

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 48/1
Desde su fundación vol. 64
(Fasc. 104)
Enero-Junio 2000

Bilbao
Universidad de Deusto
2001

Director:

Ignacio María Beobide

Consejo Asesor:

María Álvarez
Jorge Caramés
Francisco Garmendia
José María Lidón
José María Merino
Jaime Oráa
Demetrio Velasco

Administración:

Secretaría Técnica
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de Suscripción:

Europa	24,04 € (4.000 ptas)
Otros países	50 \$
Número suelto	13,22 € (2.200 ptas)

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.S.N.: 0423 - 4847
Depósito legal: BI - 2350-96

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Impresión: Artes Gráficas Rontegui, S.A.L.

Sumario

Estudios

- José MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, *La posible vigencia del artículo 1.591 del Código Civil* 11
- Javier PÉREZ ARRAIZ, *El derecho al medio ambiente en la Constitución española de 1978. Su protección a través de tributos* 27
- Javier SAN JUAN CRUCELAEGUI, *La regulación de las relaciones mercantiles internacionales y el desarrollo del derecho del comercio internacional* 49
- Manuel M. ZORRILLA RUIZ, *Perspectiva constitucional del Derecho a la protección de la salud* 99

Congresos y Conferencias

- Jornadas conmemorativas del Centenario de la Seguridad Social sobre «La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI», organizadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Universidad de Deusto: 127
- Fernando MANRIQUE LÓPEZ, *El futuro de la protección social en Europa* (Ponencia) 129
- José Antonio PANIZO ROBLES, *Perspectivas actuales y futuras del sistema de Seguridad Social en España* (Ponencia) 145
- José Andrés ALVAREZ PATALLO, *Las últimas novedades en materia de prestaciones de la Seguridad Social* (Ponencia) 163
- Gerardo CAMPS DEHESA, *Texto de la intervención del Secretario de Estado de la Seguridad Social en el acto de clausura* 173
- Manuel M. ZORRILLA RUIZ, *Pasado, presente y futuro de la reforma del Derecho Social Español* 177
- Luis REIZABAL S.J., *Discurso con motivo de su designación como Colegial Mayor de Honor* 193
-

ESTUDIOS

LA POSIBLE VIGENCIA DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL

José Manuel Fernández Hierro

1. Planteamiento del problema

En un artículo anterior publicado en *Estudios de Deusto*¹ hacía un somero análisis del contenido de la nueva Ley de Ordenación de la Edificación en cuanto contenía una regulación de la responsabilidad civil de los agentes que intervenían en la edificación. En ella aludía si bien someramente a la posible vigencia del artículo 1.591 del Código Civil. Con posterioridad a dicho artículo ha continuado y aumentado la polémica doctrinal sobre la derogación o no del artículo 1.591 del Código Civil por la Ley de Ordenación de la Edificación: así las cosas y siendo, dentro de las cuestiones que ha suscitado la LOE, una de las más controvertidas la de la derogación o no del artículo 1.591 del Código Civil por la misma, y habiendo aludido anteriormente a este problema sólo de pasada, me ha parecido conveniente volver sobre el mismo.

Efectivamente la Ley de Ordenación de la Edificación contiene una nueva regulación de las responsabilidades en la construcción que hasta entonces estaban contenidas en el artículo 1.591 del Código Civil; pero, sin embargo dicha Ley no contiene ninguna derogación expresa del artículo 1.591 del Código Civil.

Una de las cuestiones que hay que señalar como previas, es que el dictamen de la ponencia del Congreso propuso la suspensión del artículo 1.591 y tal dictamen fue rechazado, en definitiva, porque se alegó

¹ *La Responsabilidad Civil en la nueva Ley de Ordenación de la Edificación* (38/1999, de 5 de noviembre) Vol. 47/ 2, págs. 83 y sigs.

que el precepto del Código afectaba a otros supuestos no regulados por la LOE, así señala RODRIGUEZ ACHUTEGUI² que:

«Podiera pensarse, en efecto, que el artículo 1.591 regula la “ruina” del edificio, y que la LOE se limita a los “daños materiales” derivados de “vicios o defectos” de la construcción que no produzcan ruina. Si el edificio sufre, en el plazo decenal, ruina en su concepto inicial, y no el extensivo que luego ha construido la jurisprudencia, se aplicará el precepto del Código Civil, mientras que, si tan sólo padece daños materiales derivados de vicios o defectos de la construcción, habrá que aplicar la ley especial. Además, el párrafo segundo contiene una regla especial, que se ha denominado causa agravatoria, cuando la ruina tuviera por causa “la falta del contratista a las condiciones del contrato”, caso en que el plazo de garantía (que no prescripción) se extiende hasta quince años».

Vamos a examinar las posturas favorables y opuestas a la vigencia del artículo 1.591 para terminar indicando mi postura favorable, aunque matizada, a la vigencia actual de dicho precepto.

2. Posturas contrarias a la vigencia del artículo 1.591 del Código Civil

El anteriormente citado RODRIGUEZ ACHUTEGUI³ señala que la interpretación amplia genera el riesgo de que se siga recurriendo a la aplicación del artículo 1.591 en todos los supuestos en que los perjudicados no alcancen protección con la LOE y que se deje sin contenido a la norma legal que concreta las responsabilidades en la construcción de manera más extensa y sistemática de lo que lo había hecho el artículo 1.591, aun cuando reconociendo que lo hace con injustificadas restricciones en los plazos de garantía y prescripción, pero concluye señalando que parece que lo que ha pretendido el legislador:

«Ha sido acabar con la amplia interpretación legal que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo habla dado al concepto “ruina”, y ahora será la dispuesta por el artículo 17 de la LOE, aunque respetando y positivizando la extensión de los sujetos responsables que había resuelto la jurisprudencia, todos ellos relacionados ahora en el Capítulo III de la ley.

² «Ley de Ordenación de la Edificación, responsabilidades, garantías y asesoramiento» en la *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, enero-marzo 1999, pág. 36.

³ Obra citada, págs. 36 y 37.

Además, no parece posible que la “ruina” del inmueble pueda producirse sin que aparezcan daños materiales de importancia (asentamientos, grietas...), que son los indicios que advierten a los ocupantes de su existencia.

En todo caso, teniendo en cuenta que la LOE se trata de una norma posterior, del mismo rango legal que el Código y sobre todo, de naturaleza especial, pues sus disposiciones concretan de modo más detallado sujetos responsables, garantías y responsabilidades, parece que debería prevalecer sobre el artículo 1.591 del Código Civil, que ha de entenderse así derogado, al menos en el primer párrafo, por la genérica disposición de la LOE».

También GONZALEZ PEREZ⁴ opina que el artículo 1.591 debe entenderse derogado precisando que:

«Existen, sin embargo, normas que son incompatibles con otras anteriores en aspectos tan importantes como las responsabilidades civiles derivadas de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la construcción y la prescripción de las acciones para exigirlos. Por lo que ha de entenderse derogado el artículo 1.591, CC, y la regulación en él contenida, sustituida por el artículo 17, LOE. Y el artículo 18 de esta Ley, al establecer una especialidad en el plazo de prescripción de las acciones para exigir las responsabilidades derivadas del artículo 17, al entrar en vigor excluye la aplicación del plazo general del artículo 1.964, CC.».

GONZALEZ POVEDA⁵ es igualmente partidario de la derogación del artículo 1.591 por la nueva Ley de Ordenación de la Edificación, partiendo del reconocimiento explícito que hace, como no podía ser menos, de que no hay una derogación expresa, pero apoyándose en la derogación genérica contenida en la disposición transitoria primera que señala que quedan derogadas todas las disposiciones de igual o de inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la Ley, precisando que:

«Uno de los objetos de la Ley es la regulación de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación (arts. 1 y 17) coincidente con el objeto o contenido del art. 1.591 CC; por ello ha de entenderse derogado este artículo. Utilizada por la Ley una fórmula derogatoria expresa indeterminada que, como reconoce la doctrina resulta superflua e inútil para el intérprete, ha de acudir al criterio de

⁴ *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid 2000, pág. 579.

⁵ «Comentario al artículo 1.591 del Código Civil» en *Comentario del Código Civil*, tomo VII. Barcelona 2000, pág. 629.

la derogación tácita del art. 2.2 CC, la derogación se extiende “a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible”. En este caso, la incompatibilidad resulta de ser la misma la materia reguladora en la L. 38/1999 y en el art. 1.591 CC, no pudiendo concurrir sus normas en su aplicación, siendo los destinatarios de ambas leyes los intervinientes en el proceso de la edificación y los adquirentes de lo edificado».

La tesis más clara y rotunda que se ha mantenido contraria a la vigencia del artículo 1.591 del Código Civil es la sostenida por CARRASCO PEREDA en un extenso artículo⁶ —por su contenido dado que sólo aborda el problema de la derogación del artículo 1.591 del Código Civil— tras reconocer que la estrella del debate post L.O.E. es la posible derogación o no del artículo 1.591 (que lo califica de falso problema), reconoce incluso que en los debates, sea cual sea el orden de la intervención y de las materias a examinar, cuando se trata de comentar la nueva Ley de Ordenación de la Edificación se termina derivando hacia el referido problema, sobre todo si los que intervienen son miembros de la carrera judicial, concluyendo que el artículo 1.591 del Código Civil está, como el Cid, ganando batallas después de muerto.

CARRASCO PEREDA señala que no se trata de una polémica técnica de derecho transitorio, sino de una demostración del desprecio por la LOE y de un anuncio de una posible reacción frente a la misma, un juicio comparativo de ambas legislaciones y el pretender derogar normas jurídicas sin pasar por el B.O.E., (aunque CARRASCO PEREDA olvida que el legislador lo hubiera tenido muy fácil si hubiera querido derogar expresamente el artículo 1.591 y que no es un olvido casual porque se rechazó expresamente la ponencia que defendía su derogación expresa, y que, en definitiva, es el propio legislador el que con su inconcreción ha dado origen al problema actual).

Apunta CARRASCO PEREDA que un modo muy propio de proceder de nuestra jurisprudencia ante una situación de concurrencia normativa es declarar compatible todos los derechos y acciones en curso; y manifiesta su sospecha de que con las manifestaciones de compatibilidad lo que quieren quienes las hacen es directamente declarar compatibles la normativa del artículo 1.591 con la nueva, pero que de lo que se trata indirectamente es de constituirse en legislador negativo.

También apunta que el sistema de responsabilidad por ruina en nuestro ordenamiento jurídico más que basado en el artículo 1.591 está

⁶ «La insistente recurrencia de un falso problema: estado derogado el artículo 1.591 del Código Civil» en *Aranzadi Civil*, n.º 454 de 28 de septiembre de 2000, págs. 1 y sigs.

fundado en una jurisprudencia que según el —al igual que la doctrina— no ha sido construida sobre el propio artículo ni sobre una interpretación histórica y literal del mismo, sino que es una construcción realizada independientemente del precepto.

Sigue apuntando CARRASCO PEREDA que el artículo 1.591-2 es una norma redundante y un misterio, porque señala que la ruina siempre proviene de cumplimiento contractual, con lo cual el artículo 1.591-2 no se aplicaría nunca; y que cuando el artículo 17 LOE declara vigente deja a salvo el derecho general de los contratos en las acciones por incumplimiento contractual no está refiriéndose al artículo 1.591-2 señalando al final como conclusiones las siguientes:

- «1. El art. 1.591 CC está derogado.
2. Pero nada cambiaría aunque el art. 1.591 CC no estuviera derogado.
3. Como cualquier otra norma derogada, el art. 1.591 CC conserva su eficacia transitoria.
4. El art. 1.591 CC, en la medida que conserva eficacia como Derecho transitorio, no contiene nada que exceda del contenido de regulación de la LOE y del Derecho general de contratos y obligaciones.
5. Por tanto, tampoco importaba nada que el art. 1.591 no conservara eficacia como Derecho transitorio.
6. La doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad decenal por ruina no puede seguir manteniéndose legítimamente, ni para las obras comprendidas en el ámbito de aplicación temporal transitorio del art. 1.591 CC ni para las edificaciones a las que se aplique la LOE».

3. Posturas favorables al mantenimiento de la vigencia del artículo 1.591 del Código Civil

Como queda expuesto, además de las anteriores se han mantenido —en otro caso no habría habido polémica doctrina— diversas posturas favorables a entender que el artículo 1.591 del Código Civil sigue vigente.

La más clara al respecto es la de ALMAGRO NOSETE que estima que el artículo 1.591 del Código Civil sigue vigente, aun cuando se haya reducido su ámbito de aplicación de modo notable, entendiendo que:

- «a) Las obras de edificación de nueva construcción de “escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tenga, de forma eventual o permanente, carácter residencial, ni público y se desarrollen en una sola planta” están excluidas del ámbito de aplicación de la ley especial por disposición expresa (artículo 2.2a)) pero no de su sujeción general al artículo 1.591 del Código Civil.

b) La extensión de la responsabilidad figura limitada por el artículo 17 de la LOE, a los daños materiales por lo que se suscitan dudas fundadas acerca de si de tal concepto están excluidos los daños “corporales” y más acusadamente los perjuicios y los daños morales, lo que conduciría a que estos últimos desaparezcan como conceptos indemnizables en situaciones de “ruina”, o encuentren acogida —como parece más razonable— al amparo de la expresión “daños y perjuicios” que recoge el artículo 1.591 del Código Civil, por lo que, en definitiva éste permanece vigente respecto de estos supuestos.

c) De antiguo ha sido objeto de controversia entre los civilistas, la naturaleza de la responsabilidad derivada del artículo 1.591 del Código Civil si contractual o extracontractual. La LOE parece inclinarse por el carácter de obligación legal extracontractual, al referirse en el inciso inicial del artículo 17 a las responsabilidades contractuales que deja a salvo o fuera del contenido de la responsabilidad que regula. De aquí, asimismo que puedan originarse dudas sobre el alcance del último párrafo del artículo 1.591 claramente ubicado en las responsabilidades contractuales».

Y ALMAGRO NOSETE concluye señalando que los problemas derivados de la coordinación del artículo 1.591 del Código Civil y los preceptos de la LOE originarán probablemente en el futuro cuestiones litigiosas que tendrá que despejar la jurisprudencia.

MEZQUITA GARCIA-GRANERO⁷ se apunta también a la tesis de la derogación parcial del artículo 1.591 al entender que el sistema nuevo es parcialmente incompatible con el anterior y que por tanto deroga sólo parcialmente la normativa del 1.591, pero señalando que el método escogido por el legislador provocará inevitables distorsiones en el sistema de normas civiles y dará lugar a la inseguridad jurídica. Dicha autora señala:

«De los muchos caminos que tenía el legislador para acometer la reforma, se ha decidido por el de la descodificación, ya que mediante la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), no sólo se reforma el artículo 1.591 CC, al ser la nueva Ley parcialmente incompatible con el mismo, sino que se sustrae a la regulación del Código Civil la parte de mayor envergadura del contrato de obra: la edificación. Desde el punto de vista del civilista la solución adoptada, de Ley especial, no es la óptima, por cuanto no sólo deja pendiente la tan sentida reforma de los contratos de arrendamiento de servicios y de obra en general, sino que, además, provocará inevitables dis-

⁷ «El artículo 1.591 del CC. ante la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Aranzadi Civil* 1999, tomo III, págs. 2.301 y sigs.

torsiones en el sistema de normas civiles al afectar a algunos preceptos del Código sin tener en cuenta su conjunto, dando lugar a la inseguridad consecuente a toda reforma en la que no se expresa cuáles son los preceptos que se derogan ni en qué medida».

4. La vigencia del artículo 1.591 del Código Civil

De entrada hay que matizar que no es correcta la afirmación que hace CARRASCO PEREDA de que la construcción jurisprudencial en materia de ruina del inmueble nada tenga que ver con el artículo 1.591 del Código Civil; ciertamente parte de la regulación actual obedece a un desarrollo doctrinal y jurisprudencial del artículo citado, pero eso no obsta a que las construcciones se hayan hecho partiendo de un precepto, el artículo 1.591 del Código Civil, y en desarrollo del mismo. Si en base a eso decimos que la construcción en cuestión nada tiene que ver con el artículo 1.591 por la misma regla de tres podríamos decir que nada tienen que ver con el Código Civil la regulación de la culpa extracontractual fundada en la amplia jurisprudencia que ha interpretado los artículos 1.902 y siguientes del mismo cuerpo legal, o que la jurisprudencia que ha interpretado el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha creado una normativa totalmente ajena con aquella. En todos estos casos las precisiones doctrinales y jurisprudenciales han dado una mayor duda y concreción a los preceptos legales, pero no puede decirse que estén al margen de los mismos ni que sean unas creaciones artificiosas que nada tengan que ver con la normativa legal.

Existen en mi opinión una serie de razones que abonan la vigencia, al menos parcial, del artículo 1.591 del Código Civil, razones que a continuación voy a exponer:

1.^a) La más clara en mi opinión es la falta de derogación expresa. Ciertamente contra tal alegación se puede acudir a la figura de la derogación tácita al ser los preceptos de la nueva Ley y del artículo 1.591 del Código Civil incompatibles, pero frente a tal interpretación surge la realidad de que el problema fue examinado por el legislador, y de que el dictamen de la ponencia del Congreso propuso la supresión expresa del artículo 1.591 y que tal supresión fue rechazada por el Congreso. En consecuencia, y en definitiva, si el legislador rechaza conscientemente que en la norma nueva se diga que ha derogado a otra anterior, supone que el mismo es consciente de que la otra sigue vigente total o parcialmente.

2.^a) En la exposición de motivos de la Ley se dice: «el objetivo prioritario es regular el proceso de la edificación actualizando y complementando la configuración legal de los agentes que intervienen en el mismo».

La Ley no solamente no menciona la palabra «derogar», sino tampoco la de «sustituir» la legislación anterior por la nueva, sino solamente la de «complementar» y «actualizar» con lo que puede entenderse que la anterior no se encuentra derogada.

3.^a) Incluso la Ley precisa de que se dicta en el marco de la directiva 85/3844/CEE de la Unión Europea y que tiene por objeto el aumento de la calidad de las edificaciones y el fijar garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños reforzando lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; y tales finalidades podrían ser en principio compatibles con lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código Civil.

4.^a) El artículo 17.9 de la Ley señala:

«Las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios o partes edificadas frente al comprador conforme al contrato de compraventa suscrito entre ellos, a los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil y demás legislación aplicable a la compraventa».

Tal indicación puede hacerse extensiva al artículo 1.591-2 en que se hace depender la ruina de la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales, y en ese caso estaría, por lo menos para tal supuesto, vigente el artículo 1.591.

En su reciente artículo CARRASCO PEREDA dice que el artículo 1.591-2 es un misterio, es una norma redundante que nadie lo entiende y que no tiene ningún sentido. Opino que no es así, y que tal vez lo que a los comentaristas del derecho nos sucede en ocasiones, es que se nos escapa el sentido usual y normal de las palabras que emplea el legislador, queriendo buscar siempre dentro de las palabras legales, más implicaciones y más complicaciones que aquellas en las que pensó el legislador al redactar el precepto.

Como señalaba GARCIA CANTERO⁸, al hablar de las condiciones del contrato el legislador no alude al pliego de condiciones del contrato

⁸ «La responsabilidad por ruina de edificios ex-artículo 1.591 del Código Civil» en A.D.C. 1963, pág. 1.111.

de obra, sino que se trataría de un incumplimiento cualificado del contrato entendiendo por tal estrictamente como el documento firmado entre el comprador y el vendedor y no a las condiciones técnicas que han regido la nueva construcción: interpretación que también hice mía hace ya muchos años⁹.

Y no es difícil encontrar supuestos en que se dé este arruinamiento por incumplimiento contractual: pensemos, por ejemplo, en una fachada proyectada en mármol según el contrato que une al promotor con los compradores y que luego es sustituida por un revestimiento de madera que origina la penetración de agua y que da unos graves problemas de conservación. Si el arruinamiento de la fachada se debe a que el promotor elige un material diferente —normalmente más barato— del previsto en el contrato, se puede decir que el arruinamiento (en el amplio sentido que ha dado a la palabra arruinamiento la jurisprudencia civil) obedece a la falta del contratista a las obligaciones del contrato y que entonces tiene lugar la sanción que prevé el artículo 1.591-2.º.

La interpretación que escoge CARRASCO PEREDA del artículo 1.591-2.º en el sentido de que el contratista y arquitecto responden de la ruina acaecida desde los diez años de la construcción, y que si entre ellos y el dueño de la obra existe un contrato al plazo de garantía —que no de prescripción— para exigir esta responsabilidad es de quince años, además de no ser la usualmente admitida por la doctrina, y forzar la literalidad del texto, no me parece aceptable ni concorde con la finalidad del precepto, que es penalizar las conductas infractoras¹⁰, mientras que, según la teoría de CARRASCO, se penalizaría a los que simplemente han hecho un contrato con el comprador por el hecho de firmarlo.

No es pues, una normativa que no tenga sentido y no es ni ininteligible ni ociosa.

⁹ *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao 1976, pág. 154.

¹⁰ Este es el sentido además que la escasa jurisprudencia emanada de las Audiencias ha dado al artículo 1.591 2.º del Código Civil. Véase sentencia de la A.T. de Sevilla de 7 de junio de 1979 (R.G.D. pág. 80 de 1980) y Las Palmas 26 de mayo de 1989 (R.G.D. pág. 9.419 de 1990), y de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1996 (Ar. 6.724) que señala:

«La responsabilidad que abona el párrafo segundo del artículo 1.591, debe referirse a los supuestos en que la ruina se haya producido por actos imputables al contratista, que supongan el incumplimiento directo del contrato de ejecución de obra por parte del mismo.

[...]

Debe aparecer claramente probado: el incumplimiento específico del contrato de ejecución de obra, y la existencia de una relación directa entre ese incumplimiento y los daños ruinosos».

La consecuencia en el caso del artículo 1.591-2 sería un agravamiento de la posición del contratista como infractor, ya que la garantía decenal se convertiría en garantía de quince años.

Y cabe añadir si la Ley declara vigente la acción de cumplimiento contractual ¿por qué no va a estarlo, en el supuesto de que la ruina de la construcción que obedezca a la infracción de lo previsto en el contrato, un agravamiento del tiempo de garantía que contiene el artículo 1.591-2.º?

5.ª) La nueva Ley alude a un reforzamiento de las garantías de los adquirentes de edificios como finalidad de la misma en su exposición de motivos.

Ahora bien, si examinamos algunos de los supuestos que la Ley contempla nos encontramos con que las garantías son menores con la Ley de Ordenación de la Edificación que con el artículo 1.591 del Código Civil. Y no se diga que es que la Ley fija unos plazos más cortos de garantía, lo que es legítimo y de acuerdo con el deseo del legislador —una cosa con la que doctrinalmente se puede estar o no de acuerdo, pero que hay que acatar— pero lo que no lo es que dentro de los plazos fijados la garantía disminuya en una serie de supuestos por falta de la existencia de un seguro y por restringirse el número de personas responsables¹¹.

Ante tales contradicciones puede correctamente preguntarse si debe prevalecer la intención del legislador anunciada en el preámbulo de la

¹¹ El artículo 17.1 señala:

«Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación.— 1. Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

a) Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

b) Durante tres años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año».

Ley, y en consonancia con la falta de derogación explícita del artículo 1.591 del Código Civil o si hay que optar por la derogación no expresamente prevista por éste a reserva de que de esa forma se contradice la finalidad proclamada de la Ley.

6.^a) En el fondo de toda la polémica ¿no se esconderá el deseo de las compañías aseguradoras de tener el riesgo amparado por las pólizas más limitado por ser los daños reclamables, y de esta forma obtener mayores beneficios?

5. Supuestos concretos de vigencia del artículo 1.591

¿En qué casos sigue vigente el artículo 1.591? La respuesta no es fácil ya que solamente estaría derogado en aquellos supuestos en que la nueva legislación y la antigua sean incompatibles y de entrada cabría preguntarse si en general ambas regulaciones son incompatibles o podrían funcionar ambas de manera paralela a como sucede en derecho francés en algunos supuestos, en los que las acciones específicas de responsabilidad en la construcción y las acciones de culpa basadas en la normativa común se estiman compatibles.

Efectivamente dentro del sistema jurídico francés se podría pensar que los artículos 1.792 y 2.270 derogan a la normativa genérica de derecho común, pero la jurisprudencia francesa ha estimado que en determinados supuestos es aplicable el plazo de prescripción de treinta años¹².

Independientemente de ello hay unos supuestos específicos en que parece debe propugnarse la vigencia del artículo 1.591 que son los siguientes:

¹² Tales supuestos serían:

1.^o) Cuando haya una falta dolosa cometida por el arquitecto o el contratista (Civ. 1.^{er} 14 octubre 1956 Gaz. Pal. 1956-1-133; Civ. 1.^{er} 29 junio 1964. Bull. Civ. 345-268; Civ 3.^{er} 24 octubre 1968 Bull. Civ. pág. 306), dudando la jurisprudencia de extender esta responsabilidad a los casos de negligencia grave.

2.^o) Cuando haya una violación de las leyes y reglamentos de edificios por parte de los constructores o de los arquitectos (Req. 25 marzo 1874, S 1874, 1, 220; París 21 diciembre 1932, Gaz. Pal. 1933, 1, 247).

A esta causa se asimila el hecho de que el inmueble construido sea impropio para el destino con que fue concebido (Civ. 1.^{er} 22 octubre 1964 Gaz. Pal. 1947, 1, 18; Civ. 3.^{er} 6 febrero 1969 Bull. Civ. 109-85).

3.^o) Cuando el propietario de la edificación es objeto de una reclamación por parte de un tercer perjudicado en virtud del artículo 1.386 del Código Civil (Civ. 1.^{er} 27 diciembre 1962, Bull. Civ. 62, 1, 473; Civ. 1.^{er} 26 enero 1960, Bull. Civ. 60, 1, 38).

1.º) Es obvio que mientras la LOE no entrara en vigor seguiría desplegando su eficacia el artículo 1.591 del Código Civil como reconoce incluso el propio CARRASCO PEREDA¹³: se trata simplemente de un problema de derecho transitorio.

2.º) El supuesto en el que la ruina exista por infracción de las condiciones contractualmente previstas entre el promotor, el constructor —o entre el constructor-promotor en su caso— y los adquirentes, contenida en el artículo 1.591-2.º es, en mi opinión, el más claro ejemplo de responsabilidad en que sería aplicable el plazo previsto, en el artículo 1.591-2.º y no en la LOE. Ciertamente la responsabilidad será exigida a todas las personas que se mencionan en la LOE por el tiempo que en la misma se contiene, pero una vez transcurrido el plazo señalado en esta última Ley —o antes si lo prefieren los perjudicados— podrían accionar ex-artículo 1.591.

Para llegar a tal conclusión hay que partir de la base de que la acción del 1.591-2.º es contractual y que si la LOE deja vigente las acciones derivadas del contrato de compraventa no hay ninguna razón para que el agravamiento del plazo en este supuesto específico no siga operando como tal después de la entrada en vigor de la LOE.

Hay que tener en cuenta que la remisión de la LOE al régimen general de responsabilidad por incumplimiento de contrato tiene que ser con relación a los vicios de edificación, porque si no no tendría sentido el artículo 17.9 de la LOE.

Un incumplimiento, por ejemplo, del plazo de entrega no interfiere nada en la normativa de la LOE y ésta no tenía por qué haber hecho referencia a tal presunto incumplimiento: el mismo debe referirse exclusivamente a incumplimientos relacionados con los vicios o defectos de la obra.

Es cierto, como recuerda CARRASCO PEREDA¹⁴ que la LOE no señala entre las normas a las que se remite el artículo 1.591.2: evidentemente si la LOE se remitía al artículo 1.591 toda la polémica que se ha suscitado no existiría; tanto si la LOE hubiera declarado derogado el artículo 1.591 como si se hubiera remitido al mismo, entendiéndolo vigente, la polémica en cuestión no se hubiera suscitado. Si estamos hablando del tema es porque la Ley no ha optado por ninguno de los dos caminos claros que podía darse. Ciertamente el artículo 1.591 no forma parte del «corpus» normativo general del incumplimiento contractual, como señala CARRASCO pero es una norma específica prevista para

¹³ Obra citada, pág. 6.

¹⁴ Obra citada, pág. 6.

la «ruina» del inmueble o cuando existan unos vicios importantes en el mismo. Por eso a pesar de todo tal norma de derecho contractual, pero específica para el supuesto de ruina o vicios de construcción, entiendo que deberá ser mantenida tras la entrada en vigor de la LOE.

Finalmente no es ocioso señalar que como ya mantuve en otro lugar¹⁵ la acción del artículo 1.591-2.º no contiene una presunción de culpa como el supuesto genérico del 1.591-1.º o como también lo determina la LOE. Aquí en cambio se trata de una infracción de las condiciones del contrato y quien la alegue la deberá demostrar en cada caso.

3.º) Los daños que no sean materiales. La insistencia del legislador de la LOE en hablar de la responsabilidad por daños materiales puede dar a entender que los que no lo sean no están protegidos por la misma, así ALMAGRO NOSETE incluye dentro de este capítulo a los daños corporales. Entiendo que el problema podría ser más amplio y que habría que ver cuál es el alcance exacto de la nueva Ley, o lo que es lo mismo, a qué se contraponen la expresión daños materiales, que, podría ser, en una primera interpretación a daños corporales, en otra, a daños inmateriales comprendiendo dentro de los mismos no sólo los daños corporales y los daños por fallecimiento sino los daños morales incluido el llamado *pretium doloris*; y en una tercera acepción, la palabra daños materiales, podía hacer referencia solamente a lo que no sean daños materiales en la propia edificación, con lo cual no se comprendería, además de los excluidos en los supuestos anteriores, aquéllos que hicieran referencia, por ejemplo, al pago de la estancia necesaria de una persona en un hotel o residencia por no reunir la casa las condiciones de habitabilidad, mientras la misma se reparase.

En mi opinión habría que ver qué alcance se le da a la expresión daños materiales; y cómo de acuerdo con nuestro sistema jurídico, todo daño es en principio indemnizable, ya que como señala SANTOS BRIZ daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y de la cual haya de responder otra¹⁶. Y en consecuencia todos los daños que se entiendan que la LOE no protege deberán ser amparados por el artículo 1.591 del Código Civil.

Y ello no sólo porque la LOE pretende amparar más los derechos de los perjudicados en su exposición de motivos y sería paradójico que sucediera lo contrario, sino también porque iría contra el principio de

¹⁵ *La responsabilidad civil por vicios*, citada, pág 155.

¹⁶ SANTOS BRIZ, «Comentarios al artículo 1.902», en *Comentarios Edersa* t. XXIV, pág. 157.

igualdad, contenido en el artículo 14 de la Constitución, el que en unos supuestos el daño corporal, por ejemplo, fuera indemnizable y en otro —sin justificación alguna— se excluyera de toda posible reparación.

4.º) Otra hipótesis diferente la constituirían aquellos casos en el que no se den las garantías previstas en la Ley —la garantía del seguro fundamentalmente— y se prevea una única responsabilidad de quien realmente es insolvente. En este caso está incumpliendo la finalidad que la misma propugna, y en tal supuesto no parece excesivo entender que, en aras precisamente a que se cumpla la finalidad anunciada, y atribuyendo a un descuido del legislador la redacción legal, mantener la vigencia de otro precepto —el artículo 1.591— que lo complementa y extiende la indemnización a los otros supuestos.

Ciertamente la solución puede ser discutible, puesto que de esta forma se hacen pervivir dos regímenes distintos y por otra parte en uno de los casos se ofrecen unos plazos más amplios que en otros sin una justificación formal para tal diferencia; pero con todas las dificultades —que reconozco que existen— parece mejor esta solución que dejar en el desamparo práctico una serie de supuestos reales que posiblemente van a ser bastante frecuentes.

6. Supuestos en que no es aplicable el artículo 1.591 del Código Civil

A salvo de lo que se señala al final de este artículo, como planteamiento general de la posible vigencia simultánea de los dos preceptos, entiendo que hay algunas hipótesis en las que no cabe admitir la vigencia del artículo 1.591 del Código Civil sino, en cambio, su sustitución por la nueva Ley. Tales supuestos son los siguientes:

1.º) Aquellos casos en que se den las garantías previstas en la LOE y que éstas entren normalmente en funcionamiento. En tal caso parece que no hay razón alguna —salvo si se mantiene la operatividad simultánea de ambos regímenes— para sostener la vigencia del artículo 1.591 del Código Civil.

Y ello es así aun cuando el plazo de prescripción y garantía que señalaban la Ley y la jurisprudencia precedentes fueran superiores.

Ciertamente el acortamiento de los plazos puede parecer injustificado y los nuevos exiguos y breves en muchos supuestos, pero ello no es óbice para entender que la normativa actual de-

roga a la precedente y que, nos guste o no, hay que optar por la vigencia de la nueva.

- 2.º) Las acciones de repetición entre los distintos agentes de la edificación (artículo 17.2 LOE) deben regirse por lo dispuesto en la LOE cuyo uno de sus objetivos primordiales fue precisamente el regularlas.
- 3.º) En el supuesto que recoge ALMAGRO NOSETE¹⁷ de aquellas edificaciones de nueva construcción de «escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tenga, de forma eventual o permanente, carácter residencial, ni público y se desarrollen en una sola planta» y que están excluidas del ámbito de aplicación de la LOE por disposición expresa (artículo 2.2.a)), estimo que no sería de aplicación el artículo 1.591 del Código Civil porque parece una paradoja que tal tipo de construcciones tengan una mayor garantía que las edificaciones permanentes ya que la larga garantía en inmuebles va en función de su duración y de su estabilidad y parece absurdo que las edificaciones de baja calidad que están pensadas para poco tiempo tengan más garantía que las otras.
- 4.º) Supuesto distinto del anterior es aquel en el que de acuerdo con la LOE el plazo de garantía queda acortado sobre el existente en la legislación precedente. En tal caso estimo que la Ley es libre —guste o no— de acortar los plazos de prescripción y que tales nuevos plazos deben aceptarse sin que se pueda acudir al artículo 1.591 del Código Civil salvo que se entere de aplicación general al amparo de lo que se expone en el número siguiente.

7. Compatibilidad de ambos regímenes

De manera genérica se podría plantear la posibilidad de la compatibilidad de ambos regímenes el de la LOE y el anterior del artículo 1.591 del Código Civil, pero no sólo para los supuestos de carencia o de falta de cobertura de las garantías contenidas en la LOE, sino de manera genérica en cualquier hipótesis de forma que el perjudicado pudiera optar entre una acción y otra.

Tal solución podría estar en consonancia con la que hemos examinado del ordenamiento jurídico francés para determinados supuestos, en

¹⁷ «Algunas cuestiones procesales» en *Derecho de la Edificación* coordinado por SALA SÁNCHEZ, Barcelona 2000, pág. 375.

los que la acción de derecho común es compatible con la acción específica de responsabilidad en la construcción.

La existencia de una doble regulación legal no sería exclusiva en nuestro derecho: se puede poner el ejemplo del titular de una cambial que puede optar entre el ejercicio de la acción declarativa o la ejecutiva. Se podría objetar que en este caso hay un título específico y que de ahí deriva la existencia de un procedimiento especial de reclamación; pero la pluralidad de acciones con un régimen específico no aparece solamente en el supuesto mencionado: pensemos por ejemplo entre la opción por el ejercicio de una acción de cumplimiento contractual o de una acción por vicios ocultos. Incluso recientemente, con ocasión de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal, se ha planteado la duda de si el proceso monitorio (artículo 21 Ley 8/1999) derogaba, o si por el contrario era compatible con él, el procedimiento ordinario.

Ciertamente no creo que la solución ideal es la existencia generalizada —en éste como en otro supuesto de regímenes legales paralelos y diferentes—: pero tal y como está planteado el problema no me atrevo a dar una respuesta tajante al interrogante y habrá que ver como discurre la interpretación ulterior y la jurisprudencia en aplicación de la nueva Ley.

Se podría alegar además que si la acción del artículo 1.591 se ha estimado por la jurisprudencia compatible con la acción de cumplimiento contractual ¿por qué no pudiera ser compatible la acción del artículo 1.591 con las acciones previstas en la LOE?

Esta hipótesis podía ser más dudosamente defendible porque significaba la coexistencia sin límite de tiempo ni de causas de dos regímenes distintos a elección del perjudicado. Pero lo que es claro es que la ambigüedad y defectos de la nueva Ley han abierto una serie de interrogantes que sólo el futuro podrá despejar.

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978. SU PROTECCION A TRAVES DE TRIBUTOS

Javier Pérez Arraiz

Sumario: I. Introducción. II. El desarrollo sostenido. III. La protección al medio ambiente en la Constitución Española. IV. Instrumentos de política medioambiental. V. El principio de quien contamina paga.

I. Introducción

En una época no muy lejana ha sido muy común el empleo de términos relacionados con la ecología en discusiones sobre el desarrollo económico, el crecimiento industrial, etc., que en muchas ocasiones sólo han conseguido provocar una confusión entre la gente, que llega a pensar que el término ecología abarca significados asociados a la idea de polución, de conservación de especies en extinción, e incluso a la idea de complot contra el crecimiento económico. En la actualidad, se hace hincapié en la escasez de los recursos naturales y de las dificultades que existen para que algunos de estos recursos se vuelvan a generar¹.

La ecología, al igual que otras ciencias naturales, ofrece principios y métodos que ayudan a la sociedad a elegir entre distintas alternativas, si bien la ecología no toma *per se* ningún valor humano, eso queda como un problema de la sociedad y de los seres humanos².

Como suele ocurrir en los movimientos novedosos, en el movimiento ecológico se han pretendido incorporar en ocasiones, elementos que muy lejos de buscar la protección del medio ambiente, lo único que han aportado es la alarma sin fundamento, o estrategias encaminadas a

¹ OWEN, D.F.: *What is Ecology?*, Oxford University Press, London, Oxford, New York, 1974, p. 2.

² Véase FENCHEL, T.: *Ecology-Potentials and Limitations*, Ecology Institute, Oldendorf/Luke, Alemania, 1987, p. 153.

ofrecer una alternativa a la sociedad de consumo³. Los ecologistas, lo que nunca deben ejercer es de profetas⁴.

Aunque carente de entidad suficiente como para ser considerado un sector dotado de autonomía científica, existe una serie de normas constitucionales bien diferenciadas del resto que se refieren a la protección del conjunto de elementos naturales necesarios para garantizar una calidad mínima de vida tanto a las generaciones presentes como a las futuras.

Con independencia de la polémica de que se ha visto rodeada la aparición del denominado Derecho ambiental, se ha definido al mismo como el «sistema de normas, principios, instituciones, prácticas operativas e ideologías jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas sociales y sus entornos naturales». No obstante, se ha apuntado desde algunos sectores, que en realidad lo que existe, más que una disciplina de Derecho ambiental, es una penetración de la problemática ambiental en disciplinas como pueden ser el Derecho administrativo, penal, tributario, etc., de tal forma que se debería hablar de un Derecho penal ambiental, un Derecho administrativo ambiental, etc.⁵.

Se ha definido el medio ambiente como el «conjunto de elementos naturales o culturales que determinan las condiciones de vida características de un integrante humano geográfica y temporalmente delimitado»⁶.

³ Véase MARTIN MATEO, R.: *Tratado de Derecho ambiental*, V.I, Trivium, Madrid, 1991, p. 9.

⁴ Véase FENCHEL, T.: *Ecology-Potentials and Limitations*, *op. cit.*, p. 153. Señala este autor que algunos llamados ecologistas actúan como si lo fuesen, y que desgraciadamente no es nada raro encontrar «falsos expertos» entre los ecologistas.

⁵ Sobre este punto ha mostrado su desacuerdo SERRANO MORENO afirmando que, si bien la problemática medioambiental afecta a distintas ramas del saber jurídico, otras ramas de este saber abordan en ocasiones una misma problemática, siendo una reducción al absurdo el que se pretendiese negar su autonomía en base a este dato («Concepto, formación y autonomía del Derecho ambiental», *Cuadernos Jurídicos*, n.º 41, 1996, pp. 26 y 27).

Otra cuestión distinta es que debido a la complejidad de la problemática medioambiental, sea necesario un esfuerzo interdisciplinar a la hora de enfocar su estudio (MARTIN REBOLLO, L.: «Medio ambiente y responsabilidad de la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 11, 1976, p. 639). El Derecho, en este caso ambiental, vendría configurado como un instrumento compuesto no sólo por normas, sino también por principios, instituciones, etc. Ello lleva consigo la necesidad de establecer puentes con el fin de acercar la normativa a la realidad social. Se ha señalado que el sistema jurídico ambiental tiene cuatro momentos: el legislativo, en el que se programa las decisiones públicas en materia ambiental; el judicial, que interpreta y aplica el programa legislativo; el ejecutivo, que desarrolla y gestiona los programas; y el dogmático, que analiza los momentos anteriores proponiendo formas de actuación (Véase SERRANO MORENO, J.L.: «Concepto, formación y autonomía del Derecho ambiental», *op. cit.*, pp. 22 y ss.).

⁶ La Comisión Económica en Europa ha definido el medio ambiente activo como «un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que com-

En el marco jurídico el concepto de medio ambiente tiene una acepción extensiva y otra restrictiva. Desde el punto de vista restrictivo, el término ambiente se limita a los medios naturales de subsistencia de la humanidad, en particular los medios ambientales como son: la tierra, el agua, el aire, la biosfera, y a la relación existente entre ellos, así como con el hombre. Desde un punto de vista extensivo, el término abarcaría no sólo en general el espacio vital del hombre sino incluso su medio ambiente social, habría que entender en este sentido el término medio ambiente (Um-welt) como sinónimo de entorno⁷. Así el término ambiente cubriría no sólo todo aquello asociado con elementos orgánicos (plantas, animales, etc.) sino también los elementos en los que, sin tener esta característica, se desarrolla la vida⁸.

Para fijar el ambiente desde un punto de vista jurídico, y ajustarse a lo que se debiera entender por ambiente en términos ecológicos hay que excluir elementos que pudieran aparecer en una acepción extensiva, como pueden ser los elementos que conforman el ambiente construido por el ser humano (vías de comunicación, edificios, etc.), y los que configuran el ambiente social (sistemas sociales, políticos y culturales). Hay que centrarse en proteger el medio ambiente que rodea al hombre y que constituye el ecosistema fundado en el equilibrio ecológico y que es en definitiva el ambiente requerido de tutela. Un concepto de medio ambiente amplio, en el que se incluyan un gran número de elementos por el simple hecho de estar en contacto con el hombre, no tendría otro efecto sino el de difuminar el propio concepto y producir la ineficacia del mismo. Por ello hay que evitar que en el concepto de medio ambiente se comprenda todo aquello que el hombre proyecta, abarcando incluso modos de expresión culturales o de vida en general⁹. Lo que es digno de conservación y desarrollo, desde un punto de vista estrictamente ecológico, son las relaciones del hombre con el suelo, el agua, y el clima. El intentar proteger desde la perspectiva medioam-

prenden particularmente a ecosistemas equilibrados, bajo la forma que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas». (Recogido en GARRIDO FALLA, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 808).

⁷ Véase MESSERSCHMIDT, K.: *Umweltabgaben als Rechtsproblem*, Duncker und Humbolt, Berlín, 1986, pp. 30 y 31.

⁸ OWEN, D.F.: *What is Ecology?*, *op. cit.*, p. 1.

⁹ La protección ofrecida por los arts. 46 y 47 de la Constitución española al Patrimonio histórico-artístico-urbanístico-territorial ponen de manifiesto que el legislador constitucional ha querido diferenciar el medio ambiente social y artificial del medio ambiente natural, al que hace referencia en el art. 45.1 de la Constitución (ROSEMBUJ, T.: *Los tributos y la protección y la protección del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 33).

biental cualquier tipo de bien cultural, no tiene otro efecto, como ya hemos apuntado, que el de generalizar el propio concepto de ambiente haciéndolo ineficaz¹⁰.

En el presente trabajo cuando hagamos referencia al medio ambiente estaremos refiriéndonos al aspecto restrictivo.

II. El desarrollo sostenido

Es necesario abandonar la idea de que la protección del medio ambiente es algo que es digno de ser considerado en momentos en los que la situación de desarrollo y crecimiento económico son prósperos y que, sin embargo, debe dejarse a un lado cuando dicha situación entra en crisis.

Hace ya tiempo que el Departamento de Economía y Asuntos Sociales de la Organización de las Naciones Unidas señaló que los recursos de todo el mundo debían tener una utilización racional, apuntándose que la Humanidad como un todo puede progresar sólo a través de una utilización eficiente de todos los recursos naturales disponibles, y de manera especial en un momento en el que la población mundial está creciendo de forma alarmante.

La idea de que el progreso y el bienestar equivale a un elevado nivel de consumo, con el consiguiente gasto energético y utilización de recursos en algunos casos no renovables, ha dado paso, en las últimas décadas, a una toma de conciencia en sentido contrario, es decir, a considerar que el crecimiento y lo que se ha entendido por progreso tienen un límite.

El desarrollo es un proceso dinámico en el que todas las naciones del mundo están involucradas y en el que todavía no se ha llegado a un punto final. Las naciones más avanzadas siguen alcanzando nuevos medios para mejorar la utilización de los recursos naturales o para intensificar las condiciones del medio en el que viven sus habitantes. Las naciones menos avanzadas se esfuerzan por alcanzar niveles de bienestar de los países más desarrollados, que en la mayoría de los casos se consideran países como modelo a seguir, pero a pesar de las diferencias económicas existentes entre estos países, el desarrollo económico les afecta a todos ellos, formando parte de una misma comunidad interna-

¹⁰ Véase ROSEMBUIJ, T.: *Los tributos y la protección del medio ambiente*, op. cit., pp. 14 y ss. Señala este autor que «la construcción del concepto jurídico de ambiente no puede entremezclarse con otras nociones ajenas, relativas al ambiente social o al ambiente artificial, ya bajo la disciplina de otros conocimientos» (en la misma obra, p. 23).

cional y ocupando la misma biosfera. Todo ello, no sólo en el plano económico sino también en el ecológico, dificulta las posibilidades de actuar aisladamente, y es que en la actualidad lo que ocurre a un país le afecta a todos¹¹.

La idea de desarrollo sostenido se basa en que las relaciones entre la biosfera, la actividad humana y su dinámica deben garantizar la continuidad de la especie humana en un sentido amplio, es decir, pensando no sólo en las generaciones presentes sino también en las futuras. En la actualidad, si bien se busca garantizar el desarrollo económico de todos los pueblos, se pretende que éste se realice de forma sostenible.

El art. 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de la Unión Europea, establece que «la Comunidad tendrá por misión promover (...) un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente (...) la elevación del nivel y de la calidad de vida».

Ultimamente los términos «desarrollo sostenido» y «crecimiento sostenido» se han venido utilizando continuamente en la literatura referida al medio ambiente. Y es que, debido al interés en restaurar la calidad del medio en el que se desenvuelve el ser humano, ha reaparecido el conflicto entre aquéllos que están preocupados con la conservación del medio ambiente y aquéllos que lo están con el desarrollo económico. No obstante más que conflicto debería haber una creciente convergencia entre los fines de conservación y los del desarrollo¹².

Sería conveniente señalar que mientras el término crecimiento hace referencia a un incremento cuantitativo en un aspecto físico, el término desarrollo se refiere a una mejora cualitativa, a un desarrollo de las potencialidades. Una economía puede crecer sin desarrollarse o desarrollarse sin crecimiento. En la actualidad existe la idea generalizada de que el crecimiento de la economía no podrá ser mantenido por mucho tiempo, de ahí que, para referirse al problema que plantea la escasez de los bienes que podríamos considerar medioambientales, sea más correcto el término «desarrollo sostenido». Un crecimiento económico que supere los límites ecológicamente aceptables puede que nos haga más pobres, convirtiéndose a la larga en un crecimiento «antieconómico»¹³. En la actualidad se hace necesario una explotación más racional

¹¹ DASMANN, R., MILTON, J. y FREEMAN, P.: *Ecological Principles for Economic Development*, John Wiley & Sons LTD, London, New York, Sidney, Toronto, p. 16.

¹² Véase DASMANN, R., MILTON, J. y FREEMAN, P.: *Ecological Principles for Economic Development*, *op. cit.*, p. 17.

¹³ Véase DALY, H.E.: «Toward some operational principles of sustainable development», *Ecological Economics*, Vol. II, 1990, pp. 1 y 5.

de los bienes económicos con el fin de evitar daños en los bienes naturales, en muchos casos de difícil o imposible reparación. La relación entre la actividad humana y su entorno no debe ser un obstáculo para asegurar una gestión de los recursos naturales no sólo en beneficio de las generaciones presentes sino también de las futuras.

El Derecho en general es una forma de solución racional de los conflictos humanos, el Derecho medioambiental, debe solucionar conflictos que se producen en la seguridad de los elementos naturales esenciales para la humanidad, limitando la utilización individual de bienes necesitados por todos. Esos conflictos se han reflejado de una manera imperfecta en eslóganes como: «protección del medio ambiente contra crecimiento económico», «protección del medio ambiente contra puestos de trabajo», etc., dado que refunden mucho y de manera indiferenciada. Aunque habría que señalar que todo ello ha servido para afianzar la idea de que la solución a toda esta problemática pasa en muchos casos por la introducción de los denominados impuestos ecológicos¹⁴.

III. La protección al medio ambiente en la Constitución Española

A finales de los años sesenta, tras una época de importantes logros a nivel económico se pusieron de manifiesto las consecuencias que en el medio ambiente, tanto en el presente como en el futuro, podía acarrear lo que normalmente se conocía como «progreso» o «desarrollo». No es extraño por ello que la preocupación por los temas medioambientales adquiriese una envergadura tal que a partir de los años setenta prácticamente todas las Constituciones europeas, de una forma o de otra, han incluido entre sus derechos el derecho al medio ambiente¹⁵.

¹⁴ Véase KLOEPFER, M.: «Umweltechutz und Recht», *Betriebs-Berater*, n.º 35-36, 1978, p. 1729; DAUMKE, M.: «Die Kompetenz des Landesgesetzgebers zur Einführung neuer Steuern, insbesondere von Umweltschutzsteuern», *Deutsches Steuerrecht*, n.º 25-26, 1992, p. 852.

¹⁵ En la Constitución italiana la protección al medio ambiente se desprende implícitamente de una serie de preceptos. Así el art. 9 de la Constitución italiana afirma que «La República promueve el desarrollo de la cultura y la investigación científica y técnica. Tutela el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación». Igualmente el art. 32 del mismo texto señala en su primer párrafo que «La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo y en interés de la colectividad y garantiza la atención médica gratuita a los indigentes». Una interpretación amplia de este precepto posibilitaría considerar al medio ambiente como una manifestación del derecho a la salud, es decir, que el derecho a la salud implica un derecho a la existencia de un ambiente sano para el desarrollo de la persona. En base al art. 32 de la Constitución italiana el individuo se vería protegido frente a agresiones al medio ambiente que pusiesen en peligro su salud.

Parecería osado pensar que la determinación de objetivos para la protección del medio ambiente se agotaría a largo plazo. El hecho de que las constituciones de los distintos países recojan la protección al medio ambiente entre sus postulados va a suponer que la problemática ecológica sea percibida también por el ejecutivo y por el poder judicial¹⁶.

En cuanto a la Constitución española se refiere, la problemática medioambiental se ha introducido en la parte dogmática de la Constitución, dentro de los principios rectores de la política económica y social y concretándose en un derecho económico-social que se configura como un derecho-deber.

Ya hemos señalado cómo la problemática medioambiental tiene un trasfondo esencialmente político, y que si ha trascendido al escenario jurídico se ha debido únicamente a una decisión de tipo político, por ello la constitucionalización de la problemática medioambiental supone que la comunidad opta por un modelo de sociedad que va a condicionar el desenvolvimiento de la vida colectiva en sus relaciones con el medio¹⁷.

Puede llamar la atención que en un país con un alto grado de sensibilidad hacia los temas medioambientales como es Alemania, la referencia expresa a la responsabilidad para con las generaciones futuras, en la protección del medio ambiente, tenga lugar de forma tardía tras la Reforma constitucional del 27 de octubre de 1994, que introdujo el art. 20.a), en el que se hace referencia expresa a la protección por parte del Estado, en responsabilidad para con las generaciones futuras, de los recursos naturales en el marco del Ordenamiento constitucional, por medio de la legislación y conforme a la Ley y al Derecho, a través del poder ejecutivo y la jurisprudencia.

No cabe duda de que tras la reunificación alemana se modificó el clima de cara a una posible reforma constitucional, en la que por supuesto tendría cabida la mención expresa a la protección del medio ambiente.

La introducción del art. 20.a) en la Constitución alemana ha supuesto, en palabras de KLOEPFER, un enriquecimiento considerable de la vida constitucional y administrativa en el aspecto de seguridad del medio ambiente, ya que el reconocimiento de la seguridad del medio ambiente como un bien constitucional va a suponer algo más que un resultado simbólico (Véase KLOEPFER, M.: «Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20 a GG», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, n.º 2, 1996, p. 82).

No obstante, con anterioridad a la introducción del art. 20.a) señalado, las constituciones de los distintos Lander ya recogían la protección del medio ambiente como un objetivo constitucional: Baden-Württemberg (art. 86), Bayern (art. 141), Berlín (art. 21.a), Brandeburgo (arts. 39 y 40), Bremen (art. 11.a), Hamburg (Preámbulo), Hessen (art. 26.a), Mecklenburg-Vorpommern (art. 12), Niedersachsen (art. 1.2), Nordrhein-Westfalen (art. 29.a), Rheinland-Pfalz (art. 69), Saarland (art. 59.a), Sachsen (art. 10), Sachsen-Anhalt (art. 35), Schleswig-Holstein (art. 7), Thüringen (art. 31).

¹⁶ Véase KLOEPFER, M.: «Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20 a GG», *op. cit.*, p. 82.

¹⁷ Véase FERNÁNDEZ, T.R.: «Derecho, Medio Ambiente y desarrollo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 24, 1980, p. 6.

En la actualidad existe la idea generalizada de que los poderes públicos tienen que afrontar activamente los problemas que causa la degradación del medio ambiente. De la Conferencia de Estocolmo, promovida por las Naciones Unidas en 1972, surgió el Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente que ha servido como instrumento para desarrollar, en el ámbito internacional, lo que podríamos denominar una conciencia ecológica, gracias a la cual ha cogido cada vez más fuerza, en el plano interno de cada Estado, la idea de que el medio ambiente, debido a su importancia, debe ser una materia tratada en el ámbito constitucional¹⁸.

Por lo que respecta a España, la inclusión de la protección del medio ambiente en la propia Constitución se debe, sin olvidar la influencia de otros textos constitucionales europeos, en concreto la Constitución portuguesa, más que a un mimetismo de Constituciones extranjeras, a la necesidad de dar respuesta desde lo más alto de la jerarquía normativa a la problemática medioambiental en nuestro país¹⁹. El antecedente histórico constitucional más próximo lo encontramos en el art. 45.2 de la Constitución de la II República de 1931²⁰, si bien es de destacar que la problemática ecológica de aquella época dista mucho de la que se nos puede presentar en la actualidad²¹.

La alusión al medio ambiente en la Constitución española de 1978, se concreta en una serie de condicionantes que configuran el marco en el que se desenvuelve el ser humano. El bien ambiental, como bien jurídico inmaterial, es considerado por la Constitución como un valor objeto de tutela. El texto del art. 45 de la Constitución establece lo siguiente:

¹⁸ GARRIDO FALLA, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*, op. cit., p. 810.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, A.E.: «Art. 45. Medio Ambiente», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, T. IV, Edersa, Madrid, 1984, pp. 247 y 248.

²⁰ Este precepto señalaba lo siguiente: «El Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico».

²¹ Señala PÉREZ LUÑO que las medidas protectoras que se pueden derivar de la Constitución de 1931, tendrían un carácter fragmentario, es decir, que sólo suponen la defensa de algunas manifestaciones de la naturaleza; estático, en cuanto que se prevenían únicamente medidas para asegurar la persistencia de la naturaleza; negativo, ya que sólo se trataba de evitar ciertas modificaciones en la naturaleza sin tratar de buscar medidas que la potenciasen; y abstracto, en el sentido de que no se hacía referencia a la naturaleza como una dimensión en la que el hombre proyecta sus realizaciones. Frente a esto la Constitución de 1978 presenta un tratamiento global de la problemática medioambiental, presentándonos la naturaleza como algo no fraccionable; se nos presenta igualmente con un carácter dinámico, buscando a través de la política medioambiental el pleno desarrollo del ser humano; positivo, ya que no se trata únicamente de aplicar una política de conservación y defensa del medio ambiente, sino que también se busca su mejora y restauración si cabe; una concepción concreta de la relación ser humano y medio ambiente («Artículo 45. Medio Ambiente», op. cit., pp. 258 y 259).

«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para los que violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado»²².

Se ha señalado que la defensa del medio ambiente, a que hace referencia el art. 45 de la Constitución, consiste en la preservación de los bienes o recursos naturales que son imprescindibles para mantener un equilibrio ecológico²³.

a) *El art. 45.1*

Es de destacar que el medio ambiente a que hace referencia el art. 45.1 de la Constitución es sólo el adecuado para el desarrollo de la persona, es decir, que la protección del medio ambiente interesa en tanto en cuanto afecta al desarrollo de la persona²⁴.

En torno al derecho al medio ambiente adecuado a que hace referencia este precepto existe una controversia, en el sentido de si es un derecho subjetivo del que todos somos titulares, o si más bien, este derecho depende de la acertada actuación de los poderes públicos en su labor por procurar el interés general²⁵.

²² A la redacción final de este precepto se llegó tras diversas modificaciones del texto presentado en el anteproyecto, que tuvieron como consecuencia los siguientes efectos: a) se configura el disfrute del medio ambiente como un derecho; b) aparece en la redacción definitiva la expresión «calidad de vida» que, sin tener un contenido claro, introduce una funcionalidad de los recursos naturales, ya que los poderes públicos tendrán que velar por ellos con el fin de mejorar la calidad de vida y mejorar el medio ambiente; c) se evita cualquier enumeración de los recursos naturales, abarcando de este modo la protección constitucional a todos; d) se constitucionalizan las sanciones administrativas, considerando implícitamente que las sanciones penales no son ni la única forma ni la más eficaz de castigar a quienes infringen la ley. (Véase ESCOBAR ROCA, G.: *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 39 y ss.)

²³ ESCOBAR ROCA, G.: *La ordenación constitucional del medio ambiente*, op. cit., p. 57.

²⁴ Véase ESCOBAR ROCA, G.: *La ordenación constitucional del medio ambiente*, op. cit., pp. 79 y ss.

²⁵ Véase LOPERENA ROTA, D.: *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 46 y ss.

El medio ambiente es tratado en este precepto tanto en calidad de derecho (a disfrutar)²⁶, como de deber (de conservar).

Aunque el derecho a un medio ambiente adecuado aparece en el Título I de la Constitución como un derecho fundamental, conviene matizar que esa llamémosle «fundamentalidad» de un derecho, se deriva no sólo de su inserción en el texto constitucional, sino de las garantías que prevea la Constitución en lo relativo a su vinculación al legislativo y su protección a nivel judicial, pues bien, según la propia Constitución (art. 53), esa «fundamentalidad» se desprende únicamente de los derechos recogidos en el Capítulo II del Título I, y no de los recogidos en el Capítulo III, entre los que se encuentra el derecho al medio ambiente, para los que se prevé que sólo informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria sólo conforme a lo que establezcan las leyes que los desarrollen.

Una de las posturas más comunes en torno a este precepto (art. 45) es la que considera que el derecho de todos al disfrute del medio ambiente se configura como un interés difuso y colectivo con valor constitucional. Precisamente una de las críticas que ha recibido este precepto es la de que en su redacción, se plantea el medio ambiente como el reconocimiento de un derecho, algo que no corresponde al Capítulo III, del Título primero ya que según su título sólo le corresponde fijar «principios rectores de la política social y económica». Entonces más que consagrarse un derecho fundamental lo que se establece es una aspiración, un principio programático de gran valor interpretativo, pero a la vez con unos efectos limitados como son los previstos en el art. 53.3, es decir, informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados únicamente ante la Jurisdicción ordinaria según lo dispuesto en las leyes que los desarrollen. Es decir, que el derecho al medio ambiente no sería alegable directamente salvo en el caso de que fuera desarrollado por una ley, careciendo entonces de una eficacia positiva directa, si bien, tendría una eficacia negativa en el sentido de prohibir actuaciones contrarias o que prescindan de los valores recogidos en el precepto en cuestión. Se trata de unos derechos de naturaleza distinta a los protegidos por los párrafos 1 y 2 del mismo art. 53, ya que los derechos y libertades a los que se hace referencia en estos párrafos tienen como protagonista al propio individuo, el cual podrá ejercerlos con total libertad²⁷.

²⁶ Derecho calificado como individual y colectivo simultáneamente (LOPERENA ROTA, D.: *El derecho al medio ambiente adecuado*, op. cit., p. 65).

²⁷ Véase ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp. 325 y 349.

Frente a esta postura, se ha defendido la idea de que sería un error considerar que el art. 45 fija un mero principio programático sin efectos jurídicos y no vinculantes ni para los ciudadanos, ni para los poderes públicos, sino que, el precepto tiene un efectivo valor normativo. El hecho de que el medio ambiente exprese intereses difusos y colectivos, no va a suponer que el medio ambiente, como derecho subjetivo que es, carezca de valor jurídico. Así, se ha afirmado que el texto del art. 45 es invocable jurisdiccionalmente desde el momento en que el art. 53.3 de la Constitución señala que los principios recogidos en el Capítulo tercero, Capítulo en el que está ubicado el art. 45, informarán la práctica judicial, añadiéndose que, por ello, no debe aceptarse como mucho rigor que el derecho al medio ambiente pueda ser alegado únicamente según las leyes que lo desarrollan²⁸.

Según nuestra opinión, la Constitución es clara en este aspecto, señalando, con independencia del derecho a la tutela judicial efectiva y a la acción popular (arts. 24 y 25), que el derecho al medio ambiente sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3). No obstante, como ya hemos apuntado, señaladas estas limitaciones, no cabe duda de que cualquier disposición legislativa que viole lo establecido en este precepto constitucional, deberá ser tachada de inconstitucional²⁹, e igual-

²⁸ Véase ROSEMBUI, T.: *Los tributos y la protección...*, *op. cit.*, pp. 28, 29 y 41.

Según LOPERENA, al igual que no todo lo contenido en los capítulos primero y segundo del Título primero de la Constitución son derechos y libertades, tampoco todo lo recogido en el Capítulo tercero son principios rectores de la política social y económica. Por ello, según este autor, no tiene mucha base el decir que no nos hallamos ante un reconocimiento formal de un verdadero derecho subjetivo alegándose que éstos se encuentran recogidos en los dos primeros capítulos del Título primero, y que el art. 45 se localiza en el Capítulo tercero. Siguiendo a LOPERENA habría que tener en cuenta tres datos jurídicos: a) que la expresión utilizada en el art. 45.1 «todos tienen el derecho...» es idéntica a la utilizada en otros preceptos (arts. 15, 17.1, 24.1, 27.1, 28.1, y 29.1) que hacen referencia a un verdadero derecho individual; b) que el Título primero de la Constitución lleva por nombre «De los derechos y deberes fundamentales», sin que deba excluirse del mismo el Capítulo tercero en el que se recoge el art. 45; c) la regulación a través de ley ordinaria u orgánica, o el procedimiento judicial abreviado en la protección de los derechos del Capítulo segundo, según su carácter o no de derecho fundamental, no desvirtúa la naturaleza de los derechos del Capítulo tercero, es decir la exigencia de una reserva de ley o de una tutela judicial especial son elementos que caracterizan a un derecho subjetivo como derecho fundamental, pero no son derecho (LOPERENA ROTA, D.: *El derecho al medio ambiente adecuado*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.).

²⁹ Nos parece sin embargo exagerado, por creer que no está expresamente recogido en la Constitución, ni es el planteamiento que inspira el Capítulo III del Título I, que, como ha apuntado PÉREZ LUÑO, haya que considerar inconstitucional una disposición legislativa por el hecho de que, en el aprovechamiento de los bienes naturales, «se dé preferencia a los as-

mente hay que tener en cuenta que a la hora de interpretar las leyes habrá que considerar los principios rectores de la política social y económica.

Lo que ocurre, para algún autor, es que el derecho al medio ambiente está compuesto por un contenido mínimo, judicialmente exigible por poder ser considerado como un derecho subjetivo constitucional, y por un contenido adicional que será exigible de acuerdo con lo que establezcan las leyes que lo desarrollan³⁰.

b) *El art. 45.2*

Aunque el medio ambiente y los recursos naturales son dos cosas distintas existe entre ellos una estrecha relación, y es que la protección y restauración del medio ambiente ha de ser llevada a cabo utilizando de manera racional los recursos naturales.

Dado que por lo general la incidencia de los derechos trasciende más allá de la esfera privada, este precepto obliga a los poderes públicos a velar por el uso de los recursos naturales. El art. 45.2 de la Constitución habilita a los poderes públicos en general³¹ para tutelar el medio ambiente. Esta habilitación encuentra su fundamento en el ya apuntado riesgo de deterioro, en muchos casos irreparable, a que está sometido el medio ambiente. En materia medioambiental la política preventiva debe primar sobre la represiva. Dado el carácter general con que está redactado este precepto, en el sentido de que se hace referencia a unos objetivos, pero sin señalarse los medios para conseguirlos, se puede afirmar que las limitaciones a las que estarán sometidos los poderes públicos en su actuación, serán las propias existentes en un Estado de Derecho³².

pectos cuantitativos sobre los cualitativos» (Véase PÉREZ LUÑO, A.E.: «Artículo 45. Medio Ambiente», *op. cit.*, p. 266).

³⁰ Véase ESCOBAR ROCA, G.: *La ordenación constitucional del medio ambiente*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

³¹ Por poderes públicos en general hay que entender no sólo los poderes propios del Estado sino también los de las Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios. Dentro del juego que posibilita el articulado de la Constitución, cabría destacar lo siguiente: Las Comunidades Autónomas tendrían competencia sobre la gestión en la protección en materia de medio ambiente (art. 148.1.9.). La competencia sobre la legislación del medio ambiente recaería sobre el Estado, sin perjuicio de las facultades que tengan las Comunidades Autónomas para establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23.). Por razones de interés general el Estado podrá dictar normas con el fin de armonizar disposiciones de las Comunidades Autónomas.

³² Véase GARRIDO FALLA, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, pp. 816 y ss. Según este autor el gran margen de maniobra del que gozan los poderes públicos en Es-

La Constitución en principio no renuncia ni al desarrollo ni al crecimiento, ahora bien, pretende impedir el crecimiento sin más, promoviendo en materia medioambiental objetivos preferentemente cualitativos, de tal forma que cualquier actuación de los poderes públicos que sea contraria a esta idea de utilización racional de los recursos, primando los aspectos cuantitativos sobre los cualitativos, será contraria a la Constitución, con todas las consecuencias que ello traería para dicha actuación³³.

Es de destacar que la Constitución no hace referencia al nivel de vida sino a la calidad de vida. En este sentido nuestro Texto fundamental se hace eco de ese cambio sustancial que han experimentado muchas sociedades en las que se ha abandonado la idea de que tener más y consumir más es un indicio de éxito.

En cuanto a la solidaridad colectiva a que se refiere este precepto, se ha apuntado que no hay que entenderla como sinónimo de «no contaminar», sino como el pilar para que la utilización de los recursos naturales sea racional. La solidaridad colectiva sería equivalente al interés general que menciona la Constitución en el art. 128. El interés general va a suponer una subordinación de la tutela ambiental a la contribución de todos al gasto público. La financiación social del gasto público será una modalidad de subordinación de la riqueza, como es el ambiente, al interés general³⁴.

c) *El art. 45.3*

La obligación de reparar el daño causado supone, por parte de este precepto dar cabida, aunque sea de forma implícita, al principio de

paña se manifiesta en los siguientes aspectos: a) La Constitución otorga a los poderes públicos un papel activo en la protección del medio ambiente. b) Al prescindir del casuismo (el art. 45.2 hace referencia a «todos los recursos naturales») se le está dando al legislador un amplio margen para realizar regulaciones conforme a nuevas tendencias. c) La intervención de los poderes públicos es recogida, no como una facultad, sino que tiene un carácter vinculante. d) El problema medioambiental tiene la suficiente magnitud para que le sea aplicable el principio de solidaridad colectiva.

Siguiendo a PÉREZ LUÑO, la actuación de los poderes públicos se puede concretar en las siguientes funciones: a) Una función preventiva y disuasoria frente a conductas que dañan el medio ambiente. b) Una función restauradora de los daños producidos, y en el caso de que ésta no sea posible, exigir una compensación por los daños producidos. c) Finalmente se hace referencia a una finalidad promocional consistente en estimular una serie de actividades a través de una serie de medidas como pueden ser las desgravaciones fiscales, préstamos a bajo interés, subvenciones, etc. para la adquisición de equipos que impliquen mejoras en el plano medioambiental («Artículo 45. Medio Ambiente», *op. cit.*, pp. 270 y 271).

³³ Véase FERNÁNDEZ, T.R.: «Derecho, Medio Ambiente y desarrollo», *op. cit.*, pp. 8 y 9.

³⁴ ROSEMBUJ, T.: *Los tributos y la protección...*, *op. cit.*, pp. 37 y 43.

quien contamina paga, principio que se podría concretar en los supuestos de responsabilidad objetiva o responsabilidad civil por culpa o negligencia³⁵; además se prevé incluso la posibilidad de responsabilidades penales para aquéllos que dañen el medio ambiente. Las dos posibilidades de daño ante las cuales nos podemos encontrar son por una parte el daño ecológico que cause el hombre sobre el equilibrio biológico, es decir, sobre los recursos naturales; y el daño causado por el ambiente sobre el hombre, es decir, se contempla al ambiente como fuente de perjuicio. Este último tipo de daño va a traer consigo la necesidad de establecer fondos con el fin de hacer frente a posibles daños ambientales en los que no se puede identificar al responsable o resulta insolvente. La finalidad de estos fondos es la de garantizar el derecho de la víctima del daño a una indemnización. Ahora bien, dadas las peculiaridades del daño ambiental, la reparación del mismo debe contemplar la contribución de todos al gasto público, debiendo ser el conjunto de seres que forman la sociedad, y no un individuo contemplado aisladamente, quien deba asumir en proporción a su capacidad económica y contaminante las obligaciones con el medio ambiente³⁶.

Este precepto ha recibido críticas en el sentido de que parece innecesario que un precepto constitucional señale que las conductas que contravengan lo establecido en los párrafos primero y segundo del art. 45 sean sancionadas penalmente. Igualmente se ha destacado la innecesidad de recoger en la Constitución la obligación de reparar el daño producido. La redacción de este precepto se ha debido quizás a lo que algunos han denominado «presión ecologista»³⁷. Con todo, no se le puede negar a este precepto su fuerza disuasoria, e igualmente es de tener en cuenta el papel trascendental que esta fuerza disuasoria puede jugar en una materia como el medio ambiente, donde existen riesgos de producirse daños materialmente irreparables.

La Administración posee una serie de potestades que le facultan a imponer un tipo determinado de conductas cuyo incumplimiento puede llevar consigo una sanción. Las sanciones administrativas pueden tener como consecuencia el pago de una multa, la retirada de licencia para ejercer una actividad, etc. Lo determinante, a la hora de fijar si una conducta antiecológica va a ser sancionada penal o administrativamente deberá ser el daño producido a la colectividad por dicha conducta.

³⁵ El art. 1.902 del Código civil establece que quien «por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

³⁶ Véase ROSEMBUI, T.: *Los tributos y la protección...*, op. cit., pp. 38 y ss.

³⁷ ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978*, op. cit., pp. 325 y 326.

En la actualidad la tendencia parece que es la de considerar a las medidas penales como un último recurso, dando prioridad a las medidas administrativas y civiles. Las sanciones penales deberían de jugar un papel auxiliar con independencia de que en el caso de daños graves producidos al medio ambiente, la sanción penal entre en juego directamente.

Desde el punto de vista de la legislación civil se abre una serie de posibilidades para reparar los daños producidos en el medio ambiente, como por ejemplo la tutela judicial abierta a aquéllos que en las relaciones de vecindad sufran algún quebranto en su derecho al medio ambiente (art. 590 Código civil), o bien que el daño sufrido se deba a culpa o negligencia (art. 1.902 Código civil), o simplemente a un ejercicio alusivo y antisocial de algún derecho (art. 7.2 Código civil). Por todo ello se ha señalado la necesidad de potenciar más la utilización de la jurisdicción civil en lo que a la protección del medio ambiente se refiere, y cambiar esa mentalidad por la que se responsabiliza política y jurídicamente a la Administración de todo lo negativo que acontece en la sociedad. Desde el punto de vista práctico la jurisdicción contencioso-administrativa en algunas ocasiones no es la más idónea para buscar solución a ciertos daños medioambientales, por ello se ha apuntado a la jurisdicción civil como una vía que puede resultar más pragmática³⁸. No obstante, señala Cardelus, hay que tener en cuenta que al exigir responsabilidad civil en materia medioambiental se plantean ciertos problemas que no encajan del todo en los esquemas tradicionales del Derecho civil como es la teoría clásica individualista del Derecho civil, de exigir un sujeto perjudicado titular de la reclamación determinada, teoría difícil de aplicar en materia medioambiental cuando en muchas ocasiones el resultado antiecológico de un determinado acto no se puede determinar ni en el lugar ni en el tiempo. Por otra parte, en los casos de polución, es difícil identificar al agente contaminador. En cuanto a la exigencia de culpa en el sujeto contaminador cabe decir que en muchas ocasiones la contaminación se produce sin que ni siquiera exista dicha culpa, de ahí quizá que la jurisprudencia se esté inclinando por la teoría del riesgo, según la cual la responsabilidad existe desde el momento en que se realiza una actividad que, aunque sea únicamente en potencia, pueda producir daños a bienes ajenos. Así, en estos casos, la producción de un daño implica la necesidad de precauciones adicionales que de haberse tomado, el daño no se hubiera producido. La sanción civil consiste en la reposición de los bienes dañados al estado en que se en-

³⁸ Véase LOPERENA ROTA, D.: *El derecho al medio ambiente adecuado*, op. cit., pp. 85 y ss.

contraban con anterioridad y si esto no es posible habría que afrontar una indemnización de daños y perjuicios. Aunque se ha estimado que el sistema de responsabilidad civil es insuficiente para hacer frente a ciertos daños medioambientales, es de destacar que últimamente la jurisprudencia está interpretando la normativa civil de manera tan extensiva que puede dar cabida a un sistema de responsabilidad que sirva para dar respuesta no sólo a daños medioambientales producidos, sino también para reducir posibles riesgos. Es por ejemplo cuando en una sentencia se obliga no sólo a indemnizar a los perjudicados por un daño medioambiental producido, sino que se obliga también a los responsables, de cara al futuro, a tomar determinadas medidas técnicas³⁹

Al medio ambiente, además del artículo 45, se refiere también la Constitución, dentro del Título VIII, en sus arts. 148.1.9 que permite a las Comunidades Autónomas asumir la gestión en materia de protección de medio ambiente; y 149.1.23 que señala la competencia exclusiva del Estado en lo relativo a la legislación básica sobre la protección del medio ambiente.

IV. Instrumentos de política medioambiental

La problemática ecológica se ha producido sobre todo como consecuencia de la actitud del hombre con respecto a su entorno natural. Los problemas que de esta actitud se deriven han de ser examinados no sólo desde un punto de vista social y económico sino también desde un punto de vista político, y es que cada vez se pone más de manifiesto la necesidad de que los poderes públicos se comprometan en la protección del medio ambiente.

Debido al tipo de riesgos que pueden resultar de la contaminación del medio ambiente, se ha planteado la cuestión de una instrumentalización del Derecho con el fin de contribuir a la seguridad del medio ambiente. A la hora de clasificar los instrumentos de política medioambiental podemos seguir distintos esquemas⁴⁰:

³⁹ CARDELUS, B.: «Técnicas jurídicas para la protección del medio ambiente», en *Documentación Administrativa*, n.º 197, 1983, pp. 41 y 42.

⁴⁰ Según TIPKE y LANG, las medidas que se pueden tomar en la protección del medio ambiente serían las siguientes:

a) Medidas de carácter administrativo. El Estado puede realizar estándares medioambientales. Los instrumentos del Ordenamiento jurídico son mandatos, obligaciones, prohibiciones, acuerdos, recomendaciones, exigir responsabilidad por la realización de daños medioambientales y planificación de medidas activas de carácter estatal.

a) Medidas Preventivas. Cuando se hace referencia a medidas preventivas se pueden incluir todas aquellas que tiendan a evitar que se produzca el daño ecológico, y que pueden abarcar una amplia gama que va desde medidas puramente educativas hasta bonificaciones fiscales. Debido al coste que implica la restitución o reparación de daños en el terreno medioambiental, o simplemente a, en algunas ocasiones, la imposibilidad de llevar a cabo dicha reparación, las medidas preventivas han adquirido gran importancia frente a las represivas. Y es que existen algunas medidas represivas como son las multas que han demostrado ser totalmente ineficaces debido a que en algunos casos el importe de la multa es considerado por algunas empresas como un coste más del proceso productivo.

Las medidas preventivas pueden adoptar la forma de autorizaciones para los casos en que se quiera iniciar una actividad nueva que pueda afectar al medio ambiente. Se trata de otorgar a las empresas unos permisos que conllevan un derecho a contaminar siempre dentro de unos límites. Es la Administración quien establece el nivel máximo de contaminación, emitiendo certificados que autorizan el uso del medio ambiente, estos certificados serían totalmente negociables.

Dentro de este grupo encontramos también medidas de intervención directa consistentes en establecer controles como son el establecimiento de estándares de calidad ambiental⁴¹, imposición de determinada tec-

b) Frente a esta variada instrumentalización de carácter administrativo se encuentra la instrumentalización económica del mercado que sirve al objetivo de hacer económicamente rentable las conductas favorables al medio ambiente. Los instrumentos económicos de protección del medio ambiente son:

b.1. certificados negociables de contaminación, que son licencias públicas enajenables para determinadas emisiones dañosas para el medio ambiente cuyo precio depende de la cantidad de emisiones admitidas por el Ordenamiento jurídico. El paulatino aumento de la cantidad de emisiones provoca un aumento de la presión de los costes que hace rentable la producción libre de emisiones.

b.2) subvenciones directas en forma de donativos-objetivo para inversiones en materia medioambiental.

b.3) los denominados en un sentido amplio impuestos ecológicos. El Derecho tributario es instrumentalizado a través de facilidades ecológicas como por ejemplo posibilitar amortizaciones especiales; y agravaciones ecológicas, como por ejemplo prohibición de deducciones parciales de determinados gastos, subidas del tipo impositivo, etc. (TIPKE, K. y LANG, J.: *Steuerrecht*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 1996, pp. 209 y 210).

⁴¹ En los estándares, que han alcanzado gran desarrollo en el campo de la contaminación, la Administración fija unos límites cuantitativos o cualitativos a las emisiones o vertidos. Se ha señalado que este sistema presenta algunos inconvenientes como puede ser el establecimiento de estándares realistas que no caigan en una excesiva tolerancia que los haga ineficaces, o en un excesivo grado de utopía que no puedan ser cumplidos, lo cual puede ocurrir cuando los estándares en cuestión se copian de la normativa de otros países

nología para conseguir una determinada calidad ambiental, o simplemente la prohibición de actividades nocivas para el medio ambiente. Este tipo de instrumentos son de gran interés en situaciones límites. Si bien, se puede plantear problemas en el caso de que se quieran adaptar actividades ya autorizadas a condiciones más exigentes.

b) Medidas Disuasorias. Dentro de este tipo de medidas podríamos encuadrar a las medidas represivas como son las sanciones, bien sean administrativas o penales, si bien, cuando nos referimos estrictamente a medidas disuasorias queremos abarcar aquellas medidas que son aplicables a conductas que son consideradas legítimas.

En este tipo de medidas figurarían los tributos, con cuya recaudación se pretendería mejorar las condiciones medioambientales. Uno de los fundamentos en los que se basa este tipo de cargas es el principio de que quien contamina ha de pagar.

Con este tipo de instrumentos lo que se trata es de influir en los costes y posibles beneficios con el fin de modificar ciertos comportamientos en favor del medio ambiente, gozando en la actualidad de mucha aceptación, entre otros motivos, por el hecho de que en ocasiones han fracasado algunas de las medidas de control directo, y no cabe duda de que medidas como los impuestos, obligan a idear formas de actuación más acordes con el medio ambiente, con el fin de evitarlos, a diferencia de las medidas de control directo que, en muchos casos, únicamente consiguen modificaciones de conductas encaminadas a adaptarse a la normativa en cuestión pero sin que ello afecte en gran medida a una mejora de las condiciones medioambientales. Junto a los impuestos aparecen tasas por acceder al dominio público, con las cuales se pretende recaudar fondos por la utilización de este dominio, lo cual conlleva a utilizar el dominio público con mayor cuidado. Igualmente existe otro tipo de tasas que surgen con finalidad ambiental y que tienen por objeto finalidades concretas como pueden ser la recogida o tratamiento de residuos, etc.⁴².

c) Medidas Compensatorias. Este tipo de medidas pueden tener una finalidad tanto preventiva, como el caso de tributos con carácter fi-

que tienen una realidad social, económica, etc. totalmente distinta. Es necesario tener igualmente en cuenta que este tipo de medidas requieren una serie de controles por parte de la Administración, que de no poderse llevar a cabo caen en una total ineficacia (CARDELUS, B.: «Técnicas jurídicas para la protección del medio ambiente», *op. cit.*, p. 21).

⁴² Sobre los instrumentos económicos utilizables en la protección del medio ambiente, véase CARDELUS, B.: «Técnicas jurídicas para la protección del medio ambiente», *op. cit.*, pp. 26 y ss.

nalista, destinados a financiar instalaciones que eliminen o reduzcan la contaminación; como reparadora, que buscan la justa redistribución de costos compensando a los que sufren la contaminación.

d) Medidas de Fomento. Con las medidas de fomento lo que se pretende es estimular conductas que sean beneficiosas para el medio ambiente. Este tipo de medidas tienen por lo general buenos resultados y con ellas se persiguen, más que imponer una determinada conducta, la colaboración de los particulares. Los mecanismos utilizados son variados y tienen como característica común el dar un trato favorable a determinadas conductas que favorecen al medio ambiente. Entre estas medidas podemos destacar:

- Etiquetado de productos, que tiene por finalidad el anunciar al consumidor que el producto que está adquiriendo, bien por su origen o por la posibilidad de ser reciclado con posterioridad, cumple una serie de requisitos que hacen de él un producto idóneo en relación a las exigencias relativas a la protección del medio ambiente.
- Préstamos a bajo interés.
- Subvenciones y ayudas, que adquieren especial importancia en el caso de industrias que se adaptan a una nueva legislación establecida para proteger el medio ambiente.
- Tratamientos fiscales que favorezcan a empresas que adopten mecanismos anticontaminantes, y es especial cuando estos mecanismos, sin producir ningún efecto en la productividad, impliquen costes adicionales para las empresas que decidan emplearlos. Dentro de los tratamientos fiscales se podrían citar tanto exenciones tributarias, como tributos con finalidad extrafiscal.

Quizá uno de los problemas que podría plantear este tipo de medidas es que pueda servir de incentivo para que nuevas empresas se introduzcan en el sector en cuestión, pudiendo ocurrir que aumente el número de emisiones en su totalidad, aunque se haya conseguido, con dichas medidas, la reducción de emisiones en cada una de las empresas⁴³.

V. El principio de quien contamina paga

Este criterio es una pieza fundamental en la protección del medio ambiente a través de instrumentos de carácter económico.

⁴³ Véase MARTIN MATEO, R.: *Tratado de Derecho ambiental, op., cit.*, pp. 113 y ss.

Una de las exigencias constitucionales que permiten el empleo del principio de quien contamina paga, en nuestro ordenamiento jurídico es la «indispensable solidaridad colectiva» recogida en el art. 45.2 de la Constitución en materia de protección del medio ambiente.

El principio de quien contamina paga, encuentra su fundamento en una idea de justicia, en el sentido de que deben ser quienes generan contaminación, quienes asuman *su parte* en el coste de las medidas que haya que financiar para evitarla. Este principio es de suma importancia en la financiación de una política medioambiental dado que atribuye al sujeto contaminante el coste que origina la lucha contra los daños en el medio ambiente. Por otra parte, la aplicación del principio va a suponer un importante elemento disuasorio para aquellos que quieran reducir costes originados por llevar a cabo acciones contaminantes. Y es que este principio posibilita la imposición de una serie de cánones a los sujetos potencialmente contaminantes.

El principio de quien contamina paga es uno de los principios en los que se basa la política de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente (art. 130 R. 2 del Tratado de la Comunidad, añadido por el Tratado de la Unión). A través de este principio se otorga a la capacidad de contaminar un contenido económico que se va a reflejar en el deber de contribuir, si bien, dicho principio podría también instrumentarse a través de medidas administrativas.

Se ha apuntado que el deber de contribuir al gasto público tiene su traducción en la idea de que quien contamina debe pagar en proporción al deterioro, bien sea real o potencial, en una cuantía que sirva para hacer frente tanto a la prevención como a la corrección en la fuente del gasto público que se genera⁴⁴. El tributo se debe basar en el presupuesto de la existencia objetiva de una capacidad contaminadora bien real o potencial que debe estar calificada en el hecho imponible⁴⁵. Ahora bien, igualmente se ha señalado que, no sería justo que quien pueda pagar pueda contaminar. El principio de quien contamina paga, si bien supone para algunos un principio que va a estimular la búsqueda de nuevas técnicas dirigidas a reducir la contaminación, con el fin de evitar el pago por contaminar; para otros, supone algo parecido al pago de un derecho, el derecho a contaminar. Cuando estemos ante este posible riesgo, las medidas a adoptar deberán tener carácter administrativo o incluso penal.

El criterio de que quien contamina debe pagar es una pieza de gran importancia en la protección del medio ambiente, siendo el agente con-

⁴⁴ ROSEMBUJ, T.: *El tributo ambiental*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, p. 33.

⁴⁵ ROSEMBUJ, T.: *Los tributos y la protección...*, *op. cit.*, p. 245.

taminador (cualquiera que directa o indirectamente deteriore el medio ambiente o cree las condiciones para dicho deterioro), quien deba soportar el costo derivado de la aplicación de las normas para reducir la contaminación. No obstante, a pesar de que lo que se pretende es que los costes medioambientales sean imputados al agente contaminante, es de destacar que en ocasiones hay un gran número de excepciones a su aplicación, como suele ser el caso de ciertas industrias o áreas industriales que podrían sufrir serias dificultades de tipo económico en el caso de que les fuera aplicado de forma rigurosa este principio. El principio de quien contamina paga supone admitir un cierto nivel de contaminación, ya que dicho criterio actúa en razón de los costes de prevención de daños medioambientales que superen un nivel determinado⁴⁶. Ello no debe suponer que se pretenda legitimar el derecho a contaminar, ni mucho menos que se autorice a dañar los bienes medioambientales a cambio de un precio. De lo que se trata simplemente es de establecer un mecanismo que sirva como incentivo en la búsqueda de tecnologías y materias que no supongan o que simplemente reduzcan los daños al medio ambiente.

La motivación económica de los tributos medioambientales sirve de base para el concepto clásico de interiorización del Impuesto-Pigou («Pigou-Steuer»)⁴⁷, el cual se basa en teoría en el principio de que quien contamina paga. La sistemática jurídica en la que se mueve el principio Pigou sería el campo de las tasas⁴⁸. Se trataría de individualizar los costes externos producidos por la contaminación. El problema con el que nos encontraríamos sería que existen costes medioambientales que no se pueden contabilizar individualmente. Los agentes económicos deberían tener en cuenta en sus costes de producción los costes sociales originados por la producción industrial, de tal forma que los precios de los bienes reflejaran los costes ambientales. Frente al Pigou-Steuer tenemos al denominado planteamiento de precio estándar

⁴⁶ ROSEMBUJ, T.: *El tributo ambiental*, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁴⁷ Señala ROSEMBUJ que es preciso internalizar el coste medioambiental sobre los ciudadanos en proporción a la capacidad económica y de contaminación, a fin de fijar el valor del capital ambiente en términos de su retorno a la comunidad, a través del sistema tributario (*Los tributos y la protección...*, *op. cit.*, p. 41).

⁴⁸ Se ha señalado, no obstante, que la tasa, por lo menos en el sentido tradicional, no sería la figura más idónea para prevenir y reconstruir el denominado bien ecológico. El bien ambiental es un bien indivisible cuya protección no implica una ventaja para nadie en concreto, sino para toda la sociedad. La figura tributaria más idónea para ser utilizada en este campo sería el impuesto. La tasa implica una actividad administrativa desde el punto de vista formal y material, adquiriendo cierto relieve en el ámbito de las autorizaciones, permisos, etc. (Véase ROSEMBUJ, T.: *Los tributos y la protección...*, *op. cit.*, pp. 87 y 89).

(«Standard-Preis-Ansatz») de Baumol/Oates, que renuncia a la responsabilidad individual en materia de costes medioambientales. La forma jurídica tributaria en la que se desenvolvería este planteamiento sería el impuesto. Incluso el tributo en cuestión puede estar por encima de los costes si el estándar medioambiental deseado es muy alto. Lo que refleja el «Standard-Preis-Ansatz» es una realidad política⁴⁹. Lo que es de destacar es que una subida excesiva de un impuesto ecológico podría chocar con los principios constitucionales de justicia e igualdad⁵⁰.

Frente al principio de quien contamina paga, parecería lógico, que la existencia de comportamientos en favor del medio ambiente que afectan de manera favorable a la colectividad y que suponen un valor añadido a la conservación del medio ambiente, tengan una compensación, compensación que no sólo es justa sino que sirve de estímulo a la conservación medioambiental, y que de no tenerse en cuenta podría agravarse el deterioro medioambiental. Deben crearse mecanismos con el fin de compensar las limitaciones que suponga la utilización racional de los recursos naturales⁵¹. Es por ello por lo que la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 10 de mayo de 1995, para la introducción de un impuesto sobre las emisiones de dióxido de carbono y sobre la energía, previó exenciones o devoluciones del impuesto en cuestión para el caso de que se realizaran «importantes esfuerzos» para economizar energía o reducir emisiones de CO₂.

⁴⁹ Señala LANG que siguiendo el «Standard-Preis-Ansatz», el provocar un precio en la gasolina de, por ejemplo, 1.50 o 5 marcos dependería no de los costes externos ocasionados por el consumo de gasolina, sino del estándar de política medioambiental que se pretende establecer (Véase LANG, J.: «Verwirklichung von Umweltschutzzwecken im Steuerrecht», *Umweltschutz in Abgaben-und Steuerrecht*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993, pp. 123 y 128).

⁵⁰ Señala igualmente LANG que, por ejemplo, una subida excesiva de la gasolina por motivos ecológicos, permitiría únicamente a ciudadanos con mucha capacidad económica realizar viajes no deseados desde el punto de vista medioambiental («Verwirklichung von Umweltschutzzwecken ...», *op. cit.*, p. 128). Ha señalado LEJEUNE que el legislador, si bien puede perseguir cualquier fin que considere oportuno, nunca deberá, al establecer tratamientos diferenciados, incurrir en arbitrariedad o perjudicar la igualdad de hecho. Si la norma en cuestión rompe situaciones de igualdad preexistentes o establece un trato diferenciado que no responde al objetivo de promover la igualdad, la norma ha de considerarse arbitraria por lo tanto inconstitucional. No obstante, señala este mismo autor, la justicia tributaria ha de ser examinada no desde un punto de vista aislado, sino relacionándola con el resto de los objetivos de justicia que persigue la Constitución, ya que la justicia tributaria es un aspecto más de lo que se podría denominar justicia constitucional («Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria», en *Seis estudios sobre Derecho constitucional e internacional tributario*, Edersa, Madrid, 1980, pp. 139, 142, 179 y 180).

⁵¹ Véase ROSEMBUIJ, T.: *El tributo ambiental*, *op. cit.*, pp. 16, 51 y ss.; *Los tributos y la protección...*, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

LA REGULACION DE LAS RELACIONES MERCANTILES INTERNACIONALES Y EL DESARROLLO DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Javier San Juan Crucelaegui

Sumario: I. La insuficiencia del sistema conflictual para la regulación de las relaciones mercantiles internacionales. II. Del renacimiento de la *lex mercatoria* a la configuración del Derecho del comercio internacional (*new law merchant*). 1. El renacimiento de la *lex mercatoria*. 2. La configuración del Derecho del comercio internacional. III. La heterogeneidad formal de las normas integradoras del Derecho del comercio internacional y la diversidad de sus orígenes. 1. La aportación de los operadores del comercio internacional (*lex mercatoria*). A) La costumbre y los usos de comercio. B) Las recopilaciones y codificaciones de usos y prácticas. C) Los usos y prácticas observados por las partes en sus relaciones. D) Los contratos tipo. 2. El arbitraje internacional y el desarrollo del Derecho del comercio internacional. A) La progresiva decantación de principios generales reguladores de la contratación mercantil internacional. B) El arbitraje internacional y la autonomía del Derecho del comercio internacional. 3. La contribución de los Estados y organizaciones internacionales. A) Los Tratados y Convenciones. B) Las leyes modelo. C) Los principios generales para la regulación de la contratación comercial internacional. D) Las guías jurídicas. IV. El contenido del Derecho del comercio internacional. 1. Los caracteres del Derecho del comercio internacional y las normas que lo integran. A) La uniformidad reguladora pretendida: la exclusión del sistema conflictual. B) El carácter privado de las normas que integran el Derecho del comercio internacional: la exclusión de las normas de Derecho público reguladoras del tráfico económico. 2. La sistematización del Derecho del comercio internacional. V. Derecho internacional privado y Derecho del comercio internacional.

Tras la Segunda Guerra Mundial, ha tenido lugar una expansión continua y exponencial del comercio internacional¹. Tal realidad eco-

¹ La progresión y crecimiento del comercio internacional son, ciertamente, exponenciales o geométricos. Al respecto, se hace mención, en las últimas décadas, de las siguientes magnitudes: 129 millones de dólares EE.UU. en 1960; 312 millones en 1970; 2.036 en

nómica internacional, unida al progreso sin precedentes de la ciencia y de las tecnologías, ha llevado a Schmitthoff² a señalar que *the world has become a smaller place*. La masiva producción de toda índole y, más en particular, de bienes industriales requieren mercados más amplios y mejores y más amplios circuitos y redes de distribución. La población de los países en vías de desarrollo ya no acepta la pobreza y la falta de oportunidades como sus condiciones naturales de vida y demanda ayuda y asistencia de las naciones más ricas y desarrolladas.

En lógica correspondencia, tal intensificación del comercio internacional ha traído consigo una reacción normativa ante la necesidad de una nueva fundamentación de la regulación jurídica de las relaciones internacionales. Y así, en los últimos años, ha surgido un conjunto de normas de diversa índole, procedencia y formulación, al que se hace referencia mediante una serie de denominaciones carentes de uniformidad, que tiene por finalidad la regulación del comercio internacional y, de forma más concreta, de los aspectos de derecho privado de las relaciones mercantiles internacionales. Tal fenómeno jurídico es la consecuencia de una creciente interrelación económica universal, que coincide en el tiempo con la recesión de los exacerbados nacionalismos del presente siglo y del anterior; es igualmente consecuencia de la sustitución paulatina de una sociedad internacional fundada en el concepto de Estado soberano por la derivada de un concepto más amplio del orden mundial cimentado en el reconocimiento de la mutua interdependencia humana³. El aludido conjunto de normas, de paulatina aparición, busca facilitar el desarrollo del comercio internacional y su objeto estriba en la construcción de una regulación específica, de derecho privado, para las relaciones mercantiles internacionales⁴.

1980; 3.485 millones en 1990. Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas en su informe *Uruguay Round*, Bruselas, 1992, pág. 1.

² Cfr. SCHMITTHOFF, *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, Londres, Sweet & Maxwell, 2.ª edición, 1981, pág. 18.

³ La afirmación es, nuevamente, de SCHMITTHOFF, «International Trade and Private International Law», en *Vom Deutschen Recht Zum Europaischen Recht, (Festschrift für Hans Dölle)*, vol. II, Tubinga, 1963, pág. 265. De ella se hace eco en la doctrina española, GONDRA ROMERO, «La moderna “*lex mercatoria*” y la unificación del derecho del comercio internacional», en *Rev. de Derecho Mercantil*, 1973, I, pág. 8.

⁴ Tales normas son las integrantes del Derecho del comercio internacional. Las denominaciones utilizadas son extremadamente variadas, tales como «Derecho mercantil internacional», «Derecho comercial internacional», «*Lex Mercatoria*», «Derecho de la contratación internacional». En la doctrina anglosajona, las más asentadas parecen ser las de «*New Law Merchant*», aun cuando parece usarse indistintamente la de «*Law of*

I. La insuficiencia del sistema conflictual para la regulación de las relaciones mercantiles internacionales

La regulación de las relaciones internacionales es materia confiada por los ordenamientos jurídicos internos al Derecho internacional privado, disciplina que ha venido tradicionalmente sirviéndose del sistema conflictual para el cumplimiento de tal misión, de forma substancialmente única. La exagerada concepción acerca de la soberanía estatal ha causado el efecto de que el sistema conflictual fuera el único método de solución de problemas de tráfico jurídico externo de que dispusiera la citada disciplina jurídica⁵. Aunque la mayoritaria doctrina internacionalista de derecho privado no parece respaldar en la actualidad tal concepción⁶, permanece vigente la impresión de la ecuación entre derecho internacional privado y sistema conflictual, por lo que cualquier desarrollo normativo en la regulación de las relaciones internacionales parecería quedar fuera del ámbito del derecho internacional privado, en particular, si se toma en consideración la substancial inadecuación del sistema conflictual para la regulación de las relaciones mercantiles internacionales. Por el contrario, no parece que pueda seguir manteniéndose la ecuación citada, siendo posibles concepciones mucho más amplias acerca del derecho internacional privado.

the International Trade». Asimismo, en la doctrina francesa, fue inicialmente propuesta por LOUSSOUARN Y BREDIN, *Droit du Commerce International*, París, Sirey, 1969. En la doctrina española, parece igualmente disfrutar de mayor aceptación la de Derecho del Comercio Internacional; tal es el título de FERNÁNDEZ ROZAS (editor) «Derecho del comercio internacional», Madrid, Eurolex, 1996. Siendo un convencionalismo, pues todas ellas podrían ser consideradas como perfectamente sinónimas, estas dos últimas citadas parecen ser consideradas como las denominaciones que toman mejor en consideración la heterogeneidad de las formas y de los orígenes de las normas que integran la disciplina, característica esencial de la misma que supone un problema adicional para su sistematización.

⁵ Cfr. LOUSSOUARN Y BREDIN, «Droit du Commerce International», cit. págs. 8 y 9.

⁶ Sobre la evolución de las concepciones acerca del Derecho internacional privado, vid. BATIFFOL, «Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1948-I, vol. 72, págs. 29-33. La revisión y la ampliación metodológicas del derecho internacional privado fueron planteadas por BATIFFOL en, entre otros escritos, «Le pluralisme des méthodes en Droit international Privé», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1973-II, vol. 139, págs. 79 y sigs. Ha recibido un amplísimo respaldo doctrinal, vid. VAN HECKE, «Principes et méthodes de solution des conflits de lois», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1969-I, vol. 126, págs. 467-472; en relación a la doctrina española, por todos, vid. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 1983, 3.^a ed., págs. 77 y sigs; PÉREZ VERA (Dir.) *Derecho Internacional Privado*, UNED, 1998, págs. 79 y sigs.

La aptitud del sistema conflictual ha concitado toda suerte de críticas en cuanto método para la regulación de las relaciones internacionales y es usual, desde hace algún tiempo, hacer mención de la crisis del derecho internacional privado, propugnándose su substitución por un método substantivista directamente de aplicación al fondo de los problemas que afectan a las relaciones internacionales⁷.

Es tradicional el reproche de índole básica y general que se esgrime frente al sistema conflictual en cuanto método de solución de cuestiones internacionales, pues pretende la regulación de una relación internacional por recurso a la aplicación de un derecho interno. Ello pone de manifiesto una carencia estructural, tal como puso de relieve Francescakis⁸, pues no toma en consideración lo que las relaciones internacionales puedan tener de peculiar o específico por lo que un derecho interno no les resulta de exacta adaptación. Sin embargo, ello es lo que sucede en materia de contratos internacionales y en la mayor parte de las relaciones mercantiles. En suma, no parece pueda haber una ley interna capaz de proporcionar una reglamentación satisfactoria para una compraventa internacional, la cual no es una compraventa interna en la que se registra la complicación derivada de la presencia de un elemento de extranjería, sino que se trata de un contrato original y específico que comporta estipulaciones propias y específicas, lo que suscita órdenes distintos de dificultad.

Desde la década de los años sesenta, e incluso desde fechas anteriores, el sistema conflictual, en cuanto único sistema existente hasta la

⁷ Acerca de la impugnación del sistema conflictual, *vid.* LOUSSOUARN, «Cours général de Droit International Privé», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1973-II, vol. 139, págs. 282 y sigs; en especial, KEGEL, «The Crisis of Conflict of Laws», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1964-II, vol. 112, págs. 237-263. Posición radical fue la adoptada por STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen l'rivatrecht*, Frankfurt, 1958, citado por Kegel, en la pretensión de substitución de las normas conflictuales por normas substantivas; asimismo, VON OVERBOCK, «Les regles de droit international privé matériel», en *De conflictu legum*, homenaje a Kollewijn y Offerhans, 1962, págs. 362-379. Acerca de las dificultades de las reglas de Derecho Internacional Privado material, afirma el citado autor (pág. 370) que se llega «a la conclusión de que únicamente mediante la substitución de los sistemas particulares de los Estados por reglas que emanen de un legislador internacional... puede llegarse a una solución verdaderamente satisfactoria»; la misma idea es defendida por SCHMITTHOFF, «International Trade and Private International Law» cit. pág. 265. Tal posición fue acogida en la doctrina española, si bien de manera no tan drástica, por MIAJA DE LA MUELA, «Las normas materiales de Derecho Internacional Privado», en *Rev. Española de Derecho Internacional*, 1963, vol. XVI, n.º 3, págs. 425 y sigs. En términos generales, *vid.* CARRILLO SALCEDO, ob. cit. págs. 129 y sigs, especialmente, pág. 166.

⁸ Cfr. FRANCESCAKIS, «Lois d'application immédiate et régles de conflict», en *Rev. Critique de Droit International Privé*, 1967, págs. 691 y sigs, especialmente pág. 736.

fecha para la regulación de la problemática puesta de manifiesto por las relaciones internacionales, ha venido siendo considerado por la doctrina como inadecuado para la consecución de tal finalidad en razón de su intrínseca complejidad y como consecuencia de la incertidumbre generada por su característica actuación *a posteriori*, es decir, una vez surgida la diferencia entre las partes, de modo que éstas carecen de pauta jurídica en el momento de la asunción de sus respectivas obligaciones y derechos, pudiendo quedar tal catálogo de derechos y obligaciones alterado respecto del inicialmente previsto o pretendido mediante la acción de la norma de conflicto en su determinación de la aplicación de un sistema jurídico distinto al contemplado por las partes. A esta crítica no es ajena la carencia por parte del sistema conflictual de normas adecuadas a la regulación del tráfico mercantil internacional, lo que vendría a contraponerse con una cierta hipertrofia, más doctrinal que legislativa, apreciada por Carrillo Salcedo⁹, y presente en otros campos de las actividades internacionales de las personas privadas.

Más en particular, es puesta en cuestión la aptitud del sistema conflictual para la regulación de las relaciones mercantiles internacionales. En tal orden de ideas, afirma Gondra Romero¹⁰ que sólo un desfasado sentimiento de soberanía nacional puede explicar el predominio de que todavía goza el clásico método del conflicto de leyes en la disciplina de las relaciones comerciales internacionales. La superación de la óptica tradicional del Derecho internacional privado, siempre más atento a la seguridad y certeza del derecho aplicable que a su justicia y adecuación intrínsecas, ha contribuido a poner de manifiesto la insuficiencia del sistema conflictual.

La insuficiencia de las fuentes internas se pone claramente de manifiesto cuando se trata de la regulación de relaciones mercantiles internacionales¹¹, de donde se sigue la necesidad de una reglamentación internacional lo que, a su vez, implica una alteración de fuentes. En dicho campo obligacional, el sistema conflictual se resiente de sus carencias. Es obvio que el comercio requiere rapidez y seguridad, de las que se deriva la necesaria certidumbre. Por el contrario, el sistema conflictual, con su determinación *a posteriori* del ordenamiento jurídico en que se debe encuadrar una relación jurídica, que sin embargo ya se ha desarrollado, frecuentemente no está en condiciones de ofrecer el míni-

⁹ Vid. al respecto, CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, cit. pág. 145.

¹⁰ Cfr. GONDRA ROMERO, «La moderna “*lex mercatoria*” y la unificación del Derecho del Comercio Internacional», cit. pág. 7.

¹¹ Cfr. LOUSSOUARN y BREDIN, *Droit du commerce international*, cit. pág. 8.

mo de certeza y de previsibilidad que debe caracterizar a la norma jurídica. Ello resulta de particular importancia en lo tocante a la regulación de las relaciones mercantiles internacionales, no ya sólo porque el comercio tolera especialmente mal la inseguridad y la incertidumbre, sino, además, porque constituye un orden de problemas al que resulta especialmente mal adaptado el sistema conflictual en el que éste genera dosis especiales de incertidumbre.

El sistema conflictual es un método de resolución y no de prevención, pues las normas que lo integran no establecen anticipadamente pautas orientadoras de la conducta de las partes en consonancia con los derechos y obligaciones que pretenden y asumen. Las normas de conflicto responden a un procedimiento indirecto de designación de la norma que resolverá el conflicto una vez que éste se ha planteado o resulta inevitable. Sin embargo, las necesidades del comercio internacional, incrementadas por el incesante crecimiento de los intercambios comerciales, se mostraron incompatibles con un sistema regulador fundamentado en la resolución del conflicto de leyes. Y ello, no sólo por la incertidumbre que el mismo genera, sino también por la carencia que implica de previas pautas de cumplimiento y satisfacción. La seguridad y la celeridad del tráfico mercantil son incompatibles con un sistema que no fija con antelación suficiente la norma rectora de las conductas de las partes. En tales circunstancias de desconocimiento de aspectos importantes de las obligaciones contraídas en el momento de su perfección, el contrato comercial internacional y el comercio internacional no han encontrado nunca un trasfondo favorable para su desenvolvimiento e incremento.

No se deriva de lo expuesto la inutilidad plena del sistema conflictual¹² que, con frecuencia, deberá colaborar en alcanzar la plenitud de la regulación de una relación mercantil internacional pero, por sí solo, ofrece el riesgo de proporcionar únicamente *règles de résignation* al comercio internacional, realmente sólo toleradas ante la imposibilidad de la aceptación de un vacío jurídico.

¹² Es la afirmación de LOUSSOUARN Y BREDIN, *Droit du commerce international*, cit. pág. 9. En sentido similar, ILLESCAS ORTIZ, «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», en *Rev. de Derecho Mercantil*, 1993, pág. 46; por su parte, FERNÁNDEZ ROZAS, «Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Tomo IV, Madrid, Civitas, págs. 5.227 y sigs. ofrece una visión en la que se concede una importancia no tan relevante a las normas materiales y, por el contrario, incide en la relevancia de las normas conflictuales en general y, en particular, acerca de su importancia en lo relativo a la determinación de los criterios para su interpretación.

II. Del renacimiento de la *lex mercatoria* a la configuración del Derecho del comercio internacional (*new law merchant*)

Es de señalar que, en los inicios de la década de los sesenta, cuando tuvieron lugar las primeras reuniones de juristas procedentes de países con diferentes estructuras económicas y diferentes grados de desarrollo¹³, se puso de manifiesto que las técnicas jurídicas para la ordenación del comercio internacional eran las mismas en cualquier lugar del mundo, con independencia de la orientación política, ideológica o económica de los países en cuestión. Fueren los países capitalistas o socialistas, altamente industrializados o subdesarrollados, sus comerciantes compran o venden mercancías bajo los términos comerciales CIF o bien FOB, el pago se hace mediante crédito documentario u otros instrumentos internacionalmente reglamentados, el transporte de los bienes se hace respaldado por los mismos documentos y con los seguros habitualmente utilizados en el transporte internacional. La apreciación de tal igualdad en los mecanismos jurídicos universalmente utilizados en la ordenación de las relaciones mercantiles internacionales, disociadora de los aspectos jurídicos del comercio internacional frente a las diferencias de orientación política, ha sido puesta de manifiesto por Goldstajn¹⁴ para quien,

«the law governing trade transactions is neither capitalist nor socialist; it is a means to an end, and therefore, the fact that the beneficiaries of such transactions are different in this or that country is no obstacle to the development of international trade. The law of international trade is based on the general principles accepted in the entire world».

¹³ En especial, la reunión promovida por la *International Association of Legal Science*, que tuvo lugar en Londres en septiembre de 1962, y que dio lugar a la publicación del volumen *The sources of the law of international trade*, Londres, edit. Schmitthoff, Stevens & Sons, 1964. En dicho coloquio, las siguientes cuestiones generales fueron objeto de tratamiento: 1.º «The relationship between the law of international trade and municipal commercial law»; 2.º «Autonomous law of international trade: its possibilities and limitations»; 3.º «The limits of party autonomy (including the admissibility of concily-avoidance devices, and the municipal conflict of laws rules for the ascertainment of the law governing international trade transactions)». De entre las diversas ponencias, aun siendo todas ellas del máximo interés, pueden ser destacadas las de SCHMITTHOFF, *The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation*, págs. 3-38; GOLDSTAJN, *International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law*, págs. 111 y sigs; asimismo, las ponencias de KOPELMANAS, *International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law*, págs. 118-126; y MALINTOPPI, *International conventions and standard contracts*, págs. 142 y sigs.

¹⁴ Cfr. GOLDSTAJN, «The New Law Merchant Reconsidered», en *Law and International Trade (Festschrift for Clive M. Schmitthoff)*, Frankfurt, 1973, págs. 171.

La doctrina sustenta la idea de que un derecho substantivo se está des-gajando del sistema conflictual¹⁵. En este sentido, afirma Schmitthoff¹⁶,

«The law of international trade is assuming a new character; it is shedding its national limitations and, by acquiescence of the national sovereigns and with their authority, is transforming itself into an autonomous legal system, with characteristics essentially similar in all parts of the world».

Según la concepción del citado autor, el derecho del comercio internacional se habría desarrollado en tres etapas. La primera de ellas fue el período de la medieval *lex mercatoria*, auténticamente internacional, formada por las prácticas y usos desarrollados por la comunidad internacional de mercaderes en Europa y que, con el transcurso del tiempo, alcanzó calidad consuetudinaria. La segunda la constituyó la incorporación de este derecho medieval a los sistemas jurídicos nacionales a lo largo de los siglos diecisiete a diecinueve, con lo que el derecho del comercio internacional perdió cualquier nota que lo pudiera caracterizar como un sistema internacional de derecho. El tercer período es la fase contemporánea que se inició tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y que constituye un consciente y deliberado retorno hacia el espíritu internacional del derecho del comercio internacional. Las nuevas circunstancias demandan un derecho autónomo del comercio internacional, de forma que dicha regulación convierta en superflua la localización de una transacción en una jurisdicción nacional. Y, en tal sentido¹⁷, afirma:

«We are beginning to rediscover the international character of commercial law and the circle completes itself: the general trend of commercial law everywhere is to move from the restrictions of national law to a universal, international conception of the law of international trade».

El derecho del comercio internacional ostenta un peculiar carácter, uniforme transnacional, que es puesto de manifiesto por Goldstajn¹⁸,

¹⁵ Para una panorámica general acerca de las distintas posiciones doctrinales, *vid.* KEGEL, *The crisis of conflict of laws*, cit. págs. 237-262.

¹⁶ Cfr. SCHMITTHOFF, *The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation*, cit. pág. 3.

¹⁷ Cfr. SCHMITTHOFF, *Commercial Law in a Changing Economic Climate; International Trade and Private International Law*, cit. pág. 19.

¹⁸ Cfr. GOLDSTAJN, *The New Law Merchant Reconsidered*, cit. pág. 174.

«The reason for the universal similarity of the law of international trade is that this branch of law is based on three fundamental propositions: (i) the principle of the autonomy of the parties' will; (ii) that the contract must be faithfully performed (*pacta sunt servanda*); (iii) the use of arbitration».

1. *El renacimiento de la lex mercatoria*

Para un sector de la doctrina¹⁹, ha sido la iniciativa ordenadora de los particulares²⁰ la que ha dado lugar a la configuración de un conjunto normativo de las relaciones mercantiles internacionales²¹, originado al margen de la potestad legislativa de los Estados, y denominado *lex mercatoria*²².

¹⁹ Como precedente, un tanto lejano, de esta dirección doctrinal, se debe hacer mención de un antiguo trabajo de KOPELMANAS, «Custom as a means of the creation of international law», en *British Yearbook of International Law*, 1937, vol. XVIII, págs. 127-151.

²⁰ Entre dichos autores, cabe hacer mención principal de SCHMITTHOFF, de entre cuyos numerosos escritos cabe destacar los ya citados: *Commercial Law in a Changing Economic Climate*; *International Trade and Private International Law*, y *The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation*. Junto a ellos, se deben mencionar las siguientes publicaciones: «The new sources of the law of international trade», en *International Social Science Journal*, vol. XV-2; «The unification of the law of international trade», en *Gothenburg School of Economics and Business Administration Publication*, 1964, págs. 5-28; «The unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions», en *The International and Comparative Law Quarterly*, 1968, vol. 17, págs. 561-570; «The unification of the law of international trade», en *The Journal of Business Law*, 1968, págs. 105-119; «Nature and evolution of the transnational law of commercial transactions», en *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, edit. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1982, págs. 19-31; «The codification of the law of international trade», en *The Journal of Business Law*, 1985, págs. 34-44. Muchos de los trabajos del citado autor se encuentran recopilados en el volumen *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, edit. Chia-Jui Cheng, Martinus Nijhoff Publishers / Graham & Trotman Ltd, Dordrecht, Boston, London, 1988.

²¹ Con los planteamientos del citado autor coincide plenamente el jurista yugoslavo GOLDSTAJN. Ello queda patente en «The New Law Merchant», en *Journal of Business Law*, 1961, pág. 12; «The New Law Merchant Reconsidered», en *Law and International Trade, Festschrift for Clive M. Schmitthoff*, Frankfurt, 1973, págs. 171 y sigs; «International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law», en *The sources of the law of international trade*, págs. 111 y sigs; «Commercial usages as the source of the law of international trade», en *Melanges Fragistas*, Salónica, 1967, págs. 391 y sigs.; posiblemente resulte de especial interés, «Reflections on the Structure of the Modern Law of International Trade», en *International Contracts and Conflicts of Laws*, edit. Sarcevic, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, London / Dordrecht / Boston, 1990, págs. 14-36.

²² En la doctrina francesa, comparte la misma línea doctrinal KAHN, *La vente commerciale internationale*, París, edit. Sirey, 1961; «Droit international économique, droit du

La concepción de la *lex mercatoria* renacida, a partir de los diversos pronunciamientos doctrinales, puede ser sintetizada del modo siguiente:

1.º) La *lex mercatoria* se compone de reglas materiales consuetudinarias.

Sus normas se aplican a una relación en la que se aprecia un elemento de extranjería sin pasar por el filtro de las normas conflictuales. Tales normas son plenamente jurídicas y se diferencian de aquellos comportamientos a los que su simple repetición en un medio profesionalmente caracterizado y limitado nunca sería suficiente para conferirles la dignidad de la norma jurídica. Por el contrario, dado que los actores del comercio internacional deciden regular su conducta de acuerdo con unas normas que son diferentes de los derechos internos, tales normas elegidas en el ejercicio de la libertad contractual se diferencian por su origen y, frecuentemente también por su contenido, de aquellas pertenecientes a un ordenamiento interno al que las partes hubieran podido hacer referencia expresa o tácitamente.

Tales normas no son «individuales» (en el sentido kelseniano del término)²³ puesto que las partes, al referirse a ellas, no tienen la inten-

développement, “lex mercatoria”: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?», en *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, págs. 97-124. En línea similar, aunque no plenamente coincidente, FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, Dalloz, 1965; «L'état face aux usages du commerce international», en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1974, págs. 71-101; «Les usages, l'arbitre et le juge», en *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, págs. 67-87. En particular, GOLDMAN, «Frontières du droit et “lex mercatoria”», en *Archives de philosophie du droit*, 1964, págs. 177 y sigs.; «La “lex mercatoria” dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives», en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1979, págs. 221-270; el trabajo está asimismo publicado en *Journal du droit international (Clunet)*, 1979, págs. 475 y sigs.; en especial, «Lex Mercatoria», en *Forum Internationale*, Kluwer, Lecture n.º 6, 1985. La concepción del último autor integra y supera las concepciones de Kahn y de Fouchard. Por su parte, LAGARDE, «Approche critique de la “lex mercatoria”», en *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, págs. 125-150, se separa de la línea sostenida por los autores anteriormente citados. Decididamente en contra de tal construcción, KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, París, LGDJ, 1984, en especial págs. 271 y sigs.

²³ Opinión contraria es la sostenida por GONDRA ROMERO, art. cit. pág. 26. Para el citado autor, se trata más bien de normas que operan preferentemente en el plano contractual de la autonomía dispositiva de las partes, es decir, de normas individuales *ex contractu*, según la *Stufenbautheorie* de Kelsen. Al respecto, las dudas expresadas por GOLDMAN, *Frontières de droit...* cit, págs. 188-189. Ello, sin embargo, no le impide afirmar su extraterritorialidad al apoyarlas en un principio supranacional y común, así como en el principio *pacta sunt servanda*.

ción ni el sentimiento de crear lazos jurídicos singulares; por el contrario, experimentan, aun cuando confusamente, la necesidad de situar su contrato en el marco de unas normas generales y abstractas que creen poder encontrar en un ordenamiento profesional, en los usos, o en principios generales que sobrepasan las fronteras nacionales. Las cláusulas de los contratos tipificados y las codificaciones de usos se corresponden con la definición de la norma jurídica, formulada con precisión suficiente para que los interesados la puedan conocer antes de establecer su acuerdo.

Los usos del comercio internacional, reglas generales, materiales y anacionales, son normas de calidad consuetudinaria. La *lex mercatoria* es un derecho consuetudinario transnacional, un derecho espontáneo constituido por usos profesionalmente codificados, cláusulas contractuales y conjuntos de contratos que regulan de forma constante y original las relaciones jurídicas entre los participantes en las operaciones internacionales, por lo que cabe plantear la cuestión de si su repetición no los ha elevado progresivamente al rango de instituciones consuetudinarias.

La mención de una calidad consuetudinaria implica referencia a la *opinio iuris sive necessitatis*, o convicción acerca del carácter obligatorio de la norma. En la definición propuesta por Goldman²⁴, la regla de derecho es una norma que gobierna efectivamente una colectividad, porque sus miembros tienen consciencia de que su transgresión implica entrar en conflicto con el bien (como si de una norma moral o ética se tratara) y con la organización, es decir, las estructuras y el funcionamiento de esa colectividad. Tal es el caso de quienes participan en el comercio internacional. Así, por ejemplo, el banco que confirma un crédito documentario según las Reglas y Usos Uniformes de la CCI no tiene la impresión de colocarse en una situación de puro hecho, al margen de lo jurídico. En la situación jurídica en que se entiende situado, sería erróneo pensar que el contrato-tipo o el uso codificado se le impone como consecuencia de su libre adhesión. Por el contrario, las partes de un contrato internacional tienen el sentimiento de la obligatoriedad de las prescripciones del medio profesional. Aparece en ellas la consciencia de una regla común del comercio internacional simplemente expresada en el adagio *pacta sunt servanda*.

2.º) Las reglas consuetudinarias que forman la *lex mercatoria* se descomponen en usos y en principios.

En la *lex mercatoria* cabe distinguir entre usos y principios, ostentando ambos calidad consuetudinaria, según la exposición de

²⁴ Al respecto, *vid.* GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage...* cit. págs. 224-234; en especial, *Lex Mercatoria*, cit. pág. 11.

Fouchard²⁵. Los usos corporativos o de «derecho corporativo» son para el citado autor reglas, aun cuando afectadas por un cierto particularismo inevitable derivado de las características propias de cada una de las actividades comerciales internacionales. Los principios son reglas más generales por su contenido y más universales por su ámbito geográfico de aplicación. Dichos principios, que realmente proceden de los sistemas jurídicos internos, no fundamentan su autoridad en los sistemas internos sino en la conciencia existente en la sociedad internacional, por lo que resultan ser reglas consuetudinarias propias del derecho del comercio internacional.

3.º) La *lex mercatoria* dimana de una dualidad de fuentes, compuesta por las reglas consuetudinarias de derecho espontáneo y las reglas creadas por la jurisprudencia arbitral.

La *lex mercatoria*, en cuanto conjunto de reglas de derecho, tiene como primera fuente las prácticas profesionalmente codificadas, las cláusulas contractuales, los tipos o conjuntos contractuales nuevos, creados de manera espontánea por los participantes en el comercio internacional, puesto que tales prácticas o cláusulas han adquirido el rango de instituciones consuetudinarias por repetición.

El contenido de la *lex mercatoria* surge parcialmente de las reglas creadas por los laudos arbitrales, por lo que éstos constituyen la segunda fuente de este derecho anacional. La jurisprudencia arbitral produce substancialmente principios que, aun siendo parciales y ambiguos, pueden ser considerados como integrantes de la *lex mercatoria*.

4.º) La *lex mercatoria* es un sistema jurídico, aun cuando incompleto y carente de autonomía.

La evolución experimentada por la *lex mercatoria*, aun siendo insuficiente para apreciar el nacimiento de un sistema jurídico completo, permite una sistematización de la misma, a su vez incompleta, pero creciente y posible dado que se encuentra compuesta por reglas de derecho aún no emanadas de autoridad legisladora. Tal origen, sin embargo, no es indispensable para la apreciación de la juridicidad de una norma, como lo prueba la existencia de la costumbre. No ha lugar a sostener una concepción restrictiva de la autoridad. Por el contrario, el concepto de regla jurídica se encuentra ligado a la idea de institución jurídica, a la de organización, a la de estructuras y funcionamiento de la colectividad de los operadores del comercio internacional.

²⁵ Cfr. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial...* cit. pág. 407.

Sin embargo, la *lex mercatoria* no es todavía un sistema completo, por lo que requiere de su combinación con un sistema estatal, pues no contempla todas las relaciones a que puede dar lugar el comercio internacional. Por otra parte, no proporciona soluciones a cuestiones que podrían derivarse de la validez del consentimiento o de la capacidad de las partes contratantes, sin que sea previsible la formación futura de normas relativas a tales cuestiones. Tal limitación de su campo de aplicación no impide que proporcione una regulación de las relaciones mercantiles internacionales y que regule, efectivamente, la gran mayoría de las cuestiones que pueden surgir a propósito de la interpretación y ejecución de los contratos internacionales.

2. La configuración del Derecho del Comercio Internacional

Desde la década de los años setenta, la contribución de los Estados a la formación del derecho del comercio internacional ha sido mucho más activa, dando cuerpo a diversas convenciones internacionales reguladoras de determinadas relaciones mercantiles internacionales. De la suma de la iniciativa de los particulares y de la contribución de los Estados nace un conjunto normativo confusamente denominado pues para ello se utilizan, casi indistintamente, las expresiones *New Law Merchant*, por oposición a la de *lex mercatoria* únicamente comprensiva de las normas emanadas de los particulares, y la de *Derecho del Comercio Internacional*, asimismo comprensiva del conjunto de normas reguladoras del comercio internacional con independencia del origen y naturaleza de las normas.

Este conjunto normativo regula operaciones comerciales y ha sido definido²⁶ como *the body of rules governing commercial relationships of a private law nature involving different countries*.

La inclusión del término «comercio» pone de manifiesto el carácter empresarial y profesional que revisten las operaciones y contratos integrados en el campo de aplicación del derecho del comercio internacional²⁷. Por su parte, la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el Arbitraje

²⁶ Tal definición es la contenida en el *Report of the UN Secretary-General on the Progressive Development of the Law of International Trade*, en «UNCITRAL Yearbook», 1968-1970, vol. I, Nueva York, 1971, pág. 20.

²⁷ Cfr. GOLDSTAJN, «Reflections on the structure of the modern law on international Trade», en *International contracts and conflict of laws*, edit. Sarcevic, Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, Londres, Dordrech, Boston, págs. 14 a 36. Con frecuencia se incluyen en los textos de las convenciones acerca del derecho del comercio internacional disposiciones que rezan: «La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico». Tal orientación abunda en el carácter

Comercial Internacional establece con claridad que el término «comercial» incluye los contratos innominados o los contratos desconocidos para los ordenamientos jurídicos internos, ensanchando su significado para dar cabida a las transacciones que son producto de la moderna práctica internacional²⁸.

Dicho conjunto normativo que integra el Derecho del comercio internacional es de carácter internacional por su origen y en atención a su campo de aplicación. En razón de su campo de aplicación, porque tiene por objetivo la disciplina del comercio internacional. De modo más preciso, siguiendo las pautas definitorias del carácter de internacionalidad de las operaciones de comercio internacional utilizadas en las convenciones internacionales reguladoras de determinadas relaciones mercantiles, es internacional el contrato que se celebra entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes²⁹. Internacional es

empresarial y profesional con el que se connota el campo de aplicación de las normas internacionales: cuando se afirma que este conjunto de normas compone el Derecho uniforme del comercio internacional, está poniéndose de relieve el carácter empresarial de las transacciones disciplinadas, las cuales, por otra parte, no resultan ser exclusivamente comerciales en sentido propio. Son también transacciones en el campo de la prestación de servicios, de la transformación de la naturaleza y de la circulación de capitales. Por consiguiente, el calificativo comercial y el término comercio son empleados en sentido impropio o figurado y en su seno se comprenden otras transacciones internacionales que, además de suponer un intercambio, se producen con finalidad empresarial y profesional. Por su parte, ILLESCAS ORTIZ, art. cit. págs. 41 y sigs. expone que la referencia al comercio caracterizado como internacional es una referencia imprecisa, pues tanto en las denominaciones comparadas como en la española, cuando se incluye el comercio como uno de los dos grandes conceptos delimitadores del campo de aplicación de las normas analizadas, la palabra empleada queda corta. Se paga tributo a una tradición histórica en virtud de la cual, en España, se denomina Derecho mercantil a algo más amplio que la rama disciplinadora del intercambio de mercancías. Se trata de poner de manifiesto que bajo el término «comercio» tiene cabida un número muy variado de prestaciones de servicios, financieros y de transporte principalmente, así como muchos aspectos de la actividad industrial o transformadora.

²⁸ Cfr. *Report of the UN Secretary-General on the Progressive Development of the Law of International Trade* cit. pág. 22, par. 20. GOLDSTAJN, *Reflections on the structure of the modern law on international Trade*, cit. basándose en dicho documento, establece de manera más precisa las transacciones incluibles dentro del derecho del comercio internacional.

²⁹ Es el criterio en el art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980. Vid. comentarios al respecto de DIEZ PICAZO (Dir) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 45-49; asimismo, AUDIT, *La vente commerciale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, París, LGDJ, 1990, págs. 32 y sigs. Igual criterio es aplicado en el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las garantías independientes y los créditos documentarios *stand-by*. Al respecto, vid. STOUFFLET, «La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de credit stand-by», en *Rev. Droit Bancaire et de la Bourse*, 1995, n° 50, págs. 132-142.

asimismo el origen de las normas que integran el Derecho del comercio internacional pues, en buena medida, su nacimiento es fruto de la iniciativa de los Estados, por lo general tras los trabajos de preparación llevados a cabo por organizaciones internacionales interestatales, generalmente denominadas *formulating agencies*³⁰. En otras ocasiones, las normas son consideradas como uso o costumbre del comercio internacional, habiendo sido generadas por la práctica reiterada de los operadores del comercio internacional y, consiguientemente, al margen del poder normativo internacional de los Estados nacionales.

III. La heterogeneidad formal de las normas integradoras del Derecho del comercio internacional y la diversidad de sus orígenes

Las normas que integran el contenido del Derecho del comercio internacional dimanar de orígenes o fuentes de producción de las mismas completamente diversos por lo que a su naturaleza y forma externa se

³⁰ La expresión fue acuñada por SCHMITTHOFF, en *International Business Law: a New Law Merchant*, cit. págs. 31 y sigs. Es la expresión que ha recibido una aceptación generalizada. Por su parte, GONDRA ROMERO, art. cit. pág. 7, emplea la expresión de «organismos formuladores». En suma, los Estados suelen actuar siguiendo la pauta marcada por las organizaciones internacionales que llevan a cabo la preparación del proyecto de convención que posteriormente será firmado por los Estados en el ejercicio de su poder creador de normas de Derecho. En lo relativo al Derecho del comercio internacional, los organismos de carácter intergubernamental que llevan a cabo tales tareas preparatorias resultan ser la «Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional» (UNCITRAL) y el «Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado» (UNIDROIT). A ellas añade SCHMITTHOFF la «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado» y «The Council for Mutual Economic Assistance» (CMEA, Moscú). Acerca de la UNCITRAL, *vid.* Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1966, por la que se creó aquella, en «United Nations Commission on International Trade», en *Yearbook*, vol. XXI, 1990, United Nations, New York, 1992. Sobre el UNIDROIT, *Institut International pour l'unification du Droit privé*, UNIDROIT, Roma, 1992.

Cuando estos organismos formuladores son distintos de las organizaciones internacionales intergubernamentales, se les denomina habitualmente *establishment* económico y jurídico internacional, y su principal exponente es la Cámara de Comercio Internacional de París. Son otro tipo de *formulating agencies* ajenas a los Estados en su organización y funcionamiento, y ligadas a la sociedad de comerciantes, de las que la CCI constituye la más patente manifestación. La CCI, asociación de operadores y juristas relacionados con el tráfico internacional, tiene como mérito la formulación escrita y sucesivas revisiones de normas del derecho del comercio internacional, originariamente configuradas como usos o costumbres internacionales. A ella cabe añadir «The International Maritime Committee» (Amberes) y «The International Law association» (Londres). Al respecto, *cfr.* SCHMITTHOFF, *Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions*, cit. págs. 239-241, donde aparece consolidada la citada expresión.

refiere, por lo que, consecuentemente, son heterogéneas en sumo grado. Las disposiciones que integran el sistema no poseen igual origen, ni se manifiestan a través del mismo revestimiento o forma externa, lo que no impide que todas ellas formen parte del sistema del Derecho del comercio internacional.

En coherencia con la tradición mercantil nacida de la nacionalización de la medieval *lex mercatoria*, las fuentes del Derecho del comercio internacional no son únicas ni homogéneas³¹. Ello hace que su sistematización resulte más difícil y que el conjunto de normas que lo integran comporte un grado de asistematicidad. Aun siendo ello cierto, parece exagerado afirmar que la *lex mercatoria désigne maladroitement un magma de pratiques diverses, lacunaires, parfois contradictoires*³².

Las normas que integran el Derecho del comercio internacional son objeto de diversas formalizaciones y, por ello mismo, ostentan naturaleza jurídica distinta como consecuencia de la diversidad de su origen. En tal sentido, las fuentes propiamente dichas del Derecho del comercio internacional son más complejas de lo que resultan ser las fuentes en los ordenamientos nacionales.

Sin entrar a analizar el sistema de fuentes, procede analizar la lista de las formas que adoptan las diversas normas que integran el Derecho del comercio internacional³³. Sin embargo, es preciso destacar la decisiva relevancia de la voluntad de las partes intervinientes en la relación comercial internacional en cuanto a la utilización de tales normas, pues

³¹ Vid. sobre la cuestión, ROBLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, Tomo 1, 11.^a edición, París, LGDJ, 1984, pág. 33. Esta diversidad de fuentes se ha reconocido desde que existen los derechos mercantiles nacionales. De la tradición es tributario el Derecho mercantil codificado de principios del siglo XIX, que no puede dejar de reconocer la pluralidad efectiva de fuentes. Para ILLESCAS ORTIZ, art. cit. pág. 53, ese dualismo se reproduce en relación al Derecho del comercio internacional. Acerca de la cuestión, vid. GOLDSTAJN, *Reflections on the structure of the modern law of international trade*, cit. págs. 15-16.

³² La afirmación es de RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1989, Tomo 213, vol. 1, págs. 9-408.

³³ La enumeración que sigue está inspirada en dos trabajos de SCHMITTHOFF, «The unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions», cit. y «The law of international trade», cit., ambos en *Select Essays* cit., respectivamente págs. 188-205 y 219-230. Asimismo, se inspira en buena medida, aunque no completamente, en la clasificación hecha por GOODE, «Reflections on the harmonisation of commercial law», en *Revue de Droit Uniforme - Uniform Law Review*, 1991, I, págs. 54 y sigs., pues el citado autor da cabida a normas de derecho comunitario europeo, que no forman parte, por regionales, del derecho del comercio internacional. Se ha tenido en cuenta, igualmente, la clasificación de GOLDSTAJN, *Reflections on the structure of the modern law of international trade*, cit. pág. 16.

de aquella depende la aplicación o exclusión de las normas que se enumeran. Se está en presencia de un Derecho de fuente legal y consuetudinaria, pero igualmente estamos ante un Derecho acusadamente dispositivo o convencional, en cuanto acuerdo de someter la relación a reglas preexistentes no imperativas cuya aplicación al caso en cuestión dependerá de la declaración expresa de sometimiento efectuada por las partes interesadas.

1. *La aportación de los operadores del comercio internacional* (*lex mercatoria*)

Los sujetos de la actividad disciplinada, es decir, los operadores económicos, la *societas mercatorum*, participan en la elaboración del sistema uniforme analizado e intervienen decisivamente junto a los Estados en la formación de muchas de las normas que integran el Derecho del comercio internacional. Son normas consuetudinarias los usos de comercio observados en la plaza y en el sector comercial de que se trate deben su origen, conforme a la concepción tradicional en los sistemas del Derecho romano, a la reiteración efectiva con que determinadas soluciones empíricas se vienen ofreciendo a problemas constantes.

A) La costumbre y los usos de comercio

La norma jurídica consuetudinaria es producida por la sociedad civil, entendida en su versión internacional como sociedad universal de comerciantes, no por su organización política. Los participantes en el comercio internacional han creado con sus hábitos reiterados de conducta una serie de pautas que se convierten en socialmente exigibles si revisten la *opinio iuris*, en la concepción de los ordenamientos de inspiración romanista³⁴, o si pueden ser calificadas, en la concepción del derecho británico, como «razonables, ciertas y notorias», de donde se deriva su general aceptación³⁵. Mecanismos jurídicos internacionales sometidos en la actualidad a reglamentación escrita tuvieron su origen en la costumbre comercial, frecuentemente reconocida como tal por los

³⁴ Vid. la exposición de GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 1, Madrid, 1976, pág. 121, el uso mercantil no es cosa distinta de la costumbre; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 3.ª edic. Madrid, Tecnos, 1978, págs. 60-61.

³⁵ El concepto de uso de comercio en derecho británico puede verse en *Halsbury's Laws of England*, 4.ª edic. vol. 12, pág. 445. Los requisitos generales del uso son: (a) must be universally observed, (b) definite and certain, (c) reasonable, (d) and must not offend against the intention of any legislative enactment. Los calificativos mencionados se encuentran en la sentencia del caso *Devonald vs. Rosser & Sons*, 1906, 2KB, 728-743.

tribunales británicos. Tal resulta ser el caso del contrato CIF en general, y el de dicha venta especial en particular, así como el del crédito documentario³⁶.

Por su parte, señala Illescas Ortiz³⁷ que el artículo 9, par. 2, de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías establece el valor normativo de la costumbre internacional confirándole un rotundo valor. Conforme a este precepto, la calificación de una práctica como uso o costumbre del comercio internacional depende de dos caracteres principales, cuales son la amplitud de su conocimiento y la regularidad de su observancia en el tráfico de que se trate.

La noción de costumbre en el ámbito de la regulación de las relaciones internacionales ha estado generalmente rodeada de confusión y ha sido objeto de discrepancias doctrinales. Schmitthoff³⁸ rechaza la aplicación al uso de comercio internacional del concepto tradicional de costumbre del derecho norteamericano y del derecho británico, según el cual la costumbre debe ser *long established or ancient*. Por el contrario, adopta el criterio del *Uniform Commercial Code* de los EEUU³⁹,

³⁶ Cfr. SCHMITTHOFF, *International Business Law: a New Law Merchant*, cit., pág. 34, atribuye carácter consuetudinario a ambos e incluye citas de abundante jurisprudencia mercantil británica en apoyo de su afirmación.

³⁷ El art. 9, par. 2, de la Convención de Viena de 1980 establece: «Salvo pacto en contrario, 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 observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate». 1.º) Desde el punto de vista de nuestro derecho, puede sorprender el reconocimiento de una gran libertad de pacto *contra usum*. Sin embargo, ello encuentra su fundamento en el principio de la plena libertad contractual en el comercio internacional recogido en el art. 6 de la Convención. 2.º) Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9, par. 1, de la Convención, «las partes quedarán obligadas por cualquier uso en el que hayan convenido», lo que puede volver a causar sorpresa. Ello es la consecuencia de que ciertos organismos elaboran normas denominadas *usos y prácticas*, que aspiran a la creación de la *opinio iuris*, pero que requieren actualmente un pacto para resultar de aplicación a la relación, lo que viene exigido por la seguridad jurídica internacional ante las diferentes concepciones jurídicas en la materia. El concepto aludido proviene del *Uniform Commercial Code* de los EEUU. Al respecto, *vid. ILLESCAS ORTIZ*, art. cit., págs. 65-67. En especial, HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, Deventer, 2.ª ed. 1989, págs. 116 y sigs.

³⁸ Cfr. SCHMITTHOFF, «International Trade Usages», en *Institute of International Business Law and Practice*, 1987, Publicación CCI n.º 440/4, pág. 53, cita y se fundamenta en FARNSWORTH, para quien el término «usage of trade» es relativamente nuevo, preferido por el *Uniform Commercial Code* frente al más tradicional y estrecho término de «custom», término éste, sin embargo, preferido por el derecho británico.

³⁹ *Uniform Commercial Code* (EEUU), par. 1, 205-2: «A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question».

según el cual es uso de comercio toda práctica observada de una forma lo suficientemente regular como para que esté justificada la previsión de su observancia en la relación de que se trate. La costumbre internacional se fundamenta en la voluntad de las partes que la adoptan como régimen de aplicación a su relación. A continuación, el citado autor distingue la costumbre internacional del uso de comercio en función de su formulación por un organismo internacional, de manera que es costumbre internacional la que hubiera sido objeto de formulación y codificación, mientras que es uso (convencional) aquella práctica carente de tal formulación y codificación.

La mención de una calidad consuetudinaria implica inmediata referencia a la *opinio iuris sive necessitatis*, o convicción acerca del carácter obligatorio de la norma. En la definición propuesta por Goldman⁴⁰, la regla de derecho es una norma que gobierna efectivamente una colectividad, porque sus miembros tienen consciencia de que su transgresión implica entrar en conflicto con el bien (como si de una norma moral o ética se tratara) y con la organización, es decir, las estructuras y el funcionamiento de esa colectividad. Tal es el caso de quienes participan en el comercio internacional. Así, por ejemplo, el banco que confirma un crédito documentario según las Reglas y Usos Uniformes de la CCI no tiene la impresión de colocarse en una situación de puro hecho, al margen de lo jurídico. En la situación jurídica en que se entiende situado, sería erróneo pensar que el contrato-tipo o el uso codificado se le impone como consecuencia de su libre adhesión. Por el contrario, las partes de un contrato internacional tienen el sentimiento de la obligatoriedad de las prescripciones del medio profesional. Aparece en ellas la consciencia de una regla común del comercio internacional simplemente expresada en el adagio *pacta sunt servanda*.

En nuestro sistema, el uso mercantil o la costumbre internacionales no son cosa distinta de las surgidas en el ámbito interno, tal como expone Broseta Pont⁴¹, por lo que deben cumplir con iguales requisitos y obedecer a los mismos límites. Expone Gondra Romero⁴² al respecto que el primero proviene de la subordinación a la ley y la consiguiente ineficacia jurídica de la costumbre *contra legem*. No se tolerará, además, su oposición a los principios generales que informan nuestro ordenamiento (racionalidad de la costumbre) De otra parte, sólo se reconocerá valor normativo a la costumbre local» (art. 2 Cco) o

⁴⁰ Cfr. GOLDMAN, *Frontieres du droit...* cit. págs. 180 y sigs.

⁴¹ Vid. BROSETA PONT, *Manual...* cit. pág. 61.

⁴² Cfr. GONDRA ROMERO, art. cit. pág. 26.

a los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, con lo que el uso o costumbre internacional sólo encontrará aplicación y vendrá reconocido en la medida en que se demuestre su vigencia local. Los cauces, pues, para la penetración de la costumbre internacional en nuestro ordenamiento, concluye el citado autor, son realmente estrechos.

Sin embargo, hay pronunciamientos en nuestra doctrina acerca de la costumbre que pueden permitir en nuestro ámbito jurídico la aceptación de las tesis sostenidas por los máximos exponentes de la doctrina europea en la materia, en particular, la concepción de Goldman. Los autores —expone Castán Tobeñas—⁴³ discrepan mucho en orden a la significación de la *opinio iuris sive necessitatis*, requisito un tanto obscuro, que es concebido ya como convicción, ya como sentimiento, ya como voluntad, y que para unos consiste en la simple persuasión de que una cosa debe valer como Derecho, mientras que para otros implica la conciencia de aquello que se observa sea ya Derecho, es decir, norma obligatoria y vigente. Por nuestra parte, continúa el citado autor, entendemos que ni puede exigirse, para la validez del Derecho consuetudinario, la convicción jurídica (pues el reconocimiento de la norma por la colectividad puede fundarse en motivos distintos de esa convicción, tales como el temor a las consecuencias de la transgresión, la comodidad, la rutina, etc.), ni siquiera tampoco la rigurosa intención de crear Derecho, que no se produce casi nunca en la práctica. Basta, según la tesis de Ennecerus, con que se dé en la colectividad o en sus órganos una voluntad general de validez jurídica, es decir, una voluntad que sea general en la esfera en la cual deba regir la norma jurídica.

En tal línea, siguiendo la exposición de Illescas Ortiz⁴⁴, diversos factores han alterado los modos de actuar de la sociedad de mercaderes a la hora de producir pautas de conducta, entre los que cabe mencionar la dificultad práctica de la prueba del uso o la costumbre ante los tribunales, la rapidez y seguridad de los medios de comunicación escrita y electrónica, así como el reconocimiento generalizado de la libertad de pacto y su generalizada tutela por los tribunales. Ello se traduce en que, en la actualidad, más que costumbres basadas en la reiteración de conductas, se produce la formulación de reglas uniformes en forma escrita, cuya vigencia puede fundamentarse tanto en la condición de usos de comercio cuanto en la incorporación expresa de las mismas a un pacto

⁴³ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, vol. 1, Madrid, Reus, 1975, págs. 450-451.

⁴⁴ Cfr. ILLESCAS ORTIZ, art. cit., pág. 59.

escrito. La creciente complejidad de las operaciones, el incesante crecimiento de las jurisdicciones ante las cuales la costumbre no escrita debe de esgrimirse y el número no menos creciente de sujetos sometidos al uso de comercio en cuestión son factores que han traído como consecuencia la necesidad de formular por escrito las mencionadas costumbres mercantiles⁴⁵.

La CCI, en ocasiones, con su conducta formuladora de reglas mercantiles no estatales, impide la posible configuración de algunas de ellas como usos de comercio para hacerlas pasar a la condición de meras cláusulas convencionales, cuya fuerza de obligar radica en la libertad de pacto ejercitada por las partes y no en la satisfacción por aquéllas de las ya expresadas condiciones de ser reglas «razonables, ciertas y notorias».

Por otra parte, la intervención de los Estados en la recopilación de disposiciones uniformes de procedencia consuetudinaria no suele excluir una participación activa de los operadores y de sus organizaciones privadas en la elaboración de las reglas que tienen a los propios Estados como fuente de producción. Ello resulta así ser incluso en los casos en los que las normas en cuestión se formulan *ex novo* sin haber sido precedidas de una práctica internacional generalizada y determinante de la aparición de un USO de comercio. Operadores y organizaciones participan muy activamente en las tareas preparatorias de las *formulating agencies* o de las conferencias en las que se concretan las nuevas disposiciones. La calidad de observador de la que se benefician en tales foros las asociaciones de empresarios facilita en gran medida la participación de los operadores y de sus organizaciones privadas en las tareas preparatorias, prácticamente en plano de igualdad con los Estados⁴⁶.

⁴⁵ Al respecto, *vid.* GOODE, *Reflections on the harmonisation of commercial law*, cit., págs. 56 y sigs.

⁴⁶ Al respecto. *vid.* UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international*, Roma, 1991, págs. 150-151. Se recogen entre la lista de participantes diez organizaciones distintas de los Estados participantes, entre las cuales unas son intergubernamentales (UNCTAD), otras resultan ser organizaciones internacionales no gubernamentales («Comité Marítimo Internacional»), y otras son asociaciones profesionales internacionales («World Leasing Council»). Lo mismo puede apreciarse en los asistentes a la conferencia de Viena, de 10 de marzo de 1980, para la preparación de la Convención de Viena sobre compraventa de mercancías, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Documentos oficiales*, Nueva York, 1981, pág. 190. En ella participaron como observadores no políticos ocho organizaciones distintas de los Estados.

B) Las recopilaciones y codificaciones de usos y prácticas

Estas recopilaciones y codificaciones representan una etapa distinta tanto de la costumbre o uso de comercio cuanto de las prácticas negociales. Se caracterizan por constituir la formulación escrita y ordenada de una serie de pautas de conducta a seguir por las partes en los contratos a los que se refieren las recopilaciones en cuestión que son sectoriales y no generales⁴⁷. Las recopilaciones presentan la peculiaridad de integrar en su seno normas que realmente no existían antes de la preparación de la recopilación, al menos parcialmente. No sólo se recopilan efectivas pautas de conducta socialmente exigibles y ampliamente respetadas con anterioridad a dicha recopilación, sino que también se produce una formulación de normas *ad hoc* y *ex novo*⁴⁸ a las que se atribuye la expresada condición de recopilación de usos, reglas o prácticas. En esta tesitura, el sometimiento de una relación contractual a la recopilación es consecuencia de un pacto de sumisión incluido por las partes en el contrato de que se trate. Así llegan a indicarlo expresamente algunas recopilaciones. Tal sucede en los citados *Incoterms*⁴⁹, en las *Reglas y usos uniformes en materia de créditos documentarios* (RUU)⁵⁰, o en las *Reglas uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento*⁵¹.

Las recopilaciones mencionadas no son condiciones generales de contratación. La sumisión a las mismas no depende de la incorporación de ellas al contrato en cuestión. Son normas formuladas de modo abstracto y general, cuya aplicación a cada caso concreto depende de la voluntad de las partes. El sometimiento a las mismas puede efectuarse de modo parcial, mediante la exclusión de ciertos aspectos de las Reglas.

⁴⁷ Cfr. SCHMITTHOFF, *The unification of international trade law*, cit., págs. 239 y sigs.

⁴⁸ Así lo observa GONDRA ROMERO, art. cit. págs. 29-30, quien otorga a dichas recopilaciones un carácter «constitutivo»; de dicha afirmación se hace eco ILLESCAS ORTIZ, art. cit. pág. 70.

⁴⁹ Cfr. Introducción *Incoterms* 2000, Publicación CCI, n.º 560: «Los comerciantes que deseen aplicar esta normativa han de especificar que sus contratos quedan sometidos a los *Incoterms*».

⁵⁰ La sumisión de los créditos documentarios a las RUU se produce igualmente de una declaración expresa incorporada por su emisor en el propio crédito documentario. Así lo indica el inciso final del artículo I de las Reglas, las cuales igualmente contemplan la posibilidad de pactar la exclusión de la sumisión del crédito a las normas uniformes. «Las presentes Reglas y usos uniformes... son de aplicación... siempre que así se establezca en el texto del crédito. Obligan a todas las partes... a menos que expresamente se estipule lo contrario...». Cfr. Publicación CCI, n.º 500.

⁵¹ La aplicación de las Reglas a las garantías a primera demanda depende siempre de una específica declaración de voluntad de las partes involucradas en la relación de garantía que la carta documenta. Así se deduce del tenor del art. 1 de las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento, abril 1992, Publicación CCI n.º 458.

C) Los usos y prácticas observados por las partes en sus relaciones

Estos usos y prácticas tienen su origen en la conducta negocial que las propias partes han establecido a lo largo de contratos anteriormente pactados entre ellas⁵². Constituyen estos usos y prácticas precedentes negociales que las partes han establecido en relaciones contractuales anteriores. Dado que carecen de carácter general, normas de esta índole difícilmente pueden ser consideradas como fuente de derecho, pues son una manifestación de la voluntad individual o un precedente tácitamente aceptado para resultar de aplicación a la relación actual. Sin embargo, en el marco del derecho del comercio internacional, determinados textos atribuyen valor normativo a tales precedentes contractuales al objeto de colmar lagunas existentes en un posterior contrato, de lo que se deriva que estos usos y prácticas merezcan una cierta consideración como fuentes.

A ellos se refiere el artículo 9, par. 1 de la Convención de Viena de 1980, precepto que resulta especialmente expresivo, al establecer que: «Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas». Por su parte, los *Incoterms*⁵³ ponen de manifiesto que, siendo imposible en muchas relaciones comerciales internacionales fijar por adelantado las obligaciones de las partes, dado que unas y otras se pueden enfrentar con una complejidad muy superior a la que genera el cumplimiento de contratos internos, resulta necesario referirse a otros medios determinadores. Además de hacerlo a «las costumbres profesionales o locales», es necesario, igualmente, remitirse a los usos que las propias partes hayan establecido en tratos anteriores⁵⁴.

Estos usos o prácticas establecidas por las partes en contratos anteriores son distintos de la costumbre mercantil entendida como plena fuente de Derecho. La redacción del párrafo 2 del art. 9 de la Convención de Viena anteriormente citado⁵⁵ y su comparación con el párrafo 1

⁵² Cfr. SCHMITTHOFF, *International Trade Usages*, cit., págs. 11 y sigs.

⁵³ *Incoterms* (1990), Publicación CCI, n.º 460. Igualmente *Incoterms* 2000, Publicación CCI, n.º 560.

⁵⁴ *Ibidem*, Preámbulo. La alusión a estos usos y prácticas negociales efectuada por los *Incoterms* tiene un valor inferior a la realizada por la Convención de Viena: la diferente naturaleza jurídica de quien lleva a cabo la indicación de los usos y prácticas así lo determina. La reglamentación llevada a cabo por la CCI se hace a través de un texto que sólo adquiere vigencia mediante su expresa aceptación por las partes; por el contrario, la regulación contenida en el artículo 9, par. 1, de la Convención de Viena se hace en un texto de especial relevancia para el Derecho del comercio internacional.

⁵⁵ El art. 9, par. 2, de la Convención de Viena de 1980 establece: «Salvo pacto en contrario, 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 in-

del mismo precepto ponen de relieve que el legislador se está refiriendo a dos fuentes normativas diferenciadas con alcances diferentes. Sin embargo, ambas cesan ante la manifestación de voluntad en contra de una u otra efectuada por las partes.

D) Los contratos tipo

La tipificación de los contenidos contractuales constituye un elemento de uniformización del Derecho del comercio internacional. Para cada uno de los sectores económicos más relevantes de dicho comercio, los empresarios y sus asociaciones internacionales formulan condiciones generales aplicables a los contratos en los que más frecuentemente intervienen aquéllos como parte. Los empresarios asociados pueden obligarse a la utilización de dichos contratos tipificados en los contratos que celebren bien a modo de recomendación, bien a modo de compromiso corporativo, siendo asimismo posible la previsión de una sanción para el caso de incumplimiento de la obligación de su utilización⁵⁶. Del mismo modo, organismos internacionales han producido en ocasiones condiciones generales para concretos sectores de actividad. Tal es el caso de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, la cual ha redactado y logrado amplia difusión para algunas condiciones generales relativas a intercambios de bienes⁵⁷.

Estos contratos-tipo o condiciones generales constituyen una parte del contrato en el que se incluirán, además, otras condiciones particula-

ternacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate». Cfr. *supra* pág. 66.

⁵⁶ Al respecto, SCHMITTHOFF, «The unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions», en *Select Essays...* cit., págs. 188-218; el citado autor, pág. 191, tras admitir que su número es demasiado amplio como para proceder a un listado de dichas asociaciones profesionales que ofrecen contratos tipificados, menciona a las de mayor relevancia, que resultan ser «The London Corn Trade Association», fundada en 1877, la «Association of Corn Merchants of Hamburg» (1868), la «Bremen Cotton Exchange» (1872), la «Silk Association of America» (1873) y la «International Wool Textile Organisation» (1928). En especial, vid. SCHMITTHOFF, *Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, Londres, Sweet & Maxwell, 7.^a edición, 1980, págs. 447 y sigs; vid. asimismo el listado de GOLDSTAJN, en *Commercial Usages as the Source of the Law of International Trade* cit., págs. 391 y sigs; por su parte, ILLESCAS ORTIZ, art. cit. pág. 74, hace mención de la «Baltic and International Maritime Conference» que ha publicado el *Catálogo de pólizas y documentos BIMCO*.

⁵⁷ Acerca de la labor de la «Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas», vid. SCHMITTHOFF, *The unification of international trade*, cit., pág. 241. La Comisión ha redactado condiciones generales relativas a los intercambios de bienes de consumo duradero, productos de consumo tales como frutas y legumbres, plantas industriales, máquina-herramienta, etc.

res y disposiciones específicas. La libertad de pacto subyace en el funcionamiento de este elemento generador de uniformidad en el Derecho del comercio internacional, pues la voluntad de la empresa que ofrece las condiciones, así como la de su cliente que las acepta, son las determinantes de la incorporación de las aludidas condiciones o clausulados al contrato que celebran, de forma que, sin la voluntad de uno y otro, la incorporación de aquéllas no tiene lugar⁵⁸.

La uniformidad que este mecanismo produce en la regulación del tráfico internacional es dogmáticamente débil⁵⁹, pues de la misma forma que la voluntad individual es la determinante de su empleo, esa misma voluntad es la determinante de su exclusión. Sin negar su influencia efectiva y material, cabe señalar la debilidad dogmática de los clausulados y condiciones generales de la contratación internacional aplicables en los respectivos ramos y sectores⁶⁰.

2. *El arbitraje internacional y el desarrollo del Derecho del comercio internacional*

El establecimiento y la actividad constante de los tribunales permanentes de arbitraje dedicados a la resolución de controversias relativas a contratos comerciales internacionales resulta de relevancia en relación al Derecho del comercio internacional. La Cámara de Comercio Internacional es la sede del más conocido de tales tribunales estables, aun cuando no la única. Estos centros permanentes de arbitraje son constituidos por empresarios, cámaras de comercio o árbitros profesionales, sin participación alguna de los Estados en los que radican dichas organizaciones permanentes o en los que se suscitan los conflictos que dirimen.

A) La progresiva decantación de principios generales reguladores de la contratación mercantil internacional

La forma principalmente utilizada para dirimir sus diferencias por los participantes en el comercio internacional, frente al recurso a la instancia jurisdiccional, es el recurso al arbitraje internacional no funda-

⁵⁸ Cfr. SCHMITTHOFF, *The unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions*, cit., pág. 192; el criterio es también sostenido por KOPPELMANAS, *International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law*, cit., págs. 122-124.

⁵⁹ Cfr. GONDRA ROMERO, art. cit., pág. 37.

⁶⁰ Al respecto. *vid.* ILLESCAS ORTIZ, art. cit., pág. 74, quien sigue la opinión de GONDRA ROMERO, cfr. nota anterior.

mentado en un derecho interno. De ello puede derivarse el nacimiento de una jurisprudencia arbitral formada por aquellos principios jurídicos de índole general, inicialmente acuñados o formulados por los propios árbitros, y que alcanzarían su definitiva decantación en virtud de su constante aplicación por dichos árbitros internacionales. Surgen así los principios generales de la contratación mercantil internacional, o reglas básicas a las que aquélla se adecua, emanadas de la práctica y cuya aplicación por los tribunales arbitrales contribuiría a desarrollar e integrar el catálogo de las fuentes reguladoras de dichos contratos en ausencia de estipulación expresa de las partes y de uso mercantil aplicable. Ello permitiría la exclusión de cualquier remisión a un ordenamiento jurídico interno así como la aplicación de las normas de conflicto ante la apreciación de lagunas en el contenido del derecho del comercio internacional.

La concepción de la *lex mercatoria* como un dúptico compuesto por usos y principios fue inicialmente formulada por Fouchard⁶¹, para quien los usos son de naturaleza corporativa, con frecuencia privativos de cada profesión o de cada rama del comercio internacional. De manera diferente, los principios son principios generales de derecho privado, suficiente y universalmente admitidos, de manera que pueden constituir el embrión de una especie de «derecho común de las naciones»⁶². Por su parte, Loussouarn y Bourel⁶³ afirman «que los árbitros internacionales tienen el poder de crear normas materiales, que existe actualmente una creciente tendencia a favor de su reconocimiento, y que la utilización de tal facultad de creación de normas materiales tiende a desarrollarse».

⁶¹ Cfr. FOUCHARD, *L'Arbitrage commercial international*, cit., págs. 401-402; GOLDMAN, *La lex mercatoria et les contrats...* cit., pág. 487.

⁶² Acerca de tales principios generales de derecho compartidos por las naciones y por los ordenamientos jurídicos, *vid.* JESSUP, *Transnational Law*, Yale University Press, 1956, págs. 1-13, en que el autor fue de los primeros en defender que el derecho transnacional regula sucesos que trascienden las fronteras nacionales, formando parte del derecho internacional público y del derecho internacional privado; asimismo, Lord MC. NAIR, «The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations», en *British Yearbook of International Law*, 1957, págs. 1-19; BANER, «Les traités et les règles de droit international privé matériel», en *Rev. Critique de Droit International Privé*, 1966, págs. 537-574; LEVEL, «Le contrat dit sans loi», en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1966, págs. 209-243; WENGLER, «Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat», en *Rev. Critique de Droit International Privé*, 1982, págs. 467-501. Un estudio de amplio alcance de la cuestión en la actualidad puede verse en OSMAN, *Les principes généraux de la «Lex Mercatoria»*, París, LGDJ, 1992.

⁶³ Cfr. LOUSSOUARN Y BOUREL, *Droit International Privé*, París, Dalloz, 4.^a edición, págs. 49 y sigs.

Por su parte, Goldman⁶⁴ sostiene que los principios de la *lex mercatoria* no deben ser asimilados ni a los principios de derecho internacional ni a los principios generales de derecho comunes a los sistemas nacionales. No es infrecuente que los contratos mercantiles internacionales contengan una cláusula arbitral en la que se expresa la ley que deberá ser utilizada por el árbitro. Con frecuencia, tal elección se hace por referencia a los «principios de derecho internacional» o a los «principios generales de derecho», expresiones cuya significación está lejos de ser pacífica.

Podría pensarse, en primer lugar, que constituyen una referencia al derecho internacional público, puesto que éste es el derecho internacional *stricto sensu*, y dado que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia los cita, como una de sus fuentes, junto a los tratados y a la costumbre internacional. Al respecto, observa Goldman⁶⁵ que difícilmente cabe admitir que las empresas privadas piensen en hacer referencia precisa y limitativa al citado precepto, texto de derecho internacional público que no atrae la atención de las empresas privadas. En segundo lugar, si lo aludido por las citadas expresiones es el derecho internacional privado, internacional por su objeto pero no por su fuente, se habrá de concluir que lo aludido son los principios generales comunes a una mayoría de los diversos derechos internos, puesto que los contratantes, cuando se sirven de la expresión «principios», entienden hacer referencia a unas reglas materiales y no a unas normas conflictuales que no proporcionan directamente una solución a su diferencia. Por tanto, concluye el citado autor, las citadas referencias contractuales lo son a la *lex mercatoria*, pues «siendo una equivocación situar la fuente directa de los principios aludidos por el art. 38 en las codificaciones profesionales, las prácticas o los usos del comercio internacional, no es discutible que por su carácter consuetudinario, su campo de aplicación y su contenido, dichos principios (tal como han sido definidos por la jurisprudencia y por la doctrina, dado que el art. 38 los menciona globalmente, sin enumerarlos), se insertan en este derecho económico común que conforma, precisamente, la *lex mercatoria*, y en verdad, la dominan»⁶⁶.

En apoyo de su tesis, invoca Goldman⁶⁷ el contenido de los principios generales de derecho clasificados por los publicistas⁶⁸ en tres categorías.

⁶⁴ Vid. GOLDMAN *La lex mercatoria dans les contrats...* cit. («Clunet») pág. 487.

⁶⁵ Cfr. GOLDMAN, *ibidem*.

⁶⁶ Cfr. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats...* cit. («Clunet») pág. 488.

⁶⁷ Cfr. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats...* cit. («Clunet») pág. 489.

⁶⁸ El citado autor se fundamenta en ROUSSEAU, *Droit International public*, Tomo I, París, Sirey, págs. 379-389.

- 1.^a) La primera es la compuesta por las reglas de derecho relativas a las obligaciones contractuales o cuasi contractuales, y en ella se insertan principios relativos al nacimiento de las obligaciones (enriquecimiento sin causa, o gestión de negocios); principios relativos a su ejecución (*pacta sunt servanda*, o el interés moratorio); principios relativos al ejercicio de los derechos (abuso de derecho), al respeto a los derechos adquiridos, y a la extinción de las obligaciones (el controvertido principio de la prescripción liberatoria).
- 2.^a) La segunda categoría contiene las reglas extraídas de las obligaciones delictuales o cuasi delictuales, que imponen la obligación de reparación del perjuicio causado así como el discutido principio de la medida de la reparación, es decir, si la reparación incluye el *lucrum cessans*.
- 3.^a) La tercera categoría incluye las reglas procedimentales relativas a la cosa juzgada, el régimen de la prueba y el principio de interdicción del *venire contra factum proprium (estoppel)*. Y concluye que es claro que, al referirse a los «principios generales de derecho» o a los «principios de derecho internacional», las partes del contrato internacional entienden someterse, precisamente, a las reglas y principios contenidos en las diversas categorías aludidas. Por tanto, las partes, que entienden someterse a estos principios, los consideran como conformadores de un sistema jurídico propio, la *lex mercatoria*.

Por su parte, de forma más concisa, Schmitthoff⁶⁹ expone que, al haber adquirido la *lex mercatoria* un carácter de sistema legal autónomo en los últimos años, es forzoso reconocer que ha dado lugar a la de-

⁶⁹ Cfr. SCHMITTHOFF, *International trade usages...* cit. pág. 47. El autor incluye una serie de sentencias dictadas por tribunales austríacos, italianos, británicos y franceses, en las que se ha aceptado que las partes y los árbitros se sometan o apliquen la *lex mercatoria*, en cuanto sistema legal autónomo, cuando se trata de determinar la ley de aplicación al contrato. Asimismo, el citado autor examina la relación entre arbitraje y creación de principios jurídicos en «Extrajudicial Dispute Settlement», en *Forum internationale*, Kluwer, Lecture n.º 6, mayo 1985; en el mismo sentido se pronuncia LANDO, «The *lex mercatoria* in international commercial arbitration», en *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, vol. 34, págs. 747 y sigs.; por su parte, LALIVE, en la conferencia pronunciada ante el ICCA, New York Conference, 1986, titulada *Transnational (or truly international) Public Policy and International Arbitration*, afirmó que «There is little doubt that a number of essential principles of the international law of arbitration have acquired the character, or the “dignity” of general principles of the law of international trade; arbitrators no longer hesitate to apply them as a common law (and the terminology they use appears of little relevance, e.g. a substantive private international law common to several States or common to both international law and the private international law of the State, or *lex mercatoria*, etc.)».

finición de determinadas reglas o principios de derecho, entre los que destaca:

«The first is the principle that merchants in their international dealings shall observe the demands of *good faith*. Secondly, the principle that contracts have to be performed unless there is a valid excuse for non-performance (*pacta sunt servanda*) is a clear rule of the *lex mercatoria*. Thirdly, the rules of interpretation *ut res magis valeat quam pereat* and *contra preferentem* fall into this category. Fourthly, the rule of *venire contra factum proprium* (estoppel) has to be mentioned. Fifthly, there may be a principle of equilibrium of reciprocal undertakings».

Los principios generales de la contratación internacional supondrían, de este modo, una defensa de las relaciones internacionales frente a cualquier irrupción, aun residual, de los derechos internos⁷⁰. Dichos principios constituirían una realidad normativa, emanación directa y autónoma de los contratos sometidos al Derecho del comercio internacional, y creación de la práctica universal. Asimismo, una vez fijados, definidos y establecidos, contribuirían a la autonomía del derecho del comercio internacional frente a los sistemas estatales. Estos principios, así concebidos, poseerían una considerable importancia dogmática y un decisivo papel en orden al aseguramiento de una aplicación autónoma del Derecho del comercio internacional.

Los principios generales de la contratación comercial internacional y sus funciones en la actualidad puede considerarse son ya una incipiente realidad, que dispone de un definido perfil tras la publicación por el UNIDROIT, en 1995, de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, tras la ardua tarea de su identificación, recopilación y formulación escrita que ha permitido la fijación de las condiciones de su utilización por contratantes y árbitros, así como por los tribunales internos⁷¹.

B) El arbitraje internacional y la autonomía del Derecho del Comercio Internacional

Realmente, las diferentes y encontradas posiciones doctrinales acerca de la propia concepción de la *lex mercatoria* y del papel del arbitraje internacional en su configuración son la consecuencia de las dis-

⁷⁰ Es la afirmación de GOLDSTAJN, *Commercial usages as the source of the law of international trade...* cit. pág. 395; en el mismo sentido, ILLESCAS ORTIZ, art. cit. pág. 84.

⁷¹ UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 1995.

crepancias en lo tocante a la aceptación de la pretendida autonomía del derecho del comercio internacional, la cual convertiría a éste en una disciplina jurídica ajena al poder normativo de los Estados⁷². Siempre se ha afirmado la autonomía de la *lex mercatoria* y del derecho del comercio internacional como rasgo esencial de una y de otro. Sin embargo, el significado y alcance de dicha autonomía no han sido precisados por los distintos pronunciamientos doctrinales, aun cuando puede entenderse como su cualidad para existir y desarrollarse al margen de los Estados, al amparo exclusivamente de la fuerza generadora desplegada por la sociedad civil y económica universal. La fundamentación de tal autonomía reposaría sobre dos consideraciones.

En primer lugar, la constante creación de normas por los operadores, organizaciones internacionales privadas o interestatales, y que constituyen el núcleo del derecho del comercio internacional. Esta actividad creadora podría decirse ha encontrado un punto de culminación en la redacción por el UNIDROIT de los *Principios Generales* antes mencionados.

Frente a tal actividad creadora, es necesario tomar en consideración, en lo tocante a la apreciación de la autonomía del derecho del comercio internacional, que los Estados son también creadores del Derecho del comercio internacional, en cuyo seno conviven normas de producción particular con normas de producción estatal. La realidad contemplada es el elemento de relevancia mayor en la definición y sistematización de una rama jurídica, frente a un criterio parcial constituido por la peculiaridad de las fuentes. No es el sistema de fuentes lo que caracteriza a una disciplina, sino la materia cuya regulación pretenden las normas producidas por sus creadores, fueren éstos los Estados o la *societas mercatorum* y sus agentes, o unos y otros conjuntamente⁷³. Esta consideración acerca de las formas de producción del Derecho del comercio internacional, en la que participan los Estados y la *societas mercatorum*, hace que su autonomía

⁷² Son escasos los pronunciamientos de la doctrina española al respecto, y los que se han producido parecen ser hostiles a tal posibilidad. Señaladamente, *vid.* GONDRA ROMERO, art. cit. págs. 35-37; en particular, DE CASTRO Y BRAVO, «El arbitraje y la nueva “lex mercatoria”», en *Anuario de Derecho Civil*, 1979, fascículo IV, págs. 619-725.

⁷³ *Vid.* la exposición de GOLDMAN, *Frontieres du droit...* cit. págs. 180 y sigs. Por su parte, ILLESCAS ORTIZ, art. cit. pág. 80, afirma, asimismo, que es la realidad regulada lo que debe primar a efectos definitorios y sistematizadores, de acuerdo con la dogmática jurídica moderna preconiza. Dicho criterio se apoya, por lo que al Derecho español se refiere, en los artículos 1 del Código civil y 2 del Código de comercio, que dan testimonio de la validez del criterio definitorio material y de la invalidez del criterio del origen de las normas.

sólo pueda afirmarse de modo relativo, pues tal dualidad no parece ser fundamento suficiente para la autonomía del Derecho del comercio internacional.

En segundo lugar, la autonomía se fundamentaría en la aplicación del indicado conjunto de reglas por los tribunales arbitrales a los que recurren los participantes en las relaciones mercantiles internacionales al objeto de excluir la intervención de los tribunales internos en la resolución de sus diferencias. En cuanto a esta segunda consideración, la aplicación directa de los usos por los árbitros al caso de que se trate encuentra un respaldo internacional. Las organizaciones internacionales vienen respaldando el poder normativo de los usos de comercio mediante instrumentos internacionales de diversa naturaleza. Asimismo, invitan a las partes de los contratos mercantiles internacionales a que reconozcan dicho poder normativo de los usos de comercio, y a que atribuyan a los árbitros facultades para que tomen en consideración los usos aplicables al caso. Adicionalmente, se recomienda a los Estados que procedan a su reconocimiento. Algunos instrumentos llegan, incluso, a imponer la vigencia del uso de comercio con independencia de voluntad manifestada al respecto⁷⁴.

La relevancia del arbitraje como método de resolución de diferencias y su amplia difusión son obvias⁷⁵. La autonomía arbitral se acentúa

⁷⁴ Es lo dispuesto en el artículo 33, par. 3, del Reglamento de arbitraje de UNCITRAL Resolución 31/98 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1976, el cual, al pronunciarse sobre la ley aplicable, establece que «En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso». *Vid.* al respecto, *Reglamento de Arbitraje de CNUDMI*, Naciones Unidas, Nueva York, 1977, S.77.V.6.

La misma fórmula es utilizada por el art. 24, par. 4, de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, Resolución 40/72 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 11 de diciembre de 1985, Doc. A/40/17, anexo I.

A su vez, los instrumentos citados ponen de manifiesto un contenido altamente similar a otras reglas contenidas en otros instrumentos internacionales relativos al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales, vgr. Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, de 21 de abril de 1961, *BOE* de 4 de octubre de 1975.

La generalización de la fórmula transcrita y su difusión directa o indirecta mediante la referencia al Reglamento de arbitraje de UNCITRAL, asociada a la capacidad para generar usos de diversa categoría de la sociedad internacional de comerciantes, hace que quepa apreciar la existencia de un fundamento de la autonomía del Derecho del comercio internacional, pues tales nuevos usos, que se aplican por los árbitros directa y espontáneamente y cuya utilización no puede ser objeto de excepción por los tribunales nacionales, constituyen un apoyo relevante para la apreciación de la autonomía del Derecho del comercio internacional, acerca de la cual, probablemente, se pueda afirmar se encuentra en fase de expansión y consolidación.

⁷⁵ Reconociendo esta realidad, se ha señalado que los jueces estatales, por lo que a los conflictos comerciales se refiere, quedan relegados cada vez más a afrontar la inevitable

en los tiempos actuales como consecuencia de la repercusión creciente de los usos comerciales internacionales facilitada por las recopilaciones o codificaciones y se traduce en la aplicación directa de los usos. Por otra parte, se ha producido la aparición de los denominados principios generales de la contratación mercantil internacional, cuya observancia habría de ser vigilada también directamente por los árbitros. Tales factores acentúan la autonomía del Derecho del comercio internacional en lo relativo a su aplicación.

Sin embargo, se debe señalar que, si bien cabe detectar una considerable y creciente dosis de autonomía, la culminación final del proceso de aplicación arbitral de las normas que lo integran continúa dependiendo del auxilio estatal, que se revela como absolutamente imprescindible para la ejecución de los bienes con cargo a los cuales el deudor condenado debe ser compelido a la satisfacción de su deuda. Así, aun cuando la discrecionalidad de los Estados en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales haya disminuido en los últimos años y, aun cuando aquellos hayan adquirido compromisos para la eliminación de incertidumbres en la materia, la necesidad del reconocimiento estatal y la excepción de orden público acentúan la duda acerca de la autonomía del Derecho del comercio internacional.

Tomando en consideración tal conjunto de consideraciones, no parece pueda afirmarse actualmente, de modo categórico, la autonomía del derecho del comercio internacional. Incluso no cabe predicarla de la *lex mercatoria*, entendida en su sentido más restrictivo, es decir, integrada tan sólo por los usos internacionales y aplicada de modo exclusivo por árbitros. Tal afirmación tampoco puede ser hecha respecto de la acepción amplia de la *lex mercatoria* en la que cabe englobar el Derecho estatal convencional que regula aspectos jurídico-privados del comercio internacional mediante regulaciones uniformes.

Todo ello, sin embargo, no impide la afirmación de que el derecho del comercio internacional ha venido adquiriendo una especificidad que lo aleja y diferencia de los derechos internos. Por otra parte, las consideraciones anteriores no permiten fundamentar una posición negativa frente a la existencia de una sistemática de dicho derecho adecuada a la realidad efectiva de su objeto material. Por el contrario, todo ello aboga en favor del reconocimiento de una autonomía creciente del derecho del comercio internacional.

rutina de la ejecución del moroso recalcitrante o la represión del contumaz infractor de la ley nacional. Cfr. ILLESCAS ORTIZ, «Las mutaciones contemporáneas del derecho privado de la economía», en *Homenaje a Barrera Graf*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo II, 1989, págs. 949 y sigs.

3. *La contribución de los Estados y organizaciones internacionales*

Se ha venido haciendo referencia hasta ahora a un Derecho del comercio internacional únicamente emanado de los particulares, partícipes en las relaciones mercantiles internacionales. Sin embargo, también los Estados han contribuido de manera significativa al desarrollo del Derecho del comercio internacional, en particular en los últimos treinta años, con lo que tal disciplina jurídica se ha desarrollado y fortalecido, dando lugar, sin embargo, a una heterogeneidad que afecta a los orígenes y a la identidad formal de las normas conformadoras de aquél. Por su parte, algunas organizaciones internacionales interestatales, además de su labor preparatoria de tratados internacionales, producen textos meramente orientativos que carecen de todo poder obligacional cuyo impacto en la regulación de la realidad es, sin embargo, de todo punto innegable.

A) Los Tratados y Convenciones

Los Estados constituyen, y hay en ello una cierta paradoja teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, una de las primeras fuentes de producción de normas comerciales uniformes pues, en virtud de su poder convencional, dan cuerpo a instrumentos internacionales de derecho del comercio internacional aplicables a actos y operaciones realizados en su territorio o a empresarios cuyo establecimiento principal radique en el mismo. La forma de actuar de los Estados cuando se trata de crear un nuevo instrumento comercial internacional es igual a la observada para la promulgación de tratados destinados a la regulación de otros tipos de cuestiones⁷⁶.

Las convenciones y tratados internacionales constituyen las normas de mayor relevancia del Derecho del comercio internacional y, al mismo tiempo, las menos autónomas e independientes en su producción y aplicación. Al depender su establecimiento y vigencia de la voluntad de los Estados, nada deben a la sociedad global de mercaderes a la cual se le imponen. En la preparación de los tratados, los Estados actúan, en materia de Derecho del comercio internacional, bajo el impulso previo de las ya anteriormente mencionadas *formulating agencies*⁷⁷, organizaciones internacionales de diversa configuración jurídica que llevan a

⁷⁶ La Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados. Sus textos presentan la característica de ser declarados por sus redactores abiertos permanentemente a la adhesión ulterior de otros Estados.

⁷⁷ Cfr. *supra*, nota n.º 30.

cabo la preparación del proyecto de convención que posteriormente será firmado por los Estados⁷⁸.

Una característica significativa en alto grado que ostentan los tratados y convenciones dedicados al Derecho del comercio internacional es la decisiva relevancia otorgada a la voluntad de las partes en cuanto elemento determinante de la aplicación o inaplicación de la Convención de que se trate. De ello, constituyen ejemplos la Convención de Viena de 1980 y la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito stand-by, de 11 de diciembre de 1995. El primero de los citados instrumentos permite a las partes la total o parcial exclusión de la Convención de la regulación de su contrato⁷⁹. El segundo otorga aún mayor relevancia a la voluntad de las partes, de manera que puede resultar de aplicación en una relación entre nacionales o residentes de países no signatarios de la Convención. La voluntad de las partes puede hacer que la Convención (art. 1, par. 2), resulte de aplicación a una garantía a la cual la Convención no resultaría de aplicación en virtud de los criterios contenidos en la misma. En sentido opuesto, resulta significativa la cláusula denominada *opting out* del art. 1, según la cual las partes tienen la posibilidad de sustraer la totalidad de su operación al imperio y aplicación de la Convención⁸⁰, quedando el acuerdo entre las partes, en tal supuesto, sujeto al derecho interno de aplicación de acuerdo con los criterios conflictuales recogidos en los arts. 21 y 22. Correlativamente, el párrafo segundo del mismo art. 1 contempla la posibilidad de que las partes prefieran la sumisión a la Convención (*opting in*) de una garantía internacional que no

⁷⁸ En el campo mercantil internacional, dos son los organismos que generalmente llevan a cabo tales tareas preparatorias: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). El UNIDROIT divide sus tareas preparatorias de reglas uniformes entre las dos ramas del Derecho privado, civil y mercantil; creada en 1926 como órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones, fue reorganizada en 1940 como organización intergubernamental independiente compuesta por cincuenta y tres Estados miembros y con sede en Roma .

⁷⁹ Es lo dispuesto en el art. 6 de la Convención de Viena de 1980: «Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o... establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos». *Vid.* comentarios al respecto de DIEZ PICAZO (dir.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, cit. págs. 45-49; asimismo, AUDIT, *La vente commerciale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, cit. págs. 32 y sigs.

⁸⁰ Art. 1, párrafo 2.º, de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y créditos documentarios stand-by, de 11 de diciembre de 1995: «This Convention applies also to an international letter of credit not falling within art. 2 if it expressly states that it is subject to this Convention». Cfr. STOUFFLET, *La Convention des Nations Unies sur les garanties independantes et les lettres de credit stand-by, ...* cit. pág. 133.

constituye supuesto de garantía independiente o de carta de crédito *stand-by*⁸¹. A la inversa, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 1 (1) (b)...*unless the undertaking excludes the application of the convention*, la voluntad de las partes puede, igualmente, excluir la aplicación de la Convención a una garantía si ésta expresa tal deseo de las partes.

B) Las leyes modelo

Son las organizaciones internacionales interestatales las que preparan el texto de una ley modelo⁸² que, a continuación, es presentado a los Estados para su utilización por éstos cuando se trate de promulgar una ley interna, sin que quepa aplicar el mecanismo de ratificación aplicable a los instrumentos internacionales. Se trata de un mecanismo similar al contemplado en el artículo 100 del Tratado de Roma constitutivo de la CEE (directivas comunitarias), aun cuando con la diferencia esencial de que la incorporación de la ley modelo a su ordenamiento interno no resulta obligatoria para los Estados.

Las leyes modelo constituyen un instrumento indicador de las pautas a seguir en materia de uniformización del Derecho del comercio internacional. Los Estados gozan de una amplia libertad, pues son libres para adecuar su legislación nacional a la ley modelo. El Estado podrá adoptar como ley interna la ley modelo en su integridad o una o varias de sus partes, integrando el texto mediante soluciones internas o, podrá preferir la existencia de lagunas en su derecho interno respecto del tratamiento que la ley modelo hubiere dispensado a la materia en ella regulada. El legislador estatal podrá colmar las lagunas que hubiere detectado en la ley modelo promulgando normas nacionales más allá de las propuestas armonizadoras fijadas en el modelo. El tenor literal de la ley modelo no obliga al legislador nacional, quien podrá adecuar la redacción del texto uniformador a las peculiaridades de su derecho.

Este modo de operar de las leyes modelo se desprende de los textos mediante los que se produjo la aprobación y recomendación de las más caracterizadas de entre ellas y que forman parte importante del Derecho del comercio internacional. La UNCITRAL⁸³ ante la aprobación de

⁸¹ *Ibidem*, pág. 133.

⁸² Al respecto, *vid.* la exposición de GOODE, *Reflections on the harmonisation of commercial law*, cit. pág. 57; asimismo, SCHMITTHOFF se refiere en diversas ocasiones a la cuestión, en especial *The codification of the law of international trade*, cit. págs. 243 y sigs. e ILLESCAS ORTIZ, art. cit. págs. 76-78.

⁸³ Sesión de la UNCITRAL n.º 484, de 15 de mayo de 1992, en la que se aprobó la ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito, en *Informe de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 25.º*

la ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito, se permitió recomendar: «...que todos los Estados den la debida consideración a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre transferencias internacionales de crédito cuando sancionen o reformen sus leyes, habida cuenta de la necesidad contemporánea de uniformar el derecho aplicable a las transferencias internacionales de crédito»⁸⁴.

En tales condiciones, se habrá de concluir que la fuerza uniformadora de estos documentos parece reducida. Los Estados son soberanos y libres para decidir adoptarlos o no y, además, caso de una decisión favorable a la adopción o transposición nacional de una ley modelo, dicha adopción puede ser diferente en intensidad, extensión y tenor literal en los diferentes Estados.

C) Los principios generales para la regulación de la contratación comercial internacional

Los principios generales reguladores de la contratación comercial internacional y sus funciones son ya una realidad en los momentos actuales, y disponen de un definitivo perfil tras la publicación por UNIDROIT, en 1995, de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, texto concreto y único, a diferencia de los hasta ahora

período de sesiones, 4 a 22 de mayo de 1992, Asamblea General. Documentos Oficiales (Doc. A/47117), Naciones Unidas, Nueva York, 1992, págs. 21 y sigs. Como indicio de la evolución favorable de la opinión pública internacional acerca de los progresos del derecho del comercio internacional, se puede comparar el texto transcrito con el acordado en 1985 por la UNCITRAL, siete años antes, relativo a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, en el que se invitó a la Asamblea General de las Naciones Unidas a que «recomendase a los Estados que tuviesen en cuenta la ley modelo al promulgar o revisar sus leyes, a fin de satisfacer las necesidades existentes en materia de arbitraje comercial internacional», en *Comisión UNCITRAL, Anuario*, vol. XVI, 1985, Nueva York, págs. 42 y sigs. Por su parte, la Asamblea General se limitó a recomendar a los Estados «que examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del Derecho procesal arbitral...». (Resolución de la Asamblea General, 11 de diciembre de 1985), *ibidem*, págs. 51-52.

⁸⁴ Esta forma de operar de las leyes modelo fue respaldada por el Secretario General de Naciones Unidas, quien, con ocasión de la consideración del proyecto de una de las leyes modelo preparadas por UNCITRAL, indicó de modo literal que «el método de tipificar y mejorar las leyes nacionales... es el de una ley modelo. El texto... será recomendado... a todos los Estados para que lo incorporen a sus respectivas legislaciones». Cfr. Informe del Secretario General (Doc. A/CN.9/264), en *Anuario, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XVI, 1985, págs. 109 y sigs. Vid. GOLDSTAJN, *Reflections on the structure of the modern law of international trade*, cit. págs. 15-16.

mencionados que representan un tipo o grupo de textos. Su culminación ha supuesto una ardua tarea para su identificación, recopilación y formulación escrita, así como en orden a la fijación de las condiciones de su utilización por contratantes y árbitros, así como por los tribunales internos.

Su Preámbulo, dedicado a la enunciación del Propósito de los Principios, establece:

«Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los «principios generales del derecho», la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (*rule*) de derecho aplicable a dicho contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional».

El texto⁸⁵ contiene un amplio y completo catálogo de principios de índole contractual, que permite su comparación con la tradicional teoría del negocio jurídico de los ordenamientos internos, habiendo quedado excluidas, únicamente, aquellas cuestiones que hubieran podido entrañar demasiada cercanía a la concepción en materia de orden público. 1) Entre las Disposiciones Generales (Capítulo I), se recogen principios relativos a la libertad de contratación, libertad de forma, o la buena fe y

⁸⁵ Cfr. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, (UNIDROIT) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 1995. Al respecto, *vid.* INSTITUTE OF INTERNATIONAL BUSINESS AND PRACTICE, *UNIDROIT, Principles for International Commercial Contracts: a New Lex Mercatoria?*, Publicación CCI, n.º 490 /1, 1995; Bonell, *A New Approach to International Commercial Contracts: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer Law International, 1999; las colaboraciones de FARNSWORTH, BONELL, GARRO, LANDO, todas ellas en el número especial de *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 1995; asimismo, FONTAINE, *Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNIDROIT*, en *Rev. de droit international et de droit comparé*, 1991, págs. 23-40; GIARDINA, «Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux», en *Journal du Droit International*, 1995, págs. 547-558; en la doctrina española, MORÁN BOVIO (Coordinador) *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, 1998.

lealtad negocial. 2) Su Capítulo II está dedicado a la formación del contrato, e incluye principios relativos a la formulación de la oferta, su revocación, rechazo y aceptación; otros relativos a las condiciones a que pueda estar sujeto el contrato, y principios relativos a la utilización de cláusulas tipificadas. 3) La validez del contrato es contemplada en el Capítulo III, en el que se definen conceptos tales como el de error, dolo o error determinante, y se recogen principios definitorios del equilibrio contractual y de la desproporción de las prestaciones contractuales. 4) En el Capítulo IV se incluyen los principios relativos a la interpretación del contrato comercial internacional. 5) El Capítulo V contiene los principios dedicados al contenido del contrato, estableciendo los dedicados a las obligaciones expresas e implícitas, el principio de cooperación entre las partes, la obligación de resultado y los criterios para la determinación de la calidad de la prestación y la determinación del precio. 6) Los principios generales relativos al cumplimiento del contrato internacional están contenidos en el Capítulo VI, relativos al lugar y al momento del cumplimiento, pudiendo ser éste instantáneo o dilatado en el tiempo. Igualmente, se incluyen criterios para la apreciación de la excesiva onerosidad (*hardship*). 7) Por último, el Capítulo VII incluye los principios o criterios generales dedicados al incumplimiento del contrato, regulando lo relativo a su concepto general, su subsanación, plazos, cláusulas de exoneración y fuerza mayor. Asimismo, se contemplan el derecho a exigir el cumplimiento, el derecho a dar por terminado el contrato estableciendo lo relativo al incumplimiento anticipado, así como las garantías adecuadas de cumplimiento y el resarcimiento derivado de dicho incumplimiento⁸⁶.

D) Las guías jurídicas

Las guías jurídicas se elaboran con la finalidad de establecer un cuadro jurídico apropiado para que las partes en un contrato internacional fijen de común acuerdo el contenido obligacional del mismo. A diferencia de los anteriores instrumentos, las guías jurídicas no ofrecen a los contratantes un articulado preciso ni un conjunto de reglas objetivamente formuladas a las que someterse. Las guías contemplan las cuestiones y materias de mayor importancia sobre las que las partes han de

⁸⁶ Acerca del éxito que parecen haber experimentado los Principios, *vid.* BONELL, «The UNIDROIT Principles in Practice. The Experience of the First Two Years», en *Uniform Law Review*, 1997, págs. 34-45. El autor se hace eco del que parece ser gran respaldo dispensado por la doctrina, y hace referencia a una serie de laudos arbitrales y, muy en particular, de sentencias de los tribunales internos de una serie de países, tales como Alemania, Austria y Suiza.

conseguir un acuerdo y una solución convencional para dichos problemas desde una posición justa y equitativa, pudiendo contener propuestas de estipulaciones concretas⁸⁷.

Los contratantes deben expresar su voluntad relativa a cada una de las cuestiones relevantes y deben redactar la cláusula contractual adecuada a su voluntad, auxiliados por la guía. La guía ofrece un adecuado auxilio retórico y sustantivo a la hora de manifestar su voluntad y forma de expresarla. Las partes pueden optar por adoptar, como contenido de su contrato, el contenido en la guía. Igualmente, las partes pueden insertar cláusulas distintas a las contenidas en la guía, o no estipular nada sobre la materia en cuestión⁸⁸.

En este sentido, sirve de ejemplo la guía de UNCITRAL *Guide on drawing up contracts for large industrial works*⁸⁹, la cual se pronuncia precisando su valor jurídico, afirmando en su introducción que «la Guía no tiene valor normativo propio; trata simplemente de ayudar a las partes en la negociación y redacción de su contrato. Las diversas soluciones a las cuestiones examinadas en la Guía no regirán la relación entre las partes a menos que éstas convengan expresamente en esas soluciones y las estipulen en el contrato».

Las guías son instrumentos de escaso poder armonizador sobre el Derecho del comercio internacional, pues dependen de la voluntad de quienes participan en operaciones comerciales internacionales. Las recopilaciones y las condiciones generales dejan mayor libertad a los contratantes y aparecen como medios armonizadores más contundentes. Las guías jurídicas, por contra, requieren en su uso una constante determinación de la voluntad de los contratantes sobre cada una de las cuestiones en ellas contempladas y sobre la disciplina convencional aconsejada para cada una de aquéllas por el propio texto auxiliar.

⁸⁷ De entre ellas, son las más significativas: *Guide on drawing up contracts for large industrial works*, United Nations, New York, 1973, Documento, A/CN.9/SER.B/2, n.º E.73.II.E; *UNCITRAL Legal guide on electronic funds transfers*, Naciones Unidas, Nueva York, 1987, Documento A/CN.9/SER.B/1); *Guide for drawing up international contracts between parties associated for the purpose of executing a specific project*, United Nations, New York, 1979, n.º E.79.II.E.22; *Guide on drawing up international contracts on industrial cooperation*, United Nations, New York, 1976, n.º E.76.II.E.14.

⁸⁸ Al respecto, es de interés SCHMITTHOFF, *The unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions*, cit. especialmente págs. 197-198. El autor pone de relieve que la comunidad de comerciantes utiliza este mecanismo en actividades todavía carentes del necesario grado de uniformidad, de modo que no resulta adecuado proceder a la tipificación del contrato. Se aprecia una especie de gradación entre los diferentes mecanismos uniformizadores.

⁸⁹ «Guía jurídica de la UNCITRAL para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales», cit. traducción al castellano, cit. pág. 1.

IV. El contenido del Derecho del comercio internacional

Es siempre necesario, en relación con cualquier disciplina jurídica, definir y acotar su contenido de manera sistematizada. La cuestión resulta particularmente problemática en lo que se refiere al Derecho del comercio internacional en el que, de un lado, frecuentemente, se insertan normas ajenas a las características esenciales de aquél y, de otro, la apreciación de la diferente naturaleza de las normas que lo componen lleva a la negación de cualquier posibilidad de sistematización del mismo.

1. *Los caracteres del Derecho del comercio internacional y las normas que lo integran*

Las normas que integran el contenido del Derecho del comercio internacional, aun marcadas por la heterogeneidad de su forma externa y de su procedencia, persiguen como objetivo esencial, la consecución de una regulación uniforme para las relaciones contempladas y, por otra parte, resultan ser normas de inspiración exclusivamente privatista. De ello se sigue la imposibilidad de considerar como parte del Derecho del comercio internacional a las normas que integran los sistemas conflictuales, así como a aquellas normas, reconducibles al Derecho público, mediante las que los Estados organizan los intercambios comerciales internacionales.

A) La uniformidad reguladora pretendida: la exclusión del sistema conflictual como integrador del Derecho del comercio internacional

La uniformidad en el tratamiento jurídico a dispensar a las relaciones reguladas por el Derecho del comercio internacional es una aspiración esencial y constituye acusado rasgo diferenciador del mismo. Su objetivo consiste en establecer una regla única, de validez potencialmente universal, para disciplinar una conducta internacional, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o la situación de la cosa.

La uniformidad constituye aspiración y carácter consubstancial al Derecho del comercio internacional, pues las reglas que lo integran son uniformes en el momento de su formulación y necesitan de la uniformidad a la hora de su aplicación. Esta exigencia parece imprescindible al tratarse de reglas con una vigencia potencialmente global que han de ser aplicadas por tribunales de jurisdicciones diversas. La uniformidad es, pues, una aspiración que, ya desde su inicio, trata de satisfacer la norma

que integra el Derecho del comercio internacional, y es también un requisito a satisfacer en su aplicación universal. En atención a estas consideraciones, se suelen establecer en los propios instrumentos internacionales que constituyen el Derecho del comercio internacional disposiciones como la siguiente: «La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, dimanantes de ese contrato...»⁹⁰, precepto éste que pone de manifiesto el carácter material y uniforme de las reglas que integran la Convención a la que pertenece; o bien, «En la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación...»⁹¹, lo que pone de manifiesto el carácter de uniformidad que se pretende cuando se da cuerpo a normas que se integran en el Derecho del comercio internacional. El precedente medieval de uniformidad jurídica presente en la *lex mercatoria* ha gravitado siempre sobre la mente de los creadores del Derecho del comercio internacional.

El tratamiento jurídico uniforme buscado implica una innovación que se pone de manifiesto si se comparan sus resultados con los obtenidos mediante la aplicación de las técnicas conflictuales anteriores a la aparición del Derecho del comercio internacional. Dicha técnica anterior, con la que convive⁹², es una técnica de solución de controversias,

⁹⁰ Art. 4 «Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», hecha en Viena el 11 de abril de 1980, BOE de 30 de enero de 1991: «La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato».

⁹¹ Art. 7 (I) de la Convención de Viena de 1980. Igualmente, art. 6 (1) de la Convención de UNIDROIT, Ottawa, 28 de mayo de 1988 y art. 4 (1) Convención de UNIDROIT sobre *factoring*, Ottawa, 28 de mayo de 1988. El citado precepto reza: «Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de...son caractere international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application». El mismo pronunciamiento se contiene en el art. 14 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional, Viena, 19 de abril de 1991.

⁹² De ello discrepa FERNÁNDEZ ROZAS, «Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», cit. págs. 5227 y sigs. Igualmente FERNÁNDEZ ROZAS (editor), «Derecho del comercio internacional», cit. que incluye normas de conflicto como integrantes del derecho del comercio internacional; este planteamiento igualmente se separa de ESPINAR VICENTE, «Notas para una reflexión sobre las enseñanzas del Derecho mercantil internacional», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1996, págs. 321-338, trabajo en el que el autor entremezcla derecho uniforme y sistema conflictual; por su parte, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1993, incluyen temas de derecho comunitario europeo. Vid. ILLESCAS ORTIZ, art. cit. págs. 45-47. La convivencia entre el derecho uniforme y el sistema conflictual perdurará. De una parte, la consideración histórica del sistema conflictual como sistema ordinario de solución de controversias

no de prevención de ellas, pues es un derecho que se basa en el sistema conflictual por contraposición al Derecho del comercio internacional. Frente a tal sistema, el Derecho del comercio internacional muestra una mejor adecuación a las necesidades del tráfico internacional, pues satisface la exigencia del conocimiento previo por las partes acerca del alcance de las obligaciones asumidas y de los derechos ostentados. Por otra parte, el Derecho del comercio internacional especifica anticipadamente la jurisdicción que lo ha de aplicar. En suma, es un derecho previsor, y no meramente resolutivo. Está compuesto por un conjunto de reglas sustantivas o materiales que establecen el régimen jurídico de las operaciones de comercio internacional sometidas al mismo. Es, por tanto, un sistema material y no adjetivo o formal, pues las normas que lo integran no remiten a otras disposiciones nacionales, sino que disciplinan directamente la materia contemplada.

No se opone a lo anterior el hecho de que diferentes textos integradores del Derecho del comercio internacional contengan, precisamente, criterios de índole conflictual⁹³. De un lado, los criterios conflictuales contenidos en el instrumento internacional pueden tener por objetivo proporcionar el tratamiento jurídico completo al contrato de que se trate en lo relativo a cuestiones reconducibles a la teoría general del negocio jurídico. De otro, la uniformidad, aun siendo objetivo irrenunciable, requerirá un proceso evolutivo expansivo de paulatina decantación hasta su imposición definitiva. Sistema conflictual y Derecho del comercio internacional responden, en suma, a objetivos y orientaciones de fondo contrapuestos.

B) El carácter privado de las normas que integran el Derecho del comercio internacional: la exclusión de las normas de Derecho público reguladoras del tráfico económico

La actividad del comercio internacional es también afectada por normas de Derecho público⁹⁴, constituido por los acuerdos y conven-

internacionales; de otra, el derecho uniforme se construye con lentitud, por la propia naturaleza y condición de sus fuentes. Además, el derecho uniforme es parcial y carece de normas generales. Por otra parte, el sistema de normas de conflicto crece en virtud de articulares intervenciones legislativas: vgr. Ley de 8 de octubre de 1980 sobre el contrato de seguro contiene unas «Normas de Derecho Internacional Privado», arts. 107-109, de resultas de la ley de 19 de diciembre de 1990, para adaptar el derecho español a la Directiva 88/357/CEE.

⁹³ Así sucede, vgr., con los arts. 21 y 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y créditos documentarios *stand-by*, de 11 de diciembre de 1995.

⁹⁴ El comercio internacional se encuentra sometido generalmente a dos órdenes netamente diferenciadas de normas jurídicas. En primer término, existen unas normas de carác-

ciones entre los diferentes Estados, en cuya virtud las mercancías circulan entre ellos con plena libertad o con determinadas restricciones cuantitativas o arancelarias, lo que asimismo sucede respecto de la prestación de servicios internacionales y de la circulación de capitales entre los diferentes Estados. El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) constituye el núcleo del Derecho público del comercio internacional⁹⁵, el cual contiene, especialmente en materia de servicios y capitales, una multitud de acuerdos bilaterales entre los Estados destinados a permitir flujos recíprocos y a fijar las cuantías y condiciones de dichos flujos.

Este Derecho público del comercio internacional no forma parte del Derecho del comercio internacional. Las normas que integran tal disciplina tienen un objetivo más limitado y no aspiran a regular la soberanía económica de los Estados. Tales normas pretenden que los Estados permitan la regulación de la actividad internacional de sus ciudadanos, personas físicas o jurídicas. Se trata, pues, de un orden jurídico-privado que se limita a disciplinar las relaciones entre los individuos que, en el marco de los flujos comerciales establecidos por los Estados mediante normas de Derecho público, celebran contratos con ánimo de participar en la circulación de bienes, servicios y capitales que dichos flujos generan o permiten. Por tanto, el Derecho del comercio internacional se compone de normas que regulan las relaciones mercantiles internacionales entre partes privadas, y no guarda relación con el ejercicio de los poderes soberanos por parte de los Estados. En consecuencia, cuestiones relativas al régimen aduanero, tipos de cambio, flujos monetarios y comerciales, balance de cuentas públicas, son cuestiones, entre otras, sobre las que el Derecho del comercio internacional no ejerce ningún efecto.

Frente a ello, se debe poner de relieve la calidad iusprivatista del Derecho del comercio internacional, ajeno por tanto al Derecho públi-

ter jurídico público, en sentido estricto, conforme a las cuales los poderes públicos trazan el marco regulador de la actividad de los particulares. En segundo lugar, existen normas que disciplinan la actuación libre de los particulares que operan en el mismo. Aun cuando los criterios para establecer la conceptualización de unas y otras normas son numerosos y la frontera entre ambos géneros de disposiciones oscuras e imprecisas, se suele denominar a las primeras aludidas como integrantes del Derecho público y a las segundas como componentes del Derecho privado. *Vid.* ORTIZ ARCE (Coordinador), *Legislación comercial internacional*, Tecnos, Madrid, 1997. A pesar del título indicado, bajo el mismo el citado volumen contiene el derecho público del comercio internacional.

⁹⁵ Es muy amplia la literatura sobre el GATT y otros organismos internacionales encargados de la cuantificación y liberalización económica del comercio internacional. Al respecto, pueden verse FERNÁNDEZ ROZAS (editor) *Derecho del comercio internacional* cit. págs. 53-79; de forma más especializada, AVILA, URRUTIA y DÍAZ MIER, *Regulación del comercio internacional tras la Ronda Uruguay*, Madrid, Tecnos, 1994.

co. Tal carácter aparece en algunos de los instrumentos internacionales ya mencionados, tal como el artículo 4, par. 1, de la Convención de Viena de 1980⁹⁶, que regula la formación del contrato y de los derechos y obligaciones del vendedor como objeto de la Convención, con lo que es claro que no pretende la regulación de aspectos de la cosa vendida ni lo relativo a los medios para el abono del precio, puesto que ello se regirá por las disposiciones de carácter público vigentes en el lugar de entrega de la mercancía o en el lugar de pago del precio. El carácter privado queda puesto de manifiesto igualmente en otros textos del Derecho del comercio internacional: «Ninguna de las disposiciones de la presente Convención impedirá a los Estados contratantes aplicar los reglamentos sobre control de cambios vigentes en sus territorios, y sus disposiciones relativas a la protección de su moneda, incluidos los reglamentos aplicables en virtud de acuerdos internacionales de los que sean partes»⁹⁷.

2. *La sistematización del Derecho del comercio internacional*

Se puede intentar la construcción de una sistemática del Derecho del comercio internacional adecuada a la realidad efectiva de su objeto material, es decir, el mencionado comercio internacional. La admisibilidad de la sistematización del Derecho del comercio internacional no ha sido aceptada hasta ahora, pues la doctrina ha negado generalmente la existencia de un sistema. La adjetivación de las normas que integran el Derecho uniforme como reglas «lagunares» o «contradictorias», la afirmación acerca de la carencia de sistema, o su carácter incompleto⁹⁸, la utilización de otras expresiones tales como *unsystematic, complex and multiform*⁹⁹, todo ello pone de relieve la percepción de la doctrina de los diversos países contraria a la posible índole sistemática del Derecho del comercio internacional. Ello se ha debido a la dificultad ini-

⁹⁶ Art. 4 «Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», cfr. *supra*, nota n.º 86.

⁹⁷ Art. 76, par. 1, de la Convención sobre letras de cambio y pagarés internacionales, Nueva York, 9 de diciembre de 1988, establece las consecuencias que se derivan de una norma de derecho público reguladora de la materia monetaria sobre la obligación de pago del aceptante de la letra de cambio internacional. Por su parte, el art. 54 de la Convención de Viena de 1980 establece que «La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible su pago». Se trata de normas que no interfieren en las normas estatales en materia de control de cambios.

⁹⁸ Cfr. GONDRA, art. cit. pág. 23

⁹⁹ Cfr. SCHMITTHOFF, *The Unification of the Law of International Trade*, cit. pág. 212.

cial del análisis de las reglas uniformes, pues estas reglas van apareciendo poco a poco, poseen procedencias dispares y se someten a formulaciones de diversa naturaleza¹⁰⁰.

Sin embargo, transcurridos estos últimos años, no puede mantenerse tal conclusión. La evolución del Derecho del comercio internacional debe ser comparada con la evolución que los intercambios internacionales han experimentado en las dos pasadas décadas. Por ello, puede afirmarse que, hoy en día, el panorama que ofrecen las normas que integran el Derecho del comercio internacional no es tan asistemático ni tan incompleto. Por el contrario, se encuentra integrado en la actualidad por un conjunto de reglas que, a pesar de su variada naturaleza, cubren buena parte de las realidades y exigencias materiales que el comercio internacional plantea. Asimismo, los intercambios internacionales de bienes y servicios disponen de regulaciones derivadas de convenios de amplia aceptación y, alrededor de unas y otros, una tupida red de disposiciones diversas regulan facetas accesorias y complementarias.

Aun así, se impone el reconocimiento de que el Derecho del comercio internacional no es una disciplina jurídica absolutamente decantada, sino afectada de provisionalidad y de ciertos grados de debilidad. La provisionalidad se manifiesta en que determinadas normas integradoras de aquél se encuentran aún inmersas en el proceso de aceptación de las mismas con lo que no ostentan vigencia. Algunas de estas disposiciones han sido aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, si bien, dado el insuficiente número de ratificaciones recibidas hasta el momento presente, no se encuentran todavía en vigor, mientras que otras sólo han recibido hasta el momento firmas sin haber recibido ratificación alguna; otras son aún meros proyectos¹⁰¹.

¹⁰⁰ Vid. ILLESCAS ORTIZ, art. cit. pág. 88. Una visión y un juicio acerca de tal conjunto normativo, llevada a cabo hace veinte años, no podía arrojar otra conclusión sino la que los autores han formulado.

¹⁰¹ Sin embargo, la propia existencia de estos últimos demuestra la virtualidad de un sistema jurídico lo suficientemente elaborado como para detectar las necesidades de la realidad disciplinada, comprobar las lagunas normativas existentes y organizar el procedimiento de satisfacción de aquéllas mediante el colmo de éstas. El Derecho del comercio internacional se resiente, precisamente, de la debilidad que su carácter internacional conlleva. La ratificación de las normas convencionales que lo integran depende de la voluntad legislativa de los Estados, dotados de una soberanía sometida al embate de la interdependencia y la integración regional, con lo que la difusión geográfica del Derecho del comercio internacional se encuentra condicionada. Por otra parte, en lo que se refiere a las normas consuetudinarias y de inferior rango que lo integran, la excepción de orden público ya aludida constituye siempre un obstáculo jurídico que la regla jurídica uniforme ha de sortear en la mayoría de los casos. Cfr. GOLDSTAJN, *Reflections on the Structure of the Modern Law of International Trade*, cit. págs. 17 y sigs.

A pesar de ello, se puede considerar la existencia en la actualidad del Derecho del comercio internacional y la posibilidad de su sistematización¹⁰², fundamentada, en una primera consideración, en la apreciación de la circulación internacional de bienes y servicios cuyo núcleo está constituido por el contrato de compraventa. Junto a la regulación a propósito de este último, coexisten normas sobre la financiación de la cosa vendida o suministrada; a continuación, dado el carácter internacional de la relación principal, el transporte internacional ocupa el lugar siguiente en cuanto actividad asociada a la entrega de la cosa; por otra parte, el pago del precio, sus instrumentos y sus garantías suponen la contraprestación a la entrega, por lo que tal índole de problemas compone el capítulo siguiente de la sistemática; por último, la solución de controversias mediante el recurso a los tribunales arbitrales constituye el elemento final del sistema del Derecho del comercio internacional.

En cada grupo se integran normas uniformes diversas, emanadas de distintas fuentes, dotadas de diferente naturaleza y en fase evolutiva, contempladas desde una perspectiva universal, pero ello no impide que pueda intentarse su sistematización.

1.º) El primer cuerpo de normas es el dedicado a la promulgación de principios generales, de índole teórica básica, para la regulación del conjunto de la contratación internacional, compuesto por los Principios Generales reguladores de la Contratación Internacional (UNIDROIT, 1995).

2.º) El segundo es el compuesto por las normas dedicadas al contrato internacional de compraventa, en cuanto contrato paradigmático de las relaciones mercantiles internacionales, así como las normas reguladoras de otros contratos afines.

A) En primer lugar, la Convención de Viena de 1980, que resulta complementada 1.º) por los *Incoterms* 2000, relativos a las mo-

¹⁰² La sistematización que sigue está inspirada en dos trabajos de SCHMITTHOFF, «The unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions» cit. y «The law of international trade» cit., ambos en *Select Essays* cit., respectivamente págs. 188-205 y 219-230. Asimismo, se inspira en buena medida, aunque no completamente, en la clasificación hecha por GOODE, «Reflections on the harmonisation of commercial law», en *Revue de Droit Uniforme - Uniform Law Revue*, 1991, I, págs. 54 y sigs. pues el citado autor da cabida a normas de derecho comunitario europeo, que no forman parte, por regionales, del derecho del comercio internacional. Se ha tenido en cuenta, igualmente, la clasificación de GOLDSTAJN, *Reflections on the structure of the modern law of international trade*, cit. pág. 16. En los citados autores se encuentra asimismo inspirada la sistematización de ILLESCAS ORTIZ, art. cit., págs. 90-91.

dalidades de entrega, y 2.º) por la Convención sobre la Prescripción de 1974.

- B) La regulación uniforme de otros contratos internacionales similares o afines, entre los que se deben tener en cuenta la construcción de plantas industriales y su Guía Jurídica de UNCITRAL; el denominado comercio compensatorio internacional y su Guía Jurídica de UNCITRAL, así como los contratos con entes públicos.

3.º) El tercer grupo de normas es el dedicado a la financiación del comercio internacional, entre las que cabe hacer mención de:

- A) La Convención de Naciones Unidas de 1988 sobre letras de Cambio internacionales y pagarés internacionales, Nueva York, 1988;
- B) La Convención de UNIDROIT de 1988 sobre *leasing* internacional.
- C) La Convención de UNIDROIT de 1988 sobre *factoring* internacional.

4.º) El cuarto grupo es el relativo a la regulación del transporte internacional de mercancías:

- A) El transporte marítimo: el Convenio de Bruselas, de 1924, y las Reglas de Hamburgo, 1978.
- B) El transporte aéreo: el Convenio de Varsovia de 1929 y sus epígonos.
- C) El transporte multimodal y la Convención de 1980.
- D) Las terminales de transporte y su responsabilidad internacional. La Convención de Viena de 1991.

5.º) El quinto grupo se refiere al pago de las transacciones internacionales y a las garantías prestadas a propósito de las mismas.

- A) Los créditos documentarios (RUU).
- B) El pago por medios electrónicos: guía jurídica y ley modelo de UNCITRAL.
- C) Las garantías a primera demanda y sus diversas modalidades: las Reglas Uniformes de la CCI y la Convención de UNCITRAL.

6.º) El sexto y último grupo contempla la solución de controversias:

- A) El arbitraje comercial internacional, materia en la que son de destacar: la Convención de Nueva York de 1974; la Convención

de Ginebra de 1961; la Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional y el reglamento de arbitraje de UNCITRAL.

- B) La conciliación comercial internacional: el Reglamento de conciliación de UNCITRAL.

V. Derecho internacional privado y Derecho del comercio internacional

La criticada insuficiencia del sistema conflictual para la regulación de las relaciones mercantiles internacionales y la eclosión del Derecho del comercio internacional pueden ser utilizadas para fundamentar una crítica contra el derecho internacional privado. Por el contrario, ponen de manifiesto una nueva concepción del derecho internacional privado, que no puede ser entendido como sinónimo de sistema conflictual.

Es forzoso reconocer la existencia de concepciones diferentes acerca del derecho internacional privado. Resultan unas ser más restringidas, en especial la sostenida por el derecho alemán y por el derecho italiano, si bien esta última no es tan restringida como la primera; otras le otorgan un alcance más amplio, entre las que destaca la sostenida por la doctrina francesa que ejerce influencia destacada sobre un amplio sector de las doctrinas de distintos países europeos y que, asimismo, recibe un respaldo mayoritario de la doctrina española. En su calidad de exponentes distinguidos de la doctrina francesa, definen Batiffol y Lagarde el objeto del derecho internacional privado como *l'ensemble des règles applicables aux seules personnes privées dans les relations de la société internationale*¹⁰³.

En aplicación de tal concepción, pone de relieve Batiffol, a propósito de las relaciones mercantiles internacionales, la paradoja de que el derecho internacional privado se ha desarrollado en mucha mayor medida en lo relativo a los problemas de familia y de los bienes que en lo relativo a las relaciones mercantiles. Ello se debe a un interés demasiado exclusivo por un modo determinado de regulación de las relaciones privadas internacionales, cual es el sistema conflictual. En lógica consecuencia de lo anterior, prosigue el citado autor, las relaciones mercantiles, que han existido siempre, no han sido suficientemente consideradas por los internacionalistas de derecho privado, incluso en

¹⁰³ Vid. BATIFFOL y LAGARDE, *Droit International Privé*, LGDJ, París, 8.ª edición, pág. 17; en igual sentido AUDIT, *Droit International Privé*, París, Economica, págs. 14 y sigs. defiende, asimismo, una concepción amplia (*élargie*) al respecto.

aquellos países que no identifican el derecho internacional privado con los conflictos de leyes¹⁰⁴.

Esta concepción amplia acerca del Derecho Internacional Privado es la que asimismo parece obtener un mayor respaldo en el ámbito de la doctrina española¹⁰⁵. Siguiendo la exposición de Aguilar Navarro, pone de relieve Carrillo Salcedo la conexión real y sociológica que existe entre los problemas incluidos dentro del objeto del Derecho internacional privado, pese a la heterogeneidad igualmente apreciable entre los mismos, «en cuanto todos ellos responden al fundamento mismo y a la razón de ser del Derecho internacional privado, cual es el problema que crea la presencia del hombre y de su vocación ecuménica en un mundo parcelado política y jurídicamente». De forma similar, González Campos, cuya posición es seguida por Pérez Vera, justifica la concepción amplia por la unidad finalista de los temas tratados para la adecuada reglamentación del tráfico externo, así como desde una consideración «estructural» del Derecho internacional privado «como conjunto de respuestas jurídicas a las situaciones privadas internacionales, que exige tener en cuenta las relaciones y condicionamientos existentes entre las diferentes materias».

De manera determinante, Carrillo Salcedo concluye su razonamiento con la afirmación de que «...el Derecho internacional privado ya no puede quedar reducido e identificado con el conflicto de leyes»¹⁰⁶. La alteración o ampliación metodológicas deben resultar irrelevantes frente a la inalteración del objeto material del Derecho internacional privado, es decir, la regulación de las situaciones y relaciones caracterizadas por su internacionalidad. El cometido o la función del Derecho internacional privado siguen siendo los mismos, aun cuando servidos en la actualidad por una metodología de mayor espectro.

¹⁰⁴ Cfr. BATIFFOL, en su *Preface* a la obra de LOUSSOUARN y BREDIN, *Droit du Commerce International*, cit. pág.

¹⁰⁵ La concepción acerca del Derecho internacional privado y la definición de su objeto ha sido, y sigue siendo, cuestión permanentemente debatida por la doctrina. A favor de una concepción amplia de la citada disciplina se decantan abiertamente AGUILAR NAVARRO, en colaboración con GONZÁLEZ CAMPOS y AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Tomo 1, 3.ª edición, edit. Universidad de Madrid, 1970, pág. 28; CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 3.ª edición, Madrid, 1983, págs. 39-129, especialmente pág. 166; PÉREZ VERA (Dir), *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Madrid, UNED, 1998, pág. 25. Por el contrario, defienden una concepción restringida FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 77 a 87. Por su parte, se adhieren a una concepción intermedia CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, págs. 35 y sigs.

¹⁰⁶ Cfr. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado*, cit. pág. 166.

Si se acepta la concepción amplia acerca del derecho internacional privado, tal como la han definido los autores citados, el derecho del comercio internacional podrá considerarse forma parte de aquél, de manera que el derecho internacional privado no tendría como único o esencial componente la resolución de los conflictos de leyes y de jurisdicciones, sino que, junto a tal método «clínico» de solución de conflictos, en expresión de Schmitthoff¹⁰⁷, coexistiría este método preventivo de evitación de dichos conflictos¹⁰⁸.

Efectivamente, en la actualidad, el Derecho del comercio internacional, entre otras funciones, parece cumplir primordialmente con aquella de evitación de conflictos. Ello viene a representar un método preventivo que puede acabar por alcanzar el mismo rango que el método clínico de las soluciones conflictuales a través del tradicional sistema conflictual. Así, acabaría por producirse una nueva concepción del derecho internacional privado, pues, de un lado, incluiría un derecho substantivo (el derecho del comercio internacional equivalente a la evitación de conflictos) y, de otro, el sistema conflictual (principalmente para la solución de los conflictos relativos al estatuto personal). Desde un punto de vista histórico, así se cierra el círculo, pues los conflictos de leyes disminuyen en la medida en que crece y se desarrolla el Derecho del comercio internacional.

¹⁰⁷ Cfr. SCHMITTHOFF, *Conflict Avoidance in Practice and Theory*, pág. 429, del citado autor, al respecto *vid.* asimismo, *International Trade Law and Private International Law*, pág. 539; de la idea se hacen eco, en la doctrina española, GONDRA ROMERO, art. cit. pág. 16 e ILESCAS ORTIZ, art. cit. págs. 55 y sigs.

¹⁰⁸ La importancia concedida en la actualidad a la evitación de conflictos queda puesta de manifiesto en el simposium sobre *The Preventive Law of Conflicts*, en *Legal Contemporary Problems*, Duke University, 1956, págs. 427-605.

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD

Manuel María Zorrilla Ruiz
Catedrático de la Universidad de Deusto

1. Garantías jurídicas del derecho a la protección de la salud

La protección jurídica de la salud —plasmada en la generación de un Derecho objetivo que active el crecimiento de este *bien de amplio espectro* y alentador futuro— no se reduce al triunfalismo del *Estado de obras* que, cautivo de sus prejuicios típicos, heredó muchos de los objetivos tópicos del *Estado autoritario*. La eficiencia científica se invocó para justificar unos propósitos que, ajenos a esos fines de demostración, condicionaban la satisfacción de las nuevas necesidades de los grupos sociales. A la inercia —no todo lo fértil que era de desear— del Estado de obras, sucedió la idea de que el *Derecho protector de la salud* se explicaba en virtud del servicio al interés de las comunidades y —yendo más allá de las motivaciones inspiradas en el éxito de quién sabe qué filosofía política— encarnaba un compromiso predilecto del Estado social y democrático de Derecho y exigía el máximo de sus atenciones.

El nuevo sector del ordenamiento jurídico añade a la expresión social de los *derechos individuales clásicos* —como es, por excelencia, el derecho a la vida— otras variantes —tardías y de costosa aparición— que toman del *signo de los tiempos* su importancia y su legitimación sociopolítica. Resulta sintomático que, en éste y otros aspectos llamativos, los *derechos sociales* —de que es muestra emblemática el *derecho a la protección de la salud*— no sólo se caracterizan por el reconocimiento de las formas inéditas que los configuran, sino también porque, aunque su contenido esencial o núcleo inviolable pertenezca al de un *derecho individual* aceptado de antiguo, la demanda colectiva no se debe tanto a la conformidad con sus antecedentes históricos y su prosperidad actual, cuanto a la necesi-

dad de prevenir los atentados contra sus aspectos más vulnerables y polémicos.

Los modos de ejercicio del *derecho a la vida* —investido de la más respetable dignidad axiológica— se ligan a los que la sicología llama *actos reflejos* y expresivos de una *voluntad de vivir* que, las menos de las veces, se muestra activa y perceptible, y, las más de ellas, aparece como algo difuminado y extenso. Se trata de un derecho especialmente afectado por los ejercicios de experimentación científica, bélica y/o sanitaria, que, so pretexto de *productividad científica*, impone la crudeza de los intereses políticos y económicos. Fenómeno que, como los hechos acreditan, desencadena aberraciones éticas y excita a la multiplicación de sus excesos.

La *salud* —protegida por el sector del ordenamiento jurídico que descubre y hace circular sus normas rectoras— es un bien o valor defendido por organizaciones que —entregadas a promoverlo en dosis y ambientes de cantidad y calidad variables— escenifican el tránsito —descrito por la sociología moderna— de una *colectividad instintiva y espontánea* a una *comunidad reflexiva y consciente*. Los grupos en que, según el art. 9.2 CE, se integra el individuo, son portadores de intereses cuya realización colectiva oscila entre el *disfrute común* de los más acuciantes y el *goce selectivo* de los obedientes a necesidades concretas. Tras el mérito que los arts. 9.2 y 20.3 CE hacen del *pluralismo de la sociedad* y de lo *variopinto de sus estructuras*, el constituyente se refugia en el cap. 3.º, tít. I CE para redefinir los intereses colectivos que animan el compromiso —constante en la *cláusula transformadora y social*— de alcanzar la plenitud de la libertad e igualdad efectivas.

La composición de los grupos sociales que postulan la protección de la salud, debe adecuarse a la *dimensión antropocéntrica* del medio y de las circunstancias en que sus reivindicaciones se formulan. El individuo es parte de *comunidades intermedias* —a cuya movilidad y traza no son ajenas aquellas reacciones— con el fin de recrear los valores de su ser personal y no de deprimirlos. Así lo da a entender el énfasis con que cuida de pronunciarse el art. 9.2 CE. Se descartan los *objetivos maniqueos* que, simulando designios de falsa protección, se diseñan para servir a un proyecto de eficiencia científica o contrastar la productividad administrativa que antepone a la dignidad de la persona —es decir, a la precisión de que el sujeto reciba cuanto merece, y no más ni menos del contenido de este crédito— el reparto mecanicista de las prestaciones sanitarias.

Tal antropocentrismo —inexcusable para entender el derecho a la protección de la salud y los avances de su regulación jurídica— urge al constituyente por encima de las licencias que le otorga la *flexibilidad del decisionismo político*. No faltan conceptos jurídicos —relativamen-

te determinados—tolerantes con las manifestaciones del *pluralismo político* que —como subespecie de la libertad que, sumada a la igualdad, se sintetiza en la justicia— propugna el art. 1.1 CE. Ahora bien, la *vida en dignidad* —trasluz de la *cosmoeminencia* o dominio razonable de la persona humana sobre el resto de los seres, animados o no, que pueblan el mundo— se explica por la valiosa dimensión de los derechos que, incluido el relativo a la protección a la salud, se conectan mediante los arts. 10.1 y 43.1 CE. Esta rotunda reflexión prohíbe utilizar las normas de Derecho objetivo o ejercitar los derechos subjetivos en nombre de *intereses generales* cuyo parentesco con la *razón de Estado* o la *voluntad política* les destituye del sano concepto de *interés social*. Situación que se advierte en los estímulos que un grupo —notoriamente implantado en el interior de las realidades sociales y dotado de arraigo— ejerce cuando defiende solidariamente los derechos que convienen a la totalidad y la singularidad de sus miembros. El hecho de que, como rezan los arts. 28.2 y 37.2 CE, las prestaciones públicas de protección de la salud se denominen *servicios esenciales de la comunidad*, no deprime el significado de los valores personales y representa la *medida de apoyo* que enaltece el rango del derecho a la vida y la integridad física de la persona individual.

2. Particularidad sistemática del art. 43.1 CE

No puede tacharse de retórica la iniciativa con que el constituyente ha situado los contenidos del cap. 3.º, tít. I CE bajo la rúbrica *De los principios rectores de la política social y económica*. Esta opción sistemática no admite compartimentos estancos ni aspectos divisibles de una y otra política, sino que pertenece a un *discurso integrador* de materias participadas por ambas.

La expresión *política social* no conserva el alcance a que se ha recurrido para designar el servicio público atento a las necesidades de la *nueva clase* —el estamento de los trabajadores dependientes— cuya emergencia provocó, en la segunda mitad del siglo XIX, la disolución del utópico *monismo social* y la iniciación del proceso que desembocaría en el *pluralismo de la sociedad*. Los sistemas autoritarios patrocinaron un concepto de *política social* que enfrentaba lo atrevido de su compromiso —inédito hasta entonces— a una neutralidad que se consideraba censurable y perversa. Ni más ni menos que aquella con que, tras despenalizar la tutela de la paz productiva y acentuar su indiferencia social, el Estado de Derecho liberal burgués transfirió a los empleadores una carga —la de soportar, como uno de los riesgos de su aventu-

ra industrial, las consecuencias de la creciente conflictividad— cuyo ejercicio aceleró la *desocialización* de las relaciones de trabajo.

La política social europea —incorporada hoy al tít. XI VCTR— ha sido el resultado, muy parco en su voluntad superadora, de aproximar —es decir, de alinear, *marcando el paso*— las políticas sociales nacionales que, para mayor lastre de sus aspiraciones de progreso, se sustrajeron al control jurisdiccional en el marco de la suprallegalidad comunitaria.

El legislador constituyente confiere a la política social un amplio espectro que incluye *el derecho a la protección de la salud* de las personas físicas de las comunidades más diversas. Sorprende que un pasaje dedicado a la *formulación de principios* acoja, de modo extravagante, el *reconocimiento del derecho* que formula el art. 43.1 CE. El art. 44 CE registra una diversión semejante respecto al *derecho a la cultura*. Ciertamente que, si se atiende a la colocación del art. 35.1 CE bajo el rótulo *De los derechos y deberes de los ciudadanos*, los trabajadores dependientes forman un grupo significativo de la sociedad, pero, si la idea de política social se ciñe a dicho círculo, se está negando la existencia relevante de otros ámbitos en que, como el art. 9.2 CE ha señalado, figuran las *personas situadas* —giro de nuevo cuño existencial— y se ignora la complejidad del *tejido social* que —no menos acusadamente por el hecho de hacerlo de pasada— el art. 20.3 CE pone al descubierto. La *política social* es, desde esta atalaya, la racionalización de las medidas que los poderes públicos adoptan para promover la igualdad y la libertad —factores decisivos de la *posesión del bienestar*— de unos grupos sociales que, según el criterio empleado para definirlos, ordenan sus medios personales y reales a la mayor eficiencia de los fines que justifican su razón de ser. Han surgido merced a una *conciencia de identidad* que, percibida sin error, expande sus valores explícitos, intuye la necesidad de acciones colectivas y alcanza un grado de organización eficaz.

La política social también se asocia al *esfuerzo transformador* que elimina cuantos obstáculos frenen la libertad y pluralidad de los grupos, y no sólo del —más amplio y consistente— que la clase trabajadora compone. Las colectividades que abanderan demandas de protección de la salud, son acreedoras al tratamiento de una política social acorde con las aspiraciones que, en cada caso, manifiestan. Sin ser privativa de los trabajadores dependientes, esta suerte de protección les beneficia, dada su condición de *habitantes estadísticamente mayoritarios* de cada uno de los círculos a que la oferta del constituyente se dirige.

La política económica se acomoda a las pautas que —fijadas en el tít. VII CE— informan la acción de los poderes públicos competentes

para desarrollarla. Basta advertir cómo los arts. 128 a 131 CE sientan orientaciones —dependientes de la ductilidad del *decisionismo oficial*— que, ante la movilidad facilitada por el valor superior del pluralismo político en el art. 1.1 CE, permitan preferir criterios económicos dirigistas o liberalizadores. La opción se ha concentrado desde que, en virtud del principio de *primacía del Derecho Comunitario*, el signo peculiar de este ordenamiento —engrosado con la cesión de competencias que autoriza el art. 93 CE— proscribiera cualquier variante de *intervencionismo irrazonable* contra los básicos derechos de libertad de establecimiento y libre circulación de capitales.

¿Qué anuncia el rótulo elegido para encabezar el cap. 3.º, tít. I CE y dar en él entrada al *derecho a la protección de la salud*? No quiere decirse que una parte de los principios enunciados afecta a la política social y que la otra concierne a la política económica, ni tampoco pretende escindirse un cuerpo común en dos bloques de regulación. Se intenta construir una *ordenación unitaria e interaccionada* que haga suyas ambas cualidades.

Los criterios gramatical y sistemático de interpretación de ese pasaje constitucional muestran que las medidas anunciadas entonces y encomendadas a los poderes públicos, pertenecen —simultánea e indivisiblemente— a sendos marcos de la política social y la política económica. Mientras que el *contenido social* de los principios enunciados se desprende del tenor literal de sus proposiciones, el *impacto económico* —que no se ha explicitado— resulta de la inequívoca *intencionalidad nominativa* de su encabezamiento.

La prioridad otorgada por el constituyente a los objetivos sociales que acampan en el cap. 3.º, tít. I CE, depende —pues tal es la razón de que el mismo cuide de apropiarse el término *política económica*— del notable coste financiero de unos recursos materiales —destinados a satisfacer aquellos fines— cuya asignación y obtención no pueden soportar los impedimentos que se hacen valer comúnmente. No cabe oponer objeciones o trabas que, como las que invocan la reducción o redistribución del gasto público, se aferran a una orientación —la del *monetarismo a ultranza*— reñida con el sistema de valores que el art. 1.1 CE predica del Estado social y democrático de Derecho.

Las consignas del cap. 3.º, tít. I CE se encaminan a todo lo contrario de lo que aconsejarían las versiones de una tentativa de *interpretación económica del Derecho*. Ningún prejuicio material puede anteponerse a la urgencia de desarrollar —dentro de un plazo que no suscite el reproche de inconstitucionalidad por omisión— los principios allí formulados. La planificación programática del art. 53.3 CE veda los paliativos o disculpas que, justificando la mora legislativa, priven de la *dosis de le-*

galidad que el ordenamiento jurídico demanda para proteger los intereses de los ciudadanos que se aprovechan de ese desarrollo.

Tal es la conclusión acorde con los imperativos éticosociales que el constituyente ha observado al amparo del *bloque de moralidad legalizada* que canoniza el art. 1.1 CE. Su cumplimiento —incluida la visión del art. 43.1 CE y el resto de los principios que los arts. 45.1 y 51.1 CE conectan con el derecho a la protección a la salud— tiende a conseguir los óptimos frutos del avance de la *cláusula transformadora y social* del art. 9.2 CE. Importa la exigencia —moral y jurídica— de que ningún obstáculo de naturaleza económica entorpezca la consecución de sus fines. He ahí la grandeza y servidumbre del *espacio social* erigido por el constituyente para habitar la *tierra prometida* del porvenir solidario que augura. Ello, con preferencia a opciones que puedan *desocializar* el proyecto, pues la elasticidad del decisionismo político dificulta el control de otras soluciones que hipotequen la magnitud de esas finalidades.

La rotulación del cap. 3.º, tít. I CE carecería de sentido en otro caso, pues, aunque omite medidas específicas de política económica, el tenor de su rúbrica no es indiferente e inspira —de modo inmediato— el carácter de las determinaciones adoptadas para realizar sus principios. La justificación de que —pese al silencio de los arts. 39 a 52 CE sobre conceptos de política económica— sus directrices no se desentienden de este aspecto, se condice con la literalidad del cap. 3.º, tít. I CE, se explica por la voluntad presunta del constituyente y exige concluir que —si no se desvirtúa la etiqueta de su encabezamiento— el mensaje social de cada una de aquéllas obliga a las *acciones complementarias* de una política económica que no puede rehusar a las medidas de política social el auxilio que ésta espera y exige.

El razonamiento se predica, por derecho propio, de la regla que el art. 43.1 CE dedica al *derecho a la protección de la salud*.

El art. 9.2 CE obliga a los poderes públicos a remover las dificultades que frenan el proceso de liberación —pues así se cumplen las aspiraciones del cap. 3.º, tít. I CE— de los grupos sociales a que, en general, concierne su vasto proyecto, y, en particular, de los interesados en ver satisfechos de los derechos cuya perspectiva constitucional se considera.

3. Contenido esencial del derecho a la protección de la salud

Se usa del término *salud* para designar un concepto jurídico indeterminado cuya definición parece imprescindible. No se ignora lo enigmático de que —aun cuando el art. 43.1 CE extravaga del cap. 2.º, tít. I CE— el derecho a la protección de la salud conserve la apariencia de un crédito

del ciudadano frente al Estado o *derecho-facultad* que se encuentra bajo la rúbrica *De los principios rectores de la política social y económica*. Lo inevitable de su descripción y desarrollo normativos —recordados en el art. 53.3 CE a un legislador ordinario que no puede demorar indefinidamente el compromiso que le incumbe— enfrenta con las alternativas propuestas para describir un contenido esencial o acervo de intereses resistentes a cualesquiera acciones erosivas.

Una de esas teorías relaciona el léxico empleado —el término *salud* de que se sirve textualmente la legalidad fundamental— con el *meta-lenguaje* o idea familiar a que, para individualizar la noción, acuden los aplicadores del Derecho. El desarrollo positivo del principio constitucional hace comprensible el *perfil existencial* del tipo abstracto del derecho que, andando el tiempo, se asimila por la conciencia común y las intuiciones culturales. No es ésta la construcción más conveniente a la delicadeza del tema que se aborda, pues la evolución y las tensiones dialécticas de la definición de la salud, generan otras aspiraciones que animan los ensayos protectores del Derecho de la postmodernidad. Sin romper con el testimonio y los hallazgos del pasado, hay que reconocer lo módico y escueto de los postulados que se reconsideran. Reducir a esos límites lo que el art. 43.1 CE entiende por *salud*, es minimizar la dosis de interés legítimo que el modelo del derecho subjetivo ha de apropiarse para merecer la tutela del legislador. Ha de evitarse la disociación entre las condiciones internas de la sociedad democrática —que incluyen la búsqueda de una *existencia saludable*— y los ecos o disfunciones culturales a que hay que dar de lado para que, superando las insuficiencias del concepto de salud, se afronte con éxito su dimensión renovadora.

La otra vía de concretar el contenido esencial del derecho consiste en traer a la vista el bloque de intereses comúnmente aceptados como base del derecho constitucional cuyas manifestaciones se intenta averiguar. De ahí, que su vulneración se aprecie cuantas veces median restricciones que priven a la norma jurídica —definidora y/o continente del derecho— de *valor vital* o aptitud estadística para preservar sus rasgos de generalidad, desvinculen su mensaje de los intereses generales a que debe servir, reduzcan su eficacia más allá de lo razonable o dejen desarmado al derecho frente a las agresiones del medio en que ha de ejercitarse.

Aunque ambas vías se correlacionan y completan, queda en pie la cuestión de su validez metodológica para determinar el contenido esencial del derecho a la protección de la salud. La descripción que facilita la primera, ofrece los inconvenientes del empequeñecimiento conceptual y la escasa fuerza de significación. Cuando, sin prescindir de su contribución, se acude a la segunda con la confianza puesta en las reve-

laciones de los *signos de los tiempos*, las probabilidades de acierto de la operación emprendida se multiplican.

Si todo interés entraña una *apetencia por los bienes sensibles de la vida*, es obvio que los intereses garantizadores del derecho a la protección de la salud dependen de la voluntad y envergadura del proyecto deseado por la *sociedad democrática avanzada* que predice la dec. 5 Pr.CE. Sin asentir a una noción monolítica y cerrada de lo que representa este avance, se apuesta por la coexistencia de una *salud entendida normativamente* —conforme a los *hábitos de una cierta conducta de vida*— y una *salud ordenada descriptivamente*, según un *proyecto racionalizado de bienestar individual y colectivo*. La sugestiva regla del análisis transaccional —*yo estoy bien, tú estás bien*— corrobora ingeniosamente esta idea y exhuma el afán de coordinar las nociones clásicas —sobremanera respetables— de lo que la salud y su tutela han sido, con la novedad de las soluciones pensadas para disolver las *fricciones antisaludables* que surgen en el seno del conflicto social.

Esta elección metodológica parece preferible y permite definir la salud mediante el análisis de las fases que convienen a la *salud básica*, la *preservación de la salud* y la *autorrealización de la persona*.

Sin ignorar las censuras debidas al empleo de unas vías que adolecen de simplificaciones a la hora de fijar el contenido esencial del derecho a la protección de la salud, el sincretismo del método propuesto no está exento de algunas ventajas. Pese a su exceso de sociologismo y su insuficiencia filosófica, rinde un sano servicio a la tarea del legislador ordinario, cuyas iniciativas facilita, y a los aplicadores del Derecho —especialmente a los órganos de la jurisdicción— que cuentan con un instrumental susceptible de utilización inteligente y tempestiva.

A nadie se oculta la importancia que la determinación y el crecimiento del contenido esencial de los derechos constitucionales adquieren para despertar y enriquecer la actitud que lleva el nombre de *sentimiento constitucional*. Su incidencia en la esfera del derecho a la protección de la salud no es una excepción y obliga a analizar los modos adecuados de efectuar esas operaciones.

La suerte del derecho a la protección de la salud debe precaverse contra los peligros de que el legislador ordinario —sordo a las demandas del interés general o ignorante de sus peticiones más urgentes— le prive de *valor vital* y convierta sus normas en un instrumento inútil para lograr los fines a que se asocia su regulación. Hay una *tesis de proporciones medias* —defensora de que el contenido esencial del derecho a la protección de la salud se exponga a colisiones con otros intereses en pugna— y una *posición maximalista* que le concibe como una magnitud irreductible y absoluta.

El derecho a la protección de la salud contiene un *elemento material* o garantía de que —a cambio de respetarse las preferencias ideológicas de la intervención legislativa— no ha de verse anormalmente deprimido ni privado de los mínimos de utilidad y apetencia sensible que justifican su reconocimiento constitucional. El *respeto a la dignidad personal* —que, según el art. 10.1 CE, imprime carácter al ejercicio ponderado de los derechos y las libertades— está en la base de este ingrediente indispensable. La amplitud del contenido esencial sólo se puede restringir si el concurso de otros intereses —temporales y preponderantes— exigen una elección que deje a salvo el menos lesivo para la supervivencia del núcleo afectado.

La cuestión —conexa con el tema de una *indagación sobre la esencia*— requiere aproximarse a sus presupuestos filosoficojurídicos, controlar las variables politicoculturales que pueblan el campo del derecho en cuestión, entender las evaluaciones antropocéntricas del ordenamiento constitucional y superar las *tentaciones tautológicas* que —explotando la naturaleza de *ciencia del espíritu* que asiste al Derecho en la solución de los problemas que afronta— dan entrada en las definiciones a lo que cabalmente quiere definirse.

Sin perjuicio de las fórmulas —ya consideradas— que permiten a los aplicadores del *Derecho objetivo* protector de la salud definir el contenido esencial del *derecho subjetivo* a su tutela, dicho núcleo inviolable se intuye en las brumas de algunas tensiones. La intangibilidad del individuo prevalece, porque el *desarrollo de la personalidad* —tenazmente aludido en los arts. 10.1, 25.2, 27.2 y 45.1 CE— depende de integrar armónicamente cuantos elementos contribuyen a la perfección e inteligibilidad del concepto de salud. La *autorrealización* condiciona el ejercicio de muchos de los derechos fundamentales que, en su defecto, se achican y reducen a una titularidad huérfana de sus elementales opciones de ejercicio. La máxima —solidariamente acatada por las corrientes de la teología, la sociología y la sicología profundas— de que *quien no vive, no se redime ni existe dignamente*, muestra cómo esa plenitud es parte irrenunciable de las *situaciones de bienestar* preconizadas en el Pr.CE y confirmadas por el compromiso que el art. 9.2 CE estampa en su *cláusula transformadora y social*.

4. Aspectos de la naturaleza jurídica del derecho a la protección de la salud

Invocar el derecho a la protección de la salud —persiguiendo una existencia saludable y coincidente con las aspiraciones particulares del

sujeto— es ignorar que las técnicas especializadas —laboriosamente conseguidas e indispensables para la conservación colectiva de la salud misma— no se rigen por las *normas deontológicas* del mundo del deber ser o del valor, sino por las *reglas cosmológicas* del mundo del ser o de la naturaleza causal. Son propias de éstas, la sencillez de sus proposiciones, la sujeción al automatismo de los acontecimientos naturales y la percepción sensorial de su contenido fenoménico. Lo contrario, pues, del enunciado reflexivo, el carácter alternativo de la decisión intelectual y la dificultad de atribuir un origen inconfundible a los efectos de las normas del mundo del valor. La protección de la salud proviene de cumplir las prestaciones positivas que —puestas a cargo de los poderes públicos— consisten en desarrollar, mediante obligaciones de atención y cuidado, los esfuerzos precisos para que la persona entre en posesión del óptimo de recursos saludables a que es acreedora. Ello suscita la cuestión de si los *procedimientos eficaces* —que el art. 51.1 CE garantiza en pro de la *salud de los consumidores*— no exigen cumplir de inmediato ese deber de diligencia y, en el caso de su vulneración, imputar al Estado las consecuencias indemnizatorias del daño sufrido.

El concepto de derecho protector de la salud depende de una valoración colectiva que —superando el individualismo que le confinó en el marco del *derecho a la vida*— trasluce las aspiraciones de una política social que opera en campos tan extensos como indiscutibles. Así se explica que el ejercicio del *esfuerzo transformador* de los poderes públicos —sintetizador de la libertad e igualdad efectivas— asegure el *pleno desarrollo de la personalidad* que, según el art. 28 CE, contribuye a colmar esos fines. Ello se infiere de la disciplina del cap. 3.º, tít. I CE, donde —bajo la repetida rúbrica *De los principios rectores de la política social y económica*— el art. 43.1 CE sirve a intereses que, satisfechos con *criterios de política social*, imponen *requerimientos de política económica* que, lejos de coartar la consecución de los primeros, han de atenderse con una preferencia que no enturbie la transparencia de sus valores ni frustre su efectividad.

Gracias a los mecanismos que técnicamente garantizan la protección de la salud, las personas físicas son titulares de un *derecho social* —cuyo crédito se satisface mediante la *deuda tutelar* de los poderes públicos o los particulares que realizan las prestaciones obligatorias oportunas— y de un *derecho de libertad* que, además de condenar los atentados contra el decisionismo individual, incluye el *deber cooperativo* de defender la salud pública y soportar determinadas restricciones. Los poderes públicos son los administradores eficaces de un haz de relaciones sociales que —como elementos de esa promoción saludable— acrecientan el progreso material y moral de los ciudadanos.

Sorprende que el art. 43.1 CE se ocupe de la protección de la salud en un pasaje cuya finalidad no es la de reconocer derechos innatos preexistentes y sí la de enunciar *principios de acción* destinados, como indica el art. 53.3 CE, a la suerte del desarrollo legislativo ordinario. El reparo interpretativo puede superarse admitiendo que el constituyente —concesivo, a veces, con las tentaciones de permisividad semántica— usa también aquí de una licencia literaria. Acaso carezca de sentido reconocer ese derecho subjetivo fuera de las secs. 1.^a y 2.^a, cap. 2.^o, tít. I CE, en que debió insertarse con la eficacia preceptiva directa que sanciona el art. 53.1 CE. Parece inconsecuente situarle —como tal derecho— bajo el rótulo que se reserva a los principios. La apertura de un debate sobre el particular —pretendiendo optar por uno u otro de los niveles protectores del art. 53.1 y 3 CE— plantearía el descubrimiento de una *tierra de nadie* o, al menos, de una *zona gris* de difícil esclarecimiento.

Aun cuando su formulación se reduce a la *eficacia diferida* de un principio garantizado en pro de los grupos sociales, el derecho a la protección de la salud —expresivo del contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho a la vida y a la integridad física— ha puesto a los arts. 15 y 43.1 CE en una relación de complementariedad incontestable. Nadie niega que el modelo acogido a la rúbrica *Derechos y libertades*, en el cap. 2.^o, tít. I CE, se origina —con una intensidad dependiente de la capacidad comprensiva y asimiladora del sentir común— en el molde de unos *derechos naturales* que la tradición y el contexto cultural declaran inalienables. Parece poco lúcido entender que los principios rectores de la política social y económica —sin exceptuar el que, bajo la laxa denominación de *derecho*, aloja el art. 43.1 CE— se reducen al germen o *proyecto inmaduro* de otros derechos sustancialmente distintos de los ya reconocidos, y que, sin atisbarse aún en el horizonte histórico de la razón práctica, *están a la espera* de su definitiva recepción y refrendo. La traza del derecho a la protección de la salud y de los principios que sistemáticamente conviven con él, prueba que sus signos de identidad o *referencias-clave* conciernen a situaciones reconocibles en el medio cultural al que se destinan. Nada tan lejos de la realidad y los usos sociales como el defender que esos principios gozan de una *naturaleza inédita* y extraña al espacio ocupado de antiguo por unos derechos y libertades de los que, quíerose o no, siguen siendo una expresión imprescindible y provechosa.

El bloque de principios que enuncian los arts. 39 a 52 CE, abarca los aspectos notables —tratados como *intereses difusos*— del contenido esencial de unos derechos y libertades que, en cuanto preexistentes, el legislador fundamental acata y hace suyos. El constituyente no ha es-

perado a la intervención del legislador ordinario para proveer a ciertos aspectos de su definición y pormenores. El contenido esencial exige respetar la materia reservada a la ley por el art. 53.1 CE, pero también admite —como evidencia la lectura del cap. 3.º, tít. I CE— el adelanto, entre otras manifestaciones, del *reconocimiento del derecho a la protección de la salud*.

La situación se asemeja a la que surgiría si algunas particularidades del desarrollo inmediato de los derechos y libertades constitucionales, se transfiriesen a un pasaje autónomo que, acogiéndolos en forma de principios, proclamase su atención preferente y, a despecho de objeciones economicistas, obligase a plasmarlos en normas jurídicas eficaces. Hay una suerte de *elasticidad intraconstitucional*, por la que todos los *principios* —no *preceptos*— del cap. 3.º, tít. I CE tienden a evadirse de sus compartimentos actuales y retornar a las normas declarativas de unos derechos y deberes básicos a cuyo núcleo invulnerable pertenecen con independencia del enclave sistemático que se les asigna.

El principio innovador del derecho a la protección de la salud es un extremo —sustancialmente conexo y contextualmente alejado— del reconocimiento de los derechos a la vida y a la integridad física que figuran en el art. 15 CE. Traza la vía conducente a que, en los óptimos niveles del derecho fundamental, la vida gane en duración, mejore en calidad y alcance los modos de realización más dignos y esperanzadores.

5. Concepto comprensivo y progresivo de salud

La enfermedad y la salud se interaccionan en virtud de un *protagonismo antagónico* que trae a la memoria la lucha maniquea con que los principios del bien y del mal se disputan el dominio de la libertad de la persona. Para determinar el contenido esencial del derecho que reconoce el art. 43.1 CE, ha de advertirse que —excepción hecha de las *inercias autodestructivas* causadas por una elección infortunada del arte de vivir— todo individuo propende a mejorar por obra de su instinto bondadoso de conservación y progreso, mientras que las reacciones —no siempre previsibles ni evitables— del *mundo circundante* dan entrada a componentes agresivos que debilitan y/o sofocan los esfuerzos positivos de la razón vital. El óptimo de *estado saludable* pretende reflejar, ni más ni menos, que el imperio adquirido por esa razón a través del equilibrio individual y el proceso consiguiente de autorrealización.

El contenido esencial del derecho a la protección de la salud presupone que —no obstante los vínculos complementarios que unen a la sociedad pluralista con las personas físicas que militan en sus grupos— la persona y la sociedad entran en fricción con más frecuencia de la que sería deseable e incluso de la conveniente para la prosperidad de sus contactos. Los componentes o factores sociales —variables de la ecuación que describe la estructura de la sociedad y exhuma sus mudanzas— prueban la intervención de fuerzas que, quién sabe con qué orígenes y finalidades, hacen peligrar el proyecto existencial de cada uno y arruinan sus expectativas. Los grupos sociales —llamados a contribuir a las tareas de la perfección individual y a no frustrar los valores de su espontaneidad— sufren procesos deformadores que les privan de su condición de coadyuvantes a la causa de la dignidad personal y, a veces, les convierten en sus más encarnizados adversarios. Cualquier proyecto integrador —en lo que tiene de seriamente antropocéntrico y accesible al resto de la comunidad— se resiente de las claudicaciones debidas a los *episodios de miseria moral* que le abruma y, en ocasiones, secuestran de por vida.

Lo que, en sus fuentes, fue un proceso armonizador del papel de los grupos sociales respecto a las individualidades que los integraban, deviene un cúmulo de realidades que, a la larga, definen un *estado de conflicto* entre el ser personal —que asigna a las comunidades un sentido y función cuya nobleza va desmereciendo— y las consecuencias negativas de esa perversión.

El dilema *salud-enfermedad* se suscita a partir de lo evidente del conflicto compartido por cuantas personas y grupos corren la aventura de sobrevivir o perecer. El inventario de los ataques del medio social —que, para mal, no siempre representa la *circunstancia complementaria del yo personal*— debilita la condición de *ser desfalleciente* que acompaña a la *persona caída en este mundo*, y se culmina con el triunfo de la sociedad agresiva —que la degrada y la transforma en un enfermo— o con la victoria de quienes, impulsados por su *salud básica* y agotando los recursos de su *reserva de salud*, prosiguen la marcha emprendida en pos de su *autorrealización*. Así se explica la necesidad de superar la estrechez del *concepto normativo* de salud y de adiestrarse en la configuración doctrinal de un *concepto positivo* que explique lo que son y significan la *salud básica*, la *reserva de salud* y la *autorrealización*.

La *salud básica* consiste en una *ausencia de mal* que sólo se percibe cuando sufre los embates de la enfermedad que incide en ella para destruirla. Es axiomática la idea de que o se tiene salud básica o se carece de ella.

La reserva de salud equivale a un contingente de bienes sicofísicos que habilitan para resistir el asedio de la enfermedad y los atisbos de la pérdida de la voluntad y la fatiga. Es claro que, siquiera en medida variable, con la reserva de salud se cuenta siempre.

La *autorrealización* —perfeccionada con la plenitud del equilibrio personal— revela la solidez de una existencia autónoma que, a diferencia de la reserva de salud, puede o no haberse logrado. La autorrealización comprende la consciencia del bienestar físico de que se disfruta, la adquisición y posesión razonable de bienes materiales, la morigeración de la avidez desordenada, la constancia del equilibrio interior y de la estabilidad del humor, el desarrollo de las actividades elegidas y la gratificación de los contactos con el entorno personal y social. La autorrealización trasluce meridianamente la planificación de la —siempre discreta— *libertad mundana del sujeto*. Se accede al equilibrio cuando ninguna tensión anormal coarta la libertad de decisión con que el entendimiento y la voluntad distribuyen racionalmente el uso de sus energías.

La autorrealización es una referencia empíricamente normativa e independiente de las circunstancias del tiempo y del lugar en que se advierte, promueve y acrecienta. Su adquisición descansa en la premisa de que cada persona es dueña de una *naturaleza esencialmente biológica* que, en parte, le pertenece y, en parte, corresponde al acervo común de la especie humana. Su hallazgo prueba su bondad intrínseca o, al menos, su neutralidad, y aconseja elevarla a *principio rector de la vida*. Si, a causa de las compulsiones interiores o la presión de los hechos externos, la naturaleza decae y se empobrece, la persona —cuya capacidad de resistencia acusa esa derrota— pierde sus oportunidades de equilibrio y se ve invadida por la enfermedad que le oprime. Lo paradójico de la naturaleza —optimistamente rescatada frente a la pesimista idea de la *convivencia antisocial*— es que, aunque se expone a frecuentes escaramuzas y deméritos, se regenera y lucha infatigablemente para repeler las agresiones, y no desiste de su afán de hacerse perceptible e influir en cuanto le rodea.

La realidad —de cuyo conocimiento y esfuerzo dominante depende la planificación del equilibrio personal— no sólo se aprecia mediante las operaciones sensoriales que le acercan al conocimiento subjetivo, sino que también se interpreta y presiente gracias al ejercicio de las aptitudes superiores. La persona es consciente de que su existencia —buena para dotar a sus opciones de la efectividad y lucidez que reclaman— apareja riesgos de flaqueza que debe conjurar. Su autoconciencia se fortifica a la medida que, más allá del *pienso luego existo*, se sensibiliza a las prevenções y advertencias consecuentes con la constancia de aquel dato.

La persona toma razón de que la *suma de incentivos* que pueblan su interior y son la clave de su *existencia ilusionada y ambiciosa*, se expone al influjo de acciones exteriores y determinantes de una disposición que —desafiando a los estímulos estéticos— enriquece sus capacidades. No ignora que las acciones hostiles de la naturaleza se ponderan en función de su inercia —a veces imparable— y de la ausencia de intencionalidad que las caracteriza. El cultivo de la espontaneidad —que la virtud de la prudencia obliga a moderar para no incurrir en censurables excesos— constituye una necesidad física cuya satisfacción, si es tempestiva, nada tiene que ver con las demasías del desorden síquico o la apatencia irrefrenable.

La aceptación de sí misma, del entorno —sicológico y social— de la persona y de sus aledaños cosmológicos, es omnicompreensiva y ratifica la exigencia que —al descubrir la *verdad de la teoría*— prohíbe al individuo desentenderse de la realidad y *le conmina a explicarla en todas y cada una de sus manifestaciones*. Esta *dependencia relativa* no inhíbe y sí fomenta la libertad personal, pues despierta un sentimiento de sustantividad especialmente intenso y un urgente deseo de preservar los reductos de la intimidad. Sumida en este medio, la persona provista de salud acata la necesidad de actuar en la esfera de su autonomía, de razonar y elegir cuantas veces lo aconseja el ejercicio de su entendimiento, y de reaccionar frente a las tentativas de imponerle una cosmovisión —sofocante y dogmática— que anula sus más caras aspiraciones críticas.

La adquisición del nivel de madurez adecuado a la plenitud saludable, despierta *actitudes de asombro* ante fenómenos que provocan reacciones del siquismo personal, especialmente si los incentivos emocionales reclaman respuestas de mejora y progreso. Sin perjuicio de esta *totalización optimista*, la autorrealización transmite a la existencia individual un elenco de experiencias que se autoseleccionan insensiblemente y dan lugar a que las vivencias superiores preponderen sobre las de signo inferior y las desplacen.

La persona saludable se cerciora de que, gracias a este encadenamiento, su condición existencial —regenerada en ella y en sus semejantes— anima su sistema de curiosidades, le induce a especular sobre su magnitud y, lejos de abrumarla, le identifica con el cúmulo de problemas de la familia humana. La salud es disponibilidad para no decaer en la conquista de los espacios de la comunidad que la persona se esfuerza en ocupar al consumir sus proyectos y reconstituir sus expectativas.

Si la persona saludable asume riesgos que, no obstante lo recio de su vigor vital, afectan a su posición relativizada y conexas con la de

otras existencias, la estabilización de sus valores —independencia, protección de la intimidad, defensa de la autonomía y resistencia al dogmatismo— revela un carácter receptivo y susceptible del enriquecimiento que van a procurarle otros ascendientes e influencias.

El proceso de autorrealización es incompleto si la persona no tiene la osadía de cuestionar y modificar, llegado el caso, la disposición de la escala de valores en que inciden aquellas peripecias. Quienes aciertan en la recolección de estas cualidades y se acomodan a sus requerimientos, alcanzan, más tarde o más temprano, el grado de autorrealización conveniente a la plenitud de la salud que tienen derecho a obtener.

Estos modos de definir el contenido esencial del derecho reconocido, bajo apariencia de principio, en el art. 43.1 CE, responden a la idea de que la igualdad —fundamento de las cotas de la libertad accesible y nunca elemento restrictivo de sus expansiones— es inseparable del mensaje que ha puesto en circulación el concepto modernizante de salud. La dignidad personal se disipa y anula si —a través del proceso que acaba de exponerse— el proyecto del art. 10.1 CE defrauda las aspiraciones adecuadas a la *posesión de estado saludable*.

¿Cuál es la relación apreciable entre los componentes de la salud que así se esboza?

Puede afirmarse que, en punto al *contenido*, la *salud básica sólo es*, ya que consiste en la ausencia de enfermedad y carece de elementos tangibles, mientras que *la reserva de salud se posee y la autorrealización se colma y se consigue*.

Si se atiende a la *vinculación al individuo*, la *salud básica es un hecho* o vicisitud explicable por el dilema del todo o la nada, mientras que *la reserva de salud incluye un riesgo* de dimensión variable y objeto de una directa toma de conciencia. *La autorrealización se debe a una norma de conducta personal* que desencadena esa toma de conciencia inmediata. La salud básica constituye la premisa de la reserva de salud en que descansan las opciones de la autorrealización.

En vista de sus *relaciones con la enfermedad*, la salud básica *queda destruida* por ésta, la reserva de salud *ejercita su capacidad de resistencia* para combatir la acción agresiva que padece, y la autorrealización *suprime las expresiones patológicas* en que la acción de la enfermedad se ha traducido.

Desde una *perspectiva orgánica*, la salud es un estado corporal, no absoluto, que se compone de la ausencia de enfermedad y de la capacidad refleja de rechazar sus ofensivas. La salud se define conductivamente como el modo de relación preferible entre la persona —realizada merced a su pleno equilibrio— y el medio en que se despliega su existencia de presente y se preordenan sus expectativas de futuro.

Así se adviene a una plausible conclusión sobre lo que el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho a la protección a la salud implica en la *cláusula de reconocimiento* que el art. 43.1 CE le ha dedicado.

6. Salud y vida humana en formación

La interrupción de la *vida en formación* es uno de los aspectos más polémicos del derecho a la protección de la salud. Los legisladores no silencian los prejuicios demagógicos que, con base en la densidad de las informaciones estadísticas, eluden el discurso de la sociología jurídica y las condiciones axiológicas de las medidas que adoptan al respecto. Cuando la legislación positiva declara la no punibilidad del aborto y acoge las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica, está configurando —como excusas absolutorias o causas de exención de pena— los acontecimientos colectivos que la oferta política vincula al cambio cultural y refuerza con un espeso aparato retórico.

La doctrina tecnicojurídica del delito no permite hablar, en tal caso, de *fórmulas despenalizadoras* del aborto, que sólo se darían si —de modo aberrante— se rehusara a la vida humana el carácter de bien jurídicamente protegido. Despenalizar una figura delictiva es expulsarla del catálogo de ilícitos del texto punitivo o declarar, sin reservas ni lugar a dudas, que una conducta —constitutiva de delito hasta entonces— ha dejado de serlo, porque así lo prefiere la libertad decisoria del legislador.

La supuesta despenalización del aborto acusa ese defecto, aunque una *diversión nominalista* se empeñe en defender lo descabellado de la tesis y degrade el *bien-vida* a la categoría de un valor neutral que no puede desnaturalizarse por completo. Ello entraña una contradicción en los términos, porque la idea de *valor vital* —a que se acude para designar la animación mutua de las realidades de los mundos del ser y del valor— se muestra indivisible y enseña que, por definición, la integridad de la vida —*igual a sí misma y siempre tal*— no tolera desmerecimientos ni recortes. Las mal llamadas *técnicas despenalizadoras* no borran la fisonomía delictiva de las variantes de interrupción del embarazo que introducen. Innovan excusas absolutorias consistentes en la exención de pena que el legislador establece por razones individuales o sociales que juzga bastantes para reaccionar así.

La despenalización —relativa a cualquiera de esas indicaciones— pugna con la inspiración que, según el art. 1.1 CE, emana del sistema

de valores superiores del ordenamiento jurídico. Todos ellos limitan el albedrío del legislador que artificiosamente ensancha o reduce el campo cultural o las fronteras naturales de la tutela penal. Mientras que la tipificación de los denominados *delitos artificiales* se debe al margen de discrecionalidad que facilita el ingreso de ciertos bienes y/o valores a la esfera protectora del Derecho Penal, el elenco de los *delitos naturales* —comprensivo, entre otras, de las figuras clásicas de los delitos contra la vida de las personas físicas— forma parte del acervo de normas de cultura con que la conciencia colectiva veda las iniciativas legales de signo contrario. La norma de cultura central —que aclama y enaltece el respeto del derecho a la vida— acusa la desprotección de un bien indispensable para que los valores superiores del ordenamiento jurídico garanticen la *dimensión antropocéntrica* de la sociedad pluralista y de los grupos a que ha dado cabida.

Es claro que, además de la tutela del derecho a la vida durante el embarazo, la suerte de un *interés social* —inherente al derecho a la protección de la salud individual y colectiva— depende del tino de estas reflexiones.

7. Protección y recuperación del medio ambiente

El discurso del pensamiento económico sobre el fenómeno de la *degradación del medio ambiente* precedió a la reflexión de los juristas, aunque —yendo en busca del tiempo perdido— el Derecho, que ha ganado terreno, se apodera de una materia cuyos problemas quiere abordar exhaustivamente.

Los aspectos indemnizatorios de los daños causados por los atentados contra el medio ambiente suscitaban reparos de monta, pues las violaciones del derecho a la protección de la salud afectaban a bienes cuya titularidad no era de inequívoca determinación a la luz de los tradicionales criterios del Derecho Civil. El *otro* —paciente del daño que el art. 1.902 C.c. declara resarcible a título de culpa o negligencia— fue siempre, sin duda ni perplejidad, la persona —física o jurídica— de cuyo patrimonio formaba parte el bien o derecho lesionado. Las pautas del régimen de la responsabilidad extracontractual no estaban pensadas para afrontar los problemas de unos grupos o colectividades —más o menos concretos— de perjudicados, cuya conexión con el objeto del derecho subjetivo era costosamente perceptible. Tampoco se podía reconocer la legitimación activa —*poder de conducción* procesal para lograr una respuesta judicial, favorable o adversa, a la pretensión indemnizatoria— de quienes no eran portadores de un interés tutelado,

directa y explícitamente, por el Derecho objetivo. De ahí, la revisión del planteamiento clásico y la exigencia de inventar —descubriéndolas inteligentemente— soluciones originales y efectivas.

Presupuestas la unidad e indivisibilidad del fenómeno que engendra estas insuficiencias, los problemas de individualización del sujeto perjudicado y las garantías procesales de su indemnidad no se ciñen a los casos de degradación del medio ambiente y se propagan a situaciones —propias de inimaginables avances tecnológicos— que suman otros interrogantes. Ello aconseja un tratamiento cuya solvencia disipe las brumas de sus horizontes y procure los instrumentos válidos para fijar el mejor de los cuerpos de doctrina posibles.

La unidad metodológica revela el *carácter interdisciplinar* de las técnicas analíticas y lo valioso de los instrumentos empleados. Evaluar el coste de una construcción jurídica y pronunciarse sobre su pertinencia, compete a las operaciones del *análisis económico del Derecho* que subyacen a la lectura enfática de los pasajes del cap. 3.º, tít. I CE. La referencia de su rotulación a la *política económica* y el silencio de los principios —incluso de los arts. 43.1 y 45.1 CE— sobre sus particularidades, dan a entender que, *si el designio economicista no es parte de la regulación y sí de la rúbrica que inicia ese conjunto*, la voluntad del constituyente se compromete con una idea sugestiva. La —ya apuntada— de que la predilección de los principios rectores por el cumplimiento de los fines de todas y cada una de las *políticas sociales*, se predica con la misma extensión e intensidad —es decir, inexorable e indisolublemente— de las medidas de *política económica* que hacen falta para alcanzar aquellos objetivos.

Apelando al auxilio de ciertos sectores del ordenamiento jurídico, la *unidad de investigación* se aprovecha de las contribuciones técnicas del Derecho Público y el Derecho Privado, y de las novedades que las adquisiciones procesales proyectan sobre la dimensión —académica y polémica— de estos pormenores. La constancia de las realidades sociales —pues, no en vano, la protección del medio ambiente depende de una demanda de bienestar en que el concepto de *calidad de vida* prima sobre el de su nivel o *cantidad*— exige que la legislación civil cuide de los bienes insuficientemente atendidos por los recursos anacrónicos del derecho de propiedad privada. El legislador penal es sabedor de que, no menos que de los bienes materiales en sentido estricto, debe ocuparse de la *totalidad difusa* en que reside la disposición del medio ambiente. La legislación procesal ha de regular el derecho de acceso a la jurisdicción y completar la efectiva tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que giran en torno a una nueva constelación de circunstancias.

Hay que elogiar la solución a que el constituyente ha llegado para remediar las carencias de que se hace mérito. A la defensa y restauración del medio ambiente no se accede sin cumplir un *deber general de abstención*, cuyo perfil actualizado revive la prohibición —estampada en el art. 1.902 C.c.— de dañar a terceros y reintroduce el antecedente de la *obligación pasiva universal*. La *indispensable solidaridad colectiva* —a que el art. 45.2 CE alude de pasada— restaura la figura que los yusprivatistas aplicaron a la actitud de quienes, más o menos cercanos al círculo del sujeto titular de un derecho absoluto, debían evitar cuantas acciones le vulnerasen o pusieran en riesgo de lesión. La debilitación o la falta de solidaridad colectiva desencadena el ciclo de eficiencia causal de las acciones u omisiones que degradan el valor del medio ambiente o escatiman a los poderes públicos la contribución indispensable para su defensa.

Hay un paralelismo evidente entre la que el art. 45.2 CE llama *utilización racional de los recursos naturales* y el *deber de atención y cuidado* cuyo reverso es la culpa o negligencia que el art. 1.902 C.c. convierte en título de indemnización. Ahora bien, se usa de una reinterpretación que —a la luz de la teoría del riesgo— invierte equitativamente la carga de la prueba y, conforme a los arts. 9.2 CE y 3.2 C.c., impone al agente dañoso la demostración de que las consecuencias producidas se debieron a la ocurrencia de un evento externo o a la co-causalidad del perjudicado. *Utilizar racionalmente* —¿ejercitando sin abuso las facultades posesorias?— es cooperar con la dosis de esmero y animación psicológica necesarias para preservar la indemnidad del medio ambiente amenazado. Ello obliga a abstenerse de crear más riesgos que los que una diligencia normal puede evitar, y condena las agravaciones procedentes de un manejo precipitado o abusivo de los elementos ambientales.

El art. 45.1 CE proclama la responsabilidad de quienes, utilizando irracionalmente los recursos naturales e incumpliendo sus deberes de solidaridad, causan un daño —de cualquier especie— que deja indefenso al medio ambiente, lo degrada o impide su recuperación. Sin perjuicio de la recepción de las nuevas responsabilidades penales y administrativas, el régimen propuesto para el resarcimiento del daño diluye las objeciones técnicojurídicas que impedían abordar los más arduos aspectos del problema.

El art. 45.1 CE reitera el pronombre indefinido *todos* —del que se sirven multívocamente otros preceptos de la carta política— para designar a las *comunidades* que, como *portadoras de intereses difusos*, asumen la misión de defender y promover la conservación del medio ambiente. El concepto de *interés difuso* emerge a mitad de camino en-

tre el *interés general* —equivalente al *bien común* que reclama la atención de la política legislativa— y los *intereses particulares* que, con o sin el ropaje jurídico del derecho subjetivo, forman parte del patrimonio personal. Si el art. 45.1 CE admite la reparación del daño, es porque el infractor está obligado a aplicar una parte de su activo patrimonial —a saber, la suma de resarcimiento— a compensar el perjuicio sufrido por un grupo subjetivamente indeterminado y, no obstante, susceptible de una individualización que facilite el destino de la indemnización adeudada.

El constituyente no elige la solución del art. 45.1 CE por veleidades de la moda, ni quiere reiterar, por superabundante, la que, para el Derecho Privado, es de antigua doctrina fijada. Prefiere eliminar los obstáculos tecnicojurídicos que entorpecen la protección eficaz del medio ambiente y no recata la esperanza puesta en que las operaciones del esfuerzo transformador repercutan positivamente en tan apreciable circunstancia.

8. Experimentación en la persona

La protección de la salud se relaciona de inmediato con los problemas de la *experimentación en la persona humana*. Por tal se entienden las actividades dirigidas al avance científico de las adquisiciones de la Medicina e independientes de un plazo predeterminado para comprobar —gracias a la reiteración de pruebas efectuadas en la persona del sujeto-objeto de las medidas aplicables— la virtud curativa de tratamientos nuevos. Es claro que, so pena de perder su relieve y su fisonomía, esas medidas regeneran los elementos del concepto de salud y reducen sus componentes de agresión intrínsecos y extrínsecos. No se proponen fomentar las tentativas encaminadas a constatar el resultado de ensayos economicistas, belicistas o incompatibles con el respeto debido a la dignidad personal. El contenido esencial del derecho en cuestión —que, pese al designio de regular solamente principios, reconoce realmente el art. 43.1 CE— puede verse afectado por los tratamientos empeñados en acreditar el éxito de los productos curativos o de las terapias que se han ensayado.

Hay que intentar, por encima de todo, la individualización de los intereses que han de armonizarse. Si el paciente de la experimentación se beneficia del derecho a la supervivencia que le otorga el art. 15 CE, no es menos cierto que, sin perjuicio de la *cosificación* (¿?) a que se arriesga su persona, tiene *derecho a mejorar* mediante un tratamiento regido por obligaciones —de medios o de simple activi-

dad— cuya frustración, más o menos intensa, no es imputable a los agentes curativos que usen de la diligencia exigible para evitar el fallecimiento del enfermo. Al *alegato circular* de la irresponsabilidad así avalada, se contesta que, si no se cuenta con certidumbre y solvencia para comenzar la experimentación, parece aventurado hacerlo al precio de unas consecuencias cuyos inconvenientes se eluden mediante una fórmula general que —trasladada a los problemas del derecho a la vida y la protección de la salud— despierta recelos y actitudes escépticas.

No puede perderse de vista lo atractivo de la *defensa del progreso científico* —protegido en el art. 20.1 b CE— que, aunque produce un beneficio compensado colectivamente con el sacrificio del interés individual del paciente, recaba esfuerzos de contribución que alivien los riesgos del experimento.

Desde un punto de vista tecnicojurídico, el requisito del consentimiento del paciente no debe sobrevalorarse ni reducirse a reglas harto formalistas. La estadística prueba que estos episodios se superan acudiendo a la solución del estado de necesidad o invocando una circunstancia eximente —afín a la no exigibilidad de otra conducta— que deriva de los *actos concluyentes* del enfermo. Este se halla dispuesto a soportar las peripecias de un régimen de curación que, a juzgar por su conformidad inequívoca, constituye aliciente bastante para aceptar el remedio ofrecido y mantener la esperanza razonable de que mejorará su estado de salud.

El consentimiento del enfermo mental no se equipara, por hipótesis, a la capacidad plena de entender y de querer. Dimana de una *voluntad fundamental* cuyos juicios de aproximación permiten representarse un estado de cosas asimilado con probabilidad que descarta la vulneración de los derechos innatos del sujeto. La dinámica del consentimiento no se agota en su sustitución por la voluntad judicial que aprueba el sometimiento al acto de experimentación y —sin perjuicio de la tutela deferida por el art. 24.1 CE— aconseja establecer controles que armonicen las demandas de la moderna estructura de la sanidad y la socialización de la medicina.

9. Valores de orientación del Derecho sanitario

La organización de la reforma sanitaria ha de integrar los valores del respeto a la dignidad personal, que el art. 10.1 CE declara preeminente, en un proyecto participativo que —apoyado por los grupos sociales significativos que, de pasada, menciona el art. 20.2 CE— aborde

los problemas que, por quién sabe qué motivaciones confusas, aguar-
dan una satisfactoria solución.

La importancia de la reforma del ordenamiento jurídico de la pro-
tección de la salud mental se explica por sus nexos con el valor de la
salud básica, con la necesidad de mantener indemne la *reserva de sa-
lud* y con la *autorrealización* a que se extiende la promesa del art. 49
CE. Si la salud es, ante todo, *ausencia de enfermedad*, su integridad
lleva consigo la dosis de salud mental que permite conservar la
conciencia de esa condición. Si el nivel superior de su concepto coinci-
de con el pleno *equilibrio del ser personal*, su intangibilidad rechaza
un detrimento de la salud mental que puede aminorarla.

La axiología de ese sector del ordenamiento jurídico obliga a diag-
nóstico el momento en que el Derecho constituido se encuentra y justi-
fica las transformaciones necesarias. De la apreciación y cotejo de los
ritmos temporales de la evolución legislativa depende el decidir si,
pese a lo antiguo de la regulación, ésta sigue siendo aceptable —lo cual
no ha de excluirse— o si se trata de una ordenación obsoleta, incompati-
ble con las demandas de la moderna sociedad y, lo que es más grave,
dominada por *prejuicios de segregación* que los países más civilizados
no han acertado a suprimir.

Hay también que estimar, como aspecto estadístico de relieve, la
proporción de enfermos que, al planificarse y emprenderse la reforma,
están sometidos a tratamiento voluntario, pues —amén de la importan-
cia de este dato para las operaciones de análisis económico del Dere-
cho— la distancia entre la eficacia actual de las acciones sanitarias y el
adelanto de los cambios previstos, es un elemento de la realidad social
—que la política legislativa no puede desdeñar— y un punto de partida
para ponderar las diferencias entre el estado de cosas de entonces y el
que, según el art. 3.1 C.c., le sucede a tenor del criterio evolutivo de in-
terpretación judicial.

Es importante percatarse de si las novedades proyectadas trazan
una línea de fuerza original o sólo robustecen las bases de un movi-
miento de reforma iniciado, cuya estructura debe subsistir para evitar
injerencias que atenten contra la integridad del sistema y acaso destruyan
su equilibrio.

Un Derecho de Gentes protector de la salud mental se endereza a
objetivos inseparables de su identidad y susceptibles de una regulación
a corto o medio plazo. Las reminiscencias de un tratamiento antifuncio-
nal o dividido ceden ante los criterios colectivos y sistemáticos que se
aplican en instituciones especializadas. El proceso de reinserción social
de los enfermos mentales se completa con soluciones encaminadas a
disminuir el número de afectados crónicos y favorecer el retorno de los

recuperados a los grupos sociales de origen. Frente a los obstáculos que, perpetuando situaciones de desigualdad, demoran la atención de las enfermedades mentales, hay que asentir a técnicas de diagnóstico rápido y terapias aceleradoras de la reintegración.

Es inaplazable la protección comunitaria que, ante el riesgo del grupo de enfermos peligrosos, armonice la paz social con el todo de los fines expuestos, para que —conforme a los arts. 9.2 y 45.2 CE— la suma del *esfuerzo transformador* de los poderes públicos y la indispensable *solidaridad colectiva* culmine el proceso de protección que se pone a cargo del Derecho.

La técnica legislativa —inspirada en esos valores culturales y en sus normas de organización— se alimenta de varios postulados. Los servicios relativos al tratamiento de enfermos mentales han de integrar los servicios médicos generales para no frustrar el tratamiento racionalizado de la enfermedad y evitar que revivan las situaciones discriminatorias que se pretende superar. Hay que convertir en Derecho objetivo y, si es posible, codificar ágilmente —teniendo en cuenta ese Derecho de los pueblos y los principios constitucionales que son eco suyo— el elenco de *derechos individuales del enfermo*, como tal y como ciudadano. Hay que implantar un régimen educativo y unas garantías —del enfermo y de sus familiares— que permitan informar verazmente sobre los instrumentos jurídicos de que se dispone. A la satisfacción de estas demandas, se añadirán, en cada situación particular, cuantas medidas doten al paciente de un tratamiento sanitario completo —apto para eliminar los males que le aquejan— y conveniente a los valores de su dignidad personal.

Conforme a los arts. 24.1 y 105 c CE, el procedimiento relativo al tratamiento obligatorio de los enfermos síquicos debe garantizar su audiencia, si es razonablemente necesaria, y preservar sus derechos y libertades mediante una tutela judicial cuya efectividad se extienda a todos los intereses afectados por dicha circunstancia.

La vieja inclinación represiva —propensa a expulsar de la comunidad a los enfermos cuya condición antisocial se presumía sin templanza ni prueba en contrario— se corrige según las sugerencias del Derecho Penal humanitario y se sustituye por operaciones reconstructivas de la personalidad del enfermo. A la perspectiva —técnicamente descalificada y precaria— de un tratamiento irregular y disperso, sucede un régimen comunitario racional y avalado por el éxito de sus experiencias. La degradación de los enfermos mentales —hasta entonces sujetos de un género diverso— da paso a las aspiraciones de que su personalidad disponga de un *espacio habitable* en el todo de la familia humana. En vez del tratamiento jurídico viciado por la dificultad de aprovechar

fórmulas normativas residuales, se erige una organización —de nueva planta— resuelta a promover el éxito social de la moderna noción de *salud pública*.

Orientación bibliográfica

- ALESSI: *L'amministrazione sanitaria*, Milán, 1967.
 ANGELICI: *Principi di diritto sanitario*, Milán, 1963.
 BUSNELLI y BRESCIA: *Il diritto alla salute*, Bolonia, 1979.
 GRABITZ: *Freiheit und Verfassungsrecht*, Tubinga, 1976.
 HERZLICH: *Santé et maladie*, París, 1969.
 LEGA: *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Turín, 1952.
 LUCAS VERDÚ: *El sentimiento constitucional*, Madrid, 1985.
 MASLOW: *El hombre autorrealizado*, trad. de RIBE, Barcelona, 1987.
 MEAD y otros: *Sociétés, traditions et technologie*, París, 1954.
 MODUGNO: *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione*, Milán, 1982.
 PATTI: *La tutela civile dell' ambiente*, Padua, 1979.
 PEZZINI: *Diritto alla salute: profili costituzionali*, Milán, 1983.
 PIZZI: *Malattie mentali e trattamenti sanitari*, Milán, 1978.
 SALVI: *Le inmissioni industriali*, Milán, 1979.
 SCHRAMM: *Grundrechts und ihre verfassungsrechtliche Absicherung*, Berlin-Bonn-München, 1977.
 SIGERIST: *Civilization and disease*, Chicago, 1943.
 ZORRILLA: *El recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Aborto*, Bilbao, 1985.
Dificultad politocolegial de una ordenación sanitaria, Madrid, 1986.

Abreviaturas y siglas

- art.: artículo.
 cap.: capítulo.
 C.c.: Código Civil español de 24.7.(8)89.
 CE: Constitución española de 27.12.(9)78.
 dec.: decisión
 Pr.: Preámbulo.
 sec.: sección.
 tít.: título.
 VCTR: Versión Consolidada del Tratado de Roma de 25.3.57, modificada por el Tratado de Amsterdam de 2.10.97.

CONGRESOS
Y
CONFERENCIAS

**JORNADAS CONMEMORATIVAS DEL CENTENARIO
DE LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE «LA SEGURIDAD
SOCIAL EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI»,
ORGANIZADAS POR EL INSTITUTO NACIONAL
DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Y LA UNIVERSIDAD DE DEUSTO**

- Fernando Manrique López, *El futuro de la protección social en Europa* (Ponencia)
- José Antonio Panizo Robles, *Perspectivas actuales y futuras del sistema de Seguridad Social en España* (Ponencia)
- José Andrés Álvarez Patallo, *Las últimas novedades en materia de prestaciones de la Seguridad Social* (Ponencia)
- Gerardo Camps Dehesa, *Texto de la intervención del Secretario de Estado de la Seguridad Social en el acto de clausura*

El futuro de la protección social en Europa

Prof. Dr. Fernando Manrique López
Catedrático de la Universidad de Deusto

El futuro de la Protección Social

El mantenimiento de un alto nivel de empleo y de protección social es uno de los objetivos fundamentales de la Comunidad y está explícitamente incluido entre las tareas enumeradas en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea. La protección social representa un componente fundamental y un rasgo distintivo del modelo europeo de sociedad.

Comisión Parlamento Europeo y Comité Económico y Social

Por primera vez la Comisión al Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, se han fijado como metas:

1.º Mejorar la eficacia de los sistemas de subsidio de desempleo: incrementar los incentivos para que los desempleados busquen un trabajo, un verdadero seguro que promueva la aptitud para el empleo en lugar de mera indemnización por desempleo. Transición gradual y flexible hacia la jubilación a fin de mantener las oportunidades para que los trabajadores de edad avanzada permanezcan en el mercado de trabajo.

2.º *Adoptar las consecuencias de lo que representa el envejecimiento de la población europea.*

Entre 1995 y el 2025, el número de personas de 60 años o más, que ascendían en 1995 a 77 millones, aumentará como mínimo en 29 millones y, como máximo, en 44 millones. El porcentaje de personas de edad avanzada respecto a la población en su conjunto pasará de 21 a

aproximadamente un 30 por ciento. Los ingresos transferidos de los trabajadores a los pensionistas vendrán alcanzando un nivel tal que se pondrá en peligro su viabilidad.

El creciente número de personas de edad avanzada generará una mayor demanda de atención sanitaria y servicios sociales cuya financiación pondrá igualmente en dificultades a los Estados miembros.

Por otro lado se destaca que durante los últimos 20 años, el empleo femenino en la Unión ha pasado de 46 a 61 millones de trabajadoras, mientras que el número de empleos masculinos ha permanecido estable. La progresión de la participación de la mujer en el mercado de trabajo se mantendrá en los próximos años y representará un factor positivo para compensar el envejecimiento de la población activa. No obstante no bastará con que la mujer trabaje, pues será indispensable el cumplimiento de otro fin: tendrá que tener hijos.

Efectivamente los cada vez más bajos índices de natalidad registrados en muchos Estados miembros muestran claramente la necesidad de remodelar los sistemas de protección social.

En este sentido cabe resaltar que a comienzos de siglo, Angel Pulido Fernández, en *Salud pública en España y ministerio social de las clases médicas* (Madrid, 1990), calculaba la mortalidad madrileña en un 40 por 100. Llegó a decir que la Villa y Corte era la necrópolis de España. Igualmente Segismundo Moret, en la publicación filokrausista *La ilustración Ibérica*, daba datos de las aterradoras cifras que el señor Moret expuso en una notable conferencia y que parecen el tañido funeral de la campanas que doblan por los difuntos.

El contraste lo tenemos a fecha de hoy al contemplar las cifras de esperanza de vida al nacer. Como dato esencial cabe resaltar que, en 1996 nos aventaja y por cierto, por muy poco, Suecia, Francia, Holanda e Italia pudiendo significarse que aquel tétrico panorama de comienzos de siglo ha desaparecido.

Simultáneamente contemplamos una formidable caída en la natalidad. En 1976 nacieron 667.456 niños; en 1998, 361.930, con una rapidez sin igual nos hemos convertido en el país de menor natalidad.

Según la encuesta de fecundidad del INE en 1999 estamos en la media de 1,07 hijos nacidos vivos por mayor de 15 a 45 años. La más baja del mundo.

Se suele repetir hoy en día que la compensación vendrá del exterior. Efectivamente un formidable diferencial del PIB por habitante —Marruecos— tiene el 9 por ciento del español o Ecuador el 11 por ciento, convierte a España de nación emigrante en inmigrante.

Ahora bien, si los atendemos, la carga sobre el Estado de Bienestar será bastante notable.

La comodidad de no tener hijos y el alto nivel del bienestar material, que elimina la oferta de brazos para ciertas tareas sociales se va a pagar con dureza, guste o no a los españoles. Estos cinco problemas —los movimientos poblacionales entre el campo y la ciudad, el del paro, el del prolongado y amplio envejecimiento con sus secuelas en mayor carga financiera en pensiones y prestaciones sanitarias, los de la caída de la natalidad, y los de los emigrantes—, afectan a la médula de nuestro ser nacional. Es intolerable acercarse a ellos con ignorancia o demagogia como ha señalado el profesor Velarde.

3.º Frente a quienes sostienen una pretendida armonización se debe recordar que la Unión cuenta simplemente con un sistema de coordinación de los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros. La protección social de un considerable número de personas por tanto dependen, entera o parcialmente, del buen funcionamiento del sistema de coordinación referido.

Cada vez son más numerosos los trabajadores altamente cualificados que migran, para los cuales los regímenes complementarios de protección social, que no han sido coordinados a nivel europeo, revisten una especial importancia.

Ahora bien se debe resaltar que, para hacer la protección social más favorable al empleo, convendría abordar los siguientes puntos:

1) *Hacia una fiscalidad y sistemas de protección social más favorables al empleo.*

Las personas menos incitadas a encontrar un empleo son las víctimas de la trampa del desempleo: si a la pérdida de prestaciones se suma la carga fiscal, pocas son las ventajas que cabe esperar por traer una renta profesional a la familia. En estos casos los beneficiarios de prestaciones se encuentran verdaderamente atrapados en un callejón sin salida, sin motivación económica alguna para escapar.

La mayor parte de los sistemas de desempleo fueron diseñados originalmente para proporcionar una renta sustitutoria a las personas que se encontraban, supuestamente por un breve período de tiempo, sin empleo. En la mayoría de los casos, el nuevo empleo requeriría cualificaciones idénticas o similares a las del trabajo anterior. Actualmente, es esencial que las personas que buscan empleo estén dispuestas a adquirir nuevas y diversas cualificaciones.

Las cifras revelan que mientras más se prolongue la situación de desempleo, mayor es la dificultad para reincorporarse al mercado.

Se trata, pues, de adoptar medidas que ayuden a los desempleados a adquirir nuevas cualificaciones y a actualizar las que ya poseen, en un marco de protección social que prevenga la pobreza y la exclusión del mercado de trabajo y de la sociedad en general.

2) *Implantación de sistemas flexibles para gestionar la transición de la vida profesional a la jubilación.*

La situación de los trabajadores de edad avanzada ha cambiado radicalmente en los últimos veinte años.

Se introdujeron mecanismos que permitían a los afectados dejar el empleo mucho antes de alcanzar la edad de jubilación. La reducción de la vida profesional era objeto de un amplio consenso implícito entre empresarios, trabajadores y el Estado.

Sin embargo, debido al constante aumento de la esperanza de vida y a la introducción en muchos Estados miembros de reformas encaminadas a elevar la edad de jubilación para aliviar así la presión ejercida sobre los sistemas públicos de pensiones, resulta esencial invertir la tendencia hacia la salida anticipada del mercado de trabajo.

Se tiene poca conciencia de los problemas que planteará la jubilación anticipada durante los próximos diez años. A largo plazo, la tendencia actual de sustituir a los trabajadores de edad avanzada por trabajadores jóvenes será insostenible.

3) *Hacia la viabilidad de los sistemas públicos de pensiones.*

La mayoría de los Estados miembros centran sus esfuerzos en garantizar la continuidad de los regímenes públicos de reparto. La más importante de las soluciones adoptadas consiste en encontrar mecanismos que permitan a las personas continuar su actividad laboral en lugar de acogerse a la jubilación anticipada, es decir elevar la edad real de jubilación.

Otra tendencia común consiste en la estrecha relación que se está forjando entre la cuantía de las pensiones y las cotizaciones totales efectuadas a lo largo de la vida activa.

Fomentar el desarrollo de regímenes complementarios de pensión sobre una base completamente capitalizada. En este sentido, los fondos de pensiones podrán convivir paralelamente con los sistemas públicos de reparto.

4.º *Satisfacer las nuevas necesidades de asistencia de las personas de edad avanzada.*

La esperanza de vida ha aumentado, y así surgen nuevas necesidades por lo que respecta a las condiciones de vida en la etapa final de la vida

de las personas y el envejecimiento de la población europea tendrá una incidencia particularmente fuerte sobre las necesidades de asistencia.

Los avances en el tratamiento de enfermedades graves, así como el aumento generalizado de la esperanza de vida, supone que un número cada vez mayor de personas vive sus últimos años en una situación de dependencia en cuanto a sus necesidades cotidianas. Hasta ahora, solían ser los familiares quienes se ocupaban de estos casos.

Asistimos pues a la aparición de una nueva rama de la protección social. Sin embargo, no es fácil conciliar la necesidad de cubrir estas nuevas necesidades de asistencia con el imperativo de contener los costes correspondientes.

Puede, por tanto pensarse que se planteará una creciente demanda de servicios sociales, cuya satisfacción ofrece inicialmente grandes posibilidades en la creación de empleo.

5.º *Mejora de los servicios sanitarios.*

En los Estados miembros, el gasto total en salud varía entre algo más del 5% a casi el 10% del PIB. En términos absolutos, el gasto ha venido aumentando durante muchos años y en todos los Estados miembros se constata una creciente presión sobre sus servicios sanitarios. Por ejemplo, el gasto *per cápita* en atención sanitaria para las personas de edad avanzada es cinco veces superior al correspondiente a las personas en edad de trabajar. Se espera que la categoría de edad de 75 años y más aumente en casi un 50% en los próximos 20 años, lo que tendrá un efecto significativo sobre el gasto sanitario total. Esta evolución se debe no sólo al cambio demográfico, sino también a las crecientes expectativas respecto a las prestaciones que los sistemas sanitarios pueden y deben ofrecer.

Resulta altamente llamativo el que, desde otra instancia como es el Consejo, por primera vez se plantean consideraciones similares y, en tal sentido deben exponerse las

Conclusiones del Consejo de 17 de diciembre de 1999

Estas son las siguientes:

- Velar por que el desarrollo económico y el desarrollo social vayan de la mano, reconociendo enfáticamente que la organización y financiación de la protección social competen a los Estados miembros.

- Modernización en el seguimiento e intercambio de información y de las experiencias habidas resultando conveniente debatir el futuro de la protección social a escala europea en las nuevas circunstancias.
- El Consejo resalta además la función de los interlocutores sociales en la modernización del proceso de protección social.
- Por lo demás, se coincide en que deben aprovecharse plenamente las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, y en particular las de la información.
- Finalmente se resalta que el origen de los estudios que se llevan a cabo debe fijarse en los trabajos de un grupo de funcionarios de alto nivel.

Parlamento

Es en tercer lugar, el que viene a refrendar la línea de actuación mareada por los anteriores órganos y ello se manifiesta por los principios aceptados por la Cámara que resultan ser los recogidos en las orientaciones generales para la política económica del ponente Giorgos KATIFORIS. En tal sentido aparece que el Parlamento señala que es posible reducir los impuestos en muchos Estados miembros. También aboga por revisar los sistemas de Seguridad Social para reducir la carga fiscal que afecta a la creación de empleo.

En base a ello pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La Eurocámara considera que para conseguir el pleno empleo hacen falta elevadas tasas de crecimiento —no inflacionistas y económicamente sostenibles—. Para lograr ese crecimiento se necesita a su vez un entorno favorable a la inversión y formar adecuadamente a los trabajadores, y para ello, el Parlamento aconseja la reducción de trabas y de costes a la creación de empresas y que se siga avanzando en la reforma estructural del mercado laboral. Igualmente, se aboga por más eficacia en los mercados de bienes, servicios, capital y trabajo.
- Sigue siendo aconsejable mantener actitudes razonables durante las negociaciones salariales para tener en cuenta la estabilidad de precios, los aumentos de productividad y la necesidad de mantener bajo control los costes laborales unitarios, incluso en el caso de reducciones del tiempo de trabajo.
- La política económica, social y de empleo son tres aspectos de una estrategia global de combinación de políticas y, por lo tanto se entiende que, la aplicación de la nueva estrategia fortalecerá

- asimismo las iniciativas en materia de política social y de empleo y las equipará a los instrumentos de la política económica.
- El logro de una economía basada en el conocimiento presupone una mayor actividad en los ámbitos de la investigación y el desarrollo.
 - Las perspectivas de envejecimiento de la población hacen necesario llevar a cabo una revisión radical de los regímenes de pensiones para que sigan disfrutando de solidez financiera y continúen prestando un servicio a la población sobre una base justa y equitativa.
 - La estabilidad de precios y salarios y una buena gestión de las finanzas públicas son condiciones necesarias para que los mercados operen sin sobresaltos y la economía funcione correctamente, en particular en lo que se refiere a las actividades de ahorro e inversión.
 - Una distribución justa, una actitud solidaria en situaciones de adversidad económica y la adopción de un enfoque social en la toma de decisiones cotidianas son ingredientes esenciales para el satisfactorio funcionamiento de una economía de mercado.

Consejo Europeo Extraordinario de Lisboa

- Se insiste por lo demás en las conclusiones sostenidas en el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa y la necesidad de obtener una vuelta al pleno empleo.
- El rápido envejecimiento de la población ha de abordarse como un problema grave a medio plazo, adoptando soluciones basadas en un enfoque fundado en la cohesión social.
- Se insta a aquellos Estados miembros que aún tengan que llevar a cabo reformas estructurales a que aumenten la flexibilidad de los mercados de bienes, servicios y capital, así como del mercado laboral.
- Se reconoce que es posible reducir el nivel de imposición en muchos de los Estados miembros y que hay que revisar los sistemas de seguridad social a fin de reducir la carga fiscal con respecto a la creación de empleo.

Consejo Unión Europea 28-III-2000

- Se acepta el criterio de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa consistente en el aumento de la tasa de empleo, pasando de una media de 61% al 70% de la población para el 2010.

- Se recuerda que no deben utilizarse las inversiones públicas para gestionar la demanda en la economía, ya que la experiencia enseña que ello puede ser contraproducente; se considera que las inversiones públicas deben llevarse a cabo cuando los beneficios de dichas inversiones para la sociedad en su conjunto sean mayores que los costes.
- Se muestra a favor de la observancia de actitudes razonables en el marco de las negociaciones salariales, teniendo en cuenta la estabilidad de los precios, los aumentos de la productividad y la necesidad de mantener bajo control los costes laborales unitarios, incluso en el caso de reducciones del tiempo de trabajo, y se hace un llamamiento a los interlocutores sociales para que desarrollen las negociaciones o reformas al respecto con un espíritu de imparcialidad y responsabilidad social.

A este respecto debe ahora exponerse la síntesis del Informe sobre la protección social en Europa 1999 que recoge lo siguiente:

El rápido avance hacia una unión económica y monetaria completa, la estrategia concertada para el empleo y la ampliación de la Unión tienen importantes repercusiones para la protección social y hacen que sea cada vez más una cuestión de interés común para los Estados miembros y, por tanto, una cuestión en relación con la exigencia de que debe haber una mayor cooperación a nivel europeo.

Se acepta que los Estados miembros son responsables de la organización y la financiación de la protección social. Sin embargo, los instrumentos de la política de coordinación y supervisión de la UE, como las orientaciones generales de política económica o el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, constituyen asimismo un marco general para las políticas de empleo y protección social, al establecer objetivos de coordinación presupuestaria y proporcionar directrices para las políticas públicas. El objetivo de esta nueva iniciativa para las políticas sociales, que tiene en cuenta la evolución del contexto económico es la necesidad de una política general de coordinación.

Pueden así aceptarse como Objetivos cruciales a que deben atenderse los Sistemas de Prevención Social los siguientes:

- hacer que trabajar sea rentable y garantizar unos ingresos seguros;
- conseguir pensiones seguras y sistemas de pensiones viables;
- promover la inclusión social; y
- garantizar una atención sanitaria viable y de alta calidad.

Incluir la postergación de la edad oficial de jubilación o el aumento del número de años de cotización que se requieren para tener derecho a pensión completa. La reducción del importe de la pensión en relación con los últimos salarios o una relación más estrecha entre cotizaciones y prestaciones y la creación de fondos especiales para financiar las transferencias futuras. Esto equivale: a añadir a los sistemas de reparto existentes, en los que las pensiones actuales se financien con las cotizaciones actuales, sistemas de «capitalización» en los que las cotizaciones actuales se fijan en relación con los derechos futuros.

Y es que efectivamente, mientras que actualmente la Unión Europea cuenta con una media de una persona de 65 años o más por cada cuatro personas en edad de trabajar (coeficiente de dependencia de la tercera edad), se prevé que este porcentaje pase a ser uno por cada tres en el año 2020 y de casi uno por cada dos en el año 2040. Contrariamente a las tendencias observadas en el pasado, es poco probable que el crecimiento del coeficiente de dependencia de la tercera edad se compense en gran parte por la continuada disminución del número de niños y jóvenes menores de 15 años, que, según se prevé será más lenta que la del número de personas en edad de trabajar. El coeficiente global de dependencia, que en los últimos 20 años ha disminuido ligeramente en la Unión Europea, recuperará el terreno perdido antes del año 2010, para aumentar luego considerablemente desde el actual coeficiente de cinco personas menores de 15 años, o de 65 años o más por cada diez personas en edad de trabajar, a seis personas dependientes por cada diez personas en edad de trabajar en el año 2025 y siete personas dependientes por cada diez personas en edad de trabajar en el año 2040.

El perfil del gasto social

La prestación de vejez y viudedad representan, con mucho, el capítulo más importante de gastos de la protección social, con una media del 43% del total de los gastos de la Unión Europea en 1996. Es decir, un poco más del 12% del PIB; la asistencia sanitaria ocupa el segundo lugar, con un poco más del 21,5% del total, o sea, algo más del 6% del PIB.

Los gastos vinculados a las prestaciones de invalidez y de desempleo presentan una importancia similar. Cada uno de los capítulos representan algo más del 8% del total de los gastos, aunque en 1996, en 9 de los 15 Estados miembros el importe de las prestaciones por discapacidad era superior al de las prestaciones de desempleo.

Los gastos vinculados a las familias y a los niños, incluidas las prestaciones de maternidad, y los servicios de cuidados a los niños y

las prestaciones familiares, representan una media sólo ligeramente inferior a las prestaciones de incapacidad y desempleo, mientras que los gastos vinculados a los otros tres tipos de prestaciones, a saber, enfermedad, vivienda y exclusión social, en conjunto son de importancia parecida, con un promedio de alrededor del 7,5% del gasto global.

Financiación del gasto social

Por término medio, en 1996 las cotizaciones oficiales financiaron un 63% de los gastos de la protección social, si bien el porcentaje varió desde dos tercios en Bélgica, los Países Bajos, Alemania, Italia y España, a justo algo más de la mitad en Luxemburgo, Suecia y Finlandia y sólo el 25% en Dinamarca.

Los métodos de financiación tienen tendencia a cambiar lentamente. La importancia relativa de las cotizaciones sociales en el conjunto de la Unión disminuyó marginalmente entre 1990 y 1996.

Por otro lado, las cotizaciones sociales se convirtieron en una fuente más importante de financiación en Dinamarca (donde se incrementó el porcentaje del 13% al 25%) y los Países Bajos (de un 59% a un 67,5%), también en Finlandia, Bélgica y Austria aunque bien es cierto que no tan espectacularmente.

Cambios de Política

Los cambios introducidos los últimos años en los sistemas de protección social se han centrado en los mismos objetivos clave mencionados anteriormente, puestos de relieve en la Comunicación de la Comisión publicada a principios de 1999.

Mientras que en la década de los años 90 los cambios introducidos en las prestaciones de desempleo se dirigieron principalmente a frenar el gasto de los presupuestos públicos, en los últimos años se ha observado una tendencia generalizada a asociar más estrechamente el complemento a los ingresos con medidas activas del mercado de trabajo, así como a instar a las personas beneficiarias de prestaciones a que encuentren un trabajo lo más pronto posible. En varios Estados miembros, incluidos Dinamarca, Alemania, los Países Bajos y el Reino Unido, se ha ampliado la definición de trabajo adecuado para una persona en situación de desempleo, a fin de incluir en ella aquellos empleos que éstos pueden realizar con un mínimo de formación, en vez de incluir únicamente los trabajos realizados.

En varios Estados miembros, las prestaciones por discapacidad se han utilizado como sustituto de las prestaciones de un desempleo más

«aceptable», especialmente en el caso de las personas en situación de desempleo de larga duración. En los Países Bajos y Reino Unido se introdujeron reformas dirigidas a reforzar los procedimientos asociados con los exámenes médicos y ampliar la definición de los trabajos que la persona en cuestión podría realizar.

En otros Estados, como en Austria, Grecia e Italia, también se han restringido los requisitos para causar derecho a prestaciones, mientras que en Suecia, donde los gastos son comparativamente elevados, el sistema se encuentra en pleno proceso de reforma.

En cuanto a la pensión de jubilación anticipada cabe significar que también ha aumentado el número de personas que se acogen a la jubilación anticipada, por razones similares, en tanto en cuanto se arbitran como alternativas al problema de desempleo de larga duración.

Para evitar tal utilización irregular de las prestaciones sociales en Dinamarca, Austria e Italia, se ha aumentado el número de años de cotización necesarios para poder optar a una jubilación anticipada, mientras que en Alemania, se está aumentando progresivamente la edad mínima para poder optar a una pensión de esas características.

Igualmente cabe resaltar las soluciones introducidas en Austria y Alemania en donde los empresarios tienen derecho a una reducción de sus cotizaciones sociales si, para sustituir progresivamente a sus trabajadores, contratan a una persona que se encuentra en situación de desempleo.

Prestaciones familiares

La protección social por hijos de las familias, con menores a cargo, tiene tres objetivos principales: ayudar a las personas a sobrellevar los costes adicionales que supone tener hijos por medio de prestaciones y subsidios especiales; ayudar a las personas que dan a luz a través de subsidios de maternidad y permisos, (que cada vez se aplican en mayor grado a ambos progenitores); y proporcionar ayuda para el cuidado de los niños y de los miembros de la familia con discapacidad o de edad avanzada y dependientes.

En Alemania, las prestaciones por hijo aumentaron perceptiblemente a principios de 1999 y se prevé que vuelvan a aumentar en el año 2000, lo que, junto a las desgravaciones fiscales por hijo, supondrá un incremento de los ingresos familiares netos. En Luxemburgo, la asistencia se dirige más específicamente a las familias de rentas bajas. En Italia se introdujo una nueva prestación en 1999 para con las familias con más de tres hijos menores de 18 años.

El derecho de las personas con menores a cargo para obtener un permiso se ha ampliado o está en proceso de ampliación en muchos

países de la Unión, incluidos Austria, Luxemburgo, Dinamarca, Bélgica, Irlanda, los Países Bajos, Italia, España y el Reino Unido.

En España, las reducciones fiscales en concepto de costes para el cuidado de los niños menores de tres años aumentaron considerablemente en 1998. En los Países Bajos, desde 1999, los padres de familias monoparentales que buscan trabajo o reciben formación, tienen derecho a un reembolso de los gastos ocasionados por el cuidado de los niños. En el Reino Unido, en octubre de 1999 se introdujo un nuevo crédito fiscal para el cuidado de los niños, incluidas las familias monoparentales.

Para lograr pensiones seguras y unos sistemas financieros viables se han adoptado medidas tales como el aumento de la edad oficial de jubilación o del número de años de cotización necesarios para tener derecho a la pensión completa, la reducción del importe de la pensión en relación con el salario recibido en el pasado o una relación más estrecha entre las pensiones y las cotizaciones, así como la creación de fondos especiales para financiar transferencias.

En España, la base para calcular los derechos de pensión se encuentra en un proceso progresivo de extensión. En Italia, se congelaron las pensiones más elevadas en 1998. En Alemania se ha modificado la base para indexar las pensiones, con lo que se han reducido eficazmente los gastos. Debe destacarse, en tal sentido, la reforma de 1999, cuyo objetivo consistía en reducir gradualmente las pensiones desde un 70% del salario medio neto a un 64%.

En España se ha aumentado el importe de las cotizaciones de las personas que perciben unos ingresos medios y altos, sin que este aumento haya ido acompañado de un aumento correspondiente de futuros derechos.

En los Países Bajos, se ha creado un Fondo Especial al que se contribuye cada año con una cantidad para el incremento del gasto. En Francia, existe la propuesta de incrementar de 40 a 42,5 los años de cotización necesarios para tener derecho a la pensión completa y, al igual que en España, se ha creado un Fondo para consolidar la financiación de las pensiones, siguiendo el ejemplo de Irlanda en la que, se creó en 1998.

Asistencia Sanitaria

En muchos países con un sistema nacional de Asistencia Sanitaria (España, Italia, Suecia, el Reino Unido e Irlanda), se han traspasado mayores responsabilidades de gestión de los servicios y reparto de los presupuestos a las autoridades regionales o locales, que están en situa-

ción de evaluar las necesidades de forma más precisa. Además, se ha observado una tendencia generalizada a aumentar las aportaciones directas por los medicamentos y los tratamientos, incrementando los costes directos a cargo del consumidor, a fin de instarles a racionalizar el uso de los servicios y proporcionar, además, medios de financiación suplementarios. Esta evolución ha ido acompañada del establecimiento de listas de medicamentos autorizados y de la introducción de medicamentos genéricos, a fin de reducir el coste de las recetas médicas.

Según datos procedente de la OCDE, el porcentaje de gastos privados en los gastos totales de la Asistencia Sanitaria en la Unión Europea ha sufrido un ligero incremento en la década de los años 90, habiendo pasado de un 22% en 1990 a casi el 24% en 1997, lo que representa un aumento de algo más del 30% de los gastos de protección social. La importancia del gasto privado en la Asistencia Sanitaria varía considerablemente entre los Estados miembros, desde un 40% del total de los gastos en Portugal y el 30% en Italia hasta alrededor del 15% en Suecia, el Reino Unido, Bélgica y Dinamarca y sólo el 8% en Luxemburgo. En países como Italia, Finlandia y Suecia, las restricciones del gasto de la salud pública han conducido al crecimiento de servicios privados entre 1990 y 1997, ya sea directa o indirectamente, puesto que el incremento de las cotizaciones directas de los asegurados constituyó una de las medidas para reducir los gastos públicos.

Esquema esencial de los planteamientos sostenidos en el seno de la Unión Europea

A. Aspectos fundamentales del cambio y la modernización:

Protección social más favorable al empleo.

Fiscalidad más favorable al empleo.

Transformar el seguro de desempleo de modo que a su través se procure una aptitud para el empleo.

Necesidad de reestructurar los modalidades de financiación de la Seguridad Social.

Sistemas flexibles para gestionar la transición de la vida profesional a la jubilación.

La protección social como instrumento para promover la integración.

B. Principios esenciales:

Adaptar la protección social al envejecimiento demográfico.

Lograr la viabilidad de los sistemas públicos.

Revisar el contexto del seguro para los regímenes complementarios.
Examen de las nuevas necesidades de asistencia de las personas de edad avanzada.

Facilitar la mejora de los servicios sanitarios.

Adaptar la protección social a la evolución de la participación de hombres y mujeres en la vida profesional: hacia una individualización de los derechos.

Mejorar la protección social de las personas que se desplazan dentro de la Unión.

C. Conclusiones sobre el futuro de la protección social

Se hace preciso mostrar el camino que debe emprender la modernización.

Es necesario presentar algunas propuestas concretas con vistas a recabar apoyo a nivel europeo.

Cada Estado miembro es responsable de la organización y de la financiación de su sistema de protección oficial.

La Unión Europea debe velar por la coordinación de los regímenes encaminándolos a fomentar la libre circulación.

La Unión Europea ha de promover la comprensión, perspectivas a largo plazo y desafíos comunes.

2. Resulta imprescindible tener en cuenta lo que se denomina factor de producción: costes y beneficios globales de los sistemas de protección social.

3. Los Sistemas de protección social deberán adjuntar medidas internas que sean más favorables al empleo que los que hasta la fecha se han aprobado transformando el seguro de desempleo en un sistema paliativo de un seguro proactivo que promueva la aptitud para el empleo. Deben además reducirse los costes laborales no salariales, siguiendo los dictados del Informe del Consejo Europeo de Amsterdam 1997 y Luxemburgo 1997, sin obviar la incidencia de la imposición fiscal sobre el empleo tal y como recogió el Consejo Europeo de Dublín.

4. Adaptación de la protección social al envejecimiento demográfico de las sociedades europeas: El envejecimiento ejerce considerable presión sobre los sistemas de pensiones. Las reformas que es preciso introducir a fin de garantizar la viabilidad de los sistemas públicos de pensiones complementarias, ha de hacerse en un contexto seguro para los regímenes complementarios de pensiones.

Es indispensable contemplar las nuevas necesidades de personas dependientes de edad avanzada al igual que la eficacia y la rentabilidad de los sistemas sanitarios, con arreglo a las estrategias de mercados.

5. Medidas encaminadas a hacer compatibles el trabajo y la vida familiar.

6. Protección social de las personas que se desplazan en el interior de la Unión.

7. Diálogo continuo sobre las estrategias de modernización de los sistemas de protección social.

Documentación bibliográfica

Documento de la Comisión. Consejo de la Unión Europea, sobre la modernización y mejora de la protección Social en Europa 12-III-97.

Conferencia sobre la Financiación de la Protección Social, Helsinki, Finlandia. 22-23-XI-99.

Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre intensificación de la Cooperación para mejora y modernización de la protección social 17-XII-99.

Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa. Lisboa 22-III-2000.

Informe sobre la Protección Social en Europa del Consejo de la Unión Europea 28-III-2000.

Informe Katifaris. Parlamento Europeo 11-V-2000.

Informe y recomendaciones sobre política y economía de los Estados miembros. Parlamento Europeo 10-V-2000.

Perspectivas actuales y futuras del sistema de Seguridad Social en España

José Antonio Panizo Robles

Subdirector General de Ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de la Seguridad Social

I. Introducción

Quisiera, en primer lugar, agradecer a los organizadores de estas Jornadas que, dentro del marco de conmemoración del Centenario de la Seguridad Social, se celebran bajo el título genérico de «*La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI*», para que el Instituto Nacional de la Seguridad Social esté presente en las mismas.

De acuerdo con el programa previsto, me corresponde efectuar una reflexión sobre la situación actual y las perspectivas de futuro del sistema español de la Seguridad Social. Y en esta reflexión, creo que es conveniente partir de una consideración inicial sobre lo que representa este mismo sistema.

El sistema de la Seguridad Social es un mecanismo esencial para garantizar el bienestar global de la sociedad, constituyendo de esta forma un pilar básico de la cohesión social y un instrumento de progreso, de vital importancia, que es necesario preservar en el futuro. No hay que olvidar que el propio Tratado de la Unión considera, como uno de los objetivos básicos de aquélla «*lograr el más alto nivel de empleo y de protección social*», considerando, además, que los sistemas de Seguridad Social «*constituyen una de las señas de identidad del modelo europeo de sociedad*».

Ahora bien, cuando se hace referencia a los sistemas públicos de protección social y, dentro de ellos, a los de Seguridad Social, es necesario tener en cuenta una serie de premisas básicas sobre las características de esos mismo sistemas, pues ellas nos permiten explicar en buena parte la evolución seguida por los mismos que, además, condicionan y explican su devenir futuro.

Entre estas características, cabe destacar las siguientes:

- En primer lugar, que **un sistema de Seguridad Social es «tributario de su historia»**. Ello quiere decir que en su evolución se ve arrastrado por las opciones que en su momento se adoptaron. Y respecto al sistema de Seguridad Social español, ya a principios de la década de los años sesenta —en línea con lo que sucedía en nuestro entorno geográfico y socio-cultural— se adoptaron unas decisiones (la configuración de un sistema de protección social fundamentalmente contributivo, basado en una modalidad financiera de reparto, con una gestión pública —sin perjuicio de presenciar la gestión privada en determinadas áreas, a través de la vía de la colaboración en la gestión—, con una unificación de sus recursos, etc.), que van a condicionar la evolución de ese sistema.
- En segundo lugar que el sistema de la Seguridad Social se instituye como un conjunto de mecanismos en orden a **dar respuesta a determinadas necesidades sociales**. Si las demandas sociales van modificándose a lo largo del tiempo, en lógica coherencia deben adaptarse los propios sistemas de Seguridad Social, pues en caso contrario corren el peligro bien de dejar de dar las respuestas adecuadas a esas necesidades sociales o, también, de producir una deslegitimación social.
- A su vez, que los sistemas de Seguridad Social, sin perjuicio de sus finalidades y objetivos específicos —la cobertura de las necesidades sociales— **se encuadran dentro de un marco económico general**, que le da soporte. Por ello, no puede perderse de vista esa interrelación entre los aspectos sociales y económicos. Si bien, el marco económico no puede desconocer los ámbitos sociales y las exigencias de la cohesión social, tampoco los sistemas de Seguridad Social pueden alejarse de las exigencias económicas, so pena de correr al corto o medio plazo serios peligros de viabilidad.
- Asimismo, que en los sistemas de Seguridad Social se deben **combinar adecuadamente determinados principios**, como son, de una parte, los de contribución, proporcionalidad y equidad y, de otra, el de solidaridad. Un sistema de Seguridad Social que olvide la solidaridad, difícilmente podrá ser calificado de esa forma —de Seguridad Social—; será un sistema de ahorro o de seguro, pero, insisto, no podrá hablarse propiamente de un sistema de Seguridad Social.
Pero, un sistema de Seguridad Social en el que prima, de forma esencial, el principio de solidaridad, sin tener en cuenta, o sin te-

nerlas de forma adecuada, la exigencia de contribución, proporcionalidad y equidad, corre el peligro de convertirse en un sistema asistencial, el cual, sin perjuicio de sus características intrínsecas, difiere de lo que venimos configurando como sistema de Seguridad Social.

- De igual modo, que en los sistemas de Seguridad Social, **la gestión debe estar presidida por unos principios de eficiencia y eficacia**, no sólo en el sentido de que se gestione más y mejor, y con el menor coste posible, sino, además, que las prestaciones se reciban por quienes se encuentran en la situación protegida y reúnan los requisitos establecidos, eliminando o reduciendo en la medida de lo posible el uso indebido o fraudulento en el acceso o en el mantenimiento de la protección.

Si cualquier Administración Pública ha de luchar de forma decidida contra el fraude, esta exigencia resulta más ineludible en el ámbito social, ya que en él —como antes señalaba— está presente un mayor componente de solidaridad, que precisa que los recursos públicos que la sociedad destina a las atenciones sociales no se dediquen a otra finalidad, puesto que esa situación —la fraudulenta— es una de las mayores causas de deslegitimación de los sistemas de la Seguridad Social y, al final, un sistema de protección social que se instaura en el fraude es objeto de una fuerte modificación.

- Por último, que, en un marco de mayor interdependencia económica y, en determinadas zonas geográficas, en las que se ha producido una mayor integración incluso política, la posible **evolución de los sistemas de Seguridad Social deben estar en línea con las reformas y medidas que se adoptan en ese marco internacional** y, de modo primordial, en el seno de la Unión Europea.

Por ejemplo, las modificaciones llevadas a cabo en los últimos años en el sistema de Seguridad Social de España están en línea con determinadas adaptaciones que se vienen introduciendo en los sistemas de la Seguridad Social de los países que conforman la Unión Europea. También en ellos —y valgan los ejemplos de las adaptaciones que se han introducido en los sistemas de Seguridad Social de países como Francia, Italia, Alemania, Países Bajos o los que denominamos «*Estados nórdicos*»— se ha sentido la necesidad de introducir elementos de racionalidad a esos propios sistemas, procurando fortalecer los mecanismos de contribución y proporcionalidad, sin descuidar al tiempo los de solidaridad.

Y este hecho no debe sorprendernos, ya que, aunque en el ámbito de la Unión Europea no exista un sistema único de Seguridad

Social, ni esos sistemas han sido objeto de una armonización clara, sí que están presentes en los mismos unas líneas de convergencia, a veces de forma explícita y otras implícita, que impulsan a la aproximación de los propios sistemas de Seguridad Social.

II. Situación actual del sistema de Seguridad Social en España

En los últimos años, en el sistema español de Seguridad Social se han ido adoptando todo un conjunto de medidas que, han tenido como ejes, por una parte, potenciar los aspectos de contribución y de equidad, pero, al tiempo, incrementar la solidaridad, medidas que se han enmarcado sobre dos ejes esenciales:

- el fuerte consenso sobre los rasgos básicos del modelo de protección social y
- el convencimiento de que los sistemas de Seguridad Social han de adaptarse de forma permanente a una realidad social, siempre en transformación.

1. *La existencia de un amplio consenso sobre la delimitación de nuestro sistema de Seguridad Social*

En la delimitación del sistema español de Seguridad Social han jugado un papel esencial los acuerdos políticos y sociales alcanzados en los últimos años, para redefinir un modelo de protección, así como las medidas a adoptar en orden a su estabilidad y consolidación. Por ello, creo que es esencial que nos detengamos un momento en los objetivos contenidos en el «*Pacto de Toledo*» (compromiso político de todo el Parlamento español, alcanzado en 1995), así como en el «*Acuerdo Social*» de 1996, suscrito entre el Gobierno y las Organizaciones sindicales más representativas.

Por consiguiente, existe en España un compromiso político y social sobre la realidad y evolución del sistema de Seguridad Social, que puede resumirse en dos rechazos y en una afirmación, del modo siguiente:

- Hay un rechazo a la transformación radical del sistema español de Seguridad Social, basado en el reparto, por otro asentado en la capitalización, tanto por razones técnico-económicas, como por otras de solidaridad y de justicia social.
- También existe una unanimidad en rechazar que el sistema público de Seguridad Social se reduzca a un sistema de protección mí-

nima, dejando las pensiones proporcionales y contributivas totalmente a la gestión privada.

- Por el contrario, se participa de forma unánime en la idea de que ha de continuarse con el sistema de Seguridad Social que ha ido evolucionando a lo largo del siglo XX, introduciendo las medidas que le den soporte financiero y que permitan su estabilidad y su viabilidad futuras.

Y bajo estas premisas básicas, se ha apostado por un modelo que, como es bien sabido, se articula en las siguientes modalidades de protección:

- Una modalidad contributiva de prestaciones económicas**, en favor de quienes realizan una actividad laboral o profesional, mediante la cual se reconozcan prestaciones sustitutivas de los ingresos o de las rentas obtenidas a lo largo de la vida activa, y cuyo importe esté directamente relacionado con el tiempo y la cuantía de las contribuciones realizadas.

Esta modalidad se financia a través de las cotizaciones sociales abonadas por los interesados y, en su caso, por las empresas para las que prestan servicios.

- Una modalidad no contributiva de prestaciones económicas**, en favor de las personas que, ante la contingencia protegida, carezcan de recursos suficientes para atender a sus necesidades, y con la finalidad de compensar esa ausencia de ingresos. La cuantía de las prestaciones es de importe fijo, si bien existen cuantías diferenciadas cuando se dan situaciones distintas de necesidad.

La financiación de las prestaciones no contributivas se efectúa por aportaciones del Estado a la Seguridad Social, de conformidad con el principio de solidaridad general que aquéllas encierran.

- Una modalidad de prestaciones de acceso universal** (básicamente la asistencia sanitaria y los servicios sociales), dirigidas a toda la población y financiadas por aportaciones del Estado a la Seguridad Social.

- Por último, una **modalidad de prestaciones complementarias**, no sustitutivas ni alternativas a las prestaciones públicas, con la finalidad, precisamente, de complementar aquéllas.

La financiación de esta modalidad de prestaciones se efectúa a través de aportaciones de los propios interesados (o, en algunas modalidades, de sus empresas), y su gestión corresponde en su integridad al sector privado.

2. *La necesidad de adaptación de los sistemas de Seguridad Social*

Pero aunque exista un consenso sobre la realidad de nuestro modelo de Seguridad Social, así como una defensa de sus premisas esenciales, ello no puede estar reñido sino que, al contrario, es consustancial con la constante necesidad de ir introduciendo las medidas adecuadas para que el sistema de Seguridad Social pueda seguir cumpliendo su papel y hacer frente a los retos y desafíos que se le presentan constantemente. Como ha señalado la Comisión Europea *«lo que verdaderamente pondría en peligro el modelo social europeo es que no pudiera hacer frente a los problemas existentes»*.

En este ámbito, la Comisión de la Unión Europea ha presentado, en los últimos cuatro años, tres importantes iniciativas centradas, la primera de ellas, sobre *«El futuro de la protección social»*, y las otras dos relacionada con la *«Modernización y mejora de la protección social en Europa, en un marco de estrategia concertada»*, en las que se incluyen los ejes que, a su juicio, deben seguir los sistemas de la Seguridad Social para poder hacer frente al conjunto de retos y desafíos que, en los umbrales del siglo XX, se le presentan a aquéllos y, de este modo, poder seguir cumpliendo, en la próxima centuria, su papel básico de instrumento de cohesión social y de *«señas de identidad de la sociedad europea»*.

Para que los sistemas de protección social puedan hacer frente a esos retos y desafíos, las instancias comunitarias recomiendan, entre otras, las siguientes medidas:

- a) *La necesidad de consolidación de los sistemas de Seguridad Social* y, más en general, de las finanzas públicas a fin de evitar el crecimiento del déficit y de gravosos servicios de deuda en el futuro, puesto que todo ello iría en detrimento del gesto en protección social, lo cual no debe estar en contradicción con un alto grado de protección social, ni puede conducir al desmantelamiento de la solidaridad, sino más bien como un reforzamiento de la solidaridad entre diferentes generaciones, en la que se basa el desenvolvimiento de los sistemas europeos de Seguridad Social.
- b) *La necesidad de lograr una mayor vertebración social*, haciendo de los sistemas de protección social un vehículo de promoción de integración económica y social.
- c) *La conveniencia de adaptación o adecuación* de los sistemas de protección a la naturaleza cambiante del trabajo.
- d) *El desafío que presenta el envejecimiento de la población europea* a los sistemas de protección social y, dentro de ellos, a los sistemas de pensiones.

- e) Y, por último, la necesidad de *combinar adecuadamente los mecanismos complementarios* de la protección social con los de naturaleza pública.

Pues bien, si analizamos el conjunto de los retos y desafíos con los que, a juicio de la Comisión Europea, se enfrentan los sistemas de Seguridad Social, veremos que son, en grandes líneas, los mismos que se plasmaron en el Pacto de Toledo y en el Acuerdo Social de 1996.

3. *Las medidas adoptadas en la adaptación de los sistemas de protección social*

A la solución de tales problemas se han dirigido los Acuerdos parlamentario y social a que antes he hecho referencia. En los mismos se ha reflejado la voluntad de asegurar la pervivencia del modelo protector, a través de la puesta en marcha de toda una serie de medidas en el área de la protección, la financiación o la gestión, que permitan la consolidación y la racionalización del sistema, dentro de un entorno de crecimiento.

Quisiera a continuación comentar, de forma breve, alguna de las medidas adoptadas en los últimos tiempos en el ámbito de la Seguridad Social, que han tenido como finalidad —y permítanme que sea insistente en ello— la consolidación y la racionalización de nuestro sistema protector.

3.1. La reforma financiera de la Seguridad Social

Una de las primeras medidas adoptadas ha consistido en la culminación del proceso de separación de las fuentes financieras del sistema, adecuando las mismas a la naturaleza de las prestaciones, de forma que las de naturaleza contributiva, cuya finalidad es otorgar rentas de sustitución, encuentren su financiación en las cotizaciones sociales, mientras que las de naturaleza no contributiva se financien con aportaciones del Estado, procedentes de la imposición general, en base a la solidaridad universal que aquéllas encierran.

Esta reforma financiera, llevada a la práctica con una dosis de prudencia y de forma paulatina, ha culminado prácticamente en el año 2000, en el que las prestaciones no contributivas ya se financian con aportaciones del Estado.

Pero, al mismo tiempo, la evolución favorable de la economía, combinada con la separación de las fuentes de financiación, ha permitido también la constitución de un fondo de reserva (con una dotación inicial de 100.000 millones de pesetas), fondo que está llamado a de-

sempeñar un papel relevante en un modelo de Seguridad Social como el español, basado en el reparto, régimen financiero que tiene indudables ventajas para la configuración de un sistema integrado, pero que, al tiempo, requiere de mecanismos que garanticen en todo momento su equilibrio, a fin de que no se vea afectado por los altibajos de la coyuntura económica.

En línea con la reforma financiera apuntada, se ha procedido a una equiparación de las bases de cotización con los salarios reales de los trabajadores, a través del establecimiento de un único tope de cotización, aplicable a todos los grupos de cotización y categorías de trabajadores, en un proceso gradual a fin de evitar que pueda incidir de forma negativa en la competitividad y el empleo. Este proceso, que deberá culminar en el año 2002, originará un reparto más equitativo de la distribución de la carga entre sectores y en un incremento de los niveles de protección.

3.2. La acentuación de los principios de contribución y solidaridad

Al tiempo que se ha puesto en marcha la reforma financiera de la Seguridad Social, se ha incidido en el otro objetivo que persigue nuestro sistema de protección, consistente en reafirmar los principios que debe regir su ámbito de protección, es decir, lograr un adecuado efecto sustitutorio de rentas y propiciar la solidaridad con los sectores más desfavorecidos.

Así, **en relación con la jubilación**, y con objeto de incrementar la contribución y la equidad, se ha procedido a la ampliación progresiva del penado a computar para el cálculo de la base reguladora, de modo que se alcance una mayor relación entre la prestación lograda y la contribución realizada; a su vez, se ha modificado la forma de cómputo de los años trabajados a efectos de la determinación del porcentaje aplicable para determinar la cuantía de la pensión, al tiempo que se ha minorado el coeficiente reductor de la pensión de jubilación en los supuestos de personas que tienen que jubilarse anticipadamente por causas no imputables a ellos.

Dentro de la intensificación de **los mecanismos de solidaridad**, se ha incorporado una serie de medidas en relación con la **orfandad** que mejoran notablemente su ámbito de cobertura, a través de la ampliación de los límites de edad para poder ser beneficiarios de la prestación.

La misma finalidad solidaria tiene igualmente **la elevación de las cuantías mínimas garantizadas a los pensionistas de viudedad menores de 60 años y con cargas familiares**, así como la posibilidad de

que se puedan causar prestaciones de muerte y supervivencia, aún cuando el trabajador fallecido no se encontrase, en el momento de su fallecimiento, en una situación de alta o de asimilación al alta.

Por último, y dentro de este ámbito de protección, se ha **incorporado la garantía expresa en el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones**, a través de fórmulas de revalorización automática en función de la evolución real del IPC, garantía que queda reforzada con la inclusión de cláusulas de revisión y que extienden sus efectos a la totalidad de los pensionistas de la Seguridad Social, con independencia del momento o de la legislación conforme a la cual se causaron sus pensiones.

3.3. La adecuación del sistema de protección social a las nuevas realidades del mercado de trabajo

Otro de los retos a los que se enfrentan los sistemas de la Seguridad Social es la necesidad de adaptar los mecanismos protectores a la realidad cambiante del trabajo y de las nuevas modalidades de contratación.

La aparición de los contratos a tiempo parcial, los contratos temporales y, en definitiva, lo que ha pasado a denominarse como «*trabajo atípico*», ha originado la necesidad de adaptar los sistemas de Seguridad Social a estas nuevas formas de realización del trabajo.

En este ámbito, desde las instancias comunitarias se vienen proponiendo medidas que permitan que los sistemas fiscales y de cotizaciones sociales sean más favorables al empleo, en orden a favorecer a las personas en demanda de inserción laboral o que buscan su vuelta al trabajo. Con este objetivo, se ha propuesto una reducción de cotizaciones sociales, no de carácter general, sino selectiva, haciendo especial énfasis en determinados grupos de desempleados que tienen una mayor dificultad para lograr un empleo, pero sin que la reducción de las cotizaciones implique una merma en la protección social de los interesados.

Los Acuerdos de los Consejos Europeos de Essen, Cannes, Corfú, o los posteriores adoptados en las cumbres de Luxemburgo o Colonia son constantes y reiterativos en tales objetivos.

En el sistema español de protección social se ha establecido todo un conjunto de medidas dirigidas a esa misma finalidad. Tanto el Acuerdo sobre contratación y para la estabilidad del empleo de 1997, incorporados al ordenamiento jurídico a través de las Leyes 63/1997 y 64/1997, como el Real Decreto-Ley 15/1998, sobre trabajo a tiempo parcial o los correspondientes Planes de Fomento del Empleo para los ejercicios 1999 y 2000, han tenido unos efectos positivos, ya que:

- a) De una parte, **se ha mejorado la protección efectiva** de los trabajadores contratados en esta modalidad de contratos. De este modo, los trabajadores, contratados en contratos para la formación o en contratos a tiempo parcial, han pasado a tener una protección social completa y en términos similares a los trabajadores que prestan servicios en contratos a jornada completa, suprimiéndose las lagunas de protección existentes con anterioridad, las cuales —en especial, en los contratos a tiempo parcial de jornadas más reducidas— podían ser significativas. Incluso, en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial, se han establecido mecanismos de «*discriminación positiva*», que les permiten acceder a la protección social de forma efectiva, sobre todo respecto de aquellas prestaciones económicas en cuyo acceso se exigen amplios períodos de cotización.
- b) **La bonificación de las cotizaciones sociales se ha dirigido básicamente a la contratación estable.** No se trata sólo de lograr que el mercado de trabajo ofrezca a los trabajadores un empleo, sino también que ese empleo sea de calidad, como modo de ir terminando con la fuerte tasa de temporalidad de que adolecía el empleo en España, con los beneficios consiguientes para los trabajadores, en cuanto a la seguridad y la estabilidad en el empleo, pero también a las empresas, puesto que la mayor seguridad y estabilidad laboral favorece la productividad.
- c) **Una apuesta decidida por la formación, como medio de incrementar el grado de «empleabilidad»** de los trabajadores. Debido a una multiplicidad de causas (entre las que se encuentran los avances tecnológicos) la situación del mercado de trabajo se ha modificado sustancialmente en los últimos años. Con anterioridad, como norma general, un trabajador adquiría unas aptitudes concretas que le permitían el desarrollo de unos determinados cometidos laborales; ante la pérdida de un empleo, era factible que esos conocimientos y aptitudes adquiridos le posibilitasen, con mayor o menor rapidez, encontrar un nuevo trabajo adaptado a aquéllos. Sin embargo, los fuertes avances tecnológicos y el surgimiento de la «*sociedad del conocimiento*» están modificando sustancialmente la situación anterior. Se requieren de unos conocimientos concretos, en permanente cambio, que exigen una constante formación y la puesta al día de los conocimientos previamente adquiridos, cuando no la adquisición de nuevos conocimientos para volver a insertarse en el mercado de trabajo, cuando de forma temporal se ha salido de aquél. Por ello, el in-

cremento del «*grado de empleabilidad*» es una exigencia necesaria en la lucha contra el desempleo, como se viene recomendando desde las instancias comunitarias y, más recientemente, desde la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea, celebrada en Lisboa.

Con tal finalidad, en los últimos Planes de Empleo se ha apostado fuertemente por un incremento de la formación como medio para reducir las todavía fuertes tasas de paro que tiene la sociedad española, las cuales, si bien se han reducido espectacularmente en la pasada legislatura, siguen siendo un desafío básico de nuestra sociedad.

- d) Por último, la puesta en marcha de programas que combinan la percepción de una ayuda de desempleo, con programas de formación, entre los que se encuentran la «*renta activa de inserción*», a través de la cual un trabajador desempleado suscribe un compromiso con las Instituciones Públicas de realizar cursos de formación, que le posibilite para su inserción laboral, percibiendo, mientras efectúa estos cursos, una prestación social.

3.4. La adaptación de la protección social a la evolución de la participación de hombres y mujeres en la vida profesional

La participación de la mujer en el mercado de trabajo (que supone una de las grandes transformaciones sociales de la segunda mitad del siglo XX) continuará creciendo en los próximos años, lo que requiere encontrar nuevos mecanismos que permitan conciliar la vida profesional y familiar, así como, en la medida en que sea posible, la aplicación de forma progresiva de la individualización de los derechos.

En España, hace unos meses se ha aprobado una Ley que tiene como finalidad la promoción de la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en un marco de esa mayor participación de la mujer en el trabajo, así como de igualdad de oportunidades hombre/mujer.

Dentro de este objetivo, y en el marco de determinadas Directivas comunitarias:

- se han ampliado los períodos de suspensión del contrato de trabajo (y de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social) por maternidad y adopción, mejorando, al tiempo, la propia prestación social;
- se ha establecido una nueva prestación de Seguridad Social, para cubrir la eventualidad de que el desarrollo del puesto de trabajo presente riesgo para la trabajadora embarazada o para el feto,

- cuando aquélla no pueda ser trasladada a un puesto de trabajo compatible con su estado;
- se han mejorado los sistemas de reducción de la jornada, permisos o de excedencia (con reserva de puesto de trabajo), en los casos en que un trabajador/trabajadora haya de dedicarse a los cuidados de un hijo menor o de otro familiar, que no pueda valerse por sí mismo, a causa de la edad, de la enfermedad o de la incapacidad;
 - se han establecido determinadas garantías en el mantenimiento del puesto de trabajo, declarándose nula la extinción de la relación laboral de una persona que tenga suspendido su contrato de trabajo, a causa de las situaciones de riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o cuidado de un hijo menor o de otro familiar;
 - o, por último, se han eliminado la totalidad de las cotizaciones sociales a cargo de las empresas, cuando las mismas contraten a un trabajador desempleado, para sustituir a un trabajador/trabajadora que tenga suspendido su contrato de trabajo ante las situaciones que les acabo de enumerar (es decir, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o cuidado de un familiar).

III. Perspectivas de futuro en la evolución del sistema de Seguridad Social de España

Como les indicaba al principio, los sistemas de Seguridad Social se encuentran sometidos a una constante y continua transformación, a fin de que puedan ir dando respuesta a las necesidades cambiantes de la protección. Por ello, resulta necesario, de una parte, proceder a la corrección de los desequilibrios que puedan presentarse y, de otra, adecuar sus mecanismos para hacer frente de manera eficaz a los retos que habrán de asumir al corto y medio plazo, y que suponen las claves en que tendrá que desarrollarse la Seguridad Social en el siglo XXI.

1. *El reto demográfico*

Dentro de tales retos destaca, por su importancia, la evolución demográfica que se caracteriza por un paulatino crecimiento del número de personas mayores, originado tanto por el descenso de la natalidad, como también por los avances producidos en los ámbitos de la medicina y de la salud pública, con su repercusión en el incremento de la esperanza de la vida.

España no es una excepción en el conjunto de los países occidentales respecto del envejecimiento de la población, si bien en nuestro caso

este fenómeno se está produciendo con un cierto retraso, en relación con los países europeos, debido a una peculiar evolución demográfica en el siglo XX, caracterizada por una importante caída de los nacimientos en la década siguiente a la Guerra Civil y por un notable aumento durante la década de los 60 y principio de los 70.

No obstante, las cifras muestran ya una clara tendencia hacia el envejecimiento de la población. La población española mayor de 65 años, que representaba un 11,2% a principio de los 80, será, a comienzos del siglo próximo, cerca del 17%; representará más del 18% en el 2010 y alcanzará el 20,6% en el 2020.

Estos cambios demográficos seguramente provocarán el nacimiento de una sociedad distinta, en la que parte de los valores actuales dejarán de tener presencia o, al menos, con la intensidad actual. De igual modo, esa nueva sociedad llevará consigo un aumento de las demandas y necesidades de las personas mayores, a las que habrá que responder de forma adecuada, favoreciendo su integración social, económica y personal, desde un ámbito que garantice y eleve su calidad de vida.

2. Las transformaciones sociales

El reto demográfico, con ser básico, no es el único al que deberá atender la Seguridad Social, puesto que deberá prestar atención a las transformaciones familiares, a la aparición de nuevas formas de marginación social o al mantenimiento de un entorno que garantice el crecimiento económico y la creación de empleo.

Por lo que respecta a las **estructuras familiares**, se están produciendo profundos y continuos cambios que son consecuencia tanto de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y del surgimiento de nuevas formas de convivencia, como también del propio cambio de los hogares españoles caracterizados por una más tardía emancipación de los hijos y, como consecuencia de ello, por un mayor período de dependencia de los padres.

Se hará necesario, por tanto, redimensionar las políticas de protección social dirigidas al entorno familiar y diversificar las prestaciones en base a las cambiantes circunstancias a las que nos enfrentamos, con especial incidencia en la satisfacción de las necesidades de los colectivos más débiles.

A su vez, resulta preciso tener en cuenta el posible incremento de **diferentes formas de marginación social**, que surgen como efecto del desarrollo económico o las nuevas formas de producción, orientadas en parámetros de eficacia y capacitación, las cuales pueden marginar a todo un conjunto de personas que por su edad, discapacidad o perte-

nencia a determinados grupos no pueden competir en plan de igualdad y se ven excluidas del mercado de trabajo.

Se corre el peligro del agravamiento de un fenómeno de dualización social, el cual puede desembocar en situaciones de pobreza, que será necesario atajar con medidas que propicien una mayor integración sociolaboral de los colectivos afectados y/o con prestaciones que permitan satisfacer sus necesidades básicas, en orden a evitar una importante fractura social de importantes consecuencias.

Para evitar este problema, desde las instancias comunitarias se propone mejorar la capacitación de las personas, promover un acceso más amplio al conocimiento y a las oportunidades de integración social.

Asimismo, resulta imprescindible que la Seguridad Social se incardine en **un marco de crecimiento y creación de riqueza y de generación de empleo**. Esta prioridad, en un entorno cada vez más abierto y globalizado, adquiere día a día mayor importancia y exigirá de mecanismos de financiación del modelo protector, de modo que, procurando la suficiencia de la cobertura social, sea posible neutralizar cualquier desviación en el destino final de los recursos asignados.

No hay que olvidar que la lucha contra el desempleo y la inserción en el mercado de trabajo es la mejor salvaguardia contra la exclusión social.

En este marco y como ha recordado la Cumbre de Lisboa, de marzo del presente año, los sistemas de protección social han de adaptarse como parte del bienestar activo, en orden a garantizar la buena salud del mercado laboral y su propia sostenibilidad a largo plazo, con una población en proceso de envejecimiento, que permita la promoción de la inclusión social y la igualdad de los sexos.

3. Perspectivas de futuro en la evolución del sistema de la Seguridad Social

Los retos y desafíos que se ciernen sobre los sistemas de protección social va a requerir, sin duda, de todo un conjunto de medidas que dé solución a las demandas sociales y que, al tiempo, se sitúe en un contexto que posibilite mantener y asegurar los actuales niveles de protección social dentro de un entorno económico-financiero equilibrado y estable, medidas entre las que se encuentran:

3.1. Aprovechar las potencialidades y las experiencias de los trabajadores de más edad

Los sistemas de pensiones, en buena parte de nuestros países, están configurados de tal forma que una persona, al llegar a una determinada

edad, ha de abandonar totalmente su actividad, pasando a percibir la correspondiente pensión de jubilación o de vejez. Incluso, hace algunas décadas, se proponía adelantar la edad de acceso a la jubilación, de modo que se permitiese acceder al mercado de trabajo a las generaciones más jóvenes.

La experiencia acumulada ha puesto de manifiesto la falsedad de esa especie de «*conflicto*» entre generaciones, y que la promoción del adelantamiento en el acceso a la jubilación no ha permitido la inserción en el mercado de trabajo de trabajadores jóvenes. Además, las fórmulas actuales de jubilación pueden estar implicando un «*derroche social*», puesto que se desperdicia la experiencia adquirida por esos trabajadores, así como la posibilidad de que puedan seguir desempeñando un papel activo en la sociedad.

En este contexto, entiendo que la propuesta ha de consistir en incentivar la prolongación en la vida activa de tales trabajadores, con las indudables ventajas que tal hecho supone para la viabilidad de los sistemas de pensiones (en un contexto de progresivo envejecimiento de la población), así como para la autonomía y autoestima de los propios trabajadores.

3.2. La continuación en la potenciación de los principios de contribución y de equidad

Uno de los ejes de la reforma de 1997 consistió en la potenciación de los principios de contribución y de equidad, dentro de los ámbitos contributivos de la protección. Pues bien dichos objetivos han de proseguir en el futuro, de modo que, por una parte, se guarde la mayor correspondencia entre la cotización y prestación y, por otra, de que a igual esfuerzo de contribución se alcance un nivel de protección similar.

3.3. La creación de empleo

Una de las garantías de la pervivencia y mejora del sistema de Seguridad Social se encuentra en la generación de empleo. Las políticas adoptadas en la pasada legislatura —basadas en la articulación de figuras contractuales más adaptadas a la realidad de nuestro mercado laboral, así como en el establecimiento de bonificaciones sociales que, al tiempo que no ponían en cuestión el equilibrio financiero del sistema apostaban claramente por el empleo estable y de calidad— han logrado una dinamización del mercado laboral, como queda de manifiesto en el aumento de la afiliación que, desde marzo de 1996, ha crecido en más de 2,5 millones de personas.

En estos días, se ha hecho público que, a finales del mes de mayo y por primera vez en nuestra historia de Seguridad Social, el número de afiliados superó la barrera de los 15 millones (para situarse, exactamente, en 15.049.683 personas); de igual modo, el Régimen General —que agrupa cerca del 70% del total de afiliados— también superó la cifra de afiliados de 11 millones (se situó en 11.085.040 afiliados).

Este dato supone una garantía adicional para el sistema de Seguridad Social, ya que afecta a otro de los factores esenciales para asegurar el equilibrio de la Seguridad Social, cual es el mantenimiento o mejora de la relación entre el número de afiliados y el de pensionistas. Esta relación que se situaba en apenas un 2% en 1996 ha subido hasta el 2,25.

3.4. La mejora de la protección social

Dentro del mantenimiento de la protección social, en un marco de crecimiento económico sostenido, resulta necesario un incremento de los mecanismos solidarios, que aumenten la protección y la lucha contra la dualización social. Sería socialmente inaceptable que una sociedad que mejora económicamente no atienda de manera adecuada las necesidades de cobertura de sus ciudadanos, con especial intensidad en los colectivos más desfavorecidos.

En esta línea, la mejora de las pensiones de cuantía más reducida y la regulación más favorable para estos colectivos de la incompatibilidad de las pensiones (por ejemplo, en las pensiones de viudedad o en el SOVI) resultan convenientes para procurar esa mejora de la protección.

3.5. La consideración del principio de paridad y la conversión de los derechos derivados en derechos individuales

La propia evolución de la sociedad, con la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, la mayor corresponsabilidad de hombres y mujeres, y la aplicación, cada vez con mayor intensidad, del principio de paridad, también debe tener su efecto en la evolución de los sistemas de Seguridad Social.

Aún hoy, la posición de hombres/mujeres en la sociedad no son equiparables, ni se ha alcanzado en su plenitud la aplicación del principio de igualdad de oportunidades. El propio anuncio de la Comisión Europea en orden a impulsar una nueva Directiva para favorecer la discriminación positiva de la mujer pone de relieve que el principio de paridad todavía no se ha logrado, lo cual tiene también su reflejo en los sistemas de protección social, ya que, dada su estructura, no son, en sí mismos, la solución de los problemas de la desigualdad; antes

bien las instituciones de Seguridad Social han partido, con frecuencia de la existencia de esa desigualdad, estableciendo mecanismos que la compensasen.

Pero, al tiempo que la igualdad se va haciendo más efectiva, surge la problemática de los derechos derivados (tan frecuentes en los momentos de implantación de los sistemas de protección social), así como la necesidad de que, mediante una etapa larga de progresividad, los mismos vayan convirtiéndose en derechos propios, en cuya configuración habrán de tenerse especial consideración los períodos que, en sustitución de un trabajo lucrativo, los miembros de una comunidad dediquen para el cuidado de menores o de personas de edad o enfermas, en línea con el camino emprendido en la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

3.6. El perfeccionamiento de los sistemas complementarios

Las transformaciones sociales, en particular el proceso de envejecimiento, ha suscitado un debate vivo sobre la viabilidad de los actuales sistemas públicos de pensiones y sobre las alternativas para dotarlos de mayor estabilidad.

Aunque existen dos modelos básicos de financiación de las prestaciones económicas (el de reparto y el del ahorro individual), el debate y el análisis sobre las diferentes modalidades de financiación han permitido alcanzar, al menos en el ámbito europeo, algunas conclusiones como:

- Tanto en los sistemas de reparto como en los de capitalización, hay un hecho insoslayable cual es que el PIB ha de repartirse entre personas cuyos ingresos proceden directamente de su participación en la vida económica y las que no cuentan con tales recursos.
- Cuando unos sistemas han alcanzado una importante madurez, una reforma radical de los sistemas públicos de pensiones no se presenta como posible, dados los enormes costes que ello supone.

En esta materia, se hace preciso efectuar un *contexto más seguro para los regímenes complementarios*, que, sin alterar los elementos del sistema de reparto, permitan a los pensionistas el mantenimiento o la mejora de su nivel de vida después de la jubilación. En España, en este ámbito se han llevado a cabo determinadas medidas que propician y posibilitan un mayor desarrollo de los mecanismos complementarios de la Seguridad Social, en el marco de una fiscalidad más favorable a los mismos, pero siempre, e insisto en ello, con un carácter complementa-

rio y nunca sustitutivo de los regímenes públicos, obligatorios y basados en el sistema de reparto.

Esa es, al menos, la intención que se desprende de las últimas comparecencias de los responsables en la materia, en las que se ha abogado por el impulso de los planes de pensiones, la suscripción de planes individuales por mujeres que carezcan de rentas de trabajo o la conveniencia de que la previsión complementaria se incluya en el marco de la negociación colectiva.

Creo que ya he consumido el tiempo disponible y no quisiera cansarles más. Solamente una última reflexión: los retos y desafíos sobre los sistemas de Seguridad Social son importantes, por lo que son precisas medidas, que, al igual que sucedió en los años 1995 y 1996, cuenten con los mayores respaldos sociales y políticos.

La apertura de las mesas de diálogo social entre el Gobierno y los Agentes sindicales, de una parte, y entre la globalidad de los agentes sociales, por otra, así como la constitución en esta legislatura de la Comisión parlamentaria no permanente sobre el «*Pacto de Toledo*», son un buen precedente para que los compromisos socio-políticos sobre el modelo de la Seguridad Social permanezcan vigentes entre nosotros y que las medidas que se adopten cuenten con el mayor respaldo social.

Unicamente, volver a agradecer a los Organizadores por su invitación a estar presente en estas Jornadas conmemorativas del Centenario de la Seguridad Social y a todos ustedes por su amable atención.

Las últimas novedades en materia de prestaciones de la Seguridad Social

José Andrés Álvarez Patallo

Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Asturias

Últimas novedades en materia de prestaciones

En los últimos meses hemos asistido a dos importantes novedades en materia de prestaciones de la Seguridad Social, a saber, la creación de una nueva prestación para la protección de las mujeres trabajadoras en caso de suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo (Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras —*B.O.E.* 6-11-99—) y las prestaciones por nacimiento de un tercer hijo o sucesivos, así como por parto múltiple (Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social —*B.O.E.* 17-1-00—).

Ello ilustra a las claras la pauta de evolución de nuestro sistema de Seguridad Social, que comenzó como un seguro de accidentes de trabajo y que hoy en día tiende a una mayor asistencialidad y universalidad de sus prestaciones de acuerdo con el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución.

En tanto que las dos prestaciones anteriormente mencionadas difieren por completo en su espíritu, pues el riesgo por embarazo entronca más con la protección del trabajador y sus familiares que las prestaciones de protección familiar, que tienen más que ver con el fomento de la natalidad y la protección de la familia (art. 39 de la Constitución), voy a centrar mi análisis en la primera de ellas. La protección por riesgo durante el embarazo tiene además antecedentes importantes en nuestro ordenamiento jurídico y considero que, por sus implicaciones laborales y de seguridad e higiene, se presta a mayores posibilidades de reflexión.

Protección del riesgo durante el embarazo: concepto y naturaleza jurídica

Se configura como una suspensión de la relación laboral, con obligación de cotizar. La contingencia protegida es la existencia de un riesgo específico para la salud de la mujer trabajadora o del feto como consecuencia del desempeño de un determinado puesto de trabajo, y siempre que la adaptación de las condiciones de desempeño de dicho puesto o el traslado a otro exento de riesgo no sea técnica u objetivamente posible. Es importante destacar la condición ineludible de riesgo específico, ya que un riesgo genérico no derivado directamente del desempeño de un determinado puesto de trabajo se protegerá como incapacidad temporal. En segundo lugar debe destacarse que el riesgo debe darse durante el embarazo, ya que la lactancia se protege mediante la adaptación de las condiciones de desempeño del puesto de trabajo o el traslado a otro exento de riesgo, pero no mediante la suspensión de la relación laboral con abono de una prestación económica por la Seguridad Social.

En cuanto a la naturaleza jurídica, considero que, como en la maternidad, ha primado más su carácter de suspensión laboral que el de contingencia de la Seguridad Social, si bien esa suspensión de la relación es protegida mediante una prestación económica que se configura como un híbrido de la incapacidad temporal y la maternidad.

Medidas preventivas de carácter previo

La Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establecía en su art. 26, dedicado a la protección de la maternidad, que la evaluación de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores que impone como obligatoria en las empresas debe contemplar específicamente los riesgos para las trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente, bien por exposición a determinados agentes, o por los procedimientos o las condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto.

Dicha Ley preveía que, de existir esos riesgos, se deberán adaptar las condiciones del puesto de trabajo (incluyendo la no realización del trabajo a turnos) para evitar su repercusión negativa sobre la salud de la trabajadora o del feto.

Si dicha adaptación no es posible, o aún así persista el riesgo sobre la salud de la trabajadora o del feto, el empresario deberá trasladarla a otro puesto de trabajo correspondiente a su grupo o categoría profesional que esté libre de riesgo. A estos efectos el empresario deberá confeccionar,

previa consulta con los representantes de los trabajadores, una lista de puestos exentos de riesgo. Si no hubiera puesto compatible dentro de su grupo o categoría, la trabajadora podrá ser destinada a otro siempre que se le respeten las retribuciones correspondientes a su puesto de origen.

Para poder realizar el traslado de puesto de trabajo el facultativo que asista a la trabajadora «en el régimen de la Seguridad Social aplicable» deberá certificar que, a pesar de las adaptaciones realizadas en el puesto de trabajo de origen, si es que se han hecho, persiste el riesgo para la salud de la trabajadora o del feto. Aquí es donde se introduce la primera modificación por parte de la Ley de Conciliación, ya que, para el traslado de puesto, exige que ese certificado lo emitan «los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora». Aunque no se diga que el informe del médico que asista facultativamente a la trabajadora tiene que ser favorable al traslado, debemos entender que así es y que no se produce un recorte de esta competencia o su traslado hacia el INSS, toda vez que, en primer lugar, lo que pretende la Ley es reforzar la seguridad de que ese traslado es necesario, por lo que exige dos informes favorables, y en segundo lugar, para el traslado en los supuestos de riesgo para la trabajadora o el feto durante el período de lactancia, se exige expresamente, en idénticos términos a como establecía la Ley de Prevención de Riesgos originalmente, el certificado favorable del médico del Sistema Nacional de Salud.

A falta de desarrollo reglamentario, en las instrucciones provisionales elaboradas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se configura el informe de los servicios médicos del INSS como decisivo, es decir, que la interesada deberá aportar ante el médico del INSS el informe favorable al traslado del facultativo que la venga atendiendo en el S.P.S. y el informe de la empresa acerca de las condiciones de su puesto de trabajo, así como certificación de que éste no se encuentra dentro de la lista de los que la empresa haya calificado de acuerdo con los representantes de los trabajadores como «exento de riesgo». En base a esta documentación y a los estudios que realice el propio médico, emitirá una decisión libremente, que lógicamente si fuera desfavorable impediría el traslado.

Ahora bien, se plantean una serie de dudas sobre la nueva redacción que se da a la Ley de Prevención en este punto. En primer lugar, ¿qué sentido tiene que se emita un informe por los «Servicios Médicos del INSS»? Los únicos órganos que a nivel provincial vienen consagrados como tales en la legislación vigente son la Dirección Provincial y el Equipo de Valoración de Incapacidades, siendo los servicios médicos una simple unidad sin entidad orgánica. Pero, a mayor abundamiento, se está atribuyendo a un facultativo médico la emisión de un informe

que tiene fuertes implicaciones laborales y jurídicas, toda vez que, a los efectos puramente médicos, esa función ya la cumple el facultativo del Servicio de Salud.

Ahora bien, mayores dudas plantea aún que el certificado para el traslado de puesto pueda ser emitido por los Servicios Médicos de las Mutuas, ya que, si se quiere prevenir la percepción fraudulenta de las prestaciones económicas derivadas de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por la Ley de Conciliación, se cuida muy bien de recalcar por dos veces (art. 135.2 y 4) que la gestión de estas prestaciones la realizará directamente el INSS, sin dejar espacio para ninguna forma de colaboración voluntaria u obligatoria. Asimismo, si se entiende que el certificado de necesidad de traslado a un puesto compatible deben darlo los servicios de prevención de la empresa, lo que resultaría muy coherente con su objeto y funciones, no necesariamente tienen que estar constituidos dichos servicios de prevención por una Mutua.

Antecedentes jurídicos

Para establecer un paralelismo deberíamos acudir a una figura muy similar existente en nuestro ordenamiento jurídico, que es el traslado de puesto por enfermedad profesional. Viene regulado en los arts. 45 y ss. del Reglamento de Enfermedades Profesionales, aprobado por Orden de 9 de mayo de 1962, y aún vigente por mandato del art. 133.2 LGSS («lo dispuesto en el apartado anterior —período de observación por enfermedad profesional— se entenderá sin perjuicio de las obligaciones establecidas o que puedan establecerse en lo sucesivo, a cargo de este Régimen General o de los empresarios, cuando por causa de enfermedad profesional se acuerde respecto de un trabajador el traslado de puesto de trabajo, su baja en la empresa u otras medidas análogas»). Igualmente cabe deducir la vigencia de la referida normativa del art. 142 LGSS («los Reglamentos Generales de desarrollo de la presente Ley adaptarán, en cuanto a enfermedades profesionales, las normas de esta Sección —incapacidad permanente en su modalidad contributiva— a las peculiaridades y características especiales de dicha contingencia»). Y, finalmente, se han pronunciado reiteradamente a favor de la vigencia de la regulación contenida en los arts. 45 y siguientes del reglamento de enfermedades profesionales la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (ss. de 27 de junio y 22 de diciembre de 1994) y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (s. de 17-5-96). A nadie se le oculta no obstante la escasísi-

ma aplicación de estos preceptos, que han caído claramente en desuso, por lo que su traída a colación se efectúa únicamente con fines de ilustrar los antecedentes jurídicos de la prestación objeto de análisis.

Así, el referido reglamento establece en su art. 45 que «en los casos en que, como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa». Asimismo establece que «los médicos que en el ejercicio de sus funciones descubran dicha situación informarán de tal circunstancia a las empresas, especificando si el cambio tiene carácter temporal o definitivo, debiendo hacerlo también a la Delegación de Trabajo». Si el nuevo puesto tuviera asignadas unas retribuciones inferiores al puesto de origen, el trabajador conservará éstas excepto los complementos específicos asignados al puesto. El art. 46 establece que «las empresas están obligadas a cumplir los dictámenes médicos de traslado de los trabajadores afectos de síntomas de enfermedad profesional sin incapacidad temporal» y que «cuando las empresas o los trabajadores discrepen por causa justificada del dictamen médico que aconseje el cambio de trabajo, someterán el caso a los Tribunales Médicos Provinciales que funcionan en las Delegaciones del Instituto Nacional de Previsión, aportando los antecedentes médicos y especificando los motivos de su oposición. El Tribunal Médico resolverá en el plazo de 15 días y su dictamen tendrá carácter ejecutivo para ambas partes».

Como puede apreciarse, la regulación de ambas situaciones es paralela y los supuestos análogos, si bien debe decirse que la regulación del reglamento de enfermedades profesionales es mucho más concreta, incluso procedimentalmente, lo que para la protección por riesgo durante el embarazo debería corregirse mediante un desarrollo reglamentario que, hasta la fecha y desde que se promulgó la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en 1995, no se ha producido.

Por otra parte, se aprecia un sistema más simple e incluso más seguro jurídicamente en el reglamento de enfermedades profesionales que en la Ley de Conciliación. Así, sólo se exige para el traslado de puesto el dictamen favorable (y obligatorio) del médico que venga atendiendo al trabajador y es en caso de discrepancia con la necesidad de traslado cuando cabe acudir al Tribunal Médico Provincial del INP, subsumible actualmente en el Equipo de Valoración de Incapacidades, para la decisión del traslado. Hay que tener en cuenta que el EVI, según la configuración que realiza el Real Decreto 1.300/95, de 21 de julio, es un órgano multidisciplinar compuesto por dos funcionarios de la unidad de trámite de invalidez, un Inspector Médico del INSALUD, un facultativo médico

del INSS, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social y, en régimen de colaboración, un experto en recuperación y rehabilitación de Servicios Sociales y un experto en seguridad e higiene en el trabajo. Por tanto, la cualificación técnica de este órgano colegiado para pronunciarse sobre una situación de traslado de puesto de trabajo por riesgo de enfermedad profesional es innegable y lo mismo podría decirse de un traslado de puesto por riesgo para la mujer embarazada o el feto.

Por contra, la Ley de Conciliación exige dos dictámenes médicos favorables al traslado emitidos uno por el facultativo del S.P.S. que venga atendiendo a la mujer embarazada y el otro por los Servicios Médicos del INSS, ambos sin cualificación tecnicojurídica en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y no regula el procedimiento a seguir en caso de discrepancia del empresario o del trabajador acerca del traslado, por lo que debemos suponer que será el general, es decir, reclamación previa y demanda ante el Juzgado de lo Social, toda vez que el informe favorable al traslado emitido por el facultativo del INSS tiene virtualidad resolutoria.

Suspensión de la relación laboral

La Ley de Conciliación continúa su regulación estableciendo que, si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo durante el período necesario para la protección de la salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. No precisa la Ley cómo se determinará que no es posible por parte de la empresa acceder al cambio de puesto de trabajo, por lo que, una vez más, podemos acudir al paralelismo con el reglamento de enfermedades profesionales, cuyo art. 48.1 prevé que será el empresario quien, de forma razonada, justificará la imposibilidad de acceder al traslado de puesto de trabajo, debiendo obtener un informe favorable de la Inspección de Trabajo. A partir de ahí, dará de baja al trabajador en la empresa, el cual pasará a percibir un subsidio con cargo a la misma equivalente a la cuantía del salario íntegro durante un período de 12 meses, quedando inscrito en la Oficina de Colocación (actual INEM) con derecho preferente para ser empleado. Transcurridos 12 meses, si no hubiese encontrado otro trabajo, el empresario debería remitir en el plazo de 48 horas a la Delegación Provincial del INP (actualmente Dirección Provincial del INSS) copia de

la autorización de la Delegación de Trabajo para el cese del trabajador y certificación acreditativa del salario del obrero, así como de la cuantía del subsidio satisfecho y del período durante el que se abonó, con objeto de que el INP pudiera iniciar sin solución de continuidad el abono del subsidio por la misma cuantía y durante 6 meses más. Transcurrido ese período sin que el trabajador encontrase colocación, pasaría a percibir un subsidio por la misma cuantía con cargo al Seguro de Desempleo durante 6 meses, prorrogables por otros 6 meses más, durante los que el trabajador estaría obligado a asistir a un curso intensivo de formación profesional.

La protección que establece la Ley de Conciliación para este supuesto es la suspensión del contrato de trabajo con derecho a un subsidio, cuya gestión corresponderá directamente al INSS (arts. 134 y 135 de la LGSS en la nueva redacción dada por la Ley de Conciliación). De acuerdo con el carácter de suspensión de la relación laboral de este supuesto más que de contingencia de la Seguridad Social, y a falta de desarrollo reglamentario, las instrucciones provisionales del INSS son que es el empresario quien directamente, pero con el visto bueno de su servicio de prevención, acuerda la suspensión de la relación laboral de la trabajadora por existir riesgo para la salud de la misma o del feto y no ser técnica u objetivamente posible el traslado a otro puesto exento de riesgo en la empresa. Por tanto no hay expedición de baja médica por parte de los S.P.S. Con ese certificado la trabajadora solicitará ante el INSS la prestación económica por riesgo durante el embarazo. Al no configurarse, al menos según las instrucciones provisionales, la suspensión como una modalidad de baja médica, se evita que, al corresponder al INSS la competencia para gestionar las prestaciones, pudieran existir discrepancias entre dos administraciones sobre la idoneidad de la suspensión.

Por otro lado, ¿qué garantías se exigirán reglamentariamente para que el subsidio se reconozca correctamente en aquellos casos en que verdaderamente no es posible un cambio de puesto de trabajo? ¿Cómo se garantizará que todo ello se instruya en un plazo razonable, ya que si, por ejemplo, ha de emitirse un informe por la Inspección de Trabajo, la tramitación del expediente puede demorarse en el tiempo?

Para todo ello habrá que esperar al desarrollo reglamentario de la reforma, si bien las instrucciones provisionales prevén que simplemente con el certificado del empresario, visado favorablemente por su servicio de prevención, el INSS ha de aprobar las prestaciones, si bien luego podrá efectuar los controles que estime oportunos en colaboración con la Inspección de Trabajo, de modo que un informe de ésta posterior desfavorable a la suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo daría lugar a la extinción de las prestaciones.

Contenido de la prestación

Respecto al subsidio, aquí es donde se manifiesta con más fuerza la configuración híbrida de esta prestación. La base reguladora es la misma que en la incapacidad temporal por contingencias comunes, esto es, la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la suspensión, pero el subsidio se iniciará el mismo día de la suspensión, como el de maternidad, y el porcentaje es el 75% de la base reguladora desde el primer día, como en la incapacidad temporal por contingencias profesionales.

La duración del subsidio será hasta que se inicie la maternidad o la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (art. 135.2 LGSS). De todos modos, aunque la ley no lo diga expresamente, es de suponer que, si la trabajadora viese extinguida su relación laboral durante la suspensión por riesgo durante el embarazo, habrá de extinguirse esta prestación en tanto que cesa la causa de la misma. En este sentido, el art. 134.1 LGSS, en la redacción dada por la Ley de Conciliación, describe como situación protegida «el período de suspensión del contrato de trabajo» cuando, existiendo un riesgo específico para la mujer trabajadora o para el feto, el traslado a otro puesto o la adaptación del que se viniese desempeñando, no resulte posible. Esto implica, tal como se ha dicho anteriormente, que cualquier riesgo para la salud de la trabajadora o del feto que no derive específicamente de las condiciones de su puesto de trabajo se protegerá como incapacidad temporal y no mediante esta nueva prestación. Por otra parte, en el momento que desaparece la causa específica de riesgo la prestación se extingue y la trabajadora debe reincorporarse a su puesto de trabajo. Ello significa que, si se extingue la relación laboral, desaparece la suspensión de que venía disfrutando la trabajadora, por lo que desaparece la situación protegida, pero al contrario que en la incapacidad temporal o la maternidad en que persiste una incapacidad para trabajar que debe seguir siendo protegida, aquí no hay incapacidad para trabajar, sino un riesgo específico derivado de un concreto puesto de trabajo, el cual también ha desaparecido. Por ello, debería extinguirse la prestación.

Asimismo, esta prestación en caso de pluriempleo se abonará solamente por el trabajo con riesgo, siendo compatible por tanto con otro u otros trabajos que viniera desarrollando la interesada y que estén exentos de riesgo. En este caso, el subsidio consistirá en el 75% de la base de cotización específica de la empresa en la que se suspende la relación laboral.

De todos modos, al tratarse de una prestación económica, puede ocurrir que la mujer que tiene el contrato suspendido no tiene sin embargo derecho a prestaciones porque, por ejemplo, no tiene 180 días

cotizados en los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante. La Ley de Conciliación equipara expresamente esta prestación a la incapacidad temporal por enfermedad común, pero si tiene su origen en un riesgo específicamente derivado del desempeño de un puesto de trabajo, jurisprudencialmente podría iniciarse una línea interpretativa de que estamos ante una prestación derivada de contingencias profesionales y eximir a la solicitante de un período mínimo de cotización.

Durante esta suspensión, el empresario podrá contratar trabajadores interinos para sustituir a las trabajadoras embarazadas con una bonificación del 100% en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y en las cuotas de recaudación conjunta, siempre que se trate de trabajadores desempleados.

Regímenes especiales

Finalmente, se establece que la protección por riesgo durante el embarazo será aplicable a «los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales» y que también será de aplicación, pero en los términos que se establezca reglamentariamente, a los trabajadores por cuenta propia de los regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y autónomos (D.A. 8.ª LGSS, en la redacción dada por la Ley de Conciliación). Las reticencias a la extensión de este régimen de protección a los trabajadores autónomos se deben por un lado a las dificultades de control que plantea la coincidencia en una sola persona de las condiciones de empresario y trabajador, lo que ha motivado que las prestaciones por incapacidad temporal se inicien a partir del decimoquinto día, y por otro al principio que ha subyacido siempre a la protección social de los trabajadores por cuenta propia de que siempre pueden realizar tareas auxiliares o complementarias en su negocio o explotación, razón por la que, por ejemplo, no tienen derecho al incremento del 20% adicional en las prestaciones por incapacidad permanente total a partir de los 55 años.

Ahora bien, es evidente que una trabajadora agraria por cuenta propia de una pequeña explotación ganadera de Asturias, por ejemplo, está sujeta a unos riesgos evidentes durante el embarazo, pero ¿es posible adaptar el puesto de trabajo para evitar esos riesgos? Según el principio a que antes hacíamos referencia, y que ha venido siendo sustentado regularmente por la jurisprudencia, siempre podrá realizar tareas complementarias en su explotación, por lo que dicha adaptación es posible. Sin embargo, la aplicación de este principio privaría prácticamente de

modo absoluto a los trabajadores por cuenta propia de la posibilidad de acceder a la protección por riesgo durante el embarazo. En todo caso, ¿quién va a determinar que dicha adaptación es o no posible: el propio empresario-trabajador? Debe tenerse en cuenta que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales fía exclusivamente al empresario, lógicamente bajo control de los delegados de prevención y de los servicios de prevención, el parecer acerca de si es posible la adaptación o no de las condiciones de desempeño del puesto de trabajo. Pero un trabajador asturiano del campo no dispone de servicio de prevención, por lo cual él mismo tendría que determinar que pasa a la situación de riesgo durante el embarazo, sin perjuicio de los controles que a posteriori pueda realizar la Administración, lo que es impensable en lugares remotos de nuestra geografía o, por ejemplo, para determinados trabajadores autónomos itinerantes (como fontaneros), cuyo control por parte de la Inspección de Trabajo es prácticamente imposible. Por tanto, hay que ser muy cautos en el desarrollo reglamentario de esta norma, ya que no debe descartarse la posibilidad del uso abusivo de la prestación por riesgo durante el embarazo.

Además debe hacerse hincapié en que se amplía en los mismos términos que a los trabajadores del régimen general la protección por riesgo durante el embarazo a los empleados de hogar por cuenta ajena. Para éstos, sin embargo la normativa establece la prevención, aun más dura que para los trabajadores por cuenta propia, de que no comenzarán a percibir las prestaciones por incapacidad temporal hasta el vigesimonoveno día posterior a la baja, por los problemas de control que se plantean y, sin embargo, una prestación que va a plantear problemas de control mucho más duros, toda vez que como anteriormente se dijo no inciden sólo los aspectos médicos sino también tecnicojurídicos en materia de seguridad e higiene, se regula para este colectivo en los mismos términos que para el régimen general.

Conclusiones

En definitiva, estamos ante una regulación que viene a cubrir de un modo progresista la laguna dejada en su día por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pero que ya tenía antecedentes claros en cuanto a su configuración en nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, técnicamente presenta algunas incógnitas que en parte, pero sólo en parte, podrán solucionarse a través del desarrollo reglamentario.

Texto de la intervención del Secretario de Estado de la Seguridad Social en el acto de clausura

Gerardo Camps Dehesa

Secretario de Estado de la Seguridad Social

Es para mí una satisfacción encontrarme en la Universidad de Deusto y tener la oportunidad de clausurar estas Jornadas, agradeciendo esta iniciativa tanto a los responsables de la Universidad, por la organización del evento, como a los catedráticos y a los profesionales de la Administración que han intervenido a lo largo de estos dos días, por cuanto su participación nos ha brindado la oportunidad de profundizar en el conocimiento de las instituciones básicas de la Seguridad Social, de sus principales protagonistas y de su devenir histórico.

Se nos ha permitido así obtener la imagen pasada, presente y futura de una realidad en continua transformación y de vital importancia para garantizar los niveles de bienestar del conjunto de los españoles, circunstancia que, unida a la calidad de las aportaciones que se han escuchado, hace que estas Jornadas hayan sido algo más que un simple acto formal de conmemoración de una singular efeméride y se hayan convertido en una auténtica celebración de la propia existencia de la Seguridad Social.

Gracias a ella, y pese a los problemas que ha habido que superar, se ha logrado, no sólo dar cauce a las aspiraciones de la inmensa mayoría de los ciudadanos de contar con un instrumento que asegure su cobertura frente a las diversas contingencias que puedan producirse, sino también crear un marco solidario que constituye un pilar fundamental de la cohesión social y un factor de progreso de incalculable valor.

Se trata de un logro de enormes consecuencias que sólo se ha alcanzado gracias al esfuerzo de todos los españoles a lo largo de muchos años y cuya herencia nos corresponde ahora a nosotros administrar responsablemente, de manera que sea posible garantizar su pervivencia para las futuras generaciones.

A tal fin, resultará imprescindible adecuar sus mecanismos para hacer frente con eficacia a los importantes retos que habremos de asumir

a corto y medio plazo —evolución demográfica, transformaciones familiares, aparición de nuevas formas de marginación social y garantía de crecimiento económico—, retos que marcarán los horizontes en que tendrá que desenvolverse la Seguridad Social en el siglo XXI.

Son muchos y apasionantes los desafíos que plantea el mantenimiento y desarrollo de un sistema de Seguridad Social en los términos que la sociedad demanda, desafíos cuya superación exige la puesta en marcha de un plan de medidas que ofrezca soluciones eficaces y que se sitúe en el doble contexto de asegurar el mantenimiento y mejora de los actuales niveles de protección dentro de un entorno financiero saneado y estable.

Pues bien, a estas exigencias ha atendido precisamente el Pacto de Toledo, a través de una larga serie de recomendaciones que el Gobierno ha traducido en iniciativas concretas durante la pasada Legislatura desde una perspectiva que ha propiciado el mayor nivel de diálogo y consenso posibles.

Fruto de este proceso ha sido un amplio conjunto de reformas que, tomando como referente esencial a la Ley de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, han puesto los cimientos legales para que el modelo protector afiance sus bases económicas y reafirme sus perfiles de contributividad, equidad y solidaridad.

Es por ello que se ha hecho hincapié, en primer lugar, en la culminación del proceso de reforma financiera de la Seguridad Social, a través de la paulatina pero definitiva separación de sus recursos en función de la naturaleza de la protección dispensada, lo que conlleva la eliminación de posibles situaciones de desequilibrio entre ingresos y gastos y la dotación al sistema de la necesaria estabilidad financiera, objetivo al que, igualmente, ha contribuido de manera eficaz la constitución de un fondo de reserva.

Por otra parte, y en íntima relación con el tema de la financiación, también se ha abordado la equiparación de las bases de cotización con los salarios reales de los trabajadores a través del establecimiento de un tope único de cotización aplicable al conjunto de categorías profesionales, en un proceso que se está llevando a cabo con la máxima gradualidad para evitar que pueda incidir negativamente sobre la competitividad y el empleo, y que desembocará en una más equitativa distribución de la carga contributiva entre sectores laborales y en un incremento de los niveles de protección.

Y, a este último respecto, y desde la garantía de los rasgos básicos de las prestaciones, se ha incidido también muy directamente en el otro gran objetivo que persigue la Seguridad Social, cual es el de reafirmar los conceptos que deben definir en todo momento el ámbito de su ac-

ción protectora, esto es, lograr un adecuado efecto sustitutivo de rentas y asegurar una cobertura suficiente frente a las diversas situaciones de necesidad que puedan producirse.

Tal ha ocurrido con la pensión de jubilación, que ha reforzado la contributividad y proporcionalidad de su cálculo, y con las prestaciones de muerte y supervivencia, en las que, por un lado, se han eliminado una serie de requisitos que impedían de manera injustificada el acceso al derecho, y, por otro lado, se ha incrementado la protección, con especial incidencia en la orfandad y en la viudedad, pensión esta última cuyas cuantías mínimas han sido objeto de especial atención.

Todo esto sin olvidar el cuidado que se ha puesto en la mejora de las pensiones de invalidez y jubilación no contributivas, que constituyen un ámbito de cobertura de vital importancia para las personas carentes de recursos y propician, por sus características, la satisfacción de sus necesidades más básicas y su integración familiar y social, en un proceso que repercute en el incremento global del bienestar del conjunto de la comunidad y evita los supuestos más graves de marginación y dualidad social.

Y, para completar este cúmulo de iniciativas en materia de protección, se ha incorporado la garantía expresa del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante una fórmula de revalorización automática en función de la evolución del IPC, garantía que queda reforzada con la inclusión de una cláusula de revisión para el caso de que se produzca algún tipo de desviación en las previsiones de inflación de cada año.

De esta manera ha quedado configurado un marco de medidas que asegura, desde una perspectiva razonable y equilibrada, el mantenimiento y la mejora de los niveles de cobertura hoy vigentes y su garantía financiera, perspectiva desde la que se plantea el deseo de llegar en el futuro a nuevos acuerdos con todas las partes integrantes del Pacto de Toledo y proceder a su renovación desde parámetros que refuercen el consenso social.

Por esa vía se concretarán las nuevas fronteras de la Seguridad Social y los aspectos en que habrá de seguirse incidiendo en el futuro para continuar dando respuesta a las prioridades básicas que plantea la evolución social y económica, lo cual sólo se logrará si se consigue que las principales magnitudes del sistema converjan en todo momento hacia una situación de equilibrio.

Pero, más en concreto, y en atención a la realidad más cercana que nos rodea, tendremos que propiciar mecanismos que, desde la garantía de los niveles generales de cobertura existentes, posibiliten la presencia más activa de las personas mayores tanto en el ámbito laboral como en

el resto de órdenes de la vida en sociedad, mejoren la cobertura mínima de los pensionistas de jubilación así como la protección por viudedad y orfandad y remuevan definitivamente los obstáculos que todavía impiden a las mujeres incorporarse en pie de igualdad al mercado de trabajo.

Todo ello, además, habrá de alcanzarse dentro de un contexto que permita asentar definitivamente las bases económicas de una Seguridad Social ya saneada para que continúe siendo compatible con el mantenimiento de un nivel de desarrollo sostenido.

Para el logro de este conjunto de objetivos habremos de seguir realizando grandes esfuerzos y asumir en cada momento una actitud responsable que permita maximizar los resultados del trabajo hecho y las sinergias generadas en ese proceso de adaptación continua al que, por propia definición, ha de estar siempre sometida la Seguridad Social.

Y, a este respecto, resulta alentador constatar que, gracias a las reformas llevadas a cabo en los últimos años, se han puesto las bases para que ese proceso pueda avanzar en el futuro por la senda adecuada.

En efecto, afianzado su marco financiero y mejorada su cobertura, la Seguridad Social se halla hoy en día en una posición especialmente ventajosa para asumir con perspectivas de éxito los retos que nos planteará el futuro.

Para llegar a este punto ha sido necesario recorrer un largo camino de 100 años. El logro alcanzado constituye un patrimonio del que hemos de enorgullecernos, porque sólo una sociedad que intenta superar de manera eficaz las necesidades de sus ciudadanos es una sociedad que puede adjetivarse legítimamente como moderna.

Ha surgido, de esta forma, una realidad llena de satisfacciones y de logros palpables que, desde la responsabilidad de los poderes públicos y contando siempre con la profesionalidad de todos los que trabajan por la Seguridad Social, nos permite vislumbrar un futuro prometedor para esta institución, que constituye uno de los pilares más sólidos de nuestra sociedad.

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA REFORMA DEL DERECHO SOCIAL ESPAÑOL*

Manuel María Zorrilla Ruiz
Catedrático de la Universidad de Deusto

1. Función de la reforma del Derecho Social

Los juristas acostumbran a trivializar —con resonancias lúdicas a veces— dos nociones cuyo peso específico prevalece sobre otros elementos de su *visión existencial* del mundo del Derecho. Son ellas, las ideas de *crisis* y de *reforma*. La crisis significa la sustitución —no siempre superadora y ventajosa— de un estado de cosas —que ha consolidado un mínimo de disposición sistemática y principios rectores— por otro que ya no puede aprovecharse de estas adquisiciones. La crisis es algo más y distinto del *mal de crecimiento*, de la depresión recuperable o de la eventual contrariedad que sale al paso. Despierta la perplejidad, el desconcierto e incluso el pavor ante las manifestaciones de un cambio que —sin predecirse en lo que deben ser las líneas de fuerza de su definición— se intuye y termina por adivinarse. De ahí, que, a falta de ese cabal conocimiento, sea imposible o, cuando menos, harto aventurado, hacer un fidedigno diagnóstico de las finalidades historicosociales de la época o de las exigencias del momento en que, propiamente hablando, la crisis hace su aparición por vez primera.

Algo afín acontece con el concepto de *reforma*. Desde que su noción se presentó históricamente como la *transformación de la cabeza y de los miembros* de una institución caracterizada por la *grandeza* de su misión sobrenatural y la *servidumbre* de sus flaquezas humanas, la figura se predica de los cambios espectaculares o notables que sólo se

* Texto actualizado de la disertación académica que —invitado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que preside el Dr. Humberto A. Podetti, antiguo Magistrado y Procurador General del Trabajo— pronunció su autor, el 31 de mayo de 2000, en la sede de la ciudad de Buenos Aires (República Argentina).

conciben en circunstancias de extraordinaria significación cultural, como las de la *producción constitucional* —que canonizó el elenco de los derechos universales e innatos— o las *tareas codificadoras* que, pese al impacto siguiente de los nacionalismos, erigieron un *Derecho de corte universal*.

Reformar es —hoy día y más aún en el sensible mundo del Derecho Social— adecuar, con máxima solicitud, las soluciones de las normas jurídicas a la intensidad y frecuencia de las demandas provenientes del cambio incesante de las realidades sociales. Ello significa un *...todo fluye...* que contribuye a separar las *reformas* de las mudanzas legislativas demasiado complejas y de las operaciones domésticas de adecuación y retoque.

2. Orientaciones constitucionales de la reforma del Derecho Social

La *consideración reformista* del Derecho Social español arranca —con independencia del nivel de plenitud de sus compartimentos— de las reflexiones extraídas del texto constitucional.

Su *Introducción o Preámbulo* —cuya autoría, para sorpresa de muchos, no se debió al esfuerzo del legislador constituyente y sí a la contribución tardía de terceros con quienes, por imperativos del *consenso*, se condescendió excesivamente— no es, a causa de su radicalismo, un elemento contextual de interpretación de las normas jurídicas de Derecho Social. Cumple, más eficazmente, este papel el Título Preliminar que proclama la inauguración del Estado social y democrático de Derecho, confiere a los sindicatos un protagonismo pluridireccional y, a fin de promover la igualdad y la libertad efectivas, difunde el mensaje de la *cláusula transformadora y social*.

El espacio del *conflicto industrial* se hace coincidir con la zona más vasta y convulsiva del conflicto social, y, en razón de sus inconvenientes y ventajas, se defiende la normalización de las tensiones que, como naturales e irreprimibles, le son inherentes.

Se reitera el llamamiento a la utilidad del *Derecho de Gentes* y de cuantos compromisos supranacionales adquieren trascendencia para aplicar las normas jurídicas de Derecho Social.

Se reconocen, no sin alguna laxitud sistemática, la libertad sindical y el derecho de huelga como *derechos fundamentales*, pero se rebaja el nivel de protección de los derechos sociales individuales, y se reducen a *principios programáticos* —desprovistos de eficacia preceptiva directa— la garantía del régimen público de Seguridad Social y la promesa de orientar al pleno empleo la política social de la crisis.

El repertorio de los *principios rectores de la política social y económica* revela la voluntad transformadora de acelerar —algo así como *quemando etapas*— el progreso de los grupos de la sociedad pluralista que reclaman atenciones de especial urgencia y cuya población mayoritaria consta de trabajadores dependientes.

Hay, en fin, una garantía —platónica y distante— de las expectativas de la *democracia industrial* y la *participación*.

Vienen al caso dos consideraciones. Una, la revigorización que acusan los derechos sociales a partir de una ingeniosa perspectiva de los derechos fundamentales a la igualdad material o no discriminación y a la efectiva tutela judicial. Otra, la revisión a que este enfoque se somete desde que, no hace mucho, se han registrado la emergencia y el reconocimiento textual de los novísimos derechos fundamentales en el *espacio social europeo*.

3. Adecuación y ajuste constitucionales de las normas jurídicas de Derecho Social

Un copioso acervo de las normas de Derecho Social emanadas del sistema autoritario —al que se deben muchas aportaciones en la materia— sufrió la prueba de depuración que, a falta de una presunción general de constitucionalidad del Derecho previgente, era obligado superar. Se constataba así que, al no oponerse a ninguno de los principios y/o preceptos constitucionales, quedaban integradas en el ordenamiento jurídico —recién inaugurado— que las asimilaba. Conseguían eludir una tacha —la de la impropiamente denominada *inconstitucionalidad sobrevinida*— que, amén de un desajuste constitucional, provocaría un vacío lesivo para la seguridad jurídica y perturbador de los intereses generales.

Esta *técnica de salvamento* trajo consigo la ventaja de no poner en el trance obsoleto de acudir —con los inconvenientes que ello suponía— a una salida emuladora de la que fue, en su día, la doctrina del *uso alternativo del Derecho*.

La efectividad de las normas de Derecho Social —adaptadas al sistema constitucional— se acrecienta por dos órdenes de razones interpretativas. Una, el manejo de los principios y/o preceptos constitucionales que, en unión de los criterios contextuales concretos, equivalen a elementos compartidos de interpretación de las normas que así se recorran. Otra, el dato de que las realidades sociales de cada lugar y cada tiempo —definidoras de los ámbitos del *Estado compuesto de las Autonomías*— estimulan *lecturas regionalizadas* de la legislación estatal,

que, más que operaciones hermenéuticas, constituyen *innovaciones cuasilegislativas* a cargo de los órganos del Poder Judicial.

4. Significado politicosocial del Estatuto de los Trabajadores

La promesa constitucional de un *Estatuto de los Trabajadores* alen-
tó las ilusiones puestas en el modelo de *legislación de apoyo* que se
proponía adjudicar a los pobladores del mundo del trabajo una posición
jurídica inspirada en el mensaje de la *cláusula transformadora y social*.

De ello se habrían seguido muy estimables consecuencias. A saber,
el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales y las lib-
ertades públicas de los trabajadores en las unidades productivas, las
garantías de la conmutatividad contractual frente a los excesos confis-
catorios de las técnicas de racionalización, la cobertura intensificada y
expansiva de las libertades sindicales en los lugares de empleo, el di-
seño imaginativo de las representaciones de los trabajadores en estas
parcelas y la represión judicial de las conductas antisindicales. Las
servidumbres del *consenso postconstitucional* mudaron el rumbo de la
orientación y, en vez de cooperar a definir una *nueva calidad profesio-
nal de vida*, redujeron —con los aditamentos consiguientes— la nove-
dad estatutaria a la prosaica regulación de la relación individual de
trabajo.

El texto pactado dimanó de un juego de mutuas concesiones en lo
individual y en lo colectivo. La mayoría parlamentaria pretendió aten-
der a las aspiraciones del empresariado y regular la relación individual
de trabajo en términos que —intuyendo el fenómeno de la *crisis econó-
mica* y augurando el advenimiento de la *flexibilidad*— reforzaban los
poderes de organización y dirección. Las minorías de la oposición —po-
líticamente comprometidas con los sindicatos de mayor audiencia—
conquistaron el reconocimiento de la representación unitaria en los
centros de trabajo y la complaciente *disciplina de apoyo* a la nego-
ciación colectiva. Ante las dificultades de aplicación que se atisbaban,
coincidieron en la necesidad de conservar —como Derecho supletorio
rebajado a nivel reglamentario— la legalidad —técnicamente prestigio-
sa— del contrato de trabajo. Fracasó, en cambio, el propósito de cerrar
una regulación exhaustiva del *Derecho de conflictos*, al impedirlo, de
una parte, la exigencia de una ley orgánica para regular el derecho de
huelga y la división de opiniones sobre su oportunidad, y, de otra, las
discrepancias acerca de si el constituyente admitía tácitamente la figura
del cierre patronal o si la falta de su mención nominativa reflejaba la
intencionalidad de abolirlo.

La moda —dominante en el curso de la transición democrática— de privar a las leyes de *Preámbulos* o *Exposiciones de motivos*— para evitar dependencias demasiado severas de la voluntad de los legisladores y promover el uso del elemento historicoevolutivo de interpretación— afectó al texto estatutario, afanoso de que la aplicación de sus normas se abriese a la creatividad de las operaciones judiciales. La *Memoria* de acompañamiento al proyecto gubernamental —segregada del cuerpo definitivo de la ley— dio cabal idea de los objetivos a que la nueva regulación se enderezaba y contribuyó a esclarecer los aspectos básicos de su entendimiento.

Es de notar que la exigencia constitucional de una regulación legal del texto estatutario, incluye la obligación de atemperar sus normas a las realidades sociales sobrevenidas, independientemente de las predilecciones ideológicas que, en cada momento, cualifican a las iniciativas de legislación y de gobierno.

5. Recepción y extensión de las libertades sindicales

Una de las consignas preconstitucionales —asumida desde el amanecer de la transición democrática— consistió en incorporar al modelo del Estado social y democrático de Derecho que se proyectaba, los *textos supranacionales* que reconocían las libertades sindicales.

Pese a lo elogiabile de este esfuerzo, las perspectivas constitucionales y legales de la libertad sindical se resienten de un tratamiento asistemático. El constituyente ha dispersado, sin demasiado esmero, en pasajes distintos y distantes, las expresiones colectivas de esa libertad, los contenidos peculiares de su naturaleza individual y la garantía de apoyo a la negociación colectiva. La legislación estatutaria —derivada de la promesa constitucional y pensada para reforzar el Derecho de las relaciones individuales de trabajo— terminó acogiendo, por imperativos del *consenso*, las variantes de aquella libertad que incluían las formas de representación unitaria en los lugares de trabajo y la ordenación estructural de los convenios.

Las pretensiones de la *democracia industrial* y del *acceso a la propiedad privada de los instrumentos y medios de producción* ocuparon un espacio constitucional que, para aliviar la tarea del legislador ordinario y facilitar la movilidad de su decisionismo político, quedaba fuera del elenco de las libertades sindicales.

A diferencia de otras libertades y derechos constitucionales que el legislador estaba obligado a plasmar, sin dilación, en normas jurídicas obligatorias, la regulación legal de la libertad sindical no era constitu-

cionalmente inexcusable. Ello no obstante, su tratamiento legislativo se llevó al mejor fin para probar la efectividad y no sólo el testimonio enfático del *esfuerzo social transformador*. Tras haber sorteado los entorpecimientos del *recurso previo de inconstitucionalidad* contra los proyectos de leyes orgánicas —cuya supresión posterior fue acogida con general satisfacción— se advino a un resultado que, aunque dotaba de adquisiciones positivas, no estaba exento de reparos. Las primeras pusieron la ampliación conceptual de la idea de trabajador, la promoción de la acción sindical en la empresa, la recepción de la figura del sindicato más representativo y la represión judicial de los comportamientos antisindicales. Debe, al contrario, censurarse la inmunidad que de hecho ha conquistado el sindicato frente a las exigencias de responsabilidad por daños derivados de sus actuaciones abusivas o ilícitas.

Es de notar cómo la justicia constitucional comenzó auspiciando la *idea pluridireccional* de una libertad sindical que, más allá de las definiciones típicas y tópicas del Derecho de Gentes, legitimaba al sindicato para diagnosticar y defender cuantas demandas sociales requiriesen atención y remedio. No es acertado el parecer —restrictivo y científicamente criticable— de que esa justicia ha echado mano para rehusar a los órganos de representación unitaria en los lugares de trabajo el carácter de *titulares de las libertades sindicales* y, con base en este prejuicio conceptual, denegarles la protección del recurso de amparo constitucional.

6. Tratamiento del derecho de huelga

El reconocimiento del derecho fundamental a la huelga introduce una *medida de apoyo* que, como opciones indistintamente constitucionales, admite la de su *regulación legislativa* y la de su *autorregulación sindical*. La primera de ellas obliga a ordenar el *modelo contractual* —variante de *presión institucionalizada* que contrapesa los poderes empresariales de organización y dirección— y el de la *huelga testimonial* que, con el límite impuesto por el desencadenamiento de la huelga política, reprueba el comportamiento de los poderes oficiales, para modificarlo, o aspira a provocar determinadas reacciones de la opinión pública.

La nonnata reforma promovida para conjurar las deformaciones antisociales y abusivas de la huelga, registró la metamorfosis alarmante a que, en el curso del trámite parlamentario de elaboración de la ley, dieron lugar la radicalización y el antagonismo de las posturas políticas y sindicales. Desistiéndose de la perspectiva de una legislación discretamente disuasoria, pasó a canonizarse una *regulación excitante al ejer-*

cicio del derecho de huelga. Desnaturalizados sus objetivos y alejado de su justificación originaria, el texto proyectado achicó los supuestos de huelga ilegal, suprimió la causa de despido derivada de su participación en la misma, legalizó la ocupación de los lugares de trabajo, abordó permisivamente la intervención de los piquetes y traslado el control de los servicios mínimos a los agentes sindicales directamente interesados en su desmesurada restricción.

La intuición de las pésimas consecuencias de semejante idea, determinó que un adelanto intencional —dijose que pactado entre los empresarios y el Gobierno— de la convocatoria de elecciones generales, frustrase la aprobación del proyecto.

7. Aplicación de las normas del sistema de la Seguridad Social

El ordenamiento constitucional importó, por modo de *adecuación sobrevenida*, la regulación previgente del sistema de la Seguridad Social, que paradójicamente devino un *desarrollo preconstitucional* del principio rector que garantizaba el mantenimiento de su régimen público. Su aplicación y entendimiento se tornaron cíclicamente *regresivos*.

El mantenimiento de aquel régimen se contrajo a conservar su estructura formal y no a promover la subsistencia del principio de irrevocabilidad. Los *destinatarios* de las normas del sistema dejaron de ser titulares de derechos adquiridos —despojados de lo sólido de esta condición— y portadores de las expectativas depositadas en lo creciente y perdurable de sus consignas de irrevocabilidad y de progreso. Se convirtieron en pacientes de una política de *redistribución legislativa* de auxilios sociales que, escudada en el difuso impacto de la *solidaridad*, auguraba la multiplicación cuasibenéfica de la tutela asistencial y conminaba con la escasez y aún con la desaparición de la protección contributiva. La *suficiencia de las prestaciones* dejó de restaurar la dosis de bienestar perdida a causa de cualquier contingencia y prefirió paliar módicamente la magnitud del malestar sufrido. En vez de procurar un razonable acercamiento a la cuantía de las rentas dejadas de obtener, la suficiencia simbolizó el impedimento a la caída en la sima de la marginación y la pobreza. Lejos de esforzarse en afianzar la continuidad de las prestaciones sociales, los responsables políticos insistieron —con terquedad apocalíptica que disimulaba sus más graves *pecados mortales*— en la bancarrota del sistema protector y predijeron su disolución a medio plazo.

El abuso de la legalidad presupuestaria —utilizada como el *cajón de sastre* que sorprende con los rebotes más inesperados en distintos

sectores del ordenamiento jurídico— propició las operaciones regresivas de rebaja y confiscación de las pensiones públicas. La justicia constitucional, lejos de enmendar ese estado de cosas, le santificó y estimó acorde con las *pautas de solidaridad* que, sin cauces de control eficaz, podían informar las decisiones soberanas del Estado-legislador.

Dominaba la *impresión subliminal* de que, para adiestrar a los agentes sociales en las tareas protectoras de la comunidad, el Estado debía desentenderse de algunas de esas cargas e invitar a familiarizarse con fórmulas complementarias de aseguramiento.

Está por ver cómo ha de producirse y cuál será la reacción de los poderes públicos frente a la *reserva de Directiva* que —ante la elevación del derecho a la Seguridad Social al rango de *derecho fundamental*— compete a la Comisión comunitaria en una materia que no puede seguir castigada por los *arbitrismos reductores* de los Estados miembros.

8. Emergencia tardía de la flexibilidad

Una ulterior reforma estatutaria acogió —con una demora de más de cuatro lustros respecto a las novedades de las democracias industrializadas con economía de mercado— las consignas de la *flexibilidad* y la *desregulación* que, a cambio de recrear las funciones sociales de la libertad de empresa y detener la destrucción del empleo, liquidaron el incommovible *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales*. De este cambio de rumbo se siguió la conversión en Derecho dispositivo de no pocas normas que hasta entonces acampaban en los pagos del Derecho necesario.

Cierto que, a requerimiento de los sindicatos, la reforma introdujo elementos compensatorios de estabilidad, eliminando las variantes de contratación temporal que no requerían la justificación de causa extintiva —destinadas, bajo distintas rúbricas, al común objetivo del *fomento de empleo*— y la contratación propia de las reconversiones industriales que inauguraban ciclos productivos inéditos.

El *tratamiento flexible* de las relaciones individuales de trabajo se reflejó en la privatización del mercado de empleo, dando entrada a las agencias particulares de colocación y a las empresas de trabajo temporal, en la liberalización de los despidos individuales —limitando la declaración de nulidad al supuesto de vulneraciones constitucionales y añadiendo causas de extinción fundadas en la crisis de empresa— y en la atribución de carácter dispositivo a las normas rectoras de la jornada de trabajo, los salarios y la modificación de las condiciones de empleo.

La negociación colectiva se flexibilizó, reemplazando una parte, que se ha acrecentado con el tiempo, de sus contenidos inderogables de orden público por el resultado del ejercicio autónomo de la voluntad individual. La llamada *disolución del conflicto industrial* (¿?) se relaciona significativamente con los resultados de estas experiencias y con el debate eticojurídico sobre sus *atisbos de perversidad*.

9. Cumplimiento de la deuda de seguridad

La alarmante frecuencia estadística de los accidentes de trabajo ha justificado que, con independencia de la acción protectora del régimen público de Seguridad Social, se atienda especialmente a este aspecto de la *deuda de seguridad* del empleador. No en vano, los derechos a la vida y a la integridad física —rejuvenecidos por algunos de los principios constitucionales que informan la política social y económica— son derechos fundamentales con cuya defensa se comprometieron siempre las organizaciones supranacionales de producción del Derecho Social y las normas europeas del Derecho Comunitario derivado.

El deber de protección es progresivo, obligatoriamente acomodado al cambio de las circunstancias y exclusivamente imputable a la economía empresarial. Su acervo —que comprende la evaluación de los riesgos, el sistema de consultas, y las acciones de planificación, documentación y vigilancia— se completa con el establecimiento de responsabilidades penales, civiles y administrativas, y se afianza con los nuevos mecanismos de participación de los trabajadores en la acción preventiva.

Sorprende lo defectuoso de la tesis que la jurisprudencia ordinaria ha adoptado sobre la reclamación del importe de las diferencias económicas entre la magnitud de la reparación íntegra del daño causado y la de otras percepciones —de inferior cuantía— que resarcan la pérdida o el menoscabo de la vida y/o la integridad física del trabajador. Se defiende, con frágil discurso, que esa peripecia de la deuda de seguridad no constituye un episodio patológico de la relación individual de trabajo y que se encuentra al margen de ella. Como si, en virtud de una ficción esotérica, el empresario y el trabajador nunca hubiesen mantenido la comunicación que les ligaba desde la formación del contrato y —deyendo el dictado del principio ontológico de no contradicción— se hubiesen ignorado recíprocamente hasta la ocurrencia del hecho dañoso. De ahí, la conclusión ilógica de que aquella reclamación es de índole extracontractual y de que su conocimiento no compete al orden social de la jurisdicción y sí a los órganos del orden civil.

10. Innovaciones recientes

La etapa más reciente se caracteriza por la toma de decisiones económicas que, lejos de servir de coartada para degradar la protección social, tienden a reducir las tasas de desempleo, conservar el poder adquisitivo de las rentas de trabajo y desactivar las lastimosas condiciones del régimen público de Seguridad Social, cuya desaparición habían predicho, sin una tilde de recato, ciertos voceros oficiales.

No han entrañado acciones de reforma —técnicamente hablando— los acuerdos relativos a la cobertura de vacíos y a la negociación colectiva, que robustecieron la soberanía sindical de las organizaciones firmantes, ni las novedades legislativas que modificaron la contratación a tiempo parcial y abordaron los aspectos relevantes de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras.

11. ¿Perspectivas de un Derecho Social Autónomico?

El Derecho de las relaciones de trabajo se debe al ejercicio de una *competencia exclusiva del Estado*, porque su formación gradual no ha sido el fruto de la fusión o remodelación de unos Derechos regionales —de ámbito territorial menos amplio— cuya inexistencia histórica invalida la hipótesis de un ciclo integrador de este carácter. Aquel Derecho aporta al sector correspondiente del ordenamiento jurídico los hallazgos y avances de un depósito de *Derecho de Gentes* fogueado por el desaffo de los movimientos sindicales, racionalizado por los organismos supranacionales —que asimilan técnicamente sus adquisiciones— y positivizado por el legislador del Estado social y democrático de Derecho. Ello no ha disuadido de ensayar, con base en *soluciones de aproximación*, la especie de un *Derecho Social* en las Comunidades Autónomas que forman el todo del Estado compuesto.

Las competencias legislativas autonómicas pueden alcanzar a las *materias mixtas* que —como la verificación y normalización de las peripecias del conflicto industrial— no sólo comprometen la intervención del Estado-legislador en cuestiones sociales, sino que también atañen a la porción de *paz social* o de orden público en que la potestad estatutaria de autogobierno se manifiesta y repercute.

Cabe asimismo que los poderes centrales transmitan a las autonomías competencias que, concerniendo a materias de Derecho Social, sean *por naturaleza* susceptibles de transferencia irrevocable o de delegación controlada y reversible. Resulta inaceptable, por evidencia histórica, el supuesto de la *retrocesión* o rescate de unas competencias

que, al no haber existido nunca en los espacios regionales o autonómicos, mal han podido ejercitarse y difundirse en ellos.

El Derecho estatal de las relaciones de trabajo adquiere grados variables de *autonomización* si —para exhumar el espíritu y finalidad convenientes a su aplicación judicial o extrajudicial— las realidades sociales de cada lugar y cada tiempo aconsejan operaciones interpretativas que equivalen a tareas de *cuasilegislación correctora*.

La reivindicación de un *marco autonómico de relaciones de trabajo* —favorecedora de la confusión de la *autonomía sindical* con las condiciones de la *autonomía politicoadministrativa*— obedece a criterios que no han sabido deslindar sus dimensiones políticas de los elementos individualizadores de la estructura de la negociación colectiva.

12. Fenomenología de las decisiones de la justicia constitucional

Resultan sorprendentes ciertas expresiones fenomenológicas de la acción de la justicia constitucional en el campo del Derecho Social y las consecuencias reformadoras que de su intervención se han seguido.

Los controles de vulneración de derechos fundamentales —específicos de los recursos de amparo en las controversias de Derecho Social— prevalecen estadísticamente sobre los procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico. Lo copioso de la contribución ha dotado a la justicia constitucional de una materia prima inestimable para construir la doctrina relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas. El conocimiento y la aplicación del Derecho Social son, a su vez, inconcebibles sin el complemento que esas adquisiciones reportan. Algunas de ellas, muy interesantes.

Un ingenioso enfoque de los conflictos de Derecho Social —desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la no discriminación y a la efectiva tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos de todas las personas— ha cooperado a suplir la insuficiencia del depresivo enclave sistemático de los derechos sociales en el texto constitucional.

Tampoco es infrecuente que, sobrepasando el ámbito de la legalidad constitucional, se den invasiones e ingerencias en el campo de la legalidad ordinaria, cuya exclusiva aplicación incumbe a los órganos del orden social de la jurisdicción.

Desbordándose, a veces, los límites de la casación cuasiconstitucional, se ha privado a los jueces ordinarios —competentes para entender del fondo del asunto— de dictar la nueva sentencia que, tras la estimación de un recurso de amparo, debían pronunciar en sustitución de la resolución anulada.

El recurso de inconstitucionalidad contra normas jurídicas con rango de ley, se ha utilizado para ir más lejos de las funciones específicas de la *legislación negativa* y actuar como *legislador positivo* que, en vez de limitarse a expulsar las normas jurídicas inconstitucionales del sector social del ordenamiento jurídico, introduce alguna que otra de *propia cosecha*.

13. Unificación judicial del Derecho Social

Una materia tan elástica como la continente de las normas del Derecho Social, requiere atender a las transformaciones —formales e informales— que se siguen de sus experiencias de aplicación judicial.

La acción depuradora de los principios y preceptos constitucionales afectó a la regulación previgente del proceso en materia de Derecho Social, cuyas ventajas y excelencia —respecto al modelo de proceso clásico— se habían puesto de relieve. Sus líneas de fuerza —obedientes a la oralidad, la inmediación y la concentración de los actos procesales— se ajustaron a los imperativos de la legalidad fundamental, más fácil y flexiblemente que las envejecidas normas del proceso escrito, mediato y preclusivo. Su codificación definitiva ha recibido, además de estos datos, las aportaciones con que la justicia constitucional ha tenido a bien contribuir.

No se han requerido reformas de calado muy hondo y ha bastado un esfuerzo de mínimo esmero para que la codificación procesal en materia social cumpla los postulados de una efectiva tutela judicial. De ahí, la celeridad de las respuestas obtenidas y la ausencia de dilaciones indebidas que, a diferencia de otros órdenes jurisdiccionales, registra ese campo de la Administración de Justicia.

La unificación jurisprudencial del Derecho Social no engendró problemas mientras la competencia de los órganos que entendían de los recursos extraordinarios se correspondía con la vigencia territorial del Derecho del Estado entonces aplicado. La actual coincidencia del control unificador con el marco geográfico de las Comunidades Autónomas, muestra lo inevitable de unas contradicciones que, a mayor abundamiento, no son fácil y fidedignamente comprobables. De ahí, la dificultad de aminorarlas mediante las peculiaridades de una fórmula que, calcada del viejo recurso en interés de ley, explica la ausencia de los efectos satisfactorios que convienen a la *bondad nomofiláctica* de los resultados queridos. Puede darse incluso la especie de *inconstitucionalidad sobrevenida* que se aprecia al verificar

la inutilidad estadística del recurso pensado para unificar un sector del ordenamiento jurídico que pese a todo, se ve fraccionado por irreductibles divergencias interpretativas.

14. Futuro inmediato y trascendencia jurídica de la política social

La reforma de los aspectos de la política social que convienen al programa política postelectoral, cuenta con el favor de una sintonía estimulante e infrecuente. La que debe sobrevivir, dados los precedentes de una sana comunicación, entre los *agentes políticos* —cuya es la decisión propia de los actos de legislación y de gobierno— y las *organizaciones sindicales*. El grado de aproximación de ambas comunidades disipa los obstáculos a las actitudes civilizadas y de diálogo —compatibles con la conservación de los idearios e identidades respectivas— y les hace primar sobre las álgidas posturas de confrontación que comúnmente acompañan a los contactos de esa naturaleza.

Aunque es prematuro sistematizar, por intuición o advertencia precoz, el signo de esa política social, parece que, en vez de cambios espectaculares, se percibe —como ocurre con las *revoluciones emprendidas y consumadas gota a gota*— la voluntad de algunas decisiones notables.

La *precariedad del empleo* constituye un *mal social* que clama por su eliminación. No se trata de retornar —aunque los nominalismos enturbien la comprensión de los términos del debate— al *principio de estabilidad en el empleo*, perteneciente al *ayer de la plena ocupación* de las sociedades prósperas, y sí de adjudicar un *rostro humano* al *hoy del principio de continuidad en el empleo*. Es éste el *mal menor* y razonablemente admisible en las comunidades recorridas por la crisis económica, obligadas a repartir el empleo, y apremiadas por la inevitabilidad de las *reconversiones industriales* y la necesidad complementaria de la *readaptación profesional* —comprensiva de las acciones de formación y perfeccionamiento— de los trabajadores.

Una síntesis de *remedio para lo irremediable* pretende recurrir al régimen de contratación estable a tiempo parcial, que, a cambio de reducir la extensión del trabajo aceptado por los demandantes de empleo, mitiga los inconvenientes de la precariedad a tiempo completo, aunque no salvaguarda los aspectos centrales del derecho constitucional al trabajo. Queda sin resolver el problema de armonizar la parcela de las contrataciones temporales —acogida al principio de continuidad en el empleo— y la dosis de contratación indefinida que, sin merma del con-

tenido esencial de la libertad de empresa y de sus recientes funciones sociales, tolera la economía de cada proceso productivo.

La protección del derecho constitucional al trabajo tropieza con consecuencias indeseadas que, a causa de las crisis de empresa, determinan el abandono anticipado de la población activa. Sucede así cuando, sin mediar situaciones de necesidad insuperable, se aminoran, por motivos de *simple conveniencia*, las cargas económicas de un ciclo productivo que, gracias a ese alivio, registra un aumento sensible y quizás excesivo de su rendimiento. Situaciones antisociales que, en cada circunstancia, hay que cribar para evitar su repetición en el futuro.

Hay que rectificar la propensión que, por obra de la indiferencia y el desentrenamiento sindicales, denota una negociación colectiva tendente a mejorar adquisiciones que —cuales las relativas a los salarios y a la jornada de trabajo— reflejan las culturas del consumo y del ocio. Esa negociación orilla, en cambio, los *objetivos de calidad* que —como la participación, la defensa colectiva y la promoción del empleo, la garantía de las libertades sindicales, la institucionalización de las correspondientes representaciones y los problemas de la deuda de seguridad empresarial— condensan las reivindicaciones cuya perfección determina la elevación de los trabajadores al rango de ciudadanos ilustrados, responsables y libres.

No hay que perder de vista la repercusión de la falta de una *política de rentas* en la caracterización de la *economía general*, cuyas exigencias son una de las claves de la protección de la productividad encomendada a los poderes públicos.

La flexibilización del mercado de trabajo ha impuesto las *empresas de trabajo temporal* que, aunque justificadas en un sistema dúctil de relaciones industriales, precisan mecanismos garantizadores de los derechos de los trabajadores que, en ese trance, no siempre corren la mejor de las suertes.

La protección de la vida y la seguridad física de los trabajadores sigue siendo un objetivo denunciado por los alarmantes índices de siniestralidad que el hecho productivo revela. Habida cuenta de los parcos efectos que asegura la intervención de vigilancia, es preciso disponer de un *inventario de prevención de riesgos* que traslade al coste de la cobertura de la acción profiláctica los recursos, que, en los casos de resultado irreversible, resarcen los daños causados por los accidentes de trabajo.

La protección del sistema de la Seguridad Social tiene que armonizar la *solidaridad* —que no es un absoluto disolvente de la individualidad de los derechos adquiridos— con la *suficiencia* de las prestaciones

sociales. Además de los problemas técnicos de financiación que hay que afrontar, no es menos urgente el tratamiento de ciertos aspectos jurídicos de constitucionalidad.

Estas y otras reformas de análogo calibre inducen a reflexionar algo más. Si el sindicato se ha erigido de antiguo en *colegislador de hecho*, el parlamento debe —sin abdicar de su soberanía lo más mínimo— frecuentar y sacar provecho del inteligente experimento de las *leyes pactadas*. Sólo así se acredita el éxito de las iniciativas sindicales que materialmente se ingieren en el proceso formal de elaboración de las normas de Derecho Social. Otra indicación —en la que vale la pena insistir— atañe a la cuestión del ascenso de los *derechos sociales* a la categoría de *derechos fundamentales* en la Europa Comunitaria.

15. Conversión de los derechos sociales en derechos de carácter fundamental

El fenómeno de *la emergencia y el reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales en el espacio social europeo* no está exento de repercusiones en el plano constitucional. Cuando los textos comunitarios más recientes atribuyen a los derechos sociales la cualificación de *derechos fundamentales*, ejercitan una opción conceptual con la que se comprometen de manera inequívoca y no frívola. Lo *fundamental* no puede adquirir —si se es fiel al principio ontológico de no contradicción— en el ordenamiento jurídico comunitario un significado distinto del que le asigna la tradición juridicopolítica de los Estados miembros de la Unión Europea.

Se pregunta si esta sugestiva novedad afecta al ordenamiento constitucional que, luego de haber reconocido como derechos fundamentales la libertad sindical y el derecho de huelga, rebaja el derecho al trabajo a un mero derecho de la ciudadanía y no pasa de enunciar una orientación programática para el régimen público de Seguridad Social.

Es de desear que, desde ya, el poder judicial del Estado aplique las normas de Derecho Social conforme al *principio de primacía del Derecho Comunitario*, de suerte que —mejorando la calidad de los derechos y principios sociales deprimidos por el legislador constituyente— reciban éstos el *trato efectivo de derechos fundamentales* que aquel ordenamiento les confiere.

Las reacciones individualizadas no eximen de las operaciones necesarias para trasladar —mediante la oportuna reforma— al pasaje constitucional que incluye la lista de los derechos fundamentales y las liber-

tades públicas, los preceptos y principios que —en materia de Derecho Social— han extravagado del mismo hasta adquirir la condición óptima que se les acaba de otorgar.

El acceso a la *tierra prometida de la Europa social* levanta un nuevo testimonio —sincero y, a la par, tardío— frente a la invasión de las corrientes neoliberales y su ineptitud para garantizar la administración acertada de un *fenómeno globalizador* que, tarde o temprano, se les *irá escapando de las manos*. Poco hay de nuevo en la esencia de esta concepción que, de antiguo y con miras moralizadoras, encendió las curiosidades del realismo filosófico y alimentó las denuncias proféticas de los reformadores sociales. Impresionados, todos ellos, por las perspectivas —retadoras y optimistas para la causa de la dignidad humana— de la que, muy sagazmente, ya entonces se intuía como *incoación del fenómeno del achicamiento del mundo*.

DISCURSO CON MOTIVO DE SU DESIGNACION COMO COLEGIAL MAYOR DE HONOR

Dr. Luis Reizabal S.J.

Creo poder asegurar que, en los ya veinticinco años que llevo en la Universidad, nunca he venido a este Paraninfo —y he tenido que hacerlo muchas— con la calma con la que vengo hoy.

Tres cosas me han atosigado siempre, y han sido y son mi tortura y mi tormento: levantarme pronto, o sea, madrugar; tener que afeitarme, y la tercera es: hablar en público.

Las tres me siguen acosando y persiguiendo: me levanto antes de la seis, aclarando que se trata de la mañana; no me decido a dejarme barba, y, en cuanto a hablar en público, si se puede llamar público a los 279 alumnos que cuatro veces por semana me esperan en el aula 5, veréis que difícilmente me libero de tales pesadumbres.

Y, sin embargo, he dicho que en esta ocasión vengo con una calma bien distinta de la pretendida otras veces.

Todo consiste en saberse el papel que a uno le toca y el mío se reduce, primero, a aceptar el homenaje que se me hace. Segundo, a justificar el título que lleva mi intervención en el acto. Tercero, a desarrollarla, como decía una empresa constructora, en el plazo convenido. Y no digo en el precio convenido porque no lo hemos puesto. Y por último, a medir mis palabras para «procurar» no pasarme del tiempo señalado.

En cuanto a designarme Colegial Mayor de Honor, confieso que todo lo colegial tiene para mí un atractivo íntimo que arranca desde el Mayor Menéndez Pelayo, que promoví en Valladolid y dirigí bastantes

Nota: La dirección de la revista *Estudios de Deusto* publica este discurso como homenaje al profesor emérito D. Luis Reizabal S.J., fallecido el 28 de diciembre de 1992. El texto transmite el sentimiento universitario y saber humanista tan característicos, que daba a sus intervenciones públicas. La conferencia fue pronunciada en noviembre de 1989 y es un buen ejemplo de su forma de vivir el ambiente deustense.

años, y llega hasta el vuestro, en cuyos comienzos también me tocó hacer algo y lo hice.

Pero he de confesar también que, ante las distinciones honoríficas, pueden y suelen darse dos posturas. Una que, basándose en ciertos sentimientos de humildad, no acepta la designación alegando que no tiene méritos para ella.

La otra atiende más a la propia y personal comodonería.

Toda designación honorífica lleva consigo el pago de un tributo, en este caso la intervención personal que consta en el programa. Y ante situaciones parecidas a ésta, por no pagar el tributo, se puede decir: «me ofrecieron tal honor y no lo acepté». Aquí no se habla de falta de merecimientos pero subyace lo cómodo de evitar una labor, y un compromiso. En definitiva, aunque no siempre, lo que no se hace es lo que no compromete.

Pues bien, yo acepto lo que me han ofrecido como un cristiano y un hombre de mi condición religiosa debe aceptar un honor: con gratitud y con humildad.

Mi agradecimiento, pues, a la Corporación Colegial, con su Director y Junta Rectora. Únicamente siento que mis palabras de pago del tributo no tengan la calidad que merece la distinción que se me ha otorgado.

Y vamos con la segunda cuestión, que es justificar el título que he puesto a mi trabajo.

Trata de Estudios antiguos y encierra, por lo tanto, algo histórico, y tengo dos opiniones que van a ayudarme en su justificación.

La primera es de René Descartes, gran figura de influjo en el Renacimiento. Pues Descartes decía y escribió que «quien estudia con demasiada curiosidad lo que se hacía en tiempos pasados, termina por ignorar lo que se hace en el presente». Y es verdad. Hay tipos tan entregados a lo que encuentran en archivos y legajos, que su vida en el mundo corriente resulta desfasada.

La segunda opinión que me apoya, la expresa D. Francisco Tomás Valiente, que tal vez os sea más conocido como Presidente del Tribunal Constitucional que como catedrático de Historia del Derecho, que comenzó siéndolo en Salamanca.

En obra destinada a alumnos aventajados, escribe que «tan dañino como cultivar el estudio del pasado con poca atención a las cuestiones actuales, es el vivir un presente, cada vez más fugaz y efímero, con olvido de la Historia y dándole la espalda».

Y esto también es verdad.

Realmente ser histórico es una nota diferencial de lo humano. La historia es progreso, progresión, gradación, pero iniciada en la cuna del ayer. Arrancamos de atrás pero para ir adelante.

Por eso en esta ocasión de fiesta y *gaudeamus* colegial, he querido traer al recuerdo algo de los tiempos pasados entreverando lo que había de fundamental en los Estudios y lo que tenían a veces, de pintoresco.

En el Código de las *Partidas*, se da una definición acabada de lo que eran los Estudios. «Estudio es el ayuntamiento de maestros et escolares que es fecho en algún lugar, con voluntad et con entendimiento de aprender los saberes». Es importante fijarse en que dice «con voluntad de aprender los saberes» y no de obtener un título o un grado.

Los Estudios Generales recibieron con el tiempo el nombre de Universidades.

Las tres primeras Universidades «de verdad» que hubo en España fueron las de Palencia, Salamanca y Valladolid, las tres con fundación pontificia que hacía que sus títulos valieran en toda la cristiandad.

La de Alcalá, que marcaría estilo nuevo frente a Salamanca, y sería junto con ella la más importante, la fundó el Cardenal Cisneros en 1508. La primera idea del Cardenal fue fundarla en su pueblo, Torrelaguna, que entonces, como ahora, cultivaba excelentes melones y sandías. Pero los del pueblo, que algo sabían de la vida de otras Universidades, le negaron todo apoyo, pensando que los estudiantes arrasarían sus huertas y se llevarían sus frutos. Cisneros, entonces, fundó su Universidad en Alcalá, en la que tuvo muchas alegrías académicas, y no volvió a pisar su pueblo. Bien es verdad que los años que le quedaban de vida los tuvo bien ocupados.

Pero, ¿qué era lo que a los vecinos de Torrelaguna les movía a rechazar a los estudiantes, a los que temían como a una peste anunciada?

Pues, seguramente, las noticias que tenían de las ciudades universitarias con varios siglos de vida.

A estas ciudades, a causa de sus Estudios, acudía gente de toda clase, naturaleza, estado y condición.

Acudían estudiantes caballeros, hijos de nobles, que montaban casa y llevaban criados para atenderles en los meses del curso; iban, también, religiosos de las Ordenes que buscaban formación académica para sus clérigos. Había Prelados que enviaban a los alumnos más selectos de sus diócesis y fundaban para ellos los Colegios Mayores. Y había también una afición enorme por el saber que concentraba en el lugar de los Estudios un número siempre grande y variado de escolares de características no siempre diferenciadas.

Y digo «no siempre diferenciadas», porque podía darse el caso de que un caballero estudiante, pudiera convertirse en un *sopista* o en un *capigorrón*, y que un *capigorrista* pudiera ser catedrático y hasta Primericiero de la Universidad. Explicaré pronto lo que eran estos tipos.

Los Estudios estaban concebidos con seriedad y disciplina. En la Partida 6.^a se dice: «Otrosí pueden los escolares establecer de si mesmos un mayoral sobre todos, que en latín llaman Rector al que obedezcan en las cosas convenientes y derechas». (Difícil interpretación la del término Rector, cuando existían tantas otras Autoridades como Primericerio, Cancelario, Maestrescuela... No sabemos con certeza el papel de su cargo en cada época).

«Y el Rector debe apremiar a los estudiantes que non levanten bandos nin peleas entre sí mesmos, nin con los hombres de las villas donde estudian». Y añade más: «Debe defender que non anden de noche, más que están asesegados en su posadas y se empeñen en estudiar y hacer vida honesta y buena, (ca), pues los Estudios para eso fueron establecidos et non para andar de noche nin de día, peleándose o en otras maldades, a daño de sí et a estorgo de los lugares donde viven. Et si contra esto viniesen, el nuestro Juez los debe castigar y enderezar de manera que se quiten del mal et fagan el bien».

Este *juez* corresponde al establecimiento del Fuero Académico o universitario.

Lo concedió San Fernando a la Universidad de Salamanca y su hijo Alfonso X lo hizo extensivo a las demás.

Derivaciones del Fuero las hay en los innumerables privilegios, libertades y franquicias que se concedían a estudiantes y a más que estudiantes. Por eso se acogían al fuero académico personas totalmente ajenas al estudio, como taberneros, arrieros, pupileras, feriantes que se matriculaban, no para asistir a las aulas, sino para aprovecharse de los derechos y exenciones para meter vino o traer géneros, todo ello al amparo del Fuero Escolar con el creían tener patente de corso para sus andanzas por el mundo.

Los estatutos universitarios fueron rígidos en materia disciplinaria. No se permitía asistir con armas a las clases, pero se permitía al escolar tener en su aposento una espada de medida señalada.

Las patronas de las posadas debían dar, entre otras cosas, una libra de carne por la mañana y media por la noche, pero, pesándola con hueso, a veces no era mucho lo que se podía comer.

Había algo más. Tenían que cerrar las puertas con llave a las siete de la noche en invierno y a las diez el resto del año, para que los pupilos se recogieran con honestidad. No debían permitir jolgorios ni jaranas, todo ello bajo la pena de cerrarles la posada o no permitir que los escolares se hospedasen en ella.

Sin embargo, autores gloriosos de la picaresca han descrito el encanto y la alegría de una vida estudiantil alborotada, de poco estudio,

viudas pupileras a quienes enamorar y sacar los cuartos, y jaranas nocturnas, porque los estudiantes tenían en sus habitaciones más armas y guitarras y vihuelas, que libros y apuntes.

Pasaba con seriedad y rigor la ronda universitaria de bedeles, alguaciles y corchetes visitando las casas, y todos, advertidos, estaban con sus cuadernos y cartapacios. Pero en cuanto marchaba, aparecía el mugriento y desencuadrado libro de las cuarenta hojas, los naipes, y a él le dedicaban gran parte de la noche. Me gustaría ver alguna baraja de los tiempos medievales, porque no existiendo en Vitoria la casa Fournier, tenían que ser, por su suciedad, de las que ya estaban prohibidas en el Ordenamiento de las Tafurerías que hizo el maestro Jacobo Roldán por encargo de Alfonso X.

Terminado el curso, los estudiantes pobres, igual que en toda Europa, regresaban en grupos a sus lugares cantando y pidiendo limosna o regalos, lo que dio origen a las «tunas» escolares. También en toda Europa se temía el paso por los pueblos de los estudiantes con el estilo recogido en los *Carmina Burana*.

Para algunos había habido cambio de situación. Caballeros o hijos de burgueses o terratenientes convertidos en *sopistas*. Si habían perdido todo en el juego y no les llegaba ayuda de sus casas, tenían que acogerse a la sopa de los conventos: un caldo con algo de berza, nabos y algún garbanzo para malvivir hasta los exámenes.

Algunos hijos de nobles podían volver esquilados por los *capi-gorrones*. Covarrubias explica muy bien lo que esto significa: actividad practicable por estudiantes muy veteranos y con años de experiencia en no sacar los cursos aprobados, que se pegaban a estudiantes ricos o a pupileras tontas para comer a su costa.

En Andalucía se llamaba «gorrones» a los gusanos de seda que cuando los demás hilan sus capullos ellos no lo hacen, y engorran al desvarar la hebra de seda. Diego de Urrea dice que «gorrón» es nombre árabe que significa engañar, y así a este gusano se «dixo» gorrón porque comió la hoja de morera y no contribuyó labrando como los demás.

Otra referencia a esta palabra la tenemos en la Universidad de Oviedo por los años 1608, cuando mermaron tanto sus rentas que los oficiales se refugiaban de gorriones en la Casa-hospital de estudiantes, pidiendo al claustro las ayudas precisas para vestir con decencia.

Pero en cambio los *capigorristas*, de origen más humilde, podían regresar con verdadera honra académica.

Antiguamente los criados de los estudiantes y de los Colegios Mayores traían capas y gorras. De aquí vinieron los nombres. Pero como algunos que también iban a Escuelas hacían los cursos con buenas notas, en las votaciones con cátedras ellos podían darlas o quitarles. Y

cuenta Covarrubias que un opositor de su tiempo les captaba la benevolencia por un gracioso rodeo diciendo: «Los señores, mis señores, que sirven a otros señores, mereciendo ser servidos, y les soy su servidor».

Pues con ser así las cosas y tantas otras que se podrían citar con más tiempo, de esas Universidades salieron santos canonizados. (San Ignacio de Loyola supo lo que era caminar de pobre cuando dejó la Universidad de Salamanca para ir a la de París). Salieron prelados eminentes, religiosos eximios por su ciencia, oidores de Audiencias, magistrados de Chancillerías, miembros de los Consejos de Castilla o de Inmérito de los que no me es posible dar ni una muestra, y con pena me quedaría si no citase a un riojano humilde, Zenon de Somodevilla, capigorrista en el Colegio Mayor Santa Cruz de Valladolid, luego Marqués de la Ensenada, y autor de una Representación dirigida a Fernando VI sobre la reforma de los Estudios que es una maravilla.

Todos ellos participaron en disputas, y presenciaron ceremonias a las que voy a dedicar unas palabras.

Las *disputas* las podemos agrupar en tres clases: las que se hacían para opositar a las cátedras; las que se tenían en actos académicos para discutir sobre materias escolares, y las de tipo pendenciero que enfrentaban a los escolares entre sí, o a los estudiantes con los vecinos del lugar del Estudio.

No voy a entretenerme en las de oposiciones a las cátedras. Habría que exponer todo su complicado mecanismo y notar las enemistades y diferencias que se creaban si los de un Colegio Mayor o una Orden religiosa no votaban al aspirante de otra procedencia. La espléndida tesis del P. Juan Luis Cortina, catedrático de esta Universidad, contiene, con abundancia de datos y pulcritud de estilo, las situaciones acaecidas en los años que contempla sus tesis: los de la preilustración en España.

Las disputas académicas también creaban muchos problemas por las rivalidades que había entre los Maestros de la Universidad, los Colegios Mayores y las Ordenes religiosas adscritas al Estudio.

La adscripción se hacía mediante la matrícula, y en el Diario del Real Colegio de la Compañía en Salamanca se lee que el 15 de octubre de 1648 «vino el Oficial mayor del Secretariado de Escuelas a matricular a los superiores, maestros y estudiantes del Colegio. Diósele por dos un real de plata de a ocho, remitiéndole al P. Procurador».

En el archivo de manuscritos de la Universidad de Salamanca hay cuatro libros Diarios del Colegio de los jesuitas, que comprenden los años 1620 a 1707. Solamente voy a citar unas notas de muestra que indiquen el importante papel de los actos de disputas y el encono, a veces feroz, que había en las Escuelas.

«1624. Noviembre 9. Hubo acto mayor e los Mínimos. Fueron allá nuestros maestros y algunos hermanos por haber enviado a pedir los PP. Mínimos que, atento a que se defendían nuestras opiniones (y por eso no iban a su acto los dominicos), no les dejasen solos por la tarde. (Se ve que era importante asegurarse de la asistencia cuando se sabía que, por las ideas que iban a exponerse, no acudirían los dominicos).

1625. Febrero 3. En el Colegio de los jesuitas.

Tuvo el acto mayor de Escuelas el P. Odriscol. Fue de materia de la Eucaristía. Presidíole el Mtro. Vitoria, del Orden de la Sma. Trinidad. Por la tarde hubo alguna revolución a causa de haber querido el dicho padre sustentante responder del todo a una autoridad de Sto. Tomás que puso en su argumento el mercedario, por lo cual los dominicos y mercedarios patearon de suerte que no dejaba pasar adelante el acto. Y así fue necesario que dos de los nuestros, fuesen a dar aviso de aquel desorden al Maestrescuela, el cual vino luego y les puso una descomuni3n si pateaban más y les trató bien ásperamente de palabra, con lo cual pasó adelante el acto con mucho silencio y paz y gran lucimiento del actuante. (Después de este acto es normal que el rector diera aloja y barquillos a todos los estudiantes).

1626. Diciembre 8. Hubo acto en san Bernardo. No fue nadie de casa porque ellos no vinieron al nuestro en noviembre sentidos de que en cátedra de prima favorecimos a fray Basilio. (Se ve otra vez que los resentimientos se guardaban).

1630. Diciembre 4. Fue el acto mayor de los dominicos. De prae-destinatione. En las conclusiones decían las pesadumbres que suelen de nuestras opiniones. Arguyó el argumento de casa el P. Agustín Suárez, por la scientia media con eficacia y modestia, aunque el Presidente dijo perrerías de nuestra opinión. Se tuvo por locura. (Habría que ver ahora lo que sobre este caso se escribía en el convento de San Esteban de los dominicos salmantinos, donde la eficacia y modestia que narraba el jesuita, estarían valoradas de otra manera distinta).»

Pues así eran las disputas académicas con los enconos y rencillas manifestados sin el menor recato. León de Castro, furibundo antihebreísta, y Fray Luis de León, que quería traducir las Escrituras del hebreo, disputaron varios años seguidos, y Fray Luis dio en la cárcel por obra de la Inquisición.

Mayores y más graves, por atentar al orden y a la paz de la ciudad, eran las entabladas entre los propios estudiantes y entre éstos y los vecinos. Sólo citaré tres casos entre los casi infinitos que se pueden recoger de aquellos siglos históricos.

Una muy caracterizada fue la que sucedió en Alcalá en los primeros años de su existencia. La cuenta Alvar Gómez de Castro en *De rebus gestis a Fco. Ximeno de Cisneros*. El caso fue que llevaban a ahorcar a un platero por asesinato. Los estudiantes reaccionaron con violencia,

apalearon a los ministros de la justicia y libertaron al reo llevándolo al convento de San Francisco donde le dieron asilo. El Derecho de asilo era cosa muy seria en aquel tiempo. Cisneros (tan autócrata) dijo que aquello era «la espuma del fervor académico» y que repetía «cosas de mis muchachos de Alcalá», y se susurró, por entonces, que no lo llevó a mal, porque el platero era un artesano hábil que trabajaba en la capilla de la Universidad en cosas de orfebrería.

Pero los vecinos no fueron de la opinión de Cisneros, y poco después, cansados de aguantar la indisciplina escolar, establecieron lo que se llama en términos poco cultos una «partida de la porra» para reprimir los desmanes, que salía por la noche a darse de estacazos con los estudiantes.

En Salamanca, en 1639, el vecindario armado asaltó la Universidad.

Resistieron los estudiantes entusiasmados. Los castellanos al grito de «viva la espiga». Al de «viva la aceituna», los andaluces. Los extremeños gritaban «viva el chorizo» y los navarros, «viva la bota de vino». Intervino un enviado de la Chancillería de Valladolid que llegó con tantos papeles para los procesos, que para aligerarle de su peso, quisieron quemárselos. La influencia del Corregidor y de Padres maestros de las Ordenes religiosas lograron atenuar la reyerta, aunque resultaron en ella gran número de heridos.

En noviembre de 1632 hubo una pendencia entre portugueses y vizcaínos, porque éstos trataron de judíos a los portugueses por haber herido a tres vizcaínos por deudas de juego. Se supo que se armaban para la noche, después de una mascarada, y no se pudo impedir. En los colegios se atendió a los heridos.

Pero con ser tan atrevidas las demasías de los estudiantes, lo curioso es que vibraban de fervor religioso, por ejemplo, cuando en 1618 la Universidad de Salamanca se adelantó a Roma en más de dos siglos, con un luminoso informe sobre la concepción inmaculada de María. Las fiestas y luminarias y poemas que se hicieron con ese motivo reflejan la impresionante variedad de actividades que cabían en el hacer universitario.

Se confesaban todas las Cuaresmas y oían pláticas doctrineras. Y el miércoles de ceniza, después de haberla recibido los estudiantes en sus cabezas, la ronda universitaria de corchetes, alguaciles y bedeles sacaba de la ciudad a las mujeres de vida no pudorosa que había en ella, y solían ser bastantes.

Pero pasada la Pascua, el día que llamaban «lunes de aguas» los estudiantes cruzaban el Tormes por el puente romano que también cruzó Lázaro con el ciego, y salían a esperarlas. Merendaban el hornazo que se hacía en las panaderías y montaban una romería que cambiando una

sola letra podía convertirse en ramería. Después, en carros o a pie y con antorchas encendidas las entraban en la ciudad.

La vida normal de la Universidad se interrumpía muchas veces por la cantidad de fiestas y ceremonias que se celebraban.

Comienzo del curso, fiestas de Patronos de Facultad, visitas reales, o de delegados pontificios, bulas o pragmáticas en favor de los Estudios... todo era motivo para organizar mascaradas y algo que se saliera de lo corriente.

Lo más importante eran las ceremonias de colocación de Grados.

Un día de Grados era un día importante en la ciudad, pero era también un día en que muchas arcas quedaban esquiladas por la cantidad de derechos y propinas que hacían que el acto, además de difícil, fuera costosísimo.

Difícil en lo académico. Los arguyentes eran siempre duros. Las conclusiones presentadas no eran fáciles y la dialéctica en la discusión inclinaba mucho la aceptación del Tribunal.

Por otra parte, el grado resultaba costosísimo en aquella Universidad. Lo dice Juan Ruiz de Alarcón, un mejicano que vino a graduarse y critica la carestía de los estudios.

La cosa empezaba de víspera. Tenían derechos propios en la «tentativa» o «repetición» el padrino, los examinadores y los bedeles. Pero además había que dar propinas largas a los que entapizaban la Universidad, a los que copiaban las conclusiones, cuando no había imprenta, a los atabaleros y trompeteros que servían de pregoneros del acto y naturalmente también al Maestro de ceremonias. Este cargo no era de excesiva importancia, pero como le hacían figurar en todas partes, de todas partes sacaba tajada.

Y llegado el día del Grado no tenían fin los derechos y propinas: a los campaneros de la Catedral porque hiciesen sonar bien las campanas; al Maestrescuela; al Secretario de la Universidad y al Sacristán de la capilla de N. Sra. de la Estrella donde oraba el aspirante.

No se podía olvidar a los encargados del recado de manteles y loza para la cena, a los camareros que la servían y a los músicos.

Había un tributo especial que siendo a voluntad nunca podía excusarse y era para «el arca de boda de la Universidad». Parece que la Universidad tenía, entonces, como las mozas de las serranías charras de Béjar, Peña de Francia y Gata, su arca de boda, cuyos fondos se incrementaban en estos actos y servían para atender las peticiones papales o reales que solían presentarse.

Los gastos crecían a maravilla con el refresco y la cena. Ruiz de Alarcón nos da detalles. Empezaba con un «ante», una especie de entremés de ensaladas. Seguía perdiz o pichón por cabeza. Libra y media

de anguila o trucha, asimismo por barba. Jigote o pernils de tocino cocidos y fiambres. Aquí la palabra tocino significa el animal y no la capa que tiene entre sus costillas y la piel. Un «pos», postre de aceitunas, frutas, anises y barquillos. El indispensable «manjar blanco» que no voy a describir y dulces de los conventos de la ciudad.

El pan tenía que ser de leche. El agua, si fuere tiempo, de nieve, no faltando aloja, vino blanco y tinto a pedir de boca.

Y ya no me queda tiempo para hablar de las mascaradas, corridas de toros, vejámenes, y tantas cosas más.

Pues así eran las cosas en aquellos tiempos, contados sin orden en su cronología. Pero para terminar quiero deciros que entonces, como ahora, las carreras no estaban pensadas, ni lo están, para alumnos superdotados. Talentos normales y aun menos que normales triunfaban y triunfan en ellas con sólo poner en sus estudios tres ingredientes: ilusión, trabajo y constancia. Pero es importante que se den las tres. Con sólo alguno de ellos, el guisado académico personal no estaría bien sazonado.

Mirad la carrera como algo ilusionado que se proyecta a la sociedad y a vuestro futuro.

Trabajad en el estudio de los programas, con entrega y dedicación. Y sed constantes. No dejéis para el final, cuando llegan los exámenes, el querer hacer de prisa lo que, con paz y calma, pudisteis hacer antes.

En definitiva siempre será verdad lo que escribía Rudyard Kipling en un poema cuya lectura os recomiendo, incluso para tenerlo de «positor», y que termina así:

«Si llenas el minuto inolvidable y cierto de sesenta segundos que, en un trabajo pleno y lleno de alegría, te oriente hacia el cielo, todo lo de esta tierra será de tu dominio y lo que más importa, y mucho más aún, serás hombre, hijo mío».

Pues para formar hombres, se hicieron los Colegios Mayores.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

• • • • •