina
Xavier Gómez Velasco

Revista del Área de Derecho

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2006 • Número 5

DIRECTOR

José Vicente Troya Jaramillo

EDITOR

Ernesto Albán Gómez

COMITÉ EDITORIAL

Santiago Andrade Ubidía

Fernando Chamorro Garcés

Ximena Endara Osejo

Genaro Eguiguren Valdiviezo

Patricia Herrmann Fernández

Judith Salgado Álvarez

Julio César Trujillo Vásquez

COORDINADORA

Dunia Martínez Molina

SUPERVISIÓN EDITORIAL

Jorge Ortega

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Manuel Mesa

DISEÑO

Edwin Navarrete

IMPRESIÓN

Editorial Ecuador

Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMON BOLIVAR
Ecuador

FORO

revista de derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 5 • I semestre 2006

Editorial <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL	
DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL	
La compra-venta internacional de mercaderías y la aplicación del Tratado de Viena en Ecuador y Uruguay <i>Rubén B. Santos Balandro</i>	5
El carácter internacional de los contratos <i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	49
El <i>hardship</i> en la contratación comercial internacional <i>Carmen Amalia Simone</i>	77
El contrato de franquicia en el comercio internacional <i>Lorena Castellanos Peñafiel</i>	105
ARTÍCULOS VARIOS	
La protección constitucional de la familia <i>Rosario Valpuesta Fernández</i>	127
Género y derechos humanos <i>Judith Salgado</i>	163
Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI <i>Claudia Storini</i>	175
La autodisciplina de la Corte Constitucional colombiana <i>Claudia Escobar García</i>	199
Liberalización del comercio de servicios del sector turismo en el Ecuador <i>Michel Levi Coral</i>	219
La factura electrónica en el Ecuador <i>Pablo Cadena Merlo</i>	241
RECENSIONES	
Julio César Trujillo V., <i>TEORÍA DEL ESTADO EN EL ECUADOR</i> , <i>por Julio Michelena</i>	269

César Montaño G., <i>MANUAL DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL, por Gustavo Guerra</i>	273
Luis F. Ávila, <i>JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA: FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DEL ECUADOR, por José Vicente Troya Jaramillo</i>	277
Rafael Oyarte M., <i>LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL. JURISPRUDENCIA DOGMÁTICA Y DOCTRINA, por Patricio Secaira D.</i>	281
JURISPRUDENCIA	
El legítimo interés para oponerse a una solicitud de patente de invención en la jurisprudencia comunitaria andina <i>Xavier Gómez Velasco</i>	285
Colaboradores	319
Normas para colaboradores	321

Editorial

Es ya una verdad incontrovertible que el Derecho, como expresión legislativa pero también como ciencia teórica, debe ocuparse necesariamente de las diversas manifestaciones del proceso de globalización que vive el mundo contemporáneo. Y uno de esos fenómenos, al que tal vez debamos calificar como el motor que ha impulsado este proceso, es el comercio internacional. El derecho que rige esta fundamental actividad es, precisamente, el tema central del presente número de la revista FORO, que el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar está entregando a la consideración de los juristas y, en general, de quienes se preocupan por estar al corriente de los nuevos escenarios jurídicos.

Cuatro aproximaciones a esta temática se incluyen en FORO. Un análisis de la compra-venta internacional de mercaderías y la aplicación del Tratado de Viena de 1980, con especial referencia al Ecuador y a Uruguay; un estudio sobre el carácter internacional de los contratos; un análisis del "hardship" o excesiva onerosidad en la contratación internacional; y una revisión del contrato de franquicia en el comercio internacional. Aspiramos a que estos trabajos contribuyan al tratamiento de una materia jurídica, poco conocida en nuestro medio, pero que se proyecta cada vez con mayor frecuencia e importancia en los países de la Comunidad Andina.

Varios temas de especial novedad e interés son abordados en los artículos que integran la sección de "varios". El nuevo derecho de familia a la luz de la reflexión constitucional, la visión de género en el tratamiento de los derechos humanos, el tráfico de personas y el fenómeno migratorio en los albores del siglo XXI, la autodisciplina en la Corte Constitucional colombiana, las regulaciones del comercio de servicios de turismo y la factura electrónica.

FORO mantiene la línea que ha seguido en sus números anteriores y cuenta por ello con la valiosa colaboración de académicos ecuatorianos, pero además de profesores extranjeros, que permiten extender la visión del Derecho más allá de las fronteras nacionales.

*Ernesto Albán Gómez
Editor*

La compra-venta internacional de mercaderías y la aplicación del Tratado de Viena en Ecuador y Uruguay

*Rubén B. Santos Belandro**

El estudio y tratamiento de la compra-venta internacional de mercaderías se ha profundizado desde 1964 con la Conferencia de La Haya, y con la ratificación de la Convención de Viena el año 1980. A pesar de este esfuerzo y de ciertas posiciones que consideran a la Convención como una suerte de Derecho universal sobre la compra-venta internacional, este artículo evidencia que la misma presenta lagunas u omisiones en lo que se refiere a la aplicación de los principios generales y reglas de conflicto de leyes del tribunal competente. Este artículo resalta la importancia de la correlación de la Convención de Viena con otras regulaciones, tales como la Convención de La Haya de 1964, el Tratado de Montevideo de 1940, la Convención de México de 1994 entre otras, y evalúa su trascendencia en el ámbito internacional, con especial referencia a Ecuador y Uruguay.

FORO

INTRODUCCIÓN

1 . La regulación del contrato internacional de compra-venta de mercaderías ha sido objeto de un prolongado proceso de codificación que ha comprometido a diversos organismos internacionales, tales como por ejemplo, la Conferencia de La Haya, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) y UNIDROIT. Todo ello, sin perjuicio de la labor emprendida por los estados para regular al contrato internacional en general, como la *Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales* de Roma de 1980 o la *Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, aprobada en México en marzo de 1994. La labor interestatal se ha realizado sin menoscabo de

* Profesor de Derecho internacional privado, Universidad Mayor de la República y en la Regional Norte con sede en la ciudad de Salto, Uruguay.

otros emprendimientos, como por ejemplo, los *Principios aplicables a los contratos internacionales* de UNIDROIT y el proyecto de la Unión Europea, dirigida en el mismo sentido por el profesor Ole Lando. No todas estas actividades siguen las mismas vías del tratamiento del tema, incluso desde el punto de vista metodológico. Algunas abogan por regular los contratos de un modo sustantivo y otras, en cambio, se aproximan más a una regulación practicada a través del método de los conflictos de leyes. Las materias reguladas tampoco coinciden enteramente, y ello es explicable, un campo tan extenso como es el de la contratación aparece como un impedimento de talla para realizar, de una sola vez, una regulación lo completa y detallada que la propia temática pueda ameritar.

2. El tema que hoy nos convoca a su análisis obedece al hecho de que numerosos países de la región¹ han ratificado la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compra-venta internacional de mercaderías*, más comúnmente denominada como *Convención de Viena de 1980*. Ecuador ratificó la Convención el 27 de enero de 1992 y entró en vigor el 1 de febrero de 1992, y Uruguay hizo lo propio siete años más tarde: el 25 de enero de 1999 y 1 de febrero de 2000 respectivamente. El proceso que ha llevado a su redacción final no fue fácil. El deseo de intentar una labor codificadora, que caió en el siglo pasado debido a una propuesta de Holanda, tuvo que pasar por la redacción de varios proyectos que concitaron el esfuerzo de prestigiosos juristas de la época. Durante el año 1964 la Conferencia de La Haya aprobó una *Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales*, más conocida como la LUVE, y una *Ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales* o LUFC, las que si bien entraron en vigencia en el año 1972, en realidad, no concitaron la adhesión de un gran número de estados, ni tampoco de los más importantes desde el punto de vista del tráfico comercial internacional.

3. El éxito comenzó a avizorarse, sin embargo, luego que las Naciones Unidas –a través de la CNUDMI– se dedicó a la redacción de un nuevo texto acerca de la compra-venta internacional de mercaderías, debido a que allí se encontraban representados todos los sistemas jurídicos del mundo, y también las diversas corrientes políticas al igual que los países de diferente nivel económico. Dicho foro resultó ser pues, el más apropiado, y al parecer ha sido el factor clave para obtener la receptividad que ha tenido. La ratificación de la *Convención de Viena* ronda ya los 60 estados, entre los que se encuentran los más poderosos desde el punto de vista industrial y comercial, países en vías de desarrollo y aquellos altamente industrializados, al igual que

1. Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Estados Unidos de América, Honduras, México, Perú, San Vicente y Las Granadinas y Uruguay.

los más variados sistemas políticos. Como hemos expresado, Uruguay ha pasado a formar parte de la aludida *Convención*, lo cual lo compromete –aunque el texto no lo obligue– a una tarea de renovación y adecuación de su ordenamiento interno.

VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN

4. *Entre los estados:* El numeral 1 del art. 99 dispone que “la presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión...”. Al haberse logrado la décima ratificación el 11 de diciembre de 1986, la fecha de comienzo de la vigencia internacional del texto convencional fue el 1 de enero de 1988.

Para cada Estado, “la adhesión surtirá todos sus efectos el primer día del mes siguiente a la conclusión de un período de doce meses posteriores a la fecha de depósito del instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión”. El plazo de entrada en vigencia para cada Estado parte puede dilatarse aún más si éste ha ratificado las Convenciones de La Haya de 1964, debido a que en tal caso regirá lo dispuesto en el art. 99.6 que hemos de comentar más adelante.

En el caso de Uruguay, al haber ratificado la *Convención* en el mes de octubre de 1997, comenzará a regir para nuestro país el 1 de enero de 1999. No es usual un plazo tan prolongado para su entrada en vigencia, pero ello obedece a que se ha tenido en cuenta la extensión de su articulado, la estructura, el funcionamiento de la *Convención* y la necesidad de contar con un tiempo suficiente para que los destinatarios de esta normativa –jueces, abogados, notarios, comerciantes e industriales– puedan conocerla debidamente antes de aplicar sus disposiciones.

5. *Entre los particulares contratantes:* la *Convención de Viena* no tiene efectos retroactivos, pero esta afirmación requiere de algunas precisiones:

- a) *En cuanto a la formación del contrato,* será necesario que la proposición de contratar haya tenido lugar luego de la entrada en vigor de la *Convención* en relación con los estados referidos en el art. 1 precitado.
- b) *En lo referido a la compra-venta y sus efectos,* el art. 100.2 consigna que “se aplicará a los contratos celebrados en la fecha de entrada en vigor de la presente *Convención* respecto de los estados contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1 del art. 1 o respecto del Estado contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del art. 1, o después de esa fecha”.

ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN

6. La *Convención de Viena* constituye una extensa normativa de 101 artículos divididos en 4 partes. La parte I contiene algunas disposiciones generales y su ámbito de aplicación. La parte II alude a la formación del contrato. La parte III –a pesar del título algo descolocado, por cuanto hace referencia al contrato de compra-venta de mercaderías como si ya no se hubiera comenzado a regular en los artículos anteriores– se aboca a reglamentar la ejecución o cumplimiento de dicho contrato, en particular los derechos y obligaciones de las partes, las normas comunes a las dos, y la transmisión del riesgo. Por último, la parte IV reúne las disposiciones finales entre las que figura la posibilidad de interponer reservas.

RESERVAS

7. Uruguay no le ha formulado a la *Convención de Viena* ninguna de las reservas que ésta reconoce. Como principio general, diremos que la posibilidad de interponer reservas a determinados aspectos de la *Convención* se encuentra severamente limitada por el art. 98. Allí se establece que “no se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención”. Estas reservas las podemos agrupar en 4 situaciones: 1. la facultad de excluir ciertas partes de la *Convención*, 2. la exigencia de la reciprocidad, 3. la posibilidad de aplicar las normas nacionales de los estados contratantes en materia de forma, y 4. el caso de que dos o más estados contratantes tengan reglas idénticas o similares en materia de compra-venta internacional de mercaderías. Las reservas restringen sustancialmente la esfera de vigencia de la *Convención* y aumentan la posibilidad de aplicar las leyes internas de los estados contratantes.

Exclusión de ciertas partes de la Convención (art. 92.1)

8. Cualquier Estado puede realizar una ratificación o adhesión parcial de la *Convención de Viena*. De conformidad con el art. 92.1 “todo Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, que no quedará obligado por la parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la parte III...”. Recordemos que la parte II hace alusión a la formación del contrato, y si esta parte no se aplica, la *Convención* regirá el contrato pero no a su formación. En cuanto a la parte III subsiguiente, tan importante, se dedica a regular las obligaciones del vendedor y del comprador y las disposiciones comunes

a las obligaciones de ambos. Si el Estado que quiere ser parte de la *Convención* formula una reserva de la parte III, el texto supranacional regirá la formación pero no el contrato mismo. El Convenio de Viena afirma que el Estado que haya hecho uso de cualquiera de estas reservas no será considerado Estado contratante a los efectos del art. 1.1, respecto de las materias que se rijan por la parte a la que se aplique la declaración. En los hechos, la parte II ha sido reservada por Argentina, Bielorrusia, Chile, Dinamarca, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania y Ucrania. Veamos algunos casos posibles:

a) Que un sujeto contratante tenga su establecimiento en un Estado que ha formulado su reserva respecto de la parte II de la *Convención* (Argentina), en cambio el Estado del establecimiento del otro sujeto contratante no ha expresado reserva alguna (Uruguay). Aquí la *Convención de Viena* no resultará aplicable en forma directa para el Tema II reservado –o sea recurriendo a lo dispuesto en el art. 1.1.a–, puesto que expresamente ha firmado que los sujetos deben tener sus establecimientos o residencias habituales en estados *contratantes* diferentes y acá el Estado que ha formulado la reserva se lo deberá considerar como Estado no contratante.

b) Si se desea hacer uso del art. 1.1.b –o sea, cuando el tribunal competente recurre a sus normas de derecho internacional privado– estas reglas podrán:

- i) indicar la aplicación de la legislación del Estado que no ha formulado la reserva (Uruguay), en cuyo caso sería válido aplicar las normas de la *Convención de Viena* en su integridad, desplazando al resto de la legislación interna de Uruguay,
- ii) o, al contrario, se indique la aplicación del derecho de un Estado reservatario (Argentina), la *Convención* no será aplicable en la parte reservada sino que se aplicarán las disposiciones internas del derecho argentino.

c) Puede acontecer que el Estado donde tenga su establecimiento uno de los sujetos contratantes haya reservado la parte II, en tanto que el Estado donde tenga su establecimiento el otro sujeto contratante haya reservado la parte III. La *Convención de Viena*, en principio, se tornará inaplicable para regular ambos temas. Hasta el momento, la parte III no ha sido reservada por ningún Estado.

Voluntad del Estado en aplicar la Convención únicamente bajo la condición de que los sujetos tengan sus establecimientos en estados contratantes diferentes (art. 95)

9. El art. 95 establece que “todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1 del art. 1 de la presente Convención”.

O dicho de otro modo, los estados que formulen la reserva aplicarán únicamente la *Convención* bajo la condición de que los sujetos tengan sus establecimientos en estados contratantes diferentes y no cuando las normas de derecho internacional privado del tribunal competente señalen como aplicable la ley de un Estado contratante. Han formulado una reserva de este tenor: Canadá respecto de Columbia Británica, Checoslovaquia, China, Estados Unidos de América y Singapur.

a) Si los sujetos se han establecido en dos estados parte diferentes, no interesa examinar la reserva interpuesta al art. I.I.b. por el o los estados involucrados, por cuanto se ha cumplido con la aplicabilidad de la *Convención* a través del art. I.I.a. Por ejemplo, establecimientos en Uruguay y México, o Estados Unidos de América y Ecuador.

b) Cuando el establecimiento de los sujetos no se encuentre ubicado en estados contratantes diferentes, no se aplicará directamente la *Convención de Viena*. En lugar de ello, la *Convención* dispone que para regular el contrato se habrá de recurrir al ordenamiento nacional designado por las reglas de conflicto del tribunal competente. Indudablemente, acá la competencia legislativa que eventualmente se le otorgue a la *Convención* va a quedar subordinada a la respuesta que se dé al problema de la competencia judicial.

c) Si el tribunal competente es el de un Estado reservatario del art. I.I.b. (Canadá respecto de Columbia Británica) y sus normas de derecho internacional privado indican como aplicable este derecho –el de Columbia Británica–, no se aplicará la *Convención*, puesto que Canadá lo hará en el único caso de que los sujetos tengan sus establecimientos en estados contratantes diferentes. Se aplicará pues, su derecho interno, ya sea uno específico para las relaciones internacionales o aquél ya dispuesto para regular las relaciones internas.

d) Cuando el tribunal competente es el de un Estado contratante no reservatario (Uruguay) y sus normas de derecho internacional privado indican la aplicación de la legislación de un Estado contratante reservatario del art. I.I.b. (Estados Unidos de América), ¿qué ha de suceder en este caso? ¿La reserva compromete al tribunal del Estado contratante no reservatario? El Estado no reservatario no tiene facultades para imponer al tribunal competente que aplique su legislación interna en lugar de la *Convención de Viena*, por cuanto la reserva solo vincula al Estado que la interpuso y no a los demás.

e) En el caso de que un tribunal competente en lugar de estar ubicado en un Estado no reservatario está instalado en un Estado contratante reservatario (Estados Unidos de América), si sus reglas de Derecho internacional privado indican como aplicable el derecho de un país no reservatario, se aplicará la ley interna de dicho país y

no de la *Convención*, porque dicho Estado ha renunciado a privilegiar su aplicación a través del método de los conflictos de leyes.

Vean cómo se le está dando una solución en forma discordante al mismo problema, violentando la integridad del orden jurídico extranjero seleccionado. Puesto que la aplicabilidad del derecho dependerá de donde esté instalado el tribunal. Si se indica el derecho de un país no reservatario (Uruguay), el tribunal del Estado reservatario (Estados Unidos) aplicará la legislación interna de Uruguay, y el tribunal de un Estado no reservatario (Méjico) aplicará la *Convención de Viena*. Se da una solución en forma discordante al mismo problema.

f) Si ambos Estados son reservatarios del art. 1.l.b. (Canadá respecto de Columbia Británica y los Estados Unidos de América), la reserva será tenida en cuenta por el tribunal ubicado en alguno de esos Estados, y no se aplicará la *Convención de Viena*, sino otras normas. En suma, la uniformidad o armonía internacional de soluciones solo se podrá obtener si ambos estados contratantes –el que rige la compra-venta y el del foro– son del grupo reservatario o del grupo no reservatario, y además se plantea ante los jueces de cualquiera de estos dos estados, de lo contrario no.

Mantenimiento de las reglas nacionales del Estado contratante en materia de formas

10. El principio general, reconocido convencionalmente, es el del consensualismo en materia de las formas y el de la oralidad en el ámbito de la prueba. El art. 11 establece que: “el contrato de compra-venta no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. Por lo tanto, el contrato puede celebrarse por cualquier medio, como por ejemplo: en el caso de partes presentes puede ser oral, o de lo contrario, puede celebrarse por teléfono, fax, cartas, telegramas, télex y cualquier otro medio de comunicación existente o a devenir. El artículo contiene dos principios que se pueden resumir de la siguiente manera: no se reclamará como de necesario cumplimiento la forma escrita, tanto *ad substantiam* como *ad approbationem*. La *Convención* considera innecesario definir qué se entiende por escrito. Los Principios elaborados por UNIDROIT sí lo hacen. El art. 1.10 dedicado a las definiciones establece que: “*a los fines de estos Principios: ‘escrito’ incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible*”:

Pasemos a examinar los principios reconocidos en el art. 11:

i) *el principio de la informalidad o de la libertad en las formas*: es un criterio de índole sustantiva, en cuanto se afirma que ningún requisito formal le es exigido para

su validez al contrato de compra-venta internacional de mercaderías. La *Convención* es algo restrictiva, ya que hace referencia a la celebración del contrato, pero no a la oferta o a la aceptación que llevan su otorgamiento. Pero, en su contexto, la formación del contrato debe ser entendida como algo dinámico, que en su faz más simple ha de comprender la oferta y su aceptación sin modificaciones. Ello nos lleva a concluir que ambas actividades son abarcadas por la expresión otorgamiento. Cualquier acuerdo posterior que se realice seguirá el mismo principio de libertad.

ii) *el principio de la libertad en materia de pruebas*: es un criterio de naturaleza procesal en cuanto es impuesto para la prueba del contrato. En consecuencia, se puede recurrir a cualquier medio para probar que el contrato de venta de mercaderías se ha celebrado. No hay taxatividad al respecto. En cuanto a la jerarquía de los medios, ninguno de ellos puede ser considerado por anticipado como el privilegiado o el preferible, todos están en el mismo nivel, sin jerarquía alguna. El problema de precisar cuál de las partes tiene el *onus probandi* no ha sido regulado en la *Convención*, aunque puede sostenerse que quien alega un derecho debe probarlo convenientemente.

No obstante, las partes pueden obligarse entre sí a respetar determinadas formalidades, en cuanto a la celebración del contrato, y a todas las modificaciones contratuales posteriores, como asimismo respecto a la admisión y/o valoración de determinados medios de prueba. El art. 29.2 establece que “un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma”, por lo que las partes pueden instaurar convencionalmente el paralelismo en materia de formas. Este pacto puede ser modificado de un modo tácito, por cuanto el referido artículo continúa de la siguiente manera: “no obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos”.

Para evitar la alarma de aquellos estados contratantes que se inclinan por la aceptación del principio de la formalidad o de la restricción en materia probatoria, se ha redactado el art. 96 en conexión con el art. 12. El art. 12 dispone que las partes no podrán, por mutuo acuerdo, dejar de lado la exigencia de la forma escrita cuando la legislación de un Estado contratante reclame que los contratos de compra-venta se celebren o se prueben por escrito, de acuerdo con el art. 96. Este artículo realiza la siguiente precisión: “el Estado contratante cuya legislación exija que los contratos de compra-venta se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al art. 12, en el sentido de que cualquier disposición del art. 11, del art. 29, o de la parte II de la presente Convención, que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compra-venta, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, no se aplicará en el caso de que cual-

quiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado". El efecto de la reserva conduce pues, a la inaplicabilidad del art. 11.

Han expresado su reserva en cuanto al art. 96, los siguientes estados: Argentina, Bielorrusia, Chile, Federación Rusa, Hungría y Ucrania. Parece conveniente un tratamiento homogéneo entre los países del MERCOSUR –ya sea reconociendo la libertad de las formas o de las pruebas, o la solución contraria– viendo que Argentina y Chile (como país asociado) formularon la reserva y Uruguay no. La situación en el NAFTA es más uniforme: ninguno de sus países componentes (Estados Unidos de América, Canadá y México) ha reservado esta disposición.

Cuando el Estado contratante formula una reserva de esta clase, los arts. 12 y 96 no disponen que se lo considere Estado no contratante sino que la solución es mucho más radical: desde el momento en que uno de los sujetos tiene su establecimiento en un Estado reservatario respecto de las formas, no se aplicarán las disposiciones afectadas por la reserva, cualquiera que fuere el juez competente. En este caso, la exclusión no dependerá del foro. El tribunal considerará que la *Convención* no regula el tema de las formas y adoptará la ley interna que al respecto indiquen sus normas de derecho internacional privado, con la posible paradoja de que el derecho interno, así seleccionado, sea más liberal que el del Estado reservatario.

Veamos entonces su alcance práctico: supongamos que la compra-venta involucra a dos estados contratantes de la *Convención*; si uno de ellos ha formulado la reserva en cuanto a la forma (Argentina) y el otro no (Uruguay), la *Convención* dispone –por combinación de los arts. 12 y 96– que ella no se aplicará cualquiera que fuere el tribunal competente, argentino o uruguayo. El efecto de esta reserva es más amplio que el de las otras, pues afecta a aquellos estados que no la han formulado.

Estados contratantes que tengan normas jurídicas idénticas o similares (art. 94)

11. En virtud de que algunos países, ubicados en ciertas regiones, ya han elaborado normas comunes en materia de compra-venta internacional de mercaderías, se ha pensado que la ratificación de la *Convención de Viena* no tiene por qué alentar la disgregación de los régimenes jurídicos comunes ya formados. Por ese motivo el art. 94 admite la posibilidad de formular una nueva reserva: el numeral 1 determina que: "dos o más estados contratantes que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tengan normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compra-venta, ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos estados. Tales declaraciones podrán hacerse: a) conjuntamente, o b) mediante declaraciones

unilaterales recíprocas". Es lo que ha ocurrido con Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia.

El numeral 2 hace referencia a la misma situación aunque originada cuando una de las partes tenga su establecimiento en un Estado no contratante. Los cuatro países citados también se han acogido a esta posibilidad de reserva y han declarado que la *Convención* tampoco será aplicable a contratos con personas que tengan establecimientos en Islandia.

Cláusulas federales

12. El art. 93 establece que todo Estado contratante integrado por dos o más unidades territoriales, en el que sean aplicables sistemas jurídicos distintos en materia de compra-ventas, podrá declarar que la *Convención* se aplicará a todas las unidades territoriales o solo a una o varias de ellas. Han aplicado este artículo: Australia que ha exceptuado su aplicación respecto de las Islas Christmas, Cocos (Keeling), las Ashmore y Cartier. Y Dinamarca, en cuanto a las Islas Faroe y Groenlandia.

ÁMBITO DE APLICACIÓN EN RAZÓN DE LA MATERIA

13. Como hemos expresado, la *Convención de Viena* no pudo regular exhaustivamente el contrato de compra-venta, solo se ha abocado a las internacionales y exclusivamente de mercaderías y aún así, no de todas ellas. Incluso solo se ha dedicado a regular ciertos tópicos contractuales: la cuestión de la formación del contrato y la determinación de las obligaciones entre vendedor y comprador *dentro* del contexto contractual. Quedan fuera, por lo tanto, aspectos tan importantes como la validez del contrato, los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías y la responsabilidad civil del vendedor por los daños causados por las mercaderías vendidas.

El art. 1 de la *Convención* traza los límites de su aplicación, el art. 2 redacta una lista de compra-ventas excluidas, y el art. 3 marca los límites entre los contratos de arrendamiento de obras o servicios que puedan implicar una compra-venta de mercaderías.

14. A base de lo dicho cabe sostener que la *Convención de Viena* es un derecho material incompleto en cuanto no se dedicó a regular:

a) *ni la transferencia de dominio*. El art. 30 especifica que del contrato se deriva la obligación del vendedor de transferir la propiedad, sin embargo, no interfiere sobre el medio o el mecanismo en que ha de llevarse a cabo esta transferencia de dominio. La cuestión de saber si la propiedad se transfiere por el mismo contrato, o si se hace necesario el cumplimiento de un hecho suplementario, como la tradición,

quedará para ser resuelto por los derechos nacionales. No obstante, la *Convención* ha incluido reglas específicas relacionadas con la transmisión del riesgo, con la obligación del vendedor de entregar las mercaderías libres de derechos y pretensiones de terceros, con la obligación del comprador de pagar el precio y la de conservar las mercaderías.

b) *ni la validez del contrato, de alguna de sus cláusulas o la validez de cualquier uso.* Este ítem, recogido en el art. 4.a., comprende los casos posibles de ineeficacia contractual, originados por un defecto o debido a la ausencia de un elemento estructural básico del contrato. Por ejemplo, cuestiones relacionadas con la capacidad de las partes, el objeto y la causa del contrato, así como las que atañen a los vicios del consentimiento por dolo, error, la representación, etc. Todas ellos escapan a la normativa convencional.

c) *ni la responsabilidad del vendedor originada por la muerte o lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías defectuosas.* La *Convención* únicamente regula los derechos y obligaciones de los contratantes. La exclusión –mencionada en el art. 5– comprende los daños causados por las mercaderías a las personas por muerte o por lesiones corporales. No se especifica si dentro del término “persona” se abarca también a aquella que es parte del contrato. La exclusión del contratante en este punto, no debe comprender el daño que se le ha causado al comprador por la falta de conformidad de las mercaderías con lo convenido contractualmente. Por lo tanto, los daños sufridos en la cosa vendida que originen una diferencia de precio podrán dar lugar a reclamación dentro de los parámetros convencionales (arts. 46 y 50).

d) todos esos temas y algunos más se han dejado sin solución –como los plazos, condiciones, las modalidades del cumplimiento, la ejecución de la obligación y otros, como, la capacidad de los sujetos contratantes, la representación contractual o legal, etc.– estas cuestiones habrán de ser resueltas por el derecho internacional privado clásico o conflictual del tribunal competente.

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA NOCIÓN COMPRA-VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

LA COMPRA-VENTA

15. El texto convencional no define lo que deba entenderse por compra-venta. La cónicamente establece que: “la presente Convención se aplicará a los contratos de compra-venta de mercaderías...” Los legisladores convencionales consideraron que era una noción clara para todos los sistemas jurídicos lo que volvía innecesario for-

mular cualquier definición. Para definir la categoría regulada se ha de atender la función económica del intercambio de la propiedad de una cosa contra un precio. La *Convención* lo entiende como un contrato bilateral. El CCU participa del concepto habitual al expresar que “la compra-venta es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero”.

Quedan excluidas del ámbito convencional las donaciones de mercaderías, en cuanto considera al pago del precio como un elemento indispensable del contrato. El art. 53 consigna que “el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías recibidas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”.

Tampoco abarcaría las permutas, porque no se compaginaría con lo previsto en los arts. 30 y 53, aunque alguna doctrina las comprende por analogía.

El problema puede surgir cuando la mercadería vendida se pague parte en dinero y parte en especie, parece aconsejable examinar cuál de los dos componentes de la contraprestación es el mayor, para determinar su tipicidad: permuta o venta.

El *leasing* con opción de compra merece dudas, que se han querido resolver acudiendo al mayor interés de las partes sobre uno u otro aspecto de dicho contrato.

LAS COMPRA-VENTAS CIVILES Y COMERCIALES

16. La *Convención* cubre tanto las compra-ventas de mercaderías civiles como las comerciales sin hacer distinciones, debido al deseo de evitar las diferencias de calificación que existen de país a país. No obstante, esta nivelación normativa es palpable pues la finalidad última está dirigida a regular aquellas compra-ventas que más intensamente se dan en el tráfico internacional, o sea, las comerciales. Algunos términos empleados, como el de mercaderías, el de establecimiento, y la exclusión del campo regulado de las ventas para uso personal, familiar o doméstico, parecen abonar este razonamiento.

LOS CONTRATOS MIXTOS Y LOS COMPLEJOS

17. En el ámbito internacional es normal que las partes no se limiten exclusivamente a una compra-venta, sino que además ésta resulte acompañada por un trabajo agregado. En estos casos no se trata únicamente del intercambio de una cosa por un precio sino que además se presenta, en una fase preliminar a la venta propiamente dicha, la preparación del bien mediante su fabricación o manufacturación.

En el derecho angloamericano cuando el que realiza la obra pone también los materiales se la categoriza como compra-venta de cosa futura.

Contratos mixtos. En los contratos mixtos existen varias prestaciones que tienen una sola causa y, por lo tanto, se las consideran integrando un único contrato. No solo aparece una obligación de dar sino también una obligación específica de hacer, pero no cualquier hacer es importante o relevante sino aquél que sea instrumental, aquél que se encuentre dirigido a la producción o manufacturación de la mercadería. En estas situaciones resulta difícil precisar si este contrato mixto ha de ser regulado por las normas de la compra-venta –en cuyo caso la *Convención* resultaría aplicable– o si deberá pasar a regirse por las reglas establecidas para el arrendamiento de obra o de servicios. Podemos citar el caso de un comprador que ha elegido una camioneta cerrada destinada al transporte de escolares pero de las que el vendedor solo tiene de color blanco. El comprador desea adquirirla si el vendedor se la pinta de color gris plateado, éste acepta ajustando el precio de acuerdo al pedido.

Grupos de contratos. La otra situación se da cuando se realizan ventas llave en mano, producto en mano, o mercado en mano. Existen allí numerosos contratos otorgados en atención a una única finalidad económica. Por ejemplo: un contrato principal acompañado de contratos de hipoteca o de fianza, contratos subordinados como por ejemplo subarriendos, o los contratos recíprocos. Esta cuestión presenta la disyuntiva acerca de si aceptamos la posición moderna de ver al conjunto de los contratos como un único contrato innombrado, o si al contrario, debemos continuar acatando la visión de los viejos códigos nacionales que solo han tenido en cuenta los contratos en su configuración *individual*. Obviamente, si estos últimos pueden separarse sin detrimento de su funcionalidad conjunta, la *Convención de Viena* será aplicable al contrato de compra-venta de mercaderías, y en cuanto a las otras categorías contractuales, éstas pasarán a ser reguladas por el derecho que sea aplicable según las normas de derecho internacional privado del tribunal competente. Será este tribunal el que deberá decidir –de acuerdo a lo expresado– sobre la separabilidad o no de las prestaciones.

18. En Viena se han dado algunas pautas necesarias. El art. 3 alude a varias situaciones:

a) *mercaderías manufacturadas o producidas por el vendedor.* El art. 3.1. primera parte, permite seguir pensando en la categoría compra-venta, en los casos en que el vendedor de las mercaderías las fabrique o las manufacture él mismo.

b) *mercaderías con aporte de materiales por el comprador.* Pero, el art. 3.1. segunda parte, expresa que no se considerará que existe compra-venta, si el comprador asume la obligación de proporcionar “una parte sustancial” de los materiales necesarios para la manufacturación o producción de dichas mercaderías. La determinación de lo que debe entenderse por “parte sustancial” es problemática. La mayoría de los autores parecen inclinarse por un examen cuantitativo.

El análisis tendría que ser de carácter económico o de valor, más que de cantidad o número de cosas. Por ejemplo, si se arma una serie de automóviles y el comprador entrega el esmalte para que se pinten, habría que tener en cuenta la relación de valor, comparando el precio aislado de la mercadería a entregar con la remuneración del trabajo o del servicio, como si hubiesen sido celebrados separadamente. Si el valor de la obligación de hacer es superior a la de dar, no se aplicaría la *Convención de Viena*. No interesa determinar una proporción o un porcentaje exactos en los costos de los materiales, sino que basta que la participación sea la mayor, o la más considerable, para afirmar que ésta es “sustancial”. Para otros, en cambio, hay que realizar un estudio integral del contrato, debido a que puede ocurrir que un elemento puede tener un valor pecuniario insignificante y, sin embargo, ser esencial para la fabricación de la mercadería. Esta última opinión no es compatible, ya que no podemos decir que es lo mismo parte “sustancial” que parte “esencial”, por lo que ambos términos no pueden ser asimilados.

c) *mercaderías en las que la parte principal del que las vende consiste en el suministro de mano de obra o en la prestación de servicios*. Igualmente no serán aplicables las normas convencionales cuando debiendo realizarse una venta de mercaderías, “la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios”. Con la noción de “parte principal” aparece, en forma más neta, el aspecto cuantitativo que permite dar curso a la distinción. Se ha pensado que la “parte principal” es la que representa el 51% o más, del valor pecuniario.

En cualquiera de las tres situaciones el criterio del tribunal competente resultará vital. La interpretación de giros, como “parte sustancial” o “parte principal” dependerán de su forma de pensar. Éste soportará una pesada carga, teniendo en cuenta que en muchos casos resulta difícil distinguir con claridad entre obligaciones de dar y de hacer, y la valuación a realizar respecto de cada una de dichas prestaciones.

LAS NEGOCIACIONES PRECONTRACTUALES

19. Conforme al art. 14.1 una “propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”. En consecuencia, el pre-contrato se convierte en contrato de venta desde el momento en que haya acuerdo sobre la propuesta. Puede ocurrir que las tratativas no lleguen a feliz término, debido a un hecho que haga surgir la responsabilidad de una de las partes. Se ha sostenido que

esta responsabilidad deberá ser regulada por la norma de conflicto aplicable a las obligaciones contractuales, por cuanto es el derecho que presenta los vínculos más estrechos, no correspondiendo incluirla en la categoría “responsabilidad extracontractual”.

LAS MERCADERÍAS

20. Tampoco realiza una precisión para determinar qué debe entenderse por mercaderías. Parece significativo el cambio terminológico operado a nivel convencional: en tanto que los textos de La Haya aluden a “objetos muebles corporales”, que indudablemente contiene una clara carga jurídica, la expresión “mercaderías” utilizada en Viena aparece como más simple, menos susceptible de ocasionar interpretaciones divergentes, y más cercana a los círculos empresariales, aun cuando le otorgue al contrato una coloración más comercial que civil. Se ha pensado que debido a razones históricas basadas en los anteriores intentos codificatorios –básicamente los de la Conferencia de La Haya, que solo tuvieron en cuenta la categoría de bienes muebles corporales– la *Convención de Viena* ha excluido de su regulación las cosas muebles incorporales. De todos modos, de conformidad con el art. 7, todas las omisiones conceptuales deberán ser resueltas de acuerdo a la ley elegida por las normas de derecho internacional privado del tribunal competente.

21. Ha surgido la pregunta acerca del momento en que debe estar configurada la calidad de bien mueble: es opinión mayoritaria que la cosa mueble debe estar perfectamente configurada al momento de la entrega del bien y no al momento de la celebración del contrato. Por ejemplo, es el caso de la venta de un monte de eucaliptos para comercializar su madera que se hallan adheridos al suelo al momento de la celebración del contrato, la venta de cereales antes de la cosecha, de la fruta y verduras antes de la maduración, de productos minerales antes de su extracción, etc. Es interesante citar el art. 464 del CCU en cuanto establece que “los árboles y plantas son inmuebles, mientras se adhieran al suelo por sus raíces. Lo son también los frutos pendientes de las mismas plantas o árboles, en cuanto siguen al fundo en todos los cambios de dominio”. El art. 466 del mismo Código va más lejos, al afirmar que “los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas, maderas y frutos, la tierra o arena, los metales de una mina o las piedras de una cantera, se reputarán muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho a favor de otra persona que el dueño”. Resulta oportuno efectuar estas menciones teniendo en cuenta que, de acuerdo al art. 7.2 de la *Convención*, la tarea de determinar si pueden ser considerados como mercaderías los bienes muebles considerados inmuebles por accesión, dependerá de la interpretación que realice la ley in-

dicada cómo aplicable por las reglas de derecho internacional privado del tribunal competente.

Si la cosa aún no está incorporada al inmueble, cabe también su inclusión dentro del ámbito de la *Convención*. Por ejemplo, la venta de una fuente de agua o de una piscina prefabricada aún no instalada, con las salvedades determinadas en el art. 2.a. Recordemos que el art. 467 del CCU dice que “las cosas de comodidad u ornato que se fijan en las paredes y pueden removese fácilmente se reputan muebles. Sin embargo, los cuadros o espejos que están embutidos en las paredes, de manera que forman un mismo cuerpo con ellas, se consideran parte del edificio aunque puedan separarse sin detrimento. Lo mismo se aplica a las estatuas colocadas en un nicho construido expresamente en el edificio”. Y por último, el art. 468 del mismo Código señala que “las cosas que por ser accesorias a bienes raíces se reputan inmuebles, no dejan de serlo por su separación momentánea, pero sí, desde que se separan con el objeto de darles diferente destino”.

COMPRA-VENTAS DE MERCADERÍAS EXCLUIDAS

La *Convención de Viena* ha destinado su art. 2 para mencionar aquellas compra-ventas internacionales de mercaderías que están excluidas a texto expreso de sus disposiciones. En todos los casos mencionados continuará desempeñando un papel relevante la ley interna de los estados contratantes.

Compra-ventas excluidas en razón del procedimiento mediante el cual se llevan a cabo

22. Dentro de estas exclusiones se encuentran las compra-ventas de mercaderías realizadas en subasta pública, que generalmente se llevan a cabo de acuerdo a leyes especiales en las que se han considerado cuestiones de orden público. En estos casos la contraparte no se conoce hasta el último momento, y hasta ese instante no se sabrá si la compra se realizará para el uso privado, o si realmente se producirá la internacionalidad del acto. Por esos motivos se ha considerado más conveniente excluirlas.

Las ventas judiciales igualmente están descartadas, debido a que en estos casos existen numerosas disposiciones imperativas que prevalecen ante cualquier norma convencional. Se han dado algunos ejemplos: en ciertos países la venta de común acuerdo de bienes que puedan pertenecer a la masa de la quiebra, o los casos de venta anticipada para evitar el perecimiento de la mercadería o una conservación demasiado dispendiosa, la venta de los bienes muebles del menor sometido a patria potest-

tad, tutela o curatela, la liquidación de las sucesiones insolventes, la venta de artículos decomisados por el contrabando, etc.

Compra-ventas excluidas en razón de la naturaleza del objeto del contrato

23. a) La *Convención* ha hecho referencia para excluir la compra-venta de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves. Se trata de bienes muebles que generalmente son asimilados al régimen de los bienes inmuebles, se encuentren o no inscritos en el Registro que a esos efectos se hubiere creado por cada orden jurídico. Algunos consideran que no deben estar comprendidos en la exclusión aquellos objetos que no puedan ser objeto de matriculación. Queda el problema de saber si influye, en la aplicación de la *Convención*, que el destino de esos bienes sea el de un transporte comercial, ante la duda deberían ser excluidos todos. La venta de "partes" integrantes de estos medios de transporte, como las turbinas o los instrumentos de navegación estarían, para algunos, incluidos dentro de la *Convención de Viena*, en cambio para otros solo si no tuvieran el carácter de "elemento esencial". Se ha sostenido que la *Convención de Viena* resulta aplicable a las embarcaciones y aeronaves de recreo, las que deben considerarse como equipamiento deportivo. O cuando se entrega la caja con las piezas de un proyecto de aeromodelismo donde se le proporciona al cliente todos los elementos para que él mismo lo pueda armar.

b) Igualmente se descarta la venta de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio, salvo los documentos que acompañan la remisión de la mercadería, puesto que en tales casos el objeto de la compra-venta no son los documentos sino las mercaderías. Por lo tanto, la entrega de los documentos que deben acompañar la remisión de la mercadería forma parte de las obligaciones del vendedor, de acuerdo a los arts. 30, 34 y 58 de la *Convención*. De conformidad con el art. 34 "el vendedor, si estuviera obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados en el contrato". El art. 58.1., por su parte, manifiesta que el comprador no estará obligado a pagar el precio mientras el vendedor no haya puesto a su disposición las mercaderías y los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la *Convención*.

c) Y el dinero. En cuanto al dinero, la referencia se debe entender hecha al dinero que efectivamente está circulando como moneda de curso legal, por lo que la exclusión no puede llegar a incidir en la venta de una colección numismática, la que quedaría comprendida en la *Convención de Viena*.

d) Se exceptúa la venta de electricidad. En cambio la *Convención* cubre la venta de gas o de combustibles líquidos. La discriminación parece injustificada y arbitraría.

e) Los programas de ordenador están incluidos siempre y cuando no se hayan confeccionado a la medida de las necesidades del adquirente.

f) Hay quienes piensan que los bienes incorporases están excluidos, en cuanto ello sería deducible de la lectura de los incisos d y e. Sin embargo, otros se han inclinado por ver al art. 2 como una lista de exclusiones taxativa y de interpretación estricta, por lo que consideran que la venta de *know how*, por ejemplo, puede caber bajo el ámbito de la *Convención de Viena*.

g) Existe la duda respecto de si la venta de animales vivos puede llegar a ser considerada como mercadería. Por ejemplo, la venta de 1000 cabezas de ganado ovino en pie, o de 10 ejemplares de nutrias salvajes, o de 30 ejemplares de perros dálmatas. De todos modos, habrá que tener en cuenta las normas sanitarias y de protección a la fauna autóctona y otras normas de orden público de cada país, que pueden llegar a distorsionar la venta si ésta llega a provocar un traslado transfronterizo.

Compra-ventas destinadas para el consumo personal

24. El art. 2 establece: “la presente Convención no se aplicará a las compra-ventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido, ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”. En estos casos hay una valoración finalística del contrato. De un modo implícito se le está dando preferencia a la compra-venta comercial, caracterizada por la intermediación entre el fabricante y los consumidores. La exclusión de las compra-ventas destinadas para el consumo personal parece no tener otro sentido que el de evitar eventuales conflictos entre las normas de la *Convención* y las normas de aplicación inmediata de los estados contratantes, destinadas a la protección de los consumidores, puesto que estas ventas pueden referirse a mercaderías y tener un carácter internacional, generalmente concertadas por correspondencia. La exclusión no rige si “el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso (personal, familiar o doméstico)”. La carga de la prueba corresponde, en consecuencia, al vendedor. Éste deberá llegar a sus conclusiones tomando en cuenta tanto las cantidades compradas como el lugar de la entrega, o las manifestaciones o conductas de las partes. No obstante, no puede descartarse la aplicación de la *Conven-*

ción a base de una simple creencia del vendedor, es necesario que sea conocido por este último el hecho de que el destino efectivo de los bienes será para uso personal del comprador.

a) *Compras para reventa.* Se ha expresado que para el vendedor puede ser un indicio de una venta para un uso personal por ejemplo, la cantidad de objetos comprados: no sería lo mismo comprar uno que varios. Sin embargo, ello dependerá del caso concreto. Por ejemplo, un matrimonio se conecta con una relojería en Ginebra (Suiza), la esposa compra varios relojes uno para cada color de su vestuario y el esposo uno para cada actividad en que deban ser usados –para pesca submarina, para acompañarlo en sus jornadas diarias de caminatas, para fiesta– o los dos compran varios ejemplares en atención a que su bajo costo permite simplemente tirarlos una vez que no funcionen, sustituyéndolos por otros. En estos casos la cantidad no es, en absoluto, un índice revelador de que no van a ser usados en forma personal. Más bien dependerá de la compra concreta y de la cosa vendida, si la misma pareja se conecta con una librería jurídica de Buenos Aires para adquirir varios ejemplares de la obra de un mismo autor, con la misma fecha de edición, no tiene sentido pensar en que la compra de todos esos ejemplares sea para uso personal de los adquirentes, sino más bien, para revenderlos.

b) *Compras para uso profesional.* Las únicas compra-ventas de mercaderías excluidas son las de uso personal, familiar o doméstico. Puede acontecer que la persona –física o jurídica– compre una mercadería no para revenderla sino para su uso profesional.

- i) Hay situaciones complicadas: cuando una persona compra una camioneta que será usada en forma combinada: los días laborables para la distribución de los productos de una empresa y los fines de semana para su paseo y la satisfacción de las demás necesidades de la familia. Pensamos que las ventas de esta clase deben estar incluidas en la *Convención*.
- ii) Es igualmente compleja la tarea de determinar si es o no de uso personal la compra de una obra de arte, una estatua o un cuadro, en donde siempre hay una posibilidad de reventa, al punto que –si bien escapan a una práctica de enajenación inmediata y masiva– siempre se examina su valor de cotización a lo largo del tiempo, especulándose con ello. La duda es más fuerte en el caso de que el adquirente sea una persona física que haya adquirido la obra de arte para su contemplación privada en el propio hogar. Pero, si la obra ha sido adquirida por una persona física o moral para ser expuesta en el hall de entrada de la empresa, en este caso se la ha utilizado profesionalmente, pues su objetivo es hacer más agradable la estancia.

iii) Podemos ver igualmente que la venta de automóviles no siempre lleva a que estén indefectiblemente destinados al uso personal del comprador, porque pueden comprarse para ser usados como taxis. El vendedor puede llegar a tomar conciencia de que se trata de una compra para uso profesional si ha recibido el pedido del comprador de que le pinte una leyenda en las puertas, el capot y la valija del vehículo que diga: "Taxi No..." o cuando le ha solicitado que le coloque una máquina con fichas que deberán caer cada tantos metros de recorrido. Acá se visualiza no la cantidad de artículos comprados sino el propósito del adquirente.

ÁMBITO DE APLICACIÓN EN RAZÓN DEL ESPACIO

CASOS DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN EN FORMA DIRECTA

La Internacionalidad

25. Para que la *Convención* se aplique a una compra-venta de mercaderías debemos previamente calificarla como internacional. ¿Cuándo un contrato de compra-venta de mercaderías ha de ser calificado como internacional? Sin duda que habrá contrato interno cuando todos los puntos de contacto designan el derecho del foro. La internacionalidad, en cambio, no aparece en una forma tan clara, debido al hecho de que no todos los estados dan relevancia a los mismos elementos de extranjería. Es usual clasificar a estos criterios en:

a) *criterios objetivos*: los criterios objetivos hacen referencia al objeto vendido. Por ejemplo, cuando se produce un desplazamiento internacional de la cosa vendida o cuando la oferta y la aceptación se han producido en diferentes estados, o cuando la entrega de la mercadería se produce en un Estado diferente de aquél del lugar de celebración del contrato.

b) *criterios subjetivos*: los criterios subjetivos aparecen cuando se toma en consideración la nacionalidad de las partes contratantes, su domicilio o sus establecimientos en países diferentes. Si solo se toman en cuenta los criterios subjetivos no será necesario que ocurra una efectiva transferencia internacional de la cosa vendida.

c) *criterios mixtos*: y por último, el criterio mixto, que es más exigente por cuanto requiere que las partes se domicilien en distintos estados, así como que la cosa vendida se entregue en un país diferente al que estaba al momento de la celebración. O sea, que además realmente exista un tráfico comercial internacional.

26. Criterio de la internacionalidad tomado en consideración por la Convención de Viena: La *Convención de Viena* ha hecho caudal de los criterios subjetivos, pero no de todos ellos indiscriminadamente, sino que ha optado por uno solo, en cuanto el art. 11 dispone que: “I) la Convención se aplicará a los contratos de compra-venta de mercaderías entre partes que tengan establecimientos en estados diferentes: a) cuando esos estados sean estados contratantes”. Ello es así aun si las reglas de conflicto del tribunal competente conducen a la aplicación del derecho interno de un tercer país, como por ejemplo, la ley del lugar de celebración del contrato o la del lugar de su ejecución.

La solución adoptada es más bien rígida, tajante, que tiene a su favor la claridad en su inteligencia y en su aplicación. En definitiva, la internacionalidad de la compra-venta será evaluada exclusivamente en función del lugar en el que las partes están establecidas. Es evidente que se ha descartado el criterio económico de la internacionalidad, referida al flujo y reflujo de bienes a través de las fronteras, y solo se ha tomado el jurídico, o sea, el establecimiento o la residencia habitual de los sujetos intervenientes. Técnicamente ha sido considerada como una norma de conflicto unilateral, puesto que delimita su propio campo de aplicación espacial y material. El art. 1.2 agrega la siguiente precisión: “a los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”.

Por lo tanto, si se trata de compra-venta de una determinada mercadería situada en Uruguay la que será revendida en el mismo país, aun si nunca llega a salir de nuestro país, el contrato será de todos modos internacional a los efectos de la *Convención*, si las partes contratantes tienen respectivamente sus establecimientos en Uruguay y en Argentina o en Chile y México. Se ha dicho que el criterio es muy amplio, por cuanto al comprender compra-ventas de bienes que nunca saldrán del país, éstas solo habrán de incidir en dicha economía. Y a la vez sería un criterio muy restringido, en cuanto excluye de la regulación convencional a aquellas ventas de mercaderías que efectivamente pasan las fronteras de dos o más estados, pero los establecimientos de las partes se encuentran ubicados en uno solo. En este último caso se deberá recurrir a lo que determinen las demás normas de derecho internacional privado del tribunal competente.

En conclusión, la calificación de la internacionalidad de cualquier acto o contrato –incluido el de venta de mercaderías– nunca llegará a agotarse con la definición que se adopte en un determinado texto, llámese *Convención de Viena* o una norma nacional de derecho internacional privado. En el caso de Uruguay, para determinar la internacionalidad de la venta de mercaderías que no encuentren cobijo bajo las disposiciones del texto vienes, se ha de acudir a los otros criterios de internacionalidad aportados por otras Convenciones, como la de México de 1994 –cuando sea ratifica-

da– o la de los Tratados de Montevideo de 1889 o de 1940, o la de cualquier otro Tratado multilateral o bilateral presente o futuro, o incluso, a las normas de nuestro derecho internacional privado nacional, como por ejemplo, a las existentes en la parte final del Código Civil uruguayo.

Momento al que se debe apreciar la internacionalidad. Por último es necesario precisar el momento en el que se ha de presentar el carácter internacional de la compra-venta: éste ha de ser al momento de la formación del contrato.

27. *La noción de establecimiento.* La norma citada elude igualmente, definir lo que debe entenderse por establecimiento (*place of business, établissement, stabilitamento, nieder-lassung*). Tampoco existen principios generales de la *Convención* que ayuden a precisar más exactamente la noción de establecimiento. Esta constatación conducirá inevitablemente a resolver la laguna según el derecho interno aplicable, conforme al art. 7.2. Establecimiento viene de estable, o sea que consiste en algo firme, fijo, duradero.

a) *Momento de la evaluación de los establecimientos.* De todos modos conviene decir que el establecimiento debe ser, si no total y definitivamente permanente, al menos perdurable. Pero el establecimiento es mudable, se puede trasladar de un lugar a otro, de ahí que sea necesario precisar a qué momento debe tenerse en cuenta el lugar del establecimiento. Parece claro que será al momento del otorgamiento del contrato siendo irrelevante cualquier mudanza posterior del mismo. O sea, no se tendrá en cuenta como establecimiento aquél creado para la celebración de un único contrato, o para una ocasión puntual, como por ejemplo, un puesto de venta en un *stand* de una feria de exposición, o los hoteles donde habitualmente se tienen reuniones especiales de negociaciones, etc.

b) *Autonomía de los establecimientos.* El otro criterio normalmente exigido para que se pueda pensar en un establecimiento, es el de la autonomía. Debe haber elementos materiales que sean reconocibles para el co-contratante, tales como: la presencia de materiales, locales, personal estable con la finalidad de comerciar los productos, etc. Para el caso en el que se trate de una persona física, no se alude forzosamente a una empresa explotada en forma comercial. El establecimiento ha de ser considerado allí donde se halle el centro de sus actividades, lo que no tiene por qué corresponder con su domicilio. La labor de examinar los elementos fácticos presentes pertenecerá al juez de la causa. En el caso de las personas morales, hay autores que consideran que el elemento definitorio de la noción de establecimiento es el lugar donde se llevan a cabo las actividades productivas, en tanto que otros dan realce al lugar de la sede administrativa o de gobierno.

28. *El conocimiento por parte de los sujetos contratantes acerca de la existencia de establecimientos en estados diferentes.* Lo que sí se requerirá es que exista una



real conciencia en ambas partes en cuanto a estar celebrando un contrato internacional, basada en que conocen el hecho de que tienen sus establecimientos en estados contratantes diferentes.

a) Si el mandatario tiene su establecimiento en el mismo Estado que la contraparte y no expresa que actúa como mandatario de otra persona física o jurídica establecida en el extranjero, se tomará en cuenta el establecimiento del compareciente. Si, en cambio lo menciona, se tomará en cuenta el establecimiento de la persona representada y no el del representante.

b) En el caso de un comisionista estamos ante un mandato sin representación, el titular de los derechos y obligaciones ante terceros es el comisionado o comisionario. Será éste quien deberá ser considerado como parte en el contrato.

c) Para el gestor de negocios por cuenta de otro se habrá de seguir una u otra solución según manifieste que actúa a nombre del que le encargó el negocio, o no.

La carga de la prueba recaerá sobre la parte que invoque su falta de conocimiento acerca del establecimiento extranjero de la contraparte.

29. *La pluralidad de establecimientos.* Puede ocurrir que una parte contratante –física o jurídica– cuente con varios establecimientos. En tal caso, deberá ser tomado en consideración –conforme al art. 10.a.– aquél que guarde la relación más estrecha con el contrato y con su ejecución. Será este establecimiento y el de la contraparte los que determinarán cuándo la compra-venta de mercaderías tendrá la calidad o no de internacional. Esta noción de los lazos más estrechos le deja al juez un amplio poder de apreciación, por cuanto nada se establece acerca de si debe valorar algún elemento objetivo en particular. Podrán ser tomados en consideración: el lugar de ejecución, el idioma del contrato, el lugar de negociación, o el de celebración, etc.

Por ejemplo, si la compra es de una partida de esquís para ser destinados a un establecimiento en una estación invernal que una persona física tiene en Argentina pero además tiene un establecimiento en un balneario de veraneo en Uruguay, deberá considerarse el primero y no el segundo, como el más estrechamente conectado con la operación. El establecimiento puede tener o no personalidad jurídica propia.

Los Principios de UNIDROIT utilizan criterios similares a los de la *Convención*, al especificar en el art. 1.10, destinado a las definiciones, que “a los fines de estos Principios: cuando una de las partes tiene más de un ‘establecimiento’ el ‘establecimiento’ relevante será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o contempladas por las partes antes de la celebración del contrato o en ese momento”.

30. *Ausencia de algún establecimiento, solución subsidiaria.* Por último, se establece que para el caso en el que una de las partes no tenga un establecimiento, el art. 10.b. precisa que “se tendrá en cuenta su residencia habitual”. Se trata de un domi-

lio “objetivo” que no requiere la presencia del ánimo de permanecer, elemento, éste último, propio del concepto de domicilio de la época clásica. Como se puede ver la *Convención de Viena* se ha apartado de las soluciones dadas por la *Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas*, aprobada en Montevideo en 1979. El orden preceptivo indicado en la *Convención de Viena* conduce a tener en cuenta en primer lugar, los “establecimientos” de los sujetos contratantes y solo cuando éstas no los tengan se recurrirá a sus residencias habituales. La *Convención Interamericana*, en cambio, indica que “el domicilio de una persona física será determinado en el siguiente orden: 1. el lugar de la residencia habitual, 2. el lugar del centro principal de sus negocios”. Como se ve, se ha trastocado el orden y ciertos puntos de contacto no coinciden. Para el caso de pluralidad de domicilios la *Convención de las Naciones Unidas* elige aquel establecimiento más estrechamente conectado con la operación. Si aplicamos en cambio la *Convención Interamericana*, ésta desconoce la noción de establecimiento conectado con la operación y ha optado por el *carácter principal* del centro de los negocios.

CASOS DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN A TRAVÉS DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRIBUNAL COMPETENTE

31. El criterio directo, anteriormente analizado, ha de ser de fácil aplicación y determinación por parte de la mayoría de los tribunales. Al parecer, será la situación más común. Estando los establecimientos de los sujetos ubicados en estados contratantes diferentes, la *Convención* se ha de aplicar directamente sin necesidad de recurrir o examinar las normas de conflicto del tribunal competente.

Pero la *Convención* ha querido ampliar su radio de acción y en ese entendido el art. I.b. señala que ésta se aplicará igualmente “cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante”.

Una precisión importante por realizar es que el tribunal competente no necesariamente ha de ser el de un Estado parte de la *Convención*. Por lo tanto, la letra b) es una norma habilitante para que el tribunal competente tome en cuenta las normas de Derecho internacional privado, las que utilizará con sus propios elementos de extranjería como si no existiera la *Convención de Viena*. Ello permite constatar que la solución solo será homogénea cuando el tribunal que decide el punto es el de un Estado contratante.

El número de los países que han reservado la aplicación del art. I.I.b. no es muy grande, hasta la fecha lo han hecho: Canadá respecto de Columbia Británica, China, Checoslovaquia, Estados Unidos de América y Singapur. Los Estados Unidos de

América interpusieron la reserva al art. I.I.b) argumentando que dicho literal permite desplazar con mayor frecuencia al derecho interno de su país que a la ley extranjera. Se sostuvo que si las normas de derecho internacional privado ordenan aplicar la ley de un Estado no contratante, se entenderá que será la ley interna extranjera y no la *Convención*. Ello es debido a que ésta se aplica a través del sistema de los conflictos de leyes, siempre que dicho sistema ordene la aplicación de la ley de un Estado contratante. Al reservar este literal b) se le permite a los tribunales de los Estados Unidos de América aplicar su Código de Comercio Uniforme, en lugar de la *Convención de Viena*, cuando los sujetos no tuvieran sus establecimientos en estados contratantes diferentes.

Las situaciones serían entonces, las siguientes:

a) *sujetos con establecimientos o residencias habituales en estados ratificantes diferentes* (es el caso de Uruguay y Chile), la *Convención de Viena* se aplicará en forma directa a base del art. I.I.a) y no al art. I.I.b).

b) *sujetos acerca de las cuales solo uno de ellos tiene su establecimiento en un Estado contratante de la Convención* (Uruguay), y de acuerdo a las normas de derecho internacional privado, aplicables por el tribunal competente de un Estado contratante se indica la aplicación de su propio derecho (Uruguay), o el derecho de un Estado contratante (Ecuador), se aplicará la *Convención de Viena*. La obligación de acatar esta solución surge de la propia *Convención*.

c) *sujetos acerca de los cuales ninguno de ellos tiene su establecimiento en un Estado contratante de la Convención* (es lo que ocurre con sujetos establecidos en Bolivia y Paraguay) o *el tribunal competente es el del Estado no contratante* (Brasil), y *de acuerdo a sus normas de derecho internacional privado, éstas indiquen como aplicable el derecho de un Estado contratante* (Uruguay). La *Convención de Viena* resultará aplicable a la especie, aunque parezca superfluo mencionar que, en este caso, la obligatoriedad de aplicar la *Convención* no surgirá de ésta sino de las normas de conflicto del tribunal competente. Cuando las normas de derecho internacional privado ordenen la aplicación de la ley de un Estado contratante, primero se habrá de acudir al sistema de conflicto de leyes, el que indicará un derecho nacional que podrá tener incorporado en su derecho interno las disposiciones de Viena. No hay que perder de vista que es la *Convención* de derecho uniforme la que actuará en primer lugar; el sistema de conflicto funcionará dentro de los límites marcados por la propia *Convención*.

d) *por vía de exclusión*, la *Convención* no se aplicará:

- i) si las normas de derecho internacional privado del Estado no contratante (Bolivia) indican como aplicable su propio derecho o el de un Estado no contratante (Paraguay).

- ii) cuando la propia *Convención* no dé una solución a un aspecto de la compra-venta internacional de mercaderías que caiga dentro de su campo y los principios generales que emanen de ésta no hayan podido proporcionar una respuesta al problema planteado. También acá habrá de recurrirse a las reglas de conflicto del tribunal competente.
- iii) cuando se trate de todas aquellas materias no reguladas, como las cuestiones relativas a la transferencia de propiedad de la cosa vendida, la validez del contrato y de cada una de sus cláusulas, la responsabilidad por el hecho de los productos y la determinación de las tasas de interés moratorio. En todos estos temas se recurrirá al derecho nacional designado por la regla de conflicto del tribunal competente.
- iv) cuando el derecho internacional privado del tribunal competente señalen el derecho nacional de un Estado que haya formulado una reserva a la parte II y/o a la parte III, y respecto de esos temas.

32. La *Convención de Viena* le ha otorgado un lugar importante al método conflictualista, aun cuando en ciertos casos su ubicación quede subordinada a la aplicación preferente del derecho uniforme, el que tiene un efecto expansivo en el presente tema. Es posible pensar que por el hecho de acudir a las normas de conflicto del tribunal competente se colabore con el efecto expansivo al que hemos aludido. Pero, fuera de esta situación, su intervención adquiere toda la relevancia que tiene el hecho de acudir a una regla indirecta: la de determinar el derecho aplicable a todas aquellas cuestiones no reguladas por la *Convención*.

Pero, en última instancia, el reconocimiento de la opción brindada por el art. 1.l. b) –el que expresa que “la presente Convención se aplicará a los contratos de compra-venta de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes; b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aprobación de la ley de un Estado contratante”– plantea una contradicción entre el objetivo perseguido –la regulación internacional sustantiva uniforme– y los medios por utilizar para obtenerlo –la recurrencia a un tribunal nacional y a su sistema de conflicto de leyes–.

REGLAS DE INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN PROPORCIONADAS POR LA PROPIA CONVENCIÓN

REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN

33. Debe acudirse a la interpretación cuando un texto sea oscuro y no claramente inteligible. La *Convención de Viena* contiene en el capítulo II, dedicado a las Dispo-

siciones Generales, el art. 7 cuyo num. 1 expresa que “en la interpretación de la presente *Convención* se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Un enfoque similar ha sido seguido tanto por los Principios de UNIDROIT como por el proyecto de la Unión Europea. El art. 16 de los Principios de UNIDROIT señala lo siguiente: “(Interpretación y complementación de los Principios) I. En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional y sus finalidades, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”. El art. 1104 del proyecto de la Unión Europea en el mismo sentido, indica que “los presentes Principios deben ser interpretados y desarrollados conforme a sus objetivos. Se tendrá particularmente en cuenta la necesidad de promover la buena fe, la seguridad de las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación”.

a) *De acuerdo al art. 7.1., se habrá de tener en cuenta el carácter internacional de la Convención.* Según algunos autores la referencia puede aplicarse tanto a su fuente como a su objeto. De este modo se evita asimilar los términos convencionales utilizados a los de cualquier derecho nacional, y además, autoriza a no recurrir necesariamente a las mismas técnicas interpretativas de las existentes en derecho interno. Por lo tanto, la *Convención* otorga una especial relevancia el examen de los trabajos preparatorios, a las diferentes versiones lingüísticas que tendrán que ser comparadas, al razonamiento por analogía y a contrario, etc. Los criterios de interpretación a los que comúnmente se acude en los derechos nacionales son la búsqueda del sentido literal, el sistemático, el teleológico y/o el progresivo. De todos modos, aun cuando los criterios utilizados sean los mismos, en la materia convencional hay libertad para que el tribunal competente acuda a ellos, sin tomar en consideración el orden o la jerarquía establecida por los derechos internos. Esta orientación impuesta al intérprete obedece al hecho de que si bien al momento de la ratificación la *Convención* pasa a formar parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, debido a ser una normativa elaborada y aprobada a nivel internacional, permanece como un cuerpo legislativo autónomo en sus disposiciones y en sus conceptos. Tal es el caso, por ejemplo, de la expresión “formación del contrato”, que no alude específicamente al encuentro de voluntades sino que se ubica en una perspectiva dinámica de todo el procedimiento que lleve a la elaboración del contrato, y que está constituido por la oferta, la aceptación hasta concluir en la celebración de dicho acuerdo.

b) *También deberá tomarse en consideración la “necesidad de promover la uniformidad de aplicación” de las normas convencionales.* Esto implica imponerle a los tribunales una carga particularmente gravosa de investigación de la doctrina y de la legislación extranjeras, con exámenes de derecho comparado. El tribunal puede llegar a constatar que en lugar de una interpretación uniforme, sobre diversos aspectos

de la *Convención*, los diferentes ordenamientos jurídicos tienen opiniones divergentes y hasta encontradas, que los puede conducir a soluciones contrastantes. En este caso, parece ineluctable darle una preferencia a la interpretación realizada por la legislación del Estado más afectado por la venta internacional concreta de mercaderías.

c) De acuerdo al art. 7.1 se deberá respetar el principio de la buena fe. Su significado y alcance serán realizados en el parágrafo 35.

REGLAS PARA LA INTEGRACIÓN

34. En cuanto al tema de las omisiones o lagunas que puedan aparecer en el texto convencional, pueden plantearse dos situaciones que habrá de requerir soluciones divergentes:

a) *Cuestiones no reguladas expresamente por la Convención de Viena pero que se encuentran comprendidas dentro de su ámbito material o sustantivo.* Acá es donde realmente ocurre una laguna. La integración deberá realizarse de acuerdo al art. 7, recurriendo al num. 2, que establece lo siguiente: “las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente *Convención*, que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente *Convención* o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

- i) *En primer lugar se habrá de acudir a los principios generales.* La *Convención de Viena* establece que las cuestiones comprendidas en las materias regidas que no hubieren sido expresamente resueltas, serán decididas, en primer lugar, acudiendo a los principios generales que dimanan de la propia *Convención*. Se trata de una fuente supletoria a lo expresamente regulado cuya finalidad es la de evitar que se acuda, en este caso, al derecho interno del Estado contratante. La referencia parece ser una invitación a aplicar –analíticamente y por abstracción– las disposiciones específicas de la *Convención*. La mención de los principios generales es una vía a la que también se acude en los derechos internos.
- ii) *En segundo lugar se recurrirá al derecho nacional que indique las reglas de conflicto de leyes del tribunal competente.* Se ha dicho que la aplicación de la última solución señalada puede llevar a resultados sorpresivos: puede ocurrir que los sujetos tengan sus establecimientos en estados contratantes diferentes (Argentina y Uruguay) y la compra-venta puede llegar a perfeccionarse en un tercer país no Contratante (Paraguay). Para el caso de la comprobación de la existencia de una laguna, si la ley indicada como aplicable, por las normas de Derecho internacional privado del tribunal competente, es la de Paraguay, la laguna puede llegar a ser llenada por la ley de este país.

De acuerdo al art. 7.2., solo cuando los principios mencionados no den una solución al litigio, se podrá implicar en el llenado de las lagunas, un Derecho nacional específico. Esta exigencia permite percibir que la *Convención* –aun cuando puede llegar a ser entendida como un cuerpo de normas autónomo y diferenciado de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales– no puede llegar a separarse totalmente de estos últimos. Si se recurre a las normas nacionales de derecho internacional privado del juez competente, la solución inevitablemente será nacional, salvo que los demás estados vinculados con la operación hayan acogido una solución similar. Puede tener una mayor extensión si la solución proviene de una norma de derecho internacional privado convencional que el Estado del tribunal competente haya ratificado, como por ejemplo, la *Convención Interamericana sobre normas generales*, de Montevideo de 1979.

b) *Cuestiones que la Convención de Viena no comprende.* Si bien puede entenderse que existe un vacío, en cuanto no se ha podido o querido regular ciertos aspectos de una determinada categoría de una manera exhaustiva y completa, no nos encontramos propiamente dentro de una laguna de la *Convención*. La exclusión, deliberada o no, quedará ubicada más allá del esfuerzo emprendido en favor de una unificación material o sustantiva y de las obligaciones internacionales que asumen los Estados respecto de dicho tema. En consecuencia, en el campo que no ha querido o podido ser regulado se manejarán otros textos sustantivos –nacionales o convencionales– o las normas de conflicto de leyes –también nacionales o internacionales– los que nos proporcionarán una regulación precisa.

PRINCIPIOS QUE EMANAN DE LA PROPIA CONVENCIÓN

35. Dentro de los objetivos consagrados en el Preámbulo, se menciona la aspiración de adoptar normas uniformes aplicables al contrato de compra-venta de mercaderías, con la finalidad de eliminar los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional, sin que ello signifique suprimir los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos. Teniendo en cuenta este empeño, la *Convención* busca un efecto expansivo en varios aspectos y además, intenta evitar que sus carencias sean cubiertas por textos ajenos a la misma. La necesidad de acudir a los principios generales queemanan de la *Convención* obedece a este enfoque. De todos modos parece prudente convenir que su enumeración no puede ser infinita, porque al ser una *Convención* con normas directas, ese hecho condiciona también la cantidad de Principios que se puedan extraer de ella. Examinemos cuáles pueden ser:

1. *El principio de la autonomía de la voluntad.* De conformidad con el art. 6 “las partes podrán excluir la aplicación de la presente *Convención* o, sin perjuicio de lo

dispuesto en el art. 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos". El art. 1.5 de los Principios de UNIDROIT avala este enfoque: "(Exclusión o modificación de los Principios por las partes). Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente". El art. 1102 del proyecto de la Unión Europea es casi idéntico.

De lo expuesto se infiere que la *Convención* queda a disposición absoluta de los sujetos contratantes, ella no contiene ninguna regla imperativa, salvo las orientaciones en materia de interpretación e integración. La voluntad de las partes es la ley del contrato. Pero en el plano interpretativo la intención solo tendrá valor en la medida en que haya sido conocida por la otra parte, a menos que ésta no haya podido ignorar su contenido.

De acuerdo a la redacción de este artículo, se pueden dar diversas situaciones:

a) que aun cuando se hayan dado todas las condiciones normativamente exigidas para la aplicación de la *Convención de Viena*, ésta no se aplique debido a la voluntad de las partes contratantes, las que pueden dejarla de lado sin expresar razones. Dicha exclusión podrá ser:

- i) *total*: si el desplazamiento de la *Convención* llega a ser total sin expresar nada más, al tribunal competente no le quedará otra opción que recurrir a sus normas de derecho internacional privado, convencionales o nacionales.
- ii) *parcial*: la exclusión de la *Convención* puede ser parcial, en cuanto el referido art. 6 alude a la libertad de las partes contratantes para "establecer excepciones a *cualquiera* de sus disposiciones o modificar sus efectos". Si ello ocurre, se producirá el denominado *dépeçage* normativo o fraccionamiento legislativo del contrato, el que se encuentra indirectamente reconocido. Sería el caso de contratantes que hayan elegido otras normas materiales para regular una parte de su contrato internacional de compra-venta de mercaderías, dejando subsistente la aplicabilidad de la *Convención* en el resto. El *dépeçage* normativo igual es de producción casi inevitable si tenemos en cuenta que la *Convención* no agota la regulación del contrato de compra-venta de mercaderías, por lo que en todo el campo no regulado se hará necesario investigar la ley que lo rige.
- iii) *expresa o tácita*: Existen dudas –debido al silencio guardado por el texto convencional– acerca de si permitir solamente su exclusión en forma expresa, o también de un modo tácito. A nuestro modo de ver, serían lícitas ambas posibilidades en cuanto ninguna de ellas está prohibida, siempre y cuando la manifestación de voluntades sea real y no ficticia. Esta última puede provenir del comportamiento anterior o concomitante de las partes a la celebración y ejecución del contrato. Las situaciones pueden ser variadas:

* Que las partes excluyan expresamente las normas de la Convención de Viena, en su totalidad, o de algunas de sus soluciones. Solo si la exclusión es total debemos descartarla. Si es parcial, se aplicará en los temas no excluidos. La exclusión comprenderá tanto en el caso de una aplicación directa de la Convención (art. 1.l.a.), como cuando la regla de conflicto de leyes señale el derecho de un Estado contratante (art. 1.l.b.). Si se concreta esta última posibilidad puede acontecer que el Estado no tenga otra legislación material aplicable a la venta internacional de mercaderías, lo que podrá plantear difíciles problemas de integración.

* Que las partes decidan aplicar la ley de un país sin especificar nada más. Esta decisión no debe significar una exclusión de la Convención. En este caso la expresión “ley” debe entenderse en el sentido de legislación u orden jurídico. Si la “ley” elegida es la de un Estado contratante (Uruguay), las disposiciones de Viena habrán pasado a formar parte de la “ley” seleccionada, y en consecuencia, aquellas serán aplicables.

* Que las partes decidan aplicar la ley de un país, entendida en un sentido estricto, por ejemplo, la “Ley No. ...” de tal fecha o identificada con un determinado título. En este caso la Convención quedará excluida, puesto que el derecho material elegido se le sobrepone. Por lo tanto, habrá una exclusión tácita.

* Caso en que los sujetos hayan hecho uso de la autonomía de la voluntad material regulando sustantivamente todos los aspectos de su compra-venta internacional de mercaderías pero de forma distinta a lo que establece la Convención. Ocurrirá también una exclusión tácita, por lo que se deberá acudir a la legislación aplicable que avale esta regulación material concreta, determinada por el derecho internacional privado.

* Si los sujetos contratantes han considerado como aplicable un Incoterm, la referencia se considerará hecha al punto concreto, la Convención solo será excluida en ese punto.

* ¿Si los sujetos contratantes tienen establecimientos en estados no contratantes y las normas de derecho internacional privado del tribunal competente indican la legislación de un Estado no contratante, estos sujetos pueden decidir aplicar la Convención de Viena a su compra-venta internacional de mercaderías sin que ésta sea aplicable per se? La solución deberá ubicarse necesariamente dentro del marco de la autonomía de la voluntad conflictual reconocida por la regla de conflicto del tribunal competente.

- i) Si dicha legislación es contraria al ejercicio de la autonomía de la voluntad, regirán para el caso las soluciones preceptivas establecidas normativamente, como acontece por ejemplo con los Tratados de Montevideo de 1940.

- ii) Si la legislación impone la existencia de un vínculo estrecho entre las normas convencionales y el contrato, deberá acreditarse dicho extremo.
- iii) Si tal como ocurre en la *Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos Internacionales*, de México de 1994, no es necesario abonar la prueba de ningún vínculo –estrecho o no– dicha elección podrá ser considerada como válida.

* *En toda situación de duda, el intérprete aplicará la Convención*, porque si no se ha seleccionado un sistema concreto que la reemplace deberá justificarse su exclusión.

Límite al ejercicio de la libertad contractual. La libertad contractual encuentra un límite en la forma escrita del contrato cuando el Estado parte haya reservado el reconocimiento del consensualismo a los contratos de venta internacional de mercaderías.

Momento del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Puede hacerse al momento de la formación del contrato de venta de mercaderías o en cualquier otro posterior, a título de ejemplo, en el transcurso del proceso contencioso, judicial o arbitral.

2. *El principio de la buena fe.* La primera vez que la *Convención* menciona el concepto de buena fe, se produce en el art. 7, en donde se ordena recurrir a ella como un último remedio. La obligación de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional se hace extensiva a los sujetos que son partes en una venta de mercaderías. Debe operar tanto en la etapa de la formación del contrato, en la de su ejecución, como en la de su interpretación. Por ejemplo, si una parte le reclama insistentemente a la otra, cumplir con sus obligaciones dentro de un plazo más breve que el acordado, seguidamente no podrá de buena fe, rechazar la prestación que había demandado. Del mismo modo, puede llegar a considerarse inadmisible exigir la ejecución en la forma estipulada o la resolución del contrato, cuando debido a un cambio de las condiciones del mercado una de las partes pueda especular en perjuicio de la otra.

El concepto de buena fe puede servir para imponer a la parte determinadas obligaciones. De acuerdo al art. 2.15 de los Principios de UNIDROIT, “(Negociaciones de mala fe). 1. Cada cual es libre de entrar en negociaciones y no incurre en responsabilidad en el caso de que las negociaciones no culminen en un acuerdo. 2. Sin embargo, la parte que haya negociado o interrumpido con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. 3. En especial, se considera como mala fe entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo”. El proyecto de la Unión Europea expresa que: “l. Los presentes Principios deberán ser interpretados y desarrollados conforme a sus objetivos. Se tendrá particularmente en cuenta la necesidad de promover la buena fe, la seguridad de las relaciones contractuales, y la uniformidad de aplicación”.

Si bien se ha objetado que este principio es muy vago, guarda una invaluable función tutelar en el campo contractual, al posibilitar –a través de ella– la protección de la parte más débil o menos experimentada, frente al riesgo de imposición de condiciones contractuales abusivas.

3. *El principio del consensualismo o ausencia de formalismo.* El acuerdo de las partes no está sometido a ningún requisito formal. Esto ha sido expresamente mencionado en los arts. 6, 11 y 29.I. Los Principios de UNIDROIT lo apoyan al establecer en el art. 1.2.: “(Libertad de forma). Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio incluso por testigos”.

4. *Que la demora en el pago de una suma de dinero ha de generar intereses moratorios sobre la suma debida.* Se encuentra en el art. 78: “si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles, conforme al art. 74”.

5. *El principio según el cual, cualquier aviso u otro tipo de comunicación efectuado luego de la celebración del contrato producen efectos desde el momento de su expedición,* art. 27.

6. *El criterio del favor negotii:* la aplicación de este principio lleva a luchar por la preservación del contrato antes que por su resolución. Se encuentra en los arts. 19.2, 25, 26, 34, 48, 49, 51.I, 64, 71 y 72. Coadyuva con estas reglas lo establecido en el art. 4.5. de los Principios de UNIDROIT: “(Interpretación dando algún efecto a todas sus disposiciones). Los elementos de un contrato se interpretarán en el sentido de que todos produzcan algún efecto antes que privar de efecto a alguno de ellos”.

7. *El deber de colaboración de las partes para lograr el cumplimiento del contrato en la forma y condiciones pactadas.* Arts. 32.3, 48.2, 60.a. También el proyecto de la Unión Europea reconoce su existencia en el art. 1107, al consignar que: “cada parte debe a la otra la colaboración que le permita al contrato producir plenos efectos”.

8. *La obligación de cada parte de comunicar a la otra cualquier información importante a fin de que éste tome las precauciones necesarias.* Arts. 19.2, 21.2, 26, 39.I y 65. El art. 5.3. de los Principios de UNIDROIT comparte esta visión al señalar: “(Cooperación entre las partes) Una parte debe cooperar con la otra cuando quiera que dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.

9. *El criterio de la persona “razonable”.* Este criterio es utilizado normalmente como paradigma de evaluación de las conductas de los sujetos contratantes. Será considerado “razonable” el comportamiento de una persona que se encuentre confor-

me a la medida de la conducta social correcta, siempre con la posibilidad de adaptarse a las peculiaridades del caso concreto. Arts. 8.2 y 3, 25, 35.1.b, 60, 72.2, 75, 77, 79.1, 85, 86 y 88.2. La razonabilidad se amplía a las comunicaciones o al cumplimiento de los actos que deberán realizarse en tiempos “razonables”. Arts. 18.2, 33.3, 39.1, 43.1, 47, 49, 63, 64, 65, 73.2. También se distingue entre compras onerosas y justificaciones razonables e irrazonables, arts. 34, 37, 48, 87, 88.2 y 3.

El art. 8.1 manifiesta que las declaraciones y actos de una parte deben ser interpretados de acuerdo con la intención de su autor, siempre que la otra parte conozca o haya conocido dicha intención. Si tal prueba no es posible, el acto o declaración será interpretado conforme al entendimiento que de él tenga una “persona razonable”, de la misma condición que la parte a quien fue dirigido el acto o la declaración. Para precisar el concepto genérico de “persona razonable” se habrá de tener en cuenta la experiencia y el conocimiento de la persona que recibió la declaración, así como la costumbre de la plaza y el idioma.

El proyecto de la Unión Europea especifica en el art. 1108 lo siguiente: “Carácter razonable. Debe ser considerado razonable en los términos de los presentes Principios, lo que personas de buena fe, ubicadas en la misma situación que las partes observarían como tal. Se tendrá particularmente en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las profesiones o ramas de actividad concernidas”.

10. *La obligación de minimizar las pérdidas.* Según este principio cada parte tiene el deber de reducir las pérdidas de la otra y no puede reclamarle reparación de un daño que él mismo hubiera podido impedir o atenuar. Arts. 77, 85, 86.1 y 2 y 88.2.

11. *La obligación que asume cada parte contratante de no contradecirse o de volver sobre aquellas declaraciones o comportamientos en los que se ha basado la otra parte.* De lo contrario, deberá compensar los costos que se incurrieron por dicho motivo. Arts. 16.2.b, 29.2, 47.2 y 63.2. El art. 7.12 de los Principios de UNIDROIT especifica lo siguiente: “(Interferencia de la otra parte). Ninguna de las partes podrá valerse del incumplimiento de la otra parte cuando éste fue causado por actos u omisiones suyas o por otro evento cuyo riesgo ella asumió”.

12. *La obligación de cada parte de comunicar toda la información requerida por la otra.* El art. 1107 del proyecto de la Unión Europea ha incorporado la siguiente regla: “(Deber de colaboración). Cada parte debe a la otra la colaboración que le permita al contrato producir plenos efectos”.

EL VALOR DE LOS USOS Y PRÁCTICAS COMERCIALES

36. La *Convención de Roma* sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, no menciona los usos, los que en caso de recurrir a ellos, deben ser utilizados del modo que establece la ley seleccionada. En la *Convención de México* sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, por el contrario, se formulan numerosas menciones a los usos. La *Convención de Viena* también recurre a los usos, aunque no logra definir lo que ha de entenderse por “usos” o “prácticas comerciales”, ni la forma de probar que un uso sea admitido por el comercio internacional. De no haber una norma que resuelva el punto, será el derecho nacional indicado como aplicable, por la regla de conflicto, el que nos dirá el estatuto de los usos. Debemos recordar que la aplicación de los usos y de las prácticas puede llegar a ser descartada por un acuerdo de las partes.

Se ha sostenido que el uso consiste en una costumbre dotada de una cierta generalidad en un determinado sector económico; sería todo comportamiento negocial observado en los círculos profesionales que pertenecen a un determinado sector.

En cambio, la práctica entre las partes se apoya en el comportamiento individual entre ellas. Por ejemplo, que sea cosa común que los sujetos contratantes acepten la existencia de diferencias en cuanto a la cantidad o al peso en la entrega de las mercaderías, por supuesto que será dentro de ciertos márgenes tolerables. En el caso de un conflicto entre un uso y una práctica, ha de prevalecer el primero. Es que el uso convenido refleja la voluntad expresa de las partes, rigen a un contrato específicamente y apuntan hacia el futuro, en tanto que las prácticas establecidas entre los sujetos se equiparan a la voluntad tácita, rigen a una generalidad de contratos y miran hacia el pasado.

37. Un tema en el cual no hay una posición pacífica en la doctrina, es el de determinar si la *Convención de Viena* le ha adjudicado a los usos y prácticas comerciales el carácter de fuente de derecho objetivo.

a) El art. 9.1 sin duda alude a los usos convencionales al expresar que “las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”. Igual solución se encuentra incorporada al art. 1.8. de los Principios de UNIDROIT y al art. 1103 del proyecto de la Unión Europea. La primer parte de esta disposición parece redundante. Si las partes han consentido un uso, no será más tal sino una cláusula contractual expresa, como todas las demás.

b) Pero los autores favorables al carácter normativo de los usos acuden al num. 2 del art. 9, el que dispone una incorporación tácita de los usos generales al contrato. En dicho pasaje se expresa que “se considerará que las partes han hecho tácitamente

aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente aceptado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate". De ello se deduce que:

- i) no cualquier uso será aplicable sino aquéllos que las partes tenían o debían haber tenido conocimiento y que además sea ampliamente conocido y regularmente observado por los sujetos que se dedican a la misma actividad mercantil.
- ii) para el caso de ocurrir un conflicto entre la *Convención de Viena* y los usos y prácticas comerciales habrán de prevalecer éstos últimos, o sea que los usos desplazan a la Convención.
- iii) además, conviene destacar que el uso debe ser razonable. Si éste es irracional deberá ser descartado, tanto por el juez como por las partes.
- iv) si bien el uso contrario prevalece sobre la *Convención de Viena*, la voluntad de las partes prevalece sobre los usos.
- v) además, la *Convención* exige que el uso sea observado en una amplia zona geográfica –“que, en el comercio internacional sea ampliamente conocido”– lo que parece excluir a aquellos usos cuya aplicación esté limitada a un determinado Estado. Sin embargo, se ha sostenido que un uso “nacional” igual puede ser aceptado por la *Convención*, siempre que sea aplicable al comercio internacional.

38. No obstante lo dicho precedentemente, aquellos autores que consideran que los usos solo tienen una naturaleza convencional, se vuelcan por analizar la redacción completa del inciso 2, apoyándose precisamente en su comienzo, el que expresa que la disposición se aplicará “salvo pacto en contrario” de las partes. Se trata de un giro que le está privando al uso la calidad de norma objetiva, ubicada por encima de la voluntad de los contratantes. Además, hay un factor de doblegamiento de los usos a los derechos estatales de enorme importancia: la determinación de la validez de un uso queda fuera del ámbito de vigencia de la *Convención de Viena*.

Esta divergencia lleva a concluir que la ley aplicable según las normas de derecho internacional privado del tribunal competente, en última instancia serán las que decidirán si es o no aceptable la aplicación de dicho uso al caso concreto.

39. El principio *iura novit curia* no se aplica a los usos por cuanto estos son considerados como situaciones de hecho, y por lo tanto, los usos tienen que ser probados.

No se requiere que sea antiguo, basta su práctica extendida y su notoriedad. La prueba de la existencia y aplicabilidad del mismo se realizará de conformidad con la

ley del foro del tribunal competente, la que determinará: la admisibilidad de los medios de prueba –normalmente se recurrirá a la opinión de expertos– el objeto de la prueba, la carga de la misma, su aplicación de oficio o a petición de parte y su validez.

COEXISTENCIA DE LA CONVENCIÓN DE VIENA CON OTRAS REGULACIONES

CON LAS CONVENCIONES DE LA HAYA DE 1964

40. De acuerdo a sus antecedentes y al propio contenido, los Estados parte de la *Convención de Viena* de 1980 no pueden serlo simultáneamente de las Convenciones de La Haya de 1964.

a) Si la ratificación se ha realizado sin formular reservas, el texto de Viena producirá un efecto erosionante progresivo sobre el núcleo de países que han ratificado las Convenciones de La Haya, puesto que a medida que los estados se vayan incorporando al texto de las Naciones Unidas dejarán de serlo respecto de las anteriores. Es más, el art. 99.6 ordena que la ratificación o adhesión no surtirá efecto hasta tanto las denuncias a la LUFI y a la LUFC produzcan a su vez, sus correspondientes efectos.

b) Puede ocurrir que el Estado ratificante de la *Convención de Viena* no haya querido obligarse por la parte II o la parte III. En tal caso, la renuncia a las Convenciones de La Haya será parcial.

c) En el caso de cualquier otra incoordinación no prevista, se hará necesario una concertación entre el Secretario General de las Naciones Unidas, como depositario de la *Convención de 1980*, y el gobierno del Reino de Holanda, depositario por su parte, de los textos de 1964.

CON OTRAS CONVENCIONES

41. *Cuando los sujetos contratantes tienen establecimientos en estados parte de otros Acuerdos multilaterales o bilaterales.* Fuera de lo expuesto precedentemente, el art. 90 ha establecido que “la presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en estados parte en ese acuerdo”. Por lo tanto, esta disposición permite mantener la vigencia de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, del Código Bustamante de 1928 y de la *Convención de México* de 1994, así co-

mo de cualquier otra normativa multilateral o bilateral vigente y la que se pueda llegar a aprobar dentro de los procesos de integración económica que se hayan trazado los países de la región. Pero, la primacía no es absoluta, es necesario que se cumpla una condición: que los sujetos de la compra-venta de mercaderías tengan sus establecimientos en estados parte de esos otros Acuerdos, de lo contrario prevalecerá la *Convención de Viena*.

- a) Si la condición referida se cumple, el sistema conflictivo del juez competente –en cuanto éste se encuentre ubicado en Uruguay, Argentina o Paraguay– será el de los Tratados de Montevideo de 1940.
- b) Para el caso de que uno de los establecimientos de los sujetos contratantes se halle situado en Bolivia, Colombia o Perú y el otro en alguno de los tres primeros citados, se aplicarán preferentemente los Tratados de Montevideo de 1889.
- c) Si el tribunal competente está instalado en Brasil o en Chile y los sujetos tienen establecimientos en dichos estados, se recurrirá a las soluciones que aporte el Código Bustamante de 1928.
- d) En el caso de estados parte de la *Convención de México*, cuando el tribunal sea de alguno de dichos estados, hará aplicación preferente de dicho sistema de soluciones.

NORMAS PROCESALES

42. Son escasas. Ya hemos mencionado que la *Convención* hace referencia –para excluirlas– a las ventas que se practican a través de una subasta pública o judicialmente.

Hay algunas indicaciones en cuanto a los medios probatorios que se pueden aceptar en el proceso, los arts. 12 y 96 permiten limitarlos a la forma escrita. La determinación de la carga de la prueba es algo no regulado por la *Convención de Viena*.

El art. 19 regula las modificaciones que la respuesta haya realizado a una oferta, y comprende el mecanismo de solución de las controversias.

El art. 26, produce alcances procesales en cuanto afirma que “la declaración de resolución del contrato surtirá efectos solo si se comunica a la otra parte”.

El art. 45.3 hace alusión al caso de incumplimiento del contrato por el vendedor, en cuyo caso el juez o el árbitro tiene prohibido conceder algún plazo de gracia si el comprador ejercita una acción por dicho incumplimiento. Simétricamente se establece la misma norma cuando el incumplidor es el comprador de la mercadería.

El art. 81.1 alude a la posibilidad de instaurar para el caso de resolución, un mecanismo de solución de controversias sobre los derechos y obligaciones de las partes.

Por último pueden estar comprendidas aquellas normas procesales indicadas por las reglas de conflicto del tribunal competente. Nos referimos específicamente a los arts. 3, 8, 24 y 74.

EL MÉTODO SUSTANTIVO Y EL PLURALISMO METODOLÓGICO

43. *Orden jerárquico establecido por la Convención de Viena.* De la estructura general de la *Convención* se puede inferir el siguiente orden jerárquico normativo:

1. el primer lugar es ocupado por las normas de policía o de aplicación inmediata,
2. en segundo término, los pactos de las partes en contra de la *Convención*,
3. luego, los usos, prácticas, condiciones generales y contratos-tipo contrarios a la *Convención*,
4. más tarde, las normas de la *Convención*,
5. seguidamente, los principios generales que emanen de la propia *Convención*,
6. y por último, la ley aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado del tribunal competente.

44. Esta jerarquización de las fuentes que pueden llegar a regular la compra-venta internacional de mercaderías nos está señalado algo muy importante: el pluralismo metodológico en absoluto ha sido descartado, o dicho con más precisión, en absoluto ha podido ser descartado. Asumiendo una marcada actitud voluntarista muchos autores han hablado que la *Convención de Viena* instaura una especie de *lingua franca jurídica*, una suerte de derecho universal de la venta internacional, lo cual nos parece excesivo. Del análisis realizado, las razones para desechar este optimismo surgen rápidamente desde varios flancos. Hagamos un repaso de los puntos débiles de la *Convención*.

a) *En primer término, hay que tener en cuenta el carácter supletorio de las normas de la Convención.* Éstas pueden ser desplazadas tanto por las reglas rigurosamente imperativas de los estados parte, como por la voluntad de los sujetos contratantes, o por los usos y prácticas contrarias, o mediante el juego de sus intrincadas reservas. Si se observa bien, el mecanismo que ella instaura la toma más bien residual y puramente indicativa. Por este motivo, otros autores no son tan optimistas y han considerando que la prevalencia de la *Convención* tiene un carácter dogmática-

mente débil, y han llegado a definirla como una “versión descafeinada” de lo que debe ser un derecho material uniforme. Se trataría solo de un modelo propuesto a los actores del comercio internacional. El carácter dispositivo de la *Convención* –sin ninguna norma imperativa salvo las orientaciones en materia de interpretación y de lagunas– si bien favorece la ratificación por los estados, se hace al precio de reintroducir el método de los conflictos de leyes en el caso de silencio.

Esta constatación nos permite formular la interrogante de si no hubiera sido más adecuada la elaboración de una Ley Modelo, aunque debemos concordar que se trata solo de una cuestión de estrategia. Si se hubiera elaborado una Ley Modelo rápidamente hubiera quedado relegada en el olvido o en la consideración como una propuesta valiosa pero inefectiva, como tantas veces ocurrió en el pasado. Salvo que cuente con el apoyo de algún organismo internacional que asuma la obligación permanente de publicitaria, como a veces ocurre. Al transformarla en normas de derecho positivo el texto se integra al orden jurídico de los estados –y más allá de todos las debilidades señaladas– se convierte en un derecho supletivo uniforme con inocultables efectos beneficiosos.

b) *En segundo lugar, la interpretación de sus disposiciones.* Este es el punto débil de toda normativa de Derecho sustantivo uniforme. En el caso de la *Convención* de Viena, la debilidad es la propia de los objetos instalados en un gran espacio físico. Es la debilidad de querer o pretender ser universal: cuanto más países sean los ratificantes mayor será la cantidad de estados vinculados dotados de estructuras sociales, políticas y legales diferentes, los que originarán –a pesar de todos los esfuerzos– interpretaciones discrepantes del texto uniforme por parte de los tribunales nacionales. La constitución de un tribunal supranacional se presenta aún como un ideal. La facultad de interpretar el texto convencional podría ser otorgada a un tribunal supranacional que se constituya dentro de los procesos de integración, pero en tal caso, al existir varios procesos de integración ello llevará a la constitución de numerosos tribunales supranacionales, con los cuales el problema permanece. Debemos tener en cuenta que es la pluralidad de sedes judiciales lo que hace posible la divergencia de opiniones, aun cuando el número de los tribunales de esta clase pueda ser menor.

c) *En tercer término, la falta de exhaustividad.* En Viena no se han regulado todas las cuestiones relacionadas con la compra-venta internacional de mercaderías. Algunas cuestiones han sido expresamente excluidas. Esto provoca inexorablemente que el tribunal deba recurrir al método de conflicto de leyes para establecer el derecho aplicable. Las cuestiones de validez del contrato o de sus cláusulas se someterán al derecho nacional. Incluso la determinación de la validez de los propios usos estará bajo esta sujeción. Esta solución no es casual, se ha aprobado con la finalidad de que los estados contratantes mantengan un control sobre esta fuente de derecho. Por

lo tanto, en este ámbito, todo dependerá de las reglas de conflicto aplicables por el tribunal competente.

d) *En cuarto lugar, la negativa a definir la categoría y los puntos de conexión.*

Nos parece totalmente injustificado que tratándose nada menos que de una normativa de carácter material uniforme no se hayan definido los conceptos básicos que ella emplea, como el de compra-venta, el de mercaderías, las nociones claves de establecimiento y de residencia habitual, etc. La determinación de lo que debe entenderse por “parte sustancial” y “parte principal” en los casos de contratos mixtos es algo que quedará sometido al criterio del juez nacional competente. Tampoco define ni enumera los principios generales a los que la *Convención* debe recurrir en el caso de existir una laguna, ni proporciona un mecanismo cierto para dirimir estas cuestiones. La interpretación e integración estará fuertemente atada a lo que decida el tribunal nacional competente, lo cual es garantía de diversidad, aun con los recaudos implantados en el propio texto supranacional. Resulta claro que si no se obtiene una interpretación convencional uniforme, todo el emprendimiento habrá sido en vano. Acá no se trata de conocer el derecho extranjero, que generalmente puede ser uno o a lo sumo dos los aplicables. La aplicación uniforme de un texto supranacional supone acudir a las soluciones dadas por la mayor cantidad de estados contratantes extranjeros. ¿Qué actitud tomará el juez en el caso de que éstas sean discordantes o peor aún, antagónicas? Todo parece indicar que el éxito de la aplicación uniforme del texto jurídico no puede quedar disociado de las reglas procesales sobre la competencia.

e) *En quinto lugar, el carácter intrincado de ciertas reservas.* El mecanismo de ciertas reservas crea preocupantes laberintos ciertamente versallescos. En los párrafos precedentes hemos mencionado solo algunas de las posibilidades, ciertamente no se han agotado con los ejemplos allí mencionados. Tantas amputaciones e injertos pueden volver incómoda la tarea de quien aplica el derecho. De ahí que algunos estudiosos han aconsejado, para evitar sorpresas y litigios, examinar minuciosamente las reservas y declaraciones manifestadas por los estados contratantes, antes de pasar a considerar el contenido del texto convencional a fin de aplicarlo al caso concreto.

f) *En sexto término, la eventualidad de un forum shopping.* Se ha dicho, con razón, que la *Convención* tiene una naturaleza híbrida, posee una eficacia *erga omnes* o *inter partes* a la vez, según sea el Estado ante cuyos tribunales se sustancie el litigio. A través del juego de las reservas, las partes podrán acceder ante el tribunal que más le convenga, lo que parece inferir que la *Convención* no se encuentra muy protegida de los riesgos de un *forum shopping*.

g) *En séptimo lugar hay que responder la interrogante acerca de qué habrá de suceder cuando la Convención ordene recurrir al derecho de un Estado dotado de*

reglas de conflicto preceptivas, que no dejan lugar al juego del principio de la autonomía de la voluntad ¿Qué lugar se le adjudicará a la autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes cuando estos resuelvan descartar la aplicación de la *Convención*? Precisamente, ese es nuestro problema. El observador uruguayo atento, ha de percibir que progresivamente se le volverá más incómoda al juez la tarea de aplicar el derecho, en tanto nuestras normas nacionales y los Tratados de Montevideo proscriben el ejercicio de la autonomía conflictual, y otros textos que el país ha ratificado lo han reconocido. La *Convención de Viena* es un ejemplo claro. Nada menos que el campo contractual sobre objetos muebles está sometido al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Anteriormente, las Convenciones sobre arbitraje habían producido ya importantes alteraciones en la solución preceptiva contenida en el art. 2403 del Código Civil. Igual incidencia se manifestará sobre el Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1940.

Además, nuestro país ha intervenido con su aporte científico a la elaboración de importantes Convenciones, como la *Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras*, de la CIDIP, en La Paz, de 1984. En ella, el art. 1.D reconoce la posibilidad de que los particulares sometan a la jurisdicción de un Estado parte aquellos litigios derivados de contratos mercantiles internacionales. También, en la aprobación de la *Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, de la CIDIP. IV, México, de 1994. Con este panorama se está produciendo una clara contradicción entre el hacer y el ser, y en última instancia sobre la sistematicidad y coherencia de nuestro orden jurídico. Una situación semejante se produjo hace 50 años y ante este problema Vargas Guillemette reaccionó sosteniendo que no tenía sentido esta dualidad de criterios. Por esa razón, elaboró un proyecto de ley de derecho internacional privado, luego convertida en el apéndice del Código Civil en donde fueron “condensados en pocos artículos, la sustancia jurídica de nuestra doctrina nacional”. Esto nos permite pensar si no habrá llegado el momento, como hace 100 años, que nuestro país, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, convoque a un Tercer Congreso Sudamericano que permita resolver la coherencia de los Tratados de Montevideo afectados por la ratificación de numerosas Convenciones de la CIDIP, y su jerarquía respecto de las normas surgidas de los procesos de integración y en el ámbito Interamericano. Y como en la década del 40, elaborar una nueva ley de derecho internacional privado internacional que refleje el nuevo sentir del país y de la sub-región en la materia.

h) Todo lo expuesto fuerza a repensar sobre las características con que se encuentra dotada la sociedad internacional. El debate planteado sobre el conflicto metodológico permite razonar –luego de dos décadas– que hubo un error de perspectiva de los estudiosos que lo trazaron. El derecho sustantivo uniforme no constituyó en el pa-

sado, ni lo es en el presente, un peligro para el método de los conflictos de leyes. Más bien es la propia regla de conflicto la que ha experimentado notables transformaciones. La experiencia posterior a dicho debate ha habilitado para desautorizar la concepción de los sustancialistas, basada en una sociedad fundamentada sobre principios materiales cada vez más generales y comunes. La cultura del hombre de hoy se basa cada vez con mayor intensidad en el apoyo a la diversidad, a la autosatisfacción de los derechos por encima de cualquier célula grupal –llámese familia o sociedad– y a la pérdida de aquellos referentes unificadores de otros tiempos. Esta constatación lleva a pensar que la concepción de una sociedad, apoyada en principios sustantivos comunes, podrá ser válida a nivel regional pero no universal. Entonces, ¿cómo debemos pensarla? Solo cabe hacerlo como una sociedad basada en la intercomunicación, en el respeto a los modos de vida heterogéneos y al derecho ajeno. Por ese motivo la regla de conflicto tiene asegurado un futuro sólido. Este método no escapa a las mismas debilidades que el método sustancialista, por cuanto también debe apoyarse en referentes sustantivos comunes si quiere tener una cierta generalidad. Acá también aparecen las cuestiones acerca de la definición y delimitación de la categoría regulada, de la conceptualización de los puntos de contacto, la alternativa de realizar una referencia máxima o mínima al derecho extranjero, etc. E igualmente en este campo debemos resignadamente admitir la existencia de consensos parciales. Pero nosotros no afirmamos que la regla de conflicto se haya convertido en el criterio ideal para regular las relaciones privadas internacionales, sino más modestamente, que es la única preferible en las circunstancias actuales, en cuanto permite un enfoque de la totalidad donde pueda mantenerse el diálogo.

El carácter internacional de los contratos

*José Vicente Troya Jaramillo**

El estudio de los actores del Derecho del comercio internacional se complementa con el análisis del campo de acción en que se desenvuelven. Dentro de él, destacan los contratos internacionales, instrumentos destinados a conseguir la seguridad jurídica. Una de las principales cuestiones que se debe afrontar respecto de ellos, es precisamente, su carácter internacional. Este trabajo procura cumplir tal cometido, presupuesto imprescindible para descubrir la ley que les es aplicable. A este propósito enfoca la internacionalidad en términos generales y reflexiona sobre las *convenciones de Roma* y de México. Luego se refiere al mismo tópico de la internacionalidad con respecto a algunos contratos.

FORO

EL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL DE LOS CONTRATOS

Con la globalización y mundialización de la economía y en especial por los procesos que dimanan de la Organización Mundial de Comercio, se han incrementado notablemente los flujos comerciales y por ende la contratación internacional. El contrato es el instrumento jurídico principal de intercambio de bienes, derechos y servicios en el orden internacional. Los contratantes aspiran a la seguridad jurídica en sus transacciones. Ello se dificulta porque no existe una jurisdicción internacional sobre la materia, porque coexisten sistemas jurídicos divergentes, principalmente el *common law* y el *civil law*, numerosas normativas nacionales y comunitarias y usos y costumbres internacionales que integran la denominada *lex mercatoria* e, inclusive, textos que integran el *soft law*. Han aparecido nuevos sujetos de la contratación internacional, singularmente los estados y las empresas transnacionales; y los bienes objeto de comercio, antes preferentemente productos naturales, se han diversificado y hoy se transfieren empresas, proyectos industriales, software, licencias, know how.

* Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Se ha profundizado la contratación a distancia por el *e-commerce*. En fin, se han proliferado los contratos-tipo con espacios en blanco y cláusulas generales redactadas multilateralmente.

En el trasfondo de toda esta masa crítica subyace una cuestión de importancia: la del carácter internacional del contrato. Responderla es objeto de este ensayo, tanto más que la misma tiene necesaria conexión con el foro dentro del cual habrán de zanjarse las discrepancias que puedan ocurrir.¹

LA INTERNACIONALIDAD DE LOS CONTRATOS EN LAS CONVENCIENCIAS SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS

El carácter internacional de los contratos no se encuentra necesariamente predefinido en los convenios que versan sobre la materia. Existen dos de importancia: el de Roma de 1980 y el de México de 1994. El de Roma ha sido suscrito y se encuentra abierto a los estados parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. A la presente forman parte del Convenio Alemania, Dinamarca, España, Francia, Reino Unido, Irlanda, Italia, Países Bajos y Portugal. La Convención de México se encuentra abierta a la firma de los estados miembros de la Organización de Estados Americanos. A la presente forman parte de la Convención Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela. El alcance territorial de ambos convenios es limitado. Ecuador no se ha adherido aún al de México.

LA CONVENCIÓN DE ROMA

El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma el 17 de junio de 1980 no define lo que se debe entender por contrato internacional. En su art. 1 se dispone que se aplicará a las obligaciones contractuales, salvo aquéllas que en el texto del mismo artículo se mencionan. Este artículo señala que el Convenio se aplicará *en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes*. Al decir de Calvo Caravaca, tal expresión connota que el Convenio se aplicará a las obligaciones contractuales en las que hay uno o varios elementos de extranjería, tales como ejecución de la obligación en el extranjero, residencia de las partes en distintos estados, distinta nacionalidad de los contratantes, o celebración del contrato en el ex-

1. R. Rueda Valdivia y A. Lara Aguado, *Fundamentos Jurídicos y Económicos del Comercio Internacional*, MICI-02, máster en Derecho del Comercio Internacional, Madrid, 2002, pp. 1-3.

tranjero. Asevera el autor que se trata de un concepto muy amplio de internacionalidad, más bien de carácter económico, que inclusive concierne a contratos cuyos elementos son puramente internos, pero que son parte de operaciones más complejas que presentan carácter internacional.² Los elementos de extranjería pueden ser: de carácter personal, por la participación de sujetos de diferente nacionalidad; territorial, cuando los contratantes tienen residencias habituales o establecimientos en diversos países o los contratos han de ejecutarse en país distinto al del domicilio de las partes; de carácter material, si el objeto del contrato se encuentra en el extranjero; y, de carácter legal, por la elección de ley por parte de los contratantes. Además pueden, en general, tener importancia la ubicación de los bienes objeto del contrato y, los lugares de celebración, ejecución o cumplimiento del contrato y de destino de los bienes. Debe siempre existir, cuando se trata de elementos subjetivos como la nacionalidad, una conexión real de cumplimiento o ejecución en el extranjero.³ En un resumen muy importante, no excepto de relativismo, Marzorati señala que para que un contrato sea internacional, se han enunciado criterios tales como que el establecimiento o la residencia habitual de las partes se encuentre en países diferentes; que el contrato plantea un conflicto de leyes nacionales aplicables; y, que afecte los intereses del comercio internacional. Asevera que bajo los principios de la Unidroit, cualquier contrato que no sea estrictamente nacional puede ser considerado internacional.⁴

El *Convenio de Roma* parte del supuesto de que existe conflicto de leyes, vale decir, que a una determinada situación jurídica puedan potencialmente ser aplicables normas de diferentes países. Tiene gran significación el art. 2 que consagra el carácter universal del Convenio por el cual puede aplicarse la ley de un Estado no contratante.

El art. 1 parte de la consideración de que el Convenio es aplicable, cuando existe conflicto de leyes, a todas las obligaciones contractuales. De allí que en esta disposición señale las materias excluidas entre las cuales destacan, de modo general, las cuestiones atinentes al derecho de familia, las letras de cambio, cheques y pagarés, las sociedades y trusts, el arbitraje, y los contratos de seguro.

En su parte medular el Convenio prevé que las partes podrán elegir la ley aplicable al contrato, ya en su totalidad, ya respecto de parte del mismo. Determina que a falta de elección el contrato se regirá por la ley del país con el que presente vínculos

2. Alfonso L. Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, en *Contratos Internacionales*, coord. Pilar Blanco Morales, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 62-63.
3. Alfredo Grijalva Pabón, *El carácter internacional de un contrato*, trabajo presentado en la asignatura de Derecho del Comercio Internacional, Maestría en Derecho Internacional Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2004.
4. Osvaldo J. Marzorati, *Derecho de los Negocios Internacionales*, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 16-19.

más estrechos. Señalar qué ha de entenderse por vínculos más estrechos da lugar a que se contemple una minuciosa reglamentación que solucione esta cuestión.

A criterio de Lorenzo Idiarte, las legislaciones de los países diferencian entre relaciones privadas internas y relaciones privadas internacionales. Para establecer cuál es el orden jurídico que corresponda aplicar es necesario, previamente, determinar cuándo hay una relación privada internacional. El problema surge precisamente porque en casos, como en el Convenio de Roma, no se precisa cuándo se está ante una relación internacional y cuándo ante una interna o doméstica. Para solucionar este asunto de previo análisis, cabría, en forma lata, asentar el criterio de que relación privada internacional es aquella que tiene al menos un elemento extranjero. El autor, al definir qué se entiende por elemento extranjero, que es el quid de la cuestión, se inclina por una visión objetiva de carácter económico y concluye así: *En la medida que las obligaciones contractuales, tienden mediante prestaciones recíprocas al enriquecimiento o beneficio de las partes, tales atribuciones económicas pueden vincularse a diversos países, siendo en este caso el contrato internacional.*⁵ El que, previamente a definir la legislación aplicable, inclusive en el caso de que se ejercite el derecho de elegirla, se califique si nos encontramos o no frente a un contrato internacional, es razonable. También lo es que este propósito se haga mérito de lo expuesto por Lorenzo Idiarte que bien puede compatibilizarse con la posición antes referida de Calvo Caravaca.

Plender & Wilderspin dan razón de los trabajos previos a la suscripción del Convenio de Roma. Indican que debía aplicarse a obligaciones contractuales y no contractuales de carácter internacional, *situations of an international carácter*. Por considerar que esta expresión es imprecisa muestran su preferencia por la elaboración de Giuliano que señala que el Convenio debía aplicarse a situaciones referidas a uno o más elementos que den pie a la aplicación de diferentes legislaciones, *situations containing one or more elements giving cause for the application of different laws*. Subrayan el criterio de Collins de que la Convención debía aplicarse únicamente a contratos internacionales, o *international contracts*. Eso último por cuanto ha sido materia de viva discusión la posibilidad de aplicar el Convenio a situaciones jurídicas realizadas en su totalidad dentro de un determinado país, en cuyo caso, lo que ha ocurrido es que la elección de ley foránea se asienta en la exclusiva voluntad de las partes contratantes.⁶ Estos autores señalan que en ciertos casos, la internacionalidad de

5. Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, *¿Cuándo un contrato es internacional? Análisis desde una perspectiva regional*, en Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, coord. Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Fundación de Cultura Económica, Montevideo, 2002, pp. 104-115.

6. Richard Plender y Michael Wilderspin, *The European Contracts Convention, The Rome Convention on the Choice of Law of Contracts*, Second Edition, London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 47.

un contrato depende del foro que se escoja. Distinguen tres situaciones. La primera ocurre cuando un contrato se celebra entre dos partes de la misma nacionalidad que han escogido la ley de su país de origen, pero el conflicto surge frente a la corte de un tercer país; la segunda en un contexto puramente doméstico, las partes escogen como ley aplicable el derecho de un tercer país, lo que puede estar prohibido por la legislación interna; y, la tercera cuando dos partes de una misma nacionalidad, celebran un contrato de trabajo en un tercer país para ser ejecutado en el país de la nacionalidad y escojan como ley aplicable la ley de ese tercer país, caso en el cual la *Convención de Roma* dice que se podrá aplicar la ley del país de la nacionalidad, pues, se trata de normas de Derecho imperativas del lugar donde efectivamente se va a ejecutar el trabajo. En este último supuesto, las cortes del tercer país pueden aplicar las normas de ese tercer país solo en tanto no contravengan las normas imperativas del país de la nacionalidad.⁷

El art. 3.3 del Convenio permite implícitamente aplicar, por elección de las partes, la ley extranjera a relaciones contractuales internas, salvo que la legislación del país donde se han desenvuelto lo prohíba imperativamente. Similar consideración cabe cuando se produzca una situación manifiestamente incompatible con el orden público. Así lo contempla el art. 16 del Convenio. Según el art. 6 del Convenio, respecto del contrato de trabajo, la elección de ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionaría la ley aplicable a falta de elección.

En último término, la internacionalidad ha de ser apreciada por el juez en cada caso concreto, al haberse sustituido en el Convenio la noción de contrato internacional por situaciones que comporten conflicto de leyes. Así lo puntualiza Santos Balandro, quien no es partidario de aceptar la exclusiva voluntad de las partes como antecedente para aplicar el Convenio.⁸ Tampoco lo es Grijalva Pabón quien enfatiza que la posibilidad de elegir ley extranjera puede producir injustificadamente el efecto de que un contrato sea considerado internacional. Rechaza que la voluntad de las partes pueda determinar el carácter internacional de un contrato.⁹

Según el art. 3.1 del Convenio el contrato se regirá por la ley que elijan las partes. ¿Cabe que dentro de esa elección tengan capacidad de internacionalizar un contrato? Carlos Esplugues Mota, para quién un contrato se reputa interno cuando todos sus elementos se encuentran vinculados a un único ordenamiento jurídico, e internacional cuando presente conexiones personales, materiales, territoriales u otras con

7. *Ibidem*, pp. 48-49.

8. Rubén Santos Belando, *El Derecho aplicable a los contratos internacionales con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, 2a. ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, p. 35.

9. Alfredo Grijalva Pabón, *El carácter internacional de un contrato*, p. 4.

más de un ordenamiento nacional, se inclina a negar esa posibilidad.¹⁰ Reconoce, sin embargo, que la perspectiva del Convenio de Roma, particularmente su art. 3.3, disposición antes referida, mantiene una posición especial.

El tema de la internacionalización de los contratos, a voluntad de las partes, puede de proyectarse en el ámbito regional de un mismo país. El art. 19 del Convenio con la rúbrica sistemas no unificados, contiene dos disposiciones. Por medio de la primera señala que cuando un Estado tenga varias unidades territoriales y cada una de ellas observe normas propias en materia de obligaciones contractuales, cada una de ellas será considerada como un país para la determinación de la ley aplicable prevista en el Convenio. Sin embargo, en la segunda se advierte que en dicho supuesto el Estado no estará obligado por el Convenio respecto de dichas unidades territoriales.

Según el parecer de Calvo Caravaca y Carrascosa González, cuando los contratantes eligen ley extranjera para regir un contrato puramente nacional, existe un elemento de extranjería, cual sería la misma elección.¹¹ Eso siempre que la ley nacional no permita imperativamente que ello ocurra.

LA CONVENCIÓN DE MÉXICO

La Convención de México de 1994, en forma directa se refiere y define los contratos internacionales. Su art. 1 expresamente dice que la Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales y dice que *se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte*. El art. 5 excluye de la Convención las materias atinentes al estado civil, las derivadas de relaciones de familia, las obligaciones provenientes de títulos de crédito, las del mercado de valores, el arbitraje y la elección de foro, y, las cuestiones de Derecho societario.

A criterio de Péreznieto y Silva, los contactos objetivos se aplican sin considerar la residencia habitual o el establecimiento y se refieren al lugar de celebración del contrato o el lugar de pago. Reconocen que el primero de estos criterios puede no ser apropiado dado su carácter fortuito, por lo que deben buscarse otros más precisos que permitan una justa determinación de la ley aplicable.¹²

-
10. Carlos Esplugues Mota, *Contratación internacional*, 2a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 66-67.
 11. Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (directores), *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 3a. ed., Editorial Comares, Granada, p. 328.
 12. Leonel Péreznieto Castro y Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho Internacional Privado Parte Especial*, Oxford University Press, México, 2000, pp. 279-280.

También en la *Convención de México* se contempla que el contrato se ha de regir por el Derecho elegido por las partes. Para el caso de que no se hubiere elegido o la elección resultase ineficaz, se prevé la aplicación del Derecho del Estado con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos, a cuyo propósito se tomará en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato. Se infiere que, para discernir la internacionalidad del contrato no existe prelación entre los elementos objetivos y subjetivos. Además, se prevé que se aplicarán los principios generales de derecho internacional comercial aceptados por organismos internacionales y las normas, costumbres, usos y prácticas internacionales que integran la *lex mercatoria*.

Respecto de lo que se ha de entender por establecimiento, Santos Balandro recuerda los atributos señalados por Marchand que se contraen a la existencia a la duración o perdurabilidad, de tal modo que no cabe que haya sido creado para un solo contrato; y a la autonomía, de tal manera que no tienen esa condición las agencias o casos en los cuales media un poder. Y, la existencia de elementos materiales tales como locales, personal estable y otros.¹³ En el Derecho internacional tributario ha tenido amplia acogida el instituto del establecimiento permanente como un medio para conciliar las posiciones de los países que defienden los principios de la fuente y de la residencia como atributivos de potestad tributaria.

Al comentar la *Convención de México*, el propio Santos Balandro diferencia entre los contratos absolutamente internacionales que desde su origen comportan elementos de extranjería relevantes; aquellos de garantía de contratos internacionales, que pueden llegar a tener esa calificación; y, aquéllos principales que son internos, mas, que vienen acompañados de contratos de garantía que son internacionales. Allí surge la duda si los primeros se han de considerar o no como internacionales.¹⁴

LA INTERNACIONALIDAD DE LOS CONTRATOS EN LAS CONVENCIENAS SOBRE MATERIAS ESPECÍFICAS

La internacionalidad de los contratos es tema general no resuelto cabalmente, pues, el *Convenio de Roma* de 1980 y la *Convención de México* de 1994 se encuentran abiertas a la adhesión de los países de la Comunidad Europea y de los que integran la Organización de Estados Americanos, en su orden, mas, son pocos los países

13. Rubén Santos Belando, *Derecho Aplicable a los contratos internacionales con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, pp. 38-39.

14. *Ibídem*, pp. 45 y ss.

que forman parte de tales tratados multilaterales, por lo que bien se puede asegurar que nos encontramos frente a una asignatura pendiente. De allí que tengan singular importancia para definir la internacionalidad de los contratos, los diversos tratamientos que se encuentran en las convenciones sobre contratos específicos.

COMPRA-VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías, hecha en Viena en 1980, se aplica a los contratos entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes, sin que importe la nacionalidad de las partes, ni el carácter civil o comercial de las mismas o del contrato. Si una de las partes tiene más de un establecimiento, será tomado en cuenta el que tenga más relación con el contrato de que se trate. Si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual (arts. 1-10).

La *Convención de Viena*, a diferencia de la de Roma, que únicamente permite que las partes elijan el sistema de derecho aplicable, contiene normas de derecho material de directa aplicación a los contratos de compra-venta internacional de mercaderías, las cuales rigen en sustitución de las que existan en las legislaciones internas. En los casos en que no se haya develado por las partes la existencia de establecimientos en diferentes estados, particularmente, si únicamente una de ellas conociese el particular, el criterio dominante es que no cabe aplicar la convención.¹⁵ Sin embargo, según el art. 6, las partes pueden excluir de modo expreso la aplicación de la Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. Ello ha dado lugar a que se sostenga que el Convenio tiene carácter supletorio.¹⁶ En igual sentido se pronuncia Navarro Moreno.¹⁷

Es indiferente para que una compra-venta sea considerada internacional, según la Convención, el lugar de conclusión del contrato, el lugar donde estén situadas las mercaderías o el lugar al que deban ser transportadas para su entrega. Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara aluden a jurisprudencia sobre el punto.¹⁸

La *Convención de Viena*, a la cual se han adherido más de sesenta estados, inclusive Ecuador en 1992, vigente desde el 1 de febrero de 1993, adopta el criterio de internacionalidad a base de que existan establecimientos en diferentes estados, a pesar

15. Jorge Adame Goddard, *El contrato de compra-venta internacional*, McGraw-Hill, México, 1994, p. 43.

16. Manuel Medina De Lemus, *Contratos de Comercio Exterior*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2000, pp. 94 y ss.

17. Lenín Navarro Moreno, *Compra-venta Internacional y Conflictos de Leyes*, tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, pp. 172 y ss.

18. Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (directores), *Derecho Internacional Privado*, p. 160.

de lo cual no excluye, aunque sea indirectamente, la aplicación de otros criterios de orden económico, según consta del art. 1 num. 2 que consulta el caso en que no existan o conozcan establecimientos permanentes en el cual deba aplicarse los métodos propios de las leyes en conflicto.¹⁹

TRANSPORTE INTERNACIONAL

Los *protocolos* de 23 de febrero de 1968 y 21 de diciembre de 1979 (Reglas de La Haya-Visby) (RHV), se aplican al transporte marítimo internacional, requiriéndose que el viaje haya comenzado en un puerto de un Estado contratante, o bien que el conocimiento de embarque se haya emitido en un Estado contratante o bien cuando exista sumisión contractual a dichas Reglas (Paramount clause).

Respecto del transporte aéreo, los *Convenios de Varsovia de 1929* y de *Montreal de 1999* se aplican cuando el punto de origen y de destino se encuentran en dos países que forman parte de tales Convenios. Si dichos lugares se encuentran en un mismo país se aplicarán si ha habido una escala en otro país.

El *Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 (CMR)* por su sigla en francés, se aplica a todo transporte por carretera, en el cual, los lugares de origen y destino se encuentren en diferentes países y al menos uno de ellos sea parte del Convenio.

El *Convenio de Berna de 1970 (CIM)* y su alcance de 9 de mayo de 1980, reformado en 1990 (COTIF) se aplican a recorridos de al menos dos territorios, quedando excluidos los casos recorridos en el mismo país, a menos que al efecto se haya circulado en otro país y los recorridos entre dos estaciones limítrofes.

Similar tratamiento se debe observar para el transporte internacional multimodal, respecto del cual aún no se ha llegado a concluir el respectivo convenio.

CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Siguiendo a Esplugues Mota,²⁰ el contrato de comisión puede contener elementos extranjeros, entre otros casos, por la residencia de las partes en diferentes estados, o porque el encargo de la comisión deba cumplirse en el extranjero. Entonces hace falta distinguir, para aplicar la ley material, el poder de representación, la obligación entre partes residentes en diferentes estados y la obligación que surge como consecuen-

19. Carlos Esplugues Mota y Daniel Hargain, *Derecho del Comercio Internacional*, REUS IB de f, Montevideo, Buenos Aires, 2005, p. 352.

20. *Ibidem*, pp. 894, 924-968.

cia del encargo. El poder se rige por la ley del país donde se ejerciten las facultades; en la relación entre comitente y comisionista ha de regir la ley elegida, y en su defecto, la ley con la que el contrato tenga vínculos más estrechos que debe ser donde el comisionista cumpla el encargo.

En el contrato de agencia deberá aplicarse lo previsto en la Convención de Roma, singularmente en cuanto a la posibilidad de elección de ley. En su falta, el contrato se regirá con el país que presente vínculos más estrechos. Al caso es el país donde preste servicios el agente, pues, la actividad de promoción de negocios se ha de entender como la más característica.

Respecto del contrato de concesión, dentro del cual debe incluirse el de franquicia, caben iguales consideraciones que las del contrato de agencia. Hay que entender que el contrato presenta vínculos más estrechos con la ley del país donde presta el servicio el concesionario o franquiciado, pues, la distribución es la prestación más característica.²¹

CONTRATOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual tiene como característica la territorialidad. Salvo que existan convenios o decisiones comunitarias, tiene validez exclusivamente dentro del Estado que la reconoce.²²

Los *convenios* fundamentales sobre el tema, el de *Berna* para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, y su última revisión en *París* en 1971, preconizan los principios de territorialidad e independencia, el de trato nacional o asimilación del autor extranjero al nacional y aceptan un conjunto de derechos mínimos en cualquier Estado contratante.

El *ADPIC*, dentro de la Organización Mundial de Comercio, acepta los principios de *Berna* y *París*, introduce el concepto de nación más favorecida y amplía los derechos mínimos.

La transferencia de la sociedad matriz a las filiales o entre filiales, si esos conocimientos no salen de la sociedad transnacional, no puede considerarse de carácter internacional, pues, no son transferidos a los países receptores. Santos Balandro cita a Schapira quien sustenta que una transferencia es interna cuando el emisor y el re-

21. Manuel Medina De Lemus, *Contratos de Comercio Exterior*, p. 285

22. Carlos Espluges Mota y Daniel Hargain, *Derecho del Comercio Internacional*, pp. 174 y ss.

ceptor son sociedades pertenecientes a un mismo grupo multinacional. Es externa cuando una sola de las partes deriva de ese grupo.²³

El propio autor, refiriéndose al Código de Conducta que se puede entender como un *soft law*, manifiesta que la sola comunicación de información a través de las fronteras es solo uno de los muchos indicios de dimensión extranjera que permita aplicar el Derecho internacional privado. Sustenta que la expresión transferencia internacional de tecnología comprende también los casos en que de dos partes establecidas en el mismo país, al menos una de ellas es una sucursal, una filial o controlada de cualquier manera por una entidad extranjera. Advierte que la transferencia internacional de tecnología no incluye las operaciones que se limitan a la compra-venta de mercaderías.

La Decisión 291 de la Comunidad Andina de marzo de 1991, que sustituyó la Decisión 229, permite computar las contribuciones tecnológicas intangibles como aportes de capital, desaparece la prohibición de pactar cláusulas restrictivas, autorización previa de los contratos de importación de tecnología, los cuales quedan sujetos a registro, y el techo del 20% para realizar remesas de utilidades al exterior.

Respecto de la ley aplicable a la transferencia internacional de tecnología, Santos Balandro, cuya obra se refiere específicamente el tema, reconoce que existe gran complejidad y que entre las posturas que permiten, por un lado, la opción de las partes, y por otro, la imposición por los estados de grandes restricciones, ha terminado, en términos generales, por prevalecer la primera.²⁴

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compra-venta internacional*, McGraw-Hill, México, 1994.
- Barona Vilar, Silvia y otros, *Contratación internacional*, 2a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Calvo Caravaca, Alfonso, y otro, *Contratos Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Calvo Caravaca, Alfonso, y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 3a. ed., Editorial Comares, Granada, 2002.
- De Nova, R., “Quando un Contrato e ‘Internazionale’?”, en *Revista di diritto internazionale privato e processuale* 4, 1978.

23. Rubén B. Santos Belandro, *Derecho aplicable a los contratos internacionales con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, pp. 218 y ss.

24. *Ibidem*, p. 213.

- Esplugues Mota, Carlos, y Daniel Hargain, *Derecho del Comercio Internacional, MERCO-SUR-Unión Europea*, Editorial REUS, Editorial IB de f, Montevideo, Buenos Aires, 2005.
- Grijalva Pabón, Alfredo, *El carácter internacional de un contrato*, trabajo en la Maestría de Derecho Internacional económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2004.
- Lorenzo Idiarte, Gonzalo, y Jan Kleinheisterkamp, coords., *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Fundación de Cultura Económica, Montevideo, 2002.
- Marzoratti, Oswaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, 3a. ed., Astrea, Buenos Aires, 2003.
- Navarro Moreno, Lenin, *Compra-venta Internacional y Conflictos de Leyes*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2001.
- Pereznieto Castro, Leonel, y Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho Internacional Privado*, Parte especial, Oxford University Press, México, 2000.
- Plender, Richard, y Michael Wilderspin, *The European Contracts Convention, The Rome Convention on the choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 2001.
- Santos Belandro, Rubén, *El derecho aplicable a los contratos internacionales con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, 2a. ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998.

ANEXO I

CONVENIO SOBRE LA LEY APPLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Roma el 19 de junio de 1980

Título I. Ámbito de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.
2. No se aplicarán:
 - a) al estado civil y a la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11;
 - b) a las obligaciones contractuales relativas a:
 - los testamentos y sucesiones;
 - los regímenes matrimoniales;
 - los derechos y deberes dimanantes de las relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones alimenticias respecto a los hijos no matrimoniales;
 - c) a las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable;
 - d) a los compromisos, cláusulas compromisorias y acuerdos de designación de fuenro;
 - e) a las cuestiones reguladas por el derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica;
 - f) a la determinación de si un representante puede comprometer frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar o si un órgano de una sociedad, de una asociación o de una persona jurídica puede comprometer ante terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica;
 - g) a la constitución de trusts, a las relaciones que se creen entre los constituyentes, los trusts y los beneficiarios;
 - h) a la prueba y al procedimiento, sin perjuicio del artículo 14.
3. Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

nómica Europea. Para determinar si un riesgo está situado en estos territorios, el juez aplicará su ley interna.

4. El apartado precedente no se refiere a los contratos de reaseguro.

Artículo 2. Carácter universal

La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante.

Título II. Normas uniformes

Artículo 3. Libertad de elección

1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.
2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía antes, bien sea en virtud de una elección según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación, en cuanto a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectará a los derechos de terceros.
3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita excluir por contrato, denominadas en lo sucesivo “disposiciones imperativas”.
4. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11.

Artículo 4. Ley aplicable a falta de elección

1. En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.
2. Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su principal establecimiento o si, según el contrato, la prestación tu-

viera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento.

3. No obstante, lo dispuesto en el apartado 2, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble, se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble.
4. El contrato de transporte de mercancías no estará sometido a la presunción del apartado 2. En este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal, en el momento de la celebración del contrato, fuere también aquél en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus lazos más estrechos con este país. Para la aplicación del presente apartado, se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de flete para un solo viaje u otros contratos cuando su objetivo principal sea el de realizar un transporte de mercancías.
5. No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 deberán descartarse cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país.

Artículo 5. Contratos celebrados por los consumidores

1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:
 - si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera cumplimentado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o
 - si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el pedido del consumidor en ese país, o
 - si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor hubiera ido de ese país a un país extranjero y hubiera pasado el pedido, a condición de que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con el fin de incitar al consumidor a comprar.
3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tuviera su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo.
4. El presente artículo no se aplicará:
 - a) a los contratos de transporte;

- b) a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al sumidor, exclusivamente, en un país distinto a aquel en que tenga su residencia habitual.
- 5. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, el presente artículo se aplicará a los contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Artículo 6. Contrato individual de trabajo

- 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que fuera aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo.
- 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá:
 - a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aún cuando, con carácter temporal esté empleado en otro país, o
 - b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga lazos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.

Artículo 7. Leyes de policía

- 1. Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga una conexión, si y en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivaran de su aplicación o de su inaplicación.
- 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

Artículo 8. Consentimiento y validez de fondo

- 1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus cláusulas, estarán sujetas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Convenio, si el contrato o la disposición fueran válidos.
- 2. Sin embargo, a efectos de probar que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá remitirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual, si de las circunstancias resulta que no es razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado precedente.

Artículo 9. Forma

1. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo, en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se haya celebrado.
2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en países diferentes será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley de uno de estos países.
3. Cuando se celebre el contrato por medio de un representante, el país en el que se encuentre el representante en el momento de actuar será el que se considere para la aplicación de los apartados 1 y 2.
4. Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que rija o regirá el fondo del contrato, en virtud del presente Convenio o de la ley del país en el que se efectué dicho acto.
5. Las disposiciones de los apartados precedentes no se aplicarán a los contratos que entran en el ámbito de aplicación del artículo 5, celebrados en las circunstancias descritas en su apartado 2. La forma de estos contratos se regirá por la ley del país en el que tenga su residencia habitual el consumidor.
6. No obstante lo dispuesto en los cuatro primeros apartados del presente artículo, todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido a las normas sobre forma imperativas de la ley del país en que el inmueble esté situado, siempre que según esta ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo.

Artículo 10. Ámbito de la ley del contrato

1. La ley aplicable al contrato en virtud de los artículos 3 a 6 y del artículo 12 del presente Convenio regirá en particular:
 - a) su interpretación;
 - b) la ejecución de las obligaciones que genere;
 - c) dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por su ley de procedimiento, las consecuencias de la inejecución total o parcial de estas obligaciones, incluidas la evaluación del daño en la medida, en que estas normas jurídicas la gobiernen;
 - d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo;
 - e) las consecuencias de la nulidad de un contrato.
2. En lo que se refiere a las modalidades de ejecución defectuosa, habrá que referirse a la ley del país donde tenga lugar la ejecución.

Artículo 11. Incapacidad

En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en razón, solamente, de negligencia por su parte.

Artículo 12. Cesión de crédito

1. Las obligaciones entre el cedente y el cesionario de un crédito se regirán por la ley que, en virtud del presente Convenio, se aplique al contrato que les ligue.
2. La ley que rija el crédito cedido determinará el carácter transferible del mismo, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

Artículo 13. Subrogación

1. Cuando, en virtud de un contrato, una persona, el acreedor, tenga derechos con respecto a otra persona, el deudor, y un tercero tenga la obligación de satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si éste puede ejercer en su totalidad o en parte los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rija sus relaciones.
2. La misma regla se aplicará cuando varias personas estén obligadas por la misma obligación contractual y el acreedor haya sido satisfecho por una de ellas.

Artículo 14. Prueba

1. La ley que rija el contrato en virtud del presente Convenio se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones contractuales, establezca presunciones legales o reparta la carga de la prueba.
2. Los actos jurídicos podrán ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del fuero, o bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 9, conforme a la cual el acto sea válido en cuanto a la forma, siempre que tal medio de prueba pueda ser empleado ante el tribunal que esté en conocimiento del asunto.

Artículo 15. Exclusión del reenvío

Cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado.

Artículo 16. Orden público

No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del fuero.

Artículo 17. Aplicación en el tiempo

El Convenio se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado.

Artículo 18. Interpretación uniforme

Para la interpretación y la aplicación de las reglas uniformes que preceden, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme.

Artículo 19. Sistemas no unificados

1. Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas tenga sus propias normas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país para la determinación de la ley aplicable según el presente Convenio.
2. Un Estado cuyas diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Convenio a los conflictos que interesen únicamente a esas unidades territoriales.

Artículo 20. Prioridad del Derecho comunitario

El presente Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos dimanantes de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos.

Artículo 21. Relaciones con otros convenios

El presente Convenio no afectará la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a ser parte.

Artículo 22. Reservas

1. Todo Estado contratante, en el momento de la firma, de la ratificación, de la aceptación o de la aprobación, podrá reservarse el derecho de no aplicar:
 - a) el apartado 1 del artículo 7;
 - b) la letra e) del apartado 1 del artículo 10.
2. Todo Estado contratante podrá hacer, notificando, una ampliación del Convenio de conformidad con el apartado 2 del artículo 27, una o varias de estas reservas con efecto limitado a los territorios o a ciertos territorios mencionados en la ampliación.
3. Todo Estado contratante podrá, en cualquier momento, retirar una reserva que hubiera efectuado; el efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes natural siguiente a la notificación de la retirada.

Título III. Cláusulas finales

Artículo 23

1. Si, después de la fecha de entrada en vigor del presente Convenio con respecto a él, un Estado contratante desease adoptar una nueva norma de conflicto de leyes para una clase particular de contratos que entren en el campo de aplicación del convenio, comunicará su intención a los demás estados signatarios por medio del Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.
2. En un plazo de seis meses, a partir de la comunicación hecha al Secretario General, cualquier Estado signatario podrá solicitar a éste que organice unas consultas entre estados signatarios con el fin de llegar a un acuerdo.
3. Si, en este plazo, ningún Estado signatario hubiera solicitado la consulta, o si, en los dos años siguientes a la comunicación hecha al Secretario General, no se hubiere llegado a ningún acuerdo como consecuencia de las consultas, el Estado contratante podrá modificar su Derecho. La medida tomada por este Estado se pondrá en conocimiento de los demás estados signatarios por mediación del Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.

Artículo 24

1. Si, después de la fecha de entrada en vigor con respecto a él, un Estado contratante deseare formar parte de un convenio multilateral cuyo objeto principal, o uno de los objetos principales, fuera una regulación de Derecho internacional privado en una de las materias regidas por el presente Convenio, se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 23. No obstante, el plazo de dos años, previsto en el apartado 3 del artículo 23, se reducirá a un año.
2. No se seguirá el procedimiento previsto en el apartado precedente si un Estado contratante o una de las Comunidades Europeas ya fueran parte del convenio multilateral o si el objeto de éste fuera revisar un convenio del que fuera ya parte el Estado interesado o si se tratase de un convenio celebrado en el marco de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

Artículo 25

Cuando un Estado contratante considere que la unificación realizada por el presente Convenio se ve perjudicada por la celebración de acuerdos no previstos en el apartado 1 del artículo 24, este Estado podrá solicitar al Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas que organice una consulta entre los estados signatarios del presente Convenio.

Artículo 26

Cualquier Estado contratante podrá solicitar la revisión del presente Convenio. En tal caso, el presidente del Consejo de las Comunidades Europeas convocará una conferencia de revisión.

Artículo 27

1. El presente Convenio se aplicará en el territorio europeo de los estados contratantes, comprendida Groenlandia, y en la totalidad del territorio de la República Francesa.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1:
 - a) el presente Convenio no se aplicará a las Islas Feroe, salvo declaración en contrario del Reino de Dinamarca;
 - b) el presente Convenio no se aplicará a los territorios europeos situados fuera del Reino Unido y cuyas relaciones internacionales hubiera asumido éste, salvo declaración en contrario del Reino Unido para tal territorio;
 - c) el presente Convenio se aplicará a las Antillas Neerlandesas, si el Reino de los Países Bajos hiciese una declaración a este fin.
3. Estas declaraciones podrán efectuarse en cualquier momento, mediante notificación al Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas.
4. Los procedimientos de apelación promovidos en el Reino Unido contra resoluciones de los tribunales situados en uno de los territorios mencionados en la letra b) del apartado 2 serán considerados como procedimientos que se desarrollan ante estos tribunales.

Artículo 28

1. El presente Convenio estará abierto a partir del 19 de junio de 1980 a la firma de los estados parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.
2. El presente Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los estados signatarios. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación se depositaran ante la Secretaria General del Consejo de las Comunidades Europeas.

Artículo 29

1. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente al depósito del séptimo instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.
2. El Convenio entrará en vigor, para cada Estado signatario que lo ratifique, acepte o apruebe con posterioridad, el primer día del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

Artículo 30

1. El Convenio tendrá una vigencia de diez años a partir de la fecha de su entrada en vigor conforme al apartado 1 del artículo 29, incluso para los estados para los que entrase en vigor con posterioridad.
2. El Convenio será renovado tácitamente por períodos de cinco años, salvo denuncia.
3. La denuncia será notificada, al menos seis meses antes de la expiración del plazo de diez años, o de cinco años según los casos, al Secretario General del Consejo de las Comuni-

dades Europeas. Podrá limitarse esta denuncia a uno de los territorios a los que se hubiera extendido el Convenio en aplicación del apartado 2 del artículo 27.

4. La denuncia solo tendrá efectos para el Estado que la hubiere notificado. El Convenio permanecerá vigente para los demás estados contratantes.

Artículo 31

El Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas notificará a los estados parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea:

- a) las firmas;
- b) el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación;
- c) la fecha de entrada en vigor del presente Convenio;
- d) las comunicaciones realizadas en aplicación de los artículos 23, 24, 25, 26, 27 y 30;
- e) las reservas y revocaciones de reservas mencionadas en el artículo 22.

Artículo 32

El Protocolo anexo al presente Convenio forma parte integrante del mismo.

Artículo 33

El presente Convenio, redactado en un ejemplar único en lenguas alemana, danesa, francesa, inglesa, irlandesa, italiana y neerlandesa, dando fe por igual todos los textos, se depositará en los archivos de la Secretaría General del Consejo de las Comunidades Europeas. El Secretario General remitirá una copia certificada conforme a cada uno de los gobiernos de los estados signatarios.

ANEXO II

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Capítulo primero. Ámbito de aplicación

Artículo 1

Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte. Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.

Cualquier Estado parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.

Artículo 2

El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no parte.

Artículo 3

Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.

Artículo 4

Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

Artículo 5

Esta Convención no determina el derecho aplicable a:

- a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;

- b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;
- c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;
- d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;
- e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;
- f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

Artículo 6

Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional, vigente entre los estados parte de esta Convención.

Capítulo segundo. Determinación del derecho aplicable

Artículo 7

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

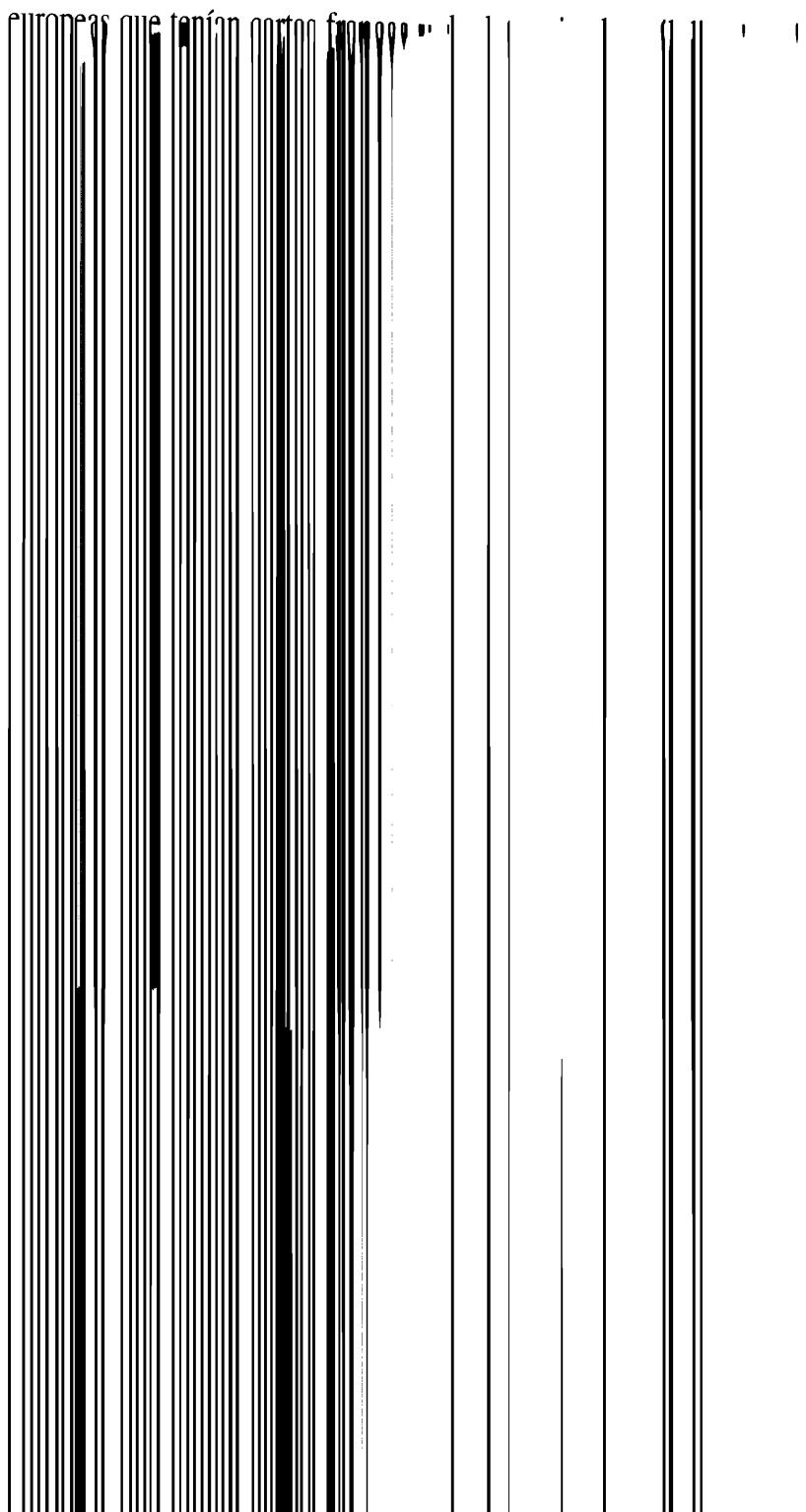
Artículo 8

En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

Artículo 9

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

Lorena Castellanos Peñafiel



Artículo 10

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Artículo 11

No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

Capítulo tercero. Existencia y validez del contrato

Artículo 12

La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su capítulo segundo. Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.

Artículo 13

Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución. Si las personas se encuentran en estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.

Capítulo cuarto. Ámbito del derecho aplicable

Artículo 14

El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el capítulo segundo de esta Convención regulará principalmente:

- a) su interpretación;
- b) los derechos y las obligaciones de las partes;

- c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

Artículo 15

Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

Artículo 16

El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

Artículo 17

Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

Artículo 18

El derecho designado por esta Convención solo podrá ser excluido cuando sea manifestamente contrario al orden público del foro.

Capítulo quinto. Disposiciones generales

Artículo 19

Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado parte.

Artículo 20

Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Artículo 21

En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención. Un Estado parte podrá retirar en cualquier mo-

mento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

Artículo 22

Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

Artículo 23

Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos, en cuestiones tratadas en la presente Convención, no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

Artículo 24

Los estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes, en cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas. Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

Capítulo sexto. Cláusulas finales

Artículo 25

Esta Convención está abierta a la firma de los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 26

Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 27

Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 28

Esta Convención entrará en vigor para los estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 29

Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los estados parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

Artículo 30

El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los estados miembros de dicha Organización y a los estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

En fe de lo cual los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman esta Convención. Hecho en la ciudad de México, D.F., México, el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.

El *hardship* en la contratación comercial internacional

*Carmen Amalia Simone**

El artículo analiza detalladamente la institución del *hardship* o excesiva onerosidad, y su aplicación en la contratación comercial moderna. Se refiere al tránsito histórico desde una rigurosa aplicación del *pacta sunt servanda*, a una reformulación de este principio que se resume en la máxima *pacta sunt servanda si rebus sic stantibus*. Efectúa una aproximación al *hardship* como un mecanismo que permite la renegociación de los contratos comerciales internacionales, tradicionalmente expuestos a los más variados cambios de circunstancias, cuando se afecte su equilibrio económico o financiero. Menciona las diferentes formas en que esta institución ha sido configurada en instrumentos internacionales y el derecho comparado. Finalmente se refiere a la aplicación que se ha hecho del *hardship* en la jurisprudencia extranjera y en el arbitraje internacional.

FORO

Las transacciones económicas actuales se desenvuelven dentro de lo que los teóricos han denominado como una nueva ética de los negocios internacionales, en la que las partes contractuales han dejado de verse como antagonistas, convirtiéndose más bien en colaboradoras o socias en la ejecución de sus compromisos.¹ Esta nueva ética ha llevado a la revisión de viejos y tradicionales postulados que han guiado el desenvolvimiento de la contratación comercial internacional, a la par que ha dado lugar al aparecimiento de nuevas figuras jurídicas, inspiradas fundamentalmente en el principio de la buena fe contractual.

Entre los dogmas que se han empezado a poner en tela de duda se encuentra el tradicional *pacta sunt servanda*.² La regla general en la contratación, tanto nacional

* Secretaria Relatora de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

1. Un interesante trabajo que se inscribe en esta nueva ética de los negocios internacionales es el de Philippe Le Tourneau, *La ética de los negocios y de la administración en el siglo XXI*, disponible en <http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/enas05.htm>

2. El principio *pacta sunt servanda* implica, por un lado, que el contrato es la ley para las partes, acordada por ellas para la regulación de su relación jurídica. Mas el *pacta sunt servanda* no solo genera la obligación de cada par-

como internacional, ha sido desde épocas inmemorables que los contratos constituyen ley para las partes. Así lo reflejan importantes tratados internacionales como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el Convenio de Roma sobre la Contratación Comercial Internacional, el Convenio de Viena sobre la Compra-venta Internacional de Mercaderías; cuerpos normativos nacionales como el Código Civil; piezas de *soft law* como los Principios de la Unidroit sobre Contratación Comercial Internacional o los Principios de Derecho Europeo de Contratos; e innumerables sentencias judiciales y laudos arbitrales.

Mas, pese a la antigua vigencia del *pacta sunt servanda*,³ desde hace algunos años se viene postulando la teoría de que en la contratación comercial, este axioma no puede ser absoluto. La práctica internacional ha demostrado que en muchas ocasiones, al momento de la ejecución de un contrato, la situación puede haber cambiado tan drásticamente, que actuando razonablemente, las partes o bien no lo hubieran celebrado, o lo hubieran hecho en términos muy diferentes.⁴ Y en función de esta innegable realidad, ha ido tomando gran importancia el principio *rebus sic stantibus*, por el cual, se entiende que las estipulaciones de un contrato han sido incorporadas habida cuenta de las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, de forma que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación del contrato. Así, se ha conformado una nueva teoría de la contratación comercial internacional, que se puede resumir en el aforismo *pacta sunt servanda si rebus sic stantibus*, es decir, el contrato es ley para las partes siempre que las circunstancias de su celebración se conserven.⁵

te de cumplir con los compromisos adquiridos en su contrato, sino además su obligación de ejecutarlos de buena fe, de compensar por el daño provocado a la otra parte por su incumplimiento y la prohibición de terminar unilateralmente un contrato, a no ser que ello haya sido expresamente acordado.

3. Perillo, para sustentar la vigencia por varios siglos del principio *pacta sunt servanda* sin excepción alguna, refiere el paradigmático caso *Paradine vs. Jane*. Esta acción consistió en un reclamo de un terrateniente por una renta. La defensa, el arrendatario, respondió que había sido despojado de su posesión por enemigos del Rey, durante una guerra civil. La Corte sostuvo que la defensa carecía de fundamento, y explicó su sentencia manifestando: 1. que el arrendatario hubiera tenido acceso a beneficios anticipados, si los hubiera habido, y que en consecuencia, está obligado a soportar las cargas derivadas de pérdidas anticipadas; 2. que las acciones ejercidas por los enemigos del Rey podía haber excusado el cumplimiento de obligaciones de origen legal, pero no de obligaciones autoimpuestas, ya que el arrendatario pudo haberse salvaguardado en contra de este riesgo incorporando en el contrato una excusa en caso de despojo de la posesión; y 3. que una obligación adquirida voluntariamente tiene mayor rigidez que una obligación impuesta por la ley. Joseph Perillo, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1996, p. 1.

4. Joern Rimke, *Force majeure and hardship, Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, s/c, Kluwer, 2000, 197-243.

5. Así se puede concluir del texto de los arts. 6.2.1. y 6.2.2. de los Principios de la Unidroit sobre la Contratación Comercial Internacional. El primero establece que “cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones (...)” e inclu-

El postulado *rebus sic stantibus* nace como una excepción del *pacta sunt servanda*,⁶ y en cierta forma, subordinado a este último. Zimmermann refiere que en Roma no se conoció una regla de esta naturaleza, y que fueron los *iustnaturalistas* los primeros que tomaron en consideración el cambio de circunstancias y pusieron la semilla para lo que hoy se conoce como la cláusula *rebus sic stantibus*. Atribuye a Santo Tomás de Aquino la enunciación del principio de que el rompimiento de una promesa no es un pecado *si sint mutatae conditiones personarum et negotiorum*. Señala que en el s. XVII se produjo el florecimiento de esta doctrina, en parte debido a los devastadores resultados de las innumerables guerras de la época, y en cambio, menciona que prácticamente desapareció durante el s. XIX, para volver a nacer en el s. XX en la doctrina alemana del *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (colapso del fundamento subyacente del contrato), desarrollada por Oertmann.⁷

Efectivamente, como lo apuntan Zimmermann y Perillo, la primera aplicación moderna de la doctrina del cambio de circunstancias, se ubica luego de la Primera Guerra Mundial, época en la cual la economía alemana se encontraba devastada por una inflación sin precedentes. El Tribunal Supremo Alemán, frente a la imposibilidad económica de muchos deudores para honrar sus obligaciones, sostuvo que como una derivación del principio de buena fe consagrado en el art. 242 del Código Civil Alemán, podía operar el *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, liberándolos de su responsabilidad por incumplimiento. A medida que la jurisprudencia alemana fue evolucionando, las cortes admitieron que los contratos puedan ser adaptados frente a un cambio de circunstancias, en todos aquellos casos en que las partes así lo requirieran.

Hoy se reconoce unánimemente la cláusula *rebus sic stantibus*, su condición de principio del derecho internacional de los tratados, y como tal, se encuentra comprendida en el art. 62 de la Convención de Viena, que señala:

ye justamente como única excepción de este principio, la excesiva onerosidad o *hardship*, definida en el segundo de los mencionados artículos. Igual situación se presenta con relación a los Principios de Derecho Europeo de Contratos, cuyo art. 6.111 señala que “Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe (...). Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso”. *Principios de la Unidroit sobre la Contratación Comercial Internacional*, Disponibles en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>

6. Nassar refiere que la clasificación de la cláusula *rebus sic stantibus* como una excepción del principio *pacta sunt servanda* ha afectado significativamente sus efectos legales, pues ha generado una reticencia especialmente de los tribunales arbitrales para aplicarla en casos concretos sometidos a su conocimiento. Nagla Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited*, Londres, Dordrecht, 1995, p. 204.
7. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Munich, Cape Town, 1990, pp. 581-582.

Cambio fundamental en las circunstancias. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.(...)

Es en la cláusula *rebus sic stantibus* donde se encuentra el origen y la justificación histórica de la institución de la excesiva onerosidad o *hardship*, por aplicación de la cual, se permite la revisión de un contrato cuando existe un cambio de circunstancias supervinientes que producen un desequilibrio económico o financiero en sus prestaciones. Van Houtte, para sustentar este aserto, recuerda que los jueces del *Iran-US Claims Tribunal* sostuvieron que “el concepto de cambio de circunstancias, es también referido como *rebus sic stantibus*”.⁸

Así, el *hardship* o excesiva onerosidad aparece como una derivación de la máxima *rebus sic stantibus*, pero además surge como una aplicación de la regla de la buena fe contractual. Se ha sostenido que lo contrario, es decir, requerir que las partes cumplan el contrato al tenor de lo originalmente convenido, puede constituir mala fe.⁹ Se ha dicho además que el *hardship* es de interpretación y aplicación restringida, pues al ser empleado sin este ingrediente fundamental de la buena fe, puede convertirse en una excusa abusiva para el incumplimiento de los compromisos. En esta línea se inscribe Zimmermann, para quien la cláusula *rebus sic stantibus* ha servido para erosionar de forma sustancial la naturaleza vinculante de los compromisos contractuales.¹⁰ Nassar refiere que pese a existir una tendencia doctrinaria contraria a la aplicación de esta doctrina, entre abogados y juristas del mundo entero, existe un

-
8. Hans van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, disponible en http://tldb.uni-koeln.de/php-/pub_show_document.php?pubdocid=117300 bajo autorización de ICC Publishing, p. 4. Nassar al respecto recuerda que la frase “cambio de circunstancias” es utilizada para referirse de forma colectiva a una serie de doctrinas aplicadas tanto en el ámbito nacional como en el internacional, que incluyen, entre otros, la doctrina estadounidense de la impracticabilidad comercial (*commercial impracticability*); la alemana del *wegfall der geschäftgrundlage unmöglichkeit*; las francesas *force majeure e imprévision*; la inglesa de la frustración (*frustration*); y, la suiza de la imposibilidad sin falta (*impossibility without fault*). Nagla Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited*, p. 194.
 9. La obligación de cumplir de buena fe con las normas y obligaciones internacionales es un principio fundamental, universalmente reconocido, reiteradamente evocado por la jurisprudencia internacional, y hoy, enunciado por textos tan significativos como la Carta de las Naciones Unidas, cuyo art. 2.2. señala: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. Antonio Remiro Brotons y otros, *De-recho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997. Carta de las Naciones Unidas disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/>
 10. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, p. 580.

consenso en cuanto a la necesidad de aplicarla de forma restringida, solo a aquellos casos en los que existan razones que realmente lo justifiquen.¹¹

Pese a que el término que más comúnmente se ha empleado es *hardship*, como menciona Alterini, existe una amplia terminología para referirse a esta situación, así: “excesiva onerosidad, *excessiva onerosità sopravvenuta, sopravvenienza, sconvolgimento, change of circumstances*, imprevisión, lesión sobreviniente, *bouleversement, hardship, o Wegfall der Geschäftgrundlage*”.¹² En los Comentarios a los Principios de la Unidroit, igualmente se refiere que “el fenómeno de la excesiva onerosidad sobreviniente ha sido contemplado en diversos sistemas jurídicos bajo diversas figuras tales como “frustración de la finalidad del contrato”, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, imprevisión, *eccessiva onerosità sopravvenuta, etc.*”, y se concluye señalando que se ha escogido la expresión excesiva onerosidad o *hardship* por ser “ampliamente reconocida como parte integrante de los usos del comercio internacional, lo que se confirma por la frecuencia con la que se incluyen en los contratos internacionales las llamadas “cláusulas *hardship*”.

El desarrollo que en los distintos ordenamientos jurídicos ha tenido la cláusula *rebus sic stantibus* –y como derivación de ella, el *hardship* o excesiva onerosidad– ha sido diferente. Perillo refiere los casos de Suiza,¹³ Argentina¹⁴ y Brasil,¹⁵ que siguieron el ejemplo de las cortes alemanas e introdujeron esta doctrina desde el desarrollo jurisprudencial. En tanto, en otros países, fueron los ordenamientos jurídicos los que fueron incorporando la institución del *hardship*, así, Italia en 1942,¹⁶ Grecia en

11. Nagla Nassar, *Sanctity of Contracts Revisited*, p. 202.

12. Atilio Anibal Alterini, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*, disponible en http://www.alterini.org-tonline/to_aaa10.htm, p. 1.

13. El Tribunal Federal Suizo ha admitido que ciertos contratos de larga duración pueden ser terminados por el acaecimiento de un cambio fundamental de circunstancias, al tenor del art. 2 del Código Civil relativo a la buena fe. Joseph Perillo, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, p. 3.

14. En 1968, por recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en Córdoba en 1961, se incorporó el siguiente texto en el art. 1198 del Código Civil Argentino: “(...) En los contratos bilaterales comunitativos y en los bilaterales onerosos y comunitativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato (...)” Atilio Anibal Alterini, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*, p. 10.

15. Joseph Perillo, *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Panamericana, 1998, pp. 111-113. Alterini refiere que en el Brasil desde hace un cuarto de siglo está pendiente en el Congreso el tratamiento de un Proyecto de modificación del Código Civil, que incorpora una sección “De la Resolución por excesiva onerosidad”, en la que se incluye tres artículos que incorporan la teoría de la imprevisión. Atilio Anibal Alterini, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*, p. 10.

16. El Codice Civile Italiano señala “art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive Nei contratti a esecuzione continua o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta excesivamente

1946, Rusia¹⁷ y más recientemente Holanda.¹⁸ Van Houtte describe así mismo que Japón cuenta con una teoría de cambio de circunstancias, aplicada restrictivamente, al igual que Libia.¹⁹ Alterini refiere que también desde la jurisprudencia arbitral se ha ido desarrollando la teoría de la imprevisibilidad y el cambio de circunstancias.²⁰

onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)", *Codice Civile Italiano*, disponible en www.jus.unitn.it/cardozo/_Obiter_Dictum/codciv/Cod-civ.htm

17. El Código Civil de la Federación Rusa dice: "Article 451. Change and Dissolution of Contract In Connection with Material Change of Circumstances. 1. A material change of circumstances from which the parties proceeded when concluding a contract shall be a grounds for the change or dissolution thereof unless provided otherwise by the contract or it arises from the essence thereof. A change of circumstances shall be deemed to be material when they have changed such that if the parties could reasonably foresee this, the contract would not have been concluded at all by them or it would have been concluded an significantly differing conditions. 2. If the parties have not reached agreement concerning the bringing of the contract into conformity with the materially changed circumstances or the dissolution thereof, the contract may be dissolved, and an the grounds provided for by point 4 of the present Article, changed by a court at the demand of the interested party when the following conditions simultaneously exist: 1. at the moment of concluding the contract the parties proceeded from the fact that such a change of circumstances would not occur; 2. the change of circumstances has been caused by reasons which the interested party could not overcome after they arose with that degree of concern and Bare which are required of him by the character of the contract and the conditions of turnover; 3. the performance of the contract without a change of its conditions would so violate the correlation of property interests of the parties which correspond to the contract and entail for the interested party such damage that it would be deprived to a significant degree of that which it had the right to count an when concluding the contract; 4. it does not arise from the customs of business turnover or the essence of the contract that the risk of the change of circumstances is borne by the interested party. 3. In the event of the dissolution of a contract as a consequence of a material change of circumstances the court at the demand of any of the Parties shall determine the consequences of the dissolution of the contract by proceeding from the need for a just distribution between the Parties of the expenses incurred by them in connection with the Performance of this contract. 4. The change of a contract in connection with a material change of circumstances shall be permitted by decision of a court in exceptional instances when dissolution of the contract is contrary to social interests or entails damage for the parties which significantly exceeds the expenditures needed to perform the contract an the conditions changed by the court", *Código Civil de la Federación Rusa*, disponible en <http://www.russianembassy.org>
18. El art. 258 del Código Civil Holandés dice: "art. 258. 1. Upon the demand of one of the parties, the court may modify the effects of a contract or it may set it aside in whole or in part, on the basis of unforeseen circumstances of such a nature that the other party, according to standards of reasonableness and fairness, may not expect the contract to be maintained in unmodified form. The modification or setting aside may be given retroactive effect. 2. The modification or the setting aside shall not be pronounced to the extent that it is common ground that the person invoking the circumstances should be accountable for them or if this follows from the nature of the contract. 3. For the purposes of this article, a party to whom a contractual right or obligation has been transmitted, is treated as a contracting party". *Código Civil Holandés*, disponible en <http://www.sbbj.nl/justitie/justitie.html>
19. Hans Van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 6.
20. Alterini cita los siguientes fallos, en los que la ICC ha sostenido estos criterios: que "toda transacción internacional está fundada sobre el equilibrio de las prestaciones recíprocas, y negar ese principio significaría hacer del contrato comercial un contrato aleatorio, fundado en la especulación o el azar", Laudo CCI No. 1512; así como que "es una regla de la lex mercatoria que las prestaciones permanezcan equilibradas conforme al plan financiero", Laudo CCI No. 2291. Atilio Anibal Alterini, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*, p. 7.

Mas, comenta que todavía existen algunos ordenamientos jurídicos, sobre todo de corte romanista, donde esta tendencia no ha logrado penetrar adecuadamente. En este último grupo se encuentra el Código Civil Ecuatoriano, que no ha previsto una normativa que logre hacer frente a aquellos supuestos de excesiva onerosidad superviniente. En igual situación se encuentra el ordenamiento chileno, hermano del ecuatoriano, donde el *hardship* no ha sido admitido ni por la jurisprudencia, ni por laudos de árbitros de derecho, habiendo sido solo aceptado por tribunales arbitrales de amigables componedores. Alterini refiere, sin embargo, que en Chile existe un Proyecto de Revisión Judicial de los Contratos por Excesiva Onerosidad Sobreviniente, cuya moción fue presentada ante el Congreso.²¹

Como señalamos, el desarrollo que el *hardship* ha tenido a lo largo de los años y en los distintos ordenamientos ha sido diverso, como también ha sido distinta la concepción y la aplicación que se ha hecho de esta institución en la jurisprudencia de los órganos judiciales y de los tribunales arbitrales.

CONCEPTO

En términos generales, se entiende por *hardship* cualquier evento de naturaleza legal, técnica, económica, política o financiera que ocurra después de la celebración del contrato; no haya podido ser razonablemente previsto por la parte en desventaja al momento de la celebración del contrato; y, altere de forma fundamental el equilibrio de las obligaciones contractuales, haciendo excesivamente onerosa su ejecución para una de las partes, siempre que dicha parte no haya asumido mediante una estipulación expresa el riesgo de dicho evento.²² Alterini manifiesta que el *hardship* en un contrato comercial ocurre cuando “sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, esto es, cuando se trastorna la relación de valor entre las prestaciones que forman parte del contenido económico del contrato”.²³

De forma similar, los Principios de la Unidroit sobre la Contratación Comercial Internacional, han definido al *hardship* en los siguientes términos:

Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: a) dichos eventos acontecen o llegan a ser

21. *Ibidem*, p. 8.

22. Definición tomada del *Capítulo VIII: Hardship, de los Principios de Derecho Transnacional y Lex Mercatoria*, disponible en <http://www.tldb.de/>

23. Atilio Aníbal Alterini, *Teoría de la Imprevención y Cláusula de Hardship*, p. 1.

conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y, d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

El hardship es, entonces, la consecuencia de una circunstancia superviniente que altera el equilibrio económico o financiero de un contrato de forma fundamental, sustancial o dramática. Esta circunstancia puede consistir en diversos hechos o actos: guerras, desastres económicos, disturbios políticos, inflación, problemas monetarios, entre otros. Lo que se requiere es que los mismos sean imprevisibles y ajenos a las partes, y que no generen propiamente una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico.

El hardship no se produce simplemente cuando ocurre un aumento o encarecimiento de la prestación a cargo de una de las partes. Es indispensable que el cambio de circunstancias provoque una disfunción de la economía del contrato que genere una onerosidad tal, que aunque sea posible de ser cubierta, se convierta en muy grava-
sosa para uno de los contratantes. Así, el solo hecho de que el contrato perjudique a una de las partes en beneficio de la otra, no es causa suficiente para considerar al caso como un supuesto de hardship. Mas el hardship tampoco debe ser confundido con el supuesto de la imposibilidad económica. Se diferencian el uno del otro pues en el primero, la onerosidad es tal que el contrato todavía puede ser cumplido; mientras que en el segundo, la onerosidad es tan extrema, que no existe propiamente una contraprestación, siendo lo pactado y lo exigido dos cuestiones radicalmente diferen-
tes.²⁴

Los Comentarios a los Principios de la Unidroit refieren que en la práctica, el hardship puede darse por dos vías diferentes: la primera, caracterizada por un aumento sustancial del costo de la prestación para una parte, quien por lo general debe cumplir una obligación no dineraria;²⁵ y la segunda, caracterizada por una reducción significativa del valor de la prestación recibida por una parte, incluyendo el supuesto en que la prestación ha perdido todo valor para la parte que la recibe.

En ambos supuestos es importante la cuantificación del valor de la prestación, que debe realizarse objetivamente, pues “un simple cambio de opinión de una parte res-

24. Sixto Sánchez Lorenzo, *La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional*, disponible en <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip050322-d.asp>, p. 1.

25. Los Comentarios a los Principios de la Unidroit citan como ejemplo un aumento drástico del precio de las materias primas que se necesitan para la producción de las mercaderías o para la prestación de los servicios, o bien debido a nuevas reglamentaciones de seguridad que hacen más costosos los procedimientos de producción. *Comentarios a los Principios de la Unidroit*, disponibles en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts-principles1994/fulltext.pdf>.

pecto al valor de la prestación carece de importancia".²⁶ Al hablar de *hardship* es imprescindible, por tanto, definir cuándo se entiende que la onerosidad es de tal contundencia que la relación comercial se convierte en impracticable, y cuándo da lugar a una revisión del contrato, basada en la buena fe y voluntad de las partes. La línea que separa al *hardship* de la simple onerosidad es muy tenue, como también lo es aquella que lo separa de la imposibilidad económica. Por ello al auxilio de esta determinación comparecen, por un lado, la doctrina, que aporta diferentes elementos para establecer cuándo estamos ante un supuesto de *hardship*; y la jurisprudencia, que debe definir en cada caso concreto, si la onerosidad realmente produce una imposibilidad en la ejecución del contrato, o si la misma, pese a elevar el costo del mismo e irrumper en su economía, es de tal magnitud que pueda motivar la revisión del contrato.

Los Principios de la Unidroit sobre Contratación Comercial Internacional abonan a esta determinación, señalando que la onerosidad no genera *hardship* a menos que la alteración del equilibrio de las prestaciones sea fundamental. Al efecto, califican como fundamental a aquel desequilibrio que, de ser posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, produce una alteración de al menos el 50% del valor del contrato. En general no existe un acuerdo respecto de cuánto un incremento en el costo de la prestación puede ser considerado *hardship*. Perillo refiere que mientras de acuerdo con la legislación italiana, "una devaluación del 14% de la libra esterlina es suficiente fundamento para la adaptación de un contrato",²⁷ existen casos en que incrementos menores del 100% no han dado origen a tal adaptación. Es decir, será la legislación aplicable al contrato, y la jurisprudencia, las que en último término tendrán la potestad para decidir si es que el incremento es de una gravosidad tal que produce *hardship* y justifica la revisión del contrato.

Van Houtte distingue además al *hardship* de aquellos casos en que una vez concluido el contrato, una de las partes descubre que los presupuestos que lo llevaron a celebrarlo y ejecutarlo fueron falsas. El autor señala que en estos casos, las circunstancias de hecho no han cambiado, solamente ocurrió que su desarrollo se retrató, y por ende, no existe *hardship*.²⁸

La excesiva onerosidad también se diferencia de la imposibilidad de ejecución, que ocurre, como lo refiere Perillo, en dos supuestos fundamentales: 1. en caso de muerte o incapacidad de una persona, cuando el contrato fuere de aquellos en los que se requiere la ejecución de una persona específica (*intuitu personae*); y 2. un cambio

26. Comentarios a los Principios de la Unidroit. Van Houtte señala que una situación subjetiva no puede afectar las obligaciones contractuales, y que solo los factores objetivos son relevantes. Hans Van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 5.

27. Joseph Perillo, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, p. 11.

28. Hans van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 4.

superviniente en la legislación que convierte en ilegal la ejecución del contrato.²⁹ En estos casos no se autoriza la revisión del contrato, sino que el mismo puede ser resuelto sin que haya lugar a reclamos por el incumplimiento, ni a una indemnización de daños y perjuicios.

ELEMENTOS DEL HARDSHIP

EXCEPCIONALIDAD

Admitido el principio *pacta sunt servanda* como regla general de la contratación, se debe entender que el hardship, cual ocurre con el principio *rebus sic stantibus*, se encuentra subordinado al primero, y por ende, su aplicación es de carácter excepcional, es decir, solo puede darse cuando concurren todos los elementos que se describen a continuación.

INIMPUTABILIDAD

Para que opere el hardship es preciso que la causa que genera el desequilibrio contractual no devenga de la culpa o intervención de las partes en los hechos que determinan la imposibilidad. Es decir, se requiere la falta de culpa, al tiempo de la inevitabilidad y exterioridad de las circunstancias que provocan la excesiva onerosidad. Los Principios de la Unidroit al respecto indican que el hardship ocurre cuando “los eventos escapan al control de la parte en desventaja”.³⁰ Rimke resume este elemento al decir que el hardship autoinflingido es irrelevante (*self-induced hardship is irrelevant*).³¹

SUPERVINIENCIA

La circunstancia que genera la excesiva onerosidad debe ser posterior a la celebración del contrato, es decir, superviniente. En efecto, si las circunstancias causantes del hardship existen desde la perfección del contrato, el mismo adolecerá de otros vicios diferentes, que podrán determinar su nulidad por error o por recaer sobre un

29. Joseph Perillo, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, pp. 2-3.

30. Art. 6.2.2. c) de los Principios de la Unidroit.

31. Joern Rimke, *Force majeure and hardship, Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, p. 8.

objeto imposible o irrealizable, y las eventuales acciones que pudieran ejercer las partes se situarían fuera de la órbita de esta institución. Este elemento se encuentra contenido en el art. 6.2.2 de los Principios de la Unidroit con el siguiente texto: “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato” así como en el art. 6.111.a) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, de la siguiente manera: “dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato”.

IMPREVISIBILIDAD

Otro elemento es la imprevisibilidad de las circunstancias sobrevenidas que producen la excesiva onerosidad. Se discute si la imprevisibilidad como tal es posible. Perillo sostiene que toda circunstancia es de algún modo previsible.³² Por ello, los Principios de la Unidroit disponen que para que exista hardship, es indispensable que “los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato”.³³ Este elemento de la razonabilidad es imprescindible, pues en caso de que las circunstancias hubiesen podido ser razonablemente previsibles, las partes debían de haberse precavido, introduciendo en el contrato cláusulas de asunción del riesgo. Debe recordarse que en la contratación comercial internacional existen casos en los cuales la imprevisibilidad puede ser un elemento consustancial al contrato, como en los contratos de seguro, bursátiles, de joint venture, entre otros. Mas existen otros casos en donde la aleatoriedad no es un elemento de la naturaleza del contrato, como en la compra-venta o en el contrato de distribución. Sin embargo, es de anotar que aun en estos supuestos, las características propias de la contratación internacional (por ejemplo, el hecho de que las partes contratantes se encuentren establecidas en dos estados diferentes) otorgan a estos contratos “un talante especulativo, en la confianza de que un hecho improbable no ocurra o, al contrario, acontezca”.³⁴

FALTA DE ASUNCIÓN DEL RIESGO

Los Principios de la Unidroit señalan como otro elemento adicional a los ya comentados, el que el riesgo de los eventos supervinientes causadores de la excesiva

32. Joseph Perillo, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, p. 3.

33. Art. 6.2.2. b) de los Principios de la Unidroit.

34. Sixto Sánchez Lorenzo, *La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional*, p. 10.

onerosidad no haya sido asumido por la parte en desventaja.³⁵ Así, por ejemplo, si la parte que resulta agravada por el desequilibrio económico del contrato se ha salvaguardado mediante un seguro o una garantía real o personal, no estaríamos ante una situación de *hardship*. Los Comentarios a los Principios de la Unidroit claramente estipulan que esta declaración de asunción de riesgo puede ser bien expresa o tácita. Al efecto, ponen como ejemplo el que la parte que celebra un contrato para llevar a cabo una operación de especulación, debe aceptar correr ciertos riesgos, aunque en el momento de celebrar el contrato no haya tenido una noción cabal del peligro que asumía. Por ello podemos afirmar que este elemento de la falta de asunción de riesgo va de la mano con el de la imprevisibilidad. Si la parte no previó el riesgo ni lo asumió, entonces estamos ante una situación de *hardship*. Pero si la parte pudo prever el riesgo y no dijo nada en torno a quien lo asumirá, la situación se torna dudosa.³⁶

PRESTACIONES PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO

Los Comentarios a los Principios de la Unidroit agregan como elemento adicional y propio de la esencia de esta figura, el que la excesiva onerosidad se produzca respecto de prestaciones que todavía no han sido cumplidas, es decir, pendientes de ejecución.³⁷ No cabe que se aplique la cláusula de *hardship* a un contrato que se encuentra ya terminado o respecto del cual no existen obligaciones pendientes de ninguna de las partes, pues una vez que el contrato se ha cumplido, las partes pierden su derecho a alegar un incremento fundamental del costo de su prestación, o una disminución sustancial del valor de la misma. Sánchez Lorenzo al respecto señala que “de hecho, la excesiva onerosidad no puede ser alegada, por definición, respecto de pres-

35. Art. 6.2.2. d) de los Principios de la Unidroit.

36. Así, los Comentarios a los Principios de la Unidroit contienen el siguiente ejemplo de cuándo no se produciría *hardship* porque ha existido una asunción implícita previa del riesgo: En enero de 1990, “A”, un agente de expediciones, contrata con “B”, un transportista, el embarque de mercaderías durante dos años. En virtud del contrato, “B” está obligado a transportar mercaderías de Hamburgo a Nueva York por un precio fijo, establecido mensualmente a lo largo de los dos años. Alegando un incremento significativo del precio del combustible, occasionado por la crisis del Golfo de 1990, “B” solicita un cinco por ciento de aumento en la tarifa de agosto de 1990. “B” no tiene derecho a dicho incremento, porque él se ha hecho cargo del riesgo de que su cumplimiento pueda ser más oneroso.

37. Así, el ejemplo que contiene los Principios de la Unidroit: “A” contrata con “B”, una compañía que recicla basura en el país “X”, para ocuparse del acopio y depósito de la basura recolectada por “A”. El contrato contempla una duración de cuatro años y un precio fijo por cada tonelada de basura. Dos años después de celebrarse el contrato, el movimiento ecológico en el país “X” gana terreno frente al gobierno, que establece precios por el acopio de basura que son diez veces más altos que los precios anteriores. “B” podría invocar excesiva onerosidad (*hardship*) solo en lo que respecta a los dos años que restan a la vigencia del contrato.

taciones que ya han sido cumplidas".³⁸ Ello nos lleva además a afirmar que en los contratos de trato sucesivo, la alteración del equilibrio puede acaecer respecto de solo una parte de la prestación, en cuyo caso el *hardship* deberá ser aplicado únicamente a aquella porción de la prestación que se encuentre pendiente de cumplimiento. Los propios Comentarios señalan que el *hardship* tiene mayor vigencia e importancia justamente en relación con los contratos de larga duración, pues en ellos, la prestación de al menos una de las partes debe realizarse a lo largo de cierto período de tiempo, estando más expuestos al acaecimiento de cambios de circunstancias.³⁹

EL HARDSHIP EN TEXTOS INTERNACIONALES

CONVENIO DE VIENA DE 1980 SOBRE LA COMPRA-VENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Sánchez Lorenzo y Alterini sostienen que la doctrina y la jurisprudencia dudan de que el art. 79 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Compra-venta Internacional de Mercaderías extienda el régimen de la imposibilidad de cumplimiento que contiene, a supuestos de excesiva onerosidad o *hardship*. Pese a ello, refieren que existen quienes defienden la extensión de este artículo a esta figura, para lo cual, alegan la imprecisión del término "impedimento" que emplea esta norma, la cual habilita una extensión hacia el *hardship*. Ambos autores encuentran más convincentes las tesis favorables a una interpretación que restringe el ámbito de acción del art. 79 del Convenio a los casos de fuerza mayor, imposibilidad o frustración del contrato, tal y como avalan los trabajos preparatorios del propio convenio, y el hecho de que en la práctica, esta norma nunca ha sido empleada para poner en movimiento una revisión o adaptación de un contrato internacional de compra-venta de mercaderías, por aplicación de la cual se permite la revisión de un contrato cuando existe un cambio de circunstancias supervinientes que producen un desequilibrio económico o financiero en sus prestaciones. Van Houtte se alinea con esta última posición, al sostener que el *hardship* no afecta las compra-ventas internacionales amparadas por la Convención de Viena.⁴⁰

38. Sánchez Lorenzo, *La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional*, p. 11.

39. Comentario No. 5 al art. 6.2.2 de los Principios de la Unidroit.

40. Hans van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 1.

PRINCIPIOS DE LA UNIDROIT SOBRE LA CONTRATACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Como hemos señalado anteriormente, los Principios de la Unidroit contienen una reglamentación sobre la excesiva onerosidad contenida en los arts. 6.2.1. a 6.2.3., que se fundamenta en la existencia del hardship como excepción al principio *pacta sunt servanda*. Los Principios, además de definir qué se entiende por hardship, de especificar cuáles son sus elementos principales y de configurar los supuestos en que se produce la excesiva onerosidad, coadyuvan a definir cuáles son los posibles efectos que puede tener esta figura, y dan pautas acerca de cómo debe aplicarse en los contratos comerciales internacionales. Además de los *principios*, debemos hacer referencia a sus *comentarios*, donde se encuentra una doctrina de gran auxilio al momento de configurar esta institución. Alterini recuerda que los Principios de la Unidroit se ofrecen “como continente de la lex mercatoria y constituyen una tentativa de codificación del Derecho de los contratos internacionales” y recuerda que la jurisprudencia arbitral los ha empleado “reiteradamente como Derecho que rige el contrato internacional, así como para interpretar el derecho nacional aplicable”.⁴¹

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS⁴²

Estos *principios* regulan al hardship en términos coincidentes con los de los *principios* de la Unidroit. Establecen igualmente la regla de la obligatoriedad del contrato, y sitúan al hardship como una excepción, siempre que el cambio de circunstancias sea posterior a la celebración del contrato; que dicho cambio no haya podido ser razonablemente previsto; y, que el cambio no haya sido de aquellos que conforme al contrato, debía soportar la parte perjudicada. Estos *principios* admiten que la excesiva onerosidad da lugar a la revisión del contrato. Alterini, citando un trabajo de la Comisión para el Derecho Contractual Europeo, señala que “esta solución deriva de que la mayoría de los países en la Comunidad Europea ha introducido en su derecho algún mecanismo tendiente a corregir cualquier injusticia que resulte de un desbalance en el contrato producido por circunstancias sobrevinientes que las partes no pudieron razonablemente prever cuando celebraron el contrato”.⁴³

41. *Ibidem*, p. 1.

42. *Principios de Derecho Europeo de Contratos*, disponibles en http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20spansk/PrincipiosI+II.doc

43. Atilio Aníbal Alterini, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*, p. 11.

LA CLÁUSULA DE HARDSHIP

Debido a que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no contemplan el supuesto de la excesiva onerosidad en sus legislaciones, y en razón de que en algunos casos, las cortes y tribunales arbitrales se rehúsan a ayudar a los contratantes para que adapten sus acuerdos a las nuevas circunstancias, la práctica comercial ha optado por incluir una cláusula de *hardship* expresa en los contratos internacionales. Para Altermi, si bien la cláusula de *hardship* suele ser explícita, en todo caso está implícita en los contratos de duración por exigencias de la regla de buena fe.⁴⁴ Van Houtte considera por su parte, que el hecho de que se acostumbre a incluir cláusulas de *hardship* en los contratos puede probar que no existe un principio de costumbre, y que por ende, su inclusión siempre deberá ser expresa.⁴⁵

Pese a que la doctrina encuentra más ventajas que desventajas en la adopción de cláusulas de *hardship* en los contratos comerciales, es importante señalar que la CNUDMI ha considerado que la “cláusula de gravosidad tiene, sin embargo, considerables desventajas que pueden contrarrestar las ventajas anteriormente mencionadas”.⁴⁶ Este organismo de las Naciones Unidas ha señalado que la posibilidad de renegociar el contrato puede imprimir cierta inestabilidad al mismo, y ha dicho además que la índole de la gravosidad hace que cualquier definición de la misma tienda a ser ambigua e imprecisa. También encuentra el inconveniente de que la renegociación del contrato puede dar lugar a la interrupción en el cumplimiento de las obligaciones contractuales;⁴⁷ que esta cláusula puede abrir la vía para reclamaciones fraudulentas, etc.

La inclusión de esta cláusula en un contrato tiene por objeto que el mismo no termine, ni sea resuelto, sino más bien que se continúe con el contrato, pues la disolución suele ocasionar perjuicios mayores. Así, la cláusula de *hardship* viene a constituirse en una fórmula de salvataje, pues permite que el contrato continúe en vigor, previo su adaptación a las nuevas circunstancias de orden económico, técnico, comercial o de otra índole, que han afectado de forma sustancial el equilibrio de la relación jurídica. Esta cláusula autoriza a las partes a requerir o solicitar su revisión en caso de la supervenencia de un desequilibrio económico en el contrato, aunque hay

44. *Ibídem*, p. 11.

45. Hans van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 3.

46. *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (1988), p. 256, disponible en <http://www.jurisint.org/pub/02/sp/doc/488.htm>

47. Esto no sucedería en caso de someterse a los Principios de la Unidroit que claramente establecen que “el reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento” (art. 6.2.3 2).

autores como Alterini que consideran que en presencia de esta cláusula, la revisión puede hacerse aun de forma periódica. Así, Alterini la denomina “una cláusula *rebus sic stantibus* perfeccionada”.⁴⁸

Mas hay autores que opinan que la cláusula de hardship, aunque comúnmente busca la revisión del contrato y su continuación, eventualmente podría ser pactada de modo que las partes puedan dar por terminado un acuerdo cuando un cambio específico de circunstancias ocurra. También existen quienes piensan que este tipo de cláusulas pueden servir para dar lugar a una indexación automática de los precios, o a una revisión de los mismos.⁴⁹

Así, la variedad de cláusulas de *hardship* es muy amplia. Una cláusula de esta naturaleza puede enunciar una fórmula general, por ejemplo, la superveniente de una situación grave, de carácter financiero, económico o político, o puede acudir a un enunciado puntual, otorgando relevancia, por ejemplo, a eventos monetarios, nuevos costos financieros, imposición de nuevos tributos, restricciones derivadas de políticas públicas, modificaciones en la tasa de cambio o en el tipo de interés, entre otros. Alterini señala que la cláusula de hardship puede permitir la revisión del contrato sea mediante una renegociación llevada a cabo por las mismas partes en cierto plazo determinado, o sometiéndose a la intervención de un tercero, por ejemplo, vía arbitraje.⁵⁰ Una cláusula de hardship eventualmente podría tener índole liberatoria, y permitir que la parte perjudicada por el cambio de circunstancias se desligue del mismo. En definitiva, una cláusula de hardship puede tener el contenido y la amplitud que deseen las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, mas deberá respetar siempre el orden público y las normas imperativas.

Con el objeto de facilitar su utilización, la Cámara Internacional de Comercio de París ICC ha elaborado una cláusula estándar de hardship, en la que se establece que si bien las partes están vinculadas por sus deberes contractuales, cuando se verifican acontecimientos que hacen su ejecución más onerosa de lo que razonablemente pudieron anticipar al momento de la celebración del contrato, éstas tienen derecho a negociar términos contractuales alternativos.⁵¹ La cláusula señala que en caso de que

48. Atilio Aníbal Alterini, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*, p. 11.

49. Hans van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 2.

50. Atilio Aníbal Alterini, *Teoría de la Imprevisión y Cláusula de Hardship*, p. 11.

51. La cláusula dice: [1] A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract. [2] Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative con-

no lleguen a un acuerdo para la modificación de su texto, existe la posibilidad de recurrir a la ICC para que nombre a un tercero que proponga una revisión equitativa del contrato, o de recurrir directamente a un juez o un árbitro para que sean éstos los que resuelvan el problema. La ICC además ha publicado una serie de comentarios y observaciones, en los que se sugiere la forma en que ha de redactarse la cláusula, y en los que se proponen distintas alternativas para el procedimiento a seguir en caso de que las partes no logren ponerse de acuerdo acerca de la modificación del contrato.

La CNUDMI, pese a no contar con un instrumento que regule de forma específica la cláusula de *hardship*, se ha referido a ella en el capítulo XXII de la Guía Jurídica para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales (1988). En esta guía se denomina a esta figura cláusula de gravosidad, definiendo como gravosidad a un “cambio de factores económicos, financieros, jurídicos o tecnológicos que ocasione un grave perjuicio económico a una parte contratante, por el que se dificulta el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”. Este instrumento señala que “la cláusula de gravosidad suele definir el concepto de gravosidad y prever la renegociación del contrato a fin de adaptarlo a la nueva situación creada por la gravosidad”. La guía aconseja a las partes que deseen incorporar una cláusula de esta naturaleza en sus convenios, que lo hagan “en términos que disminuyan la incertidumbre que podría surgir respecto a las obligaciones de las partes” y entre otras cosas, insinúa incluir una lista de eventos que habrán de darse, individual o conjuntamente para que una parte pueda invocar la cláusula; adoptar una definición restrictiva de la gravosidad; imponer alguna otra imitación al derecho de invocar la cláusula de gravosidad; prever algún procedimiento para facilitar la renegociación; fijar el momento en que habrá de considerar que no hay acuerdo en la negociación para adaptar el contrato, etc.⁵²

Ahora bien, respecto de la interpretación de la cláusula de *hardship*, como se ha dicho, la mayor parte de la doctrina concuerda en que la misma debe ser objeto de una rigurosa interpretación, según la cual, por ejemplo, una cláusula que mencione una circunstancia específica deberá ser interpretada de modo que ninguna otra situación sea tomada como fundamento para la existencia de *hardship*.

tractual terms which reasonably allow for the consequences of the event. [3] Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract, disponible en <http://tldb.uni-koeln.de>

52. Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales, pp. 254-255.

La mayor parte de las cláusulas de hardship constan de dos partes principales: la primera que define las hipótesis frente a las cuales opera la cláusula, y la segunda, que se refiere a los efectos de su aplicación.⁵³ Debido a que el alcance de la cláusula de hardship siempre dependerá de lo que convengan las partes, los criterios para su aplicabilidad y sus consecuencias, resultarán de lo pactado. Mas existen ciertos efectos propios de esta figura y que a continuación analizamos.

EFFECTOS

Si bien varios autores coinciden en señalar que una de las particularidades del hardship es justamente que permite la continuación del contrato, evitando su resolución o disolución, existen otros que piensan que las partes pueden acordar expresamente que estas últimas sean las consecuencias de la supervivencia de una excesiva onerosidad. Así, Van Houtte señala que los efectos del hardship, pueden ser cuatro: a) terminación o suspensión; b) renegociación; c) adaptación del contrato; y d) compensación.⁵⁴

La terminación ocurre cuando las circunstancias supervinientes son de tal magnitud o naturaleza que aplicando el principio *rebus sic stantibus*, el contrato solo puede ser resuelto o suspendido. En aquellos supuestos en que no se ha contemplado expresamente una cláusula de hardship, y en los que además no existe legislación sobre el cambio de circunstancias, éste aparece como el único remedio probable en caso de que la ejecución del contrato resulte excesivamente onerosa para una de las partes. La terminación bien puede ser acordada por las partes de mutuo consentimiento, o puede ser solicitada a un tribunal arbitral (si se contempla esa posibilidad) o a la autoridad judicial a quien se haya conferido el foro de conformidad con el contrato, o por aplicación de la legislación que rige el mismo. La terminación solo debe ser utilizada como remedio del hardship cuando la resolución del contrato no resulte más onerosa o perjudicial que la continuación de la relación jurídica.

Si así se ha convenido expresamente, las partes pueden también acudir a una renegociación del contrato cuando las circunstancias lo ameriten. Si las renegociaciones son exitosas, la relación contractual es reestablecida en términos diferentes de los originales. Mas, existe siempre la posibilidad de que las negociaciones fracasen, y ocurre que en la mayor parte de ocasiones, las cláusulas de hardship no contemplan

53. La Guía de la CNUDMI refiere que las cláusulas de gravosidad suelen constar de dos elementos básicos: en primer lugar, en ella se ha de definir el concepto de gravosidad y, en segundo lugar, se ha de prever el recurso a la renegociación para adaptar el contrato a la nueva situación que resulte de la gravosidad.

54. Hans van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, pp. 10-11.

qué hacer cuando esto sucede. La práctica arbitral en este respecto también es escasa.⁵⁵ Un fallo de la Corte Internacional de Arbitraje de París de 1974 ha indicado que una cláusula de renegociación no da derecho a la parte a terminar un contrato cuando las negociaciones fracasen. Así, se entiende que en caso de no llegar a una renegociación exitosa, las partes deberán someter el contrato a la resolución de un tribunal arbitral o de una autoridad jurisdiccional.

La renegociación es la solución que prevé el art. 6.2.3 de los Principios de la *Udroid*, el cual señala que en caso de excesiva onerosidad o *hardship*, la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Estos *principios* establecen que tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa y que el reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento de sus obligaciones. El reclamo de renegociación debe ser presentado tan pronto como sea posible, después del momento en que sucedió el hecho generador de la excesiva onerosidad, mas el plazo para reclamar la renegociación dependerá de cada caso en particular del tipo de contrato de que se trate, así como de otros factores como la ubicación de las partes. Estos *principios* remedialmente consagran que de no llegar las partes a un acuerdo, dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de ellas puede acudir a un tribunal, el cual podrá resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas, o adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos también se inclinan por solucionar el *hardship* mediante una renegociación de las condiciones contractuales. Al efecto, establecen que si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá bien poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado, o adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquiera de los casos, el juez o tribunal tendrá la posibilidad de ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados.⁵⁶

Como se mencionó anteriormente, se ha sostenido que aun en la ausencia de cláusulas de renegociación, las partes de un contrato de larga duración deben tener el derecho y la consecuente obligación de renegociar un contrato cuando se enfrenten a circunstancias imprevistas. En todo caso, deberá considerarse que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, de común acuerdo, las partes podrán renegociar su contra-

55. Así lo refiere Hans Van Houtte, *ibidem*, p. 10.

56. Art. 6:111 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

to en cualquier momento y frente a cualquier supuesto, siempre que no perjudiquen a terceros.

Los Comentarios a los Principios de la Unidroit establecen que la renegociación ha de conducirse de acuerdo a los principios de buena fe y lealtad negocial, así como al deber de cooperación, contenidos en los *principios* antes mencionados.⁵⁷ Ello conlleva que la parte perjudicada o en desventaja debe honestamente creer que existe una situación de excesiva onerosidad (*hardship*), y no reclamar la renegociación simplemente como una medida estratégica. Además, una vez que el reclamo haya sido presentado, las partes deberán conducir las renegociaciones de una manera constructiva, absteniéndose de cualquier tipo de obstrucción y otorgando toda la información necesaria.

En aquellos casos en que el *hardship* no lleva aparejada la extinción o resolución del contrato, sino su adaptación, la doctrina encuentra que tal modificación puede producirse “ya sea *ipso iure*, a través de las negociaciones de las partes, o mediante una intervención judicial que admite a su vez un amplio margen de posibilidades”.⁵⁸ Ordenamientos como el alemán, el holandés y el japonés admiten que los jueces y árbitros gocen de esta potestad.⁵⁹

En todo caso, la adaptación del contrato por un juez o árbitro ocurre solo cuando así lo han previsto las partes en una cláusula de *hardship*. Puede ser que tal adaptación por intervención judicial opere de forma principal, o que lo haga de forma subsidiaria, en el caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo acerca de cómo modificar el contrato para ajustarlo a las nuevas circunstancias. Algunas veces las cláusulas de *hardship* proveen de ciertos criterios que sirven al árbitro o al juez, pero la mayoría de veces estos son vagos o imprecisos, y no indican con exactitud cuál es la actitud que se debe tomar frente a la excesiva onerosidad superviniente. En ocasiones, las propias cláusulas de *hardship* que permiten la adaptación del contrato por un árbitro establecen el valor que ha de conferirse a tal adaptación.

En aquellos supuestos de excesiva onerosidad superviniente sometidos al arbitraje de amigables componedores, en fundamento a la equidad, los árbitros podrán revisar el contrato o mandar a las partes a que lo hagan, siempre que consideren que es justo re establecer el balance entre las prestaciones de las partes, cuando el mismo hubiere sido desequilibrado por un cambio de circunstancias.

57. Comentario No. 5 del art. 6.2.3.

58. Sixto Sánchez Lorenzo, *La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional*, p. 10.

59. Hans van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 10.

La Cámara de Comercio Internacional de París ha publicado reglas que sirven para guiar la adaptación de los contratos por un tercero (árbitro, juez, amigable compositor). De acuerdo con estas reglas, las partes pueden escoger alternativamente, por ejemplo, entre un árbitro único o un panel de tres árbitros. Estas reglas además permiten que las partes confieran a la adaptación un valor vinculante, o que la consideren una simple recomendación.⁶⁰

Finalmente, Van Houtte indica que específicamente en los contratos de larga duración, cuando un cambio de circunstancias afecta la ejecución, el contrato puede no ser terminado ni adaptado, sino sometido a compensación por las prestaciones adicionales llevadas a cabo por una de las partes. La parte para quien resulte más onerosa la ejecución del contrato puede pedir dicha compensación o puede reclamar por enriquecimiento sin causa cuando la relación jurídica termine.⁶¹

CLÁUSULA DE HARDSHIP Y FUERZA MAYOR: DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS

Con frecuencia se suele confundir al *hardship* con la fuerza mayor, cuando en realidad se trata de dos figuras diferentes, que inclusive pueden llegar a presentarse de forma simultánea en un mismo supuesto. Ambas son excepciones al principio *pacta sunt servanda* –las únicas admitidas por los Principios de la Unidroit, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos y por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia–, y se confunden con facilidad, pues son casos análogos, respecto de los cuales no existe una definición clara, llegando inclusive a ser utilizados erróneamente como sinónimos.⁶² Efectivamente, como puede desprenderse de la definición de fuerza mayor contenida en los Principios de la Unidroit “el incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias”,⁶³ el *hardship* y la fuerza mayor tienen algunos elementos en común: inimputabilidad del incumplimiento, falta de control, posterior a la celebración, imprevisibilidad, mas se diferencian con claridad en cuanto a su regulación legal y sus efectos.

60. Hans van Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 11.

61. *Ibídem*, p. 11.

62. Werner Melis, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of Practices of the ICC Court of Arbitration*, disponible en http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=126600 por autorización de Kluwer Law International, p. 2.

63. Art. 7.1.7.1 de los Principios de la Unidroit sobre Contratación Comercial Internacional.

La Cámara Internacional de Comercio de París ha propuesto dos cláusulas modelos: una de fuerza mayor, que sienta las condiciones bajo las cuales las partes pueden exonerarse de responsabilidad por la inejecución de una obligación que se ha convertido en imposible; y una de hardship, que pretende amparar aquellos supuestos donde los eventos imprevistos alteran fundamentalmente el equilibrio económico de un contrato, de modo que una carga excesiva es impuesta a una de las partes. En el primer caso, el de la fuerza mayor, existe una exoneración de responsabilidad frente a una inejecución del contrato. En el segundo caso, se establece que las partes deberán procurar una adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, continuando su relación. Conforme a los Principios de la Unidroit, los conceptos de excesiva onerosidad (*hardship*) y de fuerza mayor (*force majeure*) pueden presentarse conjuntamente, en cuyo caso, le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor (*force majeure*) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias.

La Guía de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales también diferencia al hardship de la fuerza mayor y sostiene que las cláusulas de gravosidad

No deben confundirse con las de exoneración. La cláusula de gravosidad prevista en esta Guía se aplicaría a aquellos cambios de circunstancias que hacen más oneroso el cumplimiento de las obligaciones de una parte, sin impedir ese cumplimiento. La cláusula de exoneración considerada en esta Guía sería aplicable únicamente a aquellos cambios de circunstancias que impiden el cumplimiento.⁶⁴

EL HARDSHIP EN LA JURISPRUDENCIA

La institución del hardship o excesiva onerosidad ha sido recogida tanto en la jurisprudencia arbitral, como en fallos judiciales expedidos por diversos órganos jurisdiccionales de carácter nacional.

Perillo encuentra en el caso *Pollard vs. Shaffer* al primer precedente jurisprudencial existente sobre el hardship. En este caso resuelto por la Corte de Pennsylvania en 1787, se concluyó que debido a que los riesgos de un evento (la Revolución Ame-

64. Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales (1988), p. 255.

ricana) no habían podido ser contemplados por las partes, el tenedor de una tierra no tenía ninguna responsabilidad por su imposibilidad para ejecutar el contrato. El autor señala que este no es un caso de imposibilidad, ni propiamente de frustración, sino un caso de *hardship*, resuelto hace más de doscientos años, que se ha mantenido “como un monumento en el Sahara, solo e ignorado”⁶⁵ y que debieron pasar muchos años para que la historia moderna del *hardship* comience.

Dentro del sistema de arbitraje de la ICC se han emitido algunos laudos muy significativos sobre la materia. Así, el Caso No. 1512, cuyo laudo fue expedido en 1971. La controversia surgió cuando un banco paquistaní alegó que el conflicto armado entre India y Pakistán de 1965 y la legislación de emergencia adoptada en ambos países por tal motivo, habían creado una situación que le liberaba de cumplir con su obligación de pagar el monto de una garantía rendida a favor de una compañía hindú, basándose en la doctrina inglesa de la frustración del contrato vigente en ambos países. El árbitro consideró que para que opere esta doctrina era necesario que exista un “cambio radical de circunstancias” que haya producido un “cambio radical en la obligación”. En su laudo, recordó que el principio *rebus sic stantibus* es de estricta y estrecha interpretación, y que no debe tomarse en cuenta solamente el carácter fundamental de los cambios ocurridos, sino además el tipo de contrato de que se trata, así como los requisitos de justicia y equidad en relación con cada una de las circunstancias del caso. Finalmente negó la alegación del banco paquistaní de que se había producido un cambio fundamental de circunstancias.⁶⁶

En el laudo No. 2404, también del sistema arbitral de la CCI, el tribunal arbitral consideró que el principio *rebus sic stantibus* invocado por una empresa rumana para justificar la no recepción de unas mercaderías suministradas por una empresa belga, no podía ser aplicado al caso, y recordó que esta noción debe ser utilizada con cuidado y prudencia, especialmente cuando la intención de las partes se encuentra claramente expresada en el contrato. Así mismo puntualizó que la alegación no podía ser aceptada por cuanto la parte rumana pretendía trasladar a su contraparte, su responsabilidad por los daños ocasionados, cuando la evidencia aportada reveló que podía haber minimizado el riesgo si hubiese actuado sin demora al momento en que tuvo conocimiento de los daños.⁶⁷

En el laudo No. 2478, el tribunal arbitral debía decidir sobre un reclamo por daños iniciado por una compañía francesa en contra de una empresa rumana que no había entregado una cierta cantidad de combustible debido a un cambio en el precio del

65. Joseph Perillo, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, pp. 3-4.

66. Laudo de la ICC No. 1512, YCA 1976, p. 128, disponible en <http://tldb.uni-koeln.de/>

67. Laudo de la ICC No. 2404, Clunes 1976, p. 995, disponible en <http://tldb.uni-koeln.de/>

petróleo. En su contestación, la empresa rumana alegó que la no entrega del combustible se encontraba plenamente justificada por cuanto en el contrato existía un apéndice en el que se preveía que en caso de una devaluación o revaluación del franco o del dólar, las partes debían examinar las consecuencias de la nueva situación monetaria y acordar medidas para re establecer el equilibrio contractual. El tribunal arbitral rechazó esta alegación pues consideró que el cambio del precio del petróleo no se encontraba amparado por esta cláusula que claramente estatúía la posibilidad de renegociación solamente en caso de una devaluación o revaluación monetaria.⁶⁸

En el laudo No. 8486, una empresa holandesa y otra de origen turco contrataron la instalación de una planta para la manufactura de un producto en el mercado turco. Se sometieron al arbitraje de la CCI y a la ley holandesa. Debido a dificultades financieras, el comprador turco pago solo el 3% del precio contractual por adelantado y no abrió la carta de crédito dentro del tiempo que había sido acordado en el contrato. La empresa holandesa ofreció entregar solo la mitad de la instalación. El comprador aceptó la oferta y la empresa holandesa expidió la factura por la mitad del precio originalmente convenido. El comprador hizo una contraoferta por aproximadamente el 60% del precio de entrega reducido. La empresa holandesa rechazó esa oferta, y luego de negociaciones infructuosas, inició el procedimiento arbitral ante la CCI. La empresa turca reconvino alegando que se había producido una dramática caída del precio del producto en el mercado turco, lo que a su juicio había generado hardship. El árbitro negó la reconvenCIÓN aplicando las disposiciones de la ley holandesa y los principios de la Unidroit. Señaló que las circunstancias alegadas por la empresa (circunstancias supervinientes no previstas) no permitían al tribunal liberarle de su obligación de pagar. Recordó que el hardship solo debe ser admitido en casos excepcionales, y que no puede ser empleado para trasladar la responsabilidad y los riesgos propios de la actividad comercial a la otra parte contractual. Finalmente resolvió que el tribunal arbitral no podía considerar las circunstancias imprevistas en la forma solicitada por la empresa turca, rechazando la alegación de que se había producido hardship.⁶⁹

Los órganos judiciales de algunos países se han referido también al hardship o cambio de circunstancias. Así, la jurisprudencia uruguaya, por ejemplo, en un primer pronunciamiento, aplicó la teoría de la imprevisión a un contrato de arrendamiento otorgado en dólares estadounidenses en el mes de agosto de 1982, decidiendo que las pérdidas derivadas de la brusca modificación de la cotización del dólar estadounidense, fuesen soportadas por ambos contratantes y no solo por el arrendatario. El otro fa-

68. Laudo de la ICC No. 2478, YCA, 1978, p. 222, disponible en <http://tldb.uni-koeln.de/>

69. Laudo ICC No. 8486, YCA, 1999, p. 162, disponible en <http://tldb.uni-koeln.de/>

llo, de 1984, constituye también un hito pues ordenó readecuar las condiciones económicas de un contrato por el cual una de las partes contraído obligaciones en dólares estadounidenses, antes de la devaluación monetaria ocurrida en el mes de noviembre de 1982. El fallo se afilió a la tesis que sustenta la necesidad de aplicar la teoría de la imprevisión como medio de mantenimiento del contrato, atenuando los efectos de la irrupción de un hecho imprevisible y extraordinario.⁷⁰

En la jurisprudencia costarricense, Rodríguez Varas refiere la Resolución No. 509 de 23 de noviembre de 1994, del Tribunal Superior Segundo Civil, que dijo:

Ciertamente los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (...) Ahora bien, para atenuar los duros efectos de que los pactos han de cumplirse, encontramos la cláusula “*rebus sic stantibus*” (...) En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación (...) Cuando las partes contratan, lo hacen con el propósito de obtener alguna ganancia o alguna ventaja. Esto es lícito; pero en ocasiones puede ocurrir que el convenio lejos de producirle alguna ventaja o ganancia, a alguna de las partes, le acarrea un verdadero gravamen. En estos supuestos resulta claro que el principio de que los pactos han de cumplirse –contenido en el artículo 1022 citado–, cede ante lo dispuesto en el también mencionado 1023, especialmente en su inciso 1, en tanto hace alusión a la equidad que debe prevalecer en toda obligación. Norma esta última que, como fue señalado, es fiel reflejo de la cláusula según la cual las obligaciones subsisten mientras las circunstancias originales no hayan experimentado fundamental modificación.⁷¹

CONCLUSIONES

Como colofón de lo expuesto, cabe señalar que, dentro del marco de la nueva ética de los negocios internacionales, es de esperar que poco a poco vaya atenuándose la estricta y clásica concepción de la rigurosa aplicación del principio *pacta sunt servanda*, y que el derecho comercial internacional vaya evolucionando de forma que sea capaz de incorporar a plenitud el axioma del *rebus sic stantibus*.

Mientras ello ocurre, seguirá siendo necesario que la doctrina continúe discutiendo y desarrollando la teoría del cambio de circunstancias, y que vaya resaltando los beneficios que acarrea para la contratación comercial moderna la flexibilización de

70. Galante y Martins Abogados, *Defensas procesales de los deudores en procesos ejecutivos y de ejecución*, en <http://www.cronicas.com.uy/hnimprimir.cgi?10466,0>

71. Luis Ricardo Rodríguez Varas, *Curso de Derecho de los Contratos*, disponible en <http://comunidad.vlex.com/aulavirtual/jurtesis5.doc>

principios cuya vigencia se explicaba plenamente en el pasado, pero que hoy en día, deben ser replanteados.

Por lo pronto, los contratantes cuentan con instrumentos que les permiten incorporar en sus acuerdos comerciales el tema del cambio de circunstancias y de la ruptura del equilibrio económico contractual. Amén de lo que ha sido expuesto en este trabajo, es más allá de recomendable el incluir cláusulas de hardship en los contratos comerciales internacionales. Las partes deben procurar, al redactar su contrato, cerrar la suerte de los supuestos de hardship a través de articulados lo más precisos posibles. Además, no deben descartar la conveniencia de designar un régimen que regule estos supuestos, que bien puede ser el de los Principios de la Unidroit o el de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, pues es poco probable que el derecho aplicable al contrato resulte suficientemente seguro. Adicionalmente, es de anotar que la aplicación del hardship, cual ocurre con la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, solo estará plenamente garantizada si se contempla la vía arbitral como método de solución de cualquier controversia que se pueda presentar, por encima del sometimiento a órganos jurisdiccionales nacionales. En última instancia, siempre corresponderá a estos decidir acerca de la aplicación del hardship a un caso concreto, y la experiencia ha evidenciado la conveniencia de que sean los árbitros quienes tengan en sus manos la facultad de decidir si se ha producido o no un cambio de circunstancias que lleve a la excesiva onerosidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alterini, Atilio Aníbal, *Teoría de la Imprevención y Cláusula de Hardship*, en http://www.alterini.org/tonline/to_aaa10.htm.
- Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*, en http://alterini.org/lu_antecodeur.htm
- Capítulo VIII: Hardship, *Principios de Derecho Transnacional y Lex Mercatoria*, en <http://www.tldb.de/>
- Carta de las Naciones Unidas*, en <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/>
- Cláusula estándar de Hardship de la CCI*, en <http://tldb.uni-koeln.de>
- Codice Civile Italiano*, en http://www.jus.unitn.it/cardozi/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm
- Galante y Martins Abogados, *Defensas procesales de los deudores en dólares en procesos ejecutivos y de ejecución*, en <http://www.cronicas.com.uy/hnimprimir.cgi?10466,0>
- Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (1988), en <http://www.jurisint.org/pub/02/sp/doc/488.htm>
- Le Tourneau, Philippe, “La ética de los Negocios y de la administración en el siglo XXI”, en <http://www.ucsm.edu.pe/rabarcaf/enas05.htm>

- Nassar, Nagla. *Sanctity of Contracts Revisited*, Londres, Dordrecht, 1995.
- Perillo, Joseph, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, Roma. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1996.
- *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Panamericana, 1998.
- Principios de la Unidroit sobre la Contratación Comercial Internacional con Comentarios*, en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles1994/fulltext.pdf>
- Remiro Brotons, Antonio, y otros, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Rimke, Joern, *Force majeure and hardship, Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, s/c, Kluwer, 2000.
- Rodríguez Varas, Luis Ricardo, *Curso de Derecho de los Contratos*, en <http://comunidad.vlex.com/aulavirtual/jurtesis5.doc>
- Sánchez Lorenzo, Sixto, *La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional*, en <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doc-trina/ip050322-d.asp>
- Van Houtte, Hans, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, en http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=117300
- Melis, Werner, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of Practices of the ICC Court of Arbitration*, disponible en http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=126600 por autorización de Kluwer Law International.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Munich, Cape Town, 1990.

El contrato de franquicia en el comercio internacional

*Lorena Castellanos Peñafiel**

El artículo destaca el rol trascendente que desempeña el contrato de franquicia en el mundo globalizado de hoy y su proyección jurídica en el comercio internacional. A tal efecto, parte del estudio de temas generales, tales como su origen, concepto, características, elementos y clasificación, para luego examinar, a profundidad, los rasgos que determinan su naturaleza jurídica, su aproximación a otros tipos contractuales y el régimen conflictual aplicable; analiza, así mismo, la incidencia de este contrato frente a los derechos de propiedad intelectual y a las tecnologías de la información y comunicación. Finalmente, descubre los aspectos más relevantes recogidos por la Ley Modelo de Franquicias aprobada por el UNIDROIT en el 2002.

FORO

GENERALIDADES SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Aunque en un comienzo la palabra franquicia se utilizó en el medioevo para hacer referencia a las autorizaciones especiales o privilegios¹ (tales como la dispensa permanente de pagar tributos al rey o al señor de la región o el derecho a la libre circulación) que, en función de determinadas actividades comerciales, pesca o explotación de recursos forestales,² otorgaban los soberanos a favor de las ciudades

* Abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador, máster en Derecho, (c) mención Derecho internacional económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Según algunos autores, el origen de la palabra franquicia bien puede ser el término francés ‘franc’, antecedente de ‘franchise’, que fue aplicado durante el medioevo como sinónimo de privilegio; de hecho, el primer documento que refleja la concesión de una franquicia fue otorgado en la localidad francesa de Chambez y data de marzo de 1232, aunque, con el advenimiento de la Edad Moderna, se perdió el rastro de su utilización debido a la falta de constancia documental. <http://www.buscarfranquicias.net>

2. *Ibídem*.

europeas que tenían cartas francas y de determinados súbditos³ –e incluso la propia Iglesia Católica, respecto de ciertos señores feudales que se encargaban de recabar sus impuestos–,⁴ no puede afirmarse que aquí resida el origen de la realidad económica y jurídica que hoy conocemos con tal denominación, ya que este antecedente es de orden terminológico⁵ y ha dado lugar, más bien, a las prerrogativas que en la actualidad concede el poder público a los particulares para la explotación de los servicios básicos.⁶

Así, pues, pese a que algunos autores aún sostienen que la auténtica implantación de esta figura se produjo con su exportación a los países europeos,⁷ lo cierto es que existe un consenso en decir que el ‘franchising’ o franquicia comercial surgió y se desarrolló en los Estados Unidos de Norteamérica, a consecuencia de los avatares sociológicos posteriores a la guerra de Secesión;⁸ en efecto, en este país, aproximadamente en 1850, se llamó de ese modo a la novedosa forma de distribución y venta que creó la compañía *Singer & Co* para colocar en el mercado a sus máquinas de coser.⁹

No obstante, la irrupción de la franquicia, como sistema de distribución comercial, tuvo lugar en 1929 cuando la empresa *General Motors* recurrió a un contrato estratégico que, al tiempo de respetar la independencia de las partes, favorecía la expansión de una red de distribuidores.¹⁰ A partir de entonces, este esquema comercial fue adoptado por un número creciente de empresarios norteamericanos hasta que, en la década de los sesenta,¹¹ se consolidó con el *business format franchising* o franqui-

-
3. Osvaldo J. Marzorati, *Franchising*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 2.
 4. “Una forma rudimentaria de franquicia surgió en la Europa medieval, cuando la Iglesia Católica autorizó a ciertos señores feudales a recolectar impuestos. Estos colectores retenían una parte de lo recibido y enviaban el dinero restante a la Iglesia.” *Ibidem*, p. 3.
 5. Ramón José Vázquez García, “El contrato de franquicia, propiedad industrial y competencia económica”, en *De-recho de la Propiedad Industrial*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, Monográfico, 1994, p. 221.
 6. Hoy en día, ‘franquicia’ es una palabra cuyo significado permite enunciar, según el contexto de análisis, tanto a los beneficios aduaneros o administrativos conferidos por el Estado en función de determinados acuerdos comerciales, principalmente de integración económica, cuanto al sistema de distribución comercial objeto del presente trabajo de investigación.
 7. Ramón José Vázquez García, “El contrato de franquicia, propiedad industrial y competencia económica”, en *De-recho de la Propiedad Industrial*, p. 222.
 8. *Ibidem*, p. 221.
 9. Osvaldo J. Marzorati, *Franchising*, p. 4.
 10. <http://www.buscarfranquicias.net>
 11. “El contrato de franchising aparece por primera vez al mundo jurídico-económico en el comercio nacional de Estados Unidos. Esto sucede luego de ocurrida la primera contienda mundial, pero no llega a consolidarse definitivamente sino en la década del sesenta”. Sonia Maldonado, *Contrato de franchising*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 19.

cia de empresa¹² que, a diferencia de la fórmula de negocios tradicional, incorporó a su estructura la transmisión de tecnología, del know how o conjunto de conocimientos, métodos y experiencia del franquiciador y la asistencia técnica permanente.¹³

CONCEPTO

Desde una perspectiva económica, se puede decir, en general, que definir la franquicia no presenta mayores dificultades, en tanto se pretenda destacar la idea de que se trata de “la copia legal de un negocio exitoso”¹⁴ basada en un “esquema ganar-ganar”,¹⁵ así, con detalle, Alfonso Riera, autor del libro *Lo elemental de las franquicias*, la conceptúa como:

...un formato de negocios dirigido a la comercialización de bienes y servicios a través de la cual una persona (franquiciador) concede a otra (franquiciado) el derecho de usar una marca o nombre comercial, transmitiéndole los conocimientos técnicos necesarios para que pueda comercializar determinados bienes y servicios con métodos comerciales y administrativos uniformes, a cambio de contraprestaciones previamente acordadas.¹⁶

Sin embargo, no ocurre lo mismo desde una perspectiva jurídica debido a que, a nivel doctrinal, todavía no existe un acuerdo sobre los elementos que, para cumplir con los parámetros de generalidad y uniformidad, deben incorporarse en el concepto de franquicia; de hecho, los aportes normativos provenientes del derecho comparado obedecen, en su mayoría, a diferentes criterios y, por ende, no han contribuido a zanjear el debate. De otro lado, también hay que mencionar que la atipicidad que caracteriza a la franquicia, como se analizará en su oportunidad, es otro factor que coadyuva a generar más interrogantes, sobre todo en torno a la resolución de conflictos.

12. Osvaldo J. Marzorati, *Franchising*, p. 4.

13. Marzorati afirma que, pese a la gran expansión de la franquicia en los Estados Unidos que ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial, el hito que dio verdadero auge al franchising fue la adopción de este sistema por parte de McDonald's, como medio para expandir su cadena de comidas de servicio rápido, ya que, según las cifras de 1999, en ese año ya contaba con más de 10.000 franquiciados. *Ibidem*, p. 5.

14. Corta definición propuesta por Leonidas Villagrán, director de la Asociación Ecuatoriana de Franquicias, recogida en semanario *Líderes*, “Lo que hay que saber de franquicias”, Quito, año 3, No. 29, lunes 29 de agosto de 2005, p. 4.

15. A decir de Xavier Gómez, “Gana el franquiciador porque comercializa una idea propia y así recupera la inversión del tiempo que le tomó el desarrollo y gana el franquiciado porque minimiza los riesgos de su inversión al escoger un formato de negocio probado”, *Ibidem*, p. 4.

16. Director de la Cámara Venezolana de Franquicias, *Ibidem*, p. 4.

Pese a ello, es notable el interés de los autores por conceptualizar esta figura comercial, tal es el caso de Osvaldo Marzorati, quien, con cierto formalismo, ha definido la franquicia comercial como:

... aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado “franquiciante”, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir sus bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan pre establecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales.¹⁷

De igual manera, T. Bodewing, citado por Asensio, en uso de una técnica descriptiva que permite una primera aproximación al contenido habitual de este contrato, ha señalado que:

la franquicia puede ser descrita como un sistema de relaciones de cooperación vertical basado en un contrato de larga duración, celebrado entre colaboradores jurídicamente independientes. En virtud de este contrato, el franquiciador concede al franquiciado el derecho y le impone la obligación de producir y/o vender ciertos productos o prestar servicios bajo sus marcas, nombre comercial, etc., asimismo, le comunica conocimientos técnicos de carácter industrial y comercial. El franquiciado, como contraprestación, abona una cuota por estos derechos y asume la obligación de respetar la política del sistema de franquicia.¹⁸

En lo que respecta al *soft law* y a sus fines de armonización y uniformidad, resulta imprescindible enunciar que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, aprobó, en septiembre de 2002, la Ley Modelo de Franquicia o *Model Franchise Disclosure Law* (MFDL) –cuyos aspectos más relevantes serán examinados más adelante– que define la franquicia como:

...conjunto de derechos cedidos por una parte (el franquiciador) autorizando y requiriendo a la otra parte (el franquiciado), a cambio de una compensación económica directa o indirecta, el compromiso de vender bienes o servicios de la franquicia, para su propio beneficio y conforme al sistema diseñado por el franquiciador, el cual incluye saber-hacer (know-how), asistencia técnica, los procesos sustanciales relativos a la operación y con-

17. Osvaldo Marzorati, *Franchising*, p. 5.

18. Pedro A. de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., Estudios de Derecho Mercantil, 2a. ed., 2000, p. 85.

trol de la franquicia y el uso de los derechos de propiedad intelectual vinculados con la misma.¹⁹

Por último, el protagonismo de este contrato en el mundo globalizado de hoy, a más de la ley modelo y, por cierto, anterior a ella, se ha plasmado en el Derecho comunitario europeo, a través del Reglamento (CEE) 4087/88; en función de este instrumento, que acentúa los elementos propios de los derechos de propiedad intelectual por sobre los de otra índole, se entiende por franquicia: “un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, *know-how* o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales”.²⁰

Y, por acuerdo de franquicia:

el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos:

- el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato.
- la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un *know-how*, y
- la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo.²¹

19. Esta es una traducción libre realizada por Marco Peres Useche, “Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de información”, en *Derecho Internacional de los Negocios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1a. ed., 2003, p. 211, en función del texto original del art. 2 de la *Model Franchise Disclosure Law*, titulado “Definitions”, que, respecto a la franquicia, dice: “franchise means the rights granted by a party (the franchisor) authorising and requiring another party (the franchisee), in exchange for direct or indirect financial compensation, to engage in the business of selling goods or services on its own behalf under a system designated by the franchisor which includes know-how and assistance, prescribes in substantial part the manner in which the franchised business is to be operated, includes significant and continuing operational control by the franchisor, and is substantially associated with a trademark, service mark, trade name or logotype designated by the franchisor. It includes: A) the rights granted by a franchisor to a sub-franchisor under a master franchise agreement; B) the rights granted by a sub-franchisor to a sub-franchisee under a sub-franchise agreement; C) the rights granted by a franchisor to a party under a development agreement”. El texto completo de esta ley modelo está disponible en idioma inglés en <http://www.unidroit.org>.

20. Art. 1.3., literal a) del Reglamento (CEE) 4087/88.

21. Art. 1.3., literal b) del mismo instrumento.

CARACTERÍSTICAS

Según Marzorati, la franquicia se caracteriza por reunir los siguientes rasgos generales:²²

- a) *Independencia de las partes*: Cada parte es jurídica y financieramente independiente de la otra.
- b) *Cooperación*: El franquiciado no solo debe usar la marca y los símbolos comerciales del franquiciador, sino también seguir sus instrucciones.
- c) *Permanencia de la relación*: Es una relación continua de distribución.
- d) *Formato uniforme*: Es un rasgo ligado a la marca y nombre comercial, signos distintivos que identifican al producto o servicio, que se manifiesta en casi todos los contratos de franquicia, a través de cláusulas tipo negociadas a base de disposiciones preestablecidas por el franquiciante.
- e) *Obligaciones del franquiciante*: Son, en esencia, tres: proveer el producto o servicio objeto de la franquicia, dar entrenamiento al franquiciado y brindarle asistencia permanente.²³
- f) *Obligaciones del franquiciado*: Contribuye con mano de obra, capital e información a la red de distribución.²⁴

ELEMENTOS

Pese a que es frecuente considerar que la licencia de marca y la comunicación del *know-how* son elementos imprescindibles en todo contrato de franquicia, lo cierto es que, en la realidad, este es un contrato que, a más de estos, incorpora otros elementos propios de distintos tipos contractuales²⁵ –tales como la licencia de derechos so-

22. Osvaldo Marzorati, *Franchising*, pp. 22-24.

23. Estas dos últimas obligaciones implican, básicamente, los siguientes aspectos: transmisión del *know-how*, las técnicas e instrucciones y el sistema para operar; la licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas, etc.; entrega de los manuales que detallan los sistemas y procedimientos operativos de la franquicia, con especificación de las relaciones con terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, pautas contables, cursos de capacitación del personal, seguro de los bienes y atención al público. <http://www.buscarfranquicias.net>

24. En relación con la cooperación y con más detalle, esto significa que el franquiciado debe ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante, adquirir la licencia de utilización de nombre, marca, etc., dar cumplimiento al programa de entrenamiento dictado por el franquiciante y guardar la debida reserva respecto a la información suministrada por este. <http://www.buscarfranquicias.net>

25. En un contrato de franquicia estos elementos no están siempre todos presentes, de ahí que su importancia varía según los casos, ya que, al pretender el establecimiento de un marco duradero de colaboración, el acuerdo inicial, en ocasiones, se complementa por acuerdos posteriores de ejecución; estos deben distinguirse de los acuer-

bre bienes inmateriales, la asistencia técnica, la concesión, el suministro y el arrendamiento, por citar algunos ejemplos— y, por tanto, combina las obligaciones inherentes a ellos; con esta aclaración, se considera importante destacar los siguientes:

- a) *Licencia de Marca*: Es un elemento esencial del contrato de franquicia ya que, a través de ella, el franquiciante transmite legalmente al franquiciado los derechos que, como titular, ejerce sobre la marca, signos o símbolos que distinguen la calidad, prestigio e imagen de su producto o servicio, junto con una serie de normas y métodos operativos que garantizan una comercialización uniforme.²⁶
- b) *Transferencia de un know how*: Se trata de un elemento clave que, sin duda, distingue la franquicia de otras figuras comerciales, en tanto el negocio que subyace de ella radica, más que en la venta de un mismo producto o servicio, en la emulación de un esquema de ventas exitoso;²⁷ en tal sentido, el *know-how*, integrado básicamente por el conjunto de conocimientos derivados de la experiencia del franquiciador,²⁸ abarca una gran cantidad de información de carácter comercial, referente a la distribución y venta del producto o servicio, a la gestión del negocio y a los métodos de administración de la empresa.²⁹
- c) *Regalías y Canon*: Confiere a la franquicia una de sus características más notables, cual es la de ser un contrato oneroso; en efecto, la regalía o ‘royalty’ es una contraprestación que consiste en el pago, por lo general mensual, que realiza el franquiciado al franquiciante, durante la vigencia del contrato, por concepto de los beneficios derivados de la explotación de la franquicia,³⁰ equivalente a un porcentaje sobre las ventas brutas que, en promedio, va del 3% al 6%.³¹ De otro lado, el canon, cuota inicial o ‘franchise free’ es el pago que, por concepto de ‘derecho de entrada’, hace el franquiciado, por una sola vez, cuando compra su participación en la red del franquiciante.³²

dos accesorios que, muchas veces, se concluyen junto al principal, pero en documentos separados y que se caracterizan por ser instrumentales con respecto al acuerdo básico de franquicia. Pedro A. de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, p. 88.

26. <http://www.buscarfranquicias.net>

27. Osvaldo Marzorati, *Franchising*, p. 7.

28. Semanario *Líderes*, “Lo que hay que saber de franquicias”, p. 4.

29. Fabián López Guzmán, *Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 256.

30. En la práctica, el total de los rubros que paga el franquiciado para tener derecho a explotar la franquicia son, básicamente, los siguientes: 1. Pagos iniciales; 2. Derechos de Franquicia y áreas; 3. Entrenamiento; 4. Aprobación del sitio adecuado para el establecimiento del negocio; 5. Diseño arquitectónico; 6. Pagos periódicos; 7. Regalías (Por porcentaje fijo, posible incremento o decremento según ventas, mixto o cuota mínima); 8. Por servicios diversos, etc. <http://www.franquiciadores.com>

31. Semanario *Líderes*, “Lo que hay que saber de franquicias”, p. 4.

32. *Ibidem*, p. 4.

- d) *Territorio*: Se trata de la delimitación del ámbito territorial dentro del cual el franquiciado desarrollará la actividad comercial prevista en el contrato de franquicia.
- e) *Asistencia del franquiciante al franquiciado*: Es un elemento que, junto a la transmisión del *know how*, distingue al contrato de franquicia de otros tipos contractuales; se materializa, por lo general, en los manuales de operación que son documentos que estandarizan la forma de operar de una franquicia, pues contienen información relativa a temas de producción, contabilidad, recursos humanos, publicidad, promoción y mantenimiento.³³
- f) *La no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar*: Es una previsión legal contenida en una cláusula específica del contrato de franquicia que, por un lado, pretende evitar la posibilidad de que el franquiciante realice actos de competencia desleal que perjudiquen a su propia red de distribución y, por lo mismo, al franquiciado; y, por otro, prohíbe, excepto acuerdo en contrario, que éste subcontrate la franquicia con terceros.³⁴
- g) *Confidencialidad*: Subyace de la obligación de secreto que el franquiciado conviene a favor del franquiciador, que se prolonga por un plazo prudencial posterior a la conclusión del contrato, en virtud de su acceso a información que, por ser la clave del éxito del negocio, es de carácter confidencial.³⁵
- h) *Plazo de duración del Contrato*: Las partes, por lo general, tienden a establecer un plazo lo suficientemente largo para recuperar la inversión inicial hecha por el franquiciante; en el derecho comparado y en función de la autonomía de la voluntad, las partes pueden rescindir el contrato sin causa y en cualquier tiempo.³⁶

CLASIFICACIÓN

En función de la diversidad de elementos que pueden contener, los contratos de franquicia son susceptibles de ser clasificados según infinidad de criterios, así, es muy común aquella distinción entre franquicia industrial, de distribución y de servicios, según tenga la franquicia por objeto la fabricación de productos, la venta de bienes o la prestación de servicios.³⁷

33. *Ibidem*, p. 4.

34. <http://www.franquiciadores.com>

35. *Ibidem*.

36. *Ibidem*.

37. Ramón José Vázquez García, "El contrato de franquicia, propiedad industrial y competencia económica", en *De-recho de la Propiedad Industrial*, pp. 230-232.

Del mismo modo, es frecuente la diferenciación entre *franquicia de producto y marca registrada (de venta)*, cuando únicamente se limita a la distribución y venta de productos con marca registrada, y *franquicia de negocio llave en mano o paquete*, en los casos en que la franquicia consista en la habilitación de una unidad completa de comercialización y explotación,³⁸ así como también la de *franquicia maestra o master*, si pertenece a un inversionista que compra el derecho exclusivo de desarrollo de una franquicia en un territorio determinado, y *franquicia individual o subfranquicia*, si es una unidad de negocio que funciona con los derechos otorgados por el franquiciante maestro dentro de su territorio.³⁹

Por el contrario, aunque comienza a tener un impulso inusitado,⁴⁰ todavía no es del todo habitual hablar de la *microfranquicia* o franquicia de crisis o de bajo impacto que, si bien es una reproducción a escala del modelo tradicional, se diferencia de este en la magnitud del negocio y en los costos de inversión que, según los expertos, no sobrepasa de tres veces el PIB *per cápita* de un país.⁴¹

Tampoco es muy usual la *franquicia híbrida* o licencia-franquicia, que, a decir de Marzorati, puede definirse, desde una perspectiva técnica, como la licencia de un sistema que, a su vez, engloba las marcas y, con éstas, otras prestaciones, caracterizada por ser, en muchos países, una modalidad más eficiente de instrumentación contractual en la cual existe asistencia técnica inicial, pero no posterior.⁴²

Ahora bien, está claro que estas clasificaciones son escasamente irrelevantes desde la óptica del derecho aplicable, pues, como señala Pedro A. de Miguel Asensio, responden, en definitiva, a la naturaleza de la prestación del sistema de franquicia al cliente final, en lugar de encarnar la esencia de los vínculos entre franquiciador y franquiciado;⁴³ en un contexto jurídico, entonces, lo en verdad valioso es que la división parte de la diversa configuración de las relaciones entre franquiciador y franquiciado, en función de sus intereses y de la articulación de un sistema de subordinación o de equilibrio.⁴⁴

38. <http://www.franquiciadores.com>

39. Semanario *Líderes*, “Lo que hay que saber de franquicias”, p. 4.

40. Aunque el término microfranquicia ya se comenzó a escuchar en Europa en la década de los 80 y en Estados Unidos, en el 2000, todavía es un concepto empresarial poco desarrollado: lo lideran México, Brasil e India; sin embargo, se trata de una figura con gran potencial que se está abriendo paso en América Latina, en países como Venezuela, Colombia y Ecuador. *Ibidem*, p. 8.

41. En México o Brasil, por ejemplo, la inversión en una microfranquicia puede llegar hasta los 15 000 o 18 000 dólares porque el PIB *per cápita* oscila entre los 5 000 y 6 000 dólares anuales; en Ecuador, cuyo PIB *per cápita* fue de 3 700 dólares en el 2004, esta inversión sería aproximadamente de 11 100 dólares. *Ibidem*, p. 8.

42. Osvaldo J. Marzorati, *Franchising*, p. 74.

43. Pedro A. de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, p. 88.

44. *Ibidem*, p. 88.

De esto último, se colige que, según el tipo de relación que exista entre las partes, la franquicia puede ser: de subordinación (*Subordinations-Franchising*), cuando el franquiciado ocupa una posición de dependencia, convirtiéndose casi en un simple instrumento de la política del franquiciador;⁴⁵ y, de coordinación (*Partnerschafts-Franchising*), si el franquiciado colabora desde una situación de igualdad, interviene directamente en la configuración de la política del sistema de franquicia y desarrolla su propio negocio sin la injerencia del franquiciador.⁴⁶

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

RASGOS JURÍDICOS ESENCIALES

La determinación de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, al igual que los dos aspectos ya analizados, es otro punto de intensa discusión doctrinaria que aún carece de respuestas definitivas; sin embargo, en función de los distintos criterios vertidos al respecto, es posible decir, sin temor a equivocaciones, que se trata de un contrato con las siguientes características:

Consensual, porque se perfecciona con el simple consentimiento y, en algunas jurisdicciones, hasta puede ser verbal; *bilateral o sinalagmático*, pues las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra; *oneroso*, en razón de que las ventajas que genera son concedidas previo el pago de una contraprestación; *commutativo*, ya que los beneficios que se proporcionan las partes son ciertas, recíprocas y no dependen de ninguna eventualidad; y, *de tracto sucesivo*, porque las prestaciones a cargo de ambas partes son de carácter continuo o repetido y deben cumplirse en períodos convenidos.⁴⁷

A más de estos caracteres, el contrato de franquicia se caracteriza por: la *autonomía*, en tanto no existe una relación de dependencia jurídica entre las partes, lo cual no debe confundirse con la asistencia técnica y la facultad de control que ejerce el franquiciador sobre el franquiciado; la *cooperación*, pues el franquiciado desarrolla su actividad, en concurrencia con una actividad ajena (la del franquiciador), pero en forma independiente; y, el *intuitu personae*, en razón de que, para celebrar el contrato, es fundamental tener en cuenta la calidad de los contratantes con el fin de garantizar la correcta explotación del negocio.⁴⁸

45. *Ibidem*, p. 88.

46. *Ibidem*, p. 307.

47. Osvaldo Marzorati, *Franchising*, p. 24.

48. *Ibidem*, pp. 24-26.

Pero, sin restar importancia a los rasgos anteriores, es indudable que, en la práctica, la atipicidad es el espíritu de la franquicia; en efecto, pese al lugar protagónico que ha alcanzado esta figura contractual en la economía mundial, la falta de normativa y, en el mejor de los casos, la existencia de una ‘legislación light’,⁴⁹ todavía es una situación común en la mayoría de sistemas jurídicos. En consecuencia, los países que han adoptado una regulación específica sobre el tema siguen siendo pocos: Albania, Australia, Brasil, Canadá, China, Francia, Indonesia, Japón, Corea, Malasia, México, Rumanía, Francia, España y Estados Unidos.⁵⁰

Otra nota básica de la franquicia es, según Ramón Vázquez, la de ser un contrato de adhesión,⁵¹ en tanto el contrato libremente discutido es cada vez menos utilizado debido a que, para lograr un efecto de estandarización, el franquiciante, en forma unilateral y previa, redacta un contrato cuyo contenido impondrá a los futuros miembros de la red, de modo que, cada franquiciado esté unido a él por contratos independientes pero de idéntico contenido;⁵² se trata, pues, de un contrato tipo o modelo que fija, de antemano, las condiciones generales que pasan a formar parte, sin modificaciones relevantes, de otro contrato futuro.⁵³

Al respecto, Sonia Maldonado⁵⁴ considera que, pese a que en la práctica el franchising puede instrumentarse bajo esta fórmula, no se lo puede calificar como un contrato de adhesión, en vista de que, aun cuando los textos de ambos contratos, el del tipo y el del individual, sean idénticos, las condiciones consignadas en el primero de ellos son acordadas por quienes tienen intereses contrapuestos o divergentes; por tanto, al reproducir tales cláusulas, pactadas de común acuerdo, no hay imposición de voluntades. Sin embargo, este análisis no parece tan verosímil si se tiene en cuenta que, en esta clase de contratos, la libertad de negociación de una de las par-

49. Con este término se hace referencia a una legislación mínima, concebida para estimular el crecimiento económico y, al mismo tiempo, garantizar un marco de seguridad jurídica a los contratantes, que, como en el caso de México, por ejemplo, comprende únicamente dos artículos situados en dos cuerpos legales diferentes: el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, que establece una definición de franquicia, la obligatoriedad de contar con la Circular de Oferta de Franquicia (COF), previo a la suscripción del contrato, y precisa la obligación de franquiciador y franquiciado de inscribir el contrato de franquicia ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI); y, el artículo 65 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, que define con exactitud el contenido de la COF. <http://www.franquiciadores.com>

50. Marco Peres Useche, “Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de información”, en *Derecho Internacional de los Negocios*, p. 212.

51. Ramón José Vázquez García, “El contrato de franquicia, propiedad industrial y competencia económica”, en *Derecho de la Propiedad Industrial*, p. 230.

52. “Este esquema produce relaciones bilaterales a las que se superponen otras de naturaleza multilateral de lo cual resulta que, en la práctica, todos están obligados”. Sonia Maldonado, *Contrato de franchising*, p. 29.

53. *Ibídem*, p. 76.

54. *Ibídem*, pp. 79 y 80.

tes, en este caso, el franquiciado, queda restringida a la aceptación o rechazo del contenido contractual predeterminado.

Para concluir este apartado, cabe señalar también que la franquicia es un contrato a largo plazo y de colaboración, no de cambio, puesto que las partes tienen intereses comunes: prestigiar la marca, la negociación y obtener mayores ventas y utilidades.⁵⁵

APROXIMACIÓN A OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES

El contrato de franquicia, conforme se ha señalado en páginas anteriores, es el punto de convergencia de elementos propios de distintos tipos negociales, de ahí que la doctrina, no en pocas ocasiones, lo ha asociado, e incluso confundido, con algunos de ellos, en tanto se trata de modalidades contractuales que cumplen, unas más que otras, con una función económica de integración de empresas.

Así, pues, se ha dicho que el contrato de franquicia es muy similar al contrato de suministro, muy utilizado en el sector industrial por asegurar un volumen fluido de insumos al productor, porque, al igual que éste, busca una colocación significativa de bienes y servicios, pero, en verdad, entre ambos hay más diferencias que similitudes: la marca, el método franquiciado, el interés continuo de ambas partes en el producto final son elementos totalmente ajenos al contrato de suministro, de modo que éste puede incorporarse en un contrato de franquicia, aunque no es un elemento esencial.⁵⁶

También se ha sostenido, como indica Marzorati refiriéndose a la doctrina de Guynénot, que la franquicia constituye una modalidad o variante del contrato de concesión, por ser un modo de cooperación interempresarial que hace uso de las técnicas contractuales propias de las agrupaciones de concesionarios; sin embargo, la autorización del uso de una marca, la transmisión de un método de comercialización y el pago de prestaciones periódicas diferencian radicalmente la concesión de la franquicia: en ésta son ingredientes esenciales, mientras que en aquella no existen.⁵⁷

Igualmente, se ha afirmado, que entre el contrato de franquicia y el de distribución existe una gran aproximación, en tanto el franquiciador y el distribuidor, respectivamente, negocian por cuenta propia; no obstante, las distancias entre ellos son evi-

55. <http://www.franquiciadores.com>

56. Osvaldo Marzorati, *Franchising*, pp. 27 y 28.

57. *Ibidem*, pp. 28-31.

dentes: mientras la distribución es un contrato en el que el distribuidor compra las mercaderías fabricadas por su comitente para revenderlas, la franquicia, en cambio, da lugar a un medio de distribución de la producción del fabricante⁵⁸ y, por tanto, constituye un método para clonar un negocio exitoso.⁵⁹

Por fin, Sonia Maldonado distingue al franchising del contrato de *engineering o ingeniería*, en función del cual, a diferencia de aquel, una empresa proporciona a otra los antecedentes y estudios técnicos, de alto nivel de especialización, sobre un proyecto y, en la mayoría de casos, a ejecutar una instalación industrial.⁶⁰

RÉGIMEN CONFLICTUAL

La heterogeneidad de las prestaciones que comprende un contrato de franquicia, a criterio de Pedro A. de Miguel Asensio, no encubre su carácter unitario frente a los contratos de ejecución posteriores, necesarios debido al carácter duradero de la colaboración, y a otros acuerdos accesorios;⁶¹ de hecho, en función de la conexidad existente entre ellos, la ley que lo rige también les es aplicable y, por tanto, al menos en principio, no deberían suscitarse dificultades.⁶²

La realidad demuestra, sin embargo, que las soluciones disímiles sí pueden presentarse a la hora de determinar el régimen conflictual aplicable a los casos concretos, porque la doctrina y la jurisprudencia comparadas, como apunta el mismo autor, todavía no han logrado un consenso, básicamente, sobre la localización objetiva y la prestación característica de esta figura contractual; así, pues, con relación al primer aspecto, las opiniones más extendidas han indicado que el criterio de conexión puede ser tanto la sede del franquiciador cuanto la sede del franquiciado, en lugar de la ley del país de protección de los derechos de propiedad industrial objeto del contrato.⁶³

58. *Ibidem*, p. 31.

59. Al respecto, resulta muy útil y explicativa la siguiente cita: “Para entender mejor qué es una franquicia, cabe pensar un minuto en la Oveja Dolly. ¿Qué tenía ella de su madre? Todo: los ojos, el color del pelo, la forma de las patas, etc. Si bien Dolly era un ser individual e independiente, recibió toda la información genética de su progenitora, lo cual la hizo idéntica a ella. Lo mismo pasa con las franquicias. El franquiciado, en este caso, sería Dolly; el franquiciador, su madre y la información genética el ‘know-how’. ¿Qué es entonces una franquicia? Simple: la clonación de un negocio”. Revista *Lideres*, “Lo que hay que saber de franquicias”, p. 4.

60. Sonia Maldonado, *Contrato de Franchising*, p. 67.

61. Pedro A. de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, p. 302.

62. Por citar un ejemplo, para determinar el ordenamiento aplicable a un contrato de licencia de know-how, no opera la ley de la sede del licenciatario (prestador característico) si tal contrato está destinado a la transmisión por un franquiciador de nuevos conocimientos que harán posible una mejor explotación de la franquicia por parte de un franquiciado (licenciariado), sino que la conexidad con el contrato de franquicia es determinante para precisar la ley más vinculada con el contrato de licencia. Ejemplo planteado por el autor. *Ibidem*, p. 303.

63. *Ibidem*, pp. 303-304.

En referencia al segundo aspecto, a diferencia de aquella que defiende su radical inexistencia, la postura mayoritaria considera que no es posible identificar la prestación característica del contrato de franquicia, debido a la complejidad y peculiar configuración de su contenido obligacional; de otro lado, para quienes piensan que ello sí es factible, la solución está dividida: unos dicen que tal prestación le corresponde al franquiciador, pues él asume la obligación de poner a disposición de la contraparte el sistema de franquicia, mientras que otros, en cambio, afirman que esta es realizada por el franquiciado, por ser él quien promueve los objetivos del sistema.⁶⁴

Con todo, si bien es controversial concluir quién es el prestador característico, se ha considerado que, en caso de conflicto, debe aplicarse, como regla general, la ley del país de la sede del franquiciador, por ser la más vinculada con el contrato de franquicia, ya que es él quien aporta, en mayor medida que el franquiciado, los elementos esenciales del entramado empresarial que se transmite en función de este tipo comercial.⁶⁵

Mas, como la aplicación de esta regla depende del tipo de franquicia que se instrumente, es fundamental destacar que, si bien en la franquicia de subordinación rige sin dificultad alguna, en la de coordinación no ocurre lo mismo, pues el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que se prevé la difusión de la franquicia, que, por lo general, es el país de la sede del franquiciado;⁶⁶ de forma análoga, si se trata de una franquicia principal, debe presumirse que el país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato es aquel en el que se halla el establecimiento del franquiciado principal.⁶⁷

En último lugar, si, en el contexto de la modificación de las reglas convencionales del derecho conflictual, se reflexiona sobre la “transacción entre ausentes”⁶⁸ a que ha dado lugar el uso masivo de Internet, no es difícil advertir que la franquicia, al igual que otros contratos mercantiles, se celebra con frecuencia en el ciberespacio –por cierto, en un entorno de mínima seguridad jurídica⁶⁹– y que, en estos casos, el tema de la regla de conflicto y la ley aplicable, al tratarse de acuerdos de carácter privado, se explica en función del principio de la autonomía de la voluntad, que, como

64. *Ibidem*, p. 304.

65. *Ibidem*, pp. 305 y 306.

66. Si esta difusión debe ocurrir en varios países y uno solo coincide con el establecimiento de una de las partes, comúnmente el del franquiciado, se aplica la ley de ese país. *Ibidem*, p. 308.

67. *Ibidem*, p. 308.

68. José María Chillón Medina, “El derecho ante internet y la sociedad de la información”, en *Derecho Internacional de los Negocios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1a. ed., 2003, p. 57.

69. “No existe en efecto seguridad jurídica sin previsibilidad de la normativa aplicable, del alcance y naturaleza de las situaciones jurídicas alcanzadas y de la puesta a disposición de las partes de un eficaz sistema de resolución de controversias o conflictos surgidos en este medio específico.” *Ibidem*, p. 57.

tal, suple la carencia temporal y espacial que caracteriza esta vía electrónica, aunque no elimina la necesidad de imponer legislativamente otros criterios de determinación subsidiarios.⁷⁰

PROYECCIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

EL CONTRATO DE FRANQUICIA FRENTE A LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En el contexto de los contratos de franquicia, como bien afirma Pedro A. de Miguel Asensio, es muy frecuente la explotación de los derechos de propiedad intelectual, así pues, resulta fundamental la incorporación de cláusulas destinadas al aprovechamiento de los derechos de propiedad industrial y *know-how* y, en particular, de los derechos sobre signos distintivos –tales como la marca, el nombre comercial, el rótulo de establecimiento– porque, al acercar al consumidor hacia la identificación del prestigio empresarial de la red de distribución, constituyen, según se mencionó oportunamente, el elemento más valioso de la franquicia.⁷¹

La transmisión de conocimientos técnicos reservados, sobre todo los referentes a la gestión del negocio y a la comercialización de los productos, es otro aspecto muy explotado en un contrato de franquicia, no así los derechos de patente, excepto en los casos de franquicia industrial que se caracteriza por la fabricación de productos, que son menos usuales y que comprenden, por ejemplo, los diseños industriales y los derechos de autor, relacionados con los manuales de instrucciones o programas informáticos.⁷²

La importancia que reviste la transmisión parcial de derechos sobre bienes inmateriales o intangibles es de tal magnitud que la franquicia ha sido asimilada a los contratos de licencia⁷³ –recuérdese, al respecto, el formato de franquicia híbrida– y, en particular, a los de licencia de marca; en ese contexto, se ha conceptuado al contrato

70. *Ibidem*, pp. 60 y 61.

71. Pedro A. de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, p. 86.

72. *Ibidem*, p. 86.

73. Charles W.L. Hill, por ejemplo, dice que el franquiciamiento es básicamente una forma especializada de licenciamiento en la que el franquiciador no solo vende propiedad intangible (que normalmente es una marca registrada, aunque incluye también invenciones, fórmulas, procesos, diseños y copyrights,) al franquiciado, sino que insiste además en que éste observe una serie de reglas estrictas relativas a la manera de dirigir el negocio. Charles W.L. Hill, *Negocios Internacionales. Competencia en un mercado global*, México D.F., McGraw-Hill Interamericana Editores S.A. de C.V., 3a. ed., 2000, pp. 488-490.

de franquicia como una licencia cuyo objeto es “la empresa como bien inmaterial” o, incluso, una “licencia destinada a establecer un mecanismo de distribución”.⁷⁴

Pero, según el acertado criterio de Pedro A. de Miguel Asensio, es inadmisible reducir la naturaleza de los contratos de franquicia a la concesión de una licencia, porque existen supuestos de franquicia de distribución, por ejemplo, en los que, como tal, no existe licencia de derechos de propiedad industrial; además, esa asimilación carece de fundamento en la franquicia de subordinación.⁷⁵

De otra parte, debido a que la incorporación de los activos tecnológicos en los negocios internacionales cada vez es más habitual, la franquicia industrial ha sido considerada como una de las categorías pertenecientes al género de los “contratos de transferencia de tecnología”,⁷⁶ ya que en el marco de sus cláusulas, a más de que el franquiciado obtiene el *know how* y, en algunos casos, la licencia de patentes, marcas y diseños industriales, para fabricar un producto que se distribuye bajo la marca del franquiciante, es posible dar paso a la elaboración de productos o procedimientos tecnológicos; muestra de ello es que, en la actualidad, se hace uso de este contrato para llevar a cabo la construcción de parques tecnológicos y de centros de entretenimiento y de enseñanza científica.⁷⁷

EL CONTRATO DE FRANQUICIA FRENTE A LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

El uso creciente de las llamadas Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), que comprenden tecnologías relativas a infraestructura física (redes de computadores, televisión digital, teléfonos celulares digitales, líneas telefónicas, redes de fibra óptica, redes inalámbricas y cualquier tipo de hardware) y aplicaciones de servicios genéricos que permiten la generación de valor agregado a base de la utilización de la infraestructura física (software, almacenamiento remoto en web, navega-

74. Pedro A. de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, pp. 86-87.

75. *Ibídem*, p. 87.

76. Según refiere Daniel Peña, este amplio género incluyó, en un principio, categorías tan usuales como el contrato “llave en mano” o soluciones integrales de ingeniería utilizados en la industria petrolera, siderúrgica y cervecera, la licencia de know how y las licencias de propiedad industrial, conocidos bajo la denominación de “contratos industriales” y, paulatinamente, se amplió hasta incorporar los contratos de cooperación tecnológica, *outsourcing*, subcontratación, asistencia y servicios técnicos, consultoría, educación continuada, alianzas estratégicas, patrocinio de investigación, franquicias productivas-tecnológicas, de protección de la biodiversidad y del medio ambiente, uso de bases de datos científicos y de acceso a recursos genéticos, entre otros. Daniel Peña Valenzuela, “Tendencias actuales de la contratación sobre transferencia de tecnología”, en *Derecho Internacional de los Negocios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1a. ed., 2003, pp. 165-166.

77. *Ibídem*, p. 167.

dores y programas multimedia),⁷⁸ ha causado un fuerte impacto en las formas tradicionales de ejercer la actividad comercial a nivel internacional y, por ende, también en el derecho que la rige.

En ese sentido, es indiscutible que el contrato de franquicia puede nutrir y afianzar sus elementos y características con la utilización de Internet, ya que, al ser una red abierta y descentralizada que permite la transmisión de información en forma instantánea,⁷⁹ se transforma en un canal primario de comunicación con los franquiciados, que facilita que la calidad e imagen de los establecimientos, productos y servicios se conserven en niveles razonables.⁸⁰

Más aún, a decir de Marco Peres Useche, este medio digital también puede ser utilizado para eliminar la desintermediación entre los franquiciados y los consumidores, en la medida en que el sitio web del franquiciador canalice sus preferencias y necesidades, directamente o a través de sus franquiciados.⁸¹

Ante esta realidad, la proliferación de fuentes extra estatales de producción de normas jurídicas ha derivado en una auténtica *lex electrónica*,⁸² resultado de la adaptación de la antigua *lex mercatoria* a las tendencias impuestas por los complejos cambios científicos y tecnológicos,⁸³ que ha desplazado la normativa estatal en múltiples aspectos; en el caso específico de la franquicia, esta incidencia pone de relieve, más que nunca, la necesidad de un serio esfuerzo gubernamental para solucionar, vía legislativa, los problemas derivados de su carácter atípico.

Algunos países,⁸⁴ conscientes de esta situación y de sus riesgos, ya han dado el primer paso al adoptar, como legislación o códigos de autorregulación,⁸⁵ normas de revelación de información en negocios de franquicia, con el propósito de ofrecer res-

78. Marco Peres Useche, "Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de la información", en *Derecho Internacional de los Negocios*, pp. 213-214.

79. José María Chillón Medina, "El derecho ante internet y la sociedad de la información", en *Derecho Internacional de los Negocios*, p. 42.

80. Marco Peres Useche, "Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de la información", en *Derecho Internacional de los Negocios*, pp. 214-215.

81. *Ibidem*, p. 215.

82. El concepto y la terminología específica de la *lex electrónica* han sido propugnados por V. Gautrais, G. Lefebvre y K. Benyekhlef. "Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la *lex electronica*", en *RDAI- IBLF*, pp. 547 a 683; E.A. Caprioli y R. Sorieul. Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales, *fourn.dr.int.*, v. 124, 1997, pp. 323 a 401. Cita del autor. José María Chillón Medina, "El derecho ante internet y la sociedad de la información", en *Derecho Internacional de los Negocios*, p. 45.

83. *Ibidem*, p. 45.

84. Albania, Australia, Brasil, Canadá, China, Francia, Indonesia, Japón, Corea, Malasia, México, Rumania, España y Estados Unidos. Marco Peres Useche, "Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de la información", en *Derecho Internacional de los Negocios*, p. 212.

85. *Ibidem*, p. 212.

puestas jurídicas apropiadas y viables para los distintos conflictos que se suscitan, sobre todo para aquellos casos en que los franquiciados son engañados por falsos franquiciadores.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY MODELO DE FRANQUICIAS

La Ley Modelo de Franquicias (MFDL) o *Model Franchise Disclosure Law*, aprobada por el UNIDROIT en el 2002, no es un tratado internacional sino un instrumento jurídico de derecho uniforme y, como tal, su aplicación no es obligatoria, de modo que su adopción por parte de un Estado no lo vincula a él o a sus nacionales con otros estados o sus nacionales;⁸⁶ su texto, como la de cualquier ley modelo, cumple con la función de orientar a los legisladores en la elaboración de la respectiva normatividad interna, mas, al participar de las características del *soft law*, puede ser modificado total o parcialmente y sin limitación alguna en el proceso de discusión legislativa.⁸⁷

A criterio de Marco Peres Useche, se trata, ante todo, de una ley de información porque establece obligaciones vinculadas con la revelación de información en los negocios de franquicia: el ámbito de aplicación de la MFDL comprende la obligación del franquiciador de revelar información al prospecto de franquiciado cuando realice ofertas de franquicias y cuando se renueve la franquicia;⁸⁸ al respecto, el art. 3 (B) establece que esta ley debe ser observada en el espacio temporal que antecede la celebración de un contrato de franquicia o de la realización de su prórroga.⁸⁹

En cuanto a los tipos de franquicia se refiere, esta ley modelo, en su art. 2, define las franquicias de desarrollo (*development agreement*)⁹⁰ y las franquicias maestras (*master franchise*),⁹¹ aunque no preceptúa requisitos legales relativos, en forma ge-

86. *Ibídem*, p. 218.

87. *Ibídem*, p. 218.

88. *Model Negociales Franchise Disclosure Law*, art. I. Cita del autor. Marco Peres Useche, "Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de la información", en *Derecho Internacional de los Negocios*, p. 220.

89. El art. 3 titulado "Delivery or disclosure document", literal (B), dice: "the payment to the franchisor or an affiliate of the franchisor by the prospective franchisee of any fees relating to the acquisition of a franchise that are not refundable or the refunding of which is subject to such conditions as to render them not refundable, with the exception of a security (bond or deposit) given on the conclusion of a confidentiality agreement". *Model Franchise Disclosure Law*.

90. El art. 2, *ibidem*, titulado "Definitions", dice: "development agreement means an agreement under which a franchisor in exchange for direct or indirect financial compensation grants to another party the right to acquire more than one franchise of the same franchise system".

91. Más adelante, el mismo artículo dice: "master franchise means the right granted by a franchisor to another party (the sub-franchisor) to grant franchises to third parties (the sub-franchisees)". *Ibídem*.

neral, a la validez de estos acuerdos.⁹² Así mismo, el mencionado artículo contiene, a manera de glosario, las definiciones de términos importantes, tales como el franquiciador, el franquiciado, el instructivo de franquicia, la subfranquicia y el Estado, entendido como el espacio de cobertura espacial de este sistema.

A su turno, el art. 3 precisa el alcance de la obligación de revelación de información al señalar, básicamente, que el franquiciador debe entregar a cada interesado o prospecto de franquiciado un documento que revele los aspectos esenciales de la franquicia y al cual se adjunte el texto del contrato de franquicia, por lo menos catorce días antes de la firma por parte del prospecto de franquiciado de cualquier acuerdo relacionado con la franquicia;⁹³ de acuerdo al art. 4, el indicado documento debe ser presentado por escrito y en cualquier formato.⁹⁴

Finalmente, el art. 6 señala expresamente que la información que debe ser incluida en este documento se refiere a: identificación y ubicación del franquiciador, marca de la franquicia, ubicación de la operación local, descripción de la franquicia, experiencia y trayectoria del sistema de franquicia, directivos de la franquicia, acciones legales vinculadas con la franquicia, acciones de quiebra o insolvencia, franquicias de la red, franquiciados que han abandonado el sistema, licencias de propiedad intelectual, productos y servicios, aspectos financieros de la franquicia, mercado de los productos y servicios de la franquicia y otra información específica.⁹⁵

CONCLUSIONES

La franquicia es una modalidad contractual que, pese a la falta de regulaciones jurídicas estatales, ha logrado un fuerte posicionamiento en la economía mundial, gracias a un novedoso sistema de comercialización que combina elementos de distintos tipos negociales; en efecto, los derechos de propiedad intelectual y, más específicamente, los de propiedad industrial, que, a su vez, incorporan importantes activos tecnológicos de gran valor para los actuales negocios internacionales, son explotados con frecuencia en el marco de este contrato, debido a que guardan relación directa

92. Marco Peres Useche, "Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de la información", en *Derecho Internacional de los Negocios*, p. 220.

93. Se exceptúa la suscripción de "los acuerdos de confidencialidad que suministre el franquiciador o antes del pago que realice el prospecto de franquiciado de cualquier derecho relativo a la adquisición de la franquicia y que no sea reembolsable". *Ibidem*, p. 220.

94. El citado art. 4, titulado *Format Of Disclosure Document*, indica "1. Disclosure must be provided in writing. 2. The franchisor may use any format for the disclosure document, provided that the information contained therein is presented as a single document at one time and meets the requirements imposed by this law".

95. Marco Peres Useche, "Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de la información", en *Derecho Internacional de los Negocios*, pp. 220-227.

con el secreto del éxito de la red dirigida por el franquiciante: los consumidores asocian la marca, los símbolos distintivos y los establecimientos, por citar algunos aspectos, con el prestigio y calidad de los productos y servicios.

En ese contexto, es evidente que la atipicidad que caracteriza la franquicia no ha representado un freno para su desarrollo, pues, por el contrario, las costumbres y usos internacionales contenidos en la *lex mercatoria* tradicional y, más aún, en la *lex electrónica*, han permitido que esta se desenvuelva, según parámetros dinámicos y flexibles, acorde con los nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos; tal es así que, incluso, su instrumentación ha rebasado los esquemas comunes de la contratación hasta llegar a la actual era digital, a un contacto entre ausentes, carente de límites espaciales y temporales, en el que predomina el principio de la autonomía de la voluntad, como criterio rector en la solución de las controversias originadas en la disputa por el régimen legal aplicable.

En la realidad, el efecto directo de tal situación se traduce, con claridad, en la disminución de los espacios de control y de actividad legislativa del Estado en áreas tan estratégicas como el comercio, de ahí que resulta imprescindible contar con regulaciones jurídicas de él emanadas, que, en forma ágil e idónea, establezcan parámetros adecuados dentro de los cuales puedan desenvolverse las actividades empresariales.

Al respecto, los instrumentos de derecho uniforme, como la Ley Modelo de Franquicias elaborada por el UNIDROIT, constituyen una valiosa contribución que, al fijar normas mínimas dirigidas a la solución de dificultades y necesidades, bien puede servir de guía para la expedición de leyes internas sobre el tema y, por que no decirlo, para redactar una Decisión Comunitaria que regule eficientemente esta categoría comercial en los países andinos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bescós Torres, Modesto, *Factoring y franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados exteriores*, Madrid, Ediciones Pirámide S.A., 1990.
- Chillón Medina, José María, “El derecho ante Internet y la sociedad de la información”, en *Derecho Internacional de los Negocios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1a. ed., 2003.
- De Miguel Asensio, Pedro A., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., Estudios de Derecho Mercantil, 2a. ed., 2000.
- Diario *El Comercio*, Semanario LÍDERES, “Lo que hay que saber de franquicias”, Quito, año 3, No. 29, lunes 29 de agosto de 2005.
- Farina, Juan M., *Resolución del contrato en los sistemas de distribución*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.

- Hill, Charles W.L., *Negocios Internacionales. Competencia en un mercado global*, México D.F., McGraw-Hill Internamericana Editores S.A. de C.V., 3a. ed., 2000.
- López Guzmán, Fabián, *Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- Maldonado Calderón, Sonia, *Contrato de franchising*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- Marzorati, Osvaldo J., *Franchising*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.
- Peña Valenzuela, Daniel, “Tendencias actuales de la contratación sobre transferencia de tecnología”, en *Derecho Internacional de los Negocios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1a. ed., 2003.
- Peres Useche, Marco, “Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de información”, en *Derecho Internacional de los Negocios*, compiladora Adriana Zapata de Arbeláez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1a. ed., 2003.
- Reglamento (CEE) 4087/88.
- Unidroit, Ley Modelo de Franquicia (Model Franchise Disclosure Law MFDL).
- Vázquez García, Ramón J., “El contrato de franquicia, propiedad industrial y competencia económica”, en *Derecho de la Propiedad Industrial*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Monográfico, 1994.

Sitios web

- <http://www.aefran.org>
<http://www.asofranquicias.com>
<http://www.buscarfranquicias.net>
<http://www.franquiciadores.com>
<http://www.multrifranquicias.com>
<http://www.procompetencia.gov.ve>
<http://www.unidroit.org>
<http://www.universidadabierta.edu.mx>

La protección constitucional de la familia

*Rosario Valpuesta Fernández**

La autora enfatiza la necesidad de dotar de ductilidad al Derecho frente a los cambios sociales, refiriéndose particularmente a la familia y sus transformaciones como institución jurídica y como construcción social y cultural.

Reflexiona sobre el carácter hegemónico de la familia nuclear burguesa en el derecho, planteando el desafío de que éste responda a la realidad social que muestra diversas formas de familia que no calzan en el modelo dominante.

Analiza al matrimonio como el paradigma de la relación de pareja, incluso en la aspiración de aquellos que quieren dotar a su unión de efectos jurídicos, como es el caso de las parejas de homosexuales que se quieren vincular en los mismos términos, o las uniones de hecho, sean éstas heterosexuales u homosexuales, demostrando que, el reconocimiento de otros modelos de familia y la respuesta que se dé a estas demandas, pueden alterar la posición que el matrimonio tiene en la Constitución, y en la garantía institucional que en la misma se consagra.

FORO

LA LLAMADA FAMILIA TRADICIONAL

D esde hace ya algún tiempo se ha convertido en un lugar común, para los estudiosos de la familia, el señalar las transformaciones que se están produciendo en la misma, que se ven como síntomas de un desmoronamiento de una institución que es cada vez más inestable, en la medida que está siendo desbordada por la actitud individualista de sus miembros, que con sus comportamientos en el seno de la misma y al exterior han alterado las relaciones entre los sexos y también entre las generaciones, modificando los esquemas tradicionales de la convivencia familiar, al mismo tiempo que emergen en la sociedad otras realidades que se reconocen como familia.¹

* Catedrática de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, España.

1. Unos cambios que ya fueron señalados por R. König, *La familia en nuestro tiempo* (Alemania 1974), Madrid, 1981, pp. 53 y ss. La percepción social que en España se tiene de las transformaciones familiares se ha puesto de manifiesto en la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas, realizada en diciembre de 2000, para

La percepción de estos cambios provoca en algunos añoranzas y nostalgia de unos tiempos que definitivamente han pasado, y en otros, inquietud y desasosiego por un futuro que ven incierto.² Puede parecer que las nociones se trastocan, los papeles se alteran, las relaciones cambian en un torbellino de transformaciones que como un vendaval azota a la familia tradicional.

Resulta, sin embargo, que ese modelo de familia contemporánea, no es más que una construcción social que se consolida en un momento determinado: la familia nuclear burguesa en torno a la que se elabora todo un imaginario que acaba por englobar a la familia en sí. Esta familia, que se consolidó a principios del siglo XIX, representaba en su momento la modernidad de la revolución industrial frente a la actividad agrícola, de lo urbano frente a lo rural y, sobre todo, reflejaba el comportamiento de una determinada clase social, la burguesa, que proyectó en el mundo familiar sus concepciones a través de códigos éticos y sociales.³ Con una nítida separación del

conocer la opinión pública sobre la evolución social registrada en España en los últimos 25 años: el 86,2% de los ciudadanos opinaba que se habían producido muchos cambios en el matrimonio y la vida familiar, G. Pastor Ramos, *La familia en España. Sociología de un cambio*, Salamanca, 2000, p. 47. En el plano jurídico estos cambios han sido resaltados por casi todos los autores que estudian la familia, con carácter más general, M. Alonso Pérez, "La familia entre el pasado y la modernidad", *Actualidad Civil*, No. 1, 5 al 11 de enero de 1998, pp. 1 y ss; E. Roca, "Globalización y Derecho de familia: Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, Granada, 2002, pp. 27 y ss. Desde la sociología jurídica, afirma Carbonnier, que la familia, como todas las instituciones del Derecho, se transforma en el curso de los tiempos, tanto en sus funciones como en su estructura, y continúa transformándose, *Flexible Droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 èdition, París, 2001, p. 278. Y desde la sociología son expresivas las palabras de L. Flaquer cuando afirma: "Las metamorfosis de las formas de convivencia no es más que un reflejo de las profundas transformaciones de los cimientos sobre los que se asienta nuestra sociedad. Se trata de mutaciones de gran calado que afectan la misma naturaleza del orden social. Las alteraciones del universo familiar representan variaciones registradas al tiempo que presagian y estimulan nuevas mudanzas", "El ocaso del patriarcado", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 9.

2. Una posición crítica a estos cambios en la familia se pueden entrever en las palabras de G. Pastor Ramos cuando afirma: "La familia hoy ya no constituye aquella estructura prominente en la sociedad: a otras instituciones políticas, comerciales, de consumo, industria y empresa, los poderes públicos conceden mayor importancia e, incluso, entre ellos hay más convencidos de que la sociedad podría ya funcionar perfectamente sin el fundamento familiar", *La familia en España. Sociología de un cambio*, cit. p. 46.
3. La noción de respetabilidad se modela en contraposición al desorden que caracterizaba, a juicio de la clase burguesa, a la familia obrera; así se identificaba a la familia conyugal con legitimidad de la descendencia que otorga el matrimonio, con la estabilidad del mismo, con la educación y cuidado de los hijos bajo la dirección de los padres, con la preservación de la privacidad del hogar y con la corrección formal de los comportamientos, sobre todo de las esposas. Como afirma L. Guttormsson, "La respetabilidad requería que se exhibiera lo que se tenía (por ejemplo, el domingo las mejores ropas y los mejores muebles), así como mantener un ritual y un comportamiento (la comida en familia, ir a la Iglesia, el paseo dominical). La mujer casada que no realizaba un trabajo remunerado personificaba su respetabilidad con su competencia doméstica. Se sentía orgullosa de la casa y de la familia y adquiría autoestima demostrando que era capaz de llevar la economía de la familia, cuidar debidamente de sus hijos y cerciorarse de que asistían regularmente a clase. Aun así, cuanto más pobre era la familia, tanto era mayor el esfuerzo que la madre tenía que hacer para alcanzar la respetabilidad", "Las relaciones paternofiliales", en David I. Kertzer y Marzio Barbagli (compiladores), *La vida familiar desde la Revolución francesa*.

espacio público y del espacio privado, reservado este último a la familia, se aisló a ésta en el ámbito de lo doméstico con un claro reparto de los roles, entre el marido y la mujer,⁴ entre las generaciones, y entre los hijos y las hijas, en un mundo de relaciones de desigualdad y sumisión. Un modelo que se fue extendiendo a todas las capas sociales, como nos revela Mary Jo Maynes: “Una vez que quedaron establecidos los nuevos conceptos de domesticidad en la clase media ilustrada, se llevaron a cabo esfuerzos (siempre impugnados) para verlos reflejados y difundidos a través de proyectos filantrópicos laicos y religiosos, escuelas públicas y privadas o al servicio doméstico; tanto como mediante la literatura, las artes y, cada vez más, la cultura del consumo”.⁵

Esta identificación de la familia con el modelo expuesto provoca que cualquier cambio o transformación en la misma se tienda a ver como una situación de crisis. Sin embargo, esta sensación no es más que producto del desconocimiento de la realidad compleja y diversa que siempre ha sido la familia; y refleja una visión unidimensional de la misma, al concretarla en una determinada experiencia histórica, de factura reciente, que fue recogida en los *códigos civiles decimonónicos*; nos referimos a la familia conyugal burguesa.⁶

Por todo ello estamos con Gerges Duby⁷ cuando afirma:

Todo indica que, en las sociedades occidentales, bajo los insistentes resquicios de las apariencias rituales, el cambio que a todos nos sorprende ya hace tiempo que se ha iniciado. Si en los últimos años algunos de estos factores han precipitado su ritmo –tales como los descubrimientos científicos y técnicas, que bruscamente permiten a la humanidad ser capaz de ser señora de su destino biológico, llegando incluso a alterar las formas de procreación–, la mayor parte de esos factores ya estaban presentes antes del comienzo del siglo XX. Por tanto, hay que bucear en un pasado lejano.

sa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1913), Historia de la familia europea, vol. 2 (2002), Barcelona, 2003, p. 398.

4. Como afirma Gody, “La segunda mitad del siglo XIX conoció la gradual expansión del rechazo a las “esposas trabajadoras”, un sentimiento que, presente en la aristocracia, fue adoptado por la alta burguesía a comienzos del siglo XVIII y más tarde por los elementos más altos de la clase trabajadora, *La familia europea*, Barcelona 2001, p. 165.
5. “Culturas e imágenes de la vida familiar correcta”, *La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1013), Historia de la familia europea* cit. p. 301. En la misma obra, L. Guttmesson, indica que a medida que fue avanzando el siglo XX “los conceptos de respetabilidad” de la clase burguesa fueron modelados en mayor medida por la ideología doméstica, “Las relaciones paternofiliales”, cit., p. 398.
6. Una exposición acerca de la relatividad histórica de la familia en Rosario Valpuesta, “Otras miradas sobre la familia: las familias y sus funciones”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Murcia, 2005, pp. 4915 y ss.
7. Prólogo a Burguiére, Klapisch-Zuber, Segalen, Zonaben (editores) *Historia da familia. Tempos medievais: ocidente, oriente*, (Francia 1986), Lisboa, 1997, p. 6.

A lo que se debe añadir las consideraciones de Martine Segalen⁸ cuando expresa:

El desarrollo de los estudios históricos sobre la familia no ha dejado nunca de demostrar...el hecho de que la familia es una institución en continuo cambio, un conjunto de procesos. Cada época conoce sus formas familiares; sociedad y familia son productos de fuerzas sociales, económicas y culturales comunes, sin que una sea el resultado de otra. El conocimiento del pasado de la familia es indispensable para el conocimiento de su presente, siendo uno y otro indisociable. Para ello, es necesario un análisis más crítico, una reflexión más consciente y un distanciamiento emocional, que si se pretende que se desarrolle de manera espontánea puede tardar largos años en lograrse, dado el freno que pone al progreso el sistema familiar dominante.⁹

LA FAMILIA JURÍDICA

Cuando hablamos de la familia jurídica nos queremos referir a la familia que ha sido asumida por el Derecho para darle cobertura legal, entendiendo a éste como la expresión de una decisión política de ordenar el conjunto de relaciones que se dan en una concreta sociedad. Y como toda decisión política implica necesariamente una selección del conjunto de relaciones sociales que deben tener cabida en el ordenamiento jurídico: son aquellas que interesan para el diseño del modelo que se pretende, que para el caso de la familia, se traduce en identificar el tipo o tipos de organizaciones familiares que deben ser objeto de protección y regulación. A partir de ahí se incide en la misma imponiendo reglas, regulando comportamientos, estableciendo el momento de su nacimiento para el mundo jurídico, y también su extinción. Y lo hace con una técnica que le es propia, elaborando nociones o categorías e instituciones que absorben a esa realidad social hasta convertirla en una realidad jurídica. Así, parece claro que la familia jurídica responde a relaciones sociales de familia, pero no todas las relaciones familiares que se establecen entre las personas tienen relevancia jurídica, pues puede ocurrir, y de hecho ha ocurrido a lo largo de la historia, que el diseño normativo de la familia responda únicamente a un concreto modelo, el que existe en el grupo dominante, en el plano político, cultural o económico, y su imposición depende del tipo de participación política que rija en cada tiempo y sociedad. En esta línea, nos podemos encontrar con modelos o con comportamientos familiares que coexisten en el seno de una concreta sociedad, que no tienen su adecuado reflejo en el Derecho.¹⁰ Ello nos ubica en un terreno ciertamente resbaladizo, aquel en el que

8. *Sociología da familia*, (París 1996) Lisboa, 1999, p. 10.

9. A. Gimeno, *La familia: el desafío de la diversidad*, Barcelona, 1999, pp. 14-15.

10. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de noviembre de 2002, denegó la pensión de viudedad en un supuesto de matrimonio gitano, al estimar que la celebración por sus propios ritos, y no por las dis-

se desenvuelve la relación que tan bien describiera Carbonnier entre el Derecho y el no Derecho, en el que la familia tiene sin duda un lugar reservado;¹¹ y sobre el que también se manifiesta el historiador Gerges Duby, cuando afirma:

No hay que olvidar que cualquier prescripción de la ley o de la moral constituye uno de los elementos de una construcción ideológica creada para justificar determinadas acciones y, en alguna medida, enmascararlas; que tras esta marca bajo la que se resguarda la buena conciencia, cualquier norma es más o menos transgredida y que entre la teoría y la práctica existe un margen cuya amplitud el historiador, al igual que el sociólogo, pero con mayor malestar que él debe dedicarse a calibrar.¹²

Desde nuestra posición como juristas debemos abordar el estudio de la familia actual con la atenta mirada a lo que pasa a nuestro alrededor, a fin de aportar soluciones a los problemas que se plantean. Pero ello, no se puede afrontar desde lo que podríamos considerar un cierto determinismo sociológico, es decir, que partiendo de la idea cierta del carácter prejurídico de la familia, se impongan, sin más, tanto al legislador como a los juristas estos nuevos comportamientos de naturaleza familiar, pues lo mismo significaría renunciar al papel conformador que sobre la realidad tiene el ordenamiento, y muy significativamente la Constitución, y a la tarea que deben desempeñar los juristas en la búsqueda de soluciones conforme a los principios, las nociones y la técnica que corresponden a esta actividad científica. Desde esta perspectiva se debe analizar la respuesta del Derecho a las demandas sociales.

Como hemos dicho, una vez que se selecciona el modelo jurídico o los modelos jurídicos de familia, se regula su constitución, también se establecen los criterios que

posiciones del Código civil, carecía de relevancia jurídica; esta decisión judicial nos enfrenta a una realidad más amplia, nos referimos a la opacidad jurídica del modelo familiar de esta etnia, que difiere en cuanto a su extensión y composición del tipo dominante. Por su parte, los sociólogos nos dan cuenta de la diversidad de las estructuras familiares de la sociedad española, así como de los diferentes tipos de organización familiar existentes; así, Alberdi, Flaquer e Iglesias de Ussel, que ponen de manifiesto igualmente la posibilidad de que una persona atraviese por diferentes situaciones familiares, *Parejas y matrimonios: Aptitudes, comportamientos y experiencias*, Madrid, 1994, p. 291. Por su parte, historiadores como Mikalerena Peña resaltan la variedad de la organización familiar en España, "Las transformaciones en la geografía de las formas familiares en España entre 1860 y 1981", en R. Rowland e I. Blanes, *La demografía y la historia de la familia. Historia de la familia. Una nueva perspectiva sobre la sociedad europea*, Murcia, 1997, pp. 291 y ss.; en la misma obra, A. Valero señala como uno de los rasgos más relevantes de la reciente evolución de la familia española su universalización a través de diferentes estructuras familiares, "Evolución del sistema matrimonial español", pp. 295 y ss.

11. *Flexible Droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, cit., pp. 28 y ss.

12. "El matrimonio en la sociedad de la Alta Edad Media", *El amor en la Edad Media y otros ensayos*, Madrid 1990, p. 15. En el mismo sentido, R. König, cuando afirma que "En la realidad la familia y el matrimonio no han sido 'instituidos' jamás, sino que han existido siempre. Pero eran necesarias medidas especiales del legislador para elevarlos a la conciencia desde el rango de la costumbre seguida de un modo más o menos inconsciente, dotándolos así de un perfil cultural mucho más manifiesto, que ha encontrado su última expresión provisional en los sistemas jurídicos modernos", *La familia de nuestro tiempo*, cit., pp. 6-7.

van a regir las relaciones entre los distintos miembros, así como las soluciones que se aportan a los conflictos que puedan surgir entre ellos, o a los medios de asistencia con los que se quiere que cuente la familia o las familias; y todas estas reglas se imponen al conjunto de la sociedad, con todo la fuerza coactiva que tienen las normas.

En este sentido, se puede hablar en el plano jurídico con relativa facilidad de un modelo o de modelos de familia, que son los que tiene en cuenta el conjunto normativo que regula las relaciones familiares. Incluso, se puede establecer con cierta linearidad una evolución coherente de la familia, como ha ocurrido cuando se ha afirmado la transformación de la familia extensa a la familia nuclear, que se produce con la entrada en vigor de los Códigos civiles en toda Europa.¹³ Sin embargo, si nos acercamos a los estudios históricos de la familia, podemos comprobar la multiplicidad de modelos y comportamientos familiares que han coexistido a lo largo de la historia, sobre los que no se puede trazar una línea evolutiva, entendida ésta como una sucesión coherente de tipos familiares que se sustituyen sucesivamente en una suerte de cadena histórica.¹⁴

13. En este sentido son muy significativas las palabras de A. Burgière: "Hace todavía una veintena de años un historiador que se ocupase de la familia a partir del siglo XVI nos habría hecho asistir al lento ascenso en Europa de la familia nuclear moderna, bajo el efecto de las transformaciones económicas y de la acción 'modernizadora' de los estados. La idea del tránsito de la familia tradicional, caracterizada por grupos domésticos extensos y complejos, a la familia nuclear actual, en la que el grupo de residencia se limita a la célula conyugal, a un tiempo unidad de producción biológica y de reproducción social, era una idea común a la mayor parte de las teorías sociológicas". François Lebrun y André Burgière, "Las mil y una familias en Europa", *Historia de la familia 2. El impacto de la modernidad*, Madrid, 1988, p. 27.

14. En efecto, el importante desarrollo que los estudios históricos sobre la familia ha tenido, a partir de los años ochenta, han demostrado la inconsistencia de muchas de las afirmaciones que sobre la evolución y tipos de familia se han mantenido, y nos han puesto de manifiesto la relatividad histórica de esta realidad social que se ha tenido una y mil manifestaciones, conformadas a impulsos de las condiciones económicas, culturales, y políticas existentes en cada tiempo histórico. La teoría evolucionista de la familia partía de una inicial promiscuidad sexual, a la que le seguía el matrimonio en grupo, la poliandría, la poligamia y, finalmente, la monogamia; al respecto, afirma Ralph Linton, que "Todo lo que se diga sobre el origen y la evolución de los tipos de familias ha de considerarse como pura suposición. Algunas de estas suposiciones parecen más probables que otras, pero ninguna puede ser científicamente demostrada", "La historia natural de la familia", en Fomm, Horkheimer, Parsons (editores), *La familia*, Barcelona, 2a. ed. 1972, p. 5. Respecto a Europa, se mantenía que la familia, a partir del siglo XVI, se había deslizado del modelo extenso hacia el tipo de familia nuclear que hoy conocemos, mantenida por la demografía. Esta tesis evolucionista fue superada por una línea de investigación, iniciada por el grupo de Cambridge, que vino a demostrar la coexistencia de diferentes formas de organización familiar en Europa, así como la presencia de la familia nuclear en la Edad Media, incompatible con los postulados evolucionistas. El mayor exponente de la teoría evolucionista ha sido Le Play *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, Paris-Tours, 1875. En contra de tal corriente, Laslett, *Household and Family in Past Time*, Cambridge, 1972, pp. 23 y ss.; en la misma obra Jack Goody, "The evolution of the family", pp. 103 y ss. Ralph Linton, "Historia natural de la familia", cit. p. 6; F. Lebrun, "Las mil y una familias de Europa", *Historia de la familia 2. El impacto de la modernidad* cit. pp. 27 y ss. Desde la antropología, Claude Lévi-Strauss, "La familia", *Polémica sobre el origen de la familia*, cit. pp. 7 y ss. En relación al parentesco, Robin Fox argumenta así mismo que uno de los errores de los primeros evolucionistas fue que las

Hasta hace poco, la disciplina jurídica de la familia ha correspondido casi en exclusiva al Derecho de Familia, cuyas normas estaban ubicadas en su totalidad en los Códigos civiles, salvo el caso de España, en el que determinadas Compilaciones forales también contaban con disposiciones referidas a la familia, y que han dado lugar a los Derechos civiles autonómicos.¹⁵ Todas ellas tienen como finalidad organizar las relaciones entre los miembros, imponiendo derechos y obligaciones. Sin embargo, esta normativa específica de la familia ha sido desbordada por otras disposiciones que la contemplan o la tienen en cuenta para reconocerle efectos jurídicos, que no necesariamente se refieren a las relaciones que se dan en el seno de la familia. Se podría decir que preferentemente no tienen esta finalidad, sino la de reconocerle a sus miembros unos derechos en relación a determinados bienes o beneficios; normas más propias del Estado social, que utiliza a la familia para canalizar el conjunto de prestaciones dirigidas a sus ciudadanos. Así, nos encontramos con normas específicamente familiares, que son las que regulan las relaciones jurídicas entre sus miembros, su constitución y su extinción, nos referimos por ejemplo, al matrimonio, a los derechos y deberes de los cónyuges, a sus crisis o sus efectos, a la filiación o a la patria potestad; y junto a ellas coexisten un conjunto de disposiciones referidas a las prestaciones de la seguridad social, a la conciliación de la vida familiar y laboral, a los beneficios para las familias numerosas, y muchas más; normas, estas últimas, que parten de la realidad familiar para conceder una serie de beneficios sociales. Las primeras integran lo que conocemos como Derecho de familia y las otras se insertan en su disciplina correspondiente, de la seguridad social, laboral o administrativa. Estas últimas han adquirido tal importancia con el desarrollo del Estado social, que en la actualidad no podemos contemplar la realidad jurídica de la familia sin tenerlas en cuenta.¹⁶

formas de filiación, matrilineal o patrilineal, se excluían mutuamente, *Sistemas de parentesco y matrimonio* (1967), Madrid, 1972, p. 122.

Todo dicho tiene mucho que ver con las funciones que ha desempeñado la familia a lo largo de la historia, Una exposición acerca de la relatividad de la familia en Rosario Valpuesta, “Otras miradas sobre la familia: las familias y sus funciones”, cit. pp. 4915 y ss.

15. La opción más significativa es la elaboración del *Codi de Familia* por la Comunidad Autónoma de Cataluña, aunque se puede afirmar que casi todas las CC.AA. cuentan con una normativa referida a las familias, si bien solo sea en el ejercicio de sus competencias en la realización de políticas públicas de protección.
16. Lo dicho se pone especialmente de manifiesto en el tratamiento de las familias monoparentales, que son aquellas formadas por un adulto que vive solo con uno o más hijos a su cargo. Su delimitación responde a criterios sociales más que jurídicos, pues en dicha categoría se incluyen una serie de supuestos muy diferentes desde el punto de vista normativo como: a) fallecimiento en un matrimonio con hijos pequeños; b) ruptura de la pareja con hijos menores por conflicto entre sus miembros, quedando los hijos en la custodia de uno de los padres; c) madre soltera con uno o más hijos nacidos fuera del matrimonio, entre otros. Cada uno tiene una respuesta específica en Derecho de familia, sin embargo su identificación se hace en atención a las necesidades específicas que plantean debido a su empobrecimiento y feminización, de ahí que las respuestas que a elaborar deban situarse preferentemente en el ámbito de la atención social, Rosario Valpuesta, “Las familias monoparentales: Una

EL PUNTO DE ENCUENTRO DE LA FAMILIA Y EL DERECHO: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

PLANTEAMIENTO GENERAL

El punto de encuentro entre familia y Derecho, que en la formación de los estados liberales se radicó en los Códigos civiles, hay que buscarlo en la actualidad en los distintos textos constitucionales.¹⁷ La asunción de la familia por las constituciones supone, sin duda, una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde a la necesidad de imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros. Se trata pues de reconocer una realidad preexistente como es la familia, y modelarla jurídicamente de acuerdo a los principios que informan la organización política y social en el plano constitucional.

La Constitución española se refiere específicamente a la familia en el art. 39, para imponer a los poderes públicos su protección social, económica y jurídica;¹⁸ por su parte, en el art. 32 se alude al matrimonio.¹⁹ Esta doble mención a la familia tiene muy distinto alcance, pues mientras el primero de los preceptos citados la trata directamente, el segundo, por el contrario, solo lo hace de forma indirecta, ya que en pu-

perspectiva sobre el Derecho de familia”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 4997 y ss.

17. La mención a la familia aparece en la primera constitución social europea que, como es sabido, es la Constitución de Weimar, en su art. 119: “El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. Incumbe al Estado y a los municipios velar por la pureza, salud y mejora de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a asistencia social compensatoria. La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado”.
18. “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran igualmente la protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos, dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”
19. “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

La familia también está presente en otros arts. de la Constitución: art. 14, cuando veda cualquier discriminación por razón del nacimiento; el art. 18.1, cuando garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y el apartado 4 del mismo referido a su protección frente al uso de la informática; el art. 27.3 y 7, acerca del derecho de los padres sobre la educación religiosa y moral de los hijos, así como su derecho a participar en el control y gestión de los centros educativos sostenidos con fondos públicos; art. 35.1, referido al salario familiar; y art. 50, en el que se mencionan las obligaciones familiares respecto de las personas mayores.

ridad jurídica en el mismo lo que se regula es el *ius connubi*, si bien su ejercicio, como es obvio, funda relaciones familiares, aunque solo sea entre los cónyuges. Esta doble sede normativa en el plano constitucional supone de entrada, como ha sido reiteradamente reconocido, que el matrimonio ha perdido el monopolio en la configuración jurídica de la familia,²⁰ pero también implica que el estudio de la disciplina constitucional de la familia debe comenzar necesariamente con el art. 39 CE, que es el que la contempla en toda su extensión, aunque en su desarrollo posterior no se puede prescindir de la posición en que el art. 32 CE coloca al matrimonio en la Constitución.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

Como se ha visto, el tratamiento constitucional de la familia se hace en clave de protección, una protección que hay que entenderla en una doble vertiente: al interior de la misma, regulando los derechos y obligaciones de sus miembros, su nacimiento, crisis y extinción, y al exterior, estableciendo mecanismos e instrumentos que tienden a satisfacer sus necesidades, y que se insertan en las políticas públicas del Estado social. Esta doble dimensión se corresponde con los dos ámbitos jurídicos antes señalados: el que se identifica con el Derecho de familia y el que se ubica en las otras ramas del Derecho que regulan prestaciones y beneficios familiares.

En este sentido, se debe afirmar que la protección de la familia requiere en primer lugar su reconocimiento como realidad social con trascendencia jurídica, es decir, que se regule su constitución, sus efectos jurídicos, las causas de disolución o extinción, pues así se expresa el art. 39 CE cuando impone a los poderes públicos su protección jurídica. Además, como especifica la misma norma, se ha de atender a sus necesidades mediante su protección social y económica.

En este trabajo abordaremos el primero de los aspectos señalados, el del reconocimiento jurídico de las distintos tipos de familia, y lo haremos desde la perspectiva

20. Por todas, la STC 222/1992, de 11 de noviembre: “Nuestra Constitución no ha identificado la familia a que manda proteger a la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tutivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (art. 1.1. y 9.2) y la atención por consiguiente de la realidad efectiva de modos de convivencia que en la realidad se expresen”; a ello se le denomina “estrategia de normalización familiar” por J.L. Serrano, “La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 52. Sobre el alcance que tuvo el cambio constitucional respecto a la familia, E. Rocca, “Familia, familias y derecho de familia”, *ADC* 1990, pp. 1055 y ss.

constitucional, en el sentido de dilucidar si el legislador debe asumir los diversos modelos de familia que se conforman socialmente, y cuales deben ser las claves de su regulación.

La asunción jurídica de la familia supone que desde el Derecho se asume la regulación del tipo de familia del que se trate especificando su nacimiento para el mundo del Derecho, disciplinando las relaciones entre los miembros, su extinción y efectos, de tal manera que los intereses personales que se dilucidan en las relaciones de familia, cuya defensa interesa sobremanera a sus miembros, son protegidos por el ordenamiento. Claro está, que el alcance del régimen jurídico depende de la realidad familiar de la que se esté hablando, debiéndose diferenciar entre las relaciones de pareja, o las que se dan entre padres e hijos,²¹ o entre parientes, y dentro de cada una también se debe tener en cuenta la diferente naturaleza de las situaciones que la integran, pues no todas deben ser objeto del mismo tratamiento jurídico.

La primacía de los derechos fundamentales

En todo caso la regulación de la familia o de los tipos de familias que jurídicamente se quieran proteger se ha de hacer desde la perspectiva de los derechos fundamentales,²² pues es una exigencia de las constituciones democráticas que se asientan en el reconocimiento del ciudadano como artífice de la construcción política. Es consustancial al Estado democrático el que las personas con sus derechos sean los auténticos artífices de las relaciones sociales, sin que puedan existir instancias intermedias entre éstas y los poderes públicos que limiten su capacidad de actuación, a no ser que su participación en tales instancias se fundamente en una decisión libre que ha de permanecer en todo momento. Con el advenimiento de las Constituciones normativas²³ se produce un cambio que podemos sintetizar en la democratización de la familia, pues a este espacio de relación, que hasta entonces se concebía como un ámbito *exento*, llegan los derechos fundamentales, que sí tienen una nítida dimensión personal o individual y terminan por imponerse al modelo imperante, a través de un

21. No se puede obviar una mención a la incidencia de la Constitución dogmática en las relaciones paternofiliares y la protección del menor: F. Rivero Hernández, "La filiación en el umbral del siglo XXI", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. pp. 99 y ss.

22. E. Roca, *Familia y cambio social* (De la "casa" a la persona), Madrid 1999.

23. Con este términos hacemos referencia a las Constituciones que contienen garantía de eficacia frente a los poderes públicos, incluido el poder legislativo; sustancialmente, tales garantías son el recurso de inconstitucionalidad frente a las leyes que vulneran los preceptos constitucionales y el recurso de amparo ante la violación de los derechos fundamentales, aunque hay otros, que veremos más adelante, como el contenido esencial de tales derechos o la garantía institucional. Como es sabido, fue la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, la que consagra estas garantías en el art. 19, unas conquistas que se consolidan en las constituciones que se elaboran a partir de la Segunda Guerra Mundial.

progresivo proceso de constitucionalización de la misma, en el que se va adaptando a las exigencias de la Magna Carta la normativa entonces en vigor.²⁴

Desde esta perspectiva no se puede defender una noción de familia de corte institucional²⁵ que se imponga a sus miembros como un ente que debe ser protegido por encima de los derechos de las personas que lo integran. Tampoco una concepción de la misma que defienda su pertenencia al Derecho natural por encima del Derecho positivo,²⁶ pues ello supondría reconocer que por encima de la Constitución existen realidades que trascienden los valores en ella consagrados, unos valores que se expresan a través de los derechos fundamentales, señaladamente la igualdad y la libertad, pero también la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. De lo anterior se deduce que no existen unos intereses de la familia, entendida ésta como organización de la que cabe predicar unos fines o unos objetivos desligados de sus miembros, pues son precisamente los intereses legítimos de estos lo que se deben atender a la hora de abordar su régimen jurídico.²⁷ De ahí que se hable de una “privatización del Derecho

24. Al margen de la experiencia inglesa, que tiene sus propias claves, fue a partir de las Constituciones, que se elaboran tras la segunda confrontación bélica, cuando se aprueban los principales textos normativos que se aplican a las relaciones de familia las exigencias de igualdad y libertad que se recogían en los textos fundamentales; reformas que fueron impulsadas en gran medida por los Tribunales Constitucionales en cumplimiento de las garantías consagradas en dichos textos. Desde que en 1957 se aprobó en Alemania la primera ley de igualdad de los cónyuges, la familia jurídica sufrió un proceso de transformación sin precedentes y que aún no ha culminado, debido a los cambios sociales y a nuevos desarrollos de los derechos fundamentales.
25. Sin entrar a analizar en este momento los argumentos de los defensores de esta tesis, que tiene en Cicu su máximo exponente (*vid. nota 28*), sí debemos apuntar la influencia que su teoría tuvo en el Régimen fascista de Italia, sirviendo de sustento a una legislación interventora en la familia al servicio de los principios totalitarios del Régimen. En la actualidad no se puede mantener esta dimensión del Derecho de familia por ser incompatible con el Estado democrático.
26. Santoro Passarelli refleja sus convicciones católicas en la defensa de los intereses superiores de la familia, al afirmar: en el matrimonio, fundamento de la familia, están en juego los intereses superiores del grupo; están en juego los intereses de la sociedad en general, que es sociedad de familias y no de individuos, donde el matrimonio permanece y permanecerá como *seminario reipublicae* “Matrimonio e famiglia” (1956), *Saggi di diritto civile*, t. I, Napoli, 1961, p. 394. En parecidos términos Francesco Ferrara cuando afirma que el instituto del matrimonio y de la familia tienen su fundamento en la naturaleza, la religión y en la costumbre, y el Derecho se ocupa de ellos solo en su aspecto externo, para seguridad jurídica, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, cit. p. 183. Esta concepción que ha tenido mucho arraigo en Europa por influencia de la Iglesia Católica, ha sido superada por una visión laica del hecho familiar, más en consonancia con los valores que se recogen en el texto constitucional, y que se sustancian en el conjunto de los derechos en él reconocidos.
27. En este sentido E. Roca, cuando afirma que no existe una autonomía del grupo familiar frente a los intereses de sus miembros. La familia debe ser considerada como un *instrumento* para conseguir las finalidades previstas en el programa constitucional del art. 10 CE, referido a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, junto a los demás derechos fundamentales. El concepto de *interés familiar* responde a estos criterios y nunca a la protección de algo supraindividual que se imponga a los derechos de cada uno de los individuos del grupo familiar, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, cit. p. 80. Por su parte, Massimo Bianca afirma al respecto que el reconocimiento de que los intereses que se realizan en la familia son intereses esenciales de la persona, marca los límites de interferencia del Estado, el cual no puede en nombre de presuntos intereses públicos alterar o impedir el libre desarrollo de la libertad humana en el ámbito de la familia, *Diritto civile*, 2, Milano, 2001, p. 15.

man el compromiso contraído, siguiendo unidos en contra de su voluntad, sino que se materialice en el conjunto de efectos de la crisis, destinados a atender las necesidades de los ex cónyuges o ex convivientes y, en su caso, de los hijos comunes.³³

Los intereses generales respecto a los hijos menores de edad tienen otra dimensión, pues se centran en la protección de unas personas que carecen de la plena capacidad de obrar y de los recursos necesarios para atender sus necesidades. De ahí que la patria potestad se conciba como una función que tienen encomendada los padres, cuyo ejercicio se debe realizar en atención a los intereses de los hijos.³⁴ Ahora bien, no se puede olvidar que los menores son personas desde el momento de su nacimiento y gozan de todos los derechos fundamentales que como tales le pertenecen, unos derechos que deben ser respetados por sus progenitores,³⁵ por lo que cuando esto no ocurre corresponde a los poderes públicos intervenir para garantizar su protección.³⁶

Los diferentes modelos familiares

La cuestión que nos planteamos a continuación es la de identificar cuáles son esas realidades familiares que puede o debe asumir el Derecho, y cómo se justifica en términos jurídicos su tratamiento.

-
- 33. Es en este aspecto en el que está incidiendo la legislación actual sobre la crisis conyugal, aunque su solución no recae exclusivamente sobre los cónyuges, pues se están arbitrando otros tipos de medidas a fin de garantizar la efectiva atención de las necesidades. Un ejemplo de lo dicho está en la previsión que se hace en la Ley 15/2005, de 18 de julio que modifica el CC en materia de separación y divorcio, de crear un Fondo de Garantía de Pensiones que se haga cargo de los alimentos a los hijos en caso de incumplimiento de los padres. Sin embargo, el caso expuesto es una muestra muy limitada de una línea de actuación más amplia, dirigida a la atención por parte de los poderes públicos de las necesidades de los miembros de la familia tras la crisis.
 - 34. Se ha de resaltar el cambio que se ha operado en la regulación de la patria potestad por influencia de las Constituciones normativas y los instrumentos internacionales de protección de la infancia, y que podemos sintetizar en el tránsito de considerar al niño objeto de las facultades de los padres a ser sujeto de una relación jurídica que tiene que respetar su condición de persona titular de todos sus derechos. Al respecto afirma E. Roca: los intereses fundamentales del individuo priman sobre la estructura de la familia tradicional y se integran en determinadas disposiciones que admiten el ejercicio directo de los derechos fundamentales, a pesar de que su titular se encuentre sometido a la patria potestad o la tutela, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, cit. p. 79.
 - 35. Está cada vez más extendida la tesis de que el ejercicio de los derechos fundamentales corresponde al menor de acuerdo con su capacidad natural de entender y querer, de tal modo que se puede hablar de una progresiva capacitación de acuerdo a su grado de madurez; por otro lado, se afirma que los actos de ejercicio de los mismos no entran en la representación de los padres, a no ser que una ley lo disponga expresamente, pues son los jueces y los fiscales los encargados de su defensa en este ámbito. El art. 162 CC exceptúa de la patria potestad "Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí solo".
 - 36. El hecho de que el niño esté integrado en una estructura de familia y los padres tengan la obligación y el derecho de atenderlo y cuidarlo no debe implicar en ningún caso desprotección de los poderes públicos, pues no se puede olvidar que el niño es un ciudadano y como tal merece la atención del Estado.

Al respecto, se debe tener en cuenta que a la Constitución no le corresponde fijar todas las familias que deben ser objeto de protección, sino la de establecer el marco jurídico en el que el legislador se ha de desenvolver para la determinación jurídica de los tipos familiares y sus consecuencias jurídicas,³⁷ teniendo en cuenta en todo caso el papel que desempeña el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Magna carta. A este último tampoco le corresponde definir la familia o las familias constitucionales, sino la de medir la adecuación de la opción legislativa que en cada caso se tome a las exigencias de la Constitución.³⁸

En línea de principios se puede afirmar que corresponde al legislador en cada momento delimitar los modelos de familia que tienen amparo jurídico, de acuerdo al marco constitucionalmente delimitado. Depende de su sensibilidad respecto de determinadas realidades, o de su orientación ideológica la respuesta que dé a las exigencias que se presentan en la sociedad.

Y en cierta medida esto es lo que se desprende de una primera lectura del art. 39 CE, pues dicha norma carece de eficacia directa,³⁹ es decir, no obliga a los poderes públicos al reconocimiento jurídico de todos los tipos de relaciones de familia que se puedan dar en la sociedad. Ello significa que no se puede reclamar ante la jurisdicción ordinaria que se regule un determinado tipo familiar, como las uniones de hecho o el matrimonio de homosexuales. Se ha de estar pues a la ley que lo desarrolle, y ello depende de la iniciativa del legislador y de su compromiso con las reivindicaciones de los ciudadanos. Se puede decir que no existe un derecho constitucionalmente reconocido para exigir el reconocimiento jurídico de una realidad familiar –salvo el caso del matrimonio y en los términos que veremos–.

Sin embargo, el planteamiento no es tan simple, pues en la familia interfieren otros derechos y principios constitucionales especialmente protegidos y que gozan de

37. Ma. R. Valpuesta: “La familia constituye un dato prejurídico que toma el legislador para reconocerle efectos jurídicos, con lo que su formación corresponde esencialmente a la dinámica social de acuerdo a su propio ritmo de evolución, que en ningún caso puede actuar de espaldas a los valores constitucionales; sin que lo dicho permita entender que cualquier práctica de relaciones *pseudofamiliares* más o menos extendida deba obtener el rango de *familia*, pues para ello se requiere que responda a una convicción social, y se integre en el engranaje propio de las relaciones familiares, con cierta “organicidad”, “La institucionalización jurídica de la pareja de hecho”, M.P. Sánchez González (coord.), *Las uniones de hecho*, Cádiz, 1995, p. 53.
38. Como pone de manifiesto Ma. Ángeles Martín Vida, el TC español no define la familia ni en términos generales ni en términos constitucionales, “El concepto constitucional de familia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, 3a. época, num. 4, 2001, p. 408.
39. Dicho artículo se ubica en los principios rectores de la política social y económica, y el art. 53.3 CE dispone al respecto, “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

eficacia directa, como el principio de igualdad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad,⁴⁰ o el de la libertad ideológica,⁴¹ por poner algunos ejemplos, que activan la protección que el art. 39 le dispensa a las familias.⁴² Todos ellos llevan a que la limitada eficacia inicialmente prevista en la Carta Magna para el precepto mencionado adquiere una dimensión diferente por la interferencia de estos otros derechos, hasta el punto de que se pueda exigir el reconocimiento de determinadas realidades familiares cuando su desconocimiento afecte a estos derechos fundamentales. En consecuencia, estos principios y derechos habrán de ponderarse cuando se elabore la respuesta que desde la perspectiva constitucional se deba dar a la demanda de nuevos modelos de familia.

En esta exposición nos ceñiremos a algunos supuestos, concretamente al matrimonio, a las uniones de hecho, a la exigencia del régimen del matrimonio por las parejas de homosexuales, así como a la transexualidad.⁴³

-
40. Como afirma J. Gavidia, “El derecho fundamental a vivir y comportarse de acuerdo a las propias convicciones sin dañar injustamente a los demás (arts. 10.1 y 16.1) nos proporciona el marco último o la clave de bóveda del sistema jurídico en torno a las diversas formas de proyectar la propia vida: en solitario, con otras personas en situación de mera convivencia –esto es, sin que pueda hablarse de una comunidad de vida–, con otra u otras personas formando una unión libre, o contrayendo matrimonio con una persona de diferente sexo”, *La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, 1995, p. 75.
41. Este derecho ha sido alegado ante el TC, junto al principio e igualdad, para pedir en amparo la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio, a fin de que se reconozca al conviviente supérstite el derecho a la pensión de viudedad. El TC no ha otorgado el amparo cuando se ha alegado como justificación de la convivencia *more uxorio* la ideología anarquista de uno de los convivientes, contraria a la formalización de la pareja, STC 66/1994, de 28 de febrero. Sin embargo, se ha admitido como fundamento constitucional la libertad religiosa del art. 16.1 CE en los supuestos en los que el matrimonio se regía por la disciplina del CC anterior a la publicación de la CE que, como es sabido, establecía un sistema de clases de matrimonios, con preferencia del canónico. En este sentido la STC 180/2001, de 17 de septiembre: “lo que pugna frontalmente con el mencionado art. 16.1 en una de sus manifestaciones, concretamente, con el derecho derivado de ella de no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias”.
42. Sin embargo, no se puede afirmar que el art. 39 carezca de relevancia al efecto de fundamentar un recurso de inconstitucionalidad, como afirma la conocida STC 45/1989, de 20 de febrero: “la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica... hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender aisladamente considerada el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación de algunos de estos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucional protegida”.
43. Existen otras realidades familiares de las que debemos al menos dejar constancia, como las familias monoparentales o las familias recomuestas o complejas, que plantean una problemática diferente desde la perspectiva constitucional. También emergen otras realidades como la de las parejas que no conviven pero que mantienen una relación sentimental estable al estilo de lo que los norteamericanos llaman LAT (living apart together). Cuestión distinta a la planteada es la de los cambios en los comportamientos y las aptitudes familiares y su reflejo en ordenamiento jurídico, pues en este caso no se trata de nuevos modelos familiares, sino de la adaptación de los existentes a una nueva realidad. Se está pensando, por ejemplo, en lo que ha de suponer para el régimen de la pareja y el ejercicio de la paternidad y maternidad la incorporación de la mujer al trabajo. En otro plano se ha

El matrimonio

El primer modelo de familia que requiere la protección por parte del legislador es, sin duda, el matrimonio, al que se refiere el art. 32 CE. Se dice que tal precepto contiene un reconocimiento del derecho subjetivo a contraer matrimonio y una garantía institucional del tipo jurídico. Que existe un derecho subjetivo constitucionalmente reconocido a contraer matrimonio no hay duda, pues el texto del mencionado artículo lo reconoce expresamente cuando afirma que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, otra cosa es la garantía institucional del matrimonio.

A) EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Para su determinación se ha de recurrir en primer lugar al significado que en el plano constitucional tiene el derecho a contraer matrimonio que reconoce, como hemos afirmado, el art. 32 CE. Su desarrollo por el legislador ordinario está afectado por las garantías que establece el art. 53 CE que consisten en una reserva de ley⁴⁴ y en el respeto a su contenido esencial.⁴⁵

Ello supone que solo por ley se puede regular el ejercicio de este derecho y que, en todo caso, su disciplina ha de respetar un contenido esencial de la figura, que no puede traspasar el legislador. Con lo mismo se garantiza el derecho constitucionalmente reconocido a fin de que no pueda ser vulnerado en el futuro mediante una regulación que termine por aniquilarlo. En consecuencia, el margen de actuación que los poderes públicos tienen conferido, respecto al tratamiento jurídico del derecho a contraer matrimonio, tiene un límite infranqueable: el contenido esencial de tal derecho. Todo lo que aquí digamos respecto al matrimonio y régimen jurídico ha de tener en cuenta ese núcleo inviolable del derecho constitucionalmente reconocido. La cuestión por dilucidar es la delimitación de ese contenido esencial que lo hace invulnerable a las disposiciones ordinarias.

dejar constancia de la permanencia de los hijos hasta una edad avanzada en el hogar familiar. Y también se debe reflejar en la trascendencia de las innovaciones científicas en los comportamientos familiares, por poner algunos ejemplos.

44. Sobre el tema respecto de la propiedad, A. López y López *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1998, pp. 93 y ss.

45. El art. 32 CE está ubicado dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos, que no gozan de las mismas garantías que los derechos fundamentales y libertades públicas, pues su vulneración no puede fundamentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; sin embargo sí son objeto de una especial protección, concretamente la que dispone el art. 53.2 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse tales derechos y libertades...”

Ahora bien, el contenido esencial de ese derecho requiere un paso anterior, que identifiquemos la noción de matrimonio, pues solo a partir de ahí es posible concretar el conjunto de facultades y obligaciones que constituyen el núcleo garantizado constitucionalmente. Como certamente se ha dicho, el contenido esencial “presupone un concepto tipo, que *no suministra, sino requiere*”,⁴⁶ por lo que se ha de proceder previamente a su identificación. Es decir, que para hablar de ese núcleo esencial debemos concretar la figura jurídica sobre la que queremos actuar, en este caso el matrimonio, e identificar su significado para el legislador constitucional. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional español, se debe tener en cuenta el presupuesto “conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas por los juristas, jueces y, en general, los especialistas en Derecho”. Se habla igualmente del *rostro histórico* de la figura en cuestión como criterio de aproximación a su contenido.

A partir de ahí, el contenido esencial al que hace referencia el art. 53 CE, se identifica, según la jurisprudencia constitucional, con “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo”. Se hace referencia pues a ese contenido mínimo esencial que nos permite identificar al derecho de que se trate, más allá del cual se desdibuja su significado. Para su identificación, el Tribunal Constitucional español aporta un criterio complementario: atender a “aquella parte del contenido de los derechos que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.⁴⁷

Y en esta línea, podemos identificar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio con la expresión libre de un consentimiento para establecer una relación de pareja y para decidir sobre su ruptura, en la que se reconozca como facultades mínimas la de la exclusividad y la atención entre los cónyuges, con absoluto respeto a los derechos fundamentales, señaladamente el de igualdad; pero sobre todo, el matrimonio implica una formalización en el plano jurídico de la opción de pareja, sometida al control del Estado en lo que respecta a su constitución y a su crisis.

En este marco, el legislador tiene un cierto margen de maniobra para configurar el matrimonio. Así puede responder a la exigencia de libertad, en su celebración, requiriendo una determinada edad,⁴⁸ puede modelar los impedimentos matrimonia-

46. A. López y López, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, cit. p. 44.

47. Y continúa: “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”, STC 11/1981, de 8 de abril.

48. Este sentido es más respetuosa, con el texto constitucional la exigencia de una cierta madurez, que se concreta

les,⁴⁹ puede exigir determinados trámites para su celebración,⁵⁰ puede legitimar a una u otra autoridad para la celebración,⁵¹ incluso, puede imponer la celebración civil del mismo;⁵² en cuanto a sus efectos, puede disponer un régimen jurídico mínimo de relación de pareja, que contemple su exclusividad y cierta comunicación en lo que respecta a la atención y el cuidado, o puede establecer unas relaciones más intensas entre los cónyuges, siempre con el límite de los derechos fundamentales de uno y otro;⁵³ y en lo que respecta al tratamiento de la crisis, puede optar por soluciones muy diferentes, que respondan en distinto grado a la opción individual de romper la relación.⁵⁴

En este sentido se puede afirmar que el régimen jurídico, que se establece en la legislación ordinaria, supone la expresión más acabada del equilibrio de los intereses

en nuestro Derecho en la emancipación, art. 46 CC, por lo que la dispensa judicial a partir de los 14 años debe ser administrada con rigor, para evitar que contraiga matrimonio quien no tiene la suficiente madurez para ejercer el derecho con libertad. De otro lado, no sería constitucional una prohibición que afectara de forma absoluta a los deficientes mentales por el simple hecho de serlo, E. Roca, *Familia y cambio social*, cit. p. 38. En la misma línea de respeto al ejercicio del derecho a contraer matrimonio se han de regular los vicios del consentimiento.

49. Los impedimentos matrimoniales suponen una limitación al derecho a contraer matrimonio por lo que tienen que justificarse en una razón suficiente.
50. El expediente matrimonial que se regula en el art. 56 CC tiene su sentido en el control por parte de los poderes públicos de las exigencias respecto a la capacidad de los contrayentes, y representa una de las formas posibles de llevar a cabo esta comprobación.
51. Del art. 32 CE se deriva la exigencia de una forma solemne para la celebración del matrimonio, que tiene su sentido en el control que el Estado ejerce para la formalización de la convivencia conforme al régimen del matrimonio, con el fin de comprobar la expresión libre del consentimiento matrimonial.
52. Como es sabido, el sistema matrimonial español permite la celebración del matrimonio con la forma de determinadas confesiones religiosas que cumplen los requisitos de estar inscritas en el Registro de Confesiones religiosas y haber celebrado el correspondiente convenio con el Estado español (art. 59 CC).
53. Los derechos y deberes a los que se refieren los arts. 67 y 68 CC son expresión lógica del proyecto de vida en común que implica el matrimonio. Art. 67: "Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en el interés de la familia", dicho interés se ha identificado con el de los cónyuges o de los hijos, en su caso. Art. 68: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y cuidado y atención de los ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo". Este último inciso ha sido introducido por Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el CC en materia de separación y divorcio, y responde a la idea de profundizar en la igualdad de los cónyuges en tareas que aún todavía está asumiendo la mujer.
54. De hecho todos los sistemas contienen un dispositivo, aunque sea mínimo, de fondo o de procedimiento, que tiende a frenar o encauzar la propensión individual al divorcio, Carbonnier, *Flexible Droit*, cit., p. 260. La Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el CC en materia de separación y divorcio, sustituyendo una regulación que tenía importantes deficiencias en cuanto a la conceptualización de las figuras a las que puede abocar la crisis, así como en el tratamiento de las causas que legitiman a los cónyuges para resolverla. Tras la reforma, el divorcio, que se convierte en la pieza clave de la solución a la crisis, y se puede pedir, transcurrido tres meses desde el matrimonio, por un solo cónyuge, conjuntamente o de uno con el consentimiento del otro, sin que en ningún caso se tenga que expresar la causa de la ruptura, (art. 86).

de los cónyuges que cada sociedad ha alcanzado en un momento dado, lo que no quiere decir que responda a las aspiraciones reales de la colectividad.

B) GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

Por garantía institucional hay que entender la exigencia de que esta figura jurídica tenga una adecuada presencia en el conjunto normativo que se identifica con el Derecho de familia, en el sentido de que necesariamente ha de existir como una opción real que ha de brindar el Derecho, hasta el punto de ser inconstitucional una disposición normativa que borrara al matrimonio del ordenamiento.⁵⁵ Ello implica que se ha de abordar su regulación en el plano jurídico y garantizar su vigencia efectiva dentro de los diferentes modelos de familias que se reconozcan por el ordenamiento.⁵⁶ Esta garantía, que se entiende con cierta facilidad cuando se aplica a la propiedad⁵⁷ o a la libertad de comercio,⁵⁸ por estar ligadas a la economía de mercado por la que opta la Constitución, también tiene su sentido respecto al matrimonio. En el matrimonio se está identificando un tipo de organización familiar que responde a una continuidad histórica de unas relaciones de pareja que han merecido la consideración social de familia, pero sobre todo supone que se ejerce por parte del Estado un control sobre el comportamiento de las personas en un espacio de relaciones, tradicionalmente dominado por la desigualdad y el sometimiento: con ello se asegura que

55. Como es sabido la noción de garantía institucional se elabora por algunos juristas alemanes para la Constitución de Weimar de 1919. Dicho texto carecía de eficacia directa pues aún no se había consagrado en el plano constitucional los instrumentos jurídicos que aseguraran el cumplimiento por el legislador ordinario de los preceptos de la Carta magna –estos llegarán con la Ley Fundamental de Bonn-. Ante su falta de eficacia, y con la finalidad de vincular a los poderes constituidos con los logros alcanzados en la Constitución, se elaboró la garantía institucional de determinadas figuras que se consideraban claves para el mantenimiento del modelo de sociedad que se pretendía. Con ello se aseguraba su efectiva presencia en el orden jurídico que se elaborara con posterioridad. Sobre la elaboración doctrinal de la garantía institucional en la doctrina alemana y su recepción en Derecho español se puede encontrar una buena exposición en A. Jiménez Blanco, "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II. *De los derechos y deberes fundamentales*, 2a. parte, pp. 635 y ss.; sobre el tema, L. Parejo Alonso, *Garantía institucional y Autonomías locales*, Madrid, 1981, p. 12; J.M. Baño, "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *REDC*, No. 24, 1988, pp. 155 y ss.; P. Cruz, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, XII Jornadas de Estudio de la Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988; A.M. López y López, "Martin Wolf y el concepto de garantía institucional", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, t. III, pp. 4005 y ss.

56. En este sentido la STC 184/1990, de 15 de noviembre, al afirmar que "El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional". Por su parte, J.M. Ruiz Rico entiende que el art. 32 está redactado en términos básicamente de reconocimiento de un derecho individual a la celebración del matrimonio, "Regulación de las parejas estables por los parlamentos de las Comunidades Autónomas. Aspectos generales", *Tribuna Parlamentaria*, No. 7, Baleares 1003, p. 188.

57. STC 37/87, de 26 de marzo.

58. STC 83/1984, de 24 de julio.

también a los espacios privados construidos socialmente llegan los derechos fundamentales. De ahí que en las declaraciones constitucionales se haga especial mención a la igualdad y a la libertad como paradigmas que deben presidir la regulación de su contenido.⁵⁹ Para el caso de España implica también que el Estado reclama para sí la competencia en la regulación del matrimonio, que sale de la esfera canónica para ser exclusivamente civil. Se puede afirmar que el matrimonio que se consagra es el que corresponde a un Estado laico y democrático.⁶⁰ Dicho esto, se debe concretar a continuación el contenido de la institución que garantiza la Norma Fundamental.

Parece que lo que se protege desde el ángulo de esa garantía es el *núcleo básico* del concepto de matrimonio, en el que se asienta ese contenido esencial, es decir, la institución constitucionalmente garantizada no es más que la dimensión “institucional” del conjunto de facultades o posibilidades de actuación que constituyen el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio. Su determinación, siguiendo la línea marcada para el contenido esencial, se ha de hacer “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.⁶¹ En consecuencia, podemos entender que la garantía institucional alcanza la conceptualización del contenido esencial garantizado por el art. 53 C.E.⁶²

Y, a tal fin es necesario que se encuentre “un método que permita la delimitación técnica de la imagen en cuestión”;⁶³ y éste ha de partir de una noción previa del matrimonio sobre la cual incidir para delimitar ese núcleo básico que se identifica con el contenido esencial, y que constituye la institución constitucionalmente garantizada. Su contenido tiene, en consecuencia, un ámbito más reducido que la noción jurídica dominante en la cual se mira, siendo así que ambos actúan como círculos concéntricos de una misma realidad que tiene distinta trascendencia en el plano constitucional. Al Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Norma Funda-

59. Nos parece que responde a un visión excesivamente reducida del papel del Estado en el matrimonio la afirmación de J.L. Serrano cuando dice: “El ordenamiento jurídico no tiene nada que añadir ni sobre el matrimonio ni sobre el mismo: es solamente un instrumento emanado del único poder legítimo (el del pueblo, art. 1.3) que tiene como finalidad entre otras, garantizar coactivamente que en el interior de la zona exenta que dibuja el art. 32 no haya poder (coacción, abuso, desigualdad...), sino únicamente intimidad individual y/o familiar; en el mismo apartado afirma que “la pequeña discriminación, la pequeña tortura, la coacción breve y las secuelas de micropoder quedan *exentas*”, “La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 54.

60. Como se ha dicho, esta opinión ha sido mantenida por el TC cuando se ha alegado como justificación de la convivencia *more uxorio* la ideología anarquista de uno de los convivientes, contraria a la formalización de la pareja, STC 66/1994, de 28 de febrero.

61. SSTC 32/1981, de 28 de julio; 26/1987, de 27 de febrero.

62. Por el contrario J. Gavidia Sánchez aborda el estudio del art. 32 en clave interpretativa de la realidad normativa, “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *REDC*, año 21, No. 61, 2001, pp. 11 y ss.

63. L. Parejo, *Garantía institucional y Autonomías locales*, cit. p. 44.

mental, le corresponde delimitar el alcance del contenido esencial, y al legislador ordinario atender las demandas sociales en el marco constitucional. Sin embargo, en esta tensión entre la jurisprudencia constitucional y la acción del legislativo se debe tener presente, como se ha dicho, que también corresponde a este último ir adaptando las estructuras constitucionales a las nuevas realidades sociales.

Desde esta perspectiva, para determinar la noción de matrimonio se puede recurrir a la concepción social dominante de lo típico institucional, que no se ha de entender como definitiva, sino histórica, sujeta, por tanto, a los cambios inducidos por la evolución en el tiempo;⁶⁴ y parece claro que la concepción dominante acerca del matrimonio es la de la unión heterosexual entre un hombre y una mujer, con carácter exclusivo y con vocación de permanencia, que tiene como finalidad la atención y la asistencia mutua, otra cosa es la dimensión institucional de la figura constitucionalmente garantizada, que tiene un contenido más esencial al expuesto, y que no puede traspasar el legislador. Y su lesión puede venir, y esto es lo que veremos a continuación, del reconocimiento de otras realidades sociales que pueden afectar al matrimonio.

Del conjunto normativo referido a la familia, se desprende una clara preferencia por la familia conyugal⁶⁵ que, si bien ha perdido su posición monopolista de la noción jurídica de familia, sigue desempeñando un papel nuclear. De ahí que el matrimonio se convierta también en el paradigma de la relación de pareja, en la aspiración de aquellos que quieren dotar a su unión de efectos jurídicos, bien iguales al matrimonio, caso de las parejas de homosexuales que se quieren vincular en los mismos términos, o las uniones de hecho, sean éstas heterosexuales u homosexuales, que solo demandan algunos. Y ello nos lleva a que el reconocimiento de otros modelos de familia o, más señaladamente, la respuesta que se dé a estas demandas, pueden alterar la posición que el matrimonio tiene en la Constitución, y la garantía institucional que en la misma se consagra.

La problemática que plantean una y otra situación es muy diferente, tanto en el plano personal como jurídico, por lo que serán objeto de tratamiento separado.

64. Se debe tener en cuenta que el tratamiento de la garantía institucional se hace desde la autonomía local, que como dice el autor, es una institución de creación jurídica, por lo que tiene sentido que para su identificación se tenga en cuenta también la regulación jurídica, L. Parejo, *Garantía institucional y Autonomías locales*, cit. pp. 45 y 46.

65. El número de matrimonios en España va en aumento, pues ha pasado de representar en el año 1994 un 5,10 por mil a un 5,42 en el año 2000; respecto a este último año, de los países de la Unión Europea solo aventajan a España: Dinamarca, 7,19; Portugal, 6,23; y Holanda, 5,53. También ha crecido el porcentaje de matrimonios civiles respecto al total de los matrimonios católicos, que representaban un 22,70 en 1994 y han llegado a ser un 24,15 en 2000: Movimiento Natural de Población y Área de Análisis y Previsiones Demográficas (población). Instituto Nacional de estadística.

El matrimonio de los homosexuales

Desde hace ya algún tiempo el colectivo de homosexuales está reclamando el reconocimiento jurídico de su opción de pareja. Las respuestas que se han dado, en aquellos países que han atendido su demanda, difieren en la configuración jurídica de este tipo de relación, y así se le ha considerado como una relación especial⁶⁶ o se ha reconocido su derecho a contraer matrimonio en los mismos términos que las parejas heterosexuales, como ha ocurrido en España con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.⁶⁷ Por la misma se adaptó la redacción del Código de esta figura jurídica a la nueva realidad, equiparando plenamente el matrimonio entre homosexuales y heterosexuales.⁶⁸ En la actualidad se está tramitando un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los representantes parlamentarios del Partido Popular que aún no se ha resuelto. Por esta razón, parece aconsejable que nos detengamos a analizar la adecuación de la solución legal a nuestra Magna Carta.

Y para ello, lo primero que se ha de tener en cuenta es saber si nos encontramos ante una realidad que socialmente se identifica como familia, es decir, si existe una percepción social de que estas parejas y la relación que mantienen constituyen un tipo de familia, pues solo a partir de ahí podemos considerar la pertinencia que jurídicamente pueda ser considerada como una realidad social que deba ser protegida como familia. Al respecto, se puede afirmar que la liberalización de las costumbres así como la tolerancia social hacia opciones de libertad personal –no se puede obviar en este punto la importancia que los valores y principios constitucionales han tenido en la inducción de estos comportamientos–, hacen que nos encontremos ante una situación que ha pasado en los últimos tiempos de ser tolerada por la sociedad a representar una opción posible en el marco de las relaciones de familia;⁶⁹ cosa distinta es que se mantenga una discrepancia acerca del nivel de reconocimiento jurídico.

66. En esta órbita se insertan las normativas de Francia o Alemania, por poner algunos ejemplos.

67. Dice en su EM: “la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido no cabe duda que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889”.

Los colectivos de homosexuales inicialmente (1996) reclamaban una ley de parejas de hecho, y fue a comienzos de este siglo cuando empezaron a demandar el matrimonio.

68. Así el art. 42 CC: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”.

69. Este cambio ha sido puesto de manifiesto por las diferentes disciplinas que estudian este tipo de comportamiento y su repercusión social, nos referimos a la sociología, la psicología social o la antropología. Refleja este *comportamiento P.A. Talavera Fernández, La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., pp. 36 y ss.

Una vez apreciada esta realidad, debemos abordar la constitucionalidad de la solución legal. De entrada se debe considerar que la opción de dos homosexuales de constituir una pareja estable se enraíza en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad⁷⁰ y en la protección que en el art. 39 se le dispensa a la familia, lo que lleva a que esta realidad social debe ser objeto de un tratamiento jurídico. El principio de igualdad parece exigir también que se le dispense un reconocimiento como modelo de relación familiar instalado en la sociedad, pues siendo un tipo de familia socialmente reconocido, no se ven razones que la excluyan del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la cuestión que se plantea a continuación estriba en dilucidar si la respuesta debe ser el del matrimonio u otra diferente. Claro está que en este punto se debe diferenciar entre la opción de pareja, que responde a una formalización de una comunidad de vida con vocación de permanencia e intención de asumir un estatuto jurídico, que se asemeja al matrimonio, y la simple intención de tener una convivencia de hecho, pues en el primer caso lo que se pide es el régimen matrimonial y en el segundo su tratamiento como convivencia *more uxorio*.

Respecto del matrimonio nos enfrentamos con el art. 32 CE, y la cuestión es si la garantía institucional, que en el mismo se establece, se ve afectada con la extensión de la figura a las parejas del mismo sexo.

La posición del T.C. es rotunda en este sentido, al declarar “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial como prevé nuestro Código civil”,⁷¹ pero el problema, desde nuestro punto de vista, no consiste tanto en apreciar la constitucionalidad de la heterosexualidad del matrimonio, cuanto la inconstitucionalidad de la posible homosexualidad del mismo, pues no se discute que la pareja de diferente sexo pueda contraer matrimonio, sino lo que está en cuestión es si la heterosexualidad es intrínseca a la disciplina constitucional del matrimonio.

Ahora bien, entendemos que la cuestión planteada no se debe abordar desde el puro punto de vista del *ius connubi* como derecho subjetivo,⁷² en el sentido de que es-

Una encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas, de junio de 2004, sobre la pregunta de si las parejas de homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio: 66,2% si, 26,5%, no, 6,7, no sabe, 0,6, no contesta. La posibilidad de adopción solo la apoyaban un 48%.

70. Este ha sido el fundamento constitucional para el reconocimiento de las parejas homosexuales, *vid.* N. Pérez Cánovas, “La crisis del Estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. pp. 63 y ss.; *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada 1996, p. 124.

71. ATC 222/1994.

72. Esta es la línea argumental de N. Pérez Cánovas, que llega a afirmar que “el matrimonio configurado en la Constitución es un derecho subjetivo que se les reconoce indistintamente para que lo ejercent en su propio interés, en lo que cada uno considere que mejor desarrolle la personalidad, a los hombres y mujeres sin limitación a los

tamos ante un derecho constitucionalmente protegido del que deben gozar todos los ciudadanos, pues el planteamiento es más complejo, como hemos señalado con anterioridad. Nos enfrentamos ante un derecho inserto en la garantía institucional del matrimonio, es decir, ante un derecho a optar al matrimonio dentro de los límites del contenido esencial de dicha garantía, por lo que procede analizar si el reconocimiento del matrimonio a los homosexuales lesiona dicha garantía. Al efecto debemos retomar lo dicho anteriormente, a fin de comprobar si el requisito de la heterosexualidad integra ese núcleo inviolable del matrimonio que protege la Constitución.

Hay que partir, por ello, de la conceptualización del matrimonio para determinar su contenido esencial.

En una primera aproximación puede parecer evidente que en el concepto dominante de matrimonio no cabe en ningún caso la opción homosexual.⁷³ Pero si profundizamos algo más en la noción social e histórica del matrimonio, acaso se puedan extraer otras consecuencias. En efecto, se tiene la impresión de que cuando se habla de matrimonio se tiene muy claro a lo que se quiere aludir: una impresión que se asienta en la idea de su permanencia a lo largo de la historia, de la que se puede extraer sin dificultad unos rasgos específicos, que permiten identificarlo sin más.⁷⁴ Sin embargo, a poco que profundicemos en la institución y lo que ha sido su trayectoria, podemos comprobar que son muchas las transformaciones que esta figura ha padecido como para poder hablar de un modelo.⁷⁵

A tal efecto se debe tener presente que no estamos ante una categoría trascendente, sino ante una construcción social que se ha ido modelando con el paso del tiempo

que han de conformar ese matrimonio”, *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, cit. p. 125.

73. Y éste era el pensamiento del legislador al tiempo de la redacción de la Constitución, que rechazó la enmienda No. 465 presentada por el senador Xirinachs y Damians, en la que se expresaba que “toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad, a contraer matrimonio, a crear relaciones estables de familia, en plena igualdad de derechos y deberes...”. En la misma línea, la mayoría de los civilistas entiende que la referencia constitucional al matrimonio exige la heterosexualidad de los cónyuges, con argumentos que van desde la interpretación literal del precepto, la histórica y la sistemática, sobre el tema: M. Alonso Pérez, “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, cit. pp. 25 y ss.
74. Y éste parece ser uno de los argumentos del Auto del Registro civil de Madrid, de 5 de noviembre de 2003, cuando afirma que “se trata tradicionalmente de una institución en la que la diferenciación de sexo es esencial, lo que podemos constatar históricamente de muy numerosas formas”.
75. E. Roca: “La familia que hemos dado en llamar *tradicional* no es más que una de sus posibles formas de organización y proviene solo de principios del siglo XIX, que fue cuando se plasmó en el Código francés de 1804. Por tanto, si queremos que la ley se adapte a cada una de las posibles formas familiares presentes en la actual sociedad, no tenemos más remedio que usar un sistema de legislación que tenga una base distinta de la que hasta ahora se ha utilizado: en vez de buscar regulaciones pormenorizadas de todas y cada una de las instituciones familiares, hay que encontrar una base distinta”, “Globalización y Derecho de familia. Los trazos comunes del Derecho de familia en Europa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 41.

po, por lo que la referencia que al matrimonio se haga ha de tener en cuenta esta relatividad histórica. Así, si partimos de la noción jurídica que del mismo existía cuando se aprobó la Constitución, nos encontramos conque la disciplina matrimonial entonces vigente como criterio de aproximación a su concepto no nos sirve, pues precisamente hubo que reformarla como consecuencia de la entrada en vigor del texto fundamental. Si nos atenemos, por el contrario, a la práctica social y jurídica de lo que ha sido el matrimonio, desde el punto de vista de su evolución, podemos extraer algunas conclusiones. El matrimonio ha dejado tras de sí el control de los padres que mediante su consentimiento lo encauzaban en las estrategias de alianzas familiares, para configurarse como una opción libre de los contrayentes. El matrimonio tampoco se identifica plenamente con una concepción religiosa del mismo, señaladamente la de la Iglesia Católica, tanto a nivel de comportamientos sociales como a nivel jurídico, pues esto último sería incompatible con un modelo laico de Estado. El matrimonio ha dejado de ser fuente exclusiva de procreación, consecuencia del imperativo constitucional de la igualdad de los hijos, plenamente asumido por la sociedad, pero sobre todo el matrimonio se ha desvinculado de su función reproductiva, que ha dejado de ser una de sus finalidades en el plano jurídico y también en los comportamientos sociales,⁷⁶ de tal modo que resulta difícil en la actualidad considerar esta función como una de sus notas distintivas, pues cada vez más los hijos son el resultado de una opción voluntaria de los padres e, incluso, de la madre o el padre en solitario, y no una consecuencia necesaria de la relación de pareja.⁷⁷

El matrimonio ha dejado, igualmente, de ser indisoluble y camina hacia una mayor presencia de la opción personal de la libertad en el tratamiento de la crisis conyugal.⁷⁸ El matrimonio que conocemos ha dado al traste con las relaciones de desigualdad entre los cónyuges del modelo burgués, consecuencia del principio de igual-

76. En los comportamientos sociales está claro que la procreación no es un fin necesario del matrimonio. En España, la tasa de fecundidad se sitúa en el año 2002 en un 1,3% siendo necesario para asegurar el reemplazo generacional un 2,1%, *La sociedad española tras 25 años de Constitución* del INE, Madrid 2003, p. 43. Sobre el tema, Pastor Ramos, Gerardo, *La familia en España. Sociología de un cambio*, cit., pp. 63 y ss. En todo caso se debe tener en cuenta que los hijos nacidos dentro del matrimonio representan en el año 2001 el 80,3%, aunque va en aumento el número de hijos nacidos fuera del matrimonio que ha pasado de un 3,9% en 1980 a un 19,7% en el año 2001, *La sociedad española tras 25 años de Constitución*, cit., p. 44.

En el plano jurídico el matrimonio no tiene una función procreativa, pues la decisión de no tener hijos o la imposibilidad de ser padres no es causa para la nulidad del mismo, solo podría tener una incidencia muy limitada a través del error en las cualidades personales, que por su entidad hubieran sido determinantes en la decisión de contraer matrimonio. No ocurre así en el Derecho canónico para el que la procreación es un fin del matrimonio.

77. En este sentido, M.O. Sánchez Martínez, "Constitución y parejas de hecho: El matrimonio y pluralidad de estructuras familiares", *REDC*, año 20, 2000, p. 64. Sobre las nuevas orientaciones respecto a la filiación, F. Rivero Hernández, "La filiación en el umbral del siglo XXI", cit. pp. 112 y ss.

78. Recuérdese la última reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio que modifica sustancialmente el tratamiento de la crisis conyugal al introducir una disciplina del divorcio ligada a la libertad de los cónyuges.

dad consagrado en las Constituciones, por el impulso, sin duda, de los movimientos feministas, que ha arrasado con figuras jurídicas muy enraizadas en el comportamiento matrimonial, como la necesidad de autorización marital para la actuación de la mujer en defensa de sus intereses y para la participación en el ámbito de lo público, o la exclusividad del padre en lo que respecta a la titularidad y ejercicio de la patria potestad;⁷⁹ consecuencia y causa de este cambio ha sido sin duda la incorporación de la mujer a la actividad laboral o profesional, que ha alterado sensiblemente los esquemas de relación entre la pareja.⁸⁰ También las relaciones entre los cónyuges se han transformado como consecuencia de la penetración de los derechos fundamentales al interior del matrimonio.

Y cada uno de estos cambios que ha padecido la institución matrimonial se ha visto en su tiempo como una crisis insalvable de la institución. Se puede decir que lo que se ha salvado a lo largo de este proceso de transformación está en contra precisamente de ese rostro histórico.

Pero no debemos dejar de señalar las posibilidades que sugieren lo que entendemos que es el gran cambio que se ha producido en el matrimonio: el de la primacía de los derechos fundamentales sobre los intereses del mismo, que coloca a esta figura en la órbita de la libertad personal de los contrayentes, y en la de la libertad de la sociedad en su conjunto para configurar modelos de familia. Y en esta lógica de comportamiento se puede afirmar que la evolución del matrimonio no ha culminado, pues es posible que asistamos a otros procesos de transformación que aún no podemos adelantar.

Como resultado de todo lo anterior, nos podemos preguntar qué es lo que queda de su rostro histórico: *el ser el modelo básico de organización familiar que responde a un proyecto de vida en común entre un hombre y una mujer con pretensiones de*

79. La transformación que supuso para el modelo de familia conyugal la aplicación del principio de igualdad de los sexos se puede constatar en las numerosas reformas que en España se tuvieron que hacer en el Derecho de familia tras la publicación de la Constitución, pero, quizás, lo importante de la aplicación de este principio a las relaciones conyugales está en que introduce una lógica diferente entre los esposos, cuyas últimas consecuencias están aún por ver. Una exposición acerca de la relación del principio de igualdad de los sexos y su incidencia en la garantía institucional de la familia, en B. Rodríguez Ruiz “Familia e igualdad entre los sexos: una mirada crítica al caso alemán”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. pp. 311 y ss. Una interesante reflexión desde la sociología en Flaquer, “El ocaso del patriarcado”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. pp. 10 y ss.

80. El aumento ha sido muy sensible si comparamos los datos de 1978, 28% de mujeres activas, con los de 2003, 42,3%, siendo el de los hombres el de 67%, y una de las causas de este cambio ha sido la incorporación de la mujer casada al mundo del trabajo, cuya tasa se duplica en estos años, *La sociedad española tras 25 años de participación*, cit. pp. 126 y ss. En esta línea resulta ilustrativo de estos cambios de comportamientos cómo se valora en la actualidad el compartir las tareas domésticas para el éxito del matrimonio: 18-20 años, un 85,3%; 25-34 años, un 87,1%; 35-44 años, un 82,20%; 45-54 años 72,8% y 55-64 años, un 68,8%, en M.J. Campo Ladero, *Relaciones interpersonales: Valores y Aptitudes de los españoles en el nuevo milenio*, cit. p. 52.

permanencia, aunque soluble, y que establece relaciones de solidaridad y exclusividad entre los cónyuges, cuyo control institucional se hace juridificando la “entrada” en el mismo y también “la salida”, que son los dos momentos de control por parte del Estado de la disciplina del matrimonio.

Desde esta perspectiva se puede legítimamente entender que su última transformación es la pérdida de la exigencia de la heterosexualidad,⁸¹ y que en todo caso esa nota no constituye el contenido esencial que está garantizado frente al legislador y, por consiguiente, no integra el núcleo básico de la figura que se preserva mediante la garantía institucional. En efecto, como hemos dicho anteriormente, la garantía institucionalmente protegida tiene un contenido más reducido que la noción del mismo que hemos barajado. Y para aproximarnos a ese núcleo inviolable para el legislador hemos de seguir los criterios que nos aporta el Tribunal Constitucional: determinar aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, y atender a “aquella parte del contenido de los derechos que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.

Al respecto, se debe considerar que el requisito de la heterosexualidad corresponde a una evolución de la figura del matrimonio, acompañada por el rechazo a la homosexualidad y asentada en una función procreativa. Solo cuando se ha superado la intolerancia a este tipo de relaciones, tanto a nivel jurídico como social, se ha podido visualizar esta realidad. Estamos, en consecuencia, ante una situación nueva de la que carecemos de precedentes que puedan iluminar una solución; una situación, sin embargo, que puede reproducir en su seno el mismo tipo de relaciones que las que surgen al interior del matrimonio heterosexual, es decir, establecer un proyecto de vida en común, con intención de permanencia, que establece relaciones de solidaridad y exclusividad en la pareja, sin que deba tener una finalidad reproductiva. Dicho esto, parece que el reconocimiento del matrimonio de homosexuales no vulnera el contenido esencial del matrimonio, en cuanto la exigencia de la heterosexualidad no es indispensable para reproducir en su seno el mismo tipo de relaciones que las que se establecen al interior del matrimonio heterosexual, pues la finalidad procreativa ha dejado de ser una nota distintiva del contenido garantizado constitucionalmente.

81. Se ha afirmado que seguir insistiendo en la heterosexualidad del matrimonio significa desconocer las transformaciones experimentadas en la sociedad española a impulsos del sistema axiológico que promueve la Norma Suprema, N. Pérez Cánovas, “La crisis del Estado heterosexual: del derecho a la vida privada y a la vida familiar de las parejas homosexuales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, cit. p. 66.

Además, una vez admitido su derecho al reconocimiento jurídico de la opción de constituir una familia, idear o defender una regulación para las parejas de homosexuales que quieren formalizar su proyecto de vida, distinta a la disciplina matrimonial, encontraría la dificultad real de identificar las diferencias respecto del matrimonio, como no fuera la de dar una menor protección a los intereses de los homosexuales,⁸² y ello sería difícilmente justificable en el plano constitucional.

Parejas de hecho

Cuando nos referimos a las parejas de hecho que están proliferando en la sociedad europea, como una opción legítima de convivencia familiar, hacemos alusión a supuestos en los que conviventes no quieren contraer matrimonio por una decisión personal de ambos, que responde al deseo cierto de mantenerse al margen de su disciplina jurídica, así como de escapar al control que supone su celebración y su disolución. Hay pues en esta decisión una cierta rebeldía frente al matrimonio que no quieren contraer.⁸³

Respecto a estas parejas de hecho,⁸⁴ es decir, aquellas que se han decidido por un tipo de convivencia semejante al matrimonio, pero sin llegar a contraerlo, hay que señalar la contradicción aparente que supone el negarse a asumir el estatuto matrimonial –con lo que ello significa de someterse a los requisitos y forma de celebración, así como contraer un conjunto de obligaciones y derechos respectivos, y padecer también el control jurídico cuando llega la crisis–, y querer por otro lado *beneficiarse* de algunas de sus consecuencias cuando entienden lesionados sus intereses.⁸⁵ Una

82. Hipótesis que plantea J. Gavidia Sánchez, “Uniones homosexuales y el concepto constitucional del matrimonio”, cit. p. 54. Por su parte, E. Roca señala como líneas generales de la regulación: la estabilización de las parejas de homosexuales, que se contemple la unión estable de forma directa, y se le dote de un estatus adecuado a sus propias circunstancias, *Familia y cambio social*, cit. pp. 125 y ss. Se podría plantear, como diferencia para tener en cuenta, la posibilidad de adoptar, pero el tratamiento de esta cuestión se debe hacer desde el interés de los menores en contar con los mejores padres posibles. En todo caso se debe tener en cuenta que las reformas que se han producido en esta materia, así como en el acogimiento, van en la línea de admitir otras realidades familiares diferentes de la pareja conyugal.

83. Este caso es muy diferente de los supuestos en los que la no celebración del matrimonio obedece a prácticas culturales que cuentan con otros ritos o normas para regular la relación de pareja, pues en estos supuestos realmente nos enfrentamos ante matrimonios anormales, ya que existe una voluntad de constituir la unión como si fuera matrimonio. En España esta situación se da en la etnia gitana. En algunos países latinoamericanos existen también este tipo de comportamientos; de ahí que muchas constituciones hayan igualado la unión de hecho al matrimonio, como ocurre con la Constitución de Ecuador, art. 38.

84. Se contemplan en este supuesto las uniones heterosexuales y el hipotético caso de las uniones homosexuales que, contando con una opción específica matrimonial o similar, optaran por este tipo de convivencia.

85. De los supuestos concretos que integran la realidad compleja de las uniones extramatrimoniales hay que señalar aquel en el que los conviventes no puede contraer matrimonio por estar uno o ambos aún casados, aunque esta situación por su carácter transitorio no llega a desvirtuar el planteamiento general que se hace respecto a estas

contradicción que resulta aún más inexplicable si se tiene en cuenta que el matrimonio vigente, como hemos dicho, es laico y democrático, y que en todo caso es la mejor expresión del equilibrio de intereses de la pareja que se ha llegado a alcanzar en nuestro ordenamiento, a pesar de las quiebras señaladas. De ahí precisamente que se reclame la aplicación analógica de algunas de sus normas.

La gran variedad de causas que pueden propiciar o inducir a una conducta de este tipo quizás nos ofrezca explicaciones congruentes,⁸⁶ pero no creemos que sea éste el terreno en el que nos debamos ubicar, sino en el jurídico, para encontrar las claves del sistema que permitan elaborar una respuesta, alejados de todo prejuicio, acerca de estas parejas. En este sentido no se puede desconocer que se está ante una demanda real que se asienta en un comportamiento que tozudamente se impone en la sociedad, y es apreciado por ésta como una opción legítima de relación que es considerada como familia. Además, tampoco se puede olvidar que la libertad de opción entre el estado civil de casado o el de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social;⁸⁷ de ahí que por la doctrina se haya formulado el derecho a no contraer matrimonio.⁸⁸

Dicho esto, nos encontramos conque el art. 39 CE asegura en su segundo párrafo la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, lo que significa que el mencionado precepto tiene presente esta realidad familiar de la pareja de hecho. Así mismo, el Tribunal Constitucional, en una jurisprudencia constante,⁸⁹ ha mantenido que en el plano constitucional se reconocen deter-

uniones. En algunas ocasiones el TC ha entrado a analizar las causas por las que no se ha contraído matrimonio para apreciar si resultan constitucionalmente admisibles, y así cuando ha comprobado, por ejemplo, la falta de libertad por no existir entonces divorcio ha declarado el amparo a base del principio de igualdad (STC 155/1998, de 13 de julio).

86. Ma. J. Campo Ladero refleja como cada vez es mayor el número de personas que consideran que el matrimonio está pasado de moda, que ha aumentado de un 20,8% en 1987 a un 23,6% en el 2002, siendo mayor el porcentaje de jóvenes que mantiene esta opinión hasta llegar a un 41,7%. Una opinión que está relacionada con las creencias religiosas, la satisfacción con la vida familiar y la posición ideológica de las personas, *Relaciones interpersonales: Valores y Aptitudes de los españoles en el nuevo milenio*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003, p. 49. Resulta de interés el estudio sobre aptitudes y comportamientos en relación a la cohabitación y al matrimonio realizado sobre datos de 1990 por Alberdi, Flaquer e Iglesias de Ussel, en *Parejas y matrimonios: aptitudes y comportamientos*, cit. pp. 39 y ss.

87. STC 156/1987, de 11 de febrero.

88. En este sentido P.A. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada 2001, pp. 136 y ss.; C. de Amunátegui Rodríguez, *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las Leyes sobre parejas estables*, Valencia 2002, pp. 38 y ss. Por su parte la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables de Navarra, en su EM se manifiesta por la existencia de este derecho. Respecto a ello, el T.C. afirma que en el derecho a contraer matrimonio constitucionalmente reconocido no entraña el deber u obligación de contraerlo, STC 471993, de 8 de febrero.

89. Por todas, la STC 222/1992, de 11 de diciembre: "Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que

minados tipos de familia, es decir, que es posible el reconocimiento de otros modelos de convivencia familiar que no sean el matrimonio.

Por ello, es posible desde el punto de vista constitucional la asunción de este comportamiento de pareja con un régimen jurídico propio. El problema está en el alcance de esta regulación y la repercusión que en sus efectos pueda tener la previsión constitucional acerca del matrimonio. En este sentido, es conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando manifiesta que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”.⁹⁰

Sin embargo, la complejidad que reviste la cuestión requiere que se diferencien dos tipos de consecuencias jurídicas: aquellas que se refieren a las relaciones de pareja, y que son propias de lo que conocemos como Derecho de familia, y aquellas otras que tienen por finalidad proporcionar a la familia el disfrute de determinados bienes o beneficios, más propias del Estado social, y que pueden ser de diversa índole: laboral, seguridad social, sanidad, etc.

Respecto a las primeras consecuencias, las que corresponden a la disciplina familiar, la relación entre el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no se puede explicar exclusivamente desde el principio de igualdad, en el sentido de pretender su equiparación en el plano de los derechos y deberes, que surgen para los miembros de la pareja, pues está claro que hablamos de situaciones diferentes por una opción personal de sus protagonistas: los que integran la pareja de hecho que han rechazado contraer matrimonio. Dicho esto, la clave para solucionar el problema que abordamos está en dilucidar si el reconocimiento jurídico de esta relación de pareja vulnera la garantía institucional del matrimonio que contiene el art. 32 CE. En efecto, como hemos dicho, la mencionada garantía supone la necesaria presencia del matrimonio en el ordenamiento jurídico, pero también que éste tenga una vigencia efectiva dentro de los diferentes modelos de familia que se regulen en el plano normativo. Y bien pu-

manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador y tutivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que corresponde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1. y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”. C. de Amunátegui Rodríguez afirma con acierto que la normativa que regula las relaciones de estas parejas debe ser considerada como perteneciente al Derecho de familia, *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las Leyes sobre parejas estables*, cit. p. 25.

90. Esta afirmación constituye una línea jurisprudencial consolidada en el T.C. respecto de la pensión de viudedad así como del subsidio de desempleo por responsabilidades familiares previsto en el art. 13 L 31/1984, de 2 de agosto; por todas, STC 184/1990, de 15 de noviembre.

diera ser que se llegara a consagrar su obsolescencia mediante la regulación de figuras sustitutorias que la vacíen de contenido, como ocurriría si se regularan las parejas de hecho como un calco del matrimonio, con exclusión del acto de celebración y el control judicial respecto a su disolución, pues se puede llegar a la misma finalidad, la de conseguir la protección que el ordenamiento consagra al matrimonio, sin necesidad de llegar a contraerlo. Este quedaría únicamente como una opción válida para aquellos que quieran celebrar el rito de contraerlo, pero sin ninguna diferencia con la unión de hecho en lo que respecta a sus efectos.⁹¹

Por ello, tiene sentido que se establezcan regímenes diferentes, el del matrimonio ligado a un estatuto jurídico de unas relaciones que se han sometido al control del Estado, y el de las parejas de hecho, más cerca de la idea de desregulación, acorde con la informalidad que la preside. En todo caso, la asunción por el Derecho de esta realidad debe respetar los principios constitucionales que han de actuar como límites al comportamiento de la pareja en sus relaciones internas. Además, también se puede exigir un mínimo de certeza acerca de su existencia.⁹² En España las parejas de hecho no han sido objeto de regulación por una norma estatal, ha sido la jurisprudencia la que ha aportado las soluciones a los problemas que se han ido planteando.⁹³ Por el contrario las Comunidades Autónomas, que tienen competencia en Derecho civil, cuentan con una normativa específica de esta realidad familiar.⁹⁴

Por ello, la cuestión que queda por dilucidar es si estas uniones deben ser necesariamente asumidas por el legislador ordinario o, por el contrario, quedan a su iniciativa.

91. Distinto sería el caso en el que la Norma Fundamental reconozca a la pareja de hecho los mismos efectos que al matrimonio, como ocurre en la Constitución de Ecuador, art. 38.

92. Este es el criterio que sigue el TC, entendiendo que la presunción de convivencia que se deriva del matrimonio no se aplica a tales uniones, STC 173/1993, de 18 de enero que deniega el amparo al no haberse demostrado la convivencia con la arrendataria. Las disposiciones autonómicas que regulan las uniones de hecho requieren la concurrencia de una serie de requisitos que den certeza a la relación, así se exige un tiempo de convivencia, la existencia de hijos comunes, la formalización en escritura pública o la inscripción en un Registro, C de Amunátegui Rodríguez, *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las Leyes sobre parejas de hecho*, cit. pp. 67 y ss.

93. Sobre el tema, Ma. R. Valpuesta Fernández, “La institucionalización de las parejas de hecho”, “La institucionalización jurídica de la pareja de hecho”, cit. pp. 47 y ss.; C. de Amunátegui Rodríguez, *Uniones de hecho; una nueva visión después de la publicación de las leyes de parejas estables*, Valencia 2002; también, P. Munar Bernat, “Principios inspiradores de las distintas regulaciones autonómicas de las uniones estables de pareja”, *Tribuna Parlamentaria* 7, Baleares 2003, pp. 253 y ss.

94. Cataluña, Ley/10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas, que regula tanto las parejas heterosexuales como homosexuales. Aragón, Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que acoge tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales. Navarra, Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se refiere a todas las que cumplen los requisitos, con independencia de la orientación sexual.

Al respecto afirma el Tribunal Supremo que: "La Constitución española no contempla directamente la unión de hecho, pero sus normas le pueden afectar directa o indirectamente: así, el art. 9.2 impide su discriminación en aras a los principios de libertad e igualdad; el art. 10.1 le hace aplicable el principio de dignidad de la persona y el art. 14 al proclamar el principio de igualdad evita un trato discriminatorio; más específicamente, el art. 39 proclama la protección de la familia y ésta no solo es la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia *more uxorio*".⁹⁵ Vemos, pues, cómo la decisión judicial se asienta en derechos fundamentales cuya aplicación lleva al reconocimiento de esta realidad social como una realidad jurídica con efectos propios. En consecuencia, podemos argumentar que nos encontramos ante un tipo de organización familiar que, por imperativo de los preceptos constitucionales, antes referidos, debe tener una respuesta del ordenamiento jurídico, diferente a la del matrimonio, pero adecuada al concreto conflicto de intereses que en la misma se puede presentar. Ello explica que ante la ausencia de una previsión legal, se elaboren soluciones a los concretos problemas que se suscitan, con los instrumentos jurídicos que conforman el sistema de fuentes y la aplicación del Derecho. En esta línea es de resaltar la identificación de un principio general de protección del conviviente perjudicado, que se argumenta igualmente con disposiciones constitucionales como el art. 39, el 14 o el 10, reiteradamente citado.⁹⁶ En consecuencia, se debe afirmar que el legislador no puede desconocer la trascendencia jurídica de las uniones de hecho, pues el ordenamiento ya las ha asumido conforme al sistema de fuentes imperante y a los valores constitucionales.

En lo que respecta a los demás derechos que se pueden derivar tanto del matrimonio como de la relación de pareja, y que no corresponden estrictamente a la disciplina familiar, el principio de igualdad debe presidir el tratamiento que se le depare a uno y otro. En efecto, cuando lo que se dilucida en ese plano no es la formalización de la convivencia, sino el disfrute de los derechos sociales, parece que el criterio que

95. A pesar de que no existe una regulación a nivel de Estado de las parejas de hecho, se cuenta con una línea jurisprudencial que le reconoce determinados efectos, esencialmente cuando se ha producido la ruptura de la convivencia; como expresión de toda esa jurisprudencia se puede citar la STS 5/2003, de 15 de enero, en la que se afirma la existencia de un principio general de protección al conviviente perjudicado, que deriva de las normas constitucionales, arts. 10, 14 y 39, y normas de Derecho privado, art. 96 CC, art. 16.1 LAU, de la jurisprudencia del TC y del TS. Una exposición de la jurisprudencia del T.S. sobre la aplicación del enriquecimiento injusto a las consecuencias de la crisis de la pareja, I. Cordero Cutillas, "Comentario a la STS de 17 de enero de 2003: Disolución por voluntad unilateral de la convivencia *more uxorio*", AC, No. 30, 21 al 37 de julio de 2003, pp. 831 y ss.

96. Así, la STC 156/1987 afirma que, "La libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden público y de la paz social (art. 10.1). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido en la Constitución en su art. 32.1, tanto en sentido positivo como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil".

debe presidir su atribución es el de apreciar la concurrencia de las circunstancias que se han tenido en cuenta por el legislador en cada caso. Argumento que se refuerza en la idea que impulsa al Estado social de extender a todos los beneficios, atención y prestaciones que desarrollan los poderes públicos; así se desprende del art. 1.1. y 9. 2 CE.

Además, se debe considerar que el sistema de protección que se diseña en el texto constitucional responde a un modelo mixto, en el que participan el Estado y las familias, al asumir estas últimas un conjunto de obligaciones dirigidas a la atención y mantenimiento de sus miembros, siendo en estos ámbitos de la relación la intervención del Estado subsidiaria. Desde este punto de vista puede parecer contradictorio, y poco justificable desde la perspectiva constitucional, que por un lado se asuma una realidad familiar para que cumpla funciones de asistencia a sus miembros, y de otro lado se le niegue el disfrute de derechos sociales dirigidos a la familia.⁹⁷

Por todas las razones expuestas no se puede compartir la línea mantenida por el T.C. de negar al conviviente supérstite la pensión de viudedad, pues se recurre a la peculiaridad constitucional del matrimonio para justificar una discriminación sobre el disfrute de un bien que no se enraíza en la formalización de la convivencia, sino en el daño que puede producir la muerte de uno de los miembros de la pareja que convive, y este daño considerado por el legislador también se produce en la pareja que no está casada. Y entendemos que esta decisión no se puede asentar en el argumento de que “el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de la Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales”.⁹⁸ Además, como hemos podido comprobar a lo largo de estas páginas, los principios rectores de la política social y económica están sujetos a los derechos y valores constitucionales, entre ellos, por lo que aquí interesa, el de igualdad, que se vería seriamente afectado si se le dispensa un distinto

-
97. En este sentido se debe tener en cuenta que la pareja de hecho se contempla por el legislador como un ámbito adecuado para la protección de los niños, tanto en lo que se refiere a la adopción como a los distintos acogimientos.
98. STC 184/1990, de 15 de noviembre, en la que se justifica el diferente trato dispensado al matrimonio respecto de las parejas de hecho en relación a la pensión de viudedad: “La pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a la situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en el caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o aminoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando al efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad”. Una justificación de la posición del TC en L. Blanco Pérez-Rubio, *Las parejas no casadas y la pensión de viudedad*, Madrid 1992. Navarra, Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, se refiere a todas las que cumplen los requisitos, con independencia de la orientación sexual.

tratamiento al matrimonio o a la convivencia de hecho, en el disfrute de un derecho, como es la pensión de viudedad, cuando ambas presentan la misma necesidad. Por estas razones se debe estar con la otra línea jurisprudencial que se ha desarrollado al hilo de la inconstitucionalidad del antiguo art. 58 LAU⁹⁹ contenida, entre otras, en la STC 222/1992, de 11 de diciembre, cuando expresa que “la familia es para la Constitución, objeto de protección en sí misma y que la norma que así lo quiere no puede ser por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio”.¹⁰⁰

La identidad sexual y el Derecho a contraer matrimonio

Una vez que la jurisprudencia española ha reconocido el derecho de los transexuales a que su sexo jurídico coincida con su verdadera identidad sexual, y tal realidad se pueda reflejar en el Registro civil, mediante un cambio de sexo, se plantea la posibilidad de que puedan contraer matrimonio conforme a su situación actual.¹⁰¹

La cuestión ha quedado resuelta de forma muy clara por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de enero de 2001, que ha afirmado al respecto: “no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coinciden los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del art. 10-1 de la Constitución justifica, tras

99. En este artículo se regulaba la subrogación arrendaticia por muerte del arrendatario, que se concedía únicamente al cónyuge viudo. Tras ser declarado inconstitucional por no contemplar al conviviente supérstite, la regulación de la nueva ley de este derecho de subrogación lo extiende al conviviente que haya tenido con el arrendatario una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, con independencia de su orientación sexual.

100. Se sigue en este caso el criterio de la necesidad, “siendo evidente que el legislador puede diferenciar entre unas y otras (unidades familiares) en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales”; en la misma línea la STC 47/1993, de 18 de febrero.

101. La cuestión surgió por las solicitudes planteadas ante el Registro civil por algunos transexuales para que se cambiara la referencia a su sexo. Estas fueron atendidas en algunos casos, pero en otros la decisión fue recurrida judicialmente hasta llegar al Tribunal Supremo, que se pronunció a su favor en la Sentencia de 2 de julio de 1987, en la que accedió al cambio del sexo en el Registro, si bien le negaba el derecho a contraer matrimonio, por entender que se estaba, en ese caso, ante una ficción de mujer. Este primer pronunciamiento se fue consolidando en sentencias posteriores que han fijado los requisitos para proceder al cambio que se pretende: informe psicológico acerca de la identificación sexual del reclamante, tratamiento hormonal a fin de que se tenga la apariencia del sexo que se pretende, e intervención quirúrgica para que los órganos genitales coincidan con la nueva identidad. Este último requisito no se ha exigido en el caso resuelto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 13 de diciembre de 2004. En la actualidad está en preparación un proyecto de ley para el reconocimiento de la identidad sexual, en el que no se va a requerir este último requisito.

el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos". Con esta resolución se ha superado la debilidad del argumento del T.S, que tras reconocer la trascendencia jurídica del cambio de sexo, afirmaba, aunque fuera como *obiter dicta*, que en todo caso se estaba ante una ficción de mujer. Se resuelve, así pues, el problema planteado por el colectivo de transexuales y se hace con fundamento de nuevo en el precepto constitucional que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se ha convertido en el motor jurídico de los cambios sociales, en lo que respecta a las opciones de familia. Al legislador ordinario no le queda más que abordar el reconocimiento legal de una realidad que es jurídica,¹⁰² siendo así que en la actualidad se está elaborando un proyecto de ley que aún está en fase de borrador.¹⁰³

102. Por todos, C. Gómez Laplaza, "Transexualidad", *Aranzadi Civil*, No. 1, 2004, (<http://www.westlaw.es/westlaw/publicaciones.htm>).

103. Según las noticias que se difunden desde el Ministerio de Justicia, parece que en este texto se va a suprimir la exigencia de la intervención quirúrgica sobre los órganos genitales, como viene exigiendo la jurisprudencia.

Género y derechos humanos

Judith Salgado*

El artículo aborda la trayectoria que el concepto de género recorre en las últimas décadas y la complejización que esta categoría de análisis va adquiriendo en tiempos más recientes. Pone en evidencia la importancia de la incorporación de la categoría de género al análisis de derechos humanos, desde la crítica al androcentrismo y al sujeto universal; el cuestionamiento a la dicotomía y jerarquización entre el ámbito público (*masculino y político*) y el ámbito de lo privado (*femenino y natural*); la crítica a una concepción de igualdad únicamente formal que no deriva en igualdad sustancial al asumir la neutralidad del derecho y los derechos humanos. En suma, enfatiza que en la relación entre género y derechos humanos lo fundamental es la visibilización de las relaciones asimétricas de poder que definen la vigencia o no de los derechos.

FORO

EL GÉNERO COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS

Empiezo con una afirmación que aunque para muchos sea obvia, me parece necesaria por las reiteradas confusiones en el uso de este término. El género no es sinónimo de mujer. Saldado este punto me parece importante visualizar la trayectoria recorrida por el concepto de género.

El primer antecedente del significado de género, aunque no haya sido nombrado como tal, lo encontramos en 1949 cuando Simone de Beauvoir en su obra *El segundo sexo* afirma: "No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres". Esta aseveración implica reconocer que el significado de ser mujer se construye socialmente, que no existen características y atributos *naturalmente* femeninos y que la diferencia sexual (anatómica y genital) era un dato sobre el cual se inscribían una serie de representaciones, ideas, imposiciones, normas y valores que daban contenido al significado de ser mujer. Esto supone que el significado de ser hombre también se construye socialmente.

* Docente y Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Es en 1968 cuando Robert Stoller establece la diferencia conceptual entre sexo y género, el primero como un hecho biológico y el segundo como los significados que cada sociedad le atribuye a ese hecho. En efecto, él realiza una investigación con niños y niñas que por problemas anatómicos fueron educados como si pertenecieran al sexo fisiológicamente opuesto y pudo constatar que aunque luego ellos o ellas conocieran que sufrían una mutilación accidental o una malformación anatómica, mantenían el comportamiento del sexo en que habían sido educados.¹

En los setenta varias autoras feministas² profundizan la reflexión respecto a la diferencia entre sexo y género, insistiendo en que el género es el resultado de construcciones sociales de acuerdo a cada época y lugar que dan significado a la diferencia sexual. Un aporte fundamental de este momento fue quitarle el calificativo de natural y por lo mismo inmutable al ser mujer y ser hombre. Si el género es construido socialmente es sin duda susceptible de ser transformado.

Durante siglos se explicó la desigualdad y subordinación de las mujeres como un producto lógico de su supuesta naturaleza, *irracional, débil y dependiente*. La categoría de género permite desarmar la naturalización de la opresión, basada en hechos biológicos (diferencia genital) que son proyectados en desigualdades sociales.

Ahora bien, a partir de los ochenta, el concepto de género incorpora nuevos elementos que muestran su complejidad. Así por ejemplo, Joan Scott propone una definición muy interesante cuyo núcleo reposa en la conexión integral de dos proposiciones, “el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder”. Respecto a la primera proposición el género comprende cuatro elementos interrelacionados entre sí, simbólico (representaciones múltiples y a veces contradictorias, por ejemplo las figuras de Eva y María); normativo (expresa interpretaciones de los símbolos basados en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas que afirman categóricamente el significado de varón y mujer, masculino y femenino); institucional (referido a la familia, relaciones de parentesco, mercado de trabajo, educación, política) y subjetivo (referido a la construcción de las identidades). En cuanto a la segunda proposición la autora afirma que “el género constituye el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder. No es el género el único campo, pero parece haber sido una forma persistente y

-
1. Enrique Gomáriz, “Los estudios de género y sus fuentes epistemológicas: Periodización y Perspectivas”, en *Fin de siglo: Género y cambio civilizatorio*, Regina Rodríguez (edit.), Santiago, Ediciones Isis Internacional, 1992, p. 84.
 2. Gayle Rubin y Linda Nicholson son mencionadas por Linda Mc Dowell, *Género, identidad y lugar. Un estudio de geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, pp. 30-31.

recurrente de facilitar la significación del poder en las tradiciones occidental, judeo-cristiana e islámica".³

Siguiendo la propuesta de Scott, busquemos ejemplos que nos permitan entender de mejor manera el concepto de género planteado por esta autora. En cuanto al *elemento simbólico* la imagen ya sea de María o Eva es sin duda ilustrativa de cómo lo simbólico incide en nuestras concepciones sobre lo que significa ser mujer. Así de una parte María representa la maternidad, la pureza, la virginidad, la entrega incondicional. Esta es la faz más sacralizada y celebrada del ser mujer. De otra parte Eva representa la seducción, la tentación, la caída del hombre. Esta es la faz cuestionada, censurada y también temida del ser mujer.

Habría que escudriñar elementos simbólicos que han contribuido a construir el significado de ser hombre. En todo caso recordemos que en general en la tradición cristiana Dios ha sido asociado con el padre, el hijo, en todo caso con referentes masculinos.⁴

Para ilustrar la influencia del *elemento normativo* he escogido dos ejemplos. Uno en el ámbito educativo y otro en el jurídico. Así, a pesar de que vivimos tiempos de cambio, todavía en muchas escuelas los llamados talleres culturales se dividen aún por actividades propias para varones (mecánica, electricidad, carpintería) y propias para mujeres (costura, cocina, primeros auxilios). Esta interpretación de lo que es apropiado para cada sexo reproduce las ideas de profesiones más adecuadas para mujeres o para hombres que luego influyen en la elección que se hace. Por ejemplo, todavía la enfermería es un ámbito profesional mayoritariamente femenino y la mecánica un ámbito mayoritariamente masculino.

Al analizar la normativa de centros penitenciarios en Argentina, en relación a las visitas íntimas, un equipo de investigadoras evidenció que el ejercicio de este derecho era diferenciado en el caso de hombres y mujeres. Así los varones tenían derecho a la visita íntima una vez a la semana, las mujeres una vez por mes; los varones tenían una celda especial para el efecto, las mujeres debían trasladarse a la cárcel de varones; los varones podían utilizar la visita íntima con quien quisieran incluso contratando trabajadoras sexuales, las mujeres solo podían utilizar la visita íntima con su marido o conviviente (registrado en su expediente); la visita íntima era concebida, por algunos profesionales del sistema penitenciario, como higiénica en el caso de los varones y viciosa en el caso de las mujeres.⁵ Obviamente, detrás de la normativa es-

3. Joan W. Scott, "El género: Una Categoría útil para el análisis histórico", en *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, Marta Lamas (comp.), México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, pp. 289-292.

4. Debo esta asociación a mis estudiantes de la Especialización Superior en Derechos Humanos, UASB, 2006.

5. Susana Chiarotti, *Aportes al derecho desde la teoría de género*, 2005. www.cladem.org

tán concepciones de lo que es adecuado para hombres y para mujeres y estas se reproducen y ratifican a su vez a través de las normas.

Con relación al *elemento institucional*, tomo un ejemplo relacionado con el mercado de trabajo que instruye sobre la construcción de relaciones sociales, basadas en la diferencia asignada a los sexos que deriva en desigualdad y subordinación. En la región andina, entre 2000-2003 las mujeres percibieron, por el mismo trabajo y teniendo similares niveles de calificación, un promedio de 69,7% del sueldo que recibían los varones. En el ámbito político, por ejemplo, si tomamos el período 2000-2004 el promedio de representación de varones congresistas en los países andinos corresponde al 86,4%.⁶

Respecto al *elemento subjetivo*, vale la pena preguntarse, ¿cómo construimos nuestra identidad individual? ¿Qué creemos que es adecuado y apropiado como hombres, como mujeres? ¿Cómo manejamos nuestras relaciones de pareja? ¿Cuánto pesa en la decisión de mujeres, que a pesar de sufrir violencia doméstica mantienen tales relaciones, el hecho de que en nuestra sociedad se valora mucho el tener pareja estable, el estatus de tener marido, la dependencia afectiva, el deseo sexual? En el caso de los varones, valdría la pena preguntarse, ¿cuánto pesa en la construcción de su identidad individual el que permanentemente deban probar su hombría, el peso de la expectativa familiar y social de ser alguien importante, el rol de proveedor socialmente asignado a él (no ser un “mantenido”), el deber mostrarse siempre fuerte, audaz, conquistador?

En cuanto a la afirmación de que el género es un campo primario de relaciones significantes de poder, Scott plantea algunos ejemplos a través de la historia en los que para legitimar el poder/dominación político se ha echado mano de la distinción femenino/masculino.

Así muchos colonizadores para justificar y legitimar su dominación calificaron a los colonizados como irracionales, débiles, dependientes (características asociadas generalmente con las mujeres y lo femenino).

En el caso del Ecuador, hemos tenido varios ejemplos en los que se asocia el ejercicio del poder político con la virilidad/masculinidad. Jaime Nebot declaró hace algunos años que “para gobernar se requiere tener cerebro, corazón y solvencia testicular”; Abdalá Bucaram para descalificar a Rodrigo Borja dijo que éste tenía el esperma aguado. Estas afirmaciones muestran de qué manera se asume que el ejercicio del poder político está íntimamente vinculado con ser hombre o asumir una actitud masculina “tener bien puestos los pantalones”.

6. OPS, UNFPA, UNIFEM, *Género, salud y desarrollo en las Américas. Indicadores básicos*, 2005, p. 8.

Otros autores como Walby y Connell también complejizan el debate al analizar los llamados regímenes de género. Así por ejemplo, Walby plantea la interrelación de seis estructuras que constituirían los regímenes de género y ayudarían a explicar la subordinación y opresión de las mujeres. Así, la apropiación del trabajo doméstico por parte de los hombres (el trabajo doméstico ha sido siempre desvalorizado, de hecho muchas amas de casa dicen que “no trabajan” pues no reciben una remuneración; el servicio doméstico es todavía subvalorado, en efecto mientras el salario mínimo vital hasta el 2005 correspondía a USD 170 el de trabajadoras domésticas era de USD 55) la inequidad en el trabajo remunerado (hemos ya visto ejemplos de la brecha salarial); el dominio masculino en las entidades estatales que definen la normativa y las políticas; la violencia machista (en el Ecuador 6 de cada 10 mujeres sufren algún tipo de violencia); el control del cuerpo de las mujeres y su sexualidad (en muchos hospitales aún se exige la autorización del marido para la esterilización femenina); el dominio de los hombres de instituciones culturales (la propiedad de medios de comunicación es mayoritariamente masculina) que refuerzan sus representaciones de las mujeres. También afirma la necesidad de interrelacionar el análisis de género con la clase, la raza, la edad, etc.⁷

Robert Connell, quien incursiona en los estudios sobre la construcción social de la masculinidad, plantea también tres estructuras que se interrelacionan para formar los regímenes de género. Así, las relaciones de poder en las que se evidencia el dominio masculino y la subordinación de la mujer; las relaciones de producción que definen la acumulación de la riqueza en manos masculinas y la desvalorización del trabajo de las mujeres tanto en lo productivo como reproductivo y la *cathexis (dependencia emocional)* que se relaciona con el deseo sexual y las relaciones que alrededor de éste se gestan. Este autor pone en evidencia que coexisten regímenes de género dominantes, así como regímenes que transgreden los postulados hegemónicos, también señala que no solo la fuerza y la opresión mantiene tales regímenes sino también la satisfacción que encuentran los sujetos dentro de un régimen determinado.⁸

En los noventa, varias feministas sobre todo negras y lesbianas asumieron la tarea de deconstruir⁹ el concepto de *mujer*, entendido antes como algo estable, para poner sobre el tapete que tal concepto privilegió una mirada desde las mujeres blancas,

7. Mc Dowell Linda, *Género, identidad y lugar. Un estudio de geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999, p. 33.

8. *Ibidem*, pp. 36-38.

9. Scout, toma la definición de deconstrucción de Jacques Derrida como un análisis contextualizado de la forma en que opera cualquier oposición binaria, invirtiendo y desplazando su construcción jerárquica, en lugar de aceptarla como real o palmaria, o propia de la naturaleza de las cosas. Joan Scott, “El género: Una Categoría útil para el análisis histórico”, en Marta Lamas (comp.), *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003, p. 286.

adultas, profesionales, heterosexuales, con recursos económicos, dejando de lado a todas las otras mujeres. En tal medida esta tendencia ha contribuido a cuestionar la existencia de “la mujer” como categoría homogénea, invariable, constante, inmutable, enfatizando el carácter relacional, contextual e inestable de toda categoría y también explicitando la matriz heterosexual dominante.

Como hemos visto no existe una única definición de género, sin embargo existen sí varios elementos en los que la mayor parte de autoras/es coinciden:

- No se puede justificar la subordinación, desigualdad y opresión a las mujeres, basándola en la diferencia sexual (genital y reproductiva).
- El ser mujer y ser hombre adquiere diversos significados de acuerdo al contexto, lugar, tiempo, clase, edad, origen étnico o nacional, y tiene implicaciones en lo político.
- El género es una categoría relacional, busca mirar las relaciones entre hombres y mujeres, entre lo femenino y lo masculino y sus implicaciones en las relaciones de poder que se tejen.
- La categoría de género pone en el centro del debate las relaciones de poder jerarquizadas y asimétricas entre los sexos, la desvalorización e inferiorización de lo femenino frente a lo masculino, el androcentrismo vigente, la dicotomía público/privado.
- La categoría de género permite repensar la organización social, política y cultural, pues toda construcción social por asentada que esté puede ser modificada.

Habiendo delimitado estos puntos comunes, vale la pena analizar de qué manera la categoría de género ha influido en el ámbito de los derechos humanos.

LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO

El debate sobre derechos humanos es fundamentalmente político, porque alude de manera directa al poder y en tal medida la categoría de género nos es de mucha utilidad para una comprensión más integral.

Para este análisis tomo la definición de derechos fundamentales que plantea Pérez Luño.

En su significado objetivo los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes...los derechos fundamentales constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática...En su dimensión subjetiva, los derechos

fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona, no solo frente al poder del Estado, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social.¹⁰

Helio Gallardo reconoce el potencial emancipador de la lucha por los derechos humanos, asignándole un carácter estratégico revolucionario. Para este autor el fundamento de los derechos humanos no es, como lo plantea Norberto Bobbio, el consenso logrado entre diversos estados, expresado en la generalizada adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino las transferencias de poder –derivadas de la lucha social– entre los diversos grupos sociales, las instituciones en las que se articulan y las lógicas que animan estas relaciones; y la introducción material en la noción de humanidad de nuevos actores, sujetos y necesidades humanas. Sostiene que “los derechos fundamentales no se dicen, por tanto de los individuos, sino de las relaciones que estos logran establecer y legitimar mediante sus luchas de liberación”.¹¹

Coincidiendo con Gallardo, cabe realizar el enganche entre la lucha de los movimientos feministas por los derechos humanos de las mujeres, especificando las principales críticas y aportes que han retado la noción de derechos humanos.

Una primera crítica feminista a la visión moderna de los derechos humanos ha sido dirigida contra su *androcentrismo*, demostrando que el supuesto sujeto universal titular de tales derechos en la práctica tenía como sujeto portador al varón, blanco, heterosexual y con recursos económicos y por lo mismo excluía a todo el resto que no calzaba tal paradigma, convirtiéndose estos en la práctica en *no sujetos*. En contraste “la teoría feminista permite considerar a los sujetos en sus contextos y especificidades con sexo, cuerpo, edad, color, raza e insertos en tiempos y lugares particulares”.¹²

Alda Facio enfatiza que:

Cuando el hombre es el modelo de ser humano, todas las instituciones creadas socialmente responden solamente a las necesidades sentidas por el varón, o, cuando mucho, a las necesidades que el varón cree que tienen las mujeres. Cuando el hombre es sentido como representante de la humanidad toda, todos los estudios, análisis, investigaciones, narraciones y propuestas se enfocan desde la perspectiva masculina únicamente, pero esta

10. Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 20-22.

11. Helio Gallardo, *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000, pp. 9-15.

12. Lorena Frías, “Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos”, en *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO-CONAMU, Quito, 2000, p. 49.

no es sentida como una perspectiva masculina sino como una no perspectiva, como un hecho totalmente objetivo, universal, imparcial.¹³

El androcentrismo del derecho y los derechos humanos se ha manifestado de diversas formas, ya sea en normas que directamente excluyen a la mujer en el ejercicio de derechos, como por ejemplo del derecho al sufragio; normas que reconocen privilegios de hombres sobre mujeres, por ejemplo la necesidad de contar con permiso del marido para que la mujer pueda trabajar en el caso de Guatemala; normas aparentemente protectoras de la mujer que en la práctica la discriminan, por ejemplo la prohibición de realizar trabajos nocturnos; el silencio que hasta hace una década mantuvo la normativa respecto a problemas que afectan directamente a las mujeres como la violencia doméstica; normas que penalizan el aborto en toda circunstancia; normas que privilegian la preocupación de hombres de ser acusados falsamente de una violación, antes que la protección de víctimas de delitos sexuales, etc.

Una segunda crítica fundamental ha sido el *cuestionamiento a la dicotomía y jerarquización entre el ámbito público (considerado masculino y político) y el ámbito de lo privado (considerado femenino y natural)*.

El imaginario moderno escinde la sociedad en dos ámbitos: la sociedad política (El Estado como expresión de los intereses públicos) y la sociedad civil (ámbito de los intereses particulares). La primera constituye la esfera de lo público, del poder; la segunda la esfera de lo privado, de la libertad. Uno de los principales aportes del feminismo ha sido cuestionar la tajante separación de la esfera de lo público y lo privado en la conformación de los estados modernos, demostrando de una parte que se trata de una división ficticia, pues en la práctica estos espacios se encuentran interconectados, evidenciando que en la esfera de lo privado se ejercen relaciones de poder/dominación que han subordinado de manera particular a las mujeres. Asumir que los espacios privados como la familia, las relaciones de pareja, no estaban atravesadas por relaciones de poder sino que eran los espacios del ejercicio de la libertad, que no debía ser perturbada por el Estado, trajo como corolario el que se consideraran irrelevantes políticamente hablando. Esta es otra ficción ideológica más. De hecho la violencia intrafamiliar, una de las formas más sistemáticas de violación de los derechos humanos de las mujeres, permaneció hasta hace una década en el silencio, la impunidad y la completa desprotección, por considerarse un asunto privado irrelevante políticamente. Constituye, sin duda un avance, la aprobación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer.

13. Alda Facio, “El Principio de Igualdad ante la Ley”, en *Derechos Humanos de las Mujeres*, Lima, 1996, p. 82.

Indudablemente, la crítica a la dicotomía y jerarquización de lo público y privado está muy vinculada con el propósito de democratizar los espacios cotidianos, considerados usualmente privados/intimos (las relaciones de pareja, familiares, sociales), desestabilizar las relaciones de poder asimétricas y lograr la “transferencia de poder” tal como lo plantea Helio Gallardo.

Un punto central que cuestiona la dicotomía público/privado es el debate alrededor del cuerpo como territorio de construcción de autonomía. Está en juego el conocimiento, valoración y reapropiación del cuerpo, el cual ha sido históricamente *expropriad*o a mujeres, jóvenes, personas LGBT, particularmente.

Una tercera crítica, sumamente importante, ha sido dirigida a la *noción de igualdad formal*. Precisamente, si entendemos que el género es la construcción social de la diferencia sexual y que dicha construcción ha definido relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres, la igualdad reconocida en la ley no basta para que en las relaciones sociales concretas podamos efectivamente gozar de igualdad. Esto es válido para otros grupos subalternizados como los indígenas, negros, niños/as, jóvenes, personas de la tercera edad, discapacitados/as, lesbianas, gays, travestis, etc.

La igualdad en el ejercicio de los derechos humanos ha sido hasta hace poco interpretada de manera restrictiva como igualdad formal, una igualdad abstracta que era tal en la medida en que la normativa nacional o internacional contuviera un texto que afirmara que las personas somos iguales ante la ley y la prohibición de ser discriminados por diversas condiciones.

Constituye un avance la definición de discriminación en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que supera una visión androcéntrica incluyendo una perspectiva de género.

A los efectos de la presente Convención la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo *que tenga por objeto o resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer –independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer–, de los derechos humanos y las libertades fundamentales *en la esfera política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*. (El resaltado es nuestro).

La tensión entre igualdad y diversidad requiere ser abordada en el intento de desmontar las relaciones de poder dominación/subordinación y desechar las diversas manifestaciones de discriminación.

Joan Williams plantea que el análisis de igualdad que incluya uno del género como poder social elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. Su interesante propuesta se resume en las siguientes líneas:

La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio en la forma en la cual la persona toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente.

En otras ocasiones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos/as actores/as sociales, muchos/as de ellas/os motivadas/os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos/as actores/as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige no solo tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa.¹⁴

Las acciones afirmativas son medidas de carácter temporal que, ante la existencia de desigualdades históricas, aplica medidas que buscan acelerar el ejercicio de igualdad efectiva. Un ejemplo de acciones afirmativas son las cuotas de participación política para mujeres, los cupos para minorías étnicas en instituciones educativas, los porcentajes exigidos de contratación a personas con discapacidades, etc.

Si de resumir se tratara, me parece que el punto central consiste en que las diversas corrientes feministas y el enfoque de género han insertado en la discusión sobre derechos humanos su relación con el poder.

Foucault nos enseñó que el éxito del poder es proporcional a su habilidad para ocultar sus mecanismos¹⁵ (la traducción es nuestra). El Derecho concebido como espacio de neutralidad, objetividad, universalidad ha camuflado durante mucho tiempo relaciones de poder/dominación y las ha legitimado.

No obstante, así como el derecho puede ser un instrumento de dominación, también puede convertirse en una herramienta de cambio social. Esto implica entender que el Derecho y los derechos humanos pueden contribuir estratégicamente a la construcción de sociedades equitativas, siempre que prestemos atención en descifrar y evidenciar los mecanismos y las relaciones de poder.

14. Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fríes, (edit.) Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 79.

15. Citado por David Halperin, “The Queer Politics of Michel Foucault”, en *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 51.

BIBLIOGRAFÍA

- Chiarotti, Susana, *Aportes al derecho desde la teoría de género*, 2005. www.cladem.org
- Facio, Alda, y Lorena Fríes, edits., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000.
- “El Principio de Igualdad ante la Ley”, en *Derechos Humanos de las Mujeres*, Lima, 1996.
- Gallardo, Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000.
- Gomáriz, Enrique, “Los estudios de género y sus fuentes epistemológicas: Periodización y Perspectivas”, en Regina Rodríguez, edit., *Fin de siglo: Género y cambio civilizatorio*, Santiago, Ediciones Isis Internacional, 1992.
- Halperin, David, “The Queer Politics of Michel Foucault”, en *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, New York, Oxford University Press, 1995.
- Herrera, Gioconda, coord., *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO-CONAMU, Quito, 2000.
- Mc Dowell, Linda, *Género, identidad y lugar. Un estudio de geografías feministas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1999.
- Olsen, Frances, “El sexo del derecho”, en Alicia Ruiz, comp., *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000.
- OPS, UNFPA, UNIFEM, *Género, salud y desarrollo en las Américas. Indicadores básicos 2005*.
- Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Técnicos, 1999.
- Salgado, Judith, “Derechos humanos y género en el marco constitucional ecuatoriano”, en Fernando Flores, coord., *Género y Derecho Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional / Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2003.
- Scout, Joan W., “El género: Una Categoría útil para el análisis histórico”, en Marta Lamas, comp., *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM, 2003.
- Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Fríes, edits., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.

Instrumentos internacionales

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
Convención interamericana para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer.

Trata de seres humanos y tráfico de inmigrantes en los albores del siglo XXI*

*Claudia Storini***

Esta investigación analiza con detalle la evolución conceptual y la heterogeneidad de definiciones entre dos tipos principales de tráfico de personas, esto es, la trata para la explotación de seres humanos y el tráfico de migrantes. Conjuntamente se estudia el desarrollo de la cooperación internacional de la acción supranacional y nacional en materia de lucha contra el tráfico de personas, se describen los aspectos más significativos y se analizan los obstáculos que la limitan o frenan, con el fin de vislumbrar instrumentos analíticos útiles para superarlos, como, por ejemplo, en el caso de la trata, los incluidos en el Convenio del Consejo de Europa, abierto a la firma el 16 de mayo de 2005.

FORO

LA DISTINCIÓN ENTRE TRATA DE SERES HUMANOS Y TRÁFICO DE MIGRANTES

En un período de menos de diez años, la lucha contra las diversas formas de tráfico de personas se ha impuesto como una importante prioridad para la cooperación internacional en diversos niveles, así como para la acción de las principales organizaciones internacionales y supranacionales, ya sea a nivel mundial (Naciones Unidas), o regional (en particular en el marco de la Unión Europea). Así, en pocos años, se ha afirmado en el debate internacional una temática, que aún no siendo novedosa, asume una relevancia política inédita.

Las causas y las dinámicas internas de este proceso, bastante complejas e interesantes, merecerían un estudio a parte. Diversos aspectos concurren, de hecho, para hacer de la lucha contra el tráfico de personas un caso emblemático del modo en que se desarrollan los procesos político-decisionales internacionales, en una época de

* Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto I+D de la Generalidad Valenciana GV 2005-205: "Inmigración y nuevas formas de esclavitud en el S. XXI: La trata de seres humanos".

** Investigadora del Programa Juan de la Cierva, Valencia, España.

creciente internacionalización/globalización económica y cultural. En el terreno específico de la lucha contra el tráfico se han reflejado con particular evidencia transformaciones de carácter más general, como: las profundas y rápidas mutaciones en curso en la percepción de la seguridad internacional; el papel cada vez más significativo de las ONG y de los medios de comunicación en la construcción de los temas; la erosión de la soberanía nacional también en campos de la política tradicionalmente sustraídos a los procesos de coordinación, convergencia y armonización a escala internacional.¹

Este no es, sin embargo, el objeto de esta parte del trabajo. En las páginas que siguen habrá que concentrarse en los desarrollos concretos de la cooperación internacional y de la acción supranacional en materia de lucha contra el tráfico de personas, describiendo los aspectos más significativos e intentando enfocar los mayores obstáculos encontrados, que limitan o frenan tal cooperación. La perspectiva adoptada no es por tanto de tipo puramente interpretativo; se trata por el contrario de un intento de reconstrucción con el fin de poner de relieve los principales problemas surgidos y de sugerir algunos instrumentos analíticos útiles para superarlos. Se examinarán los problemas conexos a la definición del fenómeno con fines prescriptivos, es decir, con la finalidad de una intervención reguladora por parte de sujetos institucionales nacionales o supranacionales.

La premisa necesaria, que se desarrollará en los párrafos que siguen, está dada en considerar que cualquier intervención reguladora, de carácter preventivo, o represivo, frente a fenómenos sociales nuevos, o que se presentan con características nuevas, supone que sea dada previamente una definición del fenómeno en cuestión. Es decir, la trata y el tráfico de migrantes.

Podrá tratarse de una definición genérica o detallada, rígida o flexible, pero alguna forma de definición es lógicamente indispensable para intervenir sobre el fenómeno mismo. Es evidente que la definición del fenómeno no es nunca neutral, sino, al contrario, siempre funcional a los objetivos reguladores del sujeto decisario. Asimismo, en el caso de procesos decisionales complejos, como aquellos que tienen lugar a nivel internacional, la definición misma del fenómeno por regular es a menudo materia de confrontación, objeto de negociaciones y de compromisos.

Desde este punto de vista, la trata de personas y el tráfico de migrantes no son una excepción. La definición del fenómeno con fines preventivos y represivos constituye objeto de encendidos debates, tanto a nivel nacional, en los diversos países implicados, como a nivel internacional, en el seno de las instituciones supranacionales. El análisis de los términos fundamentales de este debate es útil en cuanto permite enfo-

1. U. Beck, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

car algunas opciones técnicas fundamentales y de valores todavía no resueltas, en la definición de una estrategia global de lucha contra el tráfico internacional de personas. Las fuerzas de policía y, más en general, los organismos públicos investidos de poder de *law enforcement*, tienen a menudo un rol guía, al menos en una fase inicial, en la individualización y definición de los riesgos emergentes para el orden público y la legalidad. Salvo casos relativamente raros de construcción plenamente política de un tema “de seguridad”, el poder político interviene solo en una fase posterior, para enfatizar, amortiguar o redefinir el alcance y el contenido de algo que hoy se considera como una amenaza.

Esta dinámica parece haberse producido, en el curso del último decenio, también en el terreno específico del tráfico de personas, en sus diversas formas. En presencia de un fenómeno nuevo, diversificado y en rápida evolución, algunos, entre los más precoces esfuerzos de análisis y de definición, se han llevado a cabo en ámbitos de investigación nacionales e internacionales.

Estos esfuerzos han conducido a la cristalización y a una difundida aceptación (preponderantemente, si bien no solo, en ámbitos de investigación) de una distinción fundamental entre dos tipos principales de tráfico de personas; la trata finalizada a la explotación de las personas (*trafficking of human beings*); el tráfico de migrantes (*smuggling of migrants*).

A lo largo de los años noventa la distinción entre tráfico y trata se ha impuesto en la praxis de numerosos órganos policiales tanto a nivel nacional como internacional; por ejemplo, en el ámbito del la INTERPOL, sus raíces son complejas, de un lado refleja y reproduce divisiones de competencias entre diferentes órganos de *law enforcement* –diferentes cuerpos de policía o diferentes secciones operativas dentro del mismo cuerpo–; de otro lado, esta distinción refleja una separación entre organizaciones criminales que se dedican a uno u otro tipo de actividad.

Al igual que la gran parte de las definiciones de fenómenos sociales que se desarrollan gradualmente en el ámbito policial, la distinción entre tráfico y trata se caracteriza inicialmente por su escaso grado de formalización y por el cruce en su interior de elementos descriptivos y preceptivos. Solo en una fase posterior la distinción operativa se formaliza y se incluye en textos normativos que le otorgan relevancia jurídica.

LA DEFINICIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y DEL CONSEJO DE EUROPA

En la Convención sobre la Esclavitud se definió la “trata de esclavos” como “todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de

someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavo".²

La definición de trata de esclavos fue corroborada por la Convención suplementaria mediante la adición de "sea cual fuere el medio de transporte empleado", con lo que se incluyó el transporte por aire.³

Los instrumentos internacionales relativos a la trata de personas, que se aplicaban en la primera parte del siglo XX, limitaban su previsión a los casos en que se transportaba a mujeres y niñas a través de fronteras internacionales, con y sin su consentimiento, con fines de prostitución.⁴ Por consiguiente, durante mucho tiempo la trata de personas en los tratados ha estado asociada a la prostitución. El 4 de mayo de 1910 se firmó la *Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas* que impuso a los estados la obligación de castigar a toda persona que introdujera a una menor en la práctica de la prostitución, aun con su consentimiento.⁵ El art. 1 la *Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad* estableció la obligación de prohibir, evitar y castigar la trata de mujeres, aun con el consentimiento de éstas. Este Convenio de 11 de octubre de 1933 se refiere específicamente a la trata internacional de mujeres mayores de edad con su consentimiento, pero únicamente en las situaciones en que existe la trata de un país a otro. Lo cual era útil para permitir que un Estado pudiera tolerar a nivel nacional lo que se condenaba a nivel internacional. Esta tendencia en considerar delito el reclutamiento de mujeres en un país para que ejerzan la prostitución en otro, con o sin su conocimiento y consentimiento previos, continuó después de la Segunda Guerra Mundial con la adopción en 1949 la Convención para la represión de la trata.⁶ Este tratado unificó los ins-

2. Art. 1. de la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, cit.

3. Párrafo 2 del art. 1. de la Convención suplementaria, cit.

4. Estos instrumentos eran: el Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, de 18 de mayo de 1904, la *Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas*, de 4 de mayo de 1910, la Convención internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921, (entró en vigor para cada país en la fecha de su ratificación o adhesión); y la Convención internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933.

5. La expresión "trata de blancas" de origen francés, se desarrolló en la sociedad burguesa decimonónica como contrapunto a la trata de negros. De hecho a la voz "trata" del diccionario de la RAE de 1869 seguía esta definición: "Comercio de negros bozales, que consiste en llevarlos á vender como esclavos de las costas de África a América". En 1925 la RAE incluyó en su *Diccionario* la entrada "trata de blancas" con la siguiente definición "tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas a los centros de prostitución para especular con ellas". Esta definición se ha mantenido sin cambios hasta el 2001. Por tanto, la presencia del anacronismo "trata de blancas" en algunos documentos de la Unión Europea no tiene justificación alguna.

6. Parece conveniente apuntar que además en 1948 fue proclamada la *Declaración Universal de los Derechos del hombre* que establece la universalidad de algunos principios como la libertad, la igualdad, la dignidad y al mis-

trumentos anteriores relativos a la “trata de blancas” y al tráfico de mujeres y niños, definiendo como delito el hecho de que una persona explote la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.⁷ De ahí que, según lo dispuesto en la Convención para la represión de la trata, la cuestión del consentimiento de la víctima carece de importancia. Por consiguiente, los estados parte están obligados a castigar la concertación tanto voluntaria como involuntaria de la prostitución de otra persona. Este planteamiento refleja la intención general expresada en el Preámbulo de la Convención, donde se define la prostitución como una práctica “incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana”. Si bien, a tenor del art. 17 del mencionado Convenio, se exige a los estados que, en relación con la inmigración y la emigración, comprueben si dicha trata tiene por finalidad la prostitución, no es necesario que la captación sea transfronteriza para poder calificarla de “trata”. La Convención también obliga a los estados parte a adoptar medidas específicas para proteger a los inmigrantes y emigrantes, posibles víctimas de la trata, proporcionándoles información pertinente para evitar que caigan en manos de los tratantes. De conformidad con el art. 1 la Convención, la trata debe tener por finalidad “satisfacer las pasiones de otra persona” con miras a su “prostitución”. Dado que la exigencia relativa al carácter intencional del delito podía suponer dificultades prácticas de aplicación, se consideró oportuna la preparación de instrumentos adicionales que hiciera, en algunos casos, más flexible esta condición relativa al aspecto subjetivo del delito. De este Convenio trae origen la *llamada teoría abolicionista* que ha inspirado a numerosas legislaciones nacionales en el tema de la prostitución. Su objetivo era la planificación de la acción de los estados para una estrategia común de lucha contra la trata. En él, por primera vez, se utiliza la expresión *traffic in persons*, aunque sea indisolublemente atada a la prostitución de la que se considera presupuesto necesario. La parte innovadora de la Convención es aquella en la que se defienden los derechos de la persona, criminalizando la trata y la explotación de la mujer, pero no la prostitución como opción de vida, y ha llevado a la no ratificación del mismo por parte de algunos países como, por ejemplo, Suecia y Países Bajos en razón de divergencias acerca de cómo enfrentarse al fenómeno de la prostitución.⁸

Ya en 1965 la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) recomendó a las Naciones Unidas que se ampliase la Convención para la represión de la trata “para abarcar los casos de ‘trata oculta’ es decir, la contratación de personas pa-

mo tiempo prohíbe toda forma de esclavitud y de servidumbre como violación de estos derechos universalmente reconocidos.

7. Apartado 1 del art. 1 de la Convención para la represión de la Trata, cit.
8. M. P. Svevo (coord.), *La tratta delle donne tra violazione dei diritti umani e schiavitù nei documenti internazionali ed europei*, Associazione Lule, Milan, 2000, p. 7.

ra empleos en el extranjero que las exponen a la prostitución".⁹ Sin embargo, esa sugerencia no fue atendida. La noción de trata en la Convención estaba vinculada de manera inextricable a la prostitución, lo que se traducía en una interpretación restringida de la trata. Sin embargo, en la actualidad las personas son objeto de trata no solo para su explotación en la industria del sexo, sino también por muchas otras razones. La misma comunidad internacional ha reconocido en numerosas ocasiones que el tráfico ilícito de personas a través de fronteras internacionales en circunstancias abusivas e ilegales tiene múltiples finalidades, además de la prostitución.¹⁰ La Convención suplementaria adoptada por las Naciones Unidas en 1956, exactamente siete años después, la Convención para la represión de la trata, también contiene disposiciones relativas a la trata de esclavos y al transporte de esclavos o de personas de condición servil de un país a otro. Con arreglo a su art. 3 constituye delito participar en la trata de esclavos, y se exige a los estados parte que intercambien información pertinente en un esfuerzo coordinado para combatir la trata de esclavos. Además, de conformidad con el párrafo 1 del art. 6, constituye delito "el hecho de reducir a una persona a esclavitud, o de inducirla a enajenar su libertad" para quedar reducida a esclavitud o a condición servil. A la condición de esclavitud o servil una persona puede acceder de diferentes maneras. Los principales son los siguientes: el secuestro, la compra o la captación mediante las promesas engañosas de un empleo y de una vida mejor. Desde que se aprobó en 1949 la Convención para la represión de la trata, se han hecho varias sugerencias para que se amplíen la definición de "trata de personas", de manera que pueda abarcar formas de captación que no guarden exclusiva vinculación con la prostitución como en el caso, por ejemplo, del movimiento transfronterizo de hombres, mujeres o niños con fines distintos de la prostitución, cuando

-
9. Citado en el Estudio sobre el estado de la lucha contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena. Informe del Secretario General, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.2/1982/13 (1982).
 10. Véase el documento del Consejo Económico y Social titulado *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género*, informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer, presentado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2000/68 (2000), en su apartado 13 se afirma lo siguiente: "La documentación y las investigaciones demuestran que la trata tiene lugar por muchísimos motivos de explotación a los cuales las víctimas de la trata no han dado su consentimiento, como el trabajo forzado, el trabajo en servidumbre o ambos casos, incluido el comercio sexual, el matrimonio forzado y otras prácticas análogas a la esclavitud, pero sin limitarse a ellas. La definición se ocupa del carácter no consensual y explotador o servil que tienen los fines de la trata. Por consiguiente la Relatora Especial cree que es necesario una definición ampliada de la trata de personas que abarque los elementos comunes del proceso de la trata. Los elementos comunes son el negocio, acompañado por la situación de explotación o servil del trabajo o de la relación en la que acaba la persona objeto del trato y combinado con la falta de consentimiento para llegar a esta situación. La estructura de la definición de la trata de personas debe distinguir y separar la trata, como una violación, de sus partes componentes". Este documento puede encontrarse en la página de Internet, dirección URL: [http://www.unhchr.ch/Huridoca.nsf/0/3f413fe0a9a6785%2002568%200054e32f/\\$FILE/G0011337.doc](http://www.unhchr.ch/Huridoca.nsf/0/3f413fe0a9a6785%2002568%200054e32f/$FILE/G0011337.doc).

estén sujetos a coacción o hayan sido engañados con respecto a la naturaleza de la situación que les espera.¹¹ En la Resolución 49/166 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de febrero de 1995 se condenó

el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales o internacionales, principalmente de países en desarrollo y algunos países con economías en transición, con el fin último de forzar a mujeres y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas, así como otras actividades ilícitas relacionadas con la trata de mujeres, por ejemplo, el trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, los empleos clandestinos y las adopciones fraudulentas.¹²

Así, el proceso que ha llevado la comunidad internacional a definir preceptivamente las conductas de trata de seres humanos y tráfico de migrantes ha sido lento. Los trabajos preparatorios para la creación de la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen internacional organizado (en adelante Convención) y de los Protocolos adicionales (Protocolos de Palermo), han durado cerca de dos años, encontrando un amplio interés y participación. La Asamblea General aprobó la resolución 53/111 de enero 20 de 1999, a través de la cual se decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta, con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional, y de examinar la elaboración, si procediera, de instrumentos internacionales que abordassen la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, incluso por mar.¹³ El Comité se reunió en once sesiones, entre enero 1999 y octubre 2000.

La necesidad de elaborar unas definiciones capaces de diferenciar estos dos supuestos ha tomado fuerza por diferentes motivos. Se trata de razones relacionadas con las praxis de los órganos de policía, con componentes criminológicos, con características de las víctimas y con elementos de orden político:

-
11. Así en la p. 2 de la Resolución, accesible en la página de Internet, dirección URL: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/769/78/PDF/N9576978.pdf?OpenElement>. Véase también el “Seminario sobre la acción contra la trata de mujeres y la prostitución forzada: Nota del Secretario General”, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.2/1992/8 (1992), en el que se propone que las Naciones Unidas consideren la posibilidad de ampliar el alcance de los instrumentos internacionales pertinentes para que incluyan todas las formas de trata de personas, independientemente de la actividad a que obedezca esa trata.
 12. Este documento puede encontrarse en la página de Internet, dirección URL: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/bcf525dba41b94b802567b40030ef20?opendocument>
 13. Documento accesible en la página de Internet, dirección URL: <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs-ga/53/ares53111.pdf>

En primer lugar a nivel de competencias de investigación nacional, la competencia de las dos actividades suele ser atribuida a órganos diferentes. En segundo lugar, los grupos u organizaciones criminales que se dedican a la una o a la otra actividad son diferentes y operan bajo distintas modalidades. En tercer lugar, las víctimas de la trata se diferencian por sus características y tipo de relación con las víctimas del tráfico y, por último, trata y tráfico han tenido una diferente relevancia en el tiempo. Mientras la inmigración clandestina siempre ha sido una prioridad nacional e internacional, la trata ha adquirido relevancia para los gobiernos y organismos internacionales tan solo ahora de manera sucesiva.

A lo largo de los años 90 la distinción fue consolidándose, hasta llegar a ser formalizada en algunos instrumentos normativos y, por último, definitivamente en los dos Protocolos suplementarios a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000.¹⁴

El primer Protocolo que contempla la Convención de las Naciones Unidas, esto es, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, contra la delincuencia organizada transnacional, tiene como objeto la trata cuyo fin es la explotación, mientras el segundo, es decir, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, enfrenta la cuestión relativa al tráfico de migrantes.

Como ya se apuntó, estos Protocolos han sido elaborados para llenar las lagunas existentes en la disciplina internacional y promover, entre otros objetivos, la armonización de las legislaciones penales de los países firmantes contra la trata y el tráfico de migrantes. La definición de *trafficking in persons*, que viene traducida con la expresión trata de personas o de seres humanos con fines de explotación, se encuentra en el art. 3 del Protocolo sobre la trata, y se configura como aquella actividad que consiste en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o

14. La Convención y los Protocolos suplementarios han sido adoptados por el Comité *ad hoc* para su elaboración el 28 de octubre 2000, sucesivamente aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York y abiertos a las firmas en la Conferencia internacional que tuvo lugar en Palermo entre el 12 y el 16 de diciembre de 2000. El texto de la Convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, después del 90o. día del depósito del 40o. instrumento de ratificación. El Protocolo sobre la trata entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, ha sido firmado por 117 países y ratificado por 97. Finalmente, el Protocolo sobre tráfico de migrantes, en vigor desde el 28 de enero de 2004, ha sido firmado por 112 países y ratificado por 88. La situación actualizada del estado de las firmas y ratificaciones de los instrumentos citados puede consultarse en *UN Office on Drugs and Crime. Signatories to the UN Convention against Transnational Crime and its Protocols* en la dirección Internet: URL: http://www.unodc.org/unodc/crime_cicp_signatures.html.

a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación”.

Esta definición constituye la base jurídica para la penalización de las conductas indicadas que los estados firmantes deberán respetar, según lo dispuesto en el art. 5 del Protocolo sobre la trata. La amplitud de la discrecionalidad que las disposiciones de los Protocolos permiten acerca de las modalidades y de los medios coercitivos a utilizar por parte de los estados ha sido decisión para permitir la inclusión de una extensa gama de comportamientos que conllevan a la trata de personas.¹⁵

El apartado b) del art. 3 determina la irrelevancia del consentimiento otorgado en cualquier momento por parte de la víctima de la trata, en todos los casos en los que se verifica el uso de algunos de los medio antes indicados.¹⁶ Esta previsión es de fundamental importancia pues en la realidad ocurre que en un primer momento subsista una actitud de consenso de la víctima que, sin embargo, desaparece con posterioridad o que el consenso haya sido otorgado por otras personas en lugar de la víctima.¹⁷

Uno de los aspectos más discutidos a lo largo de la elaboración del Protocolo fue la referencia al “abuso de una posición de vulnerabilidad”. Con esta expresión se entiende una actitud de persuasión, realizada por parte de los traficantes sobre la víctima, que se beneficie de su condición de inferioridad. Esta inferioridad no debe necesariamente depender de una situación psíquica sino que puede derivar también de una situación de subdesarrollo social o cultural o bien de variables personales o familia-

15. Así en el Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 110., documento NU A/55/383, 10 de noviembre de 2000, pp. 37 y ss. Todos los documentos relativos a los trabajos preparatorios pueden encontrarse en la página de Internet de la ONU, dirección URL: http://www.unodc.org/unodc/crime_cicp_convention_documents.html.

16. Las discrepancias que se pusieron de manifiesto en relación al tema del consentimiento fueron muy fuertes a lo largo de los trabajos preparatorios. Desde distintas ONG se defendió la inclusión de la frase “con su consentimiento o no”, por entender que de este modo se amplía la protección, impidiendo que los traficantes puedan utilizar una supuesta existencia de consentimiento en su defensa y evitando que la carga de la prueba tenga que recaer sobre la víctima, sino sobre la persona que la explota. Aunque no se haya incluido tal propuesta, el texto ha dejado abierta la posibilidad de una interpretación amplia de la existencia de un consentimiento forzado. Así en las notas interpretativas anexas al Informe del Comité Especial. Documento NU A/55/383/Add.1, 3 de noviembre de 2000, p. 13.

17. Se hace referencia a las hipótesis en las que las víctimas de trata sean menores de edad o personas sujetas a peculiares formas de relación interpersonal en las que puede ejercerse algún tipo de control sobre ellas. En estos casos puede verificarse que sea el sujeto que dispone de un poder de control sobre la persona el que otorgue el consenso para que esta sea restada por parte de los traficantes. La falta de un rechazo por parte de la víctima es en estos casos imputada al estado de inmadurez psicológica que le impide tener una representación real de la realidad a la que se enfrenta. De esta manera, se ha querido, también, incluir en la disposición en palabras todas las posibles conductas de “cesión” o “autorización” por parte de quien tenga un poder jurídico o de hecho sobre la víctima. E. Rosi, “La trata di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali”, en *Cassazione Penale*, Giuffrè, Milan, 2001, pp. 1989 y 1990.

res. De allí que en los trabajos preparatorios se optó por interpretar la situación de vulnerabilidad como “la situación en la que la persona involucrada no tiene una real y aceptable alternativa a la de someterse al abuso”.¹⁸

La trata de menores recibe una disciplina autónoma en el apartado c) del art. 3 del Protocolo. En estos casos se considera como realizada la conducta consistente en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación”; también en la hipótesis en la que no se utilice ninguno de los medios coercitivos enunciados en el apartado a).

Un elemento ulterior que configura la trata es la finalidad perseguida. La explotación de la persona traficada representa de hecho el objeto de la trata. La segunda parte del art. 3 apartado a) indica las modalidades de explotación que incluyen “como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

La indefinición de la expresión “explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual” no es casual, por el contrario, se debe a dos motivos. En primer lugar, la voluntad de evidenciar la estrecha relación existente entre este tipo de explotación y las actividades de reclutamiento y transporte y, en segundo lugar, a una decisión política de compromiso necesaria frente a la posibilidad de no adhesión de algunos de los países participantes. Se prefirió dejar a la competencia estatal la especificación de los contenidos y el alcance de las varias formas de explotación sexual, para no limitar las legislaciones nacionales resultado de diferentes posiciones políticas, sociales y culturales en materia de prostitución.¹⁹

-
18. Los términos “el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad” y el lenguaje de la nota 13 al protocolo, aclaran que la trata puede ocurrir sin el empleo de fuerza. La definición reconoce que las personas tratadas pueden ser víctimas a través de alguien cercano, como un parent, un esposo o un líder de la comunidad. En estas situaciones las personas quedan impedidas desde el punto de vista cultural o legal a rehusarse y entonces “se someten” a la situación. Ellos son todavía personas tratadas. Así en las notas interpretativas documento cit., p. 12.
 19. Según la nota Interpretativa de Naciones Unidas No. 64: “En los *Travaux préparatoires* se indica que el Protocolo aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual únicamente en el contexto de la trata de personas. Los términos “explotación de la prostitución ajena” u “otras formas de explotación sexual” no se definen en el Protocolo, que en consecuencia no prejuzga la manera en que los estados parte abordan la prostitución en su respectivo derecho interno”. Así en el documento A/55/383/Add.1, cit., p. 13.

Las más de 100 delegaciones de países que negociaron el Protocolo contra la trata, en la Comisión de Crimen de Naciones Unidas, fueron incapaces de acordar definiciones para estos dos términos y entonces decidieron dejarlos indefinidos. La mayoría de los delegados y el *caucus* de Derechos Humanos entendieron que los países tienen diferentes leyes y políticas sobre el trabajo sexual adulto. Muchos países no querían o no podría firmar el Protocolo contra la trata si esto les hubiera obligado a cambiar sus leyes internas relacionadas con la prostitución. Unos delegados y algunas ONG en las negociaciones insistieron en que toda la prostitución adulta, incluyendo la prostitución voluntaria y hasta legal que implica a adultos, tenía que ser clasificada como trata de personas, esta postura obligó a casi un año de debate en las negociaciones sobre este tema. La mayoría de delegados rechazaron la posibilidad de que la participación voluntaria, no-obligada por adultos en el trabajo sexual se

Por lo que concierne a las otras hipótesis de explotación como se vio al principio de este trabajo, cada una de ella encuentra su definición en otros instrumentos de derecho internacional.

La trata de personas para el comercio de órganos humanos se configura tan solo si una persona es transportada con el objetivo de utilizar sus órganos. El Protocolo contra la Trata no cubre el transporte de los órganos por sí mismo. También hay que apuntar que según la nota interpretativa de las Naciones Unidas “la extracción de órganos de niños con el consentimiento de un progenitor o tutor, por razones médicas o terapéuticas legítimas no debe considerarse explotación”.²⁰

Según lo dispuesto por el apartado a) art. 3 del Protocolo contra el tráfico de migrantes, por *smuggling of migrants*, esto es, *tráfico ilícito de migrantes*, se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte, del cual dicha persona no sea nacional o residente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Según el apartado b) de la misma disposición por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Para que pueda configurarse el tráfico de migrante es además necesario que dicha actividad sea para obtener una ventaja material o patrimonial.

También para el tráfico, como para la trata, se prevé la obligación de penalización de las conductas indicadas, por parte de los estados que hayan ratificado el Protocolo.

Aunque uno de los objetivos del Protocolo sea el de proteger los derechos de los migrantes traficados (art. 2), la definición de tráfico de migrantes delineada por sus disposiciones, no hace ninguna referencia al migrante como víctima, ni a su consentimiento. La decisión de no considerar como víctima a la persona que voluntariamente se entrega a grupos criminales, que se lucran con la inmigración ilegal, encuentra su justificación en el diferente papel desarrollado por estas últimas, que no es pasivo sino activo, en el sentido de que hay conocimiento y determinación de emprender un

calificara como trata de personas aunque fuera abusivo y explotador, debía ser considerado como trata solo en el caso en el que implique violaciones de derechos humanos internacionalmente reconocidas como trabajo forzado, esclavitud o servidumbre. Ante ello había que llegar a una solución de compromiso que permitiera a todos los países firmar el Protocolo, incluyendo tanto aquellos que tienen leyes que criminalizan el trabajo sexual adulto, como a los que permiten el trabajo sexual adulto. A no existir un acuerdo internacional sobre el significado de “explotación sexual”, los miembros decidieron incluir el término dejándolo indefinido. Esta decisión de compromiso permitía a cada Estado decidir libremente acerca del tratamiento legal del trabajo sexual voluntario del adulto. Así, la Nota Interpretativa No. 14, documento A/55/383/Add.1, cit., explica el lenguaje de compromiso y reconoce la posible inclusión en la “explotación sexual” tanto de la participación obligada como de la participación voluntaria en el trabajo sexual adulto.

20. Así en las notas interpretativas A/55/383/Add.1, párrafo 65, cit., p. 13.

proceso migratorio de manera ilícita invirtiendo un capital propio. La operación de tráfico se basa a menudo en relaciones de tipo contractual entre migrante y traficante. El primero, adquiere un servicio, el transporte dentro de los confines del Estado a favor del segundo, que generalmente consiste en una suma de dinero a pagar y ello justifica, según los redactores del Protocolo la exclusión del estatus de víctima.

LA AYUDA A LA ENTRADA, A LA CIRCULACIÓN Y A LA ESTANCIA IRREGULAR EN LA UNIÓN EUROPEA

La misma distinción entre tráfico y trata que se desarrolló a nivel internacional, se ha impuesto progresivamente en el ámbito europeo, como criterio guía, para la acción de las instituciones de la Unión y para coordinar las políticas nacionales en materia de lucha al tráfico. Ya desde antes de la aprobación del tratado de Ámsterdam, en la Comunicación de la Comisión, de 20 de noviembre de 1996, al Consejo y al Parlamento Europeo, relativo a la trata de blancas con fines de explotación sexual, puede leerse la siguiente definición:

“La comunicación define la trata como el transporte de mujeres desde terceros países a la Unión Europea (incluyendo quizás movimientos subsiguientes entre sus estados miembros) con el propósito de explotación sexual”.²¹

Es importante subrayar que, en el ámbito de la Unión Europea, a mediados del decenio en curso, se impuso exclusivamente el problema de definir la trata con fines de explotación y, como en el caso citado anteriormente, tan solo circunscrito al sexo femenino de la víctima y a la naturaleza sexual de la explotación. Ello porque el tráfico había sido ya objeto de definiciones, también normativas, así como de una intensa actividad de cooperación intergubernamental en diferentes ámbitos, de los cuales el más importante fue el creado por el Acuerdo de Schengen y su Convenio de aplicación del 14 de junio de 1985, cuyo objetivo era eliminar las fronteras interiores entre los estados firmantes, la libre circulación de las personas y la cooperación en cuestiones de policía y seguridad.

El Anexo al Convenio Europol,²² con el que se crea la Oficina Europea de Poli-

21. COM/96/0567 FINAL, accesible en la página de Internet, dirección URL: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&andoc=1996&nu_doc=567.

22. Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 relativo al establecimiento de la Convención, basado en el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol) (95/C 316/01) *DO C 316 de 27/11/1995* p. 1 y Convenio basado en el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol) *DO C 316 de 27/11/1995* pp. 2-32. El Anexo contiene la lista de otras formas graves de delincuencia internacional de las que Europol podría ocuparse además de las ya enunciadas en el apartado 2 del art. 2 y en cumplimiento de los objetivos de Europol, según se

cía, contiene las descripciones técnicas de las que se consideran formas graves de delincuencia de las que este organismo está autorizado a ocuparse. Por lo que respecta, en particular a los crímenes relacionados con la inmigración clandestina y al tráfico de personas, el anexo en cuestión se expresa en los siguientes términos:

Se entiende por introducción ilegal de inmigrantes: “las acciones destinadas a facilitar deliberadamente, con fines de lucro, la entrada, la estancia o el trabajo en el territorio de los estados miembros de la Unión Europea, con incumplimiento de las reglamentaciones y las condiciones aplicables en los estados miembros”. Y como trata de seres humanos “el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas, mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarse a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños”.

La escueta y circunscrita definición elaborada por la Comisión en 1996 ha sido sucesivamente especificada y ampliada en dos Acciones Comunes relativas al delito del tráfico de seres humanos: la del 29 de noviembre de 1996 y la del 24 de febrero de 1997.²³

La primera Acción Común establece un programa de iniciación y de intercambio, destinado a los responsables de la acción contra el tráfico de seres humanos y de la explotación sexual de los niños. Se trata del programa STOP. La segunda acción define los conceptos de tráfico de seres humanos, explotación sexual de un niño o de un adulto y hace recomendaciones a los estados miembros indicando los puntos sobre los cuales sería conveniente revisar las legislaciones nacionales para armonizarlas con las directrices comunitarias.

La Acción Común de 1997 en el apartado B del título I establece que:

A fin de mejorar la cooperación judicial en la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, cada Estado miembro se compromete, dentro del res-

enuncian en el apartado 1 del art. 2. El texto de la Convención y el anexo pueden ser consultados en la página de Internet, dirección URL: [http://europa.eu.int/eur-lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127\(01\):ES:HTML](http://europa.eu.int/eur-lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127(01):ES:HTML)

23. Acción Común 96/699/JAI de 29 de noviembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al intercambio de información sobre la descripción del perfil químico de las drogas, para facilitar la mejora de la cooperación entre los estados miembros en la lucha contra el tráfico de drogas, *DO L 322 de 12/12/1996*, pp. 5-6, disponible en la dirección de Internet URL: <http://europa.eu.int/eur-lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0700:ES:HTML> y Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. *DOL 63 de 04.03.1997*, pp. 2-6, accesible en la página de Internet, dirección URL: <http://europa.eu.int/eur-lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997F0154:ES:HTML>

peto de las normas constitucionales y de las tradiciones jurídicas de cada Estado miembro, (...) a revisar la legislación nacional vigente relativa a las medidas previstas en los títulos II y III para las siguientes conductas intencionadas:

- a) explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos, en la que:
 - se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas,
 - se recurra al engaño, o
 - haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto;
- b) trata de personas que no sean niños con fines lucrativos para la explotación sexual de aquéllas en las condiciones descritas en la letra a);
- c) explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños;
- d) trata de niños con fines de explotación sexual o abuso de estos.

Asimismo el apartado a) del mismo título se establece que “en el contexto de la presente Acción común se entenderá por:

- i) “Trata”, cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro para los fines expuestos en las letras a), b) y d) de la parte B del presente título;
- ii) “explotación sexual”, con respecto a un niño, cualquiera de las siguientes conductas:
 - a) persuadir o coaccionar a un niño para participar en cualquier actividad sexual ilícita;
 - b) la explotación de niños mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
 - c) la explotación de niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material;
- iii) “explotación sexual”, con respecto a un adulto, al menos la explotación del adulto mediante la prostitución.

Esta compleja definición resultó poco operativa, y aunque pueden observarse unos progresos en las políticas y legislaciones de los estados miembros, las disparidades y divergencias existentes dificultan, en la práctica, la aplicación de una cooperación judicial y policial eficaz en estos ámbitos.

Con el Consejo extraordinario de Tampere se dio un nuevo impulso a la armonización de las legislaciones penales, en las Conclusiones de la Presidencia puede leerse:

el Consejo Europeo está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigu-

rosas para este grave delito. Se invita al Consejo a que, basándose en una propuesta de la Comisión, adopte una legislación para tal efecto antes de finales de 2000. Los estados miembros, junto con Europol, deberían orientar sus esfuerzos a detectar y desmantelar las redes de delincuencia implicadas. Deberán salvaguardarse los derechos de las víctimas de esas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños (y más detalladamente). Sin perjuicio de los ámbitos más amplios contemplados en el Tratado de Ámsterdam y en el Plan de Acción de Viena, el Consejo Europeo considera que, con respecto al derecho penal nacional, la labor para acordar definiciones, inculpaciones y sanciones comunes debe centrarse, en primer lugar, en una serie limitada de sectores de especial importancia, tales como la delincuencia financiera (blanqueo de capitales, corrupción, falsificación del euro), el tráfico de drogas, la trata de seres humanos, en particular la explotación de mujeres, la explotación sexual de la infancia, la delincuencia de alta tecnología y el delito ecológico.²⁴

La Comisión por su parte, llegó a la conclusión de que la principal razón por la que la aplicación de la Acción Común de febrero de 1997 no haya alcanzado los objetivos fijados residía en la ausencia de definiciones, inculpaciones y sanciones comunes en el Derecho penal de los estados miembros.²⁵ Con el objetivo de poner remedio a esta situación y cumplir con las directrices del Consejo Europeo, elaboró dos propuestas de Decisiones Marco relativas a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Por lo que se refiere a la lucha contra la trata de seres humanos, la Comisión hace hincapié en que los principales objetivos de la propuesta de Decisión son, por una parte, el de combatir además de las infracciones vinculadas a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, las vinculados a la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Y, por otra parte, completar las importantes iniciativas presentadas por la Presidencia francesa sobre la ayuda a la entrada y a la estancia irregulares.

Con la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, que formaliza la propuesta de la Comisión antes citada, la Unión hace suya la definición de trata prevista en el *Protocolo de Palermo*, estableciendo en art. 1 apartado 1, que:

Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente

24. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. A este documento puede accederse en la página de Internet, dirección URL: http://ue.eu.int/ueDocs/cms_docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm

25. Así en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. COM (2000) 854 finales, Bruselas 22 de diciembre de 2000, DO C35 E de 28.2.2002, p. 114, accesible en la página de Internet, dirección URL: http://europa.eu.int/eurlex/es/com/pdf/2000/es_500PC0854_01.pdf

recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.

Y en el apartado tercero que: “cuando estas conductas afecten a un niño, constituirá delito punible de trata, aun cuando no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1”.

Como puede comprobarse las diferencias con respecto al art. 3 del Protocolo de Palermo sobre la trata son casi inexistentes.

La necesidad de esta reiteración se explica, de un lado, por la falta de aprobación por parte de las Instituciones Comunitarias del citado Protocolo y, por otra, por los diferentes ámbitos de aplicación del mismo.²⁶

En relación con el tráfico de migrantes la Directiva 2002/90 de 28 de noviembre de 2002 denomina este supuesto como “ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular”. Lo cual, por sí mismo, indica una extensión de la tipificación de los supuestos de delito en relación con cuanto está previsto en el art. 3 del Protocolo que solo se refiere a la “entrada ilegal”.

Las diferencias con el Protocolo de Palermo, sin embargo, no se limitan a ello. El art. 1 de la directiva establece que:

Los estados miembros adoptarán sanciones adecuadas: a) *contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros;* b) contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona

26. Así mientras la Convención contra la Delincuencia Organizada Trasnacional se aprobó con la Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, 2004/579/CE, *Diario Oficial No. L 261 de 06/08/2004*, p. 69. La Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que la complementa así como la relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada se encuentran todavía en fase de aprobación. Las etapas de los procedimientos de aprobación así como la Decisión del Consejo No. 2004/579, pueden consultarse en la página de Internet, dirección URL: http://euro-pa.eu.int/prelex/liste_resultats.cfm?CL=es&ReqId=0&DocType=COM&DocYear=2003&DocNum=0512

que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros.²⁷

El apartado a) de este art. en relación con el art. 3 del Protocolo sobre la trata, introduce un nuevo y peligroso supuesto de hecho, esto es, la posibilidad de criminalizar la ayuda humanitaria. En este sentido se expresó el Parlamento Europeo en su informe sobre la propuesta de directiva en el marco de la justificación a una enmienda que introducía la aclaración de la que se hizo parcialmente eco el Consejo limitándose a introducir el punto b).²⁸

LA HETEROGENEIDAD DE LAS DEFINICIONES NACIONALES

A lo largo de los años, el proceso de construcción de la *issue* “tráfico” y “trata” en el ámbito internacional se ha cruzado, en la mayoría de países destinatarios de dicho tráfico, con el desarrollo de intensos debates sobre la definición jurídica y la disciplina de estos supuestos, por parte de cada uno de los ordenamientos nacionales.

Frente a una serie de fenómenos nuevos o, de alguna manera, muy diferentes respecto al pasado, considerados socialmente dañinos y políticamente inaceptables por los estados afectados por el tráfico y la trata, los de la Unión Europea en especial, han empezado a preguntarse acerca de las mejores estrategias para contrastar dichos fenómenos. También a nivel nacional, como en el internacional y comunitario, uno de los primeros problemas por resolver fue el de la definición del fenómeno que hay que combatir con el fin de reprimirlo penalmente.

Las estrategias de política criminal, como se verá más adelante, adoptadas por los diferentes estados europeos en el ámbito de la lucha contra la trata y tráfico de migrantes son muy heterogéneas, aunque bajo ciertos perfiles, pueden observarse convergencias muy significativas.

27. Directiva del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Documento 2002/90/CE de 28 de noviembre de 2002, *DO L 328 de 05/12/2002*, pp. 17 y 18. Accesible en la página de Internet, dirección URL: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2002/l_328/l_32820021205es00170018.pdf

28. “No deben confundirse las redes de inmigración ilegal con la ayuda humanitaria a las personas que huyen de su país. Es importante incluir en la definición, por consiguiente, la precisión, habitual en la legislación de los estados miembros, es decir, el ‘beneficio económico’. Del mismo modo conviene aclarar que el beneficio económico puede ser directo e indirecto, dependiendo de la naturaleza de la acción, siendo el beneficio económico directo aquél derivado de la participación y organización directa de las infracciones tipificadas, mientras que el beneficio económico indirecto será aquel que derive del lucro de las actividades laborales de los inmigrantes”. Así en el Informe del PE sobre la iniciativa de la República Francesa, cit. p. 8.

Acerca de la directa y específica definición de la trata de personas y del tráfico de inmigrantes los estados europeos han tenido diferentes reacciones. En algunos casos, al utilizar los instrumentos existentes en derecho penal, sin prever un supuesto específico, no se ha procedido a una definición de los mismos. Igualas consideraciones deben hacerse acerca de aquellos ordenamientos que han previsto el tráfico y la trata como tipos agravados de delitos ya existentes.

No obstante, gracias a la influencia de las definiciones internacionales y regionales son cada vez más los ordenamientos que aunque, como veremos, parcialmente han decidido crear supuestos de delito *ad hoc*. Los países que primero han experimentado esta solución son Alemania, con la introducción en 1999 de normas específicas en el Código penal, más precisamente el art. 180 bis y 181, y Bélgica, en este caso parcialmente en cuanto solo con relación al tráfico, con la ley de 13 de abril de 1995 que introduce en el art. 77 bis en la Ley de 15 de diciembre 1980, sobre la entrada en el territorio, residencia, establecimiento y expulsión de extranjeros. En la misma línea se colocan las reformas introducidas en Italia, España y Francia.²⁹

La definición prevista por el ordenamiento alemán se limita a la trata y a los casos de explotación de la prostitución sin tomar en consideración la explotación económica.³⁰

Aunque la reforma belga introduce explícitamente normas para la disciplina de la represión de la trata el tenor literal del supuesto al que la reforma hace referencia es bastante amplio y parece incluir también el supuesto de tráfico, el art. 77-bis de la Ley de 1980 sanciona a:

todo aquel que contribuya de cualquier manera, directamente o por un intermediario, a permitir la entrada o la estancia de un extranjero en el Reino y, al hacerlo: a) haga uso respecto del extranjero, de forma directa o indirecta, de maniobras fraudulentas, violencia, amenaza o cualquier forma de coacción; b) o abuse de la situación particularmente vulnerable en la que se encuentra el extranjero debido a su situación administrativa ilegal o precaria, de un estado de embarazo, de una enfermedad, una discapacidad o una deficiencia física o mental.

Como fácilmente puede comprobarse la conducta típica consiste en contribuir de cualquier manera, directamente o por un intermediario, a permitir la entrada o la estancia de un extranjero en el país. En una redacción tan amplia no cabe duda de que

29. Se trata respectivamente, de las Leyes 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y de la Ley 228/2003 de 11 de agosto, de medidas contra la trata de personas.

30. El art. 180b relativo a la trata de personas reprime el hecho de obligar o incitar a prostituirse abusando de su situación de vulnerabilidad y de desamparo en relación con su estancia en un país extranjero.

puedan reconocerse ambos supuestos. En relación con el supuesto alemán, el art. 77 bis amplía aún más la noción de vulnerabilidad que llega a incluir, acertadamente, la situación en la que se encuentra el extranjero, debido a su situación administrativa ilegal o precaria.

En Francia con la Ley 2003-239³¹ se introdujo, en el capítulo V, que se disciplina “los atentados contra la dignidad de las personas”; la sección I bis sobre la trata de seres humanos, y dentro de ella el art. 225-4-1 establece que la trata se configura cuando:

A cambio de una remuneración o de cualquier otra ventaja o de una promesa de remuneración o de ventaja, se recluta, transporta, transfiere, alberga o acoge una persona, para ponerla a disposición de un tercero, incluso no identificado, con el fin, bien de permitirle la comisión contra esta persona de infracciones de proxenetismo agresión o atentados sexuales, explotación de la mendicidad, de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a su dignidad, bien de obligar a esta persona a cometer cualquier crimen o delito.

La reforma del Código penal para establecer en el ordenamiento español el supuesto de tráfico de migrantes se llevó a cabo a través de la Disposición final segunda de la LO 4/2000.³² En esta última se prevé la creación del nuevo título XV bis denominado: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Y dentro de él el art. el 318 bis que prevé: “1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Después de tan solo dos años la redacción de este artículo será reformado por la Ley Orgánica 11/2003 dirigida a desarrollar el Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el gobierno en septiembre de 2002, con diferentes finalidades, entre las cuales se encuentran, endurecer las penas y, probablemente, diferenciar, de manera muy poco lograda, la trata de la inmigración clandestina. Según su nueva redacción el art. 318 bis sanciona: *“El que, directa o indirectamente promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de cuatro a ocho años de prisión”*.³³

Junto a este precepto también se castiga la inmigración clandestina, en el art. 313.1 del CP pero con la limitación del sujeto pasivo, que tiene que tener la condi-

31. De 18 de marzo de 2003.

32. Ley de 11 de enero sobre Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

33. Negritas de la autora para resaltar las modificaciones introducidas con la Ley 11/2003; el anterior texto establecía: “Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

ción de trabajador,³⁴ y el art. 312.2 que sanciona el tráfico ilegal de mano de obra.

Otra modalidad de conductas, que parecía acercarse más al supuesto de trata, de personas, aparecía hasta el 1 de octubre de 2003 –fecha de la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre– recogida en el art. 188.2 C.P. que sancionaba al que “*directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima*”. El precepto fue redactado con el Código penal de 1995 ya vigente, a través de la Ley 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del Código penal y como respuesta a la acción común aprobada por el Consejo de la Unión europea de 24 de febrero de 1997 para la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Actualmente, tras la reforma planteada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, aparece recogido en el apartado segundo del art. 318 bis con el siguiente tenor: “*si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión*”.

La constante utilización de los dos términos tráfico ilegal e inmigración clandestina como algo diferentemente puede atribuirse a la utilización del primero en un sentido amplio y general, que se entremezcla con otros como por ejemplo redes o mafias de inmigración clandestina, tráfico de seres humanos, etc., lo cual no deja de sorprender, no solo frente a la importancia que tiene una correcta distinción de los dos supuestos desde el punto de vista penal sino, y sobre todo, frente al proceso de homogeneización internacional y comunitario que dichos términos han experimentado antes de que se produjeran algunas de las reformas analizadas. Bien podía, el legislador español a la hora de cumplir con sus obligaciones comunitarias hacer propia las definiciones que en este ámbito se habían elaborado.

Con la Ley 11 de agosto No. 228/2003 sobre *Medidas contra la trata de personas*, el legislador italiano ha puesto remedio a los vacíos de la anterior disciplina con atención a las nuevas exigencias planteadas por la evolución de este supuesto.

Uno de los aspectos sobre los cuales la reforma ha incidido con mayor fuerza son las sanciones previstas para contrastar los delitos relacionados con el fenómeno de la trata de personas. Las disposiciones del Código penal que, con muchas dificultades y con interpretaciones jurisprudenciales contrastantes, habían sido anteriormente utilizadas para configurar ese supuesto, vienen profundamente modificadas con el fin de consentir una mayor correspondencia entre las disposiciones legislativas y las di-

34. Según este art.: “El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior...”.

nádicas modernas del fenómeno criminal. En particular, vienen reformuladas las normas que delineaban la esclavitud (art. 600 CP), la trata y comercio de esclavos (art. 602 CP); y además, se crea un nuevo supuesto de hecho dirigido a reprimir las asociaciones criminales involucradas en la trata y en los delitos relacionados con ella.

El conjunto de estas reformas, prevista en los tres primeros arts. de la citada Ley 228/2003, adecua el ordenamiento italiano a las exigencias de armonización, previsitas tanto por el ordenamiento internacional como por el comunitario.

La adecuación no se limita a la represión de la trata de personas, incide también en otras conductas criminales relacionadas con ésta. En particular, se presta atención a los perfiles asociativos de las conductas perseguidas y se prevé la aplicación de sanciones administrativas a las personas jurídicas, sociedades y asociaciones para los delitos previstos en los *nuevos* arts. 600, 6001 y 6002 del CP. La aplicación del precedente del art. 600 CP había creado numerosas dificultades interpretativas y aplicativas, debido principalmente a la redacción de esta disposición, que representaba un ejemplo de lo que en doctrina se ha definido como *normazione sisentica*.³⁵ El nuevo art. 600 responde a esta exigencia de mayor precisión y propone una detallada descripción del elemento objetivo del delito.³⁶

Entre las conductas incriminadas se incluyen tanto el ingreso en la condición de esclavitud, como su mantenimiento, además, vienen explícitamente definidas solo algunas de sus formas de manifestación, dejando abierta la posibilidad de introducir nuevos supuestos en función de las formas que vaya adquiriendo la esclavitud en el futuro.³⁷ A través de la reformulación del art. 601 y 602 del CP inherentes respectivamente a la trata y a la alienación de esclavos se sancionan varios supuestos.

El art. 601 sanciona por lo menos tres conductas; la trata de personas que se encuentran en las condiciones previstas por el art. 600, la introducción mediante enga-

35. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bolonia, 2001, p. 72.

36. Art. 600 CP “Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattanaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi”.

37. Acerca de los problemas interpretativos que esta indefinición puede provocar véase, G. Amato, “Un nuovo sistema sanzionatorio e investigativo per una lotta efficace contro la schiavitù”, *Guida al diritto*, No. 35, 2003, pp. 44-45.

ño con fines de esclavitud o servidumbre; la restricción mediante violencia o amenaza, abuso de autoridad, de una situación de inferioridad psíquica, de necesidad o mediante la promesa o el pago con dinero o con otras ventajas a la persona que sobre ella tiene autoridad, con el fin de explotación de la esclavitud o servidumbre.

Con la finalidad de reprimir las manifestaciones criminales que se han desarrollado alrededor del fenómeno de la inmigración el legislador italiano ha adoptado el Decreto Legislativo 286 de 1998 (DLgs 286/98) que contiene la disciplina de la inmigración y de la condición de extranjero. Este decreto ha sido objeto de innumerables modificaciones, la más importante de las cuales se ha introducido con la Ley de 30 de julio de 2002, No. 189 (Ley 189/02), más conocida como ley Bossi-Fini y con la Ley No. 271 de 14 de septiembre de 2004.³⁸

Es importante resaltar que en esta ley se delinean de manera más detallada las configuraciones de los delitos, entre los cuales está el de ayuda a la inmigración clandestina, volviendo penalmente relevantes dichas actividades y atacando de manera más directa las actividades desarrolladas por las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de los inmigrantes, tanto en Italia como al extranjero.

El primer apartado del art. 12 del DLgs 286/98, disciplina los supuestos simples de ayuda a la entrada clandestina que se configuran como aquellos “actos encaminados a favorecer el ingreso en el territorio del Estado de un extranjero o bien los actos encaminados a procurar el ingreso ilegal en otro Estado del que la persona no sea ciudadana o no haya título de residente permanente” (art. 12). Con esta disposición se sanciona, además de la ayuda a la entrada clandestina en Italia, también el tránsito de los clandestinos en el mismo hacia otros países de la Comunidad Europea, esto es, todos aquellos casos en los cuales los extranjeros, objeto de tráfico, no entran en el territorio italiano para quedarse, sino que se limitan a transitar, con el fin de llegar al destino final de su ilegal proyecto migratorio. En ambos casos, esta norma está dirigida a tutelar el interés público y no bienes jurídicos individuales.³⁹

El art. 12 sanciona específicamente la actividad directa de procurar el ingreso en el territorio nacional en violación de las normas que disciplinan esta materia. El cumplimiento de dicha actividad constituye, por tanto, el objeto del crimen estudiado que

38. Sobre estas reformas véase, A. Caputo, “Prime note sulle modifiche alle norme penali del Testo unico sull’immigrazione”, *Questione Giustizia, bimestrale promosso da Magistratura democratica*, No. 2, 2005, pp. 244-263, F. Spiezia, F. Frezza, N. Pace, *Traffico e lo sfruttamento di esseri umani. Primo commento alla legge di modifica alla normativa in materia di immigrazione ed asilo*, Giuffrè, Milano 2002; U. Augustinis (de), S. Ferrajolo, F.A. Genovese, E. Rosi, E. M.R. San Giorgio, (coords.), “La Nuova legge sull’immigrazione, Commento alla Legge No. 189 del 30/7/2002 e al D.L. No. 195 del 9/9/2002”, en *Diritto e giustizia*, No. 45, 2002, pp. 1-192.

39. Acerca de la problemática del bien jurídico protegido por las normas de derecho penal en materia de extranjería, véase F. Muñoz Conde., *Derecho. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 342 y ss.

se configura con la conciencia y voluntad del sujeto de ayudar a la entrada del inmigrante.

Entre las hipótesis que integran este supuesto de delito pueden mencionarse: la entrada clandestina de extranjeros fuera de los límites fronterizos, la consignación al extranjero de documentación falsificada o de otros medios útiles para desviar el control de las fronteras o que legitiman el acceso, así como la falta de señalación a las autoridades de frontera del transporte de clandestinos.

La Corte Suprema en su sentencia de 19 de mayo de 2000 ha especificado que

en materia de ayuda a la entrada clandestina de los extranjeros en el territorio del Estado en violación de la ley no deben entenderse solo aquellas conductas específicamente dirigidas a permitir la llegada de los extranjeros, sino también, aquellas inmediatamente sucesivas a dicho ingreso, dirigidas a garantizar el éxito de la operación (...) y, en general, todas aquellas actividades de cooperación con las actividades que directamente y en sentido restringido pueden ser relacionadas con la entrada de clandestinos.⁴⁰

Sin embargo, no pueden, según el apartado segundo del art. 12, configurarse como delito “las actividades de auxilio y asistencia humanitaria prestadas en Italia a los extranjeros en condición de necesidad”.

Configuran tipos agravados del delito de ayuda a la inmigración clandestina en primer lugar, su realización con el objetivo de explotación directa o indirecta y, en segundo lugar, si el hecho es cometido por tres o más personas conjuntamente o si se utilizan servicios internacionales de transporte, documentos falsos, alterados o ilegalmente obtenidos.

CONCLUSIONES

Debe ahora evidenciarse que estos intentos de armonización aprobados a nivel europeo no han conseguido todavía los efectos esperados, y ello no en razón del incumplimiento formal, por parte de los estados miembros, de las obligaciones comunitarias, sino por haber procedido a su recepción, en primer lugar de manera muy heterogénea entre ellos; y en segundo lugar sin una visión de conjunto de los dos supuestos en palabras, lo cual ha llevado a que dentro de un mismo ordenamiento las definiciones de *trata* y de *tráfico* a veces se solapen hasta llegar, en algunos casos, a confundirse.

40. Sentencia de 19 de mayo de 2000, sección I.

La citada heterogeneidad puede ser reconducida a un único criterio común: el orden cronológico con el que se introdujeron en los diferentes ordenamientos estatales los supuestos de trata y tráfico.

Siguiendo este criterio es posible evidenciar cómo la atención de los estados se dirigió en un primer momento, esto es, en los años que van aproximadamente de 1992 a 2000, al tráfico de migrantes. Para ocuparse de la disciplina de la trata tan solo después del año 2002 y en razón de los plazos impuestos por la citada Decisión Marco de 19 de julio de ese mismo año.

Sin embargo, las diferencias se evidencian a partir de la misma denominación de los supuestos delictivos ya que, por ejemplo, en el caso de tráfico de migrantes se habla indistintamente de tráfico de extranjeros, de inmigración clandestina, de tráfico ilegal de personas, hasta llegar en el caso español a utilizar conjuntamente las dos últimas expresiones para disciplinar, en un mismo artículo y con la misma denominación, la trata con fines de explotación sexual y el tráfico de migrantes. O en el caso austriaco, a utilizar la denominación de “tráfico explotador” cuya conducta delictiva consiste en engañar a personas acerca de sus oportunidades para obtener la residencia y un empleo legal en un país para inducirlos a pagar o asumir el pago de la ayuda a la inmigración clandestina. En el caso de trata, muchos ordenamientos siguen el modelo español, definiendo como tráfico para la explotación sexual o inmigración clandestina de trabajadores.

De igual manera son diferentes las conductas tipificadas, los sujetos activos y pasivos y los bienes jurídicos protegidos.

Sin entrar aquí en el amplio haz de cuestiones, a las que dan lugar cada una de estas diferencias, parece importante destacar que, en primer lugar, no todos los estados cumplen con el deber de sancionar penalmente todos los supuestos de esclavitud, ello, claro esta, no implica que los mismos no puedan deducirse a través de una interpretación más o menos extensiva de los existentes. Sin embargo, es igualmente cierto que, por una parte, dicha discrecionalidad recae en el juez, lo cual tratándose de supuestos penales no es lo más conveniente, y, por otra, en algunos casos la dificultad de encontrar cobertura legal para sancionar ciertos supuestos puede recaer en detrimento de la garantía de los derechos de la víctima.

Una mayor sistematización de las disciplinas nacionales puede lograrse optando por seguir el modelo comunitario que a su vez traslada el de Naciones Unidas. Asimismo, limitadamente a la trata, lo aconsejable sería seguir el Convenio del Consejo de Europa, abierto a la firma el 16 de mayo de 2005, y que hay que promover que entre pronto en vigor, por su mismo talante garantista.

La autodisciplina de la Corte Constitucional colombiana

*Claudia Escobar García**

En este trabajo se hace un análisis crítico de la idea según la cual la Corte Constitucional de Colombia ejerce un poder ilimitado y arbitrario. Se pretende demostrar que ha sido la propia Corte quien ha impuesto límites al ejercicio de sus competencias y atribuciones. Estas limitaciones provienen no solo de textos constitucionales, sino fundamental y principalmente de las exigencias de interpretación y argumentación en materia constitucional, tales como la obligatoriedad del precedente, la formación y seguimiento de líneas jurisprudenciales, los sistemas legítimos e ilegítimos de manipulación del precedente, la aplicación de los métodos tradicionales de interpretación y las nuevas técnicas argumentativas en materia constitucional como la ponderación, el juicio de razonabilidad y la determinación del contenido esencial de los principios y los derechos fundamentales, etc.

FORO

INTRODUCCIÓN

Dos (2) observaciones se hacen frecuentemente a la Corte Constitucional colombiana: que ejerce competencias que van más allá de las asignadas tradicionalmente a los jueces, y que el ejercicio de estas competencias no se encuentra sometido a reglas fijas, claras y determinadas. Para quienes no están de acuerdo con las prácticas de la Corte, esto equivale a decir que ejerce un poder ilimitado, y que para colmo de males, lo hace de manera arbitraria.

De alguna manera, todas estas inquietudes son legítimas, pues las prácticas, el estilo, y hasta los discursos y el lenguaje de la Corte, parecen chocar con los supuestos e ideales de nuestra cultura jurídica: sentencias de constitucionalidad condicionada, obligatoriedad del precedente, inaplicación de normas legales y reglamentarias, sen-

* Abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, máster en Derecho, (c) mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

tencias que dejan sin efecto otras providencias judiciales que han hecho tránsito a cosa juzgada, interpretaciones de derechos fundamentales que ponen en tela de juicio las actuaciones y decisiones del legislador y del ejecutivo, órdenes al Congreso para que regule una determinada materia en un plazo y según ciertos criterios específicos, sentencias de constitucionalidad diferida, control material de reformas constitucionales, etc. Todas estas prácticas de alguna manera ponen en tela de juicio nuestras ideas sobre la función judicial, la separación de poderes, el sistema de fuentes del derecho y principios “clásicos” del derecho como la cosa juzgada y la autonomía judicial.

Sin perjuicio de la legitimidad de estas observaciones, en este trabajo me propongo determinar, examinar y explicar los *límites que la propia Corte Constitucional ha impuesto a su actividad*. Con ello pretendo mostrar, en primer lugar, que la expansión en las competencias de la Corte no ha sido ilimitada, pues el mismo organismo ha establecido algunos criterios que restringen sus competencias, y en segundo lugar, que en virtud de la técnica y disciplina que la Corte se ha autoimpuesto, el ejercicio de sus funciones se encuentra sometido a unas reglas más o menos precisas y definidas. En definitiva, pretendo mostrar que la acusación sobre el poder ilimitado y arbitrario de la Corte debe ser matizada, pues supone una falta de comprensión de la función judicial; propongo un camino alternativo, que intenta comprender la actividad judicial en su complejidad, en sus matices y en sus dificultades, desentrañando los presupuestos y reglas bajo las cuales funciona.

Para desarrollar este tema seguiré el siguiente procedimiento:

- En primer lugar, explicaré las principales manifestaciones de la ampliación de las facultades judiciales de la Corte Constitucional, en relación con las asignadas tradicionalmente a los jueces. Es decir, explicaré los motivos de la *preocupación* de quienes advierten la peligrosidad de las prácticas de la Corte.
- En segundo lugar explicaré las limitaciones que la Corte Constitucional se ha autoimpuesto, mostrando de qué modo la actividad judicial se encuentra sometida a unas especiales reglas argumentativas e interpretativas.
- Por último, expondré las conclusiones que se derivan del análisis anterior.

LOS MOTIVOS DE PREOCUPACIÓN

Quienes advierten la ampliación en las facultades de la Corte y su falta de sujeción a reglas claras y precisas, se fundan en ciertas prácticas aparentemente novedosas dentro de nuestro medio. Algunas de las que más han causado perplejidad son las siguientes:

1. *Extensión de las normas objeto de control constitucional.* Algunos de los actos normativos que antes se encontraban fuera del control constitucional, han sido ahora objeto de revisión.

Tal es el caso de los decretos que declaraban un estado de excepción, y de los tratados internacionales ratificados antes de 1992. En el primer caso se suponía que se trataba de actos puramente políticos, más que jurídicos, y que por consiguiente, no estaban sujetos a un control constitucional;¹ sin embargo, desde el mismo año 1992, la Corte avocó el conocimiento de estos actos.² En cuanto a los tratados internacionales, se entendía que como el num. 10 del art. 241 de la Carta Política establecía un control de constitucionalidad previo a la ratificación, aquellos que hubieran sido ratificados antes de 1992 no podían ser revisados; sin embargo, después de varios giros jurisprudenciales y de una fuerte disputa al interior de la misma Corte, se entendió que estos tratados podían ser objeto de control constitucional, en virtud del num. 4 del art. 241, y así se ha hecho en distintas oportunidades.³

2. *Ampliación en el tipo de control.* Igualmente, la Corte ha ampliado el “tipo” de control, realizando también un examen material sobre ciertos actos normativos que anteriormente tan solo tenían un control formal.

Siguiendo con los decretos que declaran el estado de excepción, tradicionalmente se entendía que únicamente debían ser objeto de control formal, verificando que tuviesen la firma del Presidente y los ministros, y que tuvieran algún tipo de motivación, cualquiera que fuese;⁴ pero desde 1992 la Corte también entró a verificar la existencia de hechos con las calificaciones determinadas en la Carta Política, tales como la gravedad de las perturbaciones en el orden público, la amenaza para la estabilidad institucional, la seguridad o la convivencia ciudadana, etc.⁵ Esta posición ha sido objeto de múltiples críticas, in-

-
1. Esta fue la tesis sostenida durante muchos años por el Ministerio Público, para quien el control político ejercido por el Congreso constituía un mecanismo suficiente para evitar el abuso del poder por parte del Ejecutivo. La distinción entre actos políticos y actos jurídicos ya había sido desarrollada por el Consejo de Estado, a base de la doctrina francesa.
 2. Así consta en las sentencias C-004 de 1992, C-300 de 1994, C-466 de 1995, C-153 de 1996, C-328 de 1996, C-122 de 1997 y C-216 de 1999.
 3. Frente al auto 003 de 1993 y la sentencia 276 de 1993, que niegan la posibilidad de un control *a posteriori*, las sentencias C-004 de 1993 y C-400 de 1998 admiten este control sobre los tratados perfeccionados antes de 1992; y así lo ha hecho la Corte, dándose además la libertad para declarar inexequibilidades y para declarar la constitucionalidad condicionada de instrumentos internacionales de la talla de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y del Convenio con la Santa Sede.
 4. Así sucedió con los decretos 1970 de 1974, 2989 y 3784 de 1982 y 3405 de 1986, frente a los cuales la Corte Suprema de Justicia ejerció un control meramente formal.
 5. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-004 de 1992, C-300 de 1994, C-466 de 1995, C-153 de 1996, C-328 de 1996, C-122 de 1997 y C-216 de 1999.

cluso al interior de la misma Corte, pues se considera que esta constatación y valoración de los hechos implica una intromisión en las facultades del Ejecutivo e incluso en las del Congreso, encargado de ejercer un control político.⁶

Otro caso muy significativo lo constituye el control de los actos reformatorios de la Carta Política. Si se trata de reformar la Constitución, la conclusión aparentemente obvia es la del exclusivo control formal y procedural. Pero la Corte ha ejercido también una especie atenuada de control material, verificando que el contenido de la reforma se ajuste a unos *mínimos constitucionales*, tales como el respeto de la democracia y del núcleo básico de los derechos fundamentales.⁷

3. *Ampliación en la “intensidad” del control.* También la Corte ha intensificado su control constitucional, llevándolo hasta sus últimas consecuencias. Así por ejemplo, frente al control formal tradicional de las leyes, que se limitaba a establecer si el acto normativo había estado precedida del número de debates requeridos, si había existido el quórum deliberatorio y decisorio, si el proyecto había sido radicado en la cámara competente, etc., ahora la Corte entra a realizar un agudo y estricto estudio del proceso de formación de las leyes: examina, por ejemplo, si en realidad hubo “debates”, si se dio participación real a los congresistas y a las minorías, si en los debates se determinó y evaluó el alcance y efectos de las normas, etc. Todo ello, en el entendido de que se debe garantizar el principio democrático en el proceso de formación y expedición de las leyes. Por cuenta de este tipo de control, numerosas leyes, e incluso actos legislativos, han sido declarados inexequibles.⁸
4. *Ampliación en los efectos del control constitucional.* Asimismo, la Corte ha introducido nuevas modalidades de control, cuyo efecto no consiste únicamente en declarar si una norma legal se ajusta o no a la Carta Política. En virtud de estos controles se establece de manera obligatoria cómo debe interpretarse una

6. Esta es la opinión expresada en los salvamentos de voto de Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón y Vladímir Narango respecto de la sentencia C-300 de 1994.

7. Recientemente, algunos magistrados de la Corte Constitucional han salvado el voto en la sentencia que declara exequible el acto legislativo que autoriza la reelección presidencial. Así, el magistrado Jaime Araujo Rentaría salvó el voto por considerar que el Congreso había excedido los límites materiales de reforma a la Constitución, hasta tal punto de haberse “destruido la Constitución”; igualmente, Alfredo Beltrán Sierra consideró que la reforma había roto el equilibrio e igualdad de los poderes, rompiendo igualmente con los límites materiales a la reforma constitucional. Comunicado de prensa de la Corte Constitucional de octubre 20 de 2005, “sobre las sentencias relativas al acto legislativo que permite la reelección presidencial”.

8. Así ocurrió, por ejemplo, con el Acto Legislativo No. 2 de 2003, que pretendía introducir numerosas modificaciones a la Constitución, tanto en su parte dogmática como en su parte orgánica. Por vicios de procedimientos en el sexto debate de la segunda vuelta, el acto legislativo fue declarado inexequible mediante la sentencia C-816 de 2004.

norma legal, se altera el alcance de una ley, se dan órdenes al legislador para que dentro un plazo regule ciertas materias de acuerdo con ciertos criterios,⁹ se establece desde cuándo y de qué manera tiene efectos la sentencia, etc., dentro de la idea de que la Corte Constitucional tiene autonomía para modular el efecto de sus providencias.¹⁰

Quizás las sentencias más cuestionadas han sido las *sentencias de constitucionalidad condicionada*. En ellas no solo se interpreta una norma legal a la luz de los preceptos constitucionales, sino que también se introduce en el sistema jurídico una nueva norma jurídica obligatoria, y se restringe o amplía el alcance de una disposición legal. Por este motivo se sostiene que la Corte asume en estos casos el papel de legislador positivo.¹¹

5. *Ampliación de las facultades interpretativas de la Carta Política.* De la misma manera, se ha insistido sobre las amplias facultades que se ha tomado la Corte al interpretar la Constitución Política. ¿Cómo se pasa del derecho a la igualdad a la obligatoriedad del precedente judicial? ¿Cómo se pasa de la enunciación genérica de la dignidad a la permisión de la eutanasia voluntaria? ¿Cómo se pasa de la regla del art. 93 sobre los tratados internacionales de derechos humanos a la noción de bloque de constitucionalidad? La preocupación básica es por la aparente ausencia de criterios y reglas claras en el ejercicio argumentativo de la Corte.
6. Por último, la Corte ha establecido un sistema de obligatoriedad del precedente en materia constitucional. Aunque el camino que ha conducido a este sistema ha estado lleno de tropiezos, ambigüedades, contradicciones, avances y retrocesos, lo cierto es que hoy en día, y con los matices que más adelante se expresarán, las doctrinas de la Corte Constitucional deben ser respetadas por todas las autoridades, incluso las judiciales, so pena de violar el principio de

9. En la sentencia C-239 de 1997, por ejemplo, se ordena al legislador la reglamentación de la eutanasia en el término “más breve posible”, teniendo en cuenta los criterios fijados en la misma sentencia. Hoy, 9 años después de haber sido expedida la sentencia, el Congreso no se ha pronunciado sobre este tema. Adicionalmente, el nuevo Código Penal consagró de nuevo el delito de homicidio por piedad, pero sin referirse al condicionamiento de la Corte ni a la reglamentación del tema. La Corte, sin embargo, en la sentencia C-551 de 2001 se abstiene de pronunciarse sobre este problema, por considerarse incompetente para pronunciarse sobre la omisión legislativa absoluta.

10. Sentencias C-113 de 1993, C-131 de 1993, C-037 de 1996.

11. La Corte ha recurrido a este mecanismo en muchas oportunidades. Uno de los casos más polémicos se presentó con la sentencia C-239 de 1997, en la cual la Corte examinó el art. 326 del Código Penal (hoy derogado), que consagraba el delito de homicidio por piedad; a juicio de la Corte, cuando la eutanasia es practicada a un enfermo terminal, que expresa de manera inequívoca su voluntad de acabar con su vida, la acción se encuentra justificada y no se configura el delito de homicidio por piedad, a pesar realizarse la conducta prevista en la disposición mencionada. De alguna manera, la Corte estableció una excepción al art. 326 del Código Penal.

igualdad e incurrir en una vía de hecho.¹² Obviamente, este sistema de precedentes choca con la idea tradicional sobre la autonomía en el ejercicio de la función judicial y sobre la sujeción de los jueces únicamente al imperio de la ley.

LAS AUTOLIMITACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Aunque la preocupación por la actividad desplegada por la Corte tiene respaldo en ciertas prácticas que colisionan con nuestras ideas sobre la función judicial, y que suponen una ampliación en sus competencias y una discrecionalidad en su ejercicio argumentativo y en sus decisiones, lo cierto es que la Corte también se ha preocupado por definir los límites de su actuación y los criterios y las reglas bajo las cuales puede interpretar, argumentar y decidir.

A continuación examinaremos algunos de estos límites auto impuestos por la Corte.

RESPETO DEL PRECEDENTE Y EXIGENCIA DE COHERENCIA

Anteriormente habíamos dicho que la Corte había consagrado la obligatoriedad del precedente constitucional. Pues bien, como efecto de ello, su propia actividad se encuentra sometida a dichos precedentes, por lo menos en principio. No se puede decidir lo que se quiera y de cualquier manera, pues se debe hacer en consonancia con lo que se ha decidido anteriormente.

La obligatoriedad del precedente no implica, sin embargo, la imposibilidad absoluta de distanciarse de la regla precedencial. Lo que implica es que, para apartarse se deben cumplir con ciertas cargas que limitan el ejercicio arbitrario de la función judicial. En este marco, la Corte ha encontrado ciertas “estrategias” legítimas de distanciamiento del precedente.

12. Al respecto dijo la Corte: “En últimas, la Constitución es una sola y el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces, llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales (...) Las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia (...) sino que violan la Constitución”. Sentencia T-260 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Una primera manera consiste en reconocer un error pasado y enmendarlo a través de una nueva doctrina. Opera entonces un “cambio de jurisprudencia”. Como contrapartida a este cambio jurisprudencial, existe una “carga argumentativa”, en virtud de la cual el juez debe demostrar no solo que la nueva interpretación es más aceptable que la anterior, sino que las razones que sirven de sustento a la nueva decisión son superiores a las razones de seguridad jurídica e igualdad inherentes al principio de respeto al precedente. Adicionalmente, se debe adoptar la decisión en la Sala Plena y no en una simple Sala de Decisión.¹³

Pero existen otras estrategias más *discretas* de alejamiento de los precedentes. Tal es el caso de la *disanalogía* y la *distinción entre obiter dictum y ratio decidendi*.

En este último caso se otorga fuerza vinculante a la *ratio decidendi* de las sentencias –que equivale en términos generales a lo que tradicionalmente se conoce como *cosa juzgada implícita*–, más no al *obiter dictum*. Se entiende por *ratio decidendi* la “razón general que constituye la base de una decisión judicial específica”, “las consideraciones que guardan unidad de sentido con la parte dispositiva de la sentencia” y “las argumentaciones que están íntima e inescindiblemente unidas con la parte resolutiva de la sentencia”, mientras que el *obiter dictum* se encuentra constituido por las demás consideraciones de la sentencia. En estas circunstancias, la Corte Constitucional puede alejarse válidamente de aquellas posturas anteriores que no constituyan *ratio decidendi*; en cambio, para alejarse de la *ratio decidendi* de otras sentencias, tiene esta carga argumentativa especial a la que se hizo referencia anteriormente.¹⁴

De la misma manera, la Corte puede distanciarse de sus precedentes cuando considera que no es aplicable al nuevo caso en cuestión, por existir elementos fácticos

13. Auto del 21 de noviembre de 2000.

Así ocurrió con la sentencia C-400 de 1998, que modificó la regla de la C-276 de 1993. En ésta la Corte se había considerado incompetente para controlar la constitucionalidad de los tratados perfeccionados con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, por cuanto según el numeral 10 del art. 241 de la Carta, se debe ejercer un control previo y automático de los tratados internacionales, tipo de control que no se puede ejercer sobre los tratados que a 1992 hubiesen sido ratificados. Sin embargo, en la sentencia C-400 de 1998 se modifica la jurisprudencia, y se entiende que en Colombia existen dos (2) tipos de control sobre los tratados internacionales: en virtud del mencionado numeral 10, existe un control previo y automático sobre los tratados suscritos a partir de 1992; y en virtud del numeral 4, un control posterior y no automático, sobre los tratados ratificados hasta antes de 1992. A juicio de la Corte este cambio jurisprudencial se encuentra plenamente justificado, en la medida en que está encaminado a garantizar la supremacía de la Carta Política, y en la medida en que no pone en riesgo los principios de seguridad jurídica e igualdad, por cuanto el control constitucional posterior permite establecer de manera definitiva y con efectos *erga omnes*, la compatibilidad de los tratados ratificados antes de 1992, con la Carta Política.

14. En todo caso, la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* es problemática, de modo que la clasificación de los apartes de la parte motiva de la sentencia en una u otra categoría puede prestarse para confusiones, e incluso para manipulaciones.

distintos a los que se rigieron el precedente anterior que ameritan un tratamiento jurídico diferente. Se trata de la *disanalogía*. Como la justicia exige dar un tratamiento igual a casos iguales, y un tratamiento distinto a casos distintos, la Corte puede justificar un alejamiento del precedente argumentando que el caso en cuestión presenta alguna especificidad que amerita la aplicación de un criterio o regla distinta.¹⁵

SUJECIÓN A LAS REGLAS TRADICIONALES SOBRE INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y LOS ACTOS JURÍDICOS

Aunque gran parte de la argumentación constitucional supone la utilización de la técnica de ponderación de principios y valores, otra gran parte supone la utilización de las reglas argumentativas propias de los espacios jurídicos tradicionales, y en este sentido, se utilizan frecuentemente las reglas clásicas de interpretación, integración y solución de antinomias. Veamos algunos ejemplos.¹⁶

Una de ellas es la denominada regla hermenéutica del efecto útil, según la cual debe preferirse la interpretación que otorga efecto jurídico a todas las cláusulas de un texto normativo.¹⁷ Esta regla fue utilizada, por ejemplo, en la sentencia C-400 de 1998, en la cual se examina la constitucionalidad de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y su respectiva ley aprobatoria. En esta sentencia se debe determinar el rango supraconstitucional, constitucional o infraconstitucional de los tratados internacionales. La pregunta surge porque según los arts. 9 y 226 de la Constitución, Colombia acepta y reconoce los principios de Derecho internacional, como el de *pacta sunt servanda*, y porque según el art. 4, la Constitución prevalece sobre toda norma jurídica. De acuerdo con esto, el art. 4 de la Constitución, puede ser interpretado de dos (2) maneras: puede entenderse que la Carta Política prevalece sobre *toda* norma jurídica, incluso sobre los tratados internacionales, o bien puede en-

15. Al igual que en el caso anterior, el procedimiento de la disanalogía puede resultar problemático, pues no existen reglas claras para determinar cuándo un elemento fáctico nuevo amerita un tratamiento jurídico especial y distinto al de la regla precedencial, y por ello también se puede prestar para confusiones e incluso para ciertas maniobras poco ortodoxas.

16. Debe aclararse, sin embargo, que el recurso a las reglas clásicas de interpretación, integración y solución de antinomias no suprime el problema de la discrecionalidad en la actividad judicial. Por un lado, estas reglas coexisten con las modernas técnicas de ponderación de valores, derechos y principios, en las cuales las facultades discrecionales del juez son más amplias. Pero además, la utilización de uno u otro criterio “clásico” de interpretación, o de una u otra regla interpretativa, integradora o de solución de antinomias, puede conducir a decisiones diferentes e incompatibles. Entonces la Corte tendría que justificar adecuadamente la utilización de un criterio o regla, y el rechazo de los demás que conducen a resultados distintos.

17. Esta regla se encuentra consagrada en el art. 1620 del Código Civil Colombiano, de la siguiente manera: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

tenderse que prevalece sobre las demás normas, con *excepción de los tratados internacionales*, puesto que el principio de *pacta sunt servanda* hace parte del bloque de constitucionalidad por su consagración indirecta en los arts. 9 y 226 de la Carta Política.

La respuesta de la Corte es clara y tajante: La Carta Política prevalece incluso sobre los tratados internacionales, con excepción de los que se refieren a derechos humanos y que no pueden ser limitados en los estados de excepción, y los que se refieren a los límites. El argumento que presenta la Corte es el siguiente: si la Constitución no tuviese un rango jerárquico superior a los tratados internacionales, los arts. 93 y 101 de la Carta no tendrían efecto jurídico alguno; en efecto, estos dos (2) artículos establecen que los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción, y los tratados sobre límites, tienen rango constitucional; si en general todos los tratados tuvieran rango constitucional, estos dos (2) artículos serían superfluos y carecerían de toda utilidad. Pero como se debe preferir aquella interpretación que otorgue efecto jurídico a las normas, debe entenderse que, por regla general, los tratados internacionales se encuentran sometidos a la Carta Política, y que tienen un rango jerárquico inferior.

Otra regla clásica de interpretación es aquella según la cual no le es dado al intérprete hacer distinciones donde el texto de la ley no lo hace.¹⁸ Esta regla fue utilizada, por ejemplo, en la sentencia 004 de 1992, en la cual se decide sobre la exequibilidad del decreto 333 de 1992, por medio del cual se declara el estado de emergencia económica en todo el país. Por aquella época existían dudas sobre la competencia de la Corte para controlar estos actos y sobre la extensión de dicho control, pues mientras para algunos el control debía ser únicamente formal, para otros también debía ser material. La Corte entendió que debía examinar la constitucionalidad de dichos decretos, y que además debía ejercer no solo un control formal, sino también material. El sustento de esta solución jurídica lo encontró la Corte en el art. 4 y en el num. 7 del art. 241 de la Carta Política; en virtud del primero, las normas constitucionales prevalecen sobre las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico. Y en virtud del num. 7 del art. 241, la Corte debe realizar un control de constitucionalidad de los decretos legislativos, sin distinguir si se trata de aquellos que declaran el estado de excepción, de aquellos que le ponen fin, o de aquellos que se dictan en virtud de la declaratoria; dicha disposición tampoco distingue entre el control formal y el control material, como sí lo hace en otros numerales del art. 241. Como el constituyente no hizo ninguna distinción, debe concluirse que la Corte tiene competencia pa-

18. Esta regla se encuentra consagrada en el art. 27 del Código Civil Colombiano, de la siguiente manera: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

ra examinar todos los decretos legislativos, incluso aquellos que declaran el estado de excepción, y por lo tanto debe hacer un examen tanto formal como material.¹⁹

LIMITACIONES A LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

Tal como se expuso anteriormente, en muchas ocasiones la Corte Constitucional se ha declarado competente para ejercer un control constitucional en campos que tradicionalmente le estaban vedados. En muchos de estos casos la justificación fue la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución Política y su función de ser la guardiana de la Carta Política. La Corte utiliza entonces un criterio finalista, en virtud del cual “la función de esta Corte es preservar la supremacía e integridad de la Constitución, por lo cual, cuando existan dudas sobre el alcance de una de las competencias consagradas en el artículo 241 superior, es natural que se prefiera aquella interpretación que mejor permita la guarda de la supremacía de la Carta”.²⁰ Este criterio expansivo le permitió a la Corte justificar el control posterior de los tratados internacionales, de los decretos legislativos que declaran un estado de excepción en cualquiera de sus modalidades, de los decretos preconstituyentes, entre muchos otros.

Aunque pareciera que la Corte quisiera llevar su deber de guardar la integridad y superioridad de la Constitución hasta sus últimas consecuencias, arrogándose para sí todas las facultades y competencias que fuere necesario para ello, la Corte misma se ha impuesto algunos límites en el desarrollo de esa función. A continuación examinaremos algunas hipótesis en las cuales la Corte se ha inhibido de ejercer su función de control constitucional, o lo ha ejercido de una manera “débil”.

19. Expresó la Corte lo siguiente: “El numeral 7 del artículo 241 de la Constitución Nacional, al asignar a la Corte Constitucional la función de ‘decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los Decretos Legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los arts. 212, 213, 215 y de la Constitución’ no excluye a los que declaran uno de tales estados de excepción ni circunscribe dicha competencia a los decretos que se dicten en desarrollo de la misma. Como se ve, no hace excepción alguna al respecto. Por tanto, el decreto que declara el estado de excepción queda, por razón de su propia denominación, comprendido en el alcance de dicho precepto y, como tal, está sujeto al control jurisdiccional de la Corte como quiera que el tenor literal de la norma en cuestión es claro al indicar que todos ellos son objeto de control”. (Sentencia C-004 de 1992).

20. Sentencia C-400 de 1998.

Control “débil” de constitucionalidad en virtud de la autonomía judicial de las comunidades indígenas

En virtud del la autonomía otorgada a las comunidades indígenas y al principio de la diversidad étnica y cultural, la Corte Constitucional ha creado una serie de reglas encaminadas a la conservación de las tradiciones de estas comunidades, y a la protección y respeto de su autonomía judicial.²¹

En cuanto al respeto y protección de las tradiciones de las comunidades indígenas, se ha entendido que la costumbre indígena tiene un tratamiento especial dentro del sistema jurídico. Así, las costumbres prevalecen no solo sobre las normas legales dispositivas, sino aun sobre las normas legales imperativas, cuando éstas protegen un valor jurídico inferior al de la diversidad étnica y cultural.²² Incluso, la interpretación misma de la Constitución varía cuando el problema jurídico tiene relación con las comunidades indígenas, pues aquí la interpretación debe estar encaminada a salvaguardar el principio de la diversidad étnica y cultural, con la sola limitación del núcleo básico de los derechos fundamentales. De la misma manera, se ha entendido que las comunidades indígenas tienen la atribución de ejercer funciones judiciales según sus propias normas y procedimientos, y que en términos generales sus integrantes gozan de un fuero especial para ser juzgados por las autoridades de su comunidad.²³

En estas circunstancias, cuando por vía de tutela la Corte entra a ejercer el control constitucional para la protección de los derechos fundamentales, sus competencias se restringen en función del principio de diversidad étnica y cultural. Cuando se cuestiona la constitucionalidad de los procesos jurisdiccionales y las decisiones judiciales de las comunidades indígenas, la confrontación entre los hechos y las normas constitucionales se “debilita”, pues la Corte se limita a establecer si dentro del proceso judicial se desconoció el “núcleo básico”²⁴ de algún derecho fundamental.²⁵

21. Claudia Escobar García y Marcelo Vargas Mendoza, *Análisis crítico del principio de jerarquía normativa a la luz del derecho positivo colombiano*, tesis presentada a Universidad Javeriana, año 2000, disponible en www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/tesis50.pdf

22. Sentencia T-254 de 1994.

23. Sentencias T-778 de 2005, T-811 de 2004 y T-552 de 2003.

24. El concepto de “núcleo básico” ha sido desarrollado entre otras, en la sentencia C-373 de 1995.

25. Al respecto la Corte dijo lo siguiente: “si bien el Estado está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos y que el Estado, en esa labor de equilibrio, debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues atentaría contra el principio pluralista y contra la igualdad de todas las culturas, concluyó que “frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional”. Sentencia T-811 de 2004.

El siguiente caso resulta ilustrativo. En la sentencia SU-510 de 1998 la Corte resolvió el caso de unos miembros de la comunidad Ika, que por haber abandonado sus creencias religiosas y haber acogido la religión evangélica, eran sancionados por su comunidad de distintas maneras (por ejemplo, colgándolos de los árboles). En dicha sentencia la Corte se limitó a establecer la violación del núcleo básico de algún derecho fundamental, permitiendo el ejercicio sancionatorio por parte de las comunidades indígenas. Es decir, en virtud del principio de la diversidad étnica y cultural, la Corte se abstuvo de hacer un control estricto de constitucionalidad.

Inhibición para juzgar determinados actos normativos, o para ejercer un control material sobre los mismos

Al lado del criterio expansivo de la Corte, según el cual cuando existan dudas sobre el alcance de sus competencias se debe tener en cuenta la guarda de la integridad de la Constitución, la Corte ha hecho uso de otros criterios restrictivos para delimitar y demarcar sus competencias. La distinción entre legalidad y conveniencia,²⁶ la idea de la discrecionalidad en el ejercicio de la función administrativa y legislativa,²⁷ la distinción entre errores irrelevantes, irregularidades de nivel reglamentario y vicios de procedimiento,²⁸ la distinción entre omisión legislativa absoluta y relativa, por ejemplo, han permitido a la Corte inhibirse de ejercer control constitucional sobre ciertos actos, y de declarar la inexequibilidad de otros.

Examinemos dos (2) casos significativos: el del control sobre los Actos Legislativos que reforman la Constitución. Tal como se expuso anteriormente, la Corte ejerce una especie de control material sobre las reformas a la Constitución, pues en términos generales verifica el respeto de los “mínimos constitucionales”. Sin embargo, este examen es restrictivo y tiene una serie de limitaciones. En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que en estricto sentido no se puede ejercer un control material de las reformas constitucionales, sino únicamente un control formal. En el caso de las reformas efectuadas a través del Congreso, sin embargo, este control formal supone un análisis de la competencia de este órgano para reformar la Constitución, pues la Carta le permitió únicamente su “reforma”, mas no su derogación o sustitución. En estas circunstancias, el examen de la Corte debe estar encaminado a determinar si el Acto Legislativo constituye únicamente una reforma o si implica una derogación o una sustitución de la Carta Política. Cuando “un elemento definitorio de

26. Comunicado de prensa del 20 de octubre de 2005.

27. Sentencias 1161 de 2000, C-318 de 1995, C-031 de 1995, C-221 de 1992.

28. Sentencia C-737 de 2001.

la esencia de la Constitución de 1991” es sustituido o “reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente”,²⁹ la Corte puede declarar la inexequibilidad de la norma. Este proceso de evaluación de las competencias del Congreso supone obviamente una confrontación de la norma reformatoria con el contenido de la Carta Política, y especialmente con sus principios y valores fundamentales, y en este sentido se habla de un control material; pero debe tenerse en cuenta que se trata de un control indirecto de la Constitución, y por esto mismo, de un control limitado, restringido y bien demarcado.

Otro caso significativo es el de la determinación de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional. Según una reiterada doctrina, la Corte Constitucional es quien determina el efecto de sus sentencias: si tiene efectos diferidos, hacia el futuro o retroactivos, si tiene efectos *inter partes*, *inter pares* o *erga omnes*, etc.³⁰ En diversas oportunidades la Corte decidió inaplicar el art. 1 del decreto 1382 de 2000, sobre distribución de competencias en la acción de tutela, pues daba lugar a la dilación injustificada de los procesos judiciales de tutela, en detrimento del debido proceso. Esta decisión reiterada de inaplicar el art. 1 del decreto 1382 de 2000, y sobre cuya legalidad debía decidir el Consejo de Estado, dio lugar a la pregunta por los efectos de la decisión de inaplicación: ¿es *inter partes*, *inter pares* o *erga omnes*? Después de haber decidido cerca de 90 casos en el mismo sentido, la Corte hubiera podido otorgar efectos *erga omnes* a su decisión, obligando a los jueces a inaplicar en cualquier circunstancia la norma mencionada; sin embargo, la Corte optó por otorgar a su decisión efectos *inter pares*, obligando a inaplicar la norma únicamente cuando se presenten casos semejantes a los ya decididos por la Corte, pero sin pronunciarse sobre su legalidad o constitucionalidad, pues esta competencia se encuentra radicada en el Consejo de Estado.³¹ Es decir, en virtud del principio de separación de poderes, la Corte se abstiene de otorgar en un caso concreto efectos *erga omnes* a sus decisiones.

29. Comunicado de prensa de la Corte Constitucional, del 20 de octubre de 2005. Sentencia C-551 de 2003 y C-543 de 1998.

30. Sentencia C-113 de 1993.

31. En los autos 085 de 2000 y 071 de 2001, la Corte resolvió que cuando en la parte resolutiva de sus providencias se decide inaplicar una norma de rango inferior a la Constitución, dicha decisión tiene efectos *inter pares*, cuando se presentan cinco (5) condiciones: que la violación de la Constitución sea palmaria, inmediata y directa, sin requerir de una apreciación de los hechos, que la norma constitucional violada defina de manera clara la regla jurídica a aplicar, que la norma inaplicada regule materias sobre las cuales la Corte tiene responsabilidad especial, y que la decisión haya sido adoptada por la Sala Plena en su función de unificación de la jurisprudencia o haya sido reiterada por ella. A juicio de la Corte la decisión de otorgar efectos *inter pares* a la inaplicación del decreto es la que mejor protege los derechos fundamentales y respeta las competencias del Consejo de Estado. Otorgar efectos *inter partes* resultaría insuficiente, pues afecta la efectividad de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución. Otorgar efectos *erga omnes* implicaría desconocer e invadir las competencias del Consejo de Estado, quien debe pronunciarse sobre la legalidad de estos decretos.

nes, a pesar de que en teoría tiene toda la autonomía para establecer el efecto de sus sentencias.

CONCLUSIONES

Frente a la preocupación por el poder ilimitado y arbitrario de la Corte Constitucional, las consideraciones anteriores no pueden eliminarla. Lo que se propone aquí es canalizar la preocupación, investigando los presupuestos, las reglas del juego, y la dinámica argumentativa de la Corte.

Una investigación preliminar de este tipo nos arroja algunas respuestas provisionales:

- Contrario a lo que pueda pensarse a primera vista, las *limitaciones al ejercicio de la función judicial* de la Corte provienen de ella misma. Sean muchas o pocas, suficientes o insuficientes, lo cierto es que es la Corte quien las ha fijado. Quienes sostienen que la Corte pretende ejercer un poder ilimitado incurren en una imprecisión, pues en estricto sentido gran parte de la labor de la Corporación ha sido precisamente la de fijar el límite de su competencia y de su ejercicio argumentativo. Lo que más bien se puede sostener es que estos límites son insuficientes, ambiguos o manipulables, o que no es conveniente que sea la propia Corte la que defina sus “reglas del juego”.³² Pero no pueden afirmar la inexistencia de límites.
- Contrario a lo que a primera vista pueda pensarse, el *material jurídico* de la Corte no está constituido únicamente por la Constitución; esto es quizás el punto de partida y un punto de referencia, pero de ninguna manera la única fuente del derecho. En realidad, la Corte cuenta con una compleja gama de herramientas, técnicas y normas jurídicas de distinta naturaleza, que le proporcionan los elementos de juicio para decidir.

El “grueso” del material jurídico se encuentra constituido por las reglas que la misma Corte crea. Se trata de las reglas precedenciales, que de ninguna manera pueden ser entendidas como una derivación lógica de las normas constitucionales.

32. De manera sistemática, la Corte Constitucional ha rechazado la posibilidad de que otro órgano determine sus “reglas del juego”. Así lo ha hecho, por ejemplo, al inaplicar del decreto 1382 de 2000, al declarar la inexequibilidad o reducir el alcance de los decretos 2067 de 1991, 2591 de 1991 y de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Al respecto pueden consultarse las sentencias C-113 de 1993, C-131 de 1993 y C-037 de 1996.

Ahora bien, aunque de por sí la existencia de las reglas precedenciales multiplica de manera significativa el material jurídico a disposición de la Corte, éste es mucho más amplio, complejo e incluso hasta indeterminado e incierto: normas legales sobre interpretación contenidas en el Código Civil, Código Penal, Código laboral, códigos de procedimiento y leyes especiales, doctrinas nacionales y extranjeras sobre métodos de interpretación e integración del derecho y sobre temas específicos de derecho constitucional, jurisprudencia nacional y extranjera, por ejemplo, se articulan con las normas constitucionales y con las reglas precedenciales.

- Como consecuencia de ello, la *actividad* de la Corte nada tiene que ver con la simple confrontación de normas y hechos con las disposiciones de la Carta Política. Para interpretar y aplicar el derecho, la Corte utiliza distintas y complejas técnicas y procedimientos: técnicas de localización y *manipulación* del precedente, reglas para elegir la *regla controlante* del caso, para ponderar y sopear los distintos principios y valores constitucionales, para interpretar el alcance de las normas constitucionales y de los procedentes, para solucionar las antinomias de primero y segundo grado, etc. Es decir, la actividad de la Corte es una actividad reglada, en el sentido de que toda la labor argumentativa de la Corte se encuentra sujeta a una multiplicidad de reglas sobre localización, interpretación e integración del derecho.
- Si bien es cierto que existen límites y reglas para el ejercicio de la función judicial de la Corte Constitucional, con lo cual no puede plantearse el problema en términos de “poder ilimitado” o de “poder arbitrario”, también es cierto que el problema de la discrecionalidad en la actividad judicial persiste: ¿Hasta qué punto son legítimas las técnicas de manejo del precedente? ¿Hasta qué punto es legítimo que sea la Corte quien defina sus propias “reglas del juego”? ¿Hasta qué punto las reglas sobre interpretación e integración del derecho limitan la discrecionalidad en la actividad judicial? ¿Cómo se justifica la elección de un método de interpretación en detrimento de otros que conducen a resultados jurídicos diferentes? Como salta a la vista, ninguna de estas preguntas puede ser contestada a partir de las consideraciones anteriores, y por tanto el problema sigue abierto.
- En cualquier caso, sin embargo, las críticas a la actividad de la Corte Constitucional deben ser enmarcadas desde una perspectiva mucho más amplia que la que normalmente se asume. Para hacer una evaluación imparcial sobre el desenvolvimiento de la Corte se debería, por ejemplo, tener en cuenta lo siguiente:

1. Que los cambios en las prácticas judiciales sean parte de un proceso mundial, y no meramente colombiano, sobre el replanteamiento de la función judicial, y en especial, sobre la función judicial constitucional. Los conflictos de la Corte Constitucional con la Corte Suprema de Justicia, con el poder legislativo y con el poder ejecutivo se han presentado en España, Alemania, Italia, por ejemplo; las sentencias de constitucionalidad condicionada no son un invento colombiano; la excepción de inconstitucionalidad lleva siglos de existencia. De modo que el denominado “activismo” de la Corte no puede ser analizado y enjuiciado aisladamente.
2. Que muchas de las prácticas de la Corte que ahora nos escandalizan, no son ni siquiera extrañas a la tradición jurídica colombiana. Sería una ingenuidad pensar que la obligatoriedad del precedente o que la llamada “interpretación conforme a la Constitución” nació en 1992 con la Corte Constitucional. A lo sumo lo que ha sucedido es que se han reconocido y se han hecho explícitas muchas prácticas que existían desde hacía mucho tiempo en nuestra cultura jurídica. Nunca han nacido del vacío.
3. Aunque aparentemente la Corte se ha atribuido un poder que rebasa la debida separación y equilibrio de poderes, vistas las cosas desde nuestro propio contexto, las prácticas constitucionales permiten un tipo de equilibrio en nuestros complejos sistemas jurídico-político. En un país donde existe una concentración del poder ejecutivo, donde las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo van más allá de la simple colaboración, donde existe una concentración de la riqueza y del poder económico en unas pocas manos, se requiere una Corte Constitucional “fuerte” que haga contrapeso a esos desbordamientos de poder.

Si la Corte ejerce un estricto control formal y material sobre los decretos que declaran el estado de emergencia económica y social y sobre los que declaran el estado de conmoción interior, es porque durante mucho tiempo Colombia vivió en un “estado de excepción permanente” que le permitía asumir al ejecutivo unas funciones extraordinarias, temporales y excepcionales, de manera permanente y ordinaria. Si la Corte ejerce un estricto control al procedimiento de formación de las leyes, es porque en la práctica este proceso ha desconocido los principios democráticos, porque el ejecutivo ha ejercido una presión indebida, y porque se adoptan las normas jurídicas según criterios distintos al interés general. Si la Corte otorga efectos *erga omnes* a las sentencias de tutela, es porque constituye el mecanismo necesario para evitar el abuso de quienes detentan el poder económico y/o política (por ejemplo, frente a las Empresas Prestadoras de Salud (EPS), frente a los medios de comunicación, frente a los bancos de datos, etc., que aun

conociendo los precedentes de la Corte, pretenden exigir la interposición de la acción de tutela para respetar los derechos fundamentales).

De modo que lo que en algún contexto puede parecer escandaloso, en el nuestro es necesario para impedir el quebrantamiento de la democracia. En este sentido tenemos una Corte a la medida de nuestro ejecutivo, de nuestro legislativo y en general a la medida de nuestra sociedad. En otras palabras, existe un nuevo equilibrio de poderes, aunque eso sí, muy distinto al que nos presenta la teoría clásica.

4. Estas prácticas de la Corte han contribuido a que la Constitución Política tenga un significado real en la vida de Colombia. A punta de inexequibilidades, el legislador ahora entiende que las leyes no se pueden aprobar de cualquier manera; a punta de inexequibilidades de decretos declaratorios de “conmoción interior”, los presidentes son más cautelosos a la hora de declarar un estado de excepción; a punta de sentencias de tutela de la Corte, las EPS ahora entienden que el derecho a la vida tiene algún significado y que por tanto no pueden dejar morir en sus narices a los pacientes; a punta de tutelas, las entidades públicas han entendido que el derecho de petición debe ser respetado y que no se satisface por la simple configuración del silencio administrativo negativo o positivo.

En cierto sentido, las prácticas constitucionales han contribuido a la conformación de una verdadera y auténtica cultura constitucional en Colombia.

5. Al margen de la legitimidad de las prácticas de la Corte, lo que sí es cierto es que el ejercicio argumentativo de la Corte se encuentra bien elaborado. Las decisiones son motivadas y justificadas. Y la motivación y la justificación se oponen a la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

La Corte no se limita a expresar el fundamento jurídico de su decisión, sino también a expresar por qué las otras soluciones posibles no son correctas; si existen dos (2) criterios de interpretación que conducen a resultados opuestos, la Corte justifica la utilización de un método y no del otro; cuando presenta su criterio, se anticipa a las posibles críticas y hace una “crítica a la crítica”...En fin, las decisiones de la Corte son razonadas, fundamentadas y sustentadas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Providencias de la Corte Constitucional

1.1. Autos.

- Auto 003 de 1993, sobre el control de constitucionalidad de los tratados internacionales ratificados antes de 1992.
- Auto 013 del 1993 sobre el cambio de jurisprudencia.
- Auto 085 de 2000 sobre los efectos *inter partes* de los autos que ordenan inaplicación de normas legales por violación de la Constitución Política.
- Auto 071 de 2001, sobre los efectos *inter partes* de los autos que ordenan la inaplicación de normas legales por violación de la Constitución Política.

1.2. Sentencias.

1.2.1. Sentencias sobre el control de constitucionalidad de los decretos legislativos que declaran un estado de excepción:

- C-004 de 1992.
- C-300 de 1994.
- C-466 de 1995.
- C-153 de 1996.
- C-328 de 1996.
- C-122 de 1997.
- C-216 de 1999.

1.2.2. Sentencias sobre el control de constitucionalidad de los tratados internacionales.

- Sentencia C-276 de 1993.
- Sentencia C-004 de 1993.
- Sentencia C-400 de 1998.

1.2.3. Sentencias sobre el control de constitucionalidad de los actos reformatorios de la Constitución Política.

- Sentencia C-816 de 2004.

1.2.4. Sentencias sobre el control formal de las leyes y actos reformatorios de la Constitución.

- Sentencia C-816 de 2004.
- Sentencia C-551 de 2003.
- Sentencia C-737 de 2001.
- Sentencia C-543 de 1998.

1.2.5. Sentencias de constitucionalidad condicionada.

- Sentencia C-239 de 1997.

1.2.6. Sentencias sobre la autonomía de la Corte Constitucional para determinar los efectos de sus providencias.

- Sentencia C-113 de 1993.
- Sentencia C-131 de 1993.
- Sentencia C-037 de 1996.

1.2.7. Sentencias sobre la costumbre, la jurisdicción y el fuero indígena.

- Sentencia T-778 de 2005.
- Sentencia T-811 de 2004.
- Sentencia T-552 de 2003.
- Sentencia T-254 de 1994.

1.2.8. Sentencias sobre la discrecionalidad en el ejercicio de la función administrativa y judicial.

- Sentencia C-1161 de 2000.
- Sentencia C-318 de 1995.
- Sentencia C-031 de 1995.
- Sentencia C-221 de 1992.

1.2.9. Sentencias sobre el núcleo básico de los derechos.

- Sentencia C-373 de 1995.

Todos los autos y sentencias se encuentran disponibles en la página de Internet de la rama judicial de Colombia (www.ramajudicial.gov.co) y en la página del Banco de la República de Colombia (www.juriscol.banrep.gov.co)

2. Constitución Política de Colombia

La Constitución Política de Colombia se encuentra disponible en la página de Internet de la Alcaldía de Bogotá (www.bogota.gov.co), y en la de la rama legislativa de Colombia (www.secretariosenado.gov.co).

3. Leyes

- Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (ley 270 de 1996).
- Código Civil Colombiano.

Disponible en la página de Internet de la rama legislativa de Colombia (www.secretariosenado.gov.co).

4. Comunicados de prensa de la Corte Constitucional

- Comunicado de prensa de la Corte Constitucional del 20 de octubre de 2005: “sobre las sentencias relativas al acto legislativo que permite la reelección presidencial”. El comunicado se encuentra disponible en la página de la rama judicial de Colombia (www.ramajudicial.gov.co).

5. Doctrina

- Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Ed. Legis-Uniandes, 2000.
- Claudia Escobar García y Marcelo Vargas Mendoza, “Análisis crítico del principio de jerarquía normativa a la luz del derecho positivo colombiano”, tesis para la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, año 2000. Disponible en la página de Internet de la Pontificia Universidad Javeriana www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dre1/tesis50.pdf.

Liberalización del comercio de servicios del sector turismo en el Ecuador

*Michel Levi Coral**

Este documento contiene un análisis de los antecedentes y el alcance de la propuesta del Anexo de Turismo hecha en el marco del Acuerdo General de Comercio de Servicios AGCS de la Organización Mundial de Comercio.

Ecuador ha sido promotor de esta iniciativa, junto a varios países de América Latina, como: República Dominicana, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Bolivia, Perú y Venezuela; para que el anexo sea incluido en el marco de las negociaciones del Acuerdo.

El comercio de servicios de turismo es uno de los más liberalizados a nivel regional. Ecuador muestra importantes avances en este contexto, razón por la que el país participa activamente en los trabajos que realiza la Organización Mundial del Turismo para que el sector tenga un tratamiento específico y diferenciado en el contexto de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio.

FORO

EL ACUERDO GENERAL DE COMERCIO DE SERVICIOS AGCS DE LA OMC

Los servicios se incluyeron en la agenda multilateral de comercio a la finalización de la Ronda Uruguay en 1994. El Acuerdo General de Comercio en Servicios (AGCS) establece un marco multilateral de reglas y principios para el comercio de servicios, con una visión orientada hacia su expansión en condiciones de transparencia y liberalización progresiva. Además se lo considera como un medio para promover el crecimiento económico y desarrollo de todos sus miembros.¹

* Profesor invitado, Área de Derecho y Coordinador del Módulo de Estudios Europeos Jean Monnet, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Asesor de Cooperación Externa del Ministerio de Turismo.

1. Mashayekhi 1998:4, citado en WWF (2001): International discussion paper *Preliminary Assessment of the Environmental & Social Effects of trade in tourism*, May 2001, Geneva.

El AGCS forma parte integral de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y es el primer acuerdo multilateral que cubre simultáneamente comercio e inversión en servicios. Sus objetivos principales se resumen en lo siguiente:

- Expansión del comercio de servicios.
- Liberalización progresiva a través de múltiples rondas de negociación.
- Transparencia en normas y regulaciones.
- Promover la participación de los países en desarrollo.

Fuente WTO/OMT 1995, CUTS 1997

Los principios y provisiones generales del AGCS son similares a los de liberalización de bienes, que fueron incluidos en el Acuerdo General de Tarifas y Comercio GATT, entre los que se encuentran:

- Trato de nación más favorecida (NMF),
- Acceso a mercados,
- Trato nacional, y
- Transparencia.

El AGCS se compone de tres pilares:

1. *Marco del Acuerdo*: Contiene 29 artículos que establecen obligaciones generales aceptadas por los miembros, como el *principio de la nación más favorecida* (NMF).
2. *Anexos*: Contiene 8 anexos orientados hacia temas horizontales y específicos para cada sector (por ejemplo: servicios financieros, telecomunicaciones).
3. *Agendas*: Son listas de acuerdos específicos referentes a los *principios de acceso al mercado y trato nacional*. Específicamente, las agendas son listas en las cuales los miembros inscriben el grado de liberalización en un subsector específico (por ejemplo, turismo y servicios relacionados a los viajes o negocios).

CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR SERVICIOS²

Sus características generales son cambiantes. Los servicios en el pasado se consideraban como no transportables, no almacenables, con un requerimiento de contacto directo entre el proveedor y el consumidor. Sin embargo esta descripción ya no puede aplicarse gracias a los avances tecnológicos y de las comunicaciones.

2. Consultado en: [www.wto.org / gats-info.eu.int](http://www.wto.org/gats-info.eu.int)

Dificultad de establecer una clara clasificación de servicios. Resulta complejo establecer el alcance de las actividades del sector servicios, ya que generalmente mantienen relaciones directas con otros sectores de la economía. El sector mantiene conexiones con otros sectores, como por ejemplo telecomunicaciones, negocios.

Importancia de objetivos no económicos en la provisión de servicios. El sector servicios está caracterizado muchas veces por una gran influencia del gobierno, que juega un rol importante en su regulación. Esto se origina fundamentalmente en servicios como salud o educación, que tienen importantes repercusiones en las áreas de política social y ambiental.

El incremento del comercio de servicios puede tener importantes connotaciones sociales y ambientales.

Regulaciones Nacionales. La normativa para la prestación y comercio de servicios no se aplica en las fronteras sino internamente, a través de las regulaciones nacionales de cada Estado.

PRINCIPALES PREVISIONES DEL AGCS

Trato de la nación más favorecida (artículo II.1)

Por más de cuarenta años, este principio clave de la liberalización comercial, establecido en el Acuerdo General de Comercio y Tarifas GATT, ha servido como base para la liberalización del comercio de bienes. El principio obliga a los países miembros a dar el trato más favorable otorgado a sus socios comerciales a cualquier otro país miembro de la OMC, inmediata e incondicionalmente.

Bajo el esquema del AGCS, si un país permite la competencia externa en un sector, debe otorgar igualdad de oportunidades en ese sector a proveedores de servicios de los países miembros de la OMC.

Este principio se aplica siempre que el país no mantenga acuerdos específicos en relación al acceso de compañías extranjeras a su mercado en el marco de la OMC.

En el AGCS el *principio de la nación más favorecida* se aplica a todos los servicios, aunque algunas exenciones temporales son aplicables.

Acceso a mercados (artículo XVI.1)

En relación al acceso a mercados, se establece que cada parte deberá otorgar a los servicios y proveedores de servicios extranjeros, un trato no menos favorable que el

establecido para sus propios servicios o proveedores de servicios similares. Esta previsión se aplica en los cuatro modos de prestación de servicios.

En el caso de los bienes, las tarifas son el principal mecanismo de protección, mientras que los servicios se encuentran regulados por complejos regímenes legales. A diferencia de los productos bajo el esquema del GATT, en el AGCS no existen obligaciones generales que permitan ingreso a los mercados. El libre acceso depende de los acuerdos específicos hechos por cada país que se inscriben en la columna “acceso a mercados” de su agenda de compromisos.

Esta previsión contiene una exhaustiva lista de limitaciones, que pueden ser cuantitativas o legales por su naturaleza, e incluyen restricciones relativas al número de operaciones de servicios, al valor de transacciones de servicios o activos, participación del capital extranjero, número de personas que proveen un servicio, número de operaciones o cantidad de salidas.

Trato Nacional (artículo XVII.1)

El *principio de trato nacional* establece que se dará un trato igual a los extranjeros y a los nacionales de un país (no discriminación). Este principio se aplica de forma diferente en el AGCS y en el GATT. En el caso de comercio de bienes (GATT) y propiedad intelectual (bajo el TRIPS) es un principio general.

En el AGCS se aplica únicamente para los países que han inscrito acuerdos específicos y se permiten excepciones. El comercio de bienes tiende a ser restrictivo en las fronteras, mientras que los servicios deben sujetarse a regulaciones internas que afectan la prestación en el mercado de cada país. El principio de Trato Nacional, bajo el AGCS, se aplica por igual para los servicios importados que para los prestadores nacionales.

Transparencia

Transparencia es otro principio clave para alcanzar liberalización multilateral en el comercio. Las principales obligaciones bajo este principio son: publicación y notificación inmediata de decisiones, mantenimiento de puntos de información y de procesos judiciales limpios. Los miembros tienen la obligación de informar al Consejo de Comercio de Servicios cuando se introduzca nueva legislación que pueda modificar el régimen nacional de comercio de servicios, así como regulaciones o procedimientos administrativos que tengan el mismo efecto.

APLICACIÓN DE LAS PREVISIONES DEL AGCS

El grado de liberalización en el marco del AGCS se refleja de muchas formas. Primero, en el número de subsectores en los cuales los miembros han llegado a acuerdos; Segundo, en el número y naturaleza de las restricciones que los miembros adoptaron en relación a sus compromisos (por ejemplo, restricciones al acceso de mercados y trato nacional); y Tercero, en el numero de exenciones al *principio de la nación más favorecida* que un país ha requerido. Por ejemplo, un país puede otorgar pleno trato nacional para inversión a nacionales o compañías extranjeras, al mismo tiempo que puede aplicar exenciones al *principio de la nación más favorecida* a todos los sectores cubiertos por el AGCS.

Al respecto, es importante enfatizar la diferencia entre las excepciones al *principio de la nación más favorecida*, que es una obligación general bajo el AGCS, y las restricciones al principio de Trato Nacional o Acceso a Mercados, que se encuentran establecidas en las listas de compromisos.

Las exenciones al principio de la nación más favorecida son temporales por naturaleza. El art. II del AGCS permite a los miembros medir inconsistencias con este principio, en los siguientes casos:

- Cuando se ha establecido un marco de integración económica (art. V).
- Cuando el Estado adquiere servicios para cubrir sus propias necesidades –Procuración gubernamental (art. XIII).
- Bajo el art. VII, el reconocimiento bilateral de cursos de formación en el extranjero, experiencia profesional y regulaciones de admisión que no necesiten extenderse a otras partes.

Las listas de exenciones se encuentran reguladas por condiciones que se incluyen en los anexos al AGCS. Los anexos permiten mantener claridad de tal forma que nuevas exenciones no sean otorgadas por ese medio. Cualquier requerimiento futuro para dar un tratamiento no acorde al de la nación más favorecida, requerirá la aplicación de los procedimientos específicos de la OMC.

EL AGCS Y LOS MODOS DE INTERCAMBIO DE SERVICIOS

En principio el AGCS se aplica a todos los servicios, excepto los prestados en el ejercicio de la autoridad gubernamental (art. 1.3) y transporte aéreo. El anexo de servicios de transporte aéreo exceptúa de su cobertura las medidas que afectan los derechos de tráfico aéreo o los servicios directamente relacionados con el tráfico aéreo.

Esta especificidad es importante para el propósito de este trabajo, en vista de que el turismo y el transporte aéreo se encuentran íntimamente relacionados. Además, el transporte aéreo se encuentra previsto en la agenda de las reuniones de la OMC para lograr un mayor grado de liberalización (sección 2.3).

El art. I del AGCS (alcance y definiciones) establece el significado de “comercio de servicios” pero no el de “servicios”. La definición de comercio de servicios en el AGCS incluye comercio e inversión a través de presencia comercial, movimiento de personas para prestación de servicios y movimiento de consumidores.

Además del concepto tradicional de comercio transfronterizo, tres conceptos adicionales se introdujeron en el AGCS para definir comercio de servicios. Todos ellos en conjunto se refieren a los cuatro modos de intercambio de servicios (art. 1), que se definen sobre el origen del prestador de servicios y del consumidor, y la forma de presencia territorial que tienen al momento en que los servicios se prestan.

Los cuatro modos de intercambio de servicios juegan un rol importante en relación a los acuerdos de acceso a mercados y trato nacional. Cada miembro de la OMC establece hasta qué punto puede abrir su mercado, comprometiéndose a cumplir con las obligaciones de trato nacional o de acceso a mercado en un sub-sector determinado y para un modo de intercambio de servicios específico. Estos acuerdos se inscriben en una lista específica para cada país.

Los modos de intercambio de servicios varían en importancia de acuerdo al sector de servicios considerado. Algunos servicios pueden prestarse en cualquiera de los cuatro modos, mientras que otros por su naturaleza se encuentran limitados a uno o varios de los cuatro. Por ejemplo, el servicio de un consultor puede ofrecerse a través de mail, teléfono, visita personal al cliente en otro país o a través de una oficina establecida en el extranjero. Por otra parte, los servicios de limpieza no pueden prestarse a través del Internet o por vía telefónica.

En consecuencia, los cuatro modos de intercambio difieren en relación a su importancia económica. De acuerdo a la OMC, la presencia comercial (modo 3) “es probablemente el modo de intercambio de servicios más importante, al menos en términos de desarrollo futuro”³ lo que puede explicarse por el importante crecimiento de la inversión extranjera directa en comercio de servicios. El modo 3 presenta también complicaciones para el gobierno local de cada miembro, ya que trata directamente con temas de políticas internas como el derecho de establecimiento, que es inherente a la presencia comercial para los intereses extranjeros.

3. WTO, 1999, *An Introduction to The GATS*, October, 1999.

El modo 4 (circulación de personas) presenta algunos desafíos. El Anexo del AGCS para circulación de personas establece que los miembros que no hayan efectuado compromisos bajo esta modalidad, pueden regular todavía el ingreso y estadía de personas (requiriendo visas para entrada), hasta el momento en que decidan efectuarlos. Los temas relativos a mercados laborales e inmigración son sensibles para los gobiernos y la circulación de personas tiene particular importancia para los países en vías de desarrollo.

Los mandatos del AGCS, más allá de las negociaciones, buscan la progresiva eliminación de barreras al comercio de servicios que no fueron completamente dirigidas en la Ronda Uruguay (art. XIX). Las negociaciones deben concluirse en telecomunicaciones, circulación de personas que presten servicios bajo el AGCS y servicios financieros. Además, varios artículos del AGCS proveen reglas y disciplinas para regulaciones domésticas en el caso de negociaciones en temas específicos (art. VI), medidas de salvaguarda de emergencia (art. X), procuración gubernamental (art. XIII) y subsidios (art. XV). Esas negociaciones han sido tratadas como parte de la “agenda incorporada” de la Ronda Uruguay.

LOS CUATRO MODOS DE INTERCAMBIO DE SERVICIOS BAJO EL AGCS

Modo 1. Movimiento transfronterizo

Esta categoría es la forma corriente de comercio de servicios. En este modo de prestación solo el servicio atraviesa la frontera (por ejemplo servicios de consultoría o llamadas de teléfono internacionales.) El Modo 1 permite a proveedores de servicios no residentes, prestar servicios transfronterizos hacia el territorio de otro país miembro.

Modo 2. Consumo en el exterior

Esta categoría implica la prestación de un servicio en el territorio de un país miembro, al consumidor que proviene y es nacional de otro país miembro. Esto significa que el consumidor debe viajar hacia el país del prestador del servicio.

Modo 3. Presencia comercial

En esta categoría el servicio debe suministrarse a través de la presencia comercial de un prestador extranjero en el territorio de otro país, que puede darse, por ejemplo,

a través del establecimiento de sucursales o agencias en las áreas bancarias, de asesoría legal o comunicaciones.

Modo 4. Presencia de personas

Esta categoría se refiere a la admisión de extranjeros en el país proveedor de servicios, como gerentes de hotel, médicos u otros prestadores independientes. El modo 4 puede coexistir con el modo 3, donde, por ejemplo una cadena de hoteles norteamericanos tiene una sucursal en Francia y emplea personal norteamericano en ese país.

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL COMERCIO DE SERVICIOS DE TURISMO

- El comercio de servicios de turismo se distingue del comercio de bienes y de un gran número de otros servicios por el elemento humano –son las personas al servicio de las personas.⁴
- Como otros sectores de servicios, el turismo interactúa con muchos sectores. Por ejemplo, existe una interconexión entre los servicios de transporte y el turismo. Para identificar todos los servicios del turismo, es necesario ir más allá de la lista de servicios establecida en la clasificación del AGCS.
- El comercio en turismo se da de forma primaria a través del modo 2 establecido por el AGCS (consumo en el exterior) cuando los turistas atraviesan las fronteras para ir a su destino.⁵ El turismo internacional es una exportación, pero a diferencia de otras mercancías de exportación, se consume en el mismo destino. Por lo tanto, el comercio de servicios de turismo puede tener importantes y grandes efectos medioambientales y sociales en los destinos turísticos, en relación a los países de origen.
- La liberalización de servicios de turismo es en primera instancia un acto de liberalización doméstica, porque un país no debe depender del interés de otros socios comerciales para abrir su mercado. El turismo es un sector relativamente fácil de liberalizar y es el que mayor número de compromisos tiene en el esquema AGCS.

4. Tourism Concern, 1996 en WWF, International discussion paper, *Preliminary Assessment of the Environmental & Social Effects of trade in tourism*, Geneva, may 2001.

5. World Trade Organization WTO, *Economic Effects of Services liberalization (S/C/W/26)*, Background note, 7 October, 1997.

- El poder económico y político en el mercado de turismo se encuentra ligado a los países desarrollados, que tienen canales propios de distribución (OMT 2000). El Comercio de servicios de turismo se caracteriza por las grandes diferencias en la combinación de negocios en los canales de distribución existentes entre los países emisores y los receptores, así como por prácticas anti-competitivas, restricciones en el movimiento de personas, restricciones formales a la promoción, limitaciones en la extensión de la liberalización y sus potenciales beneficios económicos, particularmente en países en desarrollo.

LOS SERVICIOS DE TURISMO FRENTE A LA LIBERALIZACIÓN: AGCS, INVERSIÓN Y OTROS

A continuación se establecen las previsiones de AGCS para el comercio de servicios y los modos de intercambio del AGCS que se aplican en el sector Turismo.

Previsiones del Acuerdo General de Comercio de Servicios AGCS

A diferencia de los acuerdos hechos por la OMC, los miembros del AGCS a menudo se limitan a confirmar un estado de liberalización anterior a la fecha de su suscripción, por lo que es importante considerar las previsiones del AGCS y los acuerdos alcanzados, que constituyen una valoración del nivel de liberalización.

Para el efecto, en primer lugar debe confirmarse el *statu quo*, es decir que los países se sujetan al marco de procedimientos establecidos por la OMC para renegociaciones o solución de disputas, lo que les hace más difícil retroceder en los temas que tienen un menor grado de liberalización. Posteriormente debe confirmarse el régimen de servicios establecido por el AGCS, que gobernará la futura liberalización en el sector de servicios en cada país.

Por definición, *la provisión de un servicio* incluye la producción, distribución, marketing, venta y envío del servicio (AGCS, art. XXVIII). Estos modos de intercambio también se aplican para el comercio de servicios de turismo. El AGCS afectará a los servicios de turismo si los objetivos de la liberalización se aplican a la normativa de los países miembros, que restringe la capacidad de los proveedores extranjeros para acceder y operar sin ninguna discriminación en un mercado.

Las previsiones se aplican para los cuatro modos de intercambio previstos por el AGCS en el sector turismo, que son los siguientes:

1. **Comercio Transfronterizo.** Las Previsiones específicas en el AGCS pueden facilitar el flujo transfronterizo de información, garantizando un acceso limpio y no

discriminatorio, y el uso de redes de telecomunicaciones para los proveedores extranjeros de servicios de turismo.

Las redes de telecomunicaciones son esenciales para los proveedores de servicios de Turismo, como los tour operadores y los agentes de viaje para reservas y asesoría de viajes.

2. Consumo en el exterior. El AGCS puede tener un efecto indirecto sobre las restricciones al movimiento de los consumidores. Las principales restricciones se aplican a los turistas cuando visitan destinos en el exterior y a los medios de pago por servicios de turismo comprados en el exterior.

Las restricciones relativas a los requerimientos de visas y aduanas no se encuentran en el marco de los acuerdos. Además, las restricciones del AGCS para cambio de divisas no son negociables como barreras al comercio, pero se encuentran sujetas a la disciplina general del artículo XII del AGCS (restricciones para salvaguarda de la balanza de pagos), que establece procedimientos diferentes para ese tipo de medidas de gobierno.

3. Presencia Comercial. El AGCS pretende la eliminación progresiva de los obstáculos al establecimiento de presencia comercial para proveedores de servicios de turismo en el extranjero. Por lo tanto, busca reducir o eliminar restricciones como limitaciones a la inversión extranjera / participación equitativa, restricciones al establecimiento de entidades manejadas desde el exterior, obtención de licencias para operar, o restricciones discriminatorias al acceso para sistemas de reservación. Además, el AGCS afecta a las restricciones gubernamentales para la transferencia de fondos al exterior.

4. Presencia de personas. El AGCS provee el marco para la negociación del ingreso y estadía temporal de servicios personales en otro país miembro. El AGCS no restringe las leyes de inmigración y no impide a las autoridades en la aplicación de limitaciones al libre movimiento de trabajadores entre fronteras.⁶

El grado de liberalización bajo el AGCS se refleja en varias vías. Los acuerdos son legalmente obligatorios y se dan en cuatro niveles:⁷

1. *No restricción.* Por ejemplo tour operadores del exterior son permitidos en los mercados domésticos sin discriminación.
2. *Restricción.* Una medida restrictiva se aplica como la limitación a la propiedad de los inversionistas extranjeros.

6. OMT, *Consecuencias del AGCS para el turismo*, Milán, Palazzo ai Giureconsulti (Actas de conferencias y seminarios de la OMT). 1994.

7. *Ibidem*.

3. *Acuerdo No delimitado.* Esto no significa necesariamente que los proveedores extranjeros no están permitidos, pero que el país no garantizará que la situación será permanente. Por ejemplo, un país permite a las agencias de viaje extranjeras abrir una sucursal en su mercado interno, con un acuerdo no delimitado que puede legalmente cancelarse en cualquier momento.
4. *Acuerdo No delimitado por no ser técnicamente realizable.* Ningún acuerdo es posible por la naturaleza del servicio a prestarse. Por ejemplo, un acuerdo en la provisión de un servicio transfronterizo se considera imposible para hoteles, en vista de que el alojamiento para turistas se provee en el país de destino.

Modos de intercambio del AGCS que se aplican en el sector Turismo

Modo 1. Movimiento Transfronterizo. Se aplica a servicios prestados desde el exterior en el territorio de otro país miembro normalmente a través de servicios de telecomunicaciones. Por ejemplo los arreglos de viaje y reservas o asesoría para viajes hechos por agencias de viaje o tour operadores desde un país X a un país Y.

Modo 2. Consumo en el exterior. Se aplica a servicios que consumen nacionales de un país que viajan a otro país. Existe comercio en servicios de Turismo cuando los consumidores van al exterior para comprar servicios. Este es el caso del turismo internacional, cuando consumidores extranjeros viajan al destino turístico para consumir el servicio.

Modo 3. Presencia Comercial. Se aplica a las oportunidades para empresas de Turismo extranjeras que quieren establecer una sucursal u oficina en otro país, como sucursales, agencias subsidiarias o acuerdos de *joint venture*, por ejemplo hoteles, restaurantes, agencias de viaje y tour operadores.

Modo 4. Movimiento de personas. Se aplica a las oportunidades para transferencia de personal que prestará un servicio, como administradores, chefs de restaurant, o guías de turismo en mercados extranjeros. El modo 4 es una parte esencial en la estrategia de negocios en la industria del turismo.

Para analizar el nivel de liberalización reflejada en los acuerdos es necesario decidir qué subsectores de servicios establecidos en el AGCS se incluyen en el análisis. Esta decisión es arbitraria ya que todos los subsectores tienen relación con servicios relativos al turismo. El siguiente análisis se limita a los servicios de turismo específicos, que se encuentran catalogados en el sector 9 de la lista sectorial de clasificación del AGCS.

En el marco del AGCS “Turismo y servicios relacionados con viajes” es el sector que tiene un mayor número de acuerdos entre todos los sectores de servicios.⁸ Los valores comerciales y de concesiones constantes en los acuerdos deben determinarse, no obstante la cantidad que señalan que el sector está ampliamente liberalizado. Sin embargo importantes barreras al comercio del turismo, como restricciones al movimiento de los consumidores, se encuentran fuera del marco del AGCS.

El número de acuerdos del sector varía ampliamente de acuerdo a cada uno de los subsectores.⁹

- En 1998 se dieron 112 acuerdos para hoteles y restaurantes.
- El sub-sector “agencias de viajes y tour operadores” incluye 89 acuerdos.
- Se han establecido 54 acuerdos para guías de Turismo.
- Bajo la categoría “otros”, un gran número de países no han establecido qué se encuentra incluido, sin embargo pocos han determinado actividades específicas que incluyan las relacionadas con el transporte.¹⁰

Los acuerdos por modos de prestación también varían ampliamente entre los países miembros. En general, “Consumo en el Exterior” es el modo más liberalizado de prestación de servicios y “Presencia de Personas” es el más restrictivo. Ambos casos se refieren al “acceso a mercados” y “trato nacional”.¹¹

Las negociaciones para una futura liberalización en servicios de Turismo se esperan a través de la ampliación de los acuerdos y la remoción de las restricciones existentes. A base de lo mencionado, se han establecido las siguientes observaciones:

- La “Presencia Comercial” en hoteles y restaurantes probablemente ofrecerá un gran potencial para alcanzar una mayor liberalización.
- La “Presencia de Personas” (el modo más restrictivo de prestación) es un área clave para la liberalización, tanto en hoteles y restaurantes, como en agencias de viajes y tour operadores.

Además, otros sectores que se encuentran relacionados con el turismo podrán tener mayor liberalización, por ejemplo los servicios de transporte aéreo, como un sector clave para lograr este objetivo. Los acuerdos en algunas categorías de servicios

8. OMC (1998): Servicios de turismo: nota documental de la Secretaría. Consejo del Comercio de Servicios (documento S/C/W/51).

9. OMC (1998): Servicios de turismo: nota documental de la Secretaría. Consejo del Comercio de Servicios (documento S/C/W/51).

10. OMC (1998): Servicios de turismo: nota documental de la Secretaría. Consejo del Comercio de Servicios (documento S/C/W/51).

11. OECD, 2000, Assessing Barriers to Trade in Services: Tourism Services, TD/TC/WP (2000)10, París.

relacionados al turismo, como actividades deportivas y recreativas, muchas veces tienen un limitado grado de liberalización.

EL ANEXO DE TURISMO EN EL ACUERDO GENERAL DE COMERCIO DE SERVICIOS

En septiembre 30 de 1999 la Misión Permanente del gobierno de la República Dominicana envío al Consejo General de la Organización Mundial de Comercio una propuesta para que se incluyera en el marco del AGCS un Anexo de Turismo, por las siguientes consideraciones:

- En el presente Acuerdo, no es posible tratar la naturaleza específica y heterogénea del turismo como grupo, particularmente en consonancia con la definición de mayor alcance que han adoptado las Naciones Unidas y la OMT (1994, 1999).
- No es posible vigilar la liberalización progresiva ni el cumplimiento de los compromisos contraídos en relación con la categoría “servicios de turismo y servicios relacionados con los viajes”, con el fin de alcanzar los objetivos del art. IV del AGCS.
- Mediante los compromisos específicos contraídos según el método de “peticiones y ofertas” para la elaboración de las listas sectoriales en la Organización Mundial del Comercio OMC, tampoco se pueden eliminar los obstáculos al comercio de servicios de turismo, en especial los servicios conexos de transporte y de distribución de viajes (incluidos los servicios de mayoristas de viajes, los servicios de organización de viajes en grupo, los sistemas mundiales de distribución/sistemas de reserva informatizados y agencias de viaje) que en gran parte corresponden al consumo en el extranjero.
- Una deficiencia general de los acuerdos de la Ronda Uruguay, de los que el AGCS es parte integrante, no permite hacer frente a las consecuencias comerciales de una conducta anticompetitiva. La UNCTAD (1998) ha observado el carácter generalizado de estas prácticas en el sector turismo. Como resultado de ello, corre peligro la balanza comercial de servicios de turismo favorable a los países en desarrollo, debido a que en las disposiciones vigentes del AGCS no está previsto someter a disciplinas los obstáculos y las prácticas anticompetitivas identificados, que reducen aún más la porción del valor añadido que retienen los países en desarrollo. De este modo se siguen atentando contra la sostenibilidad ecológica y económica del turismo para el desarrollo.¹² Con el

12. François Vellas, *Balance y perspectivas de las transacciones de comercio internacional en el sector del turismo*.

fin de integrar al AGCS las salvaguardias necesarias para someter a disciplinas una conducta anticompetitiva en el grupo de los servicios de turismo, los expertos que asistieron a la reunión de la UNCTAD (1998) recomendaron que la manera de avanzar en este proceso consistía en incluir salvaguardias de la competencia en un anexo sobre el turismo. (OMC, WT/GC/W/372: S/C/W/127)

En el documento mencionado se incluyó la propuesta del Anexo sobre el Turismo que contenía ocho puntos específicos:

1. Objetivos
2. Definiciones
3. Salvaguardias de la competencia
4. Salvaguardias para los consumidores
5. Acceso a la información y utilización de la misma
6. Transporte aéreo, servicios auxiliares y medidas de seguridad
7. Cooperación para un desarrollo sostenible del turismo
8. Relación con otras organizaciones internacionales

Además, se incluyó un Apéndice sobre la correspondencia del grupo de servicios de turismo con la lista de clasificación sectorial de los servicios establecidos en el marco del AGCS (MTN.GNS/W/120).

Una vez recibidas las observaciones al texto mencionado, principalmente de la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá, Japón y Corea, y otros miembros de la OMC, en septiembre 26 de 2001 las delegaciones de Bolivia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela enviaron una comunicación al Consejo de Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio OMC en el que incluyeron una nueva versión sobre el Anexo de Turismo en el AGCS. (OMC, S/CSS/W/107)

Esta versión contiene ocho puntos en su tratamiento, que son los siguientes:

1. Objetivos
2. Definiciones
3. Salvaguardias de la competencia
4. Protección para los consumidores
5. Acceso y utilización de la información

mo. Documento presentado en la conferencia internacional “Para una colaboración mejor en las transacciones de comercio internacional en el sector del turismo” (Túnez, 1 y 2 de junio de 1999).

6. Acceso a la infraestructura de transporte aéreo y servicios auxiliares
7. Cooperación para el desarrollo sostenible del turismo
8. Relaciones con otras organizaciones internacionales

Estos puntos serán analizados a continuación:

1. *Objetivos*: En los objetivos es importante señalar que se reconoce al sector turístico como esencial para el desarrollo de muchos países, por lo que es importante que se incremente la participación de los países en desarrollo en el comercio mundial de servicios.

Se considera la especificidad del comercio de servicios de turismo que por su naturaleza crea productos característicos del sector. Además mantiene relaciones directas con el transporte de pasajeros y las redes de distribución turísticas.

El turismo mantiene relaciones con otros servicios como los relacionados a la infraestructura, negocios, medio ambiente y telecomunicaciones.

Por esta razón el Anexo tiene como objetivo asegurar condiciones equitativas para el comercio de los servicios de turismo, bajo los términos establecidos en el AGCS.

Finalmente, el tratamiento del sector turismo en el Anexo no pretende sobreponerse a las negociaciones que se efectúen en los servicios de transporte aéreo y de sistemas de reserva computarizados que se enmarcan en el Anexo de Servicios de Transporte Aéreo.

2. *Definiciones*: En el Anexo se encuentran definiciones sobre *Turismo* conforme al contenido de las Recomendaciones para las Estadísticas de Turismo, elaboradas por las Naciones Unidas y la Organización Mundial de Turismo en 1994.

Se establecen los *Productos Característicos del Turismo*, conforme la definición de las Cuentas Satélites de Turismo adoptadas por la Comisión Estadística de las Naciones Unidas en su 31o. sesión efectuada en el año 2000.

Se señala el significado de las *Industrias de Turismo* de acuerdo a la lista que se encuentra en el Apéndice I del Anexo de los Servicios de Turismo.

Se define el alcance del *Desarrollo Sostenible de Turismo* de acuerdo a los artículos 3 y 9 del Código Global de Ética para el Turismo, aprobado por la Organización Mundial de Turismo en su 13o. reunión en 1999.

Se establece el significado de las *Redes de Distribución de Turismo* que incluye tour operadores y otros mayoristas, sistemas de reservación computarizados y sistemas de distribución global, agencias de viaje y otros distribuidores de paquetes de servicios de turismo, incluso si no se encuentran en el sector del turismo.

3. *Salvaguardias de la competencia:* Se refiere a la prevención de prácticas anticompetitivas y a las salvaguardias propiamente dichas.

En el primer punto se establece que deben adoptarse medidas adecuadas para prevenir prácticas anticompetitivas en la industria del turismo, incluyendo los relacionados a los servicios de transporte aéreo y los servicios de redes de distribución de turismo, individualmente o en conjunto.

En relación a las salvaguardias se determinan las medidas específicas requeridas sobre:

- Uso discriminatorio de redes de información, servicios auxiliares de transporte aéreo, establecimiento de precios predatores o la adjudicación de recursos limitados.
- Abuso de posición dominante a través de cláusulas de exclusividad, rechazo a los acuerdos, ventas, restricciones cuantitativas o integración vertical.
- Uso indiscriminado o engañoso de la información por parte de cualquier persona jurídica.

4. *Protección al consumidor:* Se deben adoptar medidas adecuadas para proteger los derechos del consumidor de servicios de un país cuando se encuentra en el exterior, de acuerdo a los requerimientos del artículo 6 del AGCS (Regulaciones Domésticas).

5. *Acceso y utilización de la información:* Se establecen medidas como:

- La información entregada sobre los destinos turísticos de un país debe ser verídica.
- Cada país debe asegurar que los proveedores de servicios de turismo extranjeros tendrán acceso a los sistemas de reservación computarizada /sistemas de distribución global sobre una base comercial y conforme a criterios de transparencia, racionabilidad y objetividad. Además, debe asegurar que esos proveedores tengan acceso a los sistemas señalados sobre una base de no discriminación.

6. *Acceso a la infraestructura de transporte aéreo y servicios auxiliares:* Cada país debe asegurar el acceso a la infraestructura y servicios relacionados al transporte aéreo sobre una base de no discriminación.

7. *Cooperación para el desarrollo sostenible del turismo:* Los miembros deben promover los esfuerzos de cooperación para el desarrollo sostenible del turismo a nivel internacional, regional y subregional; la participación de países desarrollados y en vías de desarrollo y sus proveedores de servicios relacionados de redes, negocios y medio ambiente en programas de financiamiento que se encuentren orientados al desarrollo sostenible del turismo.

Los países miembros deben colaborar en el intercambio de información requerida para la competitividad, regulación y desarrollo sostenible del turismo. De igual forma deben asegurar condiciones de comercio equitativo y pro competitivas para el desarrollo sostenible del turismo, a través de la implementación del Anexo.

Los países miembros deben promover la industria del turismo para que se sujete a los estándares de calidad y del medio ambiente, establecidos por los organismos internacionales.

8. *Relaciones con otras organizaciones internacionales:* Los países miembros reconocen la importancia de los estándares internacionales para el desarrollo sostenible del turismo y se comprometen a promover la adopción y mejora continua de esos estándares, a través del trabajo de los organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales, en los que se incluyen la Organización Mundial de Turismo, la Organización Internacional de Aviación Civil, la Asociación Internacional de Transporte Aéreo, la Organización Internacional para la Estandarización, la Comisión para el Desarrollo Sostenible, la Convención sobre la Diversidad Biológica y el Consejo Mundial de Viajes y Turismo.

De igual forma reconocen el rol de los organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales en la operación segura y eficiente de todas las actividades en el sector turismo, en particular la Organización Internacional de Aviación Civil, la Organización Mundial del Turismo, la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Internacional de Transporte Aéreo, por lo que deberán consultar en caso necesario con estos organismos, sobre los temas que sean requeridos para la implementación del Anexo.

Apéndice I del Anexo: Se establece una lista de productos característicos del Turismo, conforme a la definida en las Cuentas Satélites de Turismo, adoptada por la Comisión Estadística de las Naciones Unidas en su 31o. sesión en el año 2000.

Es importante señalar que esta lista es más específica que la incluida en el Apéndice I de la primera versión del Anexo de Turismo de septiembre de 1999.

CONCLUSIONES

Ecuador registra un alto grado de apertura en materia de comercio de servicios, en especial en el sector turismo. Conforme lo establece la información contenida en la “Compilación de medidas de liberalización de interés para el sector turístico acordadas o registradas en el marco del Acuerdo General de Comercio de Servicios AGCS” publicada por la Organización Mundial de Turismo y la Conferencia de las

Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo UNCTAD, en referencia a los acuerdos horizontales la legislación nacional registra restricciones en el acceso a mercados y trato nacional en lo referente a la presencia de personas naturales, que tiene como objetivo garantizar la participación de personal nacional en la prestación de servicios de turismo y servicios relacionados con viajes.

En los acuerdos específicos referentes al sector de Turismo y Servicios relacionados con viajes, en los que se encuentran las categorías: Hoteles y Restaurantes (incluidos servicios de catering) (CPC 641-643); y, Servicios de Agencias de viajes y tour operadores (incluidos mayoristas) (CPC 7471); en los cuatro modos de intercambio de servicios (1. Movimiento transfronterizo, 2. Traslado de los consumidores al país de prestación del servicio, 3. Establecimiento de presencia comercial en el país en el que se va a prestar el servicio, 4. Traslado temporal de personas naturales a otro país para ofrecer el servicio) las restricciones mencionadas precedentemente se aplican únicamente al modo de prestación número 4, por lo que los otros tres no registran restricciones en el sector

En relación a medidas que afectan el tratamiento del principio de la nación más favorecida (MFN), el sector turístico no registra restricciones.

Como punto de comparación, a nivel de acuerdos horizontales, las restricciones existentes en otros países miembros de la Comunidad Andina, CAN, son mayores a las establecidas por el Ecuador en relación al comercio de servicios.

La posición que el Ecuador ha mantenido en el proceso de negociación para liberalización de servicios en los acuerdos AGCS y ALCA ha permitido que las concesiones realizadas no afecten al desarrollo económico del país, ni al mercado de trabajo, porque actualmente el sector servicios se encuentra suficientemente abierto para garantizar a los prestadores extranjeros un trato equitativo (no menos favorable, en términos del AGCS) frente a los nacionales.

Al respecto, en el contexto de las reuniones que los países miembros del AGCS y ALCA mantendrán en el futuro, considero que la posición del Ecuador en lo referente a liberalización de servicios en el sector turístico debe considerar los siguientes parámetros:

Debe fortalecerse el proceso de cooperación técnica entre los países miembros del AGCS, UNCTAD y ALCA, que permita a los menos desarrollados generar un *know how* específico para hacer al sector servicios más competitivo.

De la misma forma, los esfuerzos de liberalización autónoma en el sector turístico (establecidos en el AGCS) deben ser tomados en cuenta en el marco de las negociaciones sectoriales como ventajas competitivas que permitan que el proceso se realice de forma equilibrada, sin ejercer presiones que puedan conducir a desequilibrios a nivel económico y laboral.

Al mismo tiempo, el país debe establecer mecanismos que permitan garantizar estándares de calidad apropiados en la oferta de servicios turísticos de los prestadores nacionales y extranjeros, que puedan exigirse a otros miembros en las negociaciones de liberalización sectorial. Esto equivaldría a implementar regímenes comunes de armonización, homologación y reconocimiento relativos a actividades y proveedores de servicios turísticos.

Por lo señalado, el Ecuador debe pronunciarse a favor de las negociaciones de la liberalización de servicios en el marco de los acuerdos AGCS y ALCA, siempre que se mantenga un margen de maniobra en el proceso y que se reconozcan los niveles de apertura existentes en el sector turismo.

Es importante fortalecer la cooperación técnica regional, que en la esfera gubernamental puede implementarla países que mantengan altos niveles de desarrollo en la actividad turística. Del mismo modo, es necesario incentivar la prestación de servicios de turismo bajo la modalidad de presencia comercial de entidades privadas que generen flujos de inversiones, empleo e ingresos.

Finalmente, no se debe descuidar en las negociaciones la conciencia de sostenibilidad del sector, que debidamente explotado puede convertirse en la principal fuente de divisas para el país.

Al efecto, el país ha demostrado voluntad en el tema a través de la participación en el Grupo Voluntario de Trabajo para la Liberalización de Servicios del Sector Turismo, coordinado por la Organización Mundial de Turismo, y del apoyo a la propuesta de Anexo de Servicios de Turismo en el marco del Acuerdo General de Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio OMC, que fuera presentado por el gobierno de la República Dominicana.

BIBLIOGRAFÍA

- CUTS Briefing paper, July 1997, *Trade in Services - Cul de Sac or the Road Ahead?* Centre for International Trade, Economics and Environment, No. 7.
- Naciones Unidas y OMT (1994), *Recomendaciones sobre estadísticas del turismo, publicación de las Naciones Unidas*, serie M, No. 83, Nueva York.
- Naciones Unidas y OMT (1994), *Recomendaciones sobre estadísticas del turismo, Naciones Unidas*, serie M, No. 83, Nueva York.
- OECD, 2000, *Assessing Barriers to Trade in Services: Tourism Services*, TD/TC/WP(2000)10, Paris.
- OMC (1998), *Servicios de turismo, nota documental de la Secretaría. Consejo del Comercio de Servicios* (documento S/C/W/51).

Organización Mundial del Turismo, OMT (1994), *Consecuencias del AGCS para el turismo*, Milán, Palazzo ai Giureconsulti (Actas de conferencias y seminarios de la OMT).

— (1999): *Tourism Satellite Account (TSA), The Conceptual Framework*. Madrid: WTO/OMT Secretariat.

— (1999), “Cuenta satélite del turismo (CST): marco conceptual”, Madrid: Secretaría de la OMT.

— (1999b), “Negociaciones de turismo en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios”, Madrid, Secretaría de la OMT.

OMT y UNCTAD (1995): *El AGCS y el turismo - un acuerdo de comercio y turismo. Las consecuencias del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Madrid: Secretaría de la OMT.

Vellas, François (1999), *Balance y perspectivas de las transacciones de comercio internacional en el sector del turismo*, Documento presentado en la conferencia internacional “Para una colaboración mejor en las transacciones de comercio internacional en el sector del turismo” (Túnez, junio de 1999).

World Trade Organization WTO, 1997, *Economic Effects of Services liberalization* (S/C/W/26), Background note, 7 October 1997.

WTOd, 1999, *An Introduction to The GATS*, October 1999.

WWF (2001), International discussion paper, *Preliminary Assessment of the Environmental & Social Effects of trade in tourism*. Geneva May 2001.

Documentos Organización Mundial del Comercio OMC/WTO

S/CSS/W/54 Council for Trade in Services - Special Session - Communication from Canada - Initial Negotiating Proposal on Tourism and Travel-Related Services 14/03/2001.

S/CSS/W/40 Council for Trade in Services - Special Session - Communication from the European Communities and their Member States - GATS 2000: Tourism Services 22/12/2000.

TN/S/W/1 Council for Trade in Services - Special Session - Communication from Cuba - Negotiating Proposal on Tourism and Travel-Related Services 14/05/2002.

S/CSS/W/128 Council for Trade in Services -Special Session- Communication from Costa Rica - Tourism Services 30/11/2001.

S/CSS/W/125 Council for Trade in Services -Special Session- Communication from Mercosur - Tourism Services 29/11/2001.

S/CSS/W/122 Council for Trade in Services -Special Session - Communication from Colombia - Tourism and Travel-Related Services 27/11/2001.

S/CSS/W/107 Council for Trade in Services -Special Session- Communication by Bolivia, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú and Venezuela - Draft Annex on Tourism 26/09/2001.

S/CSS/W/54/Rev.1 Council for Trade in Services -Special Session- Communication from Canada - Initial Negotiating Proposal on Tourism and Travel-Related Services - Revision.

S/CSS/W/79 Council for Trade in Services -Special Session- Communication from Switzerland - GATS 2000: Tourism Services 04/05/2001.

S/CSS/W/31 Council for Trade in Services -Special Session- Communication from the United States - Tourism and Hotels 18/12/2000.

S/CSS/W/19 Council for Trade in Services -Special Session- Communication from the Dominican Republic, El Salvador, Honduras, Nicaragua and Panamá - The Cluster of Tourism Industries 05/12/2000.

S/CSS/W/9 Council for Trade in Services -Special Session- Communication from the Dominican Republic, El Salvador and Honduras - Replies to the Comments on the Proposed Annex on Tourism 27/10/2000.

S/CSS/W/5 Council for Trade in Services -Special Session- Communication from the European Communities and Their Member States - Reaction to the Communication from t{/...}e Need for an Annex on Tourism 28/09/2000.

Páginas web

OECD website <http://www.oecd.org/dst/sti/transport/tourism>

Opening World Markets for Services, A Guide to the GATS, <http://gats-info.eu.int>

Opening World Markets for Services, Towards GATS 2000, <http://gats-info.eu.int/gats-info>

World Trade Organization <http://www.wto.org>

La factura electrónica en el Ecuador .

Pablo Cadena Merlo*

A través de este trabajo, el autor pretende evidenciar, en una primera parte, la estrecha relación y dependencia existente entre las diferentes denominaciones que la legislación comercial y tributaria ecuatoriana otorga a la factura, manteniendo ésta, independientemente del enfoque –tributario, mercantil y comercial, de comercio electrónico–, su esencia, cual es la de constituirse en uno de los medios probatorios más eficaces en relación con diversas transacciones comerciales realizadas. Por otro lado, el autor resalta la legalidad de la factura electrónica en el Ecuador, manteniendo como base, la especializada legislación vigente y los diferentes principios jurídicos aplicables al comercio electrónico. Finalmente se revelan las razones de la imperiosa necesidad de que nuestro país instituya, de manera urgente, entidades de certificación de información y un adecuado sistema regulatorio.

FORO

LA FACTURA

Desde un punto de vista más bien genérico, se define la factura como la “relación de los objetos o artículos comprendidos en una venta, remesa u otra operación de comercio”¹ o, como el “documento en que un industrial o comerciante enumera las mercaderías que envía a un comprador, consignatario, factor, etc., consignando la cantidad, el valor o precio y cargas anexas”.²

Según Tartarufi “se entiende por factura la nota o detalle de las mercaderías vendidas que el vendedor remite al comprador, con la precisa y detallada indicación de su especie, calidad, cantidad y de su precio, y con todas aquellas otras que puedan servir o ser necesarias, tanto para individualizar las mercaderías mismas como para determinar el contenido y las modalidades de ejecución del contrato”.³

* Asesor jurídico del área de mercadeo, Banco del Pichincha C.A.

1. *Diccionario Encyclopédico Bruguer*, tomo II, Barcelona, Juan Bruguer Editor, 1976, p. 493.

2. *Diccionario Encyclopédico Sopena*, tomo II, Barcelona, Editorial Ramón Sopena S.A., 1952, p. 1044.

3. *Encyclopédia Jurídica Omeba*, tomo XI, Buenos Aires, Industria Gráfica del Libro, 1981, p. 782.

Siburu define la factura como la “cuenta que un comerciante envía como consecuencia de una venta u otro contrato, con la indicación de las cualidades que individualizan la mercadería contratada y el precio del convenio”.⁴

Ahora bien, independientemente de los diferentes enfoques que, desde el punto de vista jurídico, pretendamos dar a la factura y tomando en cuenta las definiciones de factura transcritas en párrafos anteriores, consideramos que su esencia radica en constituirse en un eficaz medio probatorio que hace referencia a una determinada transacción comercial.

Paralelamente a lo expresado en el párrafo anterior, el vigente Código de Procedimiento Civil ecuatoriano define al instrumento privado como el “escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio”,⁵ haciendo referencia además, que un instrumento privado, en determinados casos, “hace tanta fe como un instrumento público”.⁶ La jurisprudencia ecuatoriana, respalda lo mencionado.⁷

Como consecuencia de lo anterior, entendemos la factura como el instrumento privado emitido generalmente por el vendedor, el mismo que debe ser entregado al comprador, mediante el cual se prueba las condiciones y características de una determinada transacción comercial, relacionada con la compra-venta de bienes o la prestación de servicios.

4. *Encyclopedia Jurídica Omeba*, tomo XI, p. 783.

5. Art. 191.

6. Vigente Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, art. 194. “El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, siempre que la Ley no prevenga a la solemnidad del instrumento público: 1o. Si el que lo hizo o mandó hacer lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil o ante Notario Público o lo eleva a escritura pública; 2o. Si el autor del documento se niega a reconocerlo, sin embargo de orden judicial; 3o. Si habiendo muerto el autor, o negado ser suyo, o estando ausente de la República, dos testigos conformes y sin tacha declaran en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor, o a otra persona por orden de éste; a no ser que el asunto sobre que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos; y, 4o. Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos.”

7. Gaceta Judicial, año LXXIV, serie XII, No. 5, p. 933 (Quito, 12 de marzo de 1974), “FACTURAS COMERCIALES. De conformidad con el art. 164, No 3, del Código de Comercio, y a más de los medios probatorios admitidos por la ley civil, las facturas de comercio prueban contra quien se las presenta, en caso de su aceptación, o reconocimiento. Obran en autos las diligencias de exhibición de la contabilidad, llevada por ambas partes vinculadas por el contrato de transporte aéreo, que demuestran que las cuestionadas facturas han sido registradas y han formado parte de la contabilidad llevada tanto por el actor como por el demandado, en tal forma que conducen a la conclusión apodíctica de que fueron aceptadas por la parte demandada.

LA FACTURA SEGÚN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL ECUATORIANA

El Código de Comercio ecuatoriano hacen referencia a la factura, generalmente denominada como comercial, según las cuales el comprador tiene derecho a exigir la factura, además, “que se ponga al pie de ella el recibo del precio total o de la parte que se hubiere entregado”,⁸ aspecto último que evidencia la esencia de la denominada factura comercial; por otro lado, se establece que las facturas reconocidas o aceptadas constituyen medios de prueba;⁹ en el que también se prevé que la entrega de la cosa vendida se hará además por la trasmisión de la factura.¹⁰

Este tipo de facturas son consideradas con justificada razón, como limitadas, desde el punto de vista jurídico y comercial, toda vez que en primer lugar, su transmisión se perfecciona a través de la cesión ordinaria, siendo su principal inconveniente la notificación (al) o aceptación del deudor;¹¹ y, en segundo, en razón de que para iniciar las gestiones de recuperación judicial de los valores adeudados, contenidos en la factura, no siendo ésta un título ejecutivo,¹² resulta imposible iniciar el expedited y práctico juicio ejecutivo. Dichas gestiones de recuperación judicial se realizan principalmente mediante demandas sujetas al trámite verbal sumario, por tratarse de asuntos comerciales, según lo dispone el art. 843¹³ del vigente Código de Procedimiento Civil.

-
8. Vigente Código de Comercio ecuatoriano, art. 201.
 9. Art. 164. “Los contratos mercantiles se prueban por cualquier medio de prueba admitido por la ley civil, y, además: 1. Con los extractos de los libros de los corredores, conforme al art. 86; 2. Con los libros de los corredores, según lo establecido en el art. 87; y, 3. Con facturas aceptadas o reconocidas, o que, según la Ley, se tengan por reconocidas.”
 10. Art. 194. La entrega de la cosa vendida se hará por alguno de los medios prescritos en el Código Civil, y además: 1. Por el envío que de ella haga el vendedor al comprador, a su domicilio o a otro lugar convenido en el contrato; a menos que la remita a un agente suyo con orden de no entregarla hasta que el comprador pague el precio; 2. Por la trasmisión del conocimiento, carta de porte o factura, en los casos de venta de mercaderías que están en tránsito.
 11. Vigente Código Civil ecuatoriano, art. 1842. “La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cessionario al deudor, o aceptada por éste.”
 12. Vigente Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, art. 413. Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante juez competente; la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsa auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos por los otorgantes ante notario o judicialmente; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y, los demás instrumentos a los que la Ley da el carácter de títulos ejecutivos.
 13. “Art. 828. Están sujetas al trámite verbal sumario, las demandas que, por disposición de la Ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, y los *asuntos comerciales* que no tuviesen procedimiento especial.

Merece ser comentado el hecho de que actualmente se encuentra en gestión de discusión, por parte del Congreso ecuatoriano, un proyecto de Código de Comercio, en el cual, además de mantenerse las condiciones de la factura comercial, –constantes en el vigente Código de Comercio– se incluye la denominada factura cambiaria, figura jurídica consagrada en las legislaciones brasileña, argentina, colombiana y boliviana.¹⁴

Según dicho proyecto, “factura cambiaria o pro forma es un título valor que, en la compra-venta de mercaderías o prestación de servicios, el vendedor o el prestador del servicio podrán librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario, para que éste devuelva debidamente aceptado, el original de la factura cambiaria o una copia de ella”.

Siendo la factura cambiaria puede ser considerada –en caso de entrar en vigencia el proyecto– como título valor y que entre los elementos constitutivos de estos títulos se encuentra la autonomía,¹⁵ entendiéndose ésta como “que el derecho que puede ejercer el tercer poseedor, es independiente del derecho que pertenecía a los poseedores anteriores, que es un derecho originario y no derivado, un *ius propium* y no un *ius cessum*”,¹⁶ en virtud de ésta, la autonomía de la factura cambiaria y, de lo previsto en el art. 633 del citado proyecto, según el cual, “*se aplicarán a la factura cambiaria aceptada, las normas relativas a la letra de cambio, en todo cuanto fueren aplicables*” (las cursivas son nuestras), con un simple endoso podría transferirse, a nuestro entender, la factura cambiaria, según lo dispone el art. 468 del proyecto¹⁷ y, el art. 419 del vigente Código de Comercio ecuatoriano.¹⁸

-
14. Santiago Andrade Ubidia, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, Quito, Ediciones Legales, 2002, p. 387. “La factura cambiaria es denominada también factura conforme, factura conformada, factura de crédito o duplicada, esta última denominación tomada de la legislación brasileña. A más de este país y Argentina, cuenta con un régimen legal en Colombia y Bolivia...”
 15. Santiago Andrade Ubidia, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, Quito, p. 33. “Cervantes Ahumana, al igual que Garrigues y otros autores, dicen que las principales características, verdaderos *elementos constitutivos* (utilizando la expresión de tan rico contenido de Vicente y Gella) de estos documentos, son: la incorporación, la legitimación, la literalidad y la autonomía.”
 16. Santiago Andrade Ubidia, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, Quito, p. 44.
 17. Art. 468. “Toda letra de cambio, aunque no esté expresamente librada a la orden, será transferible por endoso. Cuando el librador haya escrito en la letra de cambio las palabras ‘no a la orden’, o una expresión equivalente, el título no será transmisible sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria. El endoso podrá hacerse inclusive a favor del librado, haya aceptado o no, del librador o de cualquier otra persona obligada. Todas estas personas podrán endosar la letra de nuevo.”
 18. Art. 419. “Toda letra de cambio, aun cuando no haya sido girada expresamente a la orden, es transmisible por la vía de endoso. Cuando el girador haya insertado en la letra de cambio las palabras ‘no a la orden’, o una expresión equivalente, el documento solo será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria. El endoso podrá hacerse aun en provecho del girado aceptante o no, del girador o de cualquier otra persona obligada por la misma letra. Esas personas podrán, a su vez, endosar la letra.”

Paralelamente a lo expuesto en el párrafo anterior y como consecuencia de lo establecido en el art. 633 del proyecto, nos parece que la factura cambiaria, al igual que la letra de cambio, sería considerada (en caso de entrar en vigencia el proyecto), como un nuevo título ejecutivo, en concordancia con lo previsto en el art. 413 del vigente Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, situación que coadyuvaría al desarrollo comercial ecuatoriano.

Sin embargo, debido a una supuesta ambigüedad en la redacción del repetidamente mencionado art. 633 del proyecto, podría también considerarse, desde un punto de vista conservador y erróneo, que, para que la factura cambiaria tuviera la calidad de título ejecutivo, previamente, debería reformarse además, el art. 413 del vigente Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, situación que se encuentra plenamente superada, tomando en cuenta por ejemplo, que aun cuando no consta expresamente dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, los estados de cuenta sumados a la liquidación de un sobregiro ocasional otorgado por un banco, según lo dispone la vigente Ley General de Instituciones del Sistema Financiero,¹⁹ constituyen título ejecutivo exigible por esta vía.

Nos parece muy adecuada la inclusión, en el proyecto de reforma al Código de Comercio, de la disposición (art. 634) según la cual “el Servicio de Rentas Internas reglamentará lo relativo a la factura cambiaria, estableciendo formularios para su emisión y determinando las formalidades para su validez” (independientemente de que en lugar de Servicio de Rentas Internas debería constar, en estricto sentido, Administración Tributaria Central), toda vez que, como insistiremos posteriormente, debe existir la suficiente coherencia, dentro de la legislación ecuatoriana en general y en este caso concreto, entre las áreas mercantil y tributaria.

Como aporte meramente referencial, cabe mencionar que según el art. 21 de nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor “el proveedor está obligado a entregar al consumidor factura que documente el negocio realizado, de conformidad con las disposiciones que en esta materia establece el ordenamiento jurídico tributario”, en consecuencia, la legislación ecuatoriana tiende a mantener coherencia, inclusive, en virtud de este cuerpo legal de carácter orgánico, que hace referencia de una manera más acertada, al ordenamiento tributario en general.

19. Art. 52. Los bancos podrán conceder a sus clientes sobregiros ocasionales en cuenta corriente sin que sea indispensable la suscripción de un contrato. La liquidación de estos sobregiros en cuenta corriente efectuada por el banco, junto con el estado de cuenta corriente del deudor, será considerada como título ejecutivo exigible por esta vía. Devengará la máxima tasa de interés permitido y la comisión respectiva vigente a la fecha de la concepción, más la máxima indemnización moratoria vigente a la fecha de pago.

LA FACTURA SEGÚN LA LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ECUATORIANA

Se evidencia claramente la importancia que la legislación tributaria ecuatoriana otorga a la emisión y entrega de facturas, al calificar su incumplimiento, como un caso especial de defraudación;²⁰ así, según el art. 342 del vigente Código Tributario ecuatoriano (CT), “constituye defraudación, todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induce a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero”.

Ahora bien, nos parece oportuno mencionar que, desde el punto de vista tributario, entre los documentos que acreditan la transferencia de bienes o la prestación de servicios, denominados *comprobantes de venta*,²¹ no solamente se encuentra la factura, sino además, las notas o boletas de venta, liquidaciones de compra de bienes y prestación de servicios, tiquetes emitidos por máquinas registradoras, boletos o entradas a espectáculos públicos y otros documentos también “autorizados para sustentar crédito tributario del impuesto al valor agregado y costos o gastos a efectos del impuesto a la renta”,²² como puede ser, cumpliendo ciertos requisitos, los documentos emitidos por instituciones financieras que se encuentren bajo el control de la Superintendencia de Bancos. Con el objeto de mantener sindesis en la redacción del presente trabajo, nos referiremos en su texto a los comprobantes de venta.

Cabe además, hacer referencia a los llamados comprobantes de retención, que no son sino “los documentos que acreditan las retenciones de impuestos realizadas por los agentes de retención, en cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Régimen Tributario Interno... y en las resoluciones que, para el efecto, dictará el Director General del Servicio de Rentas Internas”.²³

Debemos anotar por otro lado, que la legislación tributaria ecuatoriana, no solamente hace referencia a la obligación de emisión y entrega de comprobantes de ven-

20. Vigente Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno ecuatoriana, art. 64. “Facturación del impuesto. Los sujetos pasivos del IVA tiene la obligación de emitir y entregar al adquirente del bien o al beneficiario del servicio facturas, boletas o notas de venta, según el caso, por las operaciones que efectúe, en conformidad con el reglamento. Esta obligación regirá aun cuando la venta o prestación de servicios no se encuentren gravados o tengan tarifa cero. En las facturas, notas o boletas de venta deberá hacerse constar por separado el valor de las mercaderías trasferidas o el precio de los servicios prestados y la tarifa del impuesto; y el IVA cobrado. El no otorgamiento de facturas, boletas, notas o comprobantes de venta constituirá un caso especial de defraudación que será sancionado de conformidad con el Código Tributario.”

21. Vigente Reglamento de comprobantes de venta y retención (facturación) ecuatoriano, art. 1.

22. Vigente Reglamento de comprobantes de venta y retención (facturación) ecuatoriano, art. 13.

23. Vigente Reglamento de comprobantes de venta y retención (facturación) ecuatoriano, art. 3.

ta, por parte de los sujetos pasivos de impuesto al valor agregado (IVA), sino inclusive por parte de los sujetos pasivos del impuesto a los consumos especiales (ICE),²⁴ tributos estos, de carácter interno, administrados por la Administración Tributaria Central, representada por el Servicio de Rentas Internas (SRI) “entidad técnica autónoma, con personería jurídica, de derecho público, patrimonio y fondos propios, jurisdicción nacional y sede principal en la ciudad de Quito”,²⁵ los cuales son considerados, además del Impuesto a la Renta, como las principales fuentes de ingreso tributario a nivel nacional.

Como nota meramente referencial cabe mencionar que el término sujeto pasivo es considerado como designación genérica, para identificar a la persona obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias (materiales y/o formales), independiente de su condición de contribuyente o responsable en cualquiera de sus especificaciones, es decir, respectivamente, pueden ser sujetos pasivos por obligación propia o sujetos pasivos por obligación ajena, aclarando que entre dichos responsables (sujetos pasivos por obligación ajena) encontramos a los agentes de retención (obligados a emitir y entregar los respectivos comprobantes).

Los requisitos y características que deberán mantener los comprobante de venta y retención, constan detalladamente en el vigente Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención; lo anterior, entendemos, debió haber sido considerado, con el objeto de facilitar la gestión de administración y control tributario, ejercida, para el caso de impuestos internos, por el SRI.

Como información importante de aporte al presente trabajo, nos parece adecuado hacer referencia a la obligación que mantienen generalmente los emisores y destinatarios de los comprobantes de venta y retención, de conservarlos, al igual que los respectivos libros y registros contables, considerando que dichos comprobantes constituyen su soporte. Según lo dispone el CT se deben “conservar tales libros y registros mientras la obligación tributaria no esté prescrita”;²⁶ ahora bien, el mismo cuerpo legal, en lo que al plazo de prescripción respecta, manifiesta que “la acción de cobro

24. Vigente Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno ecuatoriana, art. 103. “Emisión de facturas, notas o boletas de venta. Los sujetos pasivos de los impuestos al valor agregado y a los consumos especiales, obligatoriamente tienen que emitir facturas, notas o boletas de venta, por todas las operaciones mercantiles que realicen. Dichos documentos deben contener las especificaciones que se señalen en el Reglamento. Cuando los sujetos pasivos del IVA y del ICE emitan comprobantes de venta bajo el nombre de notas de venta, recibos, boletas o cualquier otra denominación, estos comprobantes serán asimilados a facturas para todos los efectos de la presente Ley; obligatoriamente deberán entrar en la contabilidad de los sujetos pasivos y contendrán todas las especificaciones que señale el Reglamento. Facúltase al Ministerio de Economía y Finanzas implantar los sistemas que considere adecuados para incentivar a los consumidores finales a exigir la entrega de facturas por los bienes que adquieran o los servicios que les sean prestados, mediante sorteos o sistemas similares.”

25. Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, art. 1.

26. Vigente Código Tributario Ecuatoriano, lit. c) num. 1, art. 96.

de los créditos tributarios y sus intereses, así como de multas por incumplimiento de los deberes formales, prescribirá en el plazo de cinco años contados, desde la fecha en que fueron exigibles; y, en siete años, desde aquella en que debió presentarse la correspondiente declaración, si esta resultare incompleta o si no se la hubiere presentado”.²⁷

RELACIONES

Como consecuencia de lo expuesto en literales anteriores, podemos evidenciar la estrecha relación existente entre las diferentes denominaciones que la legislación comercial y tributaria nacional han otorgado a la factura, sea comercial, cambiaria o como comprobante de venta; independientemente de lo cual, se mantiene la esencia de ésta, cual es, el constituirse como uno de los medios probatorios más eficaces de transacciones comerciales.

Dicha relación, en la práctica, debe justificarse transparentemente, a través de la coherencia de tratamiento otorgada a esta trascendental figura, por parte de la legislación ecuatoriana aplicable.

Al respecto, previamente, es indispensable hacer referencia a la trascendencia que mantiene para el Estado ecuatoriano, su régimen tributario, situación que se encuentra consagrada en nuestra Constitución Política, en el sentido de que “los tributos, además de ser medios para la obtención de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general” o, en virtud de que “las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional”.²⁸

Lo anterior nos permite calificar a la factura (comprobante de venta), vista desde el enfoque otorgado por la legislación tributaria ecuatoriana, como el eje alrededor del cual deberán girar las disposiciones legales relacionadas con la factura comercial, cambiaria y electrónica, aspecto que actualmente se cumple por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (art. 21), por la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, según lo analizaremos posteriormente y, se cumplirá en caso de que sea aprobado el proyecto de Código de Comercio (art. 634), al cual nos referimos en el literal b) “La factura según la legislación mercantil ecuatoriana”.

Por lo mencionado anteriormente, es de esperar, por ejemplo, que sean mantenidos los requisitos y características de los comprobantes de venta, constantes en el Re-

27. Vigente Código Tributario Ecuatoriano, art. 55.

28. Vigente Constitución Política de la República del Ecuador, art. 256.

glamento de Comprobantes de Venta y Retención o, que dichos requisitos sean modificados, de ser necesario, en consideración a determinadas características especiales de los diferentes tipos de facturas analizados.

LA FACTURA ELECTRÓNICA SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La vigente Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (Ley de Comercio Electrónico), publicada en el Registro Oficial número 557 (17 de abril de 2002), define la Factura Electrónica como el “conjunto de registros lógicos archivados en soportes susceptibles de ser leídos por equipos electrónicos de procesamiento de datos que documentan la transferencia de bienes y servicios, cumpliendo con los requisitos exigidos por las Leyes Tributarias, Mercantiles y más normas y reglamentos vigentes”.

Se desprende de esta definición, en primer lugar, que inclusive la factura electrónica documenta la transferencia de bienes y servicios, confirmándose en consecuencia, nuevamente, el criterio de que la factura en general resulta ser un eficiente medio probatorio, así también, la electrónica, tomando en cuenta que “no existe inconveniente en considerar los medios informáticos como fuentes de prueba, por ser realidades materiales, instrumentos naturalmente aptos para informar –principalmente mediante el sentido de la vista– sobre el objeto de la prueba”.²⁹

Por otro lado, se ratifica la dependencia no solamente de las disposiciones legales tributarias, sino inclusive de las mercantiles; en estricto sentido, las legislaciones tributarias, mercantiles y electrónicas deberán mantener, según lo hemos venido manifestando, la coherencia debida.

Nos parece que la inclusión de la definición de factura electrónica dentro del glosario de términos constante en nuestra Ley de Comercio Electrónico, puede resultar a futuro limitada, si la consideramos por ejemplo como comprobante(s) de venta o, más aún si tomamos en cuenta la imperiosa necesidad (dentro de la complejidad del sistema tributario nacional) del surgimiento paralelo de los comprobantes de retención electrónicos.

De hecho, el Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención (Facturación), de una manera más bien ligera, faculta al SRI “el establecimiento y autorización del sistema de guías de remisión electrónicas”,³⁰ siendo dichas guías de remisión los do-

29. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, *La Prueba Electrónica*, Bogotá, Editorial Temis S.A., p. 189.

30. Vigente Reglamento de Comprobantes de Venta y retención (Facturación), art. 36. “Guía de remisión electrónica. Facúltase al Servicio de Rentas Internas el establecimiento y autorización del sistema de guías de remisión

cumentos que sustentan “el traslado de mercaderías dentro del territorio nacional por cualquier motivo”,³¹ ahí su utilidad e importancia dentro del complejo sistema tributario nacional.

Nos permitimos calificar de ligera la disposición referente a la facultad otorgada al SRI, toda vez que consideramos, se necesitará, además, cumplir con múltiples condiciones técnicas y operativas, relacionadas con la plataforma tecnológica manejada por el Servicio de Rentas Internas, dependiéndose inclusive, en la práctica, de las posibilidades económicas de los contribuyentes (usuarios del sistema).

Por otro lado, a través de reformas al Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, publicadas en el Registro Oficial número 436 (fecha: 6 de octubre de 2004), se pretende cándidamente, respaldar, desde el punto de vista jurídico tributario, la emisión de comprobantes de venta y retención, a través de medios electrónicos.

Así es como, entre otras reformas, se agregó un último párrafo (cursivas en citas) a los arts. 40³² y 41,³³ cuyo texto lo analizaremos a continuación.

electrónica, para lo cual dictará las resoluciones de carácter general y obligatorias en las que se establecerán su forma, condiciones y oportunidades correspondientes, para la aprobación y emisión electrónica de guías de remisión.”

31. Vigente Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención (Facturación), art. 24.
32. Vigente Reglamento de Comprobantes de Venta y retención (Facturación), art. 40. “Archivo de Comprobantes de Venta. El Servicio de Rentas Internas normará el registro y archivo de los comprobantes de venta, documentos complementarios y comprobantes de retención. En caso de comprobantes de retención y comprobantes de venta que sustenten crédito tributario del impuesto al valor agregado o del impuesto a la renta, según corresponda, así como los que sustenten costos y gastos para efectos del impuesto a la renta y los que son emitidos a consumidores finales, por montos superiores a US \$ 200 (doscientos dólares), su registro y archivo deberá realizarse en medios magnéticos, en la forma que determine el Servicio de Rentas Internas. *Los sujetos pasivos que fueron autorizados a emitir e imprimir sus comprobantes de venta, documentos complementarios o comprobantes de retención, por medios electrónicos, deberán mantener obligatoriamente el archivo magnético de todos esos documentos en la forma que determine el SRI. Dicha información estará disponible ante cualquier requerimiento de la Administración Tributaria.*” (nuestras cursivas).
33. Vigente Reglamento de Comprobantes de Venta y retención (Facturación), art. 41. “Formas de impresión y llenado de los comprobantes de venta, notas de débito, notas de crédito, guías de remisión y comprobantes de retención. Estos documentos deberán ser impresos por establecimientos gráficos autorizados o mediante sistemas computarizados o máquinas registradoras debidamente autorizadas por el Servicio de Rentas Internas. Podrán ser llenados en forma manual, mecánica o por sistemas computarizados. Las copias de los comprobantes de venta, notas de débito, notas de crédito, guías de remisión y comprobantes de retención deberán llenarse mediante el empleo de papel carbón, carbonado o autocopiativo químico. Aquellas copias que se emitan mediante sistemas de computación, podrán ser llenadas sin la utilización de papel carbón, carbonado o autocopiativo químico, siempre que los programas permitan la emisión de la copia en forma simultánea o consecutiva a la emisión del original. En cualquier caso, las copias deberán ser idénticas al original. En caso de que la Administración Tributaria compruebe información distinta entre original y copia, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, denunciará el particular al Ministerio Público, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar. Si se detectan comprobante de venta, documentos complementarios o comprobantes de retención que no han sido llenados en forma conjunta o consecutiva con sus copias respectivas, se considerará que no cumplen con los requi-

A simple vista podemos notar, en el texto incluido al art. 40, que se menciona la emisión e impresión por medios electrónicos y nos llama la atención la utilización del término impresión, en el sentido de que tratándose de medios electrónicos, la impresión del documento no tiene mayor razón, si consideramos específicamente las transacciones de comercio electrónico directas (denominadas on-line), a través de las cuales se comercializa principalmente bienes desmaterializados o servicios. En las transacciones on-line, en estricto sentido, cabe considerar exclusivamente la emisión, archivo y trasmisión del documento electrónico.

Sin embargo de lo anterior, en el Ecuador, al igual que muchos países de América Latina, actualmente, aun es explotado mayormente, el comercio electrónico indirecto, mediante el cual, únicamente se realizan por Internet el escogitamiento del bien o servicio y el requerimiento respectivo, siendo posterior y físicamente entregado al comprador, dicho bien o, prestado específicamente el servicio. En este sentido, según el literal b) del art. 16, del tantas veces citado Reglamento de Facturación, tanto los comprobantes de venta como otros documentos autorizados (para sustentar crédito tributario del IVA, y costos o gastos relacionados con el impuesto a la renta) deberán ser entregados (entre otras), en la siguiente oportunidad: “en el caso de transferencia de bienes concertada por medios electrónicos, teléfono, telefax u otros medios similares, en el que el pago se efectúe mediante tarjeta de crédito, abono en cuenta o pago contra entrega, el comprobante de venta será entregado conjuntamente con el bien ...” entendiéndose, que dicho comprobante puede ser impreso principalmente por establecimientos gráficos autorizados o mediante sistemas computarizados, siendo en todo caso, la segunda opción, la más práctica, eficiente, económica y comúnmente utilizada.

Respecto de las formas de pago efectuadas mediante tarjeta de crédito o abono en cuenta, debemos mencionar que éstas constituyen el medio de pago electrónico,³⁴

sitos establecidos en el presente Reglamento, debiendo aplicarse la sanción correspondiente. El sistema de impresión térmica únicamente podrá ser utilizado por sujetos pasivos que emitan notas de venta a consumidores finales, para lo cual, esta denominación deberá constar obligatoriamente en dicho documento. Sin embargo, en el caso que el adquirente requiera sustentar costos o gastos o tenga derecho a crédito tributario, podrá exigir la correspondiente factura. Los comprobantes de venta, notas de crédito, notas de débito, guías de remisión y comprobantes de retención no deberán presentar borrones, tachones o enmendaduras. Los documentos que registren los defectos de llenado se anularán y archivarán en original y copias. *En los casos expresamente autorizados por el Servicio de Rentas Internas, los sujetos pasivos que emitan los comprobantes de venta, documentos complementarios y comprobantes de retención a través de medios electrónicos, no tendrán la obligación de emitir copias de dichos documentos, siempre que mantengan la información relativa a los mismos, de acuerdo a lo previsto en el art. 40 de este Reglamento.* (nuestras cursivas).

34. Joseba A. Echeverría Sáenz (coord.), *El Comercio Electrónico*, Madrid, Ediciones F. Lafreibvre, 2001, p. 202. “Los sistemas de pago electrónico utilizados se relacionan finalmente con la realización de transferencias o compensaciones entre cuentas corrientes, normalmente mediante la utilización de tarjetas de crédito, débito y monedero a las que se dota de distintos niveles de seguridad en función a los protocolos de comunicación que utilicen.”

(internacionalmente conocido como dinero electrónico) mayormente aceptado y utilizado.

En lo que a los comprobantes de retención respecta, aunque según lo dispone, por un lado, la vigente Ley de Régimen Tributario Interno, estos deben ser “entregados”³⁵ por parte del agente de retención y, es más, la falta de entrega es sancionada con multa, por otro y, de una manera muy creativa, pero eventualmente discutible, según el Reglamento de Facturación, enfocándose como una oportunidad de entrega, los comprobantes de retención podrán mantenerse a “disposición del proveedor”;³⁶ situación última que, desde nuestro punto de vista y en lo que al *e-commerce on-line* (principalmente) respecta, puede ser una alternativa eficiente relacionada con la operatividad práctica en el uso de dichos comprobantes.

En las analizadas reformas de los arts. 40 y 41, expresamente se condiciona a los sujetos pasivos que requieran emitir por medios electrónicos los comprobantes de venta y retención, a la obtención previa de una autorización al efecto, a otorgarse por parte del Servicio de Rentas Internas, aspecto que le permite a la administración tributaria mantener el control respecto de los sujetos pasivos autorizados, así como de las emisiones mismas. Al respecto, en lo que al comercio electrónico directo le corresponde, si consideramos que no únicamente existe un emisor, sino, además, un destinatario del documento electrónico, nos parece que lo prudente es que debamos interpretar esta incompleta disposición, en el sentido de que únicamente a otro emisor también autorizado y, también titular de una firma electrónica, el sujeto pasivo le puede transmitir por medios electrónicos y de manera segura, el documento digitalizado; si así es, como de hecho en estricto sentido debe ser, nos parece que el texto de la norma tiene que ser modificado, abundando y aportando, en consecuencia, con claridad y transparencia.

En el texto del art. 40 objeto de nuestro análisis, se hace referencia al deber obligatorio (a cargo del sujeto pasivo autorizado) de mantener el archivo magnético de

35. Vigente Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno ecuatoriana, art. 50. “Obligaciones de los agentes de retención. Los agentes de retención están obligados a entregar el respectivo comprobante de retención, dentro del término no mayor de cinco días de recibido el comprobante de venta, a las personas a quienes deben efectuar la retención... El incumplimiento de las obligaciones de efectuar la retención, presentar la declaración de retenciones, depositar los valores retenidos y entregar los comprobantes en favor del retenido, será sancionado con las siguientes penas: ... 3. La falta de entrega del comprobante de retención al contribuyente será sancionada con una multa equivalente al 5% del monto de la retención, y en caso de reincidencia se considerará como defraudación de acuerdo con lo previsto en el Código Tributario. En caso de concurrencia de infracciones, se aplicarán las sanciones que procedan según lo previsto por el Libro Cuarto del Código Tributario.”

36. Vigente Reglamento de Comprobantes de Venta y retención (Facturación), art. 39. “Oportunidad de entrega de los comprobantes de retención. Los comprobantes de retención estarán a disposición del proveedor dentro de los cinco días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha de presentación de la factura, nota de venta o de la emisión de la liquidación de compras y prestación de servicios”.

los documentos, en la forma que determine el SRI; a continuación nuestros comentarios:

A los documentos, es decir, a los comprobantes de venta o retención emitidos por medios electrónicos o, mejor dicho, comprobantes digitalizados o comprobantes constantes en formato digital (esto es, traducidos a lenguaje binario o bits, es decir representados numéricamente en notación binaria mediante los dígitos-números ceros y unos), les corresponde el tratamiento que la Ley de Comercio Electrónico otorga a los “mensajes de datos”;³⁷ en este sentido, estos “tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos”.³⁸ Lo mencionado se alinea con la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuyo art. 5 dispone textualmente que “no se negará efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. Este reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, a su vez, se fundamenta, en el principio denominado de equivalencia funcional, el cual se basa en un “análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel, con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico”.³⁹

Respecto del archivo o “conservación”⁴⁰ de los comprobantes digitalizados (independientemente del soporte, sea éste magnético o no), manifestando previamente que

37. Vigente Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos ecuatoriana, Disposición General Novena. Glosario de términos. “Para efectos de esta ley, los siguientes términos serán entendidos conforme se definen en este artículo: ... Mensaje de Datos: Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos.”
38. Vigente Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos ecuatoriana, art. 2. “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento.”
39. Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Publicación para las Naciones Unidas, Guía para su aplicación, p. 21.
40. Vigente Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos ecuatoriana, art. 8. “Conservación de los mensajes de datos. Toda información sometida a esta ley, podrá ser conservada; este requisito quedará cumplido mediante el archivo del mensaje de datos, siempre que se reúnan las siguientes condiciones: a) Que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta; b) Que sea conservado con el formato en el que se haya generado, enviado o recibido, o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; c) Que se conserve todo dato que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y hora en que fue creado, generado, procesado, enviado, recibido y archivado; y, d) Que se garantice su integridad por el tiempo que se establezca en el reglamento a esta ley. Toda persona podrá cumplir con la conservación de mensajes de datos, usando los servicios de terceros, siempre que se cumplan las condiciones mencionadas en este artículo. La información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje de datos, no será obligatorio el cumplimiento de lo establecido en los literales anteriores.”

tanto su naturaleza como las disposiciones legales tributarias requieren se mantenga su “integridad”,⁴¹ el Servicio de Rentas Internas deberá considerar las disposiciones especiales aplicables al caso, pudiéndose inclusive prever que la conservación de mensajes de datos, podría inclusive “realizarse a través de terceros”.⁴²

Concordantemente con el art. 7 de la Ley de Comercio Electrónico, según su reglamento, “la consideración de integridad de un mensaje de datos, establecida en el inciso segundo del art. 7 de la Ley 67, se cumple si dicho mensaje de datos está firmado electrónicamente”;⁴³ en consecuencia y tomando en cuenta que la administración (para el sistema de facturación electrónica) exigirá el uso de firmas electrónicas basadas en el sistema asimétrico, las cuales implícitamente cubren también la conservación del mensaje de datos, en estricto sentido, desde el enfoque de la Ley de Comercio Electrónico, no se requerirá, de la obligación por parte del sujeto pasivo, de conservar los soportes digitalizados, sin embargo, nos parece que ésta (la conservación/archivo por parte del sujeto pasivo) puede ser prudente, tomando en cuenta que estos documentos digitalizados se constituyen en el soporte de la contabilidad de los sujetos pasivos.

Como último punto de análisis a las reformas al Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, nos parece lógico que según el art. 41, los sujetos pasivos autorizados a emitir comprobantes digitalizados, no tengan la obligación de emitir copias

41. Vigente Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos ecuatoriana, art. 7. “Información original. Cuando la ley requiera u oblige que la información sea presentada o conservada en su forma original, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, si siendo requerido conforme a la ley, puede comprobarse que ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos. Se considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación. Por acuerdo de las partes y cumpliendo con todas las obligaciones previstas en esta ley, se podrán desmaterializar los documentos que por ley deban ser instrumentados físicamente. Los documentos desmaterializados deberán contener las firmas electrónicas correspondientes debidamente certificadas ante una de las entidades autorizadas según lo dispuesto en el artículo 29 de la presente ley, y deberán ser conservados conforme a lo establecido en el artículo siguiente.”

42. Vigente Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos ecuatoriana, art. 9. “Prestación de servicios de conservación de mensajes de datos. La conservación, incluido el almacenamiento y custodia de mensajes de datos, podrá realizarse a través de terceros, de acuerdo a lo que establece el art. 8 de la Ley 67. Los sistemas, políticas y procedimientos que permiten realizar las funciones de conservación de mensajes de datos se denominan Registro Electrónico de Datos. Una vez cumplidos los requisitos establecidos en las leyes, cualquier persona puede prestar servicios de Registro Electrónico de Datos que incluyen: a) Conservación, almacenamiento y custodia de la información en formato electrónico con las debidas seguridades; b) Preservación de la integridad de la información conservada; c) Administración del acceso a la información y la reproducción de la misma cuando se requiera; d) Respaldo y recuperación de información; y, e) Otros servicios relacionados con la conservación de los mensajes de datos. ...”

43. Vigente Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos ecuatoriana, art. 6.

de dichos documentos electrónicos, tomando en cuenta la conservación de dichos comprobantes.

Hasta ahora, hemos hecho referencia a la emisión, impresión y archivo de los comprobantes digitalizados, sean estos de venta o retención, quedándonos pendiente la transmisión.

La comunicación o transmisión de cualquier tipo de datos o información a través de Internet, tiene la particularidad de ser vulnerable, ya que dicha información es susceptible de ser alterada o reproducida o su transmisión redireccionada; en consecuencia y, con la inevitable expansión y masificación del Internet, se hizo indispensable el desarrollo y utilización de múltiples mecanismos de protección, entre los cuales actualmente mantiene hegemonía la criptografía,⁴⁴ considerada como un instrumento que brinda “seguridad y confiabilidad en las comunicaciones electrónicas y, de este modo, favorece el pleno desarrollo del potencial de las redes abiertas”⁴⁵ y, específicamente de la red de redes conocida internacionalmente como Internet.⁴⁶

Actores principales que inciden en la mencionada vulnerabilidad son los llamados piratas electrónicos o hackers, que no son sino personas que valiéndose de medios informáticos y de telecomunicaciones, acceden en forma no autorizada a sistemas de información cuyo acceso no les está permitido y, los crakers, que inclusive, provocan conscientemente daños o se apoderan indebidamente de información. Cabe anotar que nuestro Código Penal vigente, modificado por la Ley de Comercio Electrónico,⁴⁷ considera como infracciones informáticas a dichas prácticas, cuya problemática principal es la “casi imposibilidad de probar que el sistema ha sido vulnerado, y de identificar al autor”,⁴⁸ situación a la que debemos sumar, la “volatilidad de la información”.⁴⁹ Únicamente, con el objeto de ofrecer un valor agregado al presente párrafo,

-
44. Joan Hortala i Valle y otros, *La Fiscalidad de Comercio Electrónico*, Barcelona, Editorial CISS S.A., 2000, p. 279, “Criptografía. técnica destinada a preservar, en un entorno de redes abiertas, la confidencialidad de las transmisiones y la protección de la integridad de los datos”.
45. Viviana Sarra Andrea, *Comercio Electrónico y Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000, p. 58.
46. Joan Hortala i Valle y otros, *La Fiscalidad del Comercio Electrónico*, p. 326, Glosario de Términos “Internet, Conjunto de redes informáticas independientes que, empleando un sistema de comunicaciones existente, permite a un usuario potencial, a partir de su ordenador personal, conectarse electrónicamente con una serie de servicios públicos o comerciales y con multitud de fuentes de información”.
47. Vigente Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana, Reformas al Código Penal, “Art. 58. A continuación del artículo 202, inclúyanse los siguientes artículos innumerados: Art... El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica...”
48. Viviana Sarra Andrea, *Comercio Electrónico y Derecho*, p. 168.
49. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, *La Prueba Electrónica*, p. 189. “El mayor obstáculo que tienen los peritos al momento de levantar los rastros dejados por el infractor es la volatilidad de la información. No pocas ve-

me permito transcribir el siguiente cuestionamiento realizado por Sir. Edward Boyle: “¿No es mucho decir que vivimos en un país donde el robo de una mesa de la sala de sesiones está más severamente penado que el robo de los secretos de la sala de sesiones?”.⁵⁰

En lo que respecta a los múltiples mecanismos criptográficos, nos referiremos al proceso relacionado con el uso de claves (diferentes), base a su vez de la firma electrónica, cuyo método de creación y tratamiento es del tipo asimétrico.

LA FIRMA ELECTRÓNICA

Dentro del mecanismo criptográfico basado en el uso de claves, que utiliza el método asimétrico, fundamento de este tipo de firma electrónica, la clave del cifrado es diferente a la del descifrado, aspecto que permite que la segunda pueda ser conocida libremente, es decir, sea pública, aclarándose que la primera siempre debe tener el carácter de privada. Cabe anotar que si bien el par de claves (pública y privada) “están matemáticamente relacionadas entre sí, el diseño y la ejecución en forma segura de un criptosistema asimétrico, hace virtualmente imposible que las personas que conocen la clave pública puedan deducir de ella la clave privada”.⁵¹

De dicha clave pública, el origen de la internacionalmente conocida infraestructura de clave pública o PKI (public key infrastructure), proceso que tiende a garantizar, entre otros aspectos, principalmente que la clave pública del usuario no sea alterada y corresponda a la clave privada del mismo; la aplicación de adecuadas técnicas de codificación; y, transparencia en el proceso de origen y tratamiento de las claves, por parte de las entidades que las emiten.⁵²

Me parece oportuno aclarar que dentro del PKI, tanto la vinculación entre el par de claves (pública y privada) y su titular (sean éste persona natural o jurídica), como la aplicación de los procesos matemáticos y algorítmicos necesarios para el cifrado y descifrado, son de responsabilidad de la llamada autoridad certificante o prestador de

ces, la misma revisión de los dueños de la información ocasiona una alteración de las pistas (logs) que deja todo ataque on line. Cada vez se protegen más las compañías de evitar los ataques a sus registros, instalando hardware y software para el efecto, como los firewalls; pero generalmente la gente no se preocupa de guardar la pruebas generadas cuando, pese a las seguridades adoptadas, un hacker ha logrado entrar al sistema. Para ello Bennett recomienda sacar respaldos (backups) de la información (logins) justo después de sufrir el ataque, para evitar la pérdida de valiosa evidencia electrónica.”

50. Viviana Sarra Andrea, *Comercio Electrónico y Derecho*, p. 186.

51. Mauricio Devoto, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001, p. 169.

52. Viviana Sarra Andrea, *Comercio Electrónico y Derecho*, p. 172.

servicios de certificación o proveedor de servicios de certificación;⁵³ según la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana, “Entidades de Certificación de Información”,⁵⁴ cuya responsabilidad será de “hasta culpa leve⁵⁵ y responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona natural o jurídica, en ejercicio de su actividad, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta ley o actúen con negligencia...” esto, según lo dispone el art. 31 de nuestra ley Comercio Electrónico.

Como nota meramente referencial, queda claro que la firma electrónica no tiene relación alguna, como comúnmente se concibe, con una firma manuscrita constante en un documento escaneado.

Es oportuno mencionar que, en nuestro país, “el organismo de autorización, registro y regulación de las entidades de certificación de información”⁵⁶ es el Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL; y, el “organismo encargado del control”⁵⁷ de dichas entidades es la Superintendencia de Telecomunicaciones SUPTEL. Actualmente en el Ecuador, aún no ha sido autorizada entidad de certificación alguna, si se supera esta situación y, en consecuencia, se habilita la firma electrónica certificada por una entidad de certificación acreditada, el sistema de facturación electrónica nacional comenzaría a ofrecer los frutos esperados por los empresarios ecuatorianos.

Ahora bien, por una parte y, aplicándose el principio de equivalencia funcional a las firmas electrónicas (explicado brevemente en los párrafos anteriores con referencia al mensaje de datos), éstas tendrían igual validez y se le reconocerían similares efectos jurídicos que la firma tradicional o convencional, situación que se establece expresamente en el art. 14⁵⁸ de nuestra Ley de Comercio Electrónico.

53. Notas personales tomadas en curso Derecho de las Nuevas Tecnologías, Universidad Complutense de Madrid.

54. Vigente Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana (art. 29).

55. Vigente Código Civil Ecuatoriano, Título Preliminar, “art. 29. La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.

56. Vigente Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana (art. 37).

57. Vigente Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana (art. 38).

58. “Art. 14. Efectos de la firma electrónica. La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio.”

Por otra parte, a través de la firma electrónica se identifica plenamente a su titular, quien aprueba y reconoce, mediante ésta, la información contenida en el documento electrónico respectivo (ahí su trascendencia), situación que, al igual que la anterior, se establece también expresamente en la Ley de Comercio Electrónico (art. 13⁵⁹) y además, consta inmersa en las múltiples definiciones de la firma ológrafo así, “nombre y apellido, o título, que se pone al pie de un escrito, para acreditar que procede de quien lo escribe, para autorizar lo allí manifestado u obligarse a lo declarado en el documento”;⁶⁰ “La firma acredita la comparecencia de la persona y la conformidad con los hechos y declaraciones que suscribe, salvo haber sido obtenida por sorpresa, engaño o violencia. Por ello es exigida a las partes o a sus representantes en la totalidad de los negocios jurídicos escritos ...”;⁶¹ Planiol y Ripert definen al término que nos ocupa de la siguiente manera: “La firma es una inscripción manuscrita que indica el nombre de una persona que entiende hacer suyas las declaraciones del acto”, y Mustapich, amalgamando las de Giorgi, Vélez y Machado, dice que es “el nombre escrito por propia mano en caracteres alfábéticos y de una manera particular, al pie del documento, al efecto de autenticar su contenido”⁶² (nota relacionada).⁶³

59. “Art. 13. Firma Electrónica. Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.

60. Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, tomo IV, Buenos Aires, Editorial Heliasta SRL, 1983, p. 76.

61. Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, p. 76.

62. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XII, p. 290.

63. Nota. Nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, al igual que muchas a nivel mundial, respeta varios de los lineamientos constantes en la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), entre los cuales, resalta, según lo denomina dicha Ley Modelo en su art. 3, el principio de igualdad de tratamiento de tecnologías para la firma, mediante el cual, ninguna de las disposiciones del Modelo se aplicará de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico, cualquier método para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos necesarios; y, justificando la aplicación de tal principio, a base de una proyección del desarrollo de las tecnologías usadas en nuevos y más eficaces métodos de creación y tratamiento de la firma, textualmente se manifiesta en la guía respectiva que “además de las firmas numéricas basadas en la criptografía de clave pública, hay otros diversos dispositivos, también incluidos en el concepto más amplio de mecanismo de firma electrónica, que ya se están utilizando o se prevé utilizar en el futuro con miras a cumplir una o más de las funciones de las firmas manuscritas”. Además, llama la atención el complementario concepto de modificación mediante acuerdo constante el art. 4 de dicha Ley Modelo, que reza textualmente que “las partes podrán establecer excepciones a la presente Ley o modificar sus efectos mediante acuerdo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme a derecho aplicable”. Así consta en la Disposición General Cuarta de nuestra Ley de Comercio Electrónico que dice: “no se admitirá ninguna exclusión, restricción o limitación al uso de cualquier método para crear o tratar un mensaje de datos o firma electrónica, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la presente ley y su reglamento”, aclarándose que ésta se complementa con la siguiente Disposición General, referente al principio de libertad tecnológica, según la cual: “Se reconoce el derecho de las partes para optar libremente por el uso de tecnología y por el sometimiento a la jurisdicción que acuerden mediante convenio, acuerdo o contrato privado...”. Debo, al respecto, resaltar dos situaciones particulares: a) Cumpliendo con la Disposición General Cuarta, se

En lo que respecta a la integridad de la información transmitida y, con el objeto de evidenciar modificaciones en el respetivo mensaje de datos, la firma electrónica certificada por una entidad de certificación acreditada, en base al hash function,⁶⁴ permite además, confirmar que la información original transmitida, constante en un mensaje de datos firmado electrónicamente, no carece de ninguna de sus partes y no ha sido alterada, cubriendose de esta manera “la cualidad imprescindible para otorgarle efectos jurídicos”⁶⁵ en este caso, a los comprobantes de venta y retención digitalizados, firmados electrónicamente.

LEGALIDAD DE LA FACTURA ELECTRÓNICA

En base a lo expuesto en el literal anterior y en lo que a la legalidad de la factura electrónica respecta, manifestamos que un mensaje de datos en el cual conste la información de una factura, tendrá igual valor jurídico que una factura constante en soporte físico (papel), siempre que a dicho mensaje se fijare una firma electrónica, criterio al cual debemos sumar que “se presumirá legalmente que el mensaje de datos firmado electrónicamente conlleva la voluntad del emisor, quien se someterá al cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho mensaje de datos...”.⁶⁶

Además de lo anterior, se debe considerar la presunción legal constante en el art. 53 de la Ley de Comercio Electrónico, según la cual, “cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada”, cual sería el caso de la firma fijada en el mensaje de datos que contiene información de una factura, “se presumirá que ésta reúne los requisitos determinados por la ley, y que por consiguiente, los datos de la firma electrónica no han sido alterados desde su emisión y que la firma electrónica pertenece al signatario”;

mantendrá el principio de neutralidad tecnológica, respecto de los diferentes métodos de creación y tratamiento de la firma electrónica (sea éste simétrico o asimétrico), manteniéndose además su validez, siempre que por lo menos se cumplan los cinco requisitos determinados en el art. 15 de la Ley de Comercio Electrónico. b) Como podemos apreciar, existe una relación complementaria y de dependencia entre la Disposición General Cuarta y la Quinta, es decir, entre el principio de neutralidad tecnológica y el de libertad tecnológica, toda vez que para determinar cualquiera de los tipos de método de creación y tratamiento de la firma electrónica, las partes pueden optar libremente, es decir voluntariamente, por el método que acuerden.

64. Mauricio Devoto, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, p. 170, “Esta función consiste en un proceso matemático, basado en un algoritmo que crea una representación digital o forma comprimida del mensaje, a menudo conocida con el nombre de “digesto de mensaje” o “huella digital” del mensaje, en forma de un “valor control” o “resultado control” de una longitud estándar que suele ser mucho menor que la del mensaje, pero que es no obstante esencialmente única al mismo”.

65. Mauricio Devoto, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, p. 177.

66. Vigente Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana (art. 16).

en consecuencia, “la eficacia probatoria de los documentos electrónicos que cuentan con firma electrónica certificada es bastante alta: se presumen auténticos mientras no se demuestre lo contrario”.⁶⁷

Independientemente de la mera definición de factura electrónica, constante en el glosario de términos de nuestra Ley de Comercio Electrónico, a base de lo manifestado en el presente trabajo, concluimos que, los mensajes de datos en los cuales conste información correspondiente a facturas, comprobantes de venta en general, comprobantes de retención o inclusive, guías de remisión, a los cuales se fijaren la correspondiente firma electrónica certificada (por una entidad de certificación acreditada), además de constituirse en eficientes medios de prueba, resultan tener, según la legislación ecuatoriana, semejante legalidad que sus equivalentes, constantes en soporte físico (papel).

Ahora bien, acogiéndonos estrictamente a la definición de factura electrónica (debidamente firmada), ésta “documenta la transferencia de bienes y servicios”, al ser un mensaje de datos, es decir, un documento electrónico, en cuanto posee los elementos propios del documento, cuales son *corpus* y *docet*, según lo menciona, haciendo referencia al documento electrónico, el tratadista Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba.⁶⁸ Paralelamente, restaría únicamente que se cumplan los “requisitos exigidos por la leyes tributarias, mercantiles y más normas y reglamentos vigentes”.

PRINCIPALES ESQUEMAS DE FACTURACIÓN ELECTRÓNICA A NIVEL SUDAMERICANO

Considerando que los esquemas de facturación electrónica ya aplicados en Colombia y Chile, resultan ahora, desde nuestro punto de vista, los más avanzados a nivel sudamericano e inclusive, ser considerados como ejemplos o guías a seguir por las administraciones tributarias de nuestros países latinoamericanos, creemos prudente, de una manera más bien general, abordar ciertas consideraciones que nos permitan enfocar claramente la real situación del naciente esquema de facturación electrónico ecuatoriano.

67. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, *La Prueba Electrónica*, p. 190.

68. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, *La Prueba Electrónica*, p. 189 “los medios informáticos son susceptibles de considerarse como verdaderos documentos, en el sentido amplio que la doctrina da a la palabra, en cuanto posean los elementos propios del documento: *corpus* y *docet*. El *corpus* comprende la grafía y el soporte material. El *docet* está integrado por la intencionalidad y la expresividad del mensaje. En cuanto un medio electrónico posea estos elementos, será susceptible de entrar al proceso bajo su consideración documental. El documento electrónico es verdadero documento. Aunque pueda ser trasladado vía telefónica, no es de su naturaleza ser un *acto in verbis*”.

ESQUEMA DE FACTURACIÓN ELECTRÓNICA CHILENO

Ya, desde el primero de septiembre de 2003, el Servicio de Impuestos Internos Chileno (SII) emitió la Resolución **Exenta SII No. 45**, en adelante la “Resolución 45”, relacionada con el establecimiento de normas y procedimientos de operación respecto de los documentos tributarios electrónicos.

Llaman la atención, en primer lugar, que se consideran en el art. 1 de la Resolución 45, tanto al Emisor, como al Receptor Electrónico, definiéndose respectivamente como el “contribuyente autorizado por el Servicio de Impuestos Internos para generar documentos tributarios electrónicos” y, como “todo emisor electrónico que recibe un documento tributario electrónico”; quedando en claro, consecuentemente, que el emisor electrónico se encuentra autorizado también para recibir documentos tributarios electrónicos, situación que, de una manera transparente, no consta en las vigentes disposiciones tributarias ecuatorianas.

Cabe anotar que en dicha Resolución, se determinan además expresamente, los procedimientos para emitir y recibir documentos electrónicos.

Ahora bien, se considera en la Resolución 45, al documento tributario electrónico, de una manera muy genérica, es decir, que cualquier documento que mantenga relación con el sistema tributario Chileno puede formar parte del conjunto de documentos desmaterializados autorizados por la administración respectiva, definiéndoselo como el “documento electrónico generado y firmado electrónicamente por un emisor electrónico, que produce efectos tributarios y cuyo formato está establecido por el Servicios de Impuestos Chilenos”.

Por otro lado, nos parece prudente comentar la Resolución Exenta SII No. 14 emitida por el Servicio de Impuestos Internos Chileno con fecha ocho de febrero de 2005, mediante la cual, se exige la emisión de la llamada “Tercera Copia Obligatoria de Factura”, la cual no tiene incidencia tributaria alguna, convirtiéndose ésta en una factura con mérito ejecutivo, la cual puede ser transferida a terceros o ser utilizada como base para el cobro ejecutivo respectivo, situación que puede replicarse en el Ecuador, una vez vigente el nuevo Código de Comercio, cuyo proyecto prevé la factura cambiaria considerada como un título valor. Cabe anotar que en el caso de la factura electrónica (considerada entre los documentos tributarios electrónicos), “la exigencia de contar con un ejemplar que pueda ser destinado a la cesión o cobro ejecutivo, deberá ser cumplida mediante la emisión de, al menos una representación impresa del documento electrónico”.⁶⁹

69. www.sii.cl

ESQUEMA DE FACTURACIÓN ELECTRÓNICA COLOMBIANO

Aun cuando desde 1995, la Ley 223 colombiana y, específicamente su art. 37 “establece la viabilidad en la utilización de facturas creadas, generadas, remitidas y aceptadas vía mensaje de datos”, es en 1996, mediante Decreto 1094, cuando se define la factura electrónica como “el documento computacional que soporta una transacción de venta de bienes o prestación de servicios, transferido bajo un lenguaje estándar universal denominado Edifact de un computador a otro”; en consecuencia, el Ecuador, considerando que su vecino país viene tratando el tema de la factura electrónica desde hace más de cinco años, debe aprovechar de cualquier tipo de recomendación que le pueda ofrecer principalmente, la administración tributaria colombiana.

Un punto que merece ser abordado, en beneficio de la correlación de la legislación ecuatoriana, es el de la integridad de los mensajes de datos. En este sentido, debemos considerar en primer lugar que según la Ley de Comercio Electrónico colombiana (Ley 527 de 1999) “Art. 9. Integridad de un mensaje de datos. Para efectos del artículo anterior, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, *salvo la adición de algún endoso* o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación”.⁷⁰ (las cursivas son nuestras).

Por otro lado, debemos referirnos al proyecto de Código de Comercio ecuatoriano, en el cual se considera la factura cambiaria como un título valor, además, que se aplicarán a ésta, las normas relativas a la letra de cambio; en consecuencia, la transferencia de la factura cambiaria, mediante endoso, resulta ser una de sus naturales características.

Cabe mencionar que consideramos a dicho proyecto e inclusión de la factura cambiaria, dentro de la legislación ecuatoriana, como un mediato o, más bien inmediato hecho; en consecuencia y, tomando en cuenta otros títulos valores existentes, sugerimos, mediante el presente trabajo, la inmediata reforma al art. 7 de la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana y al art. 6 del reglamento respectivo, en donde no se prevé la adición de endoso(s), como excepción relacionada con la integridad de los mensajes de datos, ya que en sus correspondientes textos consta respectivamente que “se considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, *salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación archivo o presentación*” (las cursivas son nuestras) y, que “para efectos del presente artículo, se considerará que la información consignada en un mensaje de da-

70. www.alfa-redi.org

tos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, *salvo la adición de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación*" (las cursivas son nuestras).

CONCLUSIONES

Desde el punto de vista estrictamente tributario, la Administración Tributaria Central tiene la obligación de considerar o, más bien, reconsiderar, la información que debe contener los mensajes de datos que soporten los comprobantes de venta electrónicos, los comprobantes de retención electrónicos y, las guías de remisión electrónicas, esto, con el objeto, además de simplificar el sistema, conservando los efectos tributarios de los mencionados documentos, de mantener los lineamientos internacionalmente exigidos. Actualmente, de una manera muy detallada, constan, en el vigente reglamento de facturación, los requisitos y características que deben cumplir los comprobantes de venta, retención y guías de remisión.

En este sentido, cabe mencionar que los nuevos requisitos y características de los comprobantes de venta y específicamente los de la factura electrónica, así como la correspondiente obligación de entrega, resultan trascendentales para la gestión de la Administración Tributaria, bajo ningún punto de vista deberán constituirse en un limitante u obstáculo para que dicha factura sea considerada, inclusive, como una factura comercial o cambiaria, según sea el criterio del emisor o las características del acto de comercio.

Ahora bien, refiriéndonos a la factura como uno de los comprobantes de venta y, considerando la trascendencia de estos, dentro del complejo sistema tributario nacional, fuente a su vez de nuestros recursos presupuestarios, es prudente, en primer lugar, hacer referencia al cumplimiento de los requisitos exigidos no solamente por la leyes tributarias, sino además, por las múltiples resoluciones emitidas (o por emitirse) por parte de la Administración Tributaria Central, las cuales deberán ser lo suficientemente específicas, claras y precisas, no solamente desde el punto de vista jurídico, sino inclusive desde el punto de vista técnico, evitándose en lo posible, la emisión de resoluciones de fantasía, que lo único que crean, son falsas expectativas a los contribuyentes, incrementando de esta manera, la inseguridad jurídica, tan perjudicial para el desarrollo nacional.

Al efecto, a manera de sugerencia me permito manifestar que aun cuando principalmente son los profesionales técnicos informáticos, los responsables del desarrollo y aplicación de múltiples y modernas herramientas tecnológicas que permiten la utilización y explotación, en este caso, de la factura electrónica, se debe aclarar que dichas herramientas son utilizadas por seres humanos miembros de una sociedad, la

cual, a su vez, se encuentra regida por diferentes tipos de normas y, principalmente por normas legales. En consecuencia, con el objeto de evitar incoherencias dentro del sistema normativo nacional, las disposiciones de tipo legal que mantengan relación con la correcta aplicación de dichas herramientas, deben ser generadas conjunta y coordinadamente con el aporte de profesionales expertos del área técnica y letrados especializados en el área del Derecho informático, Derecho de las telecomunicaciones, Derecho tributario y, Derecho mercantil.

PROYECCIÓN DE LA FACTURA ELECTRÓNICA Y BREVES COMENTARIOS TENDIENTES A MANTENER EN EL ECUADOR UN ADECUADO SISTEMA REGULATORIO

Tomado en cuenta los múltiples beneficios que ofrece el uso de la factura electrónica, principalmente, por parte de empresas que mantenga en forma permanente un elevado movimiento comercial, el futuro de esta esperada herramienta resulta ser muy prometedor.

Entre los principales beneficios podemos citar la agilidad de los procesos de facturación y pago, la reducción de errores en los procesos de facturación y consecuente simplificación en el cumplimiento de deberes tributarios (declaración y pago de impuestos, principalmente), la disminución en riesgos de fraude, la simplificación de la administración, mejora la imagen de la compañía, el ahorro de costos operacionales etc.

A su vez, en lo que al citado ahorro respecta, entre otros aspectos, cabe mencionar la disminución de gastos asociado al almacenaje físico de facturas, la considerable disminución de gastos referentes al envío y recepción de facturas constantes en soporte físico, la reducción de costos en la emisión misma, impresión y procesamiento de facturas, etc.

Cabe anotar que el método de implementación mayormente aceptado, por su practicidad, y que además ha generado óptimos resultados en diferentes países a nivel mundial, mantiene como eje fundamental a ciertas empresas de gran envergadura que tienen un elevado número de proveedores grandes, medianos, pequeños y hasta personales. Estas grandes empresas, primeras en implementar el proceso de facturación electrónica, previo un adecuado escogitamiento por parte de la administración tributaria, además de beneficiarse con las múltiples reducciones de costos, lo cual influye dentro de la economía, en beneficio del consumidor, exigirían de sus proveedores (sean estos grandes, medianos, pequeños o personales) el tratamiento automatizado

de facturas, generalizándose de una manera acelerada y a nivel nacional, de esta forma, el uso y aprovechamiento de la factura electrónica.

Las primeras en alinearse con las grandes empresas, al sistema de facturación electrónica, por su naturaleza y dependencia económica, serían las pequeñas y medianas empresas, conocidas generalmente como PYMES, las cuales, para poder mantenerse en el mercado deberán realizar significativas inversiones con el objeto de adaptar su infraestructura tecnológica (para que ésta soporte debidamente el proceso de recepción y envío de facturas por medios electrónicos), situación que debe ser considerada desde ahora por las mencionadas PYMES.

Ahora bien, dichas PYMES, al igual que cualquier tipo de empresa, una vez implantado en el país el sistema de facturación electrónica y, manteniéndose cubiertas debidamente las áreas de proceso, tecnológica y jurídica y, a su vez, dentro del área jurídica, inclusive, la vigencia del actual proyecto de nuevo Código de Comercio, puede acogerse a un nuevo medio de obtención de liquidez denominado el *e-factoring*, que no es sino el *factoring* electrónico.

En términos prácticos y generalísimos, el *factoring* es “un contrato mediante el cual el factor (banco o institución financiera) adquiere facturas o cuentas de cobro del cliente a cargo de sus compradores”,⁷¹ en este sentido, dicho cliente obtiene liquidez y, a su vez, el banco, gana los intereses que corresponda a la factura o cuentas de cobro adquiridas.

Por su parte, independientemente del medio a través del cual lo realicen, sea éste físico o electrónico y, según lo dispone el literal h) del art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, los bancos tienen la facultad de “negociar letras de cambio, libranzas, pagarés, facturas y otros documentos que representen obligación de pago creados por ventas a crédito, así como el anticipo de fondos con respaldo de los documentos referidos”, es decir, que se encuentran facultados legalmente para actuar como factores en operaciones de *factoring* o *e-factoring*; en consecuencia me parece que las instituciones financieras que operan en el país, deben analizar la posibilidad de ofrecer en un futuro muy próximo este ventajoso y novedoso servicio electrónico.

Por otro lado, en lo que respecta a breves comentarios tendientes a mantener un adecuado sistema regulatorio, concordamos plenamente con la expresión “a menos que nos movamos con el cambio, nos convertiremos en sus víctimas”,⁷² la cual fue acertadamente manifestada por el tratadista Devoto.

71. Régimen Comercial Ecuatoriano, Ediciones Legales, Guía Práctica, p. 241.

72. Mauricio Devoto, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, p. 254.

Día a día debemos enfrentar los acelerados pasos dados por la tecnología, dentro del un mundo ya globalizado, a base principalmente de la masiva explotación del Internet, así es como, el derecho y puntualmente la legislación de cada país, debe considerar seriamente lo expuesto.

Nos parece muy acertado e insistimos en que se mantenga en el país el enfoque de que sea la Administración Tributaria Central, a través de Resoluciones, la que emita los lineamientos y disposiciones necesarias para una adecuada y legal explotación de la factura electrónica, constituyéndose dicha Administración y, en consecuencia, las implicaciones tributarias, en el eje alrededor del cual giren otras consideraciones como las comerciales. Dichas resoluciones, al contrario de otros cuerpos legales como códigos o leyes, tiene la particularidad de ser reformadas con cierta facilidad y, en consecuencia, de adaptarse de una mejor y más eficiente manera a las cambiantes realidades tecnológicas. Lo anterior, independientemente de la actual imperiosa necesidad de que dichas resoluciones mantengan una mejor y más acertada definición operativa, tecnológica y jurídica, según lo comentamos anteriormente en el presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Ubidia, Santiago, *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*, Quito, Ediciones Legales, 2002.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta SRL, 1983.
- Devoto, Mauricio, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2001.
- Diccionario Enciclopédico Bruguer*, tomo II, 1a. ed., Barcelona, 1976.
- Diccionario Enciclopédico Sopena*, tomo II, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, 1952.
- Echeverría Sáenz, Joseba A. (coord.), *El Comercio Electrónico*, Madrid, Ediciones F. Lafeyre, 2001.
- Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XI, Buenos Aires, Industria Gráfica del Libro SRL, 1981.
- Hortalà I Vallve, Joan, Franco Roccatagliata, y Piergiorgio Valente, *La Fiscalidad del Comercio Electrónico*, Barcelona, Editorial CISS S.A., 2000.
- Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, Publicación de las Naciones Unidas, 1999.
- Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, Publicación de las Naciones Unidas, 2002.

McLure, Charles E., *La tributación sobre el comercio electrónico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000.

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, *La prueba electrónica*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2004.

Sarra, Andrea Viviana, *Comercio electrónico y derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000.

Legislación ecuatoriana

Código Civil (Libro IV), Registro Oficial número 104 (Suplemento), 20 de noviembre de 1970.

Código de Comercio, Registro Oficial número 1202 (Suplemento), 20 de agosto de 1960 (vigente).

Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial número 687 (Suplemento), 18 de mayo de 1987.

Código Tributario, Registro Oficial número 958 (Suplemento), 23 de diciembre de 1975 (vigente).

Constitución Política de la República, Registro Oficial número 1, 11 de agosto de 1998.

Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Registro Oficial número 557 (Suplemento), 17 de abril de 2002.

Ley de Régimen Tributario Interno, Registro Oficial número 341, 22 de diciembre de 1989. (vigente).

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Registro Oficial número 250, 23 de enero de 2001.

Reformas al Reglamento de aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, Registro Oficial número 718, 04 de diciembre de 2002.

Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención, Registro Oficial número 436, 6 de octubre de 2004.

Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Registro Oficial número 735, 31 de diciembre de 2002.

Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, Registro Oficial número 484 (Suplemento), 31 de diciembre de 2001.

Sitios web

www.alfa-redi.org

www.sii.cl

los autores más destacados para luego entregarnos un interesante estudio sobre la formación del concepto de Estado en el Ecuador, al que suma uno que se refiere al Estado tal como está concebido en la Constitución Política de la República. Aunque aparentemente superado el debate entre Estado e Iglesia, el autor se refiere a las diferentes etapas por las que ha atravesado tan antigua como difícil relación.

El tercer capítulo nos enfrenta con la solvencia de quien maneja e incluso diría de quien conoce ampliamente la historia universal y nacional en relación con el aparecimiento del Estado de Derecho y las diferentes modalidades que adopta con muy especial referencia a como se implementaron esas modalidades en nuestra República. También aborda temas tan relevantes como polémicos, como lo son el concepto de soberanía y su proceso de relativización así como el poder constituyente, sus titulares, clases y limitaciones.

El autor dedica el capítulo cuarto al estudio de la Constitución, sus principios y sus clases, la reforma constitucional, la abrogación de la constitución, la interpretación constitucional y las fuentes del Derecho constitucional.

Siguiendo el razonamiento de Hauriou, el autor concede mucha importancia al fenómeno denominado la “racionalización de la vida política” o la “constitucionalización del poder”, signo de la modernidad y que se comprende a más de la organización del poder del Estado, la enunciación de los derechos de la persona, en función de los cuales se ha de implantar dicha organización.

En esta edición, el profesor Trujillo ha dividido el anterior capítulo denominado *La Jurisdicción Constitucional* en dos nuevos capítulos que los aborda bajo el nombre de Derecho Procesal Constitucional. En la primera parte estudia el control constitucional, los distintos sistemas de control y realiza un análisis riguroso del aplicado en el Ecuador, resaltando como un valioso aporte, el estudio de los diferentes tipos de sentencias y sus efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico.

La segunda parte la dedica al estudio detenido y profundo de las diversas garantías constitucionales como la acción de amparo, el hábeas corpus, el habeas data y el asilo. Así mismo, el análisis detallado casi minucioso hace de este capítulo uno básico en la comprensión no solo del sistema de garantías constitucionales, sino de su efectiva aplicación en el Ecuador.

El capítulo noveno, en el que trata del sufragio y de los partidos políticos, busca explicar el alcance del concepto régimen político y la necesidad de entenderlo como un verdadero sistema y no como el resultado de una simple suma de factores independientes, análisis que promueve una reflexión de la importancia y a la vez, de la interdependencia, de los sistemas de partidos y electorales como factores que inciden decididamente en lo que hemos de entender por “gobernabilidad”.

Sin llegar a agotar todos los temas planteados, se debe resaltar la profundidad del análisis y el manejo claro e ilustrativo de conceptos de difícil comprensión incluso para quienes se encuentran familiarizados con el pensamiento jurídico. Especial distinción merece el estudio de la relación regímenes y partidos políticos, sobre todo, bajo el supuesto de una democracia de partidos que aleje los fantasmas de la improvisación y el caudillismo.

Al igual que lo hiciera en otra parte de esta obra, el autor ha decidido tratar el tema de la organización del poder en el Estado en dos capítulos, decisión ésta que le permite abordar con la profundidad que requiere un tema tan importante en la Teoría del Estado. La primera parte la dedica al estudio de las más importantes formas de gobierno del mundo actual, como lo son los regímenes parlamentarios, los presidenciales y los semipresidenciales. Como es su característica, cada una de estas formas de gobierno son analizadas con detenimiento y con un dominio de las mismas que solo corresponde al estudioso paciente y actualizado.

La segunda parte se constituye, tal vez, en uno de los capítulos más relevantes tanto por el excelente aprovechamiento de los aportes del Derecho comparado para así construir una magnífica y completa reflexión sobre los regímenes políticos en los países miembros de la Comunidad Andina, como por el innovador estudio de lo que el autor denomina “sistemas de transición”, acápite bajo el cual trata las sorprendentes transformaciones políticas ocurridas en Europa del Este, así como el estado de la cuestión en el Ecuador. No hay duda que este capítulo viene a llenar un vacío que desde hace tiempo venía soportando no solo la ciencia jurídica nacional sino también la política.

Esta segunda edición de *Teoría del Estado en el Ecuador* es fruto, como acertadamente lo dice Enrique Ayala Mora, de largo tiempo de investigación y un significativo dominio de la literatura nacional y de la bibliografía extranjera más actual.

Sin duda el lector encontrará a lo largo de estas páginas no solo la exposición clara y precisa de los más importantes y polémicos conceptos de la Teoría del Estado, sino su relación con las instituciones políticas del país y un pronunciamiento e incluso posicionamiento del autor frente a ellas.

En suma, este trabajo refleja el esfuerzo de uno de los constitucionalistas más destacados del Ecuador por desarrollar un pensamiento jurídico propio, cosa poco frecuente entre nosotros.

César Montaño Galarza,
MANUAL DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL, Quito, Serie Estudios Jurídicos vol. 25, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006, 390 pp.

por Gustavo Guerra Bello*

E sta obra nos presenta la primera aproximación enciclopédica ecuatoriana al Derecho tributario internacional, materia que es abordada dentro del campo del Derecho público económico y se enfoca sobre la normativa que regula los problemas fiscales de orden internacional. Con antelación, el autor de la obra reseñada ha publicado otras obras relacionadas con el ámbito de la tributación internacional, entre las que me permito destacar: *El Ecuador y los problemas de la doble imposición internacional* (1999) y *Derecho Tributario Internacional: El Establecimiento Permanente* (2004), dejando de mencionar varios artículos y aportaciones académicas en revistas especializadas. Sin embargo, y a pesar de que la perspectiva metodológica adoptada y el objeto central desarrollado coinciden en parte, comparando tales publicaciones, el diferente alcance y dimensión de sus obras, nos permite apreciar un denotado esfuerzo por abarcar las principales temáticas inmersas en el estudio de la tributación internacional.

En el *Manual* que me permite comentar, el autor muestra un profundo rigor metodológico y una notable capacidad analítica de la materia objeto de su estudio, esencial para el correcto conocimiento de la fiscalidad internacional. El resultado visible de su trabajo es un compendio explicativo de gran calidad, que es capaz de involucrar casi todas las cuestiones que engrosan el tema abordado, sin caer en una extensión impracticable. Antes bien, la obra muestra un meditado equilibrio interno y unas dimensiones razonables, que para ser logradas, debieron requerir de un concienzudo análisis y adecuada selección temática.

En un recorrido detallado por todo su contenido podremos evidenciar, en primer lugar una ilación propicia y coherente con su objetivo de investigación, aportando para cada capítulo una significativa selección bibliográfica de gran utilidad, que enriquece la obra al dotarla de visiones incluso diversas sobre los puntos tratados.

El libro que comentamos, se estructura en nueve capítulos, a los que el autor generosamente acompaña de una muy nutrida bibliografía. En su primer capítulo, de forma acertada introduce al lector en las *Nociones Fundamentales del Derecho Tributario Internacional* desplegando un adecuado tratamiento a todas las fuentes de

* Consultor y abogado en libre ejercicio. Profesor universitario.

la disciplina, acentuando su estudio sobre los principios generales del derecho que le son aplicables, presupuestos que presentan el contexto de la materia y ratifican su autonomía didáctica y científica. Le sigue el planteamiento del quizá más controvertido tema sobre la *Soberanía Fiscal y el Poder Tributario en el Contexto de la Fiscalidad Internacional*, en las que discurre sobre la vinculación entre la facultad estatal de imponer su voluntad pública y traducirla en acciones políticas coercibles dentro de un territorio y su subproducto, la capacidad de ordenar un sistema de imposición, frente al problema de extender su aplicación fuera de las fronteras nacionales o asimilando circunstancias jurídicas y económicas de raigambre internacional.

Revisando su tercer capítulo, podemos adentrarnos en las cuestiones esenciales que radican en la atribución del poder tributario de los estados, esto es, sobre los criterios reales y personales que fijan las *Bases Jurisdiccionales en la Fiscalidad Internacional*; la descripción que presenta corresponde a un resumen esquemático de los factores que inciden en dicha atribución, previniendo inclinarse por alguno de ellos, resaltando su afán académico.

Desde la solidez técnica y el amplio conocimiento que ostenta, el autor resume en el cuarto capítulo *el problema de la doble imposición internacional y sus posibles soluciones*, resultando apenas suficientes las casi 80 páginas que desarrolla para verter pertinentes definiciones y caracterizaciones de ese fenómeno económico y jurídico, seguramente el más difundido de los temas de la fiscalidad internacional, que originó el debate de la adopción de medidas para atenuar sus efectos nocivos. Los comentarios del autor sobre la medidas y alternativas asumidas por los estados para enfrentar dicha cuestión, tanto unilaterales como convencionales, resultan esclarecedores y pedagógicamente útiles para entenderlas.

De forma paralela y complementaria, el siguiente capítulo nos muestra una visión histórica de la *evolución de los estudios sobre los problemas del derecho tributario internacional*, sección en la que brinda una revisión rigurosa de cada uno de los difundidos modelos de convenios para evitar la doble imposición, deteniéndose a pormenorizar los detalles de las Decisiones 40 y 578 de la Comunidad Andina; me valgo de este detalle para resaltar la visión comunitaria que se aprecia transversalmente, sobre todo en relación a los sistemas ecuatoriano y boliviano, con los que el autor está profundamente familiarizado.

Integra este significativo aporte el capítulo séptimo en el que se examina los *convenios internacionales para evitar la doble tributación*, discerniendo los fundamentos básicos del Derecho internacional y el Derecho de los tratados, para posteriormente concentrarse en los procesos de formación y validación de dichos instrumentos internacionales en las legislaciones de los dos países mencionados, y dotan-

do finalmente al apartado de una significativa contribución –que bien puede aprovecharse como una guía metodológica– sobre la interpretación y aplicación de los convenios fiscales para evitar la doble tributación.

Particularmente interesante resulta la recopilación realizada sobre la *Doctrina Latinoamericana en torno a los problemas del Derecho Tributario Internacional*, en la que ofrece una reseña de las recomendaciones y conclusiones arribadas en las *Jornadas Latinoamericanas y otras Conferencias Internacionales sobre Derecho tributario desde el año 1956*, en las que las cuestiones de fiscalidad internacional fueron abordadas, las que comenta y resume meritoriamente. El lector podrá apreciar cómo las ideas sobre los principios que deben orientar, por ejemplo, la suscripción de convenios fiscales internacionales, se han ido adecuando a las políticas de apertura e integración de los países en desarrollo, y por tanto flexibilizando una posición tradicionalmente rígida en cuanto al sostenimiento del principio territorial o de fuente generadora; de igual forma, se evidenciará la gradual cobertura a diversas temáticas que han venido ganando espacio de discusión en tales foros, sobrevenidas por el auge de la internacionalización de actividades económicas.

Relevante esfuerzo puede leerse entre las líneas del capítulo octavo por compensar su propia obra *Derecho Tributario Internacional: El Establecimiento Permanente* y los trabajos del jurista español Alfredo García Prats y del peruano Alfredo Gildemeister, textos a los que recomienda acudir para la profundización del trascendental tema del concepto básico por autonomía que vincula territorialmente a una empresa extranjera al poder tributario de un Estado.

El brío intelectual con el que el autor explayó su obra, lo lleva finalmente a incluir en su prólogo *Manual*, una sección sobre el proceso de *Armonización tributaria en la Comunidad Andina y el Impuesto al Valor Agregado*, de reciente data y que culminó –o mejor expresado, continúa– con las Decisiones 599 y 600 expedidas por la Comisión, órgano legislativo del Sistema Andino de Integración. Las recomendaciones y conclusiones a las que arriba, pero sobre todo por suscribir los fundamentos constitucionales de la integración comunitaria, bien pueden convertirse en una suerte de agenda de implementación de aquella tarea inconclusa y pendiente que los gobiernos andinos deben continuar.

Estamos, en suma, ante una obra de peso en el contexto del Derecho tributario internacional, que, al margen de lo imprescindible que puede resultar para los cultores de la materia en nuestro país, tiene valor y utilidad fuera del mismo, basado en la solidez metodológica empleada y la meridiana claridad de su contenido. La aun incipiente producción académica-literaria ecuatoriana sobre la fiscalidad internacional, recibe con parabienes el magno trabajo del autor, que será de referencia imperativa.

Luis F. Ávila L., *JURISPRUDENCIA OBLIGATORIA: FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DEL ECUADOR*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005, 289, pp.

por José Vicente Troya Jaramillo*

La obra contiene un tratamiento amplio de un espectro de cuestiones mucho mayor al enunciado en su título. En efecto, si bien en ella se señala, de modo general, cuál es la jurisprudencia obligatoria ecuatoriana, también se estudia el precedente jurisdiccional en sus diferentes perfiles y los aspectos atinentes a la triple reiteración de fallos, los cuales son incluidos y analizados en el texto del libro.

Este estudio comprende tres partes. La primera concierne al precedente jurisdiccional. En ella se efectúa una breve reseña del precedente, se

afronta su naturaleza e inclusive se alude a sus postulados, y se reflexiona sobre su uso directo e indirecto. La segunda abarca lo referente a los fallos de triple reiteración, a sus elementos, mecanismos y utilización. La tercera contiene el prontuario de los fallos de triple reiteración. El mismo está dispuesto por temas y en orden cronológico. Además del listado se vierten explicaciones de sumo interés.

Considero que uno de los aspectos nucleares del trabajo está en la comparación entre los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law* y la forma cómo se ha producido un proceso de penetración de los postulados del primero en el segundo de tales sistemas.

La institución de la casación y dentro de ella la consecución de la jurisprudencia obligatoria se ha analizado con detenimiento, profundidad y acierto.

Otro punto modular atiene al valor de la jurisprudencia como fuente del orden jurídico en el sistema del *civil law* del que forma parte el Ecuador. Son importantes las reflexiones sobre cómo en el país se ha aceptado, aunque sea parcialmente, la jurisprudencia obligatoria como postulado integrante del sistema jurídico.

Es un acierto del autor referirse adicionalmente a las facultades *cuasi legislativas* de la Corte Suprema de Justicia en el Ecuador. En efecto a este Alto Tribunal, a quien corresponde principalmente officiar de corte de casación, le compete, además, dirimir fallos contradictorios y expedir con esa oportunidad normas generales y obligatorias, y absolver, con fuerza similar, las consultas que sobre la oscuridad de las normas se generen dentro de la Función Judicial, así como expedir jurispruden-

* Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

cia obligatoria en caso de que exista triple reiteración de tesis en las sentencias de casación. Igualmente es facultad de la Corte Suprema de Justicia presentar proyectos de reforma a las leyes y a la Constitución Política e inclusive participar con voz en la discusión de los mismos.

En cuanto concierne a la jurisprudencia, es interesante lo ocurrido en el orden tributario. Casi de estraperlo, sigilosamente, al expedirse el Decreto Ley de Emergencia que creó el Tribunal Fiscal (Registro Oficial No. 847 de 19 de junio de 1959) se dispuso que sus sentencias fueran obligatorias tanto para el propio Tribunal cuanto para las autoridades administrativas. Esta tesis fue ratificada al expedirse el Código Fiscal mediante Decreto Ley de Emergencia No. 29 (R.O. I No. 490 de 25 de junio de 1993). De este modo se introdujo en nuestro sistema jurídico, al menos para la materia tributaria, una solución propia del *common law*, la de la obligatoriedad de la jurisprudencia para casos posteriores análogos. Es de anotar que ello no ocurría con las sentencias de la Corte Suprema, las cuales tenían y tienen, salvo el caso de triple reiteración, un valor simplemente ilustrativo. Posteriormente, cuando se creó una segunda sala en el Tribunal Fiscal, ya no fue posible mantener dicha obligatoriedad y ante la posibilidad de que se produjesen criterios divergentes frente a casos similares, se aplicó el sistema de la dirimencia de fallos contradictorios. Al expedirse el Código Tributario se instauró la casación en este ámbito, y se previó, a más de la dirimencia de fallos contradictorios, que las sentencias expedidas con ocasión de la interposición de este recurso constituyeran precedentes obligatorios. Tal régimen se modificó al expedirse la Ley de Casación en la cual se consagra el sistema de la triple reiteración.

Retornando al libro objeto de esta recensión, es del caso afirmar y con rotundidad que se trata de una investigación seria y sesuda que difiere radicalmente de los libros, diré mejor librillos o si se prefiere libracos, que sin orden y concierto, se lanzan con gran frecuencia y que tienen como principal cometido servir a los autores de tales despropósitos de peña para intervenir en concursos de merecimientos. Infortunadamente quienes gobiernan tales concursos no suelen realizar un examen meditado de esos libros y publicaciones.

A lo dicho, es dable agregar que en este trabajo, con el propósito de penetrar de la mejor manera, en lo que ha de entenderse por precedente y por fuente jurisprudencial obligatoria, el autor acude a la doctrina y a los principios que rigen en otros países, particularmente en Alemania y España. Al propósito, el autor utiliza una adecuada bibliografía de autores nacionales, latinoamericanos y europeos de reconocida autoridad, los cuales son citados con precisión al pie de página y cuya nómina consta al final del libro.

En la parte inicial del trabajo se advierte que los antecedentes de la investigación son arduas investigaciones realizadas desde enero de 2004 y obras antes publicadas por el propio autor como el prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional y otros trabajos en los que el autor prestó su colaboración, tales como el Repertorio de Jurisprudencia de Juan Larrea Holguín. De la lectura de todo el trabajo resaltamos que la principal fuente de investigación ha sido la Gaceta Judicial, publicada por la Corte Suprema de Justicia, en la que encontramos los fallos más importantes de las Salas y todos los fallos de triple reiteración.

El autor demuestra madurez y sutileza, así como estructura mental para concebir al derecho en los diferentes planos y no únicamente en el puramente literal que lleva a pensarla como un recetario inconsulto divorciado de la realidad.

Por las razones señaladas puedo afirmar que este trabajo será una fuente de información de gran utilidad para magistrados y jueces, profesores, abogados y estudiantes. De allí que recomendemos su lectura y saludamos su publicación.

Rafael Oyarte Martínez,
LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL, JURISPRUDENCIA DOGMÁTICA Y DOCTRINA,
Quito, Fondo Editorial de la Fundación Andrade & Asociados, 2006, 242 pp.

por Patricio Secaira
Durango*

El Derecho es una creación y una necesidad social; de modo que, el ser humano y las sociedades deben también ser apreciadas desde la óptica del Derecho; no solo desde la potestad normativa del Estado, o del rol que éste juega en la regulación de los derechos de las personas en el ámbito privado; sino que es indispensable percibirlo desde las particulares relaciones que se crean entre el individuo y la organización pública. En efecto, la norma jurídica perteneciente al Derecho público, crea un sistema de límites en la autoridad pública para evitar el abuso y la arbitrariedad que pueden perjudicar al particular; pero también elabora caminos y procedimientos que garanticen al individuo el ejercicio de los derechos que la norma reconoce en su favor, introduciendo también otros límites para aminorar o solucionar los conflictos de intereses entre esos individuos o entre estos y el Estado.

Esta pasión por entender la verdad, la justicia y la libertad, es la que motiva al autor a enderezar su pensamiento y a encontrar en el Derecho público, tanto en el constitucional como en el administrativo, la mayor respuesta a sus noveles y preocupadas ideas: el principio y fin de la existencia del Estado y del Derecho, es el mismo ser humano; hallando además que solo las actuaciones legítimas de la autoridad provocan, indefectiblemente, mayores grados de felicidad en la gente e incrementan la confianza en las instituciones jurídicas y en la organización pública.

El libro recientemente presentado se inscribe en esa esperanza; ya que es una nueva contribución a la sociedad ecuatoriana, al fortalecimiento de sus derechos constitucionales, a su vigencia real y concreta.

Este libro es una verdadera guía para que las autoridades públicas canalicen sus actos en las rutas fijadas por la norma; es un manual para evitar la torpeza y la grosería administrativa; es un recordatorio de que los derechos de las gentes están en la norma para ejercerlos, que los titulares de los órganos públicos no pueden obstaculizar o poner cortapisas para que las personas no accedan a esos reconocimientos jurídicos.

* Docente de la Especialización Superior y Maestría en Derecho administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar. Presidente del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito.

El libro en referencia es a mi criterio, el más completo que sobre el amparo constitucional se haya escrito en el Ecuador. No solo por su gran conocimiento dogmático del tema, sino también por cuanto esta institución de control de la constitucionalidad, por estos días, ha cumplido una década de su efectiva introducción en la legislación nacional; lo cual obviamente, permite al autor comentar, el ordenamiento positivo sobre la materia, la jurisprudencia que se ha producido en estos años y la doctrina; en un esfuerzo bien logrado de hacerlo en ejes transversales pues no descuida estos elementos, en conjunto, para el análisis de los temas que integran la obra.

Reconoce que la introducción de la institucionalidad jurídica del amparo generó una gama de dificultades, las que de ninguna manera pueden ser fuente inspiradora de su eliminación, sino más bien de su perfeccionamiento, de su mejor adecuación a las condiciones y necesidades nacionales. Advirtiendo que la jurisprudencia ha contribuido de buena manera a entender al amparo dentro de sus verdaderos límites materiales, aunque resta mucho por hacer. No descuida en su introducción, desarrollar los principios rectores del procedimiento constitucional, como medio para explicar preliminarmente el contenido de sus apreciaciones posteriores.

La legitimación activa en la acción de amparo constitucional es tratada desde el aspecto normativo, dogmático y jurisprudencial, haciendo claros comentarios de cada uno de los casos que puedan ocurrir y que se encuentran determinados en la Constitución y en la *Ley del Control Constitucional*; entendiéndose claro está que, la legitimación es de alguna manera el vínculo que existe entre quien promueve el amparo y el acto u omisión denunciado como violatorio de los derechos constitucionales.

Dentro del estudio de los requisitos de la acción, el autor analiza con gran profundidad la legitimación pasiva, aunque ha preferido señalar que en el amparo no existen propiamente partes procesales, ya que en realidad en él solo están el accionante y el juez constitucional. Refiere las autoridades públicas de las que puede emanar el acto o la omisión recurrida; análisis dentro del cual debe recalcarse, las opiniones que vierte sobre la naturaleza jurídica de los dictámenes del Procurador General del Estado y su impugnabilidad mediante acción de amparo constitucional; en el caso aprecia que esta forma de expresión de la administración consultiva del Estado no se encuadra en la característica de un acto administrativo, ni en el de simple administración, encasillándole en lo que el define como *acto sui géneris*, a base de la valiosa interpretación que respecto al tema desarrolla, para concluir que, siendo un acto, es posible tutelar los derechos constitucionales vulnerados por el mismo a través del amparo constitucional.

Con erudición el autor establece que la ilegitimidad referida en la Constitución no se relaciona con las circunstancias del entorno político sino sus cualidades jurídicas; para luego señalar como causas de ilegitimidad a vicios que afectan la competencia, el contenido, el procedimiento, la causa, o, la motivación, en lo relacionado con el acto recurrido; para esbozar luego el caso de la omisión recurrida, empatándola con el análisis del silencio administrativo; concluyendo que, la omisión en realidad no puede ser suspendida, por lo que la resolución se orientará a ordenar que la autoridad abandone su incuria y tome la decisión que está obligada en derecho.

Es muy adecuada la casuística que trae el texto para determinar los casos en que el amparo constitucional resulta improcedente; ya que analiza con sobrados argumentos lógico-jurídicos los vicios que las mismas peticiones pueden traer en sus argumentos. Hace hincapié en la improcedencia del amparo cuando se atacan actos extintos, decisiones judiciales, actos de efecto *erga omnes*, o, cuando se esconde una acción de inconstitucionalidad o de ilegalidad del acto administrativo, entre otros cuyas materias no han sido asignadas al amparo; y que, en realidad seguirán hallándose en la medida en que este recurso cautelar y tutelar de los derechos constitucionales vaya sembrando más raíces en el país.

El autor no ha descuidado en el texto exteriorizar su pensamiento sobre la residualidad del amparo, la competencia para su conocimiento y resolución, su procedimiento en cada instancia, entre otros aspectos estimados como indispensables para completar sus ideas sobre esta materia tan nueva en el Ecuador.

No puede dejar de comentarse que el libro tiene un trazo didáctico de enorme utilidad, pues el método usado, la bibliografía recurrida y sobre todo el lenguaje sencillo, permiten al lector introducirse en la materia con suma facilidad y, mejor aún, comprender sin dificultades los análisis jurídico-doctrinarios que sin descuidar la profundidad del estudio, ha hecho el autor en el valioso libro que ha sido comentado.

El legítimo interés para oponerse a una solicitud de patente de invención en la jurisprudencia comunitaria andina

*Xavier Gómez Velasco**

El presente artículo estudia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el concepto de *legítimo interés* necesario para oponerse a una solicitud de patente de invención. Ante la insuficiencia de referentes específicos en esta materia, se estudian también los pronunciamientos del Tribunal sobre este mismo concepto en el campo del derecho marcario. De este modo, el autor sostiene que no se ha realizado, en la mayoría de las veces, la debida diferenciación entre *legitimado* para formular oposición, y *fundamento* de ésta. La identificación de estos extremos de análisis en la jurisprudencia comunitaria andina, junto con el recurso al derecho administrativo y la doctrina y jurisprudencia del derecho de la propiedad industrial, demuestran que dicha *legitimación* obedece al perjuicio que puede resultar para el oponente, en caso de que el privilegio sea otorgado, y que el *fundamento* de su oposición, al menos en principio, puede constituir cualquier norma jurídica que discipline la actuación administrativa para la concesión de la solicitud de patente. Por tanto, la titularidad de un derecho subjetivo no es necesaria ni para legitimar la intervención del oponente ni para fundar su oposición.

FORO

INTRODUCCIÓN

Dentro del trámite de otorgamiento de una patente de invención –así como de otros derechos de propiedad industrial–, existe la facultad a favor de “quien tenga legítimo interés”¹ de formular oposición² al privilegio solicitado. No obstante

* Consultor y abogado en libre ejercicio, especialista en Derecho de la propiedad intelectual. La dirección a la que pueden dirigírsele inquietudes o comentarios es xgomezv@ipgomez.com.

1. El art. 42 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que contiene el denominado Régimen Común sobre Propiedad Industrial, dispone, en su inciso primero: “Dentro del plazo de sesenta días siguientes

la importancia del concepto de legítimo interés, éste ha recibido escaso tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la –actual– Comunidad Andina.³ Si bien los pronunciamientos de dicho Tribunal respecto de este concepto aplicado al campo de solicitudes de registro de marcas –aplicables *mutatis mutandi* a los trámites de concesión de patentes de invención– son abundantes, hallar consistencia en ellos requiere de cierto análisis.

A tal propósito, es imprescindible el recurso al derecho administrativo y a la doctrina y jurisprudencia del derecho de la propiedad industrial para llegar a caracterizar el concepto de legítimo interés. De este modo, se obtienen dos asertos. Primero, el legítimo interés concede legitimación al oponente para intervenir en el trámite de concesión de una patente. Segundo, quien está legitimado para formular dicha oposición puede fundamentarla –al menos, en principio– en cualquier norma jurídica atinente a la actuación que la Administración debe seguir para otorgar el privilegio solicitado. Así las cosas, la titularidad de un derecho subjetivo –como una patente ya concedida o una solicitud previa– por parte del oponente no es imprescindible ni para legitimar su intervención ni para fundarla. Estos dos ejes de análisis, *legitimación y fundamento*, están presentes en la jurisprudencia del Tribunal Andino, aunque de manera indiferenciada, lo cual dificulta la correcta caracterización del concepto en estudio.

Dentro de este marco, el presente trabajo parte de la evolución de la normativa comunitaria andina en materia de oposiciones a solicitudes de concesión de derechos de propiedad industrial –específicamente, patentes de invención y marcas–. Segundo, se analiza la jurisprudencia sentada por el Tribunal Andino respecto del concepto de legítimo interés. Tercero, se realizan algunas consideraciones en torno de dicho concepto desde la perspectiva del derecho administrativo y la doctrina y jurisprudencia del derecho de la propiedad industrial. Por último, la conclusión ratifica los aser-

a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar por una sola vez, oposición fundamentada que pueda desvirtuar la patentabilidad de la invención”.

2. En el contexto de una solicitud de concesión de certificado de obtensor vegetal, el Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, dentro del expediente No. 02-357 RA, definió a la oposición como: “un recurso administrativo, establecido por nuestro ordenamiento jurídico con el designio de tutelar los derechos subjetivos o los intereses legítimos o directos de los obtentores, o de terceros a quienes puede perjudicar el acto impugnado; porque, el recurso, en puridad, no es sino un medio para que el administrado obtenga, en vía administrativa, la revocatoria, o la modificación, o la revisión, o la ratificación, o la extinción de dicho acto (ver: Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, 1953; o, Miguel S. Mareinhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Buenos Aires, 1982)”. César Dávila Torres, *Propiedad Industrial y Obtenciones Vegetales: Resoluciones Administrativas (agosto 2000 a julio 2003)*, Quito, 2003, p. 250. (subrayado y énfasis en original).
3. Debido a que el presente estudio gira en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, todas las referencias a “Tribunal”, “Tribunal Andino” o “Tribunal Comunitario” se entienden a dicha institución.

El legítimo interés para oponerse a una solicitud de patente de invención en la jurisprudencia...

tos presentados en el párrafo anterior, pero, además, introduce la temática de la limitación del fundamento de la oposición únicamente a determinadas normas jurídicas.

EL LEGÍTIMO INTERÉS EN LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA ANDINA

Resulta importante partir de esta evolución, pues las normas que el Tribunal Comunitario ha interpretado han variado desde su versión primigenia. A excepción del tránsito de la Decisión 85, primer conjunto de normas andinas sobre propiedad industrial, a la Decisión 311, estos cambios han sido más de redacción que de sustancia.

EL LEGÍTIMO INTERÉS EN MATERIA DE PATENTES

La Decisión 85 de la Comisión del –entonces– Acuerdo de Cartagena, dentro del trámite de otorgamiento de patentes de invención, disponía:

Artículo 17. Dentro del plazo de noventa días hábiles siguientes a la fecha de la publicación, cualquier persona podrá presentar observaciones fundamentadas que puedan desvirtuar la patentabilidad de la invención.

De manera similar, aunque introduciendo ya el concepto de legítimo interés, la Decisión 311 facultaba:

Artículo 25. Dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar por una sola vez, observaciones fundamentadas que puedan desvirtuar la patentabilidad de la invención, de conformidad con el procedimiento que al efecto disponga la legislación nacional del país miembro. Las observaciones temerarias podrán ser sancionadas si así lo disponen las legislaciones nacionales.

Idéntico texto se contenía en el art. 25 de la Decisión 313, y en el art. 25 de la Decisión 344.

Por su parte, la vigente Decisión 486 de la Comisión de la –actual– Comunidad Andina autoriza:

Artículo 42. Dentro del plazo de sesenta días siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar por una sola vez, oposición fundamentada que pueda desvirtuar la patentabilidad de la invención.

A solicitud de parte, la oficina nacional competente otorgará, por una sola vez, un plazo adicional de sesenta días para sustentar la oposición.

Las oposiciones temerarias podrán ser sancionadas si así lo disponen las normas nacionales.

Se observa, en consecuencia, que la legislación andina ha previsto, dentro del trámite de concesión de una patente de invención, las figuras de observación y de oposición. No obstante, la denominación de la figura no ha sido el rasgo definitorio, sino más bien las condiciones que las normas han impuesto para su ejercicio. En efecto, la Decisión 85 contempla la posibilidad de formular observaciones⁴ a favor de “cualquier persona”. Las Decisiones 311, 313 y 344, por su parte, permitían la formulación de observaciones a favor de quien ostentara legítimo interés. Finalmente, la Decisión 486, al exigir asimismo la condición de interesado legítimo,⁵ denominaba la figura como oposición.

En atención a los dos ejes de estudio propuesto, *legitimación* y *fundamento*, es importante anotar que, en cuanto al *legitimado* para deducir observación u oposición, la Decisión 85 atribuía tal facultad a “cualquier persona”, en tanto que las posteriores Decisiones atribuían esa facultad a “quien tuviera legítimo interés”. En el primer caso, se trata de lo que la doctrina administrativista conoce como interés simple; en el segundo, del denominado interés legítimo. En lo que respecta al *fundamento* de la observación u oposición, éste fue el mismo, “desvirtuar la patentabilidad de la invención”. Estos dos temas se desarrollan en el último capítulo de este trabajo.

EL LEGÍTIMO INTERÉS EN MATERIA DE MARCAS

El recurso al derecho marcario, tanto su desarrollo normativo como también su doctrina y jurisprudencia, es imperioso dada la escasez de materiales en el campo específico del derecho de patentes.

4. La Decisión 85 también contemplaba la figura de la oposición, para el caso siguiente: “Artículo 7. Si en la solicitud de una patente se comprende una invención que se ha sustraído al inventor o a sus causahabientes, o es el resultado del incumplimiento de una obligación contractual o legal, el perjudicado podrá reclamar la calidad de verdadero titular dentro del lapso de noventa días hábiles, siguientes a la fecha de la publicación de la solicitud de la patente o en acción judicial, si ésta hubiere sido ya concedida y el interesado no hubiera alegado ese derecho en la vía administrativa. En caso de la *oposición* prevista en este artículo, recibida ésta por la Oficina Nacional Competente, se remitirá al órgano jurisdiccional competente. En esta oportunidad el solicitante de la patente, previa citación, contestará la oposición conforme lo establecido en el procedimiento del respectivo país miembro. La acción prevista solo podrá intentarse dentro de los dos años siguientes al otorgamiento de la patente” (resaltado añadido).

5. En el presente artículo, se toman las expresiones “legítimo interés” e “interés legítimo” como equivalentes.

En relación con las solicitudes de registro de marcas, la Decisión 85 disponía:

Artículo 65. Si la solicitud no mereciere observaciones o fuere complementada debidamente, se ordenará la publicación de un extracto, por una vez, en el órgano de publicidad que determine la legislación interna del respectivo país miembro.

Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación cualquier persona podrá oponerse al registro de la marca.

A su turno, la Decisión 311 autorizaba:

Artículo 82. Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga legítimo interés, podrá presentar observaciones a la concesión de la marca solicitada.

Idéntica norma se contenía en el art. 82 de la Decisión 313.

En cuanto a la Decisión 344, ésta facultaba:

Artículo 93. Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga legítimo interés, podrá presentar observaciones al registro de la marca solicitado.

A los efectos del presente artículo, se entenderá que también tienen legítimo interés para presentar observaciones en los demás países miembros, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los países miembros.

Por último, la Decisión 486 prescribe:

Artículo 146. Dentro del plazo de treinta días siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar, por una sola vez, oposición fundamentada que pueda desvirtuar el registro de la marca...

En complemento de esta disposición, también establece:

Artículo 147. A efectos de lo previsto en el artículo anterior, se entenderá que también tienen legítimo interés para presentar oposiciones en los demás países miembros, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los países miembros. En ambos casos, el opositor deberá acreditar su interés real en el mercado del país miembro donde interponga la oposición, debiendo a tal efecto solicitar el registro de la marca al momento de interponerla.

Se aprecia, de manera similar al caso del trámite de otorgamiento de una patente de invención, el uso de las dos figuras: oposición y observación. Efectivamente, la Decisión 85 trataba de oposiciones por parte de “cualquier persona”, en tanto que las Decisiones 311, 313 y 344 se referían a observaciones.⁶ En estas últimas, eso sí, se exigía la condición de legítimo interesado. Por último, la Decisión 486 denomina a esta figura como oposición, y exige también la titularidad de legítimo interés.

En lo que corresponde al *legitimado* para formular observación u oposición, son válidas, en este punto, las conclusiones extraídas del acápite precedente. No obstante, se debe anotar que, en lo que respecta al *fundamento* de la observación u oposición dentro del trámite de registro de marcas, no se ha realizado precisión alguna –como sí ha sucedido en tratándose de trámites de concesión de patentes de invención, donde se lo ha limitado a “desvirtuar la patentabilidad de la invención”–.

LA EVOLUCIÓN NORMATIVA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ANDINA

El Tribunal Comunitario ha distinguido entre oposición y observación en materia de trámite de registro de signos marcas.⁷ Así, ha señalado:

La figura de la *oposición* contemplada por la Decisión 85, otorgaba el derecho de oponerse a la solicitud de registro, a cualquier persona; la nueva figura de las *observaciones*

-
6. No obstante, también se mencionaba a la figura de la oposición. De este modo, la Decisión 311 disponía: “Artículo 99. La oficina nacional competente cancelará el registro de una marca, a solicitud de cualquier persona interesada y previa audiencia del titular de la misma, cuando después de efectuado éste, y sin motivo justificado, la marca no se hubiese utilizado en alguno de los países miembros, por su titular o por el licenciatario de éste, durante los cinco años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. La cancelación de un registro por falta de uso de la marca también podrá solicitarse como defensa en un procedimiento de infracción, *de oposición* o de nulidad interpuestos con base en la marca no usada” (cursivas añadidas). Similar disposición se contenía en el art. 98 de la Decisión 313.

Empero, la Decisión 344 señalaba: “Artículo 108. La oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de cualquier persona interesada, cuando sin motivo justificado, la marca no se hubiese utilizado en al menos uno de los países miembros, por su titular o por el licenciatario de éste, durante los tres años consecutivos procedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. La cancelación de un registro por falta de uso de la marca también podrá solicitarse como defensa en un procedimiento de infracción, *de observación* o de nulidad interpuestos con base en la marca no usada...” (cursivas añadidas.)

7. Erráticamente, también las ha asemejado: “ ‘La oposición es, en términos generales, la petición que formula un tercero o una parte interesada, para que la autoridad competente niegue el derecho cuya concesión se solicita, en razón de que la invención, el diseño industrial o el signo distintivo, no reúne los requisitos de ley o bien infringe un derecho previamente constituido’ (‘Procedimientos de Propiedad Industrial’, Ricardo Metke, Bogotá 1994, p. 61). El término oposiciones como es conocido, ha sido modificado y en la Decisión 344 la institución que rige para oponerse al registro de una marca es la de las ‘observaciones’, cuya filosofía u objetivo es el mismo perseguido por las ‘oposiciones’ en la Decisión 85”. Proceso 32-IP-96, GOAC No. 279, de 25 de julio de 1997, p. 26.

consagrada en la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena confiere ese derecho solo a la persona que tenga legítimo interés en el registro, lo cual deberá acreditar ante la oficina nacional competente⁸ (énfasis en original).

En línea con esta distinción, ha añadido:

La Decisión 85 exige, por tanto, la existencia de un *simple interés* en quien pretenda oponerse al registro de un signo como marca, criterio de legitimación que será restringido en las Decisiones posteriores, puesto que en ellas se exigirá demostrar un *interés legítimo*, del cual se encuentra provisto tanto el titular de una marca registrada, ante el intento de registrar otra idéntica o similar, como quien haya formulado primero la solicitud.

Cabe agregar que “la oposición regulada por los artículos 65 inciso segundo y 66 de la Decisión 85 fue sustituida por las Decisiones 311 y 313 y ésta a la vez fue reemplazada por la 344 que eliminaron la oposición y en su lugar legislaron sobre la figura de las observaciones, cuyo origen, naturaleza y competencia resultan distintos. (...) *En cuanto al sujeto de la acción hay diferencias pues mientras la norma primeramente citada otorgaba el derecho de oponerse a la solicitud de registro, a cualquier persona, el artículo 93 de la Decisión 344 lo confiere a la persona que tenga legítimo interés en el registro (...)*” (Sentencia dictada en el expediente No. 02-IP-94, del 4 de julio de 1994, publicada en la G.O.A.C. No. 163, del 12 de septiembre del mismo año, caso “NOEL”)⁹ (énfasis añadido).

De este modo, ha precisado:

[L]a oposición, figura regulada por los artículos 65 inciso segundo y 66 de la Decisión 85, (...) fue sustituida por las Decisiones 311 y 313 y éstas a la vez reemplazadas por la 344, Decisión en la cual la oposición es substituida por la figura de la *observación*.

La *oposición* fue concebida como el derecho de que gozan los Titulares de una marca notoria o debidamente registrada, para oponerse a la solicitud de registro de otra, cuando parezca que es imitación de aquella. Bien sea porque la marca que se pretende registrar tiene igual o similar forma gráfica o fonética o, presenta signos de identidad o semejanza susceptibles de causar confusión al consumidor (Proceso 02-IP-94 G.O. No. 163 de 12 de septiembre de 1994).

Las *observaciones* de conformidad con los artículos 93, 94 y 95 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena puede formularlas cualquier persona que tenga legítimo interés respecto de “la solicitud de registro de una marca cuando sea poseedor de una marca idéntica o similar para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error” (Proceso 02-IP-99 G.O. No. 163 de 12 de septiembre de 1994)¹⁰ (énfasis en original).

8. Proceso 23-IP-99, GOAC No. 497, de 18 de octubre de 1999, p. 7.

9. Proceso 156-IP-2004, GOAC No. 1171, de 3 de marzo de 2005, p. 36.

10. Proceso 23-IP-99, GOAC No. 497, de 18 de octubre de 1999, p. 7.

En línea con los dos extremos de análisis que se presentan en este estudio, *legitimación y fundamento*, en los dos primeros pronunciamientos que anteceden, el Tribunal Andino ha centrado su atención en el primero. Así, las dos primeras citas giran alrededor del *legitimado* para presentar observación u oposición (“sujeto de la acción”, a decir del Tribunal), mas no del *fundamento* de la oposición. A este extremo está dedicada la tercera de ellas. De este modo, el Juez Andino ha puesto de relieve –de manera concordante con lo señalado al final del acápite anterior– que, bajo la Decisión 85, el *legitimado* era quien ostentaba un interés simple, en tanto que, en las Decisiones posteriores, se precisaba –y se precisa– de interés legítimo.

LA EVOLUCIÓN NORMATIVA SEGÚN EL LEGISLADOR ANDINO

Los documentos que dan cuenta de los procesos de expedición de las diversas Decisiones andinas, que han normado lo relativo a la propiedad industrial, no ofrecen una definición de legítimo interés. No obstante, existen ciertas discusiones de las que se pueden derivar algunas apreciaciones.

En el informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales de Alto Nivel sobre Propiedad Industrial,¹¹ que sirvió de antecedente a la expedición de la Decisión 311, aparece que la redacción propuesta en torno del tema de las observaciones a las solicitudes de patentes fue:

ARTÍCULO 21. Dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de la publicación, *cualquier persona a quien se le afecten sus derechos*, podrá presentar por una sola vez, observaciones fundamentadas que puedan desvirtuar la patentabilidad de la invención, de conformidad con el procedimiento que al efecto disponga la legislación nacional del país miembro. Las observaciones temerarias podrán ser sancionadas si así lo disponen las legislaciones nacionales¹² (énfasis añadido).

De manera similar, para el caso del trámite de registro de marcas, el texto propuesto fue:

ARTÍCULO 70. Dentro del mes siguiente de la publicación y de conformidad con la reglamentación establecida por cada país miembro, *cualquier persona que se vea afectada*

11. Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales de Alto Nivel sobre Propiedad Industrial / 11-13 de septiembre de 1991 / Lima Perú / JUN/REG.PI/IV/Informe / 20 de septiembre de 1991.

12. *Ibidem*, p. 34.

El legítimo interés para oponerse a una solicitud de patente de invención en la jurisprudencia...

da en sus derechos podrá presentar oposición por escrito a la concesión de la marca solicitada previo el pago de la tasa correspondiente¹³ (énfasis añadido).

Se advierte, en consecuencia, que las redacciones propuestas, en tratando del *legitimado* para deducir observación, legitimaban la intervención, no de interesados legítimos, sino –al parecer– de titulares de derechos subjetivos –categoría distinta, según se explica en el capítulo cuarto de este trabajo–. Esta conclusión se refuerza con la consideración de que, de las causales propuestas para el rechazo de las observaciones, dos de ellas se relacionaban con la titularidad de derechos subjetivos. En efecto, se propuso:

ARTÍCULO 73. Cumplido el término para presentar oposición, la Oficina Nacional competente rechazará aquellas oposiciones que cumpliendo con los requisitos establecidos estén comprendidas en algunos de los siguientes casos:

1. Cuando la oposición fuere presentada extemporáneamente.
2. *Cuando se fundamente la oposición en una solicitud de fecha posterior a la petición de registro de marca a la cual se opone.*
3. *Cuando la oposición se base en marcas evidentemente distintas o que pertenezcan a clases disímiles, a menos que la solicitud pudiese causar a su titular un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial de la marca o de un aprovechamiento injustificado de ésta.*
4. Cuando la oposición se fundamente en convenios o tratados no vigentes en el país miembro en el cual se tramita la solicitud de registro de marca.
5. Cuando las oficinas nacionales competentes consideren que las oposiciones son dilatorias y no tengan ningún fundamento en la ley¹⁴ (énfasis añadido).

Posteriormente, en la Propuesta de la Junta sobre Régimen Común de Propiedad Industrial,¹⁵ se encuentra la siguiente redacción:

ARTÍCULO 23. Dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de la publicación, *quien tenga legítimo interés*, podrá presentar por una sola vez, observaciones fundamentadas que puedan desvirtuar la patentabilidad de la invención, de conformidad con el procedimiento que al efecto disponga la legislación nacional del país miembro. Las observaciones temerarias podrán ser sancionadas si así lo disponen las legislaciones nacionales¹⁶ (énfasis añadido).

13. *Ibídem*, p. 47.

14. *Ibídem*, pp. 47-48.

15. JUN/Propuesta 247 / 28 de octubre de 1991.

16. *Ibídem*, p. 6.

De manera concordante, para el caso del trámite de registros marcas, se dispuso:

ARTÍCULO 75. Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación, *cualquier persona que tenga legítimo interés*, podrá presentar oposición por escrito a la concesión de la marca solicitada¹⁷ (énfasis añadido).

En este punto es importante destacar que, sin embargo de que la *legitimación* para deducir observaciones se extendió de titulares de derechos subjetivos a titulares de legítimos intereses –pues, como se expone más adelante, el concepto de interés legítimo es más amplio y comprende al de derecho subjetivo–, las causales de rechazo de las observaciones continuaron fundándose en la titularidad de derechos subjetivos.¹⁸ Ésta podría ser una de las razones que han llevado a una interpretación restrictiva –y errada– según la cual únicamente los titulares de derechos subjetivos podían formular oposición –antes observación–.

Entre los trabajos que condujeron a la Decisión 344, se encuentra el Informe de la Quinta Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Propiedad Industrial.¹⁹ En él, se da cuenta de la propuesta de Venezuela de incluir en las redacciones de los arts. 25 y 82 de la Decisión 313, relativos, en su orden, a las observaciones dentro de los trámites de concesión de patentes y de registro de marcas, las frases “quien tenga interés personal, legítimo y directo” y “cualquier persona que tenga interés personal, legítimo y directo”.²⁰ Es posible asumir que la introducción de los calificativos “personal” y “directo” implicaba un endurecimiento de las condiciones que definen al legítimo interés.²¹ De acuerdo con el Informe de la Sexta Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Propiedad Industrial,²² las propuestas modificatorias venezolanas

17. *Ibidem*, p. 18.

18. Ver arts. 25, 82 y 83 de las Decisiones 311 y 313; y, arts. 25, 93 y 94 de la Decisión 344.

19. Quinta Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Propiedad Industrial / 10-12 de febrero de 1993 / Caracas-Venezuela / JUN/REG. PI/V/Informe Final / 17 de febrero de 1993.

20. *Ibidem*, pp. 14-37.

21. Ver Fernando Garrido Falla, “Interés Legítimo”, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, S.A., 1968, tomo XII, p. 224; y, Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, 13a. ed., Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1999, vol. I, p. 159 (este último autor se refiere a sentencias del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de España que interpretaron los calificativos “personal” y “directo” con mayor rigurosidad que el de “legítimo”).

No obstante, si se considera, junto con Héctor Jorge Escola (*Tratado General de Procedimiento Administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981, p. 187) que “el interés legítimo se califica como personal y directo cuando se trata de un interés particular, referido al sujeto, y por tanto distinto del mero interés administrativo de que se cumpla la ley”, dichos calificativos poco –o, nada– añaden al concepto de interés legítimo, de acuerdo con lo que se explica en el capítulo cuarto de este artículo.

22. Sexta Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Propiedad Industrial / 24-26 de marzo de 1993 / Caracas-Venezuela / JUN/REG. PI/VI/Informe / 31 de marzo de 1993.

El legítimo interés para oponerse a una solicitud de patente de invención en la jurisprudencia...

no fueron adoptadas.²³ De este modo, en el Informe de la Séptima Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Propiedad Industrial,²⁴ se mantuvo la expresión “legítimo interés” en los arts. 25 y 82 de la Decisión 313.²⁵

Los trabajos que desembocaron en la expedición de la –vigente– Decisión 486 ofrecen una discusión del concepto de legítimo interés. Así, en el Informe de la Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales en materia de Propiedad Industrial,²⁶ aparece el siguiente relato:

En lo sustutivo, Venezuela, Colombia y Ecuador coincidieron en expresar que existe un problema con la denominación del recurso, ya que lo que actualmente existe como observación en realidad es una oposición, palabra más acertada para definir la figura incluida en la Decisión 344.

Sobre este tema la Secretaría General recordó que el cambio en el término utilizado se debió a un problema que existía con la antigua legislación del Ecuador, que remitía las oposiciones al Poder Judicial y dejaba la observación para su revisión en la instancia administrativa. Preguntado Ecuador sobre la vigencia de dicho problema a la luz de la nueva ley nacional, el delegado ecuatoriano expuso que ese problema se había superado, pues es la administración la que ahora tramita ambos recursos.

.....

En lo referente a la Decisión 344, [la Secretaría General] indicó que en sustancia se trata de una oposición con nombre de observación, ya que era posible admitir la traba de una litis en el procedimiento de patente...

Luego de la etapa de intercambio de opiniones entre los países, se acordó posponer la discusión para la siguiente reunión, con el propósito de reflexionar sobre el tema [de la oportunidad de la oposición en materia de patentes]. *En todo caso, quedó expresado que se mantendría la figura de la observación, entendiéndola como “las informaciones oficiosas de cualquier interesado que no generan obligación de considerarlas para la administración y que no están sujetas a plazo” y mantener todavía las oposiciones, como el recurso reservado a personas que sí tienen que tener legítimo interés y son parte en el procedimiento*²⁷ (cursivas añadidas).

23. *Ibidem*, pp. 13-26.

24. Séptima Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Propiedad Industrial / 12-14 de julio de 1993 / Lima-Perú / JUN/REG. PI/VII/Informe / 19 de julio de 1993.

25. *Ibidem*, pp. 15-33.

26. Cuarta Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Propiedad Industrial / 30-31 de julio de 1998 / Santafé de Bogotá-Colombia / SG/REG. PI/IV/Informe / 15 de septiembre de 1998.

27. *Ibidem*, pp. 3-4.

En línea con lo anterior, se propusieron sendas redacciones:

Artículo... Dentro del plazo de treinta días siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés podrá presentar, por una sola vez, oposiciones fundamentadas que puedan desvirtuar el registro de cualquiera de los elementos de la propiedad industrial previstos en esta Decisión, de conformidad con lo que al respecto disponga la legislación nacional del país miembro.

El plazo para presentar oposiciones podrá ser prorrogado por una sola vez y a petición de parte, hasta por sesenta días adicionales.

Los países miembros podrán sancionar las oposiciones temerarias con multas administrativas no inferiores al monto equivalente a la tasa de registro que resulte aplicable. Dichas multas procederán sin perjuicio de la acción por daños y perjuicios que pudiera corresponderle al perjudicado.

Artículo... No obstante lo anterior, se podrán presentar observaciones fundamentadas sobre aspectos sustantivos o de procedimiento que se consideren irregulares o ilegales, en cualquier momento del trámite y hasta antes del pronunciamiento de la autoridad nacional competente. La autoridad podrá tener en cuenta tales observaciones en su pronunciamiento, si a su juicio ello fuera pertinente.

Las observaciones serán tratadas como informaciones oficiosas y por lo tanto no atribuirán la calidad de parte en el procedimiento a quien las presente, ni le generarán derecho alguno en el procedimiento.²⁸

Estas propuestas modificatorias se mantuvieron en el Informe de la Quinta Reunión de Expertos en materia de Propiedad Industrial,²⁹ con correcciones menores.³⁰

De acuerdo con los extremos de análisis propuestos, *legitimación y fundamento*, los antecedentes reseñados se encuentran dentro de la órbita del *legitimado* para deducir oposición. Así, la discusión transcrita del penúltimo informe distingue entre interés simple e interés legítimo, facultando la presentación de oposiciones únicamente al titular de este último.

28. *Ibidem*, pp. 16-17.

29. Quinta Reunión de Expertos sobre Propiedad Industrial / 26-27 de octubre de 1998 / Lima-Perú / SG/REG. PI/V/Informe / 17 de febrero de 1999.

30. *Ibidem*, pp. 21-22.

El legítimo interés para oponerse a una solicitud de patente de invención en la jurisprudencia...

EL LEGÍTIMO INTERÉS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA ANDINA

EN EL DERECHO MARCARIO

El campo del derecho marcario es donde se encuentra el mayor número de pronunciamientos del Tribunal Comunitario en cuanto a la noción de legítimo interés. La importancia de estos fallos radica en que –conforme se anticipó al inicio de este trabajo– son aplicables, *mutatis mutandi*, al derecho de patentes. Más todavía, son referente forzoso ante la ausencia de materiales específicos en este ámbito.

En una de las sentencias donde el Tribunal Andino desarrolló extensamente el tema del legítimo interés, necesario para formular observación a una solicitud de marca, sentó:

La oposición es, en términos generales, la petición que formula un tercero o una parte interesada, para que la autoridad competente niegue el derecho cuya concesión se solicita, en razón de que la invención, el diseño industrial o el signo distintivo, *no reúne los requisitos de ley o bien infringe un derecho previamente constituido* (“Procedimientos de Propiedad Industrial”, Ricardo Metke, Bogotá 1994, p. 61). El término oposiciones como es conocido, ha sido modificado y en la Decisión 344 la institución que rige para oponerse al registro de una marca es la de las “observaciones”, cuya filosofía u objetivo es el mismo perseguido por las “oposiciones” en la Decisión 85³¹ (las cursivas son nuestras).

Consecuentemente, el Tribunal añadió:

Un escrito de observación a una marca puede *fundarse en cualquiera de las causales de irregistrabilidad determinados (sic) en los artículos 82 y 83 de la Decisión 344*; en el primero se agrupan las causales “que se refieren a la distintividad del signo en sí mismo considerado y que se denominan por la doctrina causales absolutas de irregistrabilidad; el art. 83 comprende las llamadas causales relativas de irregistrabilidad, que se refieren a los casos en que el signo que se solicita como marca infringe el derecho de terceros. No obstante no existe una regulación coherente con tal clasificación, pues se le da el mismo tratamiento procedural a uno y otro tipo de causales, y en cualquier caso se exige que el opositor tenga un legítimo interés”. (Ricardo Metke, *ibidem*, p. 77)³² (las cursivas son nuestras).

31. Proceso 32-IP-96, GOAC No. 279, de 25 de julio de 1997, p. 26.

32. *Ibidem*.

Hasta este punto, y dentro de la escisión que guía el presente análisis, el pronunciamiento del Tribunal fue alrededor del *fundamento* de la observación, mas no de la *legitimación* para formularla.

Después, el Tribunal afirmó categóricamente:

El artículo 95 de la Decisión 344, posibilita la presentación de observaciones, es decir, concede legitimación activa para tal hecho, a quien tenga “legítimo interés” y *quien tenga tal interés no puede ser otro que quien se siente perjudicado*³³ (énfasis añadido).

En refuerzo de esta interpretación, el Tribunal recurrió a varios tratadistas del derecho de la propiedad industrial³⁴ –cuyos planteamientos son estudiados en el siguiente capítulo–, para concluir:

En el sistema Andino, tampoco se podría asimilar las observaciones a una acción popular, por el concepto mismo de legítimo interés que no abarca a la violación de la norma por sí sola.

No es lo mismo la presentación de las observaciones exigiendo el cumplimiento del requisito del interés legítimo, al hecho de que aquellas prosperen administrativamente, consecuencia que se regulará en el caso de los “derechos subjetivos” por los derechos preferentes que demuestre el oponente en el proceso administrativo, y en el de los intereses legítimos por la especial situación de hecho que acredice, la cual le permite precisamente acceder al rango también privilegiado de interesado legítimo³⁵ (énfasis añadido).

En estos últimos párrafos, el Tribunal centró su atención, no ya sobre el *fundamento* de la observación, sino sobre la *legitimación* para formularla. Así, condicionó –como lo hace la doctrina administrativista, según se presenta más adelante– el legítimo interés a la existencia de un perjuicio, y lo distinguió del interés simple.

Ahora bien, no diferenciar entre *legitimado* para presentar observación, y *fundamento* para hacerlo, conduce a apreciar erradamente otras resoluciones del Tribunal Comunitario. Así, al contrario de la interpretación transcrita, existe también jurisprudencia del Tribunal –y más abundante que la anterior– en que aparentemente se habría limitado el concepto de legítimo interés a dos categorías: titulares de registros marcasarios y solicitantes previos de dichos registros.³⁶ En efecto, el Tribunal ha señalado:

33. *Ibidem*, p. 27.

34. *Ibidem*, pp. 27-28.

35. *Ibidem*, p. 28.

36. Interpretando lo dicho por el Tribunal dentro del Proceso 2-IP-94, Jesús A. López Cegarra (“Guía para el procedimiento de registro de una marca en el Régimen Común de Propiedad Industrial Andino”, en *Temas Marcarios para la Comunidad Andina de Naciones*, Caracas, Livrosca, 1999, pp. 238-239) llega a la misma conclusión.

La legislación comunitaria andina contempla la posibilidad de que cualquier persona, que tenga legítimo interés, pueda presentar observaciones al registro de la marca solicitada.

Según ella, *se considera que tiene legítimo interés para presentar las observaciones tanto el titular de una marca registrada ante el intento de registrar otra idéntica o similar, así como quien solicitó primero el registro de la marca*³⁷ (resaltado añadido).

También existen ocasiones –raras, eso sí– en las que el Tribunal Andino ha limitado expresamente la condición de legítimo interesado a las dos categorías indicadas. De esta forma, ha dicho:

De ello se sigue que quien pretenda presentar las observaciones está obligado a demostrar, por los medios idóneos, que se encuentra en *alguna de las dos circunstancias acreditantes del legítimo interés*, esto es, que tiene el carácter de titular de una marca registrada o que ha solicitado, con propiedad [léase, prioridad] en el tiempo respecto del signo a cuyo registro se opone, la concesión de la marca en la que fundamenta su derecho a oponerse al registro de la otra³⁸ (las cursivas son nuestras).

En otras sentencias, el Tribunal ha considerado también a la titularidad sobre otros títulos de propiedad industrial además de registros marcarios.³⁹

El rasgo característico de estos pronunciamientos radica en que tratan del *fundamento* de la observación, mas no de la *legitimación* para deducirla. Pasar por alto la línea que divide estos dos ejes de análisis, lleva a la conclusión –errónea– de que únicamente los titulares de derechos subjetivos tendrían legítimo interés, conclusión que

37. Proceso 31-IP-1999, R.O. No. 4 de 27 de enero de 2000, p. 26. Ver también: Proceso 37-IP-1999, R.O. No. 4 de 27 de enero de 2000, p. 31; Proceso 42-IP-99, R.O. No. 7 de 1 de febrero de 2000, p. 29; Proceso 80-IP-2001, R.O. No. 598 de 17 de junio de 2002, p. 26; Expediente 15-IP-2002, R.O. No. 615 de 10 de julio de 2002, p. 28; Proceso 73-IP-2001, R.O. No. 617 de 12 de julio de 2002, p. 35; Proceso 33-IP-2000, JTJCA, tomo X, p. 194; Proceso 34-IP-2002, R.O. No. 660 de 11 de septiembre de 2002, p. 33; Proceso 79-IP-2002, R.O. No. 716 de 2 de diciembre de 2002, p. 31; Proceso 48-IP-2002, R.O. No. 43 de 19 de marzo de 2003, p. 37; Proceso 88-IP-2002, R.O. No. 45 de 21 de marzo de 2003, p. 30, Proceso 158-IP-2004, GOAC No. 1171, de 3 de marzo de 2005, p. 45; Proceso 81-IP-2004, GOAC No. 1116, 10 de septiembre de 2004, p. 18; Proceso 115-IP-2004, GOAC No. 1173, de 10 de marzo de 2005, p. 15; Proceso 11-IP-2005, GOAC No. 1177, de 22 de marzo de 2005, p. 22; Proceso 28-IP-2005, GOAC No. 1190, de 4 de mayo de 2005, p. 11; Proceso 42-IP-2005, GOAC No. 1210, de 24 de junio de 2005, p. 18; Proceso 80-IP-2005, GOAC No. 1228, de 9 de agosto de 2005, p. 33; Proceso 149-IP-2005, GOAC No. 1266, de 23 de noviembre de 2005, p. 28.

38. Proceso 40-IP-2002, R.O. No. 641 de 15 de agosto de 2002, p. 34. Ver también Proceso 59-IP-2002, R.O. No. 675 de 2 de octubre de 2002, p. 28.

39. “Durante el procedimiento para el registro de un signo como marca, cualquier persona provista de interés legítimo podrá, en la oportunidad prevista en el artículo 93 de la Decisión 344, presentar observaciones a la solicitud de registro, bien sobre la base de un signo solicitado previamente para su registro como marca, en el territorio de cualquiera de los países miembros, de un signo ya registrado como marca, o de un signo protegido como *nombre comercial*”. Proceso 59-IP-2005, GOAC No. 1124, de 2 de agosto de 2005, p. 32 (las cursivas son nuestras) Ver también el Proceso 190-IP-2005, GOAC No. 1285, de 17 de enero de 2005, p. 14.

es contraria a los precedentes jurisprudenciales reproducidos con anterioridad dentro de este mismo acápite y al concepto de interés legítimo según el derecho administrativo –concepto que se estudia en el capítulo que sigue–.

Así, en otras ocasiones, el Tribunal Comunitario ha brindado esta definición:

Según el artículo 93 de la Decisión 344, la observación la puede realizar cualquier persona que tenga legítimo interés, por ejemplo, *quien se siente perjudicado, quien es titular de una marca registrada, quien goza de un derecho de prioridad dentro del país en el que se solicita el registro o en un país miembro diferente de donde se solicite el registro*⁴⁰ (las cursivas son nuestras).

En este último fallo, el Tribunal trata, en su orden, sobre la *legitimación* para presentar observación, y el *fundamento* que el observante pueda esgrimir, aunque lo haga sin la debida diferenciación.

Por último, en adición a esa falta de distinción entre *legitimado* para presentar observación y *fundamento* de su intervención, existe otra causa para la identificación –errada, según se ha señalado– entre legítimo interés y derecho subjetivo. Al respecto, es dable pensar que la restricción del concepto de legítimo interés a titulares y solicitantes prioritarios de registros marcas obedece a una errónea comprensión de la figura de la observación –hoy oposición– marcaría extraterritorial en los demás países miembros. En su vigente redacción, esta figura se encuentra consagrada de la siguiente manera por la Decisión 486:⁴¹

Artículo 147. A efectos de lo previsto en el artículo anterior, se entenderá que *también* tienen legítimo interés para presentar oposiciones en los demás países miembros, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los países miembros. En ambos casos, el opositor deberá acreditar su interés real en el mercado del país miembro donde interponga la oposición, debiendo a tal efecto solicitar el registro de la marca al momento de interponerla (énfasis añadido).

40. Proceso 29-IP-2002, R.O. No. 649 de 27 de agosto de 2002, p. 32. Ver también: Proceso 81-IP-2004, GOAC No. 1116, 10 de septiembre de 2004, p. 18; Proceso 144-IP-2004, GOAC No. 1173, de 10 de marzo de 2005, p. 31; Proceso 73-IP-2005, GOAC No. 1228, de 9 de agosto de 2005, p. 8.

41. Al respecto, la Decisión 344 disponía: “Artículo 93. Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga legítimo interés, podrá presentar observaciones al registro de la marca solicitado. A los efectos del presente artículo, se entenderá que *también* tienen legítimo interés para presentar observaciones en los demás países miembros, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los países miembros” (énfasis añadido).

Si bien una aprehensión incorrecta de esta figura puede ser una causa de confusión, el Tribunal Comunitario, en pocas ocasiones, ha sido muy claro al distinguir entre la observación –hoy oposición– nacional (que precisa de legítimo interés) y la observación –hoy oposición– extraterritorial dentro de la Subregión (que requiere de derecho subjetivo).⁴² De este modo, ha puntualizado:

El artículo 93 de la Decisión 344, plantea tres eventos de legitimación para la presentación de observaciones a la solicitud de registro de un signo:

1. El de la persona que tiene legítimo interés, que se acreditará ante la Oficina Nacional Competente, que es la encargada de calificar tal condición.
2. La Norma otorga legitimación para presentar observaciones en los demás países miembros al titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error.
3. A quien solicitó primero el registro en cualquiera de los países miembros.⁴³

Con todo, en lo que interesa al presente estudio, conviene destacar que el Tribunal Andino ha distinguido –aunque no siempre con precisión y claridad– entre *legitimado* para formular observación –hoy oposición– a una solicitud de registro de marca, y *fundamento* de dicha observación. En lo que interesa al *legitimado*, se ha vinculado expresamente la noción de legítimo interés con el perjuicio que pueda derivarse para el observante –hoy oponente– en caso de que se acceda al registro solicitado. Con relación al *fundamento* de la observación –hoy oposición–, se ha determinado que puede ser cualquiera de las causales de irregistrabilidad, la infracción a un derecho previo u otra causa legal.

EN EL DERECHO DE PATENTES

A diferencia de lo que ocurre en el derecho marcario, los pronunciamientos del Tribunal Comunitario sobre el legítimo interés dentro del trámite de otorgamiento de patentes de invención son escasos. De allí la necesidad, como se hizo en el acápite anterior, de recurrir a los fallos emitidos en el campo marcario.

42. Ver n. 66.

43. Proceso 18-IP-2005, GOAC No. 1192, de 6 de mayo de 2005, p. 37. Con referencia a la Decisión 486, consultar: Proceso 149-IP-2004, GOAC No. 1172, de 7 de marzo de 2005, p. 37; Proceso 153-IP-2004, GOAC No. 1172, de 7 de marzo de 2005, p. 47; Proceso 91-IP-2005, GOAC No. 1231, de 16 de agosto de 2005, p. 39. En estos últimos pronunciamientos, el Tribunal vincula a la oposición extraterritorial del titular o solicitante prioritario dentro de la Subregión con el art. 147 de la Decisión 486, no con el art. 146, que trata de la oposición nacional.

En lo que se refiere a trámites de otorgamiento de patentes de invención, en un caso que involucró la observación de una asociación local de laboratorios farmacéuticos en contra de una solicitud extranjera, el Tribunal afirmó:

Ha sido pues, en base a la situación creada por las dos sentencias citadas que se le ha negado a Laboratorios ALAFAR el derecho a presentar observaciones a la solicitud de patente. *Siendo evidente que una asociación de Laboratorios Farmacéuticos tiene, prima facie, un interés legítimo en materia de patentes farmacéuticas para recurrir u oponerse en defensa de la norma lesionada*⁴⁴ (negritas en original, cursivas añadidas).

Lo relevante del caso dentro del cual el Tribunal dictó la sentencia transcrita es que la mencionada asociación compareció impugnando una patente extranjera concedida bajo la figura del *pipeline*,⁴⁵ es decir, en contravención de la exigencia de novedad de la invención.⁴⁶ La referida asociación no compareció valiéndose de un derecho subjetivo, como sería una patente ya concedida o una solicitud previa. Por lo tanto, dentro de los ejes de análisis planteados, *legitimación y fundamento*, esta resolución se ubica dentro del *legitimado* para formular observación, mas no del *fundamento* de su participación.

En otra oportunidad, el Tribunal sentó ampliamente:

Una vez publicada la solicitud de patente, quien se crea en el legítimo interés para oponerse a las pretensiones de patentabilidad de esa invención puede ejercer su derecho para presentar observaciones fundamentadas por una sola ocasión dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de publicación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Decisión 344.

Las observaciones deben ser presentadas oportunamente y *basadas en argumentos que se encuentren fundamentados en las normas vigentes, sea desvirtuando los requisitos de patentabilidad o sea señalando que está incursa en una de las prohibiciones de patentabilidad o que de conformidad con las normas legales no sea objeto de patente*. Si el opositor no cumple con esta exigencia, las autoridades competentes de los países

44. Proceso 39-IP-98, GOAC No. 452, de 24 de junio de 1999, p. 5.

45. “El ‘pipeline’ de acuerdo con definiciones provistas por la doctrina (...) se concibe como ‘un mecanismo de transición para conceder protección de productos que no eran patentables, en países que están modificando su normativa sobre patentes.’” Proceso 25-IP-2002, GOAC No. 796, de 24 de mayo de 2003, p. 7.

46. “El principio del ‘pipeline’ no se encuentra contemplado dentro de la legislación y es contrario al de ‘novedad absoluta’ la cual debe ser aplicada por las autoridades competentes. Cualquier patente solicitada con base en él, deberá ser denegada o en su caso, la ya concedida, ser anulada.” *Ibidem*, p. 14.

Ver también Proceso 43-IP-2002, R.O. No. 48 de 26 de marzo de 2003, pp. 21-22; Proceso 69-IP-2005, GOAC No. 1304, de 7 de marzo de 2006, p. 8; Proceso 53-IP-2003, R.O. No. 262 de 29 de enero de 2004, p. 26; Proceso 217-IP-2005, GOAC No. 1309, de 20 de marzo de 2006, pp. 46-48.

El legítimo interés para oponerse a una solicitud de patente de invención en la jurisprudencia...

miembros pueden castigar a los terceros que presenten observaciones temerarias⁴⁷ (cursivas añadidas).

En atención de la persona del observante, el Tribunal también puntuó:

La figura de las observaciones constituye una eficaz ayuda para la autoridad competente, porque por medio de ella se ejerce el derecho de oposición de *terceros que pueden verse afectados por la concesión de una patente que podría violentar derechos adquiridos o estar en contra de la normatividad vigente* (énfasis añadido).⁴⁸

De esta sentencia, es importante rescatar la distinción entre *fundamento* de la observación, asunto al que está dedicada la primera cita y la parte final de la segunda, y *legitimación* para observación, situación sobre la que versa la parte media de la última cita.

Más recientemente, el Tribunal Comunitario determinó:

De conformidad con el artículo 25, cuya interpretación ha sido solicitada, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la publicación, quien tenga interés, podrá presentar observaciones fundamentadas que puedan desvirtuar la patentabilidad de la invención. Se entiende que tienen legítimo interés para presentar observaciones: el titular de una patente ya registrada, el titular de una solicitud de patente que goce de prioridad, cualquier persona natural o jurídica que considere que una patente es contraria al orden público, a la moral o a las buenas costumbres o que sean evidentemente contrarias a la salud o a la vida de las personas o de los animales, a la preservación de los vegetales o a la preservación del medio ambiente. Igualmente se podrá presentar observaciones cuando se intente patentar especies y razas animales y procedimientos esencialmente biológicos para su obtención, invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo y las invenciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.⁴⁹

Toda la enumeración que se contiene en este fallo debe entenderse referida al *fundamento* de la oposición, mas no a la *legitimación* para deducirla.

Nuevamente, se aprecia que *legitimación* y *fundamento* de la observación –hoy oposición– se encuentran presentes en la jurisprudencia comunitaria andina. La ausencia de separación entre ambas nociones, conforme se manifestó antes, dificulta la caracterización del legítimo interés. Al igual que en el caso de la jurisprudencia marcaria, la *legitimación* para observar –hoy oponerse a– una solicitud de patente obe-

47. Proceso 25-IP-2002, GOAC No. 796, de 24 de mayo de 2003, p. 10.

48. *Ibidem*, p. 14.

49. Proceso 69-IP-2005, GOAC No. 1304, de 7 de marzo de 2006, pp. 10-11.

dece al perjuicio que puede resultar para el observante –hoy oponente–. El *fundamento* de su intervención debe dirigirse a que la concesión del privilegio “podría violentar derechos adquiridos o estar en contra de la normatividad vigente”. Algunas consideraciones sobre este último punto se desarrollan en el capítulo quinto.

CONSIDERACIONES SOBRE EL LEGÍTIMO INTERÉS

Realizados los análisis precedentes, corresponde, ahora, estudiar la distinción entre *legitimado* para formular oposición y *fundamento* de su oposición según el derecho administrativo y la doctrina y jurisprudencia de la propiedad industrial.

EL LEGITIMADO PARA FORMULAR OPOSICIÓN

Pese a que pueden identificarse ciertos rasgos del concepto de legítimo interés en el derecho procesal,⁵⁰ se trata de una categoría que pertenece al derecho administrativo. En este marco, desde un punto de vista tradicional, se distingue entre *derecho subjetivo*, *interés legítimo* e *interés simple*,⁵¹ especies que corresponden esencialmente al derecho público,⁵² y cuya diferenciación obedece a una gradación de su pro-

50. La doctrina del derecho procesal trata del denominado *interés para obrar* –también conocido como *interés en la pretensión u oposición para la sentencia de fondo*–. Ver Hernando Devís Echandía, *Teoría General del Proceso*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, pp. 243-251. Este interés se traduce en que “quien formula peticiones dentro del proceso debe tener interés legítimo, serio y actual en la declaración que se persigue”. *Ibidem*, p. 71. “Es muy conocido el aforismo de que ‘quien tiene interés tiene acción’ ”. Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999, p. 69.

A decir del procesalista colombiano, “este interés hace referencia a la *causa privada y subjetiva* que tiene el demandante para instaurar la demanda, el demandado para contradecirla y el tercero para intervenir en el proceso”. Hernando Devís Echandía, *Teoría General del Proceso*, p. 244. De este modo, “el juez debe hacer un juicio de utilidad, paragonando los efectos de la providencia judicial requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica. Es decir, debe analizarse la utilidad actual, y para ello se debe indagar si la falta de providencia jurisdiccional le causa daño o perjuicio. Si hay perjuicio, hay interés para accionar o para contradecir; y si no lo hay, no existe tal interés”. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 4a. ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1996, p. 283. Ver también Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 20a. ed., Buenos Aires, Editorial Helianta S.R.L., 1981, tomo IV, p. 462.

51. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, pp. 493-495. El autor señala que el *derecho subjetivo* es “la figura subjetiva activa por excelencia, modelo histórico de ella, que se edifica sobre el reconocimiento de un poder a favor de un sujeto concreto respecto de otro, imponiéndole a éste obligaciones o deberes en su interés propio, que se puede pedir hasta con tutela judicial”, en tanto que el *interés simple* es “el que no pertenece a la esfera de las necesidades o conveniencias particulares del titular, sino sólo a la de las necesidades y conveniencias públicas. Es el interés que tiene todo particular en que la ley se cumpla”.

52. Doménico Barbero, *Sistema del Derecho Privado*, traducción de Santiago Sentís Melendo, 6a. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, tomo I, p. 186.

tección,⁵³ que parte de la exclusividad del derecho subjetivo, en un extremo, hacia la generalidad del interés simple, en el otro. Como noción previa:

Hay “interés legítimo” y no “derecho subjetivo” cuando la protección otorgada por la norma se *orienta directamente a un interés general* en que el interés privado individual encuentra una *protección ocasional, de reflejo, indirecta*⁵⁴ (cursivas en original).

De esta manera:

No todo interés jurídico envuelve para su titular un derecho subjetivo, sino que puede asumir otras formas: interés legítimo e interés simple.

En el interés legítimo hay, por lo común, una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial por tener un interés personal y directo en la impugnación del acto. El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos, de modo personal y directo. *No se trata de que el recurrente tenga un interés personalísimo en el sentido individual y exclusivo –ello implicaría acercarse a la hipótesis del derecho subjetivo–, sino de un interés individual ocasionalmente protegido.* En otros casos, se une al interés general de todos, un interés particular derivado de una situación individual.⁵⁵ (Cursivas añadidas.)

En otras palabras, el interés legítimo es un “interés individual estrictamente vinculado a un interés público y protegido por el ordenamiento solo mediante la tutela jurídica de este último interés”.⁵⁶

53. “Los intereses jurídicos, en efecto, pueden ser amparados por el ordenamiento normativo vigente de diferentes maneras, que implican una gradación en cuanto a la intensidad de dicha protección, y a la modalidad como se presta a cada individuo.” Héctor Jorge Escola, *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, vol. I, p. 192.

54. *Ibidem*, p. 187.

En esta misma línea, Guido Zanobini (*Curso de Derecho Administrativo*, traducción de Héctor Masnatta, 5a. ed., Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1949, vol. I, pp. 239-240) enseña: “Si la norma toma en consideración el interés individual por sí mismo, como interés totalmente diferente del interés general y asegura con medios idóneos su realización, dicho interés se coloca en la posición del derecho subjetivo; en cambio, si la norma toma en consideración un interés diferente del individual de que se trata, o sea un interés general, preocupándose únicamente de asegurar su satisfacción y produciendo solo como consecuencia indirecta la defensa del interés individual, este último queda en la categoría de los intereses solo indirectamente protegidos”.

Ver también Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentis Melenndo, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1943, vol. I, p. 131 (“para indicar estos varios casos de protección indirecta que el interés individual puede obtener del hecho de encontrarse en coincidencia con una norma jurídica dictada para otros fines, la doctrina, en lugar de hablar de derecho subjetivo en sentido propio, habla de ‘derechos reflejos’, ‘intereses ocasionalmente protegidos’, ‘intereses legítimos’;...”).

55. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, p. 494.

56. Guido Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 242.

Dentro de este contexto, el interés legítimo se identifica con la noción de perjuicio. Así, Escola manifiesta:

[S]e requiere que esta conducta de la administración sea debida, en virtud de la misma norma jurídica, a un sujeto determinado, pero no concretamente como tal, como titular de una relación exclusiva, sino como componente de un grupo de sujetos, diferenciando del conjunto general de la sociedad (*en caso contrario se originaría una acción popular*), pero a los cuales, en conjunto, se debe aquel comportamiento administrativo.

En último término *es preciso que el comportamiento administrativo afecte al titular de la relación jurídica, ya sea privándolo de una ventaja que le corresponda según el orden normativo, ya sea creándole una desventaja, al restringirle, suprimirle o alterarle su situación, sin que exista el debido fundamento para ello*⁵⁷ (cursivas añadidas).

Este perjuicio, y la calidad de interesado legítimo que otorga, conceden *legitimación*⁵⁸ para intervenir en un proceso administrativo. El mismo Escola enseña a este respecto:

Para que un administrado pueda válidamente intervenir en un proceso administrativo y constituirse como parte interesada, o para que pueda interponer cualquier recurso administrativo, es preciso que se encuentre legitimado para ello.⁵⁹

Respecto de dicha legitimación:

Un análisis de la doctrina más fundada permite concluir que la legitimación –entendido el concepto en un sentido restringido– surge por la circunstancia de ser el sujeto particular el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, afectados en forma efectiva o posible por relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas por la administración pública. *Es pues, la titularidad de un derecho subjetivo o la posesión de un interés legítimo lo que da lugar a que las partes queden legitimadas para intervenir en el proceso o interponer un recurso administrativo*⁶⁰ (cursivas añadidas).

57. Héctor Jorge Escola, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 186.

58. En el derecho procesal general, el denominado *interés en la pretensión u oposición para la sentencia de fondo* es distinto de la *legitimación en la causa*. Ver Hernando Devís Echandía, *Teoría General del Proceso*, pp. 263-265. No obstante, en materia de procedimientos administrativos, el interés legítimo es un factor que *legitima* la intervención. Al respecto, el maestro colombiano señala: “Tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, *en el supuesto de que aquélla o éste existan*; o ser el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica sustancial que autorice para intervenir en el proceso ya iniciado”. *Ibidem*, p. 268.

59. Héctor Jorge Escola, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 182. Ver también Juan Carlos Casagüe, *Derecho Administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002, tomo II, p. 537.

60. Héctor Jorge Escola, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 183.

Esta secuencia de razonamientos nos lleva a una conclusión importante, compuesta de varias partes. Primero, tiene legítimo interés quien puede resultar perjudicado a consecuencia de la actuación administrativa. Segundo, el legítimo interés es una categoría diferente y –en orden de gradación– de mayor amplitud que la de derecho subjetivo, y donde éste se subsume.⁶¹ Y, tercero, el legítimo interés –de la misma forma que el derecho subjetivo y el interés simple, según el caso– conceden legitimación para intervenir en un proceso administrativo.

Pues bien, la doctrina que estudia el derecho de la propiedad industrial –y la jurisprudencia a la que ella se remite– coincide con esta conclusión. En efecto, Otamendi realiza las siguientes consideraciones:

Este interés [legítimo necesario para oponerse a una solicitud], al igual que el que debe tener el solicitante de una marca, es muy amplio. No se varía el criterio vigente durante la ley anterior que admitía que *cualquier afectado que se sienta perjudicado en sus negocios y acredite un perjuicio real o posible* podría deducir oposición.

Así se ha dicho que: “El interés legítimo que requiere el art. 4 de la ley 22.362 tiene por fin prescribir (*sic*) toda resistencia cuya *ratio* consiste exclusivamente en el estricto cumplimiento de la ley, es decir en aquella oposición que únicamente persiga la consumación de la pura legalidad, pero sin comprometer la defensa de una ventaja o utilidad del oponente.

Bajo el imperio de la nueva ley ha sostenido la Excma. Cámara que “si bien es hermenéuticamente plausible propender a una extensión razonable del concepto de ‘interés legítimo’, ello no implica validar indiscriminadamente cualquier suerte de oposición siendo indispensable para habilitarla no solo la vulneración de las restricciones incluidas en el art. 3 de la ley 22.362, sino *coetáneamente la lesión de una ventaja o utilidad singularizada en un titular determinado*. Quizás quepa añadir, en tal sentido, que la circunstancia de que la tutela del público consumidor comporte uno de los objetivos fundamentales de la disciplina marcaria, no constituye argumento suficiente –en el estricto régimen del derecho positivo actual– para postular que dicho amparo pueda considerarse mediante la oposición de cualquier persona no interesada directamente, organizándose una especie de acción popular que pueda prospectivamente reivindicarse, carece de apoyadura en el sistema legal vigente”⁶² (cursivas añadidas).

En línea con el autor citado, Bertone y Cabanellas exponen:

Para que el oponente esté legitimado para actuar como tal se requiere que tenga un interés legítimo, según la terminología utilizada por el artículo 4 de la Ley. Este interés puede ser de índole extramarcaaria, como en el caso de que se esgrimen derechos sobre un mo-

61. Ver n. 65 y el texto que corresponde a ella.

62. Jorge Otamendi, *Derecho de Marcas*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 152-154.

delo industrial, y aun de orden extramatrimonial. *Pero la existencia de un interés público contrario al registro de una marca no es suficiente para servir de fundamento a la legitimación del oponente; la Ley no ha establecido una especie de acción popular*⁶³ (cursivas añadidas).

En cuanto a la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo, Otamendi señala:

Se ha definido al interés legítimo como “*una de las distintas situaciones jurídicas subjetivas, que no se encuadra en la noción del derecho subjetivo típico* y representa para el administrado una garantía de legalidad que importa una utilidad instrumental”⁶⁴ (cursivas añadidas).

Pachón, en línea con aquella diferente gradación que se mencionó antes, realiza una afirmación valiosa:

El interés legítimo no puede confundirse con la existencia de un derecho subjetivo, pues puede presentarse que quien tenga un interés legítimo carezca de un derecho subjetivo. Así por ejemplo el dueño de un predio riberano tiene un interés legítimo a que no se contamine el río, pero no tiene un derecho subjetivo a que no se contamine ese río. *Por el contrario, quien tiene un derecho subjetivo tiene también un interés legítimo.* El dueño de un criadero de peces ubicado en una ciénaga tiene un derecho subjetivo a que no se contamine la ciénaga y un interés legítimo a que ello no suceda⁶⁵ (cursivas añadidas).

Por lo tanto, quien puede resultar perjudicado a consecuencia del otorgamiento del derecho solicitado tiene legítimo interés para formular oposición a la solicitud de que se trate. Este legítimo interés le confiere *legitimación* para intervenir en el trámite de concesión.⁶⁶ Así las cosas, la titularidad de un derecho subjetivo, pese a no ser imprescindible para acreditar un legítimo interés, –ya que se trata de categorías distintas– supone éste.

63. Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de Marcas*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2003, tomo I, p. 488.

64. Jorge Otamendi, *Derecho de Marcas*, pp. 153-155.

65. Manuel Pachón y Zoraida Sánchez Ávila, *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1995, p. 100, n. 106.

66. Obsérvese que, en materia de registro de marcas, la figura de la oposición extraterritorial dentro de la Subregión constituye una excepción a la regla general de que la titularidad de un legítimo interés confiere legitimación para oponerse a la solicitud. En efecto, la legitimación, en tal caso, proviene de la titularidad de un derecho subjetivo, como es una marca registrada o una solicitud previa en alguno de los países miembros.

EL FUNDAMENTO DE LA OPOSICIÓN

En lo que importa al *fundamento* de la intervención del titular de un legítimo interés, Zanobini sienta el siguiente criterio:

Muy pocas son las normas de derecho administrativo que se dictan para regular relaciones entre el Estado y los particulares y, por ende, para establecer derechos subjetivos a favor de uno o de los otros. En cambio, la mayor parte tiene por finalidad *organizar la administración en sí misma, distribuir las funciones entre sus órganos, regular el procedimiento de su actividad y el contenido y la forma de sus actos*. Todas estas normas actúan de manera unilateral en la administración, creando para ella limitaciones y deberes a los cuales no corresponden derechos en otros sujetos.

Como las normas de esta categoría se establecen en interés general, tienen interés en su observancia todos los ciudadanos, como componentes de la sociedad política: el Estado. Todos, en efecto, tienen interés en el *regular desenvolvimiento de la actividad administrativa*. Este interés genérico, precisamente por ser común a todos, no da lugar a relación específica alguna entre éstos (*sic*) y el Estado...

Mas puede ser que entre los ciudadanos haya quienes tengan un interés particular en la observancia de dichas normas. Un interés personal, que se añade al interés general de todos⁶⁷ (cursivas añadidas).

En ese mismo sentido, Garrido Falla señala:

[D]el examen del conjunto de normas que constituyen el Derecho administrativo aparece la existencia de dos clases distintas: unas, que han sido dictadas precisamente para garantizar, frente a la actividad administrativa, situaciones jurídicas individuales; otras, que no han sido dictadas con esta finalidad, sino *fundamentalmente para garantizar una utilidad pública*. Guicciardi llama a las primeras *normas de relación* y a las segundas *normas de acción*. Estas últimas se refieren a la *organización, al contenido y al procedimiento que ha de presidir la acción administrativa*; imponen, por tanto, una conducta obligatoria a la Administración, pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares...

Ahora bien; puede haber administrados para los que de la observancia o no de las normas de acción por parte de la Administración pública “resulte ventaja o desventaja de modo particular respecto a los demás”. Esto puede ocurrir por dos órdenes de razones. En primer lugar, puede ser el resultado de la particular posición de hecho en que uno o algunos ciudadanos se encuentren, que los hace más sensibles que otros frente a un determinado acto administrativo; (...) En segundo lugar, puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los *destinatarios* del acto administrativo que se discute (p. ej., el acto que re-

67. Guido Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo*, pp. 243-244.

suelva unas oposiciones con respecto a quienes han tomado parte en ellas). De todo esto resulta, pues, que *ciertos administrados pueden tener un interés cualificado respecto de la legalidad de determinados actos administrativos. Ésta es la noción del interés legítimo...*⁶⁸ (cursivas añadidas).

Asimismo, Escola anota:

[E]l interés es legítimo cuando existe una norma jurídica que determina la conducta que corresponde a la administración en un caso dado, conducta que, también en virtud de esa misma norma jurídica, un sujeto determinado puede exigir, por serle debida como participante de un conjunto diferenciado de individuos y porque de su observancia puede resultarle una ventaja o desventaja particular.

Consideramos que para que exista un interés legítimo es imprescindible que éste se funde en la existencia de una norma jurídica, que le dé relevancia legal.⁶⁹

Se arriba, por tanto, a una segunda conclusión: el fundamento sobre la base del cual el interesado legítimo –al igual que en los casos de derecho subjetivo o interés simple, cuando la legitimación se determine por estas figuras– participa en el proceso administrativo es una norma jurídica que regula la actuación que la Administración debe observar. Así las cosas, su legítimo interés –de la misma manera que el derecho subjetivo o interés simple, en los otros casos– le atribuyen *legitimación*, pero no es el *fundamento* de su intervención.⁷⁰ No obstante, por lo general, se admite que la titularidad de un derecho subjetivo puede constituir el *fundamento* del interesado legítimo.

La conclusión que se acaba de sentar está también presente en la doctrina de la materia. Efectivamente, Otamendi:

Una oposición puede basarse en cualquier causa legal, con fundamento en que la marca en cuestión no puede ser concedida.

Se declararon procedentes oposiciones que tenían por objeto (...) evitar el aprovechamiento ilegal del prestigio del oponente, o para evitar que alguien se apropiara de un vo-

68. Fernando Garrido Falla, “Interés Legítimo”, p. 222.

69. Héctor Jorge Escola, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 185.

70. En estricta y rigurosa técnica jurídica, y para guardar fidelidad con lo sostenido en el acápite precedente, cabe pensar que la titularidad de un derecho subjetivo sirve para legitimar al oponente –pues, como se expuso, la titularidad de un derecho subjetivo, si bien es una categoría distinta del interés legítimo, trae aparejado este último–, pero no de darle fundamento. Así, la titularidad de parte del oponente de un derecho subjetivo sobre una patente ya concedida o sobre una solicitud previa afectarán la novedad o nivel inventivo de la segunda solicitud. De igual manera, en el caso de trámites de registros marcas, la titularidad de una marca previamente registrada o de una solicitud anterior afectarán la distintividad del signo solicitado para registro. En estos casos, se aprecia que la existencia del derecho subjetivo no sería el fundamento de la intervención del oponente.

cable de uso común o para evitar que se registrara como marca una denominación de origen. No hay que tener marca registrada para deducir oposición; el titular de una marca de hecho, es decir no registrada, aunque con un uso anterior intenso que haya generado clientela puede hacerlo, y el propietario de un nombre comercial y el titular de una marca vendida y luego reinscrita, también pueden (cursivas añadidas).⁷¹

Bertone y Cabanellas, por su parte, anotan:

Las oposiciones tienen como propósito impedir un registro solicitado, basadas en que tal registro violaría un derecho del oponente. *Ese derecho no es preciso que sea el derivado de un registro preexistente*; puede consistir en el derecho a que ciertos signos no sean objeto de apropiación y aun puede tratarse de un derecho ajeno al régimen marcario, pero que se vería afectado por el registro solicitado. Puede tratarse, inclusive, de un derecho relativo a intereses puramente extramatrimoniales⁷² (cursivas añadidas).

Fernández Novoa, asimismo, sostiene:

La Ley de Marcas delimita con gran amplitud la legitimación activa para oponerse a la solicitud de registro de la marca; en efecto, el apartado 1 del art. 26 dispone que podrá entablar oposición “cualquier interesado que se considere perjudicado”. Dentro del amplio círculo de personas legitimadas deben mencionarse, *en primer término, el titular anterior de una marca registrada y el solicitante anterior de un registro de marca*: uno y otro podrán invocar cualquiera de las prohibiciones establecidas en los arts. 11 y siguientes y, de manera particular, la titularidad de una marca anterior que genere la existencia de riesgo de confusión o bien riesgo de asociación. También están legitimados para presentar escritos de oposición los titulares de un derecho de la personalidad o de un derecho de propiedad intelectual en los supuestos contemplados por el art. 13 de la Ley de Marcas. En la hipótesis de fundarse la oposición en las prohibiciones absolutas enunciadas en el art. 11 de la Ley la legitimación se extiende no solo a los empresarios singularmente considerados, sino también a las asociaciones de consumidores y usuarios⁷³ (cursivas añadidas).

En este orden de planteamientos, el Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, dentro del expediente No. 02-375 RA –ya citado–, que versó sobre una oposición a concesión de certificado de obtentor vegetal, puntualizó:

La oposición (...) para admitírsela requiere la alegación, por quien la deduce, de la existencia o de un derecho subjetivo o, por lo menos, de legítimo interés (...) Ahora bien,

71. Jorge Otamendi, *Derecho de Marcas*, pp. 153-154.

72. Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de Marcas*, p. 487.

73. Carlos Fernández-Novoa, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 109-110.

la oposición se la ha de fundamentar (...), y es necesario, entonces, que entre los fundamentos de hecho se indique que (*sic*) derecho subjetivo o qué interés directo del compareciente puede ser afectado por el acto administrativo que acepte la solicitud de derecho de obtentor (...) [N]o todo interés jurídico adopta la categoría de derecho subjetivo; puede limitarse fácticamente a lo que se conoce como interés legítimo, caracterizado, entre otras peculiaridades, según Roberto Dromi, por el “interés personal y directo del individuo en la conducta administrativa” (*El Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, 1999, p. 169)...⁷⁴ (las cursivas son nuestras).

De lo anotado, se desprende que el *fundamento* de una oposición no se limita exclusivamente a la titularidad de un derecho subjetivo,⁷⁵ como sería el caso del solicitante previo del privilegio de patente⁷⁶ o el titular de una patente previamente otorgada,⁷⁷ sino que se extiende, en principio, a cualquier norma jurídica que regule la actuación prescrita para que la Administración otorgue el derecho solicitado –punto que se desarrolla en el acápite siguiente–. No obstante, quien sea titular de un derecho subjetivo también tendrá legítimo interés,⁷⁸ y podrá fundar su oposición en él.

CONCLUSIÓN FINAL

En aplicación de los argumentos y razonamientos que preceden, se puede concluir, primero, que el legítimo interés cumple, en materia de oposiciones a solicitudes de patente, la función de conceder *legitimación* a quien interviene en el procedimiento.

74. César Dávila Torres, *Propiedad Industrial y Obtenciones Vegetales...*, p. 251.

75. Ver n. 70.

76. Se entiende que la solicitud previa para la concesión de un derecho de propiedad industrial no genera un derecho subjetivo al título solicitado, pero sí un derecho subjetivo de prelación sobre posteriores solicitudes. Así, en el contexto del derecho marcario, Jorge Otamendi (*Derecho de Marcas*, p. 140) enseña que “[l]a solicitud en sí misma ha sido considerada un derecho en expectativa por nuestros tribunales. Sin embargo, la solicitud configura también un derecho de prelación. En principio, quien primero solicita una marca tiene mejor derecho a la misma que quien lo hace después”.

En materia de patentes de invención, el Tribunal Comunitario ha señalado: “La prioridad es un concepto de gran importancia jurídica, puesto que permite la determinación de a quien le asiste un mejor derecho para obtener determinado reconocimiento o protección de la ley. (...) La prioridad como sinónimo de prelación sobre solicitudes posteriores acerca de la misma invención es un derecho inherente a la obtención de una patente;...”. Proceso 106-IP-2003, GOAC No. 1028, de 14 de enero de 2004, p. 17. Ver también Proceso 25-IP-2002, GOAC No. 796, de 24 de mayo de 2003, p. 9.

Sobre la prioridad en materia de marcas, ver Proceso 32-IP-2000, JTJCA, tomo X, p. 229.

77. Conforme ha señalado el Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales del Instituto Ecuadoriano de la Propiedad Intelectual, dentro del –varias veces citado– expediente 02-357 RA: “Si se afirma que se ha violado un derecho subjetivo, el opositor tendrá que mencionar que es titular de un certificado de obtentor que protege a la misma variedad vegetal que ahora pretende un tercero, o que ha presentado antes la respectiva solicitud”. Dávila Torres, *Propiedad Industrial y Obtenciones Vegetales...*, p. 251.

78. Ver n. 65 y el texto que corresponde a ella.

miento de concesión. En este sentido, está legitimado para deducir oposición quien puede resultar perjudicado a causa del otorgamiento del privilegio solicitado. Segundo, el oponente puede fundarse, al menos *en principio*, en cualquier norma jurídica que discipline la actuación que la Administración debe observar para la concesión de la patente solicitada. La titularidad de un derecho subjetivo no es necesaria, ni para legitimar al oponente ni para fundar su oposición.⁷⁹

Según ha sido materia de análisis, estos dos extremos, *legitimación y fundamento*, están presentes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aunque no siempre de manera –suficientemente– diferenciada. En una de las oportunidades en que el Tribunal Comunitario explicitó esta distinción, sostuvo que:

El examinador deberá entonces analizar, al presentarse una observación:

1. *Si el observante es quien tiene un derecho legítimo para oponerse a la concesión de la patente;*
2. Si la observación es presentada en tiempo oportuno; y,
3. *Si los fundamentos de la observación se apegan a las normas legales vigentes del ordenamiento jurídico andino⁸⁰* (cursivas añadidas).

Ahora bien, se dice que, *en principio*, cualquier norma jurídica que regule el procedimiento de concesión de la patente solicitada puede fundamentar una oposición, pues existen motivos para sostener que no es así. Efectivamente, hay dos razones para limitar el fundamento de una oposición a ciertas normas, y no otras. Estas razones son: primero, la coincidencia entre la norma acusada y el perjuicio derivado al oponente; y, segundo, la restricción impuesta por la norma que faculta la presentación de oposiciones.

En cuanto al primer factor limitante –y dejando de lado, momentáneamente, la existencia del segundo–, cabe pensar que se requiere una relación entre el perjuicio que legitima la intervención del oponente y el fundamento de su oposición. Piénsese, por ejemplo, en un extremo, en el caso de una oposición que se funde en la falta de pago de una tasa administrativa.⁸¹ ¿Qué perjuicio sobrevendría al oponente de dicha falta? Aparentemente, ninguno. En otro extremo, considérese el caso de una oposición fundada en la falta de novedad de la invención. El perjuicio en esta situación

79. Como se señaló antes (ver n. 70), la existencia de un derecho subjetivo constituiría un factor que –al igual que el legítimo interés, y subsumiéndose en éste– concede legitimación para intervenir, pero no sería el fundamento de la intervención.

80. Proceso 25-IP-2002, GOAC No. 796, de 24 de mayo de 2003, p. 10.

81. Según dispone el literal g) del art. 26 de la Decisión 486, se debe acompañar el comprobante de pago de la tasa establecida a la solicitud de patente.

es manifiesto, pues el oponente, en caso de que la patente sea concedida, se encontraría privado de la posibilidad de iniciar o continuar la explotación de una tecnología que, hasta ese entonces, pertenecía al dominio público. Si bien, en el primer escenario, puede existir un perjuicio para el oponente en el evento de que se otorgue el privilegio peticionado, dicho perjuicio no guarda relación con el fundamento de su intervención. Parece, entonces, adecuado exigir este nexo entre perjuicio y fundamento de la oposición para evitar que la figura de la oposición no se convierta, pero sí adquiera rasgos de acción pública, movida por un interés simple.

Con respecto al segundo factor limitante –que puede determinar la irrelevancia de toda consideración respecto del primero–, el texto mismo de la norma limita el fundamento de la oposición a “desvirtuar la patentabilidad de la invención”.⁸² La “patentabilidad de la invención” es, no obstante, un concepto –relativamente– impreciso. En efecto, la concesión de una patente de invención está condicionada al cumplimiento de requisitos de variada índole. Para Cabanellas:

La obtención de una patente de invención y de los derechos derivados de ella requiere el cumplimiento de requisitos de distintos tipos. Tales requisitos son generalmente incluidos en tres categorías:

1. requisitos aplicables a la invención en sí –también llamados requisitos objetivos, requisitos positivos de patentabilidad, condiciones negativas y excepciones a la patentabilidad, y requisitos de patentabilidad–;
2. requisitos respecto de la persona que solicita la patente, particularmente en lo que hace a las condiciones que debe cumplir para adquirir el derecho subjetivo a que la patente le sea otorgada; y
3. requisitos procesales, particularmente el cumplimiento de las etapas y condiciones procesales fijadas legalmente al efecto⁸³ (números añadidos).

El Tribunal Andino, de manera algo más limitada en lo atinente a los requisitos que dicen relación con la invención en sí misma, ha reconocido:

En la sección primera, del capítulo primero de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículos 1, 2, 4 y 5, se consagran, bajo el título “DE LOS REQUISITOS DE PATENTABILIDAD”, lo que la doctrina y jurisprudencia internacionales (entre otras, la argentina, española y mexicana) han denominado “requisitos OBJETIVOS de patentabilidad”. Para efectos de analizar tales requisitos, conviene señalar el ámbito gene-

82. La Decisión 486, conservando la redacción de sus antecesoras, dispone en el inciso primero del art. 46: “Dentro del plazo de sesenta días siguientes a la fecha de la publicación, quien tenga legítimo interés, podrá presentar por una sola vez, oposición fundamentada que pueda desvirtuar la patentabilidad de la invención”.

83. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de las Patentes de Invención*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001, tomo I, p. 679.

ral del Derecho de Patentes que ha sido considerado por varios tratadistas especializados en la materia.

Así, en la mayoría de las legislaciones se ha considerado que para obtener un privilegio de patente, se deben reunir ciertos requisitos determinados por las normas que regulan la materia; la doctrina más generalizada señala requisitos objetivos, subjetivos y formales que deben confluir en una solicitud de patente, para ser sometido a estudio por parte de la Oficina Nacional Competente.

Los requisitos subjetivos se refieren a las características del solicitante de la patente; los formales están directamente vinculados con las características que deben contener los documentos que se anexan a la solicitud y con las que ella misma debe tener; por su parte, los requisitos objetivos, son los que se refieren al objeto mismo para el cual se solicita la patente –sea ésta un producto o un procedimiento– y son los de mayor importancia, pues a ellos alude la norma comunitaria al referirse a los criterios de novedad, nivel inventivo y susceptibilidad de aplicación industrial. Estos últimos han sido llamados comúnmente “requisitos de patentabilidad”, aunque quizás la expresión más adecuada sea la de “requisitos objetivos de patentabilidad”.⁸⁴

No obstante la amplitud de este criterio jurisprudencial, existen razones para limitar el fundamento de la oposición únicamente a aquellos requisitos tocantes a la invención en sí misma –en la extensión que Cabanellas da a este concepto-. Son dos los motivos que sustentan esta interpretación restrictiva. Primero, el Tribunal Andino ha puesto particular atención en este tipo de requisitos al tratar de la patentabilidad de las invenciones⁸⁵ –incluyendo bajo este orden a los denominados *segundos usos*⁸⁶–. De este modo, ha sostenido:

84. Proceso 12-IP-98, GOAC No. 428, de 16 de abril de 1999, pp. 7-8.

85. “A propósito de las invenciones, el ordenamiento comunitario ha optado por precisar, en los artículos 1 a 5 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, los requisitos de patentabilidad, y por delimitar, en términos negativos, en los artículos 6 y 7 eiusdem, el concepto de patente”. Proceso 151-IP-2005, GOAC No. 1284, de 13 de enero de 2006, p. 35.

Ver también Proceso 8-IP-99, R.O. No. 6 de 31 de enero de 2000, p. 21; Proceso 75-IP-2000, R.O. No. 349 de 18 de junio de 2001, p. 30; Proceso 105-IP-2001, R.O. No. 348 de 15 de junio de 2001, p. 20; Proceso 26-IP-2002, R.O. No. 639 de 13 de agosto de 2002, p. 37; Proceso 28-IP-2002, R.O. No. 677 de 4 de octubre de 2002, p. 31; Proceso 53-IP-2003, R.O. No. 262 de 29 de enero de 2004, p. 24; Proceso 88-IP-2004, GOAC No. 1242, de 12 de septiembre de 2005, p. 19; Proceso 7-IP-2005, GOAC No. 1203, de 31 de mayo de 2005, p. 6; Proceso 49-IP-2005, GOAC No. 1203, de 31 de mayo de 2005, p. 24; Proceso 118-IP-2005, GOAC No. 1307, de 14 de marzo de 2006, p. 12; Proceso 168-IP-2005, GOAC No. 1301, de 28 de febrero de 2006, p. 26; Proceso 185-IP-2005, GOAC No. 1327, de 17 de abril de 2006, p. 35; Proceso 197-IP-2005, GOAC No. 1288, de 23 de enero de 2006, p. 17; Proceso 209-IP-2005, GOAC No. 1324, de 11 de abril de 2006, p. 5; Proceso 216-IP-2005, GOAC No. 1327, de 17 de abril de 2006, p. 44; Proceso 217-IP-2005, GOAC No. 1309, de 20 de marzo de 2006, p. 42.

86. “La Comisión del Acuerdo de Cartagena estableció por medio del artículo 16 de la Decisión 344, una condición insoslayable para el otorgamiento de patentes en la Subregión que, de ser aplicable, complementa los requisitos fijados en los primeros artículos de la citada Decisión, sin que, empero, deba ser entendida como un requisito

Las observaciones deben ser presentadas oportunamente y basadas en argumentos que se encuentren fundamentados en las normas vigentes, *sea desvirtuando los requisitos de patentabilidad o sea señalando que está incursa en una de las prohibiciones de patentabilidad o que de conformidad con las normas legales no sea objeto de patente*⁸⁷ (cursivas añadidas).

Segundo, la Decisión 486, bajo el título “De las Patentes de Invención”, contiene el capítulo I, “De los Requisitos de Patentabilidad”. Dicho capítulo contiene los arts. 14 a 21, que tratan sobre: requisitos de novedad, nivel inventivo y aplicación industrial (arts. 14, 16, 17, 18 y 19); objetos que no se consideran invenciones (art. 15); excepciones a la patentabilidad (art. 20); y, segundos usos (art. 21). Aún más, el art. 45 de dicha Decisión, parece distinguir entre estos requisitos y los demás “requisitos establecidos (...) para la concesión de la patente”.⁸⁸ Asimismo, en su conjunto, el art. 46 *ejusdem* soporta la conclusión de que el concepto de patentabilidad está referido únicamente a los requisitos señalados.⁸⁹ Sin embargo puede esgrimirse argumentos en contra de esta interpretación,⁹⁰ ésta nos parece adecuada,⁹¹ y, puede decirse, que

adicional a los taxativamente establecidos por el artículo 1 de la Decisión 344.” Proceso 124-IP-2003, GOAC No. 1034, de 12 de febrero de 2004, p. 25.

87. Proceso 25-IP-2002, GOAC No. 796, de 24 de mayo de 2003, p. 10. Ver también Proceso 69-IP-2005, GOAC No. 1304, de 7 de marzo de 2006, pp. 10-11.

88. En su primera parte, el art. 45 dispone: “Si la oficina nacional competente encontrara que *la invención no es patentable o que no cumple con alguno de los requisitos establecidos en esta Decisión para la concesión de la patente*, lo notificará al solicitante...” (cursivas añadidas).

89. El art. 46 dispone: “La oficina nacional competente podrá requerir el *informe de expertos o de organismos científicos o tecnológicos que se consideren idóneos, para que emitan opinión sobre la patentabilidad de la invención*. Asimismo, cuando lo estime conveniente, podrá requerir informes de otras oficinas de propiedad industrial. De ser necesario, a efectos del examen de patentabilidad y a requerimiento de la oficina nacional competente, el solicitante proporcionará, en un plazo que no excederá de 3 meses, uno o más de los siguientes documentos relativos a una o más de las solicitudes extranjeras referidas total o parcialmente a la misma invención que se examina: (...) b) copia de los resultados de *exámenes de novedad o de patentabilidad* efectuados respecto a esa solicitud extranjera; (...) La oficina nacional competente podrá reconocer los resultados de los exámenes referidos en el literal b) como suficientes para acreditar el *cumplimiento de las condiciones de patentabilidad de la invención...*” (cursivas añadidas).

90. El inciso primero del art. 43 señala: “Si se hubiere presentado oposición, la oficina nacional competente notificará al solicitante para que dentro de los sesenta días siguientes haga valer sus argumentaciones, presente documentos o *redacte nuevamente las reivindicaciones o la descripción de la invención*, si lo estima conveniente” (cursivas añadidas).

En este punto, conviene advertir que, si bien es cierto una reforma de reivindicaciones o descripción puede obedecer a aspectos de forma, como la falta de claridad y concisión de las reivindicaciones o de suficiencia de la descripción, también puede deberse a objeciones de novedad y falta de nivel inventivo.

91. De forma más restrictiva que la aquí expuesta, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, en su concepto No. 04044337 (Boletín Jurídico No. 06, junio de 2004), “Requisitos para presentar oposición y examen de patentabilidad” ha señalado: “el artículo 14 *ibidem* establece como requisitos de patentabilidad de la invención, la novedad, el nivel inventivo y la susceptibilidad de aplicación industrial (...) En consecuencia de lo expuesto se tiene que la oposición a una solicitud de patente deberá ser presentada por quien tenga legítimo in-

se trata de la adoptada por las autoridades administrativas encargadas del otorgamiento de patentes de invención.⁹²

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Las fuentes de consulta de los fallos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son:

- RO Registro Oficial de la República del Ecuador
GOAC Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena
JTJCA Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

BIBLIOGRAFÍA

- Barbero, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, traducción de Santiago Sentís Melendo, 6a. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.
- Bertone, Luis Eduardo, y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho de Marcas*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 2003.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho de las Patentes de Invención*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2001.

terés y con un fundamento que pueda desvirtuar la patentabilidad de la invención, esto es, que determine la carencia de alguno de los requisitos de patentabilidad como son, la novedad, el nivel inventivo o la susceptibilidad de aplicación industrial de la invención, establecidos por la Decisión 486. Este es el alcance que le da la norma supranacional a la oposición, de manera que cualquier otro argumento relacionado con aspectos formales o de trámite, podrá ser esgrimido en la oposición pero no como fundamento de la misma. Por otra parte, en virtud de lo establecido en el artículo 45 y siguientes de la norma supranacional, la Superintendencia, en su calidad de oficina nacional competente, realizará el examen de patentabilidad que comprende, no solamente el estudio de la patentabilidad de la invención, sino también el estudio del cumplimiento de todos los requisitos establecidos para la concesión de la patente, independientemente de que se hayan presentado oposiciones. Dentro de dichos requisitos se encuentra la unidad de invención mencionada en su consulta..." (las cursivas no pertenecen al texto citado).

92. El Manual para el Examen de Solicitudes de Patente de Invención en las Oficinas de Propiedad Industrial de los Países de la Comunidad Andina (2a. ed., 2004), en el capítulo I, "Introducción", sección 2, "Trámite de la solicitud de patente", apartado 2.6, "Patentabilidad de la Invención", señala: "La Oficina examinará si la invención es patentable (arts. 14, 15, 20 y 21 D 486)". (p. 22). Más adelante, bajo el capítulo III, "Examen de Fondo", sección 6, "Patentabilidad", apartado 6.1, "Requisitos de patentabilidad", establece: "Para el examen de fondo de las solicitudes de patente de invención es necesario tomar en cuenta los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 12 (D486)" (p. 44).

No obstante, en el mismo capítulo, sección 13, "Procedimiento de Examen de Patentabilidad", apartado 13.1, "Generalidades", manda: "El examinador de fondo debe realizar todas las objeciones necesarias, las cuáles (sic) pueden ser de forma (claridad, concisión, etc.), referentes a materia no patentable (excepciones a la patentabilidad y usos), falta de novedad, nivel inventivo, aplicación industrial y de unidad de invención" (p. 93).

- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 20a. ed., Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1981.
- Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentis Melendo, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1943.
- Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002.
- Dávila Torres, César, *Propiedad Industrial y Obtenciones Vegetales: Resoluciones Administrativas (agosto 2000 a julio 2003)*, Quito, 2003.
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 7a. ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 13a. ed., Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1999.
- Escola, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.
- *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984.
- Fernández-Novoa, Carlos, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- Garrido Falla, Fernando, “Interés Legítimo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, S.A., 1968.
- López Cegarra, Jesús A., “Guía para el procedimiento de registro de una marca en el Régimen Común de Propiedad Industrial Andino”, en *Temas Marcarios para la Comunidad Andina de Naciones*, Caracas, Livrosca, 1999.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 4a. ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1996.
- Otamendi, Jorge, *Derecho de Marcas*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- Pachón, Manuel, y Zoraida Sánchez Ávila, *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., 1995.
- Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999.
- Zanobini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, traducción de Héctor Masnatta, 5a. ed., Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1949.

Colaboradores

Pablo Cadena Merlo, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Universidad Internacional del Ecuador, Diploma en Derecho de las Nuevas Tecnologías, Universidad Complutense de Madrid, Especialista Superior en Derecho y Gestión de las Telecomunicaciones y, Magíster en Derecho, mención Derecho tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Lorena Castellanos Peñafiel, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador, Magíster en Derecho (c), mención Derecho Internacional Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Claudia Escobar García, colombiana, abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá; Magíster en Derecho (c), Mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Xavier Gómez Velasco, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en Derecho de la Propiedad Intelectual, Benjamin N. Cardozo School of Law, New York, Magíster en Derecho, mención Derecho económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Gustavo Guerra Bello, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diploma Superior en Economía y Finanzas; Magíster (c) en Relaciones Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Michel Levi Coral, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Legislación Tributaria, Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador; máster en Derecho Internacional y Europeo, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica; Prácticas Profesionales, Unidad de Comercio, Servicios y Turismo, Dirección General Empresa, Comisión Europea, Bélgica.

Julio Michelena, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, profesor de Derecho constitucional, PUCE.

Judith Salgado, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diploma en Ciencias Sociales, mención en Derechos Humanos y Seguridad Democrática, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Magíster en Estudios Latinoamericanos, mención en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Rubén Santos Balandro, uruguayo, notario público, Universidad Mayor de la República, profesor de Derecho internacional privado, Universidad Mayor de la República, y Universidad Regional Norte, sede en la ciudad de Salto, Uruguay.

Patricio Secaira Durango, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, UCE; Especialista Superior en Planificación para la Seguridad y el Desarrollo, Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito.

Carmen Amalia Simone Lasso, ecuatoriana, abogada y licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Diploma Superior y Magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Claudia Storini, italiana, doctora en Derecho, Universidad de Valencia (UV); Investigadora del Programa Juan de la Cierva, (UV); profesora, Universidad de la Calabria, Cosenza.

José Vicente Troya Jaramillo, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; posgrado en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Universidad de Roma; máster en Derecho Internacional, Erasmus University, Róterdam; máster en Derecho del Comercio Internacional, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Rosario Valpuesta Fernández, española, doctora en Derecho, Universidad de Sevilla; profesora titular de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

Normas para colaboradores

1. *Foro: revista de derecho* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en un disquete a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
Área de Derecho.
Av. Toledo N22-80
Quito - Ecuador
Fax (593-2) 322 8426
Teléfonos: (593-2) 322 8031, 322 8436
Dirección electrónica: dmartinez@uasb.edu.ec

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado. La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55 000 caracteres aproximadamente.
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha.
Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas).
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera: Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo:

Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en cursiva), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Ej.: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrita deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor con el propósito de notificar la recepción de los artículos así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR ÁREA DE DERECHO

José Vicente Troya Jaramillo

Toledo N22-80, apartado postal 17-12-569 • teléfonos 593(2) 322 8031, 322 8436
Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, dmartinez@uasb.edu.ec •
www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, teléfonos 593(2) 255 4358, 255 4658, 256 6340, fax ext. 12
Apartado postal 17-12-886, correo electrónico: cen@accessinter.net
Quito - Ecuador

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:

Ecuador:	\$ 28.80
América:	\$ 60.00
Europa:	\$ 77.00
Resto del mundo:	\$ 86.60

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, apartado postal 17-12-886, teléfonos 593(2) 255 4358,
256 6340, fax ext. 12. Correo electrónico: cen@accessinter.net, Quito - Ecuador

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR,
Centro de Información**

Toledo N22-80, apartado postal: 17-12-569, teléfono: 593(2) 322 8094
Correo electrónico: biblioteca@uash.edu.ec
Quito - Ecuador

Julio César Trujillo Vásquez, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, segunda edición, 2006.

Este libro busca desarrollar un pensamiento jurídico ecuatoriano propio y es realizado por uno de los constitucionalistas más destacados del Ecuador. Esta segunda edición, fruto de un profundo dominio de la teoría del Estado y del Derecho constitucional, cuenta con importante y actualizada referencia bibliográfica nacional y extranjera, y desarrolla con mayor profundidad temas que fueron abordados en la primera edición e incluso incorpora nuevos. Destacamos la exposición clara y precisa de los más importantes y polémicos conceptos de la teoría del Estado y su relación con las instituciones políticas del país, además de un pronunciamiento e incluso posicionamiento del autor frente a ellas.

Dunia Martínez Molina, editora, *Derecho Económico Internacional*, Quito, Serie Estudios Jurídicos, vol. 26, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.

Este libro recoge las disertaciones realizadas en la Tercera Conferencia Internacional de Derecho Económico, organizada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Los temas centrales, enfocados desde una visión interdisciplinaria respecto a la realidad del Derecho y la Economía internacionales, son: El Área de Libre Comercio de las Américas y los procesos de integración, el arbitraje comercial internacional y el Derecho de las nuevas tecnologías: telecomunicaciones y comercio electrónico. Entre los autores se destaca el aporte de expertos nacionales y extranjeros.

Maria Cecilia Pérez, *Tribunal de Justicia de la CAN, propiedad intelectual y salud pública*, Quito, Serie Magister, vol. 67, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.

Este libro analiza la relevancia de los derechos de propiedad intelectual en la salud pública a propósito de las negociaciones en el Consejo de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), y su concordancia con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el acceso a los productos farmacéuticos. Se realiza un estudio comparativo, crítico y analítico de los compromisos asumidos por los socios andinos en la OMC, su posición en las actuales negociaciones y la coherencia de éstas con las posiciones asumidas en el marco subregional andino.

